

HISPANIA

ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES

ATTI DELL'INCONTRO DI STUDIO
FIRENZE - LUCCA 25, 26, 27 MAGGIO 1989

a cura di BARTOLOMÉ CLAVERO, PAOLO GROSSI,
FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE

Tomo I



Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-02376-X

*Pubblicazione realizzata con il contributo
del Consiglio Nazionale delle Ricerche*

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano
La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo
(compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica,
sono riservati per tutti i Paesi.

(1990) Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

PREMESSA

Si pubblicano in questo volume gli 'Atti' dell'Incontro di studio con gli storici del diritto spagnoli e portoghesi organizzato dal Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno e tenutosi a Firenze e Lucca nei giorni 25, 26, 27 maggio 1989.

Questi 'Atti' sono la conferma di quanto poco apologetica ed encomiastica fosse la constatazione — che io sottolineavo nelle parole iniziali di saluto — della straordinaria vitalità della nuova storiografia giuridica iberica, ricca di forze nuove e con sentieri di ricerca profondamente nuovi.

Sono felice di verificarlo oggi nel tessuto concreto del volume, che si presenta pertanto come un contributo prezioso alla miglior conoscenza di uno sforzo culturale — in atto negli Atenei spagnoli — meritevole di attenzione e di rispetto. In un momento, come questo, in cui presso di noi, con un culto tutto provinciale dei luoghi comuni, si cercano ancora modelli e indirizzi culturali assai lontano da casa nostra (addirittura oltre Atlantico) e si è ancora vittime di una frustrante eteronomia, questo volume, nel sonoro neolatino della sua prevalente lingua castigliana, è un invito a credere nelle forze interne e proprie alla cultura mediterranea. Affermazione bassamente retorica, dirà taluno. Preferisco lasciarla intatta in questa pagina e preferisco correre il rischio di una tale accusa pur di lanciare un modesto richiamo alla negatività di comportamenti passivamente imitatorii, che si traducono in ingiusti autolesionismi.

PAOLO GROSSI

INCONTRO DI STUDIO
SU

«HISPANIA
ENTRE DERECHOS PROPIOS
Y DERECHOS NACIONALES»

*

ATTI

PROGRAMMA

(così come fu diffuso agli interessati, ed effettivamente si svolse,
nei giorni 25-26-27 maggio 1989)

GIOVEDÌ, 25 MAGGIO 1989

- ore 11 - Apertura dell'Incontro
Francisco TOMAS Y VALIENTE: «Escuelas e historiografía jurídica - 1960/1985»
- ore 12 - Bartolomé CLAVERO: «Anatomía de España: Derechos hispanos y derecho español entre Fueros y Códigos»
- ore 16 - Benjamin GONZALEZ ALONSO: «Régimen político y orden jurídico de la Monarquía hispánica»
- ore 17 - Comunicazioni
- ore 18 - Discussione

VENERDI, 26 MAGGIO 1989

- ore 9,30 - Antonio M. HESPANHA: «Justicia y Administración entre antiguo y nuevo régimen»
- ore 10,30 - Aquilino IGLESIA: «Doctrinas e instituciones civiles: familia, patrimonio, sucesiones»
- ore 16 - Carlos PETIT: «Derecho mercantil: entre corporaciones y Codigos»
- ore 17 - Comunicazioni
- ore 18 - Discussione
- ore 19 - Concerto di musiche organistiche iberiche (secc. XVI-XVII) eseguito dall'organista Clemente Terni

SABATO, 27 MAGGIO 1989

- ore 11 - Enrique GACTO: «Aproximación a la historia del derecho penal español»
ore 12 - Discussione

I lavori si sono svolti, nella mattina di giovedì 25 maggio presso la Sala di Luca Giordano nel Palazzo Medici Riccardi (via Cavour 1), nel pomeriggio di giovedì 25 maggio e nell'intera giornata di venerdì 26 maggio presso la Sala Congressi della Cassa di Risparmio di Firenze (via Folco Portinari 5), nella mattina di sabato 27 maggio presso il Centro Studi Raghianti in Lucca.

Nella giornata di domenica 28 maggio è stata organizzata un'escursione nel Chianti, con soste alla basilica di S. Maria dell'Impruneta, alla Pieve di S. Leolino in Panzano, al castello di Meleto, a Citille.

PAOLO GROSSI

PAROLE DI SALUTO

Cari Colleghi ed Amici,

questo Incontro avrebbe potuto cominciare con molto maggiore solennità, se si tiene conto che è in mezzo a noi una delle più alte autorità del Regno di Spagna, ma il carissimo amico Francisco Tomas y Valiente mi ha pregato di volerlo considerare durante il soggiorno fiorentino non come 'Presidente del Tribunal Constitucional', ma soltanto come 'Catedrático de historia del derecho español'. Comprendendo e approvando in cuor mio, ho rispettato la Sua volontà; questo spiega perché non ci siano autorità ufficiali qui presenti; questo ha permesso anche di serbare al nostro Convegno il carattere di incontro tra storici del diritto italiani e storici del diritto spagnoli e portoghesi, carattere che fin dall'inizio avevo vagheggiato e che mi sembra efficace e conveniente sotto il profilo culturale.

L'iniziativa riproduce, all'incirca, quanto abbiamo già fatto, or sono due anni, incontrando gli storici del diritto scandinavi. La motivazione era ed è evidente: il peggior peccato mortale che oggi l'uomo di cultura può compiere è quello del provincialismo, che può consistere, ora nella imitazione servile di modelli esterni ed estranei, ora nella convinzione dell'assolutezza dei propri valori locali e nel rifiuto di relativizzarli confrontandoli con valori emergenti di esperienze vicine e lontane. Noi, pur consapevoli del rilievo culturale della nostra tradizione, vogliamo invece tendere l'orecchio e saperne di più intorno a quanto si fa in queste esperienze nel territorio della storia del diritto medievale e moderno.

Oggi continuiamo un approccio iniziato due anni fa; due anni fa la nostra curiosità era grande, proprio perché i nostri rapporti con la storiografia giuridica scandinava erano più rarefatti, trovandosi la situazione scandinava abbastanza appartata rispetto all'Italia; oggi gli

intensi rapporti di familiarità instaurati da tempo con la Spagna e con il Portogallo ci danno una conoscenza minuta del lavoro svolto dai Colleghi iberici e la curiosità si sposta sui loro progetti e sul loro orientamento verso il futuro. Antica è questa familiarità fra noi. Mi piace ricordare qui che la prima manifestazione pubblica del nostro Centro fu in Firenze, diciassette anni or sono, con il Convegno internazionale su un grande fatto culturale non esclusivo della Spagna ma indubbiamente soprattutto spagnolo: intendo dire la Seconda Scolastica, e molti Colleghi spagnoli parteciparono a quel nostro incontro, come risulta dagli 'Atti' poi regolarmente stampati. Da allora la collaborazione è stata continua, sia nella redazione dei 'Quaderni fiorentini', sia nelle varie manifestazioni che si sono susseguite.

Vorrei aggiungere che, nella programmazione dell'Incontro, anche un'ulteriore motivazione ci ha sorretto in modo decisivo: la consapevolezza che negli ultimi anni, nella storiografia giuridica spagnola, si poteva cogliere un cospicuo movimento in atto; in essa si stavano proponendo, senza clamori ma intensamente, nuovi modelli di ricerca, sì da farne ai nostri occhi un'esperienza culturalmente giovane e vivace, giovane perché ricca di forze nuove e di idee nuove. Verificare, dietro la viva voce dei protagonisti, il senso dell'itinerario in marcia è forse il motivo più profondo di questo incontro di studio.

Io non ho da fare discorsi introduttivi. Come direttore del Centro organizzatore dell'Incontro, sono qui soltanto ad offrire alcuni motivi della sua genesi e a porgere un saluto e un ringraziamento. Un saluto, intanto, a nome dell'Università di Firenze, del Dipartimento di teoria e storia del diritto, del nostro Centro, a tutti i convenuti, in particolare a coloro che hanno affrontato lunghi e disagiati viaggi per raggiungere Firenze, addirittura da fuori Italia, addirittura da fuori Europa: a tutti il mio ringraziamento per essere venuti qui in un momento in cui il nostro paese offre purtroppo ai graditi ospiti, accanto al suo sole e alle sue bellezze autentiche, anche un disordine di irresponsabili scioperi nei trasporti aerei e ferroviari. Mi scuso profondamente con voi per i disagi che questa situazione possa avervi creato.

Consentitemi alcuni ringraziamenti particolari: innanzi tutto al Preside della Facoltà giuridica fiorentina, prof. Francesco Palazzo, che è qui in mezzo a noi a testimoniare la sua costante partecipazione amichevole alle iniziative del nostro Centro di Studi. Un grazie spe-

cialissimo a due personalità che hanno lasciato gravi impegni di lavoro per raccogliere il nostro invito: al Magnifico Rettore dell'Università di Berna, prof. Pio Caroni, caro e vecchio amico, e a un altro caro e vecchio amico, il giudice costituzionale, prof. Francesco Paolo Casavola, che rappresenta qui la Corte Costituzionale italiana. Infine, un ringraziamento che è per me doveroso e piacevole: l'organizzatore del Convegno non sono io, ma piuttosto la bravissima segretaria del Centro di Studi, signora Alma Lelli Ciampi, che è lì nell'anticamera davanti al suo tavolino, e per lei vi prego di battere un momento le mani in segno di applauso. Tutto ciò, che di buono — ma, s'intende, anche di meno buono — c'è in questo Convegno, si deve alla nostra efficiente ed amabile Segretaria.

Diamo pure inizio ai nostri lavori. Presidente del Convegno sarà Francisco Tomas y Valiente, che terrà l'Introduzione generale e poi la presidenza delle singole sedute. Egli ha accettato questo non facile compito e gliene sono profondamente grato. Poiché però questa mattina è impegnato nella lettura del suo discorso introduttivo, vorrei pregare un Maestro dei nostri studi, qui presente, il prof. Giulio Vismara, di assumere stamane la presidenza del Convegno. Grazie.

Relazioni

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

ESCUELAS E HISTORIOGRAFÍA EN LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL (1960-1985)

I

El título de mi intervención, sugerido por nuestro anfitrión, es tan atractivo como impreciso. No anuncia, como sucede con las demás ponencias, un tema sectorial, materialmente delimitado y respecto del cual haya que analizar la bibliografía acumulada. Si entiendo bien la invitación (o el reto) se me pide que clasifique a los historiadores del Derecho de mi país en grupos homogéneos, que los defina por sus características comunes y que exponga los resultados historiográficos en que las supuestas escuelas hayan objetivado sus respectivos planteamientos. Al tiempo que acepto la tarea, quiero advertir acerca de sus dificultades objetivas y sus implicaciones subjetivas.

Empezando por éstas, observo que los límites cronológicos propuestos vienen a coincidir aproximadamente con los de mi personal peripecia dentro de nuestro campo científico. Ello me permite reflexionar no solo sobre libros leídos, sino también acerca de personas conocidas. Procuraré transitar por tan delicados terrenos con respeto hacia todos mis colegas, con la mayor ecuanimidad y sin incurrir en impertinentes anecdotarios personales. Mi reflexión tiene más de ensayo que de investigación repleta de notas a pie de página, y busca más las líneas generales que la mención concreta de autores u obras. Quizá no esté de más añadir a esta retahila de introductorias medidas cautelares, una más: la de que admito de antemano que puedo estar equivocado en mucho o en todo y, por consiguiente, estoy presto a aceptar opiniones discrepantes y aun rectificaciones convincentes.

Antes aludía a las dificultades objetivas. Quiero apuntar ahora dos de ellas. La primera consiste en la imprecisión del concepto académico de «escuela», lo que me obligará a indicar en qué sentido lo empleo. Pero ocurre — segunda dificultad, aunque será la primera que intentaré resolver — que la única «escuela» de historiadores del Derecho aceptada de modo unánime entre nosotros, la de Hinojosa, lejos de servirnos de paradigma y de punto de partida, ha sido objeto de manipulación ideológica en más de una ocasión, de modo que respecto a ella y sus límites hay más confusión que claridad, porque quienes sobre ella escribieron lo hicieron a veces con más retórica que rigor.

Todo ello aconseja que antes de fijar la atención en los últimos veinticinco años, la dirijamos hacia Hinojosa y su escuela, para centrarnos a continuación en la visión que de ella dió García Gallo en dos trabajos publicados en 1948 y 1953.

II

Volver a Hinojosa no significa volver a los orígenes, porque éstos en lo que se refiere a la Historia del Derecho en España, se remontan a la eminente figura de Francisco Martínez Marina (1754-1833), que fue, no sé si el mejor historiador del Derecho en términos tan rotundos como los que emplea Aquilino Iglesia ⁽¹⁾, pero sí, desde luego «el iniciador de la Historia del Derecho en el siglo XIX» ⁽²⁾. Aunque se percibe una tendencia a revalorizar su persona y su obra ⁽³⁾, Martínez Marina no ha sido todavía objeto de un estudio monográfico ambicioso, completo (esto es, no limitado a servir de introducción a la «Teoría...» o a sus «Obras») ⁽⁴⁾ y ponderado. Continúa mereciéndolo.

⁽¹⁾ Aquilino IGLESIA, *Lecciones...*, I, 32-35.

⁽²⁾ Jesús LALINDE, *Iniciación histórica...*, p. 14.

⁽³⁾ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, p. 43 a 46 Joaquín VARELA SUANCES, *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispano (las Cortes de Cádiz)*, Madrid, CEC, 1983.

⁽⁴⁾ José Antonio MARAVALL, *Estudio preliminar al Dis curso sobre el origen de la Monarquía y sobre la naturaleza del Gobierno español*, CEC, Madrid, 1988, José Manuel PEREZ-PRENDES, *Introducción* a su edición de la *Teoría de las Cortes*, E.N. I, II y

Hinojosa (1852-1919) es posterior en casi un siglo a Martínez Marina. Entre ambos, la mediocridad. En torno a Hinojosa cristaliza el resurgimiento científico de una especialidad hundida durante cien años en la rutina y el aislamiento. Hinojosa recupera métodos olvidados, practica un rigor científico ausente en nuestra Universidad durante decenios y cultiva la comunicación con la ciencia y la Universidad de otros países (Alemania, Francia) ⁽⁵⁾.

Hinojosa fue un profesor universitario tardío (injustamente tardío, pero no es la injusticia, sino la tardanza lo que aquí importa destacar) y un político activo durante más de diez años, aunque no abandonase nunca sus trabajos de investigación. Fué nombrado Catedrático de Historia Antigua y Media de España en la Facultad de Filosofía y Letras en 1900, a sus 48 años.

Pero «la consagración y el triunfo» de Hinojosa se vinculan no a la cátedra, sino sobre todo y dentro de la Junta para la Ampliación de Estudios, a la creación en 1910 del Centro de Estudios Históricos, del que fue nombrado Hinojosa director de la sección histórica. En 1914, una noche de febrero, Hinojosa «sufre un ataque cerebral, quedando privado de conocimiento y habla» ⁽⁶⁾. Entre 1910 y 1914, en el Centro, «la actividad de Hinojosa fue tan corta como decisiva» ⁽⁷⁾. Allí y entonces «un grupo selecto de jóvenes, antiguos discípulos o llegados de otras Universidades... van a trabajar bajo su dirección». Galo Sánchez, Claudio Sánchez Albornoz, José M^a. Ramos Loscertales, entre otros. Hinojosa contagia entusiasmo, enseña métodos de trabajo, comenta fuentes medievales. «El propio catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Madrid, Laureano Díez Canseco asiste alguna vez a las reuniones pa-

III, Madrid, 1979. José Ignacio SANCHEZ AMOR, *Algunas cuestiones sobre la influencia de Martínez-Marina en las Cortes de Cádiz*, en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), número 62, (1988), 89-129. En este reciente trabajo puede verse la bibliografía concerniente a Martínez Marina.

⁽⁵⁾ Galo SANCHEZ, *Don Eduardo de Hinojosa (necrológica)*, en *Revista de derecho Privado*, VI (1919), 161-164, y, sobre todo Alfonso GARCÍA-GALLO, *Obras*, I (Madrid, 1948), pp. XIII a CXXIV (en adelante la citaré como «Hinojosa» y la página en romanos).

⁽⁶⁾ «Hinojosa», XCIX.

⁽⁷⁾ Ramón CARANDE, *Galería de amigos*, Alianza editorial, Madrid, 1989, semblanza de Hinojosa en pp. 128 a 131; el texto, en p. 131. No tengo a mano el discurso del que se toma; citaré siempre por este reciente libro.

ra escuchar las explicaciones de Hinojosa». Aunque se recuperó algo de su «ataque cerebral» de 1914, «su fecunda labor queda trunca». Muere en 1919 ⁽⁸⁾. El mérito de su obra es muy notable y el elogio sobre su magisterio personal y sus cualidades docentes es unánime entre quienes pudieron apreciarlo directamente ⁽⁹⁾.

Hinojosa pertenece a la generación de Cajal, Menéndez Pelayo, Rafael de Ureña y Joaquín Costa, pero sus discípulos directos, su escuela, surgieron en la Universidad española del segundo y tercer decenio del siglo XX, revitalizada merced a la influencia de la Institución Libre de Enseñanza y de la Junta de Ampliación de Estudios. Hinojosa no obedece al tipo del profesor que «despierta vocaciones», sino más bien al del maestro que orienta a jóvenes investigadores previamente decididos a ejercer la docencia universitaria y la investigación científica de la Historia.

En vida de Hinojosa no se habla de su «escuela». Esta se objetiva en 1924, en torno la fundación del Anuario de Historia del Derecho Español, revista científica formalmente dirigida por Laureano Díez Canseco, y cuya redacción inicial forman tres discípulos directos de Hinojosa (Claudio Sánchez Albornoz, Galo Sánchez y José M^a. Ramos Loscertales) y otros dos jóvenes historiadores, Ramón Carande y José M^a. Ots Capdequi. Pronto, algunos discípulos de los discípulos de Hinojosa integrarán la segunda generación de miembros reales de la escuela: Román Riaza, Manuel Torres López, José Antonio Rubio Sacristan, Luis García de Valdeavellano y Alfonso García-Gallo. Por sus edades de nacimiento (1899, 1900, 1903, 1904 y 1911 respectivamente) ninguno pudo tener contacto personal con Hinojosa ⁽¹⁰⁾. A mi entender éstos, y en sentido estricto, *solo estos*, son los componentes de la escuela de Hinojosa. Luego diré por qué.

Qué intervención le cupo a Laureano Díez Canseco (1860-1930) en la cristalización de la escuela y en la fundación del *Anuario* es, quizá, una pregunta sin respuesta. García-Gallo le dedicó una página exenta de simpatía hacia su figura, en la que sin embargo reconoce que «en los últimos años, cuando Hinojosa se ha visto impedido de dirigir a sus discípulos, Díez Canseco les ha agrupado en tor-

⁽⁸⁾ «Hinojosa», XCIX.

⁽⁹⁾ Cfr. la necrológica de don Galo, ya citada y las palabras de Sánchez Albornoz reproducidas por Carande, op. cit. p. 129.

⁽¹⁰⁾ «Hinojosa», CXVI y CXVII.

no suyo» (11). Carande, que considera a Canseco uno de sus «ra-ros» y a quien admira sin disimulo, al comentar su asistencia ocasional, pero no infrecuente, al Seminario de Hinojosa, apunta esta observación: «Debe pensarse que su participación en las tareas tuvo una influencia superior a lo que se cree generalmente» (12).

Hinojosa no fue catedrático de Historia del Derecho, sino de Historia, ni profesó otra disciplina jurídica, aunque empezó a escribir un perdido manual de Derecho Civil. Sus discípulos directos fueron todos historiadores no juristas, con la excepción de Galo Sánchez, quien, pese a su condición de catedrático de Historia del Derecho, nunca mostró especial interés por el mundo presente o pretérito del Derecho y sus instituciones, o por el de la ciencia del Derecho y sus cultivadores.

La Escuela de Hinojosa se nos presenta como una realidad dotada de una ambigüedad constitutiva derivada de su nacimiento «post-mortem» y de su integración por historiadores no juristas y por historiadores del Derecho interesados por el estudio de las instituciones sociales o económicas y por la publicación de fuentes, pero no por el conocimiento de la historia del pensamiento jurídico o por el del Derecho «histórico» como precedente e instrumento cognoscitivo del Derecho actual, o por el de la dogmática jurídica. Aludiendo a su condición de obra póstuma García-Gallo ha escrito: «Así surge la llamada Escuela de Hinojosa no formada por éste al agrupar en torno suyo a discípulos que orienta, sino constituida por aquéllos que al emprender el estudio de la historia del Derecho o de la instituciones se esfuerzan por seguir sus huellas. El magisterio de Hinojosa a través de sus escritos viene a ser, por ello, mucho más eficaz que el ejercido por él desde la cátedra» (13).

A mi modo de ver la obra de Hinojosa y la de los miembros indiscutibles de su escuela se caracteriza por las siguientes notas. 1. El medievalismo, con preferencia por las instituciones sociales (Historia social) y económicas. 2. La atención por la publicación de fuentes. 3. La germanización o formación universitaria alemana de sus

(11) «Hinojosa», CXI.

(12) Ramón CARANDE, *Galería de raros*, Alianza Tres, Madrid, 1983, pp. 121-130. Ramón Carande, *Galería de amigos*, p. 129.

(13) «Hinojosa», XCV.

componentes. 4. El germanismo, entendido como afirmación de la muy importante presencia del elemento germánico en la formación del Derecho español. 5. La consideración de la Historia del Derecho como rama especializada de la Historia ⁽¹⁴⁾.

III

El hombre más importante en la Historia del Derecho español durante los últimos cincuenta años ha sido Alfonso García-Gallo, por la extraordinaria y sostenida calidad de sus trabajos, por la asombrosa cantidad de sus publicaciones y por la permanencia de su dedicación exclusiva a la docencia y a la investigación. Apartado de aquélla por razón de edad (nació en 1911) continúa sin embargo trabajando. «Nadie ha escrito tanto y sobre temas tan diversos dentro de la Historia del Derecho durante los últimos cincuenta años como García-Gallo» ⁽¹⁵⁾.

¿Ha formado García-Gallo escuela? Antes de responder a esta pregunta conviene examinar cómo entendió él lo que era una escuela, al referirse en dos escritos de 1948 y 1953 a «La única escuela», a la «escuela por antonomasia», la de Hinojosa ⁽¹⁶⁾.

García-Gallo al mismo tiempo que analiza objetivamente los escritos de Hinojosa valora ideológicamente su figura y difumina los contornos reales de su escuela, contribuyendo así a la mitificación de esta última, que resulta configurada más por la «entusiasta fidelidad» ⁽¹⁷⁾ de los discípulos, que por la coherencia científica de un grupo de especialistas vinculados entre sí y con su maestro común por un concepto de su disciplina académica, unos métodos y unos temas.

⁽¹⁴⁾ Sobre esta última característica, cfr. «Hinojosa», XXXVIII, y, más adelante, pp. XCIII y CI.

⁽¹⁵⁾ Cfr. la nota «Al lector», firmada por el Consejo de Dirección del Anuario, HDE, LV (1985), pp. 5 a 8.

⁽¹⁶⁾ Cfr. el trabajo citado en nota 5 y también Alfonso GARCÍA-GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho. Consideraciones en torno a la Escuela de Hinojosa*, apud AHDE, LIII (1953), 5-36; cfr. ahora ibidem, p. 5; «A diferencia de lo que ocurre en otros países, donde distintos maestros formaron otras tantas escuelas, en España todos los que actualmente cultivan la Historia del Derecho siguen las huellas de Hinojosa. Sólo se habla de una escuela, y ésta es, por antonomasia la Escuela de Hinojosa».

⁽¹⁷⁾ Op. y loc. últimamente citado. p. 3.

Todo ello ha creado en nuestro campo no pocas confusiones metodológicas y más de una desorientación respecto a qué es una escuela.

Para García-Gallo, Hinojosa no divulgó, como hicieron los miembros de la Institución Libre de Enseñanza, «aquel aspecto del pensamiento europeo caracterizado por su sentido antiespañol y anticatólico», sino que se esforzó por dar nueva vida a nuestra ciencia «sin por ello negar la tradición y el sentido católico de la propia historia» (18). Es decir, Hinojosa «sentó los cimientos de una ciencia española» (19).

En la España de los años 40 y 50 no hubiera merecido la complacencia oficial un intento de vincular el nacimiento de nuestra disciplina con, por ejemplo, la obra de un cura liberal, ilustrado y constitucionalista como Martínez Marina. Quizá influido por ello García-Gallo exalta la noble figura de Hinojosa, y no duda de atribuir a tan notable investigador «más que una renovación, la iniciación del estudio científico de la Historia del Derecho en España» (20).

La pasión por la unidad, le lleva a incluir en la escuela de Hinojosa a todos los historiadores del Derecho coetáneos de aquél o posteriores a él. Aunque Altamira, Díez Canseco, Minguijón y Ureña son examinados en un momento dado como personalidades aisladas que, al margen de Hinojosa, se esforzaban por superar la mediocridad dominante (21), pocos años después forma García-Gallo con algunos de ellos y con otros nombres la «primera etapa de la Escuela de Hinojosa» (22), para, acto seguido, integrar en una segunda generación de discípulos a historiadores del Derecho, a romanistas o a indianistas tan poco vinculados a Hinojosa como Juan Beneyto Pérez, Francisco Hernández Tejero o Antonio Muro Orejón. El panegírico discurso de García-Gallo le lleva a afirmar la fidelidad de esta generación al pensamiento del maestro de modo que «es como si el propio Hinojosa, a través de sus obras, dirigiese cada uno de sus

(18) «Hinojosa», XXV y XCIII.

(19) «Historia...», p. 5.

(20) «Historia...», p. 5.

(21) «Hinojosa», CIX a CXIII.

(22) «Historia...», p. 6.

trabajos» (23) La Escuela, así, con mayúscula, que en 1934, con la creación de la Sociedad Eduardo de Hinojosa «adquiere personalidad jurídica» (24), resulta simultáneamente mitificada y desdibujada, y la persona de quien le da nombre sufre un proceso de apropiación ideológica («afiliado a un partido de derechas», «católico sin tacha», «Profesor a la europea,... aunque netamente español») (25), que ninguna relación guarda con las características de una escuela científica.

Esta deformación de la citada escuela plantea a García-Gallo en 1952 un grave problema. El se siente discípulo de Hinojosa, está convencido de ello. Si «todos (los historiadores españoles del Derecho) son discípulos de Hinojosa» (26) ¿cómo no lo va a ser él que lo fué directamente de Galo Sánchez y de Sánchez Albornoz? Sucede sin embargo que en aquella famosa conferencia pronunciada por cierto el 25 de noviembre de 1952 para conmemorar el nacimiento de Eduardo de Hinojosa, García-Gallo presentó una visión de la Historia del Derecho severamente crítica de la orientación dominante hasta entonces, «distinta también de la que ha prevalecido en España, han seguido los miembros de la Escuela de Hinojosa y he mantenido yo mismo con anterioridad». ¿Cómo encajar esta radical novedad de su modo de entender la Historia del Derecho con su sincera y «entusiasta fidelidad» a Hinojosa? «¿Hasta qué punto esta orientación puede tener cabida en la Escuela de Hinojosa?» (27).

Quizá los interrogantes que se planteó García-Gallo en 1952 constituyan un buen ejemplo de un falso problema. Creo que en sus páginas de entonces y en las de 1948 late una acaso inconsciente identificación entre la fidelidad a una persona y la pertenencia a la escuela cuya fundación se le atribuye (28). Hinojosa siempre cultivó la Historia de las instituciones y de las fuentes (la Historia del Dere-

(23) «Hinojosa», CXVI a CXXI.

(24) «Hinojosa», CXIX.

(25) «Hinojosa», CXXIII y CXXIV.

(26) «Historia...», p. 10.

(27) «Historia...», p. 34 y p. 35.

(28) «Historia...», p. 6 y pp. 34 a 36. Es de justicia señalar que en su *Manual de Historia del Derecho Español*, I y II, 1ª ed. 1959-1962, 2ª ed. revisada, 1964 (por la que cito), García-Gallo ofrece una visión mucho más sobria y concisa acerca de «Hinojosa y su Escuela» (ibi, I, 14-15).

cho) como una rama de la ciencia de la Historia. García-Gallo en 1952, y desde esa fecha, defendió la concepción de la Historia del Derecho como «ciencia Jurídica». Pocos años después, en el tomo del *Anuario* de 1956, rompía por medio de un sólido trabajo de investigación, con otra de las notas distintivas de la escuela de Hinojosa: el germanismo. Objetivamente se separaba de la formación científica en la que había estado inserto hasta entonces, hecho sin duda compatible con fidelidades y admiraciones personales que no deben ponerse en juego cuando de problemas y opciones científicas se trata. Pienso que el concepto de escuela debe estar más vinculado a lo que objetivamente hacen los hombres de ciencia que al subjetivo mundo de las relaciones de fidelidad. Si hay homogeneidad y derivación de un magisterio hay escuela. Si no, no.

IV

Vuelvo a formular la pregunta que antes eludí: ¿formó García-Gallo una escuela? Depende de lo que por tal entendamos. Si una escuela es un grupo de cultivadores de una ciencia vinculados entre sí por relaciones de dependencia más o menos estables y por fidelidades personales más o menos duraderas y desinteresadas, la respuesta habría de ser afirmativa. Si por escuela entendemos la vinculación científica entre un maestro y unos discípulos en torno a un modo de conceptuar su ciencia, los métodos de investigación propios de la misma y la existencia de una o varias líneas o temas o campos de investigación en cuanto merecedores para ellos de atención preferente, no me parece fácil la respuesta.

García-Gallo ha sido, en relación con la Historia del Derecho en España, quien más influencia ha ejercido durante cuatro o cinco décadas. Ocupó ⁽²⁹⁾ puestos clave en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, que le permitieron dirigir el *Anuario* e intervenir de forma decisiva en la composición de muchos tribunales de oposiciones a cátedra.

Con frecuencia entraban (o entrábamos) en contacto con él

⁽²⁹⁾ Cfr. su *Breve historia del Anuario*, en AHDE, LI bis (1982), VII a LIII, en especial pp. XXIX y XXX.

jóvenes profesores procedentes de otras Universidades que sin perder su vinculación con sus respectivos maestros obtenían su visto bueno decisivo; o que abandonaban su Universidad de origen para ser solo durante unos meses Profesores Adjuntos en la Cátedra de García-Gallo; o que llegaban a Madrid para ser ayudantes de don Galo y/o discípulos de Torres López y mantenían simultáneamente una buena relación con García-Gallo a través del Instituto y del *Anuario*.

Me parece que su patrocinio fue más amplio que su magisterio directo y, desde luego, que su influencia a través de su ingente obra escrita trascendió a la circunscrita entre él y sus discípulos más directos.

Cuando, en la tan citada conferencia de 1952, García-Gallo se enfrenta ante el dilema de si su nueva orientación cabe o no dentro de la escuela de Hinojosa, se plantea la siguiente pregunta: «¿No representa una nueva dirección — *no puedo decir Escuela mientras no encuentre seguidores* — en estos estudios?»⁽³⁰⁾. García-Gallo emplea aquí aplicándolo a sí mismo, un concepto mucho más preciso de escuela y plantea una duda esperanzada («...mientras no...») respecto a su capacidad para atraer *seguidores* no de su persona, sino de las nociones epistemológicas allí ofrecidas.

Casi cuarenta años después la contestación a aquella duda esperanzada no me parece clara. Podríamos afirmar la existencia de una escuela si nos atuviéramos a una visión sociológica, externa a la estrictamente científica, de la relación entre el citado profesor y casi todos los demás. Pero si así procediéramos cometeríamos respecto a García-Gallo, y su escuela, aunque por razones diferentes, un error semejante al que él no supo evitar al referirse a Hinojosa y la suya. Quizá la pregunta clave continúe siendo la misma, con solo cambiar el tiempo verbal: ¿ha encontrado seguidores en la nueva dirección que descubrió en 1952?

No parece que haya muchos y explícitos defensores de su concepción de la Historia del Derecho como ciencia jurídica, ni de su exposición de conjunto como soluciones variables a problemas, realidades y situaciones permanentes. Algún trabajo de investigación ha seguido estas pautas, pero sin continuidad. Paradójicamente

⁽³⁰⁾ *Historia*, p. 35. El subrayado es mío.

quienes entre nosotros definen la Historia del Derecho como historia del pensamiento jurídico y de sus realizaciones (Lalinde) o quienes la sitúan en el ámbito de la ciencia jurídica (Bartolomé Clavero), ni son discípulos de García-Gallo ni sostienen sus respectivos puntos de vista con argumentos vinculados a los de éste.

El mismo García-Gallo no ha mantenido una coherencia rigurosa entre sus escritos teóricos y sus investigaciones monográficas. Su «Manual» responde en efecto «a su orientación institucional». Pero en sus extensos y numerosos estudios no siempre es perceptible ese planteamiento, sino otro más clásico y menos innovador, sin que se adviertan radicales diferencias entre sus trabajos anteriores a 1952 y los posteriores a esa fecha.

El «Manual», cuya densidad de conocimientos por página es asombrosa, y cuyo segundo tomo contiene la mejor y más útil antología de textos, pretende ser una introducción histórica al estudio del ordenamiento jurídico presente, pero su exposición de temas singularizados a partir de lo que hoy es el Derecho, extrayendo del presente los problemas y situaciones pretendidamente persistentes (véanse, por ejemplo las páginas sobre «la teoría general del Derecho», antes del análisis «histórico» de los «sistemas de fuentes») encierra una justificación metodológica difícilmente compartible.

Obra singularísima, no es fácil imitarla ni continuarla. No carece de significación el hecho de que cuando uno de los más directos y constantes discípulos de García-Gallo (me refiero a José Antonio Escudero) se ha decidido a escribir una obra de conjunto, el resultado ha sido un Manual radicalmente diferente al de García-Gallo y mucho más cercano al «Curso» de 1946-1950, anterior por tanto al giro epistemológico de 1952-1953.

Pero si la existencia de una escuela no aparece clara ateniéndonos a la escasa continuidad y aceptación de los postulados teóricos de García-Gallo o a la aislada estructura, por nadie repetida, de su «Manual», la evidencia de la relación entre maestro y discípulos continuadores de su obra se percibe examinando alguno de los muy diversos campos a los que dedicó su investigación el citado profesor. Así ocurre, por ejemplo, en lo concerniente a las fuentes medievales del Derecho, materia en la que sus propios trabajos se han visto prolongados con identidad de conceptos, de hipótesis y de métodos por discípulos tan directos y notables como Gonzalo Martínez Díez o Ana

María Barrero, por citar solo los dos nombres más destacados. Algo semejante sucede a propósito del Derecho indiano, respecto al cual la coherencia entre los principios metodológicos, los conceptos básicos y la amplísima obra de investigación de García-Gallo es indiscutible, y donde es fácil enunciar una nutrida nómina de «seguidores» procedentes de uno y otro lado del Atlántico (Juan Manzano, Ismael Sánchez Bella, Antonio Muro Orejón, F. Muro Romero, Alberto de la Hera, Martínez Gijón, G. Villapalos, Concepción García-Gallo Peñuela, María del Refugio González, José Luis Sobaranes, Víctor Tau Anzoátegui, B. Bravo Lira... etcetera) ⁽³¹⁾. Lo mismo puede apreciarse en relación con sus estudios sobre Historia del Derecho privado, cuya influencia orientadora sobre gran parte de la obra de Martínez Gijón (y, a través de éste, de la de sus discípulos), o en algún trabajo del autor de estas líneas es manifiesta.

Quizá la heterogeneidad de campos sobre los que investigó García-Gallo haga más difícil hablar de *una* escuela por él encabezada. Acaso si se me permite la paradoja, sea más fácil *percibir diversas* líneas o grupos de continuadores en otros tantos sectores de la labor por él iniciada y desarrollada. En cualquier caso ha sido casi imposible, entre 1960 y 1985, iniciar un trabajo de investigación sin referirse a lo escrito por García-Gallo, y con mucha frecuencia las investigaciones han surgido a partir de él o en polémica con él. Dos modos de estar presente.

V

En el periodo que estudiamos han aparecido numerosas exposiciones de conjunto de la Historia del Derecho Español. ¿Obedece cada Manual a una concepción diferente de nuestra disciplina? ¿Revelan, tras una análisis comparativo, la existencia de otras tantas escuelas? ¿Son expresivos, en cuanto obras de síntesis, del estado global y colectivo de nuestras investigaciones? Creo que un examen ni exhaustivo ni crítico, sino preferentemente descriptivo de cada

⁽³¹⁾ En mis escasas investigaciones dentro de este campo me siento continuador de los planteamientos de García-Gallo y muy en particular de su idea del Derecho indiano como prolongación inicial y rama especial del Derecho castellano.

uno de ellos nos permitiría responder a las preguntas formuladas y, de ese modo, contribuir a la percepción por el lector de estas líneas del panorama general que, desde enfoques complementarios, trato de construir.

Analizaré los sucesivos «Manuales» aparecidos después del de García-Gallo ya mencionado, siguiendo un orden cronológico. El primero fue el de Rafael Gibert.

Entre el «Curso de Historia del Derecho español» de don Galo y la «Historia general del Derecho español» de Gibert (Granada, 1968) hay coherencia y continuidad de escuela ⁽³²⁾. Don Galo «apuntó» en su «Curso» la serie cronológica de las fuentes del Derecho de cada territorio hispánico. Libro breve, telegráfico, donde no sobra una palabra y en el que no todos aprecian la densa erudición de la que procede cada página. La «Historia» de Gibert «es el fruto de haber estudiado con asiduidad el Curso» de don Galo. Para ambos, en la dicotomía entre *hechos* y *textos* el historiador del Derecho ha de estar atento solo a los segundos. Gibert estudia «los libros de Derecho» y en ocasiones llega a percibir «la íntima relación entre textos y hechos». No le interesan ni las «ideas generales» ni las conexiones del Derecho con otros componentes de la realidad, ni los criterios endógenos o exógenos a la Historia del Derecho con los cuales se puede proceder a dividir «la soberana unidad de la historia». Sólo está, como don Galo, atento a lo que nos transmiten los libros de Derecho. «Persuadido — dice — de que la historia del Derecho investiga esencialmente una tradición literaria, he centrado la visión del pasado jurídico en la descripción de los libros de este carácter, enmarcada en el curso general de la Historia, del que he intentado destacar los rasgos jurídicos».

Gibert, como don Galo, examina y describe los libros (o documentos) jurídicos de cada época y de cada territorio hispánico, incluyendo los de la Monarquía hispánica (Países Bajos, Cerdeña, Italia, Sicilia, Nápoles y Milán), aunque no las Indias castellanas. Pero

(32) Galo SANCHEZ, *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes*, 7ª ed. corregida, Madrid, 1949; hay ediciones posteriores, pero me gusta citar ésta, la que yo estudié. Rafael GIBERT *Historia general del Derecho español*, Granada, 1968; los textos entrecomillados pertenecen a esta obra. Sobre sus maestros, cfr. *Academia portuguesa da História. Recepção académica aos Profs. Doutores Alfonso García-Gallo e Rafael Gibert*. Lisboa, MCMLXXXV, en especial pp. 37 a 45.

Gibert, al contrario que don Galo, no se detiene ante los caracteres externos de cada fuente, sino que lee y nos describe su contenido, o, al menos, «aquellos elementos más peculiares o significativos, por lo que he venido — dice — a tratar de algunas figuras jurídicas, aunque manteniéndome en lo exterior de ellas».

A Gibert no le interesan las instituciones («figuras jurídicas») ni menos aún su funcionamiento, que sería materia de estudio sociológico. Lo jurídico es lo que está en los libros de Derecho y en ellos (leyes, doctrina, sentencias) agota su realidad. Lo demás son hechos, objeto para la sociología, la historia social o la económica. Por eso de una institución la «Historia» de Gibert sólo dice lo que de ella se diga en el libro de Derecho que él esté describiendo.

Gibert no hace historia de la dogmática jurídica, pero sí de la ciencia del Derecho. Tanto en su «Historia» como en unos valiosísimos cuadernillos independientes de aquélla, Gibert ha estudiado sin encuadrarlos en grandes corrientes u orientaciones, la obra de nuestros juristas. Para Gibert, hay Derecho si hay juristas. Por lo mismo hay «siglos mudos», aquellos como los VIII, IX y X de la era cristiana durante los cuales, desaparecidos los juristas y con ellos el saber técnico que practican, «la moral y la retórica» ocupan el lugar del Derecho. Pero si la Historia que cultivamos es «la investigación de una tradición literaria», los libros de los juristas adquieren un interés predominante. Gibert, consecuente consigo mismo, los estudia. Algunos trabajos suyos, como el magistral sobre «Ihering en España»⁽³³⁾ o el dedicado a la «Enseñanza del Derecho en Hispania durante los siglos VI e XI»⁽³⁴⁾, muestran la coherencia entre sus escuetos principios, su exposición de conjunto y su labor monográfica.

⁽³³⁾ Rafael GIBERT, *Ciencia jurídica española*, Granada, 1971 y 1983. Apud *Iherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150 Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Ihering*, Vandembroeck und Ruprecht in Göttingen, 1970, pp. 40-67.

⁽³⁴⁾ Apud *Ius Romanum Medii Aevi*. Pars. I, 5, b, cc, Mediolani, Typis Giuffrè, 1967. Menos interés tiene su reciente publicación (*Anuario de la Facultad de Derecho*. 4 (1986), 305-344, Universidad de Extremadura), bajo el título de *Concepto de la Historia del Derecho Español (1947)*, de los primeros capítulos de su «Memoria» presentada en las oposiciones a Cátedra de 1949.

VI

Jesús Lalinde, «per circumstàncies personals, arribá una mica tard a la docència universitària, ja que va obtenir el grau doctoral amb els millors pronunciaments en 1958, frisant ja la quarantena, i, després d'alguns anys d'adjuntia a la Facultat de Dret barcelonina, accedí a la càtedra d'Historia del Dret Espanyol en 1966, als seus quaranta cinc» (35). El párrafo transcrito pertenece a Font Rius. La vinculación académica y personal de Lalinde a Font data de los años de elaboración de su tesis doctoral y no se ha interrumpido hasta el presente, cuando ya ambos están jubilados, aunque por fortuna, ninguno de ellos haya dejado la pluma. ¿Forman Font Rius y Lalinde una escuela?. Sin duda, no.

«El Dr. Font Rius está vinculado a la “escuela de Hinojosa” a través de su ya citado maestro, el Prof. García de Valdeavellano y está inserto en el medievalismo catalán que representa su otro gran maestro, Ramón d'Abadal i de Vinyals. Tanto a través del uno como del otro, yo creo que lo que más le caracteriza es su condición europeísta, y, dentro de ésta, su afección galicista, aunque no aparezca nunca declarada» (36). Comparto la descripción que Lalinde hace de Font, como también su aguda observación de que nunca Font cayó en un «juridicismo» ajeno a la tradición académica (Hinojosa, Sanchez Albornoz, Valdeavellano) de la que procedía.

«Juridicismo» que, en cierto modo, está siempre patente en Lalinde. «En totes aquestes planes s'hi mostra ben patent l'obsessió de Lalinde, per destacar el primat de la dimensió jurídica en l'ordenació del material històric que li servia de basament». Si la preferència de Font a la hora de investigar «corre, de costum, com sabem, per uns viaranys d'ambit local o comarcal», Lalinde se interesa, cada vez más, «per una visio universalista de la història del dret» (37) He aquí

(35) Josep María FONT I RIUS, Discurs de contestació, al de ingreso de Jesús Lalinde, *Poder, represión e Historia*, en la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona, leídos ambos el 24 de marzo de 1988, Barcelona, 1988, ibidem, p. 41.

(36) Jesús LALINDE ABADIA, *El Dr. D. José María Font i Rius y la iushistoriografía local catalana*, apud, *Una oferta científica iushistorica internacional al doctor... por sus ocho lustros de docencia universitaria*. Barcelona, 1985, pp. 1-19 el texto en p. 17.

(37) Todos los textos que transcribo o transcribiré en catalán sobre Lalinde pertenecen al «Discurso» de Font, cit. en p. 35.

un ejemplo, quizá insuperable de cómo entre nosotros la estrecha vinculación académica entre dos personas durante más de treinta años no hace al más joven, discípulo del «senior» (en el sentido de seguidor de su orientación conceptual y metodológica). Dos historiadores notabilísimos han trabajado juntos, pero cada uno por su lado.

Percibo en la andadura de Lalinde ⁽³⁸⁾ una orientación progresiva hacia la síntesis conceptual y la reflexión filosófica. Font ha escrito de él: «Algú ha pogut dir, en sospesar totes aquestes especulacions de Lalinde, que bé podria pensar-se en una direcció cap a una teoria general o filosofia de la historia del dret». Lalinde está recorriendo una trayectoria que va desde la monografía descriptiva hasta la síntesis de historia *universal* del derecho. Del archivo histórico, a la especulación. De la investigación sobre instituciones concretas, a la «visión iushistórica universal, conceptual, fenoménica y paralógica».

Esta evolución se expresa en sus tres obras de conjunto: su «Iniciación histórica al Derecho Español» (1ª edición en 1970), su «Derecho histórico español» (1974) y su más reciente «El Derecho en la Historia de la Humanidad» (1982) ⁽³⁹⁾.

La «Iniciación» es la obra de conjunto más completa escrita hasta ahora sobre nuestra materia. Solo podría citarse como visión de conjunto comparable a la de Lalinde el «Manual de Historia del Derecho Español» publicado en 1934 por Román Riaza y Alfonso García-Gallo. La «Iniciación» es sin embargo más completa,

⁽³⁸⁾ Por el enfoque que un tanto arbitrariamente me he impuesto, es decir, el examen de obras de conjunto aparecidas entre 1960-1985, no puedo ocuparme directamente de Font Rius. Pero el silencio no debe ser completo. Por eso he procurado dejar caracterizada su procedencia y su labor. Fuí alumno de Font en primer y cuarto año de mi licenciatura en Valencia. Admiré su calidad de profesor. Explicaba *Historia*. Conozco unos *Apuntes de Historia del Derecho Español, tomados de las explicaciones ordinarias de la cátedra. Parte general: evolución general del Derecho español* Barcelona, 1974, que, sin duda, proceden de sus lecciones orales, pero cuya paternidad nunca ha asumido Font Rius, que ha preferido publicar investigaciones ceñidas a fuentes e instituciones medievales del Derecho catalán, esto es, ejercer de historiador, sin ocuparse mucho por teorizar acerca de su oficio. Su labor de investigador es notabilísima, de un rigor ejemplar y de impecable claridad expositiva.

⁽³⁹⁾ Una relación de todas sus obras hasta 1987 puede verse en el folleto citado en la nota 35.

sistemática, extensa y equilibrada que aquel «Manual», sin olvidar que es libro de un solo autor y que bajo los epígrafes, según los pasajes, de «Bibliografía» y de «Orientación historiográfica» aporta una información seleccionada y brevisimamente comentada que permite al lector interesado adentrarse en el conocimiento de unos problemas cuya exposición *inicial* ha quedado formulada, con sobriedad y equilibrio, en el texto. Aunque Lalinde pretende combinar en su obra «los criterios histórico y jurídico» ⁽⁴⁰⁾ predomina, a mi entender, su preocupación por el Derecho.

La evolución de su pensamiento, significa un meditado proceso de depuración. La conceptualización iniciada en su primera exposición de conjunto se acentúa en su «Derecho histórico español». La preocupación por aprehender «tipos», «fórmulas» y «medios» o «formas» de soluciones jurídicas dadas predomina sobre el relato con el tiempo como eje. Los conceptos se distancian del dato positivo, del momento preciso y del contexto. La historia se estiliza y se disuelve en un catálogo en el que el por qué de cada cambio, o de la duración de una determinada institución, o del paso de un sistema a otro apenas se expone, porque la atención del autor no persigue ni la correlación de todos los elementos de la realidad dada en un momento determinado, ni el paso de una formación social a otra, sino el estudio «de los elementos o componentes de la regulación jurídica que han aparecido alguna vez en la historia española» ⁽⁴¹⁾.

Lalinde escribió en una ocasión a propósito del presentismo histórico, esto es, de la influencia del presente que vive el historiador en la Historia que éste escribe, que bien podría decirse, parodiando un célebre refrán: «Dime qué Historia haces y te diré qué Historia estás viviendo» ⁽⁴²⁾. Años después, exponiendo las razones que deben llevar (o que le llevan a él) a la superación del nacionalismo iushistórico, ha escrito que «hoy, en momentos de internacionalización del mundo siempre será preferible el estudio del que posea conocimientos *universales* que el que meramente los posea *nacio-*

⁽⁴⁰⁾ *Iniciación...* (cito por la segunda edición actualizada, de 1978), p. 9, pp. 1 y 2, p. 7.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, p. 4.

⁽⁴²⁾ *Derecho...*, p. 30.

nales» (43). Lalinde en este trabajo teórico de 1985 da razón de su libro «El Derecho en la Historia de la Humanidad» (1982) y de algún estudio posterior y monográfico como su discurso de ingreso en la Real Academia de Buenas Letras sobre «Poder, represión e Historia» (1988).

Lalinde considera que debe superarse el nacionalismo iushistórico, pero entiende que el regionalismo iushistórico hereda los errores de aquél, por lo que la única vía posible de disolución del nacionalismo está en el «universalismo iushistórico», vinculado al racionalismo (mientras que el nacionalismo lo está al historicismo). No vale cualquier forma de universalismo. La Société Jean Bodin «contribuye eficazmente desde 1934 al universalismo iushistórico». Tras analizar las diversas tendencias que se dan en éste, Lalinde aboga por una visión iushistórica universal, conceptual, fenoménica y paralógica.

Lalinde, que, con independencia de este tercer paso de su evolución continúa escribiendo excelentes monografías «clásicas» (44), defiende así la conveniencia de unos saberes (no sé si sociológicos o filosóficos) contruidos sobre los resultados de la investigación histórica, pero que a mi entender *ya no son Historia*, sino reflexión, especulación o comparación *a partir de la Historia*.

VIII

Aunque en 1964 publicara ya unos «Apuntes» ajustados a las explicaciones de la cátedra de la que era titular Torres López, José Manuel Pérez-Prendes da a la imprenta una más ambiciosa obra de conjunto en 1973, reeditada sucesivamente hasta 1984 (45).

Pérez-Prendes ha sido discípulo de Manuel Torres López

(43) *Historia y reforma*, separata del *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, número 62 (1976), p. 45.

(44) *La superación del nacionalismo iushistórico*, ibidem, pp. 177 a 215.

(45) *Historia del Derecho Español. Parte General*, ediciones Darro, Madrid, 1973. Cito por la 4ª Edición aparecida bajo el título de *Curso de Historia del Derecho Español*. Volumen I, Parte General, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1984.

(1900-1987). En reciente ocasión ⁽⁴⁶⁾, Pérez-Prendes ha evocado esa relación entre maestro y discípulo a lo largo de treinta y cinco años.

«¿Quién fue realmente el maestro de Torres? No conoció a Hinojosa. Estudió con Rafael Acosta. Convivió con José Segura Soriano y amortajó, aunque no trató, a Díez Canseco. Pero ninguno de ellos fue, aunque queridos unos y respetados todos, *su verdadero maestro*. Yo creo que no lo tuvo» ⁽⁴⁷⁾. Al margen, añado yo, de su pertenencia a lo que podríamos llamar segunda generación de la escuela de Hinojosa, Torres «se formó», en la acepción académica de la expresión, en la Alemania de los años veinte. De allí y entonces datan «las convivencias mantenidas esos años entre Torres, Carande, Zubiri y Rubio Sacristán en el Friburgo de Lenel, los Beyerle, von Below y Finke» ⁽⁴⁸⁾. No se puede infravalorar la impronta que la Universidad y la bibliografía alemanas dejaron en Torres y que se hace patente en sus primeros y mejores libros (sus magníficas «Lecciones», Salamanca, 1933) y trabajos. Después de la guerra española, Torres López publicó poco.

Las «Lecciones» de Torres López comenzaban con unos extensos capítulos sobre problemas de concepto, método y fuentes de la Historia del Derecho. El «Curso» de Pérez-Prendes, también. Según él, la línea de Torres López y de sus discípulos «engarza directamente» con «la segunda generación de la escuela histórica en Alemania» ⁽⁴⁹⁾. Sobre esas «raíces especulativas», Pérez-Prendes incorpora otros elementos — de manera destacada el marxismo y el estructuralismo — en su extensa reflexión sobre los «Conceptos fundamentales» de nuestra materia.

Siguiendo a su maestro Torres López, si bien con renovados fundamentos teóricos, Pérez-Prendes concibe la Historia del Derecho como sucesión de sistemas jurídicos, puesto que así está construida la Sección Segunda de este libro, dedicada a «Las fuentes del Derecho histórico Español». En ella se suceden los sistemas jurídicos prerromano, hispanorromano, visigodo, altomedieval, hispano-musulmán, el de la recepción del Derecho común y el constitucional.

⁽⁴⁶⁾ José Manuel PEREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, *Manuel Torres López (1900-1987)*, AHDE, LVII, 1987, 1112-1127.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*, p. 1124. El subrayado es mío.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*, p. 1115.

⁽⁴⁹⁾ *Curso...*, p. 300.

Ahora bien; aunque, de hecho, la noción de sistema parece ser la axial en su exposición de la historia de las fuentes, sin embargo en muchas páginas de su capítulo segundo la noción clave es la de estructura jurídica, entendida como «el conjunto de instituciones jurídicas coexistentes entre sí... en una sociedad y un momento concretos»; coexistencia, advierte, que no equivale a coherencia sistemática o ideal, y que con frecuencia oculta contradicciones dinamizadoras. Por eso para él la Historia del Derecho «es la ciencia que estudia el sentido de los procesos de mutación de las estructuras jurídicas»⁽⁵⁰⁾.

El esfuerzo teorizante de Pérez-Prendes merece una crítica que él honestamente solicita⁽⁵¹⁾ pero que sería aquí impropio.

IX

Tengo sobre la mesa otras dos obras de conjunto acerca de Historia del Derecho. De la primera, que lleva el voluntariamente modesto título de «Temas de Historia del Derecho», son autores Juan Antonio Alejandro García, Enrique Gacto Fernández y Bartolomé Clavero. Los seis pequeños volúmenes que la componen fueron publicados entre 1977 y 1979 por la Universidad de Sevilla⁽⁵²⁾. La segunda lleva por título «El Derecho Histórico de los pueblos de España», por subtítulo, «Temas para un curso de Historia del Derecho» y sus autores (que son E. Gacto, J.A. Alejandro y José María García Marín) la publicaron en Madrid, 1982⁽⁵³⁾. Los cuatro profesores mencionados son discípulos de Martínez Gijón.

¿De quién procede académicamente éste? El Consejo de Redacción de la Revista «Historia. Instituciones. Documentos», de la que es Director, le dedicó el número 11 (1984) al cumplirse su

⁽⁵⁰⁾ *Curso...*, pp. 138 a 158.

⁽⁵¹⁾ *Curso...*, p. 174.

⁽⁵²⁾ I. *Derecho primitivo y romanización jurídica* (Juan A. Alejandro), 1977; II. *Derecho medieval* (Enrique Gacto), 1977; III. *Derecho Común* y IV. *Derecho de los Reinos* (Bartolomé Clavero), 1977; V. *Derecho del Constitucionalismo y la Codificación I* (J.A. Alejandro), 1978, y II (E. Gacto), 1979.

⁽⁵³⁾ Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, 1982.

vigésimo quinto aniversario como Catedrático de Universidad. En el currículum científico del homenajeado se lee que su tesis doctoral fue dirigida por el Prof. Gibert, «su primer maestro en la Historia del Derecho», y algo más abajo se alude al Prof. García-Gallo «cuyo magisterio ha sido básico en la formación científica inicial de Martínez Gijón» ⁽⁵⁴⁾. El interesado dedica su mejor obra «A don Rafael Gibert y Sánchez de la Vega y a don Alfonso García-Gallo de Diego, mis maestros en la Historia del Derecho» ⁽⁵⁵⁾.

Martínez Gijón lleva más de un cuarto de siglo en la Universidad de Sevilla como catedrático dedicado, más allá de cualquier terminología administrativa, de modo exclusivo a la enseñanza y a la investigación. Ha dirigido muchas tesis entre las que se cuentan las de los profesores que antes cité y las de otros historiadores del Derecho como Alberto García Ulecia, Antonio Merchán Álvarez o Carlos Petit. ¿Puede con razón afirmarse — como se decía hace años comparándola por cierto con la de Salamanca — la existencia de una escuela de Sevilla?. Antes de responder a esta pregunta creo necesario analizar las obras de conjunto que cité.

Los «Temas» tienen bastante unidad, pese a ser producto de tres plumas. No hay en ellos declaraciones de principio. La exposición es siempre clara. El primero de los dos volúmenes escrito por B. Clavero es el de mayor enjundia dentro de la obra. El segundo suyo tiene mucho de antología de textos comentada o dotada de introducciones. Enrique Gacto se ciñe más que nada a la exposición de las fuentes o a la del proceso de formación de cada Código. J.A. Alejandre incluye el tratamiento de aspectos generales (la difusión o la vulgarización del Derecho romano, o, para el siglo XIX, el pensamiento científico europeo, su especialización o los fundamentos de la codificación) antes del análisis de fuentes concretas.

En «El Derecho histórico...», se declara y se percibe mayor «preocupación homogeneizadora». Bartolomé Clavero no participa en la obra, y los temas sobre Derecho Común y «los Derechos patrios de la Baja Edad Media» son ahora producto de la pluma de José María García Marín. Como es natural y lícito hay mucho de común

⁽⁵⁴⁾ *Historia. Instituciones. Documentos*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 11 (1984), pp. XI y XIII.

⁽⁵⁵⁾ *La Compañía mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737. Legislación y doctrina*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

entre aquellos «Temas» y este «Derecho histórico». La claridad, el equilibrio y la ponderación son cualidades notorias de la obra y de sus autores.

¿Forman éstos con Martínez Gijón una escuela científica?. Hay entre ellos una evidente vinculación académica: todos fueron alumnos suyos de licenciatura y de doctorado y todos recibieron el patrocinio de Martínez Gijón a lo largo de su vida académica. En ese sentido puede hablarse de escuela y darle el nombre de la Universidad de procedencia.

Entre Martínez Gijón, Gacto, Alejandro, García Marín, Antonio Merchán Alvarez y García Ulecia percibo claras afinidades derivativas. Algunas son definibles por vía de exclusión (escaso interés por problemas de conceptualización y metodología); otras, como la predilección medievalista, se atenúa en el caso de Juan Antonio Alejandro, o se perciben más claramente en las primeras publicaciones de los discípulos, para aminorarse después, como sucede con la preferencia por el Derecho privado (civil y mercantil), heredada sin duda del maestro.

La vinculación a Martínez Gijón es menor por lo que se refiere a Bartolomé Clavero y a Carlos Petit, y, naturalmente a sus respectivos discípulos. Clavero es hombre de fuerte personalidad, de temprana madurez y de sólidas convicciones ideológicas que se proyectan sobre su concepción de la Historia, del Derecho y del Estado así como sobre las líneas de investigación a seguir. Quien leyera trabajos monográficos de Martínez Gijón y a continuación otros de Clavero no podría advertir entre ellos líneas derivativas. Algo semejante podría decirse de Carlos Petit respecto a Martínez Gijón aunque en este caso la herencia del interés por las instituciones del Derecho mercantil se mantiene viva en Petit.

En Sevilla y en torno a Martínez Gijón hubo en los años sesenta y setenta un foco intenso, un grupo nutrido y notable de jóvenes investigadores. Si para hablar con propiedad de escuela hay que exigir homogeneidad teórica, sobre conceptos y métodos compartida entre maestro y discípulos, y la constancia en el cultivo común de determinadas líneas de investigación, quizá no sea muy riguroso hablar de la escuela de Sevilla. En todo caso, al menos el núcleo de esa relación se dio, aunque la actual dispersión geográfica de aquellos entonces

jóvenes investigadores (trocados hoy en maduros catedráticos), no facilite la percepción de tan fecundo fenómeno universitario.

X

José Antonio Escudero comenzó a estudiar en Pamplona y allí Ismael Sánchez Bella fue «el zahorí de su vocación científica». El resto de su formación como historiador del Derecho lo hizo bajo la dirección de García-Gallo, de quien se reconoce discípulo, a quien con noble reiteración ha mostrado su admiración y a quien ha dedicado su reciente «Curso» (56).

Escudero, invirtió largos años en la preparación de su excelente tesis doctoral (57). El tema sobre el que versó ésta y otras circunstancias personales le impulsaron y le permitieron visitar importantes archivos y bibliotecas centroeuropeos y británicos. De ahí tal vez su interés (innovador entre nosotros) por la historia del Derecho en el Reino Unido (58). Escudero es hombre cosmopolita, de amplio y vivo interés cultural, más historiador que jurista, investigador de archivos, poco inclinado hacia la historia medieval y muy centrado en el estudio de las instituciones político-administrativas de los siglos XVI a XVIII y en el de la Inquisición.

José Antonio Escudero entró en contacto con García-Gallo al principio de la década de los sesenta, es decir, cuando éste, erigido en «figura central» de la disciplina, en la que ocupaba ya «un lugar de absoluta excepción» (59) había escrito y publicado su (hasta ahora) última exposición de conjunto, el «Manual...». Escudero, que cuando valora el «Manual» y el «Curso» de García-Gallo parece inclinar su preferencia por la obra aparecida en 1946, escribe su exposición general de nuestra disciplina y la publica en 1985 no siguiendo las pautas innovadoras del «Manual» sino las del «Curso», y así (los nombres no son indiferentes) titula su libro. La profunda evolución del maestro no parece haber influido en el discípulo.

(56) *Curso de Historia del derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*, Madrid, 1985, pp. XIII y 68-69.

(57) *Los Secretarios de Estado y del Despacho*, I, II, III y IV, IEA, Madrid, 1969.

(58) *Historia del Derecho: historiografía y problemas*, Madrid, 1973.

(59) *Curso...*, p. XIII.

En el «Curso» de García-Gallo había en la antesala de cada etapa o «Libro» un capítulo dedicado a las «bases de la formación del Derecho». En aquellas «bases», más yuxtapuestas que integradas entre sí y con las fuentes del Derecho, se exponía algo sobre la cultura, la economía, la sociedad y tal o cual fenómeno general propio de la época (las invasiones germánicas, la repoblación, el Imperio español...). Escudero sigue ahora análogo criterio. Escudero está siempre muy atento a resumir en cada caso la última y mejor aportación bibliográfica.

Los capítulos sobre fuentes y sobre instituciones político-administrativas responden a esta preocupación constante por exponer «el estado de la cuestión». Aun sin ser él medievalista en cuanto investigador, casi la mitad del libro está dedicado a la Edad Media, con lo que rinde un tributo tácito a la tendencia dominante en la Historia del Derecho cultivada en España, si bien dedica al Estado liberal mucho más espacio del que, por ejemplo, mereció éste en el «Curso» de García-Gallo o en otras exposiciones de conjunto. El «Curso» de J.A. Escudero tiene, entre otras, la ventaja y el mérito de no limitarse al estudio de las fuentes de creación del Derecho, sino que aborda el de las instituciones político-administrativas, incluidas las del siglo XIX.

XI

Aquilino Iglesia Ferreirós es discípulo del catedrático de Santiago de Compostela Alfonso Otero, a su vez vinculado académicamente al entonces profesor de aquella Universidad, el insigne romanista Alvaro d'Ors. La pugna, muy viva hace treinta o cuarenta años entre nosotros, respecto a la importancia relativa y la sucesión de «los elementos formativos» del Derecho, planteada en términos polémicos entre germanistas y romanistas, se decanta en Alvaro d'Ors y, siguiendo sus pasos (pero añadiendo a sus argumentos algunas muy inteligentes y convincentes aportaciones) en Alfonso Otero, a favor de la tradición jurídica romana. Alvaro d'Ors demostró la presencia del Derecho romano vulgar en el Código de Eurico. Otero destacó la pervivencia del *Liber iudiciorum* en la Edad Media.

En esa escuela se formó Aquilino Iglesia. Sus muy recientes

«Lecciones»⁽⁶⁰⁾ se insertan de modo consciente en esa tradición. Los argumentos y el fino análisis crítico de Aquilino Iglesia, prolongan y trascienden la doctrina recibida y libremente aceptada de d'Ors y Otero acerca del supuesto germanismo, sobre las fuentes legales del Derecho visigodo o a propósito de la vigencia del Liber en la Alta Edad Media. En plena coherencia con su procedencia académica, Aquilino Iglesia considera⁽⁶¹⁾ que «la historia del derecho español debe comprenderse como el resultado del desarrollo del derecho romano en el ámbito hispánico». Desarrollo que no viene determinado por ninguna fuerza necesaria, sino que debe ser «concebido como el resultado de la particular asimilación y recreación del derecho romano en el particular ambiente de las sociedades peninsulares que ha conducido a la codificación». Ese «desarrollo autónomo del derecho romano en la península», tiene su inicio en el reino visigodo y conducirá, tras la superación de la diversidad de reinos y la formación del Estado (asentado sobre el concepto de soberanía y plasmado en el nacimiento de su sistema de fronteras en la Europa del Renacimiento), a «la formación del derecho español tal como se encuentra recogido en los códigos surgidos a partir del mandato constitucional contenido en el artículo 258 de la Constitución de Cádiz de 1812»⁽⁶²⁾. A Aquilino Iglesia no le interesa la época del constitucionalismo y la codificación: desde su tesis, ese es el final de la historia, el punto donde desemboca un proceso iniciado en el reino visigodo. Su atención preferente se la llevan, la época de la romanización, el reino visigodo, la transformación funcional del Liber en la Alta Edad Media y la recepción del «ius commune»⁽⁶³⁾. Son también importantes para su tesis (sus «Lecciones» son un libro de tesis)⁽⁶⁴⁾, las páginas dedicadas⁽⁶⁵⁾ a demostrar que «todo el problema del derecho existente en la península a la llegada de los romanos viene a esfumarse en realidad», porque

⁽⁶⁰⁾ *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español. Lecciones*, I (1987), II (1988), III (1988), Barcelona, Editorial Gráficas Signo.

⁽⁶¹⁾ *Lecciones...*, I, 61 a 65.

⁽⁶²⁾ *Lecciones...*, I, 309.

⁽⁶³⁾ Fuera de estas *Lecciones* es muy notable la atención prestada por Aquilino Iglesia a la actividad legislativa de Alfonso X el Sabio.

⁽⁶⁴⁾ *Lecciones...*, I, p. 5.

⁽⁶⁵⁾ *Lecciones...*, I, pp. 322 a 327.

«estos derechos han desaparecido, substituidos por el derecho romano».

XII

Al ocuparme, páginas atrás, del grupo o escuela surgido en la Universidad de Sevilla en torno a Martínez Gijón aludí «en passant» al grupo, no sé si escuela, de Salamanca. Algo debo decir ahora ⁽⁶⁶⁾ sobre lo que en aquella vieja Universidad, en aquella dorada ciudad de «hermosas piedras y fríos vientos» hicimos entre varios.

Llegué a ella como catedrático en 1964. Fui alumno en Valencia de Font Ríus y discípulo de los profesores Fairén Guillén y García González. Mantuve estrecho contacto con García-Gallo en frecuentes visitas entre 1960 y 1963 y fui profesor adjunto de su cátedra en la Facultad de Madrid (1963). Desde 1964 hasta 1980 ocupé la cátedra de Historia del Derecho de la Facultad de Salamanca. Allí he escrito la mayoría de mis libros, entre ellos el «Manual» aparecido en 1979 ⁽⁶⁷⁾, pero pensado, construido y rectificado casi día a día, al hilo de la docencia, desde años antes.

En él dedico cierta atención a unos conceptos preliminares y básicos, desarrollados en otros trabajos, y a la historiografía jurídica española. Estudio los sucesivos modos de creación del Derecho, procurando relacionar las fuentes con los presupuestos políticos, culturales y socioeconómicos que les sirven de fundamento. La otra per-

⁽⁶⁶⁾ En la expresión oral y resumida de esta ponencia en Florencia omití toda referencia a este grupo y a mi Manual. Algunos colegas allí presentes se extrañaron de ello y me lo censuraron cariñosamente. Les dije lo que ahora digo: que me cuesta mucho hablar de mí y de lo que me concierne. Sin embargo opto en esta ocasión por reseñar con la mayor objetividad algunos datos, fríos en apariencia. Quizá también mis palabras merezcan, como antes mi silencio, críticas. Por eso me refugio cautelarmente en la nuda exposición de datos ciertos, sin valoración alguna.

⁽⁶⁷⁾ *Manual de Historia del Derecho español*, 1ª ed. Madrid, ed. Tecnos, 1979, 4ª ed., con reimpressiones posteriores, Madrid, 1983.

Aunque, como se ve por las fechas, mi Manual es anterior a los de José Antonio Escudero y Aquilino Iglesia, me ocupo de él aquí, fuera del orden cronológico, porque estos párrafos, como indico en la nota anterior, han sido añadidos al texto inicial y he creído preferible incluirlos donde no rompieran la secuencia de mi análisis de los manuales o «cursos» o «lecciones» ajenos.

spectiva complementaria, esto es, la historia de las instituciones, queda fuera, por ahora, de ese Manual. Lo construí dedicando atención y extensión creciente a las épocas (o modos de creación) más recientes.

En Salamanca fueron mis primeros discípulos Benjamín González Alonso e Inmaculada Rodríguez Flores; ésta ya no se dedica a nuestra disciplina, y aquél ocupa en Salamanca la Cátedra de Historia del Derecho. Luego vino Alicia Fiestas Loza. Fueron alumnos en la Licenciatura y después (y ahora) discípulos, Salustiano de Dios, Paz Alonso y Javier Infante. A la Universidad Autónoma de Madrid (de la que soy profesor desde 1981) se trasladó Alicia Fiestas. Mantengo con ella, con Clara Alvarez Alonso y, más recientemente, con Marta Lorente una muy grata relación académica. Todos hemos trabajado sobre éstos, o algunos de éstos, campos de investigación: a) instituciones político-administrativas en Castilla durante el Antiguo Régimen; b) Derecho Penal y Proceso Penal; c) Siglo XIX. Creo que éste no es un grupo cerrado ni que pueda ser contrapuesto a algún otro; esto es particularmente cierto en relación con el grupo o escuela de Sevilla y de manera especial respecto a Bartolomé Clavero, tan próximo por múltiples razones. Lo mismo creo que puede decirse a propósito de José Luis Bermejo, catedrático de la Universidad Complutense.

Cuáles sean los conceptos y métodos de quienes componemos este grupo, en qué medida sean o no comunes, y hasta qué punto el «Manual» aquí someramente descrito sea solo obra de quien lo firma, o acaso exponente común de la forma de pensar la Historia del Derecho de los profesores aquí nombrados son cuestiones en las que el autor de estas líneas no debe entrar.

XIII

Este es el estado de lo que suele llamarse «la manualística» en nuestra materia. A través de ella hemos analizado las relaciones escolásticas de sus autores. Quien consulte los manuales descritos puede hacerse una idea bastante adecuada a la realidad de cuál es el estado colectivo de nuestro saber, sobre todo gracias a aquellos manuales más completos (la «Iniciación» de Lalinde, el «Curso» de

Escudero) o a los que ofrecen relaciones bibliográficas casi exhaustivas (los dos de Lalinde).

En conjunto, el trabajo de los cultivadores de nuestra disciplina aparece, dentro del periodo acotado, escasamente vertebrado en escuelas. Sin duda ha habido y hay relaciones discipulares y, como es evidente y no podía ser de otra forma, éstas se dan tanto en relación con quienes han intentado la aventura de escribir una obra de contenido general y función docente (casos de Gibert, Lalinde, Escudero, Pérez-Prendes y A. Iglesia, además de los ya apuntados) como a partir de quienes no han querido escribir un «Manual» (casos, entre otros, de Joaquín Cerdá, Juan García González, Gonzalo Martínez Díez, Ismael Sánchez Bella, Mariano Peset o Gustavo Villapalos). Pero si mantenemos el concepto estricto de escuela antes apuntado creo que éstas, si existen, están poco definidas, no se han configurado con claridad a lo largo de los veinticinco años estudiados y apenas sirven para situar la obra de tal o cual historiador o para integrar en esquemas estables y científicamente diferenciados la futura labor de quienes se incorporan a la docencia y la investigación.

Todo ello guarda estrecha relación con la escasez de debates sobre el concepto de Historia del Derecho o acerca de la relación de nuestra disciplina con las dos raíces académicas de que se nutre y ocupa: la jurídica y la histórica. Además de los ya citados trabajos de García-Gallo y de otro posterior del mismo autor ⁽⁶⁸⁾, a finales de la década de los sesenta y en la siguiente aparecieron algunos estudios de Escudero, Clavero y del autor de estas páginas ⁽⁶⁹⁾ a los que hay que añadir principalmente la extensa exposición de sus respectivas posiciones por J.M. Pérez-Prendes y A. Iglesia en sus manuales ya citados y la atención que a estos problemas dedica Jesús Lalinde tanto en sus obras de conjunto como en otros trabajos citados al hilo del

⁽⁶⁸⁾ *Cuestiones de Historiografía jurídica*, AHDE, 44 (1974), 741-764.

⁽⁶⁹⁾ B. CLAVERO, *La Historia del Derecho ante la Historia social*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, I (1973), 239-261. J.A. ESCUDERO, *Historia del Derecho. Historiografía y problemas*, Madrid, 1973. F. TOMÁS Y VALIENTE, *Historia del Derecho e Historia*, en *Once ensayos sobre la Historia*, obra colectiva, Fundación J. March, Madrid, 1976, pp. 161-181. F. TOMÁS Y VALIENTE, *Nuevas orientaciones de la historiografía del Derecho en España*, apud, *Estudios sobre Historia de España. (Homenaje a Tuñón de Lara)*, obra colectiva, ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Madrid, I y II, 1981, II, 607 a 625.

análisis que en páginas anteriores hemos dedicado a este autor. Estos estudios y alguno más digno de no ser olvidado ⁽⁷⁰⁾ no han provocado un verdadero debate. Voces paralelas, cada una sigue su curso y produce sus propios ecos, pero sin que entre nosotros haya habido en estos últimos veinticinco años una serena y abierta discusión científica que aclare planteamientos, defina presupuestos teóricos, sirva de fundamento para ulteriores ejecuciones de lo teóricamente postulado y diferencie (¡sin enfrentamientos u hostilidades personales!) a unos de otros.

XIV

La labor de investigación llevada a cabo en el periodo acotado puede analizarse ordenándola en función de los distintos sectores temáticos estudiados, y así se realizará por los autores de las ponencias que siguen a ésta. Sin entrar, pues, en terrenos asignados a cada una de ellas y sin tratar en modo alguno de abordar una exhaustiva información de libros y títulos, quizá sea conveniente completar este panorama general con la exposición de algunas características apreciables a mi entender en esa colectiva labor ⁽⁷¹⁾. Las enumeraré para mayor claridad.

Primera. La publicación de fuentes de conocimiento del Derecho ha continuado ocupando a determinados colegas y ha dado lugar a obras de singular importancia y calidad. Quizá merezcan ser destacadas las llevadas a cabo por José M^a Font Ríus y por Gonzalo Martínez Díez. Font, cuya dedicación al estudio de las instituciones locales de su Catalunya natal ha permitido la reciente edición de un volumen donde se recogen todos sus excelentes trabajos sobre la ma-

⁽⁷⁰⁾ Salustiano de Dios, *El Derecho y la realidad Social: reflexiones en torno a la Historia de las instituciones*, en H.I.D., 3 (1976), 187-222.

⁽⁷¹⁾ Estas páginas (las de este apartado y las de los demás) no tienen nada de inventario general ni, menos aún, de juicio universal. No me siento obligado a citar a todos mis colegas, ni me considero culpable de los evidentes silencios, pero ruego que nadie interprete ninguno de éstos como equivalentes a omisiones intencionadas o censuras encubiertas. Este es un torpe ensayo de ensayo de síntesis, si se me permite el juego de palabras. Al aceptar el encargo asumí riesgos que a medida que escribo página tras página se me hacen más patentes. Permítaseme que me acoja a la buena voluntad de los potenciales lectores. La mía a mí me consta.

teria ⁽⁷²⁾, ha llevado a término paralelamente una paciente y agotadora — en los sentidos objetivo y subjetivo de la expresión — tarea de colección de las dispersas cartas de población y franquicia de Cataluña, publicada con pulcritud ejemplar y seguida de un espléndido y amplísimo estudio ⁽⁷³⁾. La edición de fuentes cobra así plenitud de sentido: se facilita su conocimiento y se aprovecha de inmediato para el análisis institucional.

La labor realizada en este campo por Gonzalo Martínez Díez se ha proyectado sobre fuentes más heterogéneas. Recordemos su edición de colecciones canónicas visigodas, en especial de la «Hispana» ⁽⁷⁴⁾, la del «Libro becerro de las Behetrias», con transcripción de Julia Montenegro ⁽⁷⁵⁾ y, en lugar preeminentemente, la publicación del texto crítico de las Observancias del reino de Aragón de Jacobo del Hospital ⁽⁷⁶⁾.

Un tipo de fuentes que en épocas anteriores absorbieron la atención preferente de los historiadores españoles, los Fueros municipales, han sido objeto de dedicación decreciente. No obstante en el *Anuario* siguieron apareciendo estudios sobre diversos Fueros por parte principalmente de García-Gallo, Gibert y Ana M^a Barrero ⁽⁷⁷⁾, autora también, como publicación aparte, de una notable obra sobre el Fuero de Teruel.

La producción legislativa de Alfonso X el Sabio continúa siendo centro de interés tanto en orden a la publicación de algunos de los textos procedentes de aquel rey castellano, faceta en la que es desta-

⁽⁷²⁾ Josep M^a FONT RIUS, *Estudios sobre els Drets i institucions locals en la Catalunya medieval*, publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona, 1985.

⁽⁷³⁾ José M^a FONT RIUS, *Cartas de población y franquicia de Cataluña*. I. Textos (volúmenes I y II), Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid-Barcelona, 1969. y II. «Estudio y apéndice al vol. I». Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid-Barcelona, 1983.

⁽⁷⁴⁾ *La Colección canónica Hispana*. I. Estudio (Madrid-Barcelona, 1966); II. *Colecciones derivadas* (Madrid, 1976) y III. *Concilios griegos y africanos*, Madrid, 1982.

⁽⁷⁵⁾ *Libro becerro de las behetrias*, I y II. «Estudio y texto crítico», León 1981; III, Índices y Mapas, León 1981.

⁽⁷⁶⁾ *Observancias de Jaime de Hospital*, Introducción y texto crítico, Zaragoza, 1977.

⁽⁷⁷⁾ Para los trabajos aparecidos en el *Anuario*, me remito, por comodidad mía y brevedad necesaria de esta ponencia, al tomo LI bis (1982) de dicha revista, en donde se recogen los índices de los volúmenes I a LI, y otro índice alfabético de autores.

cable la edición de la Primera Partida por Juan Antonio Arias Bonet ⁽⁷⁸⁾, como en relación con los problemas suscitados en orden a la secuencia cronológica de sus distintas obras, el ámbito de vigencia de cada una de ellas y la relación entre todas éstas. Además de trabajos de Gibert, Martínez Díez, José Luis Bermejo, Antonio Pérez Martín y de Antonio García García, entre otros, aparecidos en el *Anuario* o fuera de él, ofrece el máximo interés la polémica aún abierta entre los trabajos de García-Gallo en el *Anuario* (1951-1952, 1976 y 1984) y los de Aquilino Iglesia en la misma revista (1980, 1982 y 1985) y en el cuerpo de sus «Lecciones». En el esclarecimiento de tales problemas estamos todos (polemistas y lectores) interesados, así como en la empresa que parece abrirse camino consistente en la edición crítica de las Partidas, empeño éste en el que se afanan desde hace años Antonio García García, el fallecido Juan Antonio Arias o, fuera de España los profesores Jerry R. Craddock o Robert A. Mac Donald, y que quizá en los momentos presentes — fuera ya del periodo acotado parece factible a corto o medio plazo. Como ejemplos colectivos de ese interés difundido y creciente que despierta la obra de Alfonso X son de destacar «las aportaciones realizadas a instancias del Departamento de Historia del Derecho» de la Universidad Complutense y de su entonces Director, el profesor Pérez-Prendes ⁽⁷⁹⁾ y varias de las comunicaciones presentadas en el I Simposio Internacional de Derecho Común, bajo la dirección en Murcia de Antonio Pérez Martín ⁽⁸⁰⁾.

Mención aparte merecen en este apartado las muy numerosas ediciones facsímil de textos jurídicos medievales o más recientes, fenómeno que se inició en la década de los setenta cuando los procedimientos técnicos lo permitieron y que se ha generalizado en fechas

⁽⁷⁸⁾ *Alfonso X el Sabio. Primera Partida* (Manuscrito Add. 20787 del British Museum) edición por Juan Antonio Arias Bonet, Universidad de Valladolid, 1975. De este mismo autor, reciente y prematuramente fallecido, es de destacar también su edición de *Lo Codi en castellano según los manuscritos 6416 y 10816 de la Biblioteca Nacional*, Madrid, 1984.

⁽⁷⁹⁾ *Alfonso X el Sabio. VII. Centenario*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1985, número 9 monográfico.

⁽⁸⁰⁾ *España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, 1986. He ofrecido alguna información sobre bibliografía en materia de fuentes porque en el presente Congreso no hay ningún ponente encargado de tal aspecto. Por lo mismo, habiéndolos en los demás sectores temáticos, me siento relevado de tal tarea en relación con ellos.

más cercanas como consecuencia de un factor político, la explosión del «hecho autonómico diferencial», a partir de la Constitución de 1978. Con frecuencia las obras impresas van precedidas de estudios o introducciones de indiscutible calidad. Así suele suceder, por ejemplo, en la colección «Textos jurídicos catalanes», iniciada en 1985.

En la tradicional sección de «Documentos» del *Anuario* se publican asiduamente textos jurídicos inéditos.

Segunda. A lo largo de la década de los años sesenta y, con mayor claridad, en las siguientes, se superó el medievalismo (y aun el visigoticismo) que había dominado el panorama de nuestra disciplina en España hasta entonces. Sobre este fenómeno colectivo y a mi modo de ver venturoso escribí hace años unos párrafos que me permito repetir. «Es indudable que la preferente dedicación a temas medievales ha sido desde Martínez Marina hasta hace pocos años tónica dominante en la Historia del Derecho España; el hecho, por lo demás, fue muy natural en un principio. Posteriores tendencias a mantener esta prioritaria atención se explican bien por personales y muy respetables preferencias, o bien por un excesivo afán continuista. Poco a poco, sin embargo, este medievalismo está siendo superado y con ello el campo de estudio se ha ampliado y enriquecido; nadie pretende, por supuesto, que no haya medievalistas; pero se admite ya que la especialización personal puede situarse en el mundo de los visigodos o en el de la codificación liberal, sin que en principio deba ser considerada más digna de estudio la época más remota. Ya no se afirma por todos que *lo nuestro*, el campo específico de los historiadores del Derecho sean los Fueros o las fuentes medievales en general»⁽⁸¹⁾. Ya no se considera clásico — añadido ahora — habilitarse académicamente con un trabajo sobre Fueros municipales o sobre alguna institución señorial. Cada vez es mayor el número de libros o artículos extensos sobre instituciones político-administrativas de los siglos XVI a XVIII. Cada vez es simultáneamente mayor la atención prestada al sistema del Derecho Común, bien sea acerca de alguna de sus instituciones, o sobre determinado jurista o a propósito de cierta fuente normativa.

Cuesta más «la reivindicación» del siglo XIX. Los juristas cultivadores del Derecho actual solían — y aun suelen — colocar unos

⁽⁸¹⁾ *Manual...*, pp. 66-67.

«antecedentes históricos» al estudio del Derecho vigente, centrados en el siglo XIX, como si éste fuese «terreno propio». Los administrativistas españoles, en general con innegable sensibilidad histórica, han estudiado el Derecho del pasado para vincular a tales raíces instituciones presentes, lo que en su caso tiene más clara justificación habida cuenta de la inexistencia de codificación liberal dentro del sector del ordenamiento por ellos tratado. Durante el franquismo, casi nadie se ocupaba en España del Constitucionalismo liberal, y los únicos que lo hicieron procedían de la rama académica del Derecho político, tal vez porque, no existiendo tal Derecho en el presente, era cómodo trasladarse al del siglo anterior. A estas circunstancias ajenas a los historiadores del Derecho se unía la convicción de muchos colegas de que siendo el del siglo XIX Derecho en parte vigente, puesto que muchos Códigos entonces promulgados aún están en vigor, no nos correspondía a nosotros su estudio. Todavía hoy, un historiador tan importante como Aquilino Iglesia detiene el examen histórico en sus *Lecciones* a las puertas de la Codificación, pues siendo ésta el punto de desembocadura de un proceso histórico que arranca en el Bajo Imperio o en la España visigoda, es ese proceso pasado y no su final presente lo que debemos estudiar los historiadores del Derecho.

No es este lugar para la polémica. Sí lo es para señalar que crece, desde la década de los sesenta, el número de trabajos nuestros sobre Códigos, Constituciones, juristas e instituciones del siglo XIX. No se trata de «expulsar» a nadie de un terreno privativo de nadie. Pero sí de considerar el sistema de la codificación, nacido a finales del XVIII, como un gran fenómeno histórico-jurídico del que a nosotros incumbe dar razón histórica. Esta última actitud prospera poco a poco durante el periodo que estamos caracterizando.

Tercera. La colaboración entre historiadores del Derecho e historiadores no juristas fue continua y natural dentro de la Escuela de Hinojosa. Todos editaban y estudiaban las mismas fuentes y construían las mismas instituciones. Quien no sepa nada de sus biografías académicas y lea un trabajo de Sánchez Albornoz y otro de Hinojosa, solo por casualidad acertará cuál de ellos era jurista y quién no. Esa compenetración sobre el denominador común del medievalismo se rompió años después y en particular por parte de los historiadores de la Historia política moderna. Recuérdese, por lo si-

gnificativo e influyente que fue durante decenios el prestigio de tal escuela, el desdén de los historiadores de los *Annales* respecto al Derecho y a los historiadores del Derecho ⁽⁸²⁾. En España este divorcio, convertido a veces en ignorancia recíproca, era frecuente a comienzos de la década de 1960. Veinte años después el signo de la relación ha cambiado. La dedicación creciente de historiadores juristas a la época moderna y el abandono de un método normativista (basado en la tácita y errada creencia de que las instituciones son lo que las leyes dicen que son) por parte de nosotros, ha facilitado ese acercamiento. Como muestras de él podemos citar diversos hechos que van desde la intervención de historiadores del Derecho en la Historia de España dirigida por el Prof. J.M^a Jover, o en la Enciclopedia de Historia de España dirigida por el Prof. Miguel Artola, hasta la celebración de unas Jornadas sobre la desamortización en Santander, 1983, con presencia de historiadores no juristas, juristas no historiadores e historiadores del Derecho; o hasta el reciente Congreso sobre las Cortes de Castilla y León con intervenciones de varios historiadores del Derecho (Lalinde, González Alonso, S. de Dios, José Luis Bermejo, G. Martínez Díez, S. Romeu, J. Salcedo Izu); o hasta la aparición en la *Revista de las Cortes Generales* de historiadores no juristas como autores de estudios netamente institucionales, o a la presencia de estos mismos historiadores y de juristas no historiadores en el presente coloquio florentino.

La historia del Derecho se ha abierto así por un flanco hacia los llamados «historiadores generales» y por otro lado hacia los juristas con sensibilidad histórica, afortunadamente numerosos, aunque no sean profesionales de la Historia.

Cuarta. Si, como decía páginas atrás, la vertebración derivada de la presencia de escuelas es escasa entre nosotros, tampoco puede decirse que abunden mecanismos institucionales que desde otras perspectivas la faciliten.

No obstante existen algunos institutos de investigación que orientan y atraen la investigación hacia determinados campos. Desde 1966 data la creación de un Instituto Internacional de Historia

⁽⁸²⁾ Puede verse mi pequeño trabajo *La huella del Derecho y del Estado en el último libro de F. Braudel* en el volumen colectivo *Storia sociale e dimensione giuridica* a cura di Paolo Grossi, Milano, A. Giuffrè editore, 1986, pp. 245-273.

del Derecho Indiano, que celebró sus primeros Congresos en Buenos Aires (1966), Santiago de Chile (1969), Madrid (1972), México (1975) y desde entonces cada dos o tres años, alternativamente a uno y otro lado del Atlántico. La historia del Derecho Indiano se genera en buena medida en torno al Instituto y a sus reuniones.

Mucho más reciente es la creación del Instituto de Historia de la Inquisición, obra debida a la capacidad de organización y al espíritu emprendedor de José Antonio Escudero, Director del mismo. Este Instituto ha impulsado y organizado el primer Congreso internacional en la primavera de 1986, ya en los límites del periodo al que debo constreñir mi examen.

Tres revistas se han publicado o publican durante estos años para dar cabida a nuestros trabajos. «Historia. Instituciones. Documentos», nació en la Universidad de Sevilla en 1974 fruto de la colaboración entre medievalistas, paleógrafos e historiadores del Derecho de aquella Universidad, bajo el patrocinio de José Martínez Gijón y abierta a colaboradores de otras Universidades. Continúa publicándose.

José Manuel Pérez-Prendes fundó, cuando era Catedrático de la Universidad de Granada y vinculada a ella, la *Revista de la Historia del Derecho*, (1972). En junio de 1973 el Instituto de Historia del derecho de aquella Universidad celebró un importante coloquio internacional sobre temas de la disciplina. Además de historiadores (juristas o no) españoles muy numerosos y de muy diversas procedencias, asistieron al mismo figuras como Pierre Vilar o Witold Kula. Magnífico ejemplo de la apertura de la que hablé páginas atrás. Las Actas de tan grato coloquio ocuparon los primeros volúmenes de la *Revista*, aparecidos en 1976 y 1978 (I-1 y I-2). Un volumen último (II-2) vió la luz en 1981, dedicado como homenaje a don Manuel Torres López.

Sin duda la revista por antonomasia entre nosotros es el *Anuario de Historia del Derecho Español*, cuyo primer volumen salió en 1924 y cuya publicación no ha sufrido más interrupción que la producida por nuestra última guerra civil (1936-1939). En el tomo LI bis (1981) Alfonso García-Gallo publicó una «Breve historia del Anuario», de la más importante obra colectiva de los historiadores españoles del Derecho. A ella remito al lector. En el *Anuario* han dejado su impronta personal sus dos efectivos y sucesivos directores,

Claudio Sánchez Albornoz y Alfonso García-Gallo. Desde los tomos LIV (1984) y LV (1985) un nuevo Consejo de Dirección integrado ahora por quien firma estas líneas, Jesús Lalinde, José Antonio Escudero, Benjamín González Alonso, Aquilino Iglesia y Bartolomé Clavero (citados por orden de antigüedad académica), con Alicia Fiestas como Secretaria, dirige la revista. Es propósito del Consejo mantener la calidad de los originales que se publican, introducir innovaciones en sus secciones (como la ya consolidada de Historiografía), ofrecer sus páginas a todos los historiadores españoles de modo que nadie sea ni pueda sentirse excluido de ellas, y abrirlas a los colegas de otros países para que con su presencia en la revista hagan de ella, como lo fuera desde sus primeros números, órgano de debate, obra viva y colectiva, libro de consulta en cualquier Universidad europea, y, por consiguiente, lugar de encuentro entre todos los historiadores europeos del Derecho.

BARTOLOMÉ CLAVERO

ANATOMIA DE ESPAÑA.
DERECHOS HISPANOS Y DERECHO ESPAÑOL
ENTRE FUEROS Y CODIGOS

La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.

Constitución Española, 1978

1. Primer fuero de España. — 2. Arcanos del derecho hispano. — 3. Cabeza de la universidad de España. — 4. España citerior y España ulterior. — 5. Derecho español y Derechos forales. — 6. Los últimos Fueros de España.

1. *Primer fuero de España.*

Allá por el año de 1238 y en el reino pirenaico de Navarra, se registra por escrito lo que se entiende y presenta como un primer ordenamiento de España: «Aquí empieza el libro del primer fuero que fue fayllado en Espanyna» o, según redacciones, comienzan «los primeros fueros que fueron fayllados en Espanyna». Presentan un prólogo de exposición de su historia ⁽¹⁾.

Según ella se acordó en tiempos este fuero no exclusivamente por españoles ni por navarros, o solamente se estableció entre ellos mediante determinadas informaciones u oportunas consultas exteriores: «Ouieron lur acuerdo que enbiassen a Roma por conseyllar como farian» así como igualmente habrían enviado por consejo «a

⁽¹⁾ Para el acontecimiento, José M^a LACARRA, *El juramento de los reyes de Navarra (1234-1329)*, Zaragoza 1972, con las circunstancias que aquí no nos interesarán, como tampoco lo hará el fenómeno de un eco incluso europeo del motivo del texto: Ralph E. GIESEY, *Il Not, Not. The Oath of the Aragonese and the Legendary Laws of Sobrarbe*, Princeton, 1968, pp. 32-63 y 249-251.

Lombardia que son omes de grant justicia»; a las zonas de procedencia de un *ius commune*, canónico y civil, ya se dice que ante todo por ilustración se acudía. Sólo después de esto, y como efecto de la misma consulta, se añade que primeramente se fijaron los Fueros y, en segundo lugar, se eligió la Monarquía ⁽²⁾.

Tampoco es un derecho español lo que exacta y enteramente luego se refleja; como fuero aparece que «ningun rey de Espayna non deua dar iudizio» sin la asistencia de jueces «que sean de la tierra en que fueran: si d'Aragon, aragoneses, si en Cataloyna, cataloyneses, si en Nauarra, navarros, si en Castieylla, casteyllanos, si en Leon, leoneses, si en Portogal, portogaleses, si en Oltrapuertos, segunt la tierra». Cada una tiene su jurisdicción y común no la hay; en esto ya precisamente consistiría el fuero de España ⁽³⁾.

Es en realidad un fuero de Navarra, pero que se plantea en un horizonte hispano, junto a Aragón, Cataluña, Castilla, León y Portugal, y se sitúa en otro más amplio europeo, con derecho en su doble sentido romano. Y esto último podrá ser más efectivo; leyes que acuerdan en Cortes los estamentos navarros, eclesiástico, nobiliario y ciudadano, y que promulgan sus Monarcas podrán seguidamente tanto convertir en ordenamiento del Reino normas canónicas como adoptar tras el derecho propio el *ius commune* en su conjunto: «En cuanto al decir y sentenciar las causas y pleitos, a falta de fueros y leyes de este reino, se juzque por el derecho común, como siempre se ha acostumbrado» ⁽⁴⁾.

Esto último se puntualizaba en el siglo XVI, tras 1512, después de que el reino de Navarra, o mejor su parte cispirenaica, se anxio-

⁽²⁾ Angeles LIBANO, *El romance navarro en los manuscritos del Fuero Antiquo del Fuero General de Navarra*, Pamplona, 1977, pp. 25-26, 37-39, 51-52; Hortensia VIÑÉS, *Hablar navarro en el Fuero General*, Pamplona, 1977, pp. 25-26; Juan UTRILLA, *El Fuero General de Navarra. Estudio y edición de las redacciones protosistemáticas*, Pamplona, 1987, I, pp. 151-152, II, pp. 31-32; sin que tampoco ahora importen las variantes textuales ni la cuestión ligüística.

⁽³⁾ A. LIBANO, *Fuero Antiquo*, pp. 31, 45, 57; J. UTRILLA, *Fuero General*, I, pp. 156-157, II, pp. 37-38.

⁽⁴⁾ B. CLAVERO, *Temas de Historia del Derecho. (II) Derecho de los Reinos*, Sevilla, 1977, pp. 73 y 133; Jesús LALINDE, *El sistema normativo navarro*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 40, 1970, pp. 85-108; Juan GARCÍA GRANERO, *Estudio sobre el capítulo 30, 20, 6 del Fuero General de Navarra: un texto recibido del Derecho Romano*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 46, 1976, pp. 225-345.

nara a la España que ya conformaban el conjunto de los otros territorios aludidos, salvo todavía Portugal ⁽⁵⁾. Aunque en un momento en el que todavía la unión entre las Coronas de Castilla, o castellanoleonés, y la de Aragón, o catalanoaragonesa, fuera bien precaria, Navarra fue el último territorio en incorporarse entre los peninsulares que hoy forman España. Al hecho de esta incorporación ya se le confirió entonces bastante significación.

Así pudo expresarlo un buen observador florentino: «La conquista ha sido magnífica, no tanto por los ingresos, que no pasan de unos 50.000 ducados al año, como por la uniformidad que tiene con los restantes reinos de este país y porque, al haberse enseñoreado hasta el pie de las montañas, ha cerrado (esta Monarquía) la vía de entrada a España por este sector y dejado abierta en cambio la vía de ingreso a Francia» ⁽⁶⁾. El argumento era común, «ca los montes Pirineos, que son muy ásperos, parten a España de Francia» ⁽⁷⁾. Se le significaba como un asunto de relaciones militares entre dos Monarquías, española y francesa, y no, como luego querrá verse ⁽⁸⁾, de cierre y redondeo de una frontera para la formación de un Estado español. Los propios Pirineos de hecho no marcaban una línea fronteriza ⁽⁹⁾; militar y políticamente irá haciéndose ⁽¹⁰⁾.

⁽⁵⁾ LUÍS SUÁREZ, *Fernando el Católico y Navarra. El proceso de incorporación del reino a la Corona de España*, Madrid, 1985, aun faltando el capítulo de la anexión formal; la también reciente traducción (Iruña 1981) de la *Histoire de la réunion de la Navarre à la Castille (1479-1975)* está censurada y alterada, con cambios precisamente como el de España en vez de Castilla que también figura en el título de L. Suárez.

⁽⁶⁾ LUÍS DIEZ DEL CORRAL, *La Monarquía hispánica en el pensamiento político europeo. De Maquiavelo a Humboldt*, Madrid, 1975, pp. 156-157, traduciendo de la correspondencia de Guicciardini.

⁽⁷⁾ Manuel FERNÁNDEZ ALVAREZ (ed.), *Corpus documental de Carlos V*, I, Salamanca 1973, p. 52, de una carta de 1516 de Alonso de Aragón, el hijo mayor de Fernando II (V de Castilla).

⁽⁸⁾ José Antonio MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social (Siglos XV a XVII)*, Madrid, 1972, I, p. 93.

⁽⁹⁾ Bien puede apreciarse últimamente con la moda de la microhistoria: Emmanuel LE ROY LADURIE, *Montaillou, aldea occitana de 1294 a 1324*, trad. Madrid, 1981; Natalie ZEMON DAVIS, *El regreso de Martin Guerre*, trad. Barcelona, 1984.

⁽¹⁰⁾ José M^a CORDERO TORRES, *Fronteras hispánicas. Geografía e Historia, Diplomacia y Administración*, Madrid, 1960, pp. 183-225; Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad (Especial referencia al sector fronterizo del País Vasco)*, Bilbao, 1980, pp. 105-116 y 154-166.

Tampoco acusaba alguna superior integración la impresión ofrecida interiormente por Navarra: su derecho sigue siendo el propio navarro y el común europeo, sin atención a alguno español. Pero esto mismo ya tenía también que puntualizarse. La anexión formal había sido a la Corona castellanoleonese que a estas alturas ya presentaba una conformación jurídica bien distinta a la catalanoaragonesa, aun unidas ambas Coronas ya dinásticamente desde el propio siglo XVI. Recordándolo muy brevemente: en esta segunda, la de Aragón, se conservaba aquella estructura interna que dijera el fuero de España mientras que en la primera, la de Castilla, tendían a refundirse los territorios bajo la ley de la Monarquía. A esto salía al paso la definición dicha del derecho navarro: fueros y leyes propias más *ius commune*, sin cabida en efecto para el ordenamiento castellano de la Monarquía ⁽¹¹⁾.

Era una forma de mantener en Navarra el susodicho fuero de España una vez que resultaba el Reino integrado en una más dilatada y poderosa Monarquía. Las instituciones de producción y aplicación del derecho de que ha venido dotándose la Navarra bajomedieval ⁽¹²⁾, se mantienen y desenvuelven. Una integración política existe, pero no la jurídica. Prosiguen con sus funciones precisas las Cortes ⁽¹³⁾; se crea una Diputación más permanente de los mismos estamentos del Reino ⁽¹⁴⁾; existe un Consejo Real con sede en la propia Pamplona que constituye jurisdicción suprema ⁽¹⁵⁾. La Monarquía tiene la facultad de nombramiento de algunas magistraturas entre no navarros; el Consejo Real de Castilla, que le es y le está más cercano, logra intervención en las funciones menos jurisdiccionales de este

⁽¹¹⁾ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979, caps. XIV y XVI.

⁽¹²⁾ JAVIER ZABALO, *La Administración del reino de Navarra en el siglo XIV*, Pamplona, 1973, pp. 92-98, 273-283 y 343-351; JOAQUÍN SALCEDO IZU, *Las Cortes en Navarra en la Edad Media*, en AA.VV., *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, Valladolid, 1988, II, pp. 575-605; MARÍA PUY HUICI GOÑI, *La Cámara de Comptos de Navarra, 1328-1512*, Pamplona, 1988.

⁽¹³⁾ MARÍA PUY HUICI GOÑI, *Las Cortes de Navarra durante la Edad Moderna*, Pamplona, 1963.

⁽¹⁴⁾ J. SALCEDO IZU, *La Diputación del Reino de Navarra*, Pamplona, 1969-1974.

⁽¹⁵⁾ J. SALCEDO IZU, *El Consejo Real de Navarra en el siglo XVI*, Pamplona, 1964, pp. 146-160 y 176-183; LUIS JAVIER FORTÚN y CARLOS IDOATE, *Guía de la sección de Tribunales Reales del Archivo General de Navarra*, Pamplona, 1986, pp. 11-21.

otro organismo dicho consiliar de Navarra (16), pero las Cortes y la Diputación también cuentan con medios precisos para la defensa del ordenamiento navarro: fueros, leyes propias y derecho común (17). Con su base medieval y su incorporación del *ius commune* este derecho de Navarra se mantiene con entidad propia (18).

Para Navarra, el derecho de Castilla es un derecho exterior, aunque no por ello extraño. No faltarán intentos de introducción del derecho castellano como, según se dirá sobre todo en el XVIII, «derecho general de España», pero Navarra, con el suyo propio, no lo acepta. Se encuentra incardinada en la «Monarquía de España» o, como también y mejor entonces se dice, entre los «Reynos de España» sin que ello afecte necesariamente a su derecho (19). Bajo el mismo entendimiento de tratarse con entidades diferenciadas, Navarra se relaciona con los territorios españoles vecinos: Aragón, con el que tiene una fuerte afinidad jurídica, y las Vascongadas, esto es, Guipúzcoa, Alava y Vizcaya, con quienes la tiene cultural (20).

Y esta situación se mantiene durante largo tiempo, para el caso de Navarra hasta el mismo advenimiento del sistema constitucional (21). En todos estos siglos, entre el XIII y el XIX, existe un derecho navarro de entidad propia y directamente vinculado al *ius commune*. Sobre Navarra gravitaba un derecho castellano que pugnaría por afirmarse como español, pero reconocimiento interno efectivo sólo alcanzaba, junto al más privativamente navarro, otro de alcance europeo. Y dentro de España la misma Navarra podía entenderse

(16) J. SALCEDO IZU, *Consejo de Navarra*, pp. 84-103 y 160-176.

(17) J. SALCEDO IZU, *Diputación de Navarra*, II (*Atribuciones de la Diputación del Reino de Navarra*), pp. 305-371.

(18) FRANCISCO SALINAS QUIJADA, *Estudios de Historia del Derecho Foral de Navarra*, Pamplona, 1978, pp. 187-204; Mercedes GALÁN LORDA, *Los manuscritos del Fuero General de Navarra existentes en Pamplona*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 579-607.

(19) María Puy HUICI GOÑI, *Cortes de Navarra*, pp. 290-295.

(20) J. SALCEDO IZU, *Diputación de Navarra*, II, pp. 486-499.

(21) Rodrigo RODRÍGUEZ GARRAZA, *Navarra de Reino a Provincia (1828-1841)*, Pamplona, 1868, *Tensiones de Navarra con la Administración Central (1778-1898)*, Pamplona, 1974; María CRUZ MINA APAT, *Fueros y revolución liberal en Navarra*, Madrid, 1981; Ramón DEL RÍO ALDAZ, *Las últimas Cortes del Reino de Navarra*, San Sebastián 1985, *Orígenes de la guerra carlista en Navarra (1820-1824)*, Pamplona, 1987.

acomodada entre una diversidad de ordenamientos hispanos y un marco común no exclusivamente español.

Esta fue la realidad: ¿cómo se trata? ¿Quién la atiende fuera de Navarra? Es el ejemplo de un fuero de España que se resuelve en derechos de ámbito no español. ¿Entra este ordenamiento en el concierto histórico de los derechos europeos? ¿Se comprende su presencia? ¿Está en los manuales? En su lugar resulta que aún se sitúa el capítulo que menos existía: el de un derecho de España ⁽²²⁾. Las mismas exposiciones españolas es este título español lo que primariamente ofrecen, insinuando o incluso cometiendo la refundición aun entre todas las constancias adversas ⁽²³⁾. Pero no todo es un invento: a efectos jurídicos se hablaba de España.

2. *Arcanos del derecho hispano.*

Una primera historia conjunta del derecho español procede de la segunda mitad del siglo XVII, publicándose en 1703 con el título final de *Sacra Themidis Hispanae Arcana* ⁽²⁴⁾. Esta es su secuencia de capítulos: primitiva historia común, visigoda; derecho castellano, que también se denomina hispano; orígenes de los derecho de Aragón y Navarra; derecho aragonés; derecho de Cataluña; el de Valencia y el de las Baleares; derecho navarro, el de los territorios vascongados, dichos Cantabria, y el de Galicia; derecho de Portugal,

⁽²²⁾ Así en el *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* dirigido por Helmut Coing, con una parte española especialmente valiosa por aportaciones de Johannes Michael SCHOLZ y Antonio PÉREZ MARTÍN, el supuesto registrado de Navarra (II.2, München 1976, pp. 251-257) tiende a difuminarse y no alcanza relevancia por el mismo juego del epígrafe general de *Spanien* sin otra competencia a su nivel que el de Portugal.

⁽²³⁾ Común en la manualística desde los propios títulos, el caso más palmario, para uno y otro aspecto, es el de superior influencia: Alfonso GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1959-1962, pero tampoco puede decirse que la historiografía menos especializada comprendiese el objeto y situase el tema: Mariano y José LUÍS PESET, *Vicens Vives y la historiografía del derecho en España*, en J.M. SCHOLZ (ed.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt am Main, 1977, pp. 176-262.

⁽²⁴⁾ Gerardus Ernestus de FRANKENAU, *Sacra Themidis Hispanae Arcana, jurium legumque ortus, progressus, varietates et obervantiam*, Hannover, 1703; con adiciones sobre la autoría de Juan Lucas Cortés que ahora no nos afectan, Madrid, 1780.

y un capítulo final sobre los altos Tribunales que articulan institucionalmente el conjunto.

Ya comienza por no haber un Alto Tribunal, sino una variedad de Audiencias y Consejos. El cuadro es plural. Tampoco hay una serie clara de Tribunales Supremos correspondiéndose con los territorios. El panorama jurisdiccional parece complejo ⁽²⁵⁾. Efectivamente lo era. Carácter relativamente tanto más judicial como más territorial tenían las Audiencias; dentro de la Corona de Castilla ni eran supremas ni se correspondían las superiores con distritos de derecho diferenciado; cuando así podían hacerlo, como en el caso de Galicia, se encontraban especialmente subordinadas. En la Corona de Aragón la regla era la contraria; las Audiencias de Barcelona y de Zaragoza podían tenerse por tribunales supremos o Senados superiores de sus respectivos territorios, Cataluña y Aragón; la de Valencia en cambio estaba judicialmente subordinada al Consejo de Aragón ⁽²⁶⁾.

Un Tribunal Supremo de España ni existe ni se imagina. Tampoco como órgano político tiene concepción ni existencia algún Consejo de España; los Consejos de la Monarquía son de una pluralidad no menos compleja ⁽²⁷⁾. No hubo un Consejo de este nombre español ni de esta competencia geográfica; una Secretaría de tal denominación española fue una ocurrencia pasajera ⁽²⁸⁾. Ni siquiera existía un Rey de España; el Monarca lo era titularmente de los diversos territorios; a lo más, y ante la necesidad de síntesis, se dijo Rey de las Españas

⁽²⁵⁾ G.E. FRANKENAU, *Themidis Hispanae Arcana*, ed. 1703, pp. 196-205; ed. 1780, pp. 336-349.

⁽²⁶⁾ Para los casos entre sí bien distintos de subordinación, Laura FERNÁNDEZ VEGA, *La Real Audiencia de Galicia, órgano de gobierno en el Antiguo Régimen (1480-1808)*, La Coruña 1982; Teresa CANET APARISI, *La Audiencia valenciana en la época foral moderna*, Valencia, 1986.

⁽²⁷⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos en la España del siglo XVII*, en *Historia de España Menéndez Pidal*, XXV, Madrid, 1982, pp. 1-214; Feliciano BARRIOS, *Los Reales Consejos. El gobierno central de la Monarquía en los escritores sobre Madrid del siglo XVII*, Madrid, 1988.

⁽²⁸⁾ José Antonio ESCUDERO, *Los Secretarios de Estado y del Despacho (1471-1724)*, Madrid, 1969, I, pp. 244-251; Salustiano DE DIOS, *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Madrid, 1982, pp. 175-178 y 209-215; J. LALINDE, *España y la Monarquía universal (en torno al concepto de «Estado moderno»)*, pp. 122-128, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 15, 1986, pp. 109-166.

(²⁹). Se trataba de una unidad dinástica que no había unificado tan siquiera el derecho de sucesión de los distintos reinos (³⁰).

Este era el arcano jurídico de Hispania (³¹). En los *Arcana Themidis Hispanae* ni siquiera había un principio de unidad específica como el que hemos visto del Fuero de España; su historia se registraba, pero en el capítulo de los orígenes del derecho de Aragón y de Navarra que así especialmente se distinguían (³²). A finales del XVII Hispania podía parecer jurídicamente incluso más plural que a principios del XIII. El nombre en singular existe; significa los territorios de la Península Ibérica, con tendencia a identificársele especialmente con Castilla así como a diferenciársele por estas fechas particularmente de Portugal: «Hispania Lusitaniaque»; también parece a estas alturas que otros territorios pudieran agregársele: «Regna quae in Italia Hispanis parent et utraque India»; pero nada de esto abona precisamente alguna unidad o integración del concepto: Hispania resulta el conjunto diversificado de los territorios ibéricos. Justamente es, como los *Arcana* ya repiten, una pluralidad: *Hispaniae*, las Españas (³³).

Pero la Hispania singular tampoco es tan sólo el primer capítulo de historia visigoda. La misma persistente identificación como hispanos de los capítulos subsiguientes, los castellanos, puede procurar ya alcanzar alguna efectividad. Así precisamente respecto a Navarra esto los *Arcana* nos dicen: «Constitutum tamen est, deficienti-

(²⁹) Felipe MATEU Y LLOPIS, *El título «Rex Indiarum» del «Hispaniarum Rex» en las monedas y en las medallas*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 7, 1980, pp. 11-37; J. LALINDE, *España y la Monarquía*, pp. 144-156.

(³⁰) A. GARCÍA GALLO, *El derecho de sucesión del trono en la Corona de Aragón*, pp. 88-113 y 178-187, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 36, 1966, pp. 5-187; Rafael GIBERT, *La sucesión del trono en la Monarquía española*, pp. 487-489 y 513-516, en *Recueils de la Société Jean Bodin*, 21, *La Monarchie*, II, Bruxelles, 1969, pp. 447-546; Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *La historia de la sucesión en el trono y el artículo 57 de la Constitución de 1978*, pp. 20-22, en *Revista de Estudios Políticos*, 19, 1981, pp. 7-42.

(³¹) José MARTÍNEZ GIJÓN, *La legislación (siglo XVII)*, en AA.VV., *Historia General de España y América*, VIII, Madrid, 1986, pp. 375-392.

(³²) G.E. FRANKENAU, *Themidis Hispanae Arcana*, ed. 1703, pp. 59-68; ed. 1780, pp. 98-112; el título del capítulo sólo se refiere a Aragón, pero enseguida se extiende también a Navarra.

(³³) G.E. FRANKENAU, *Themidis Hispanae Arcana*, ed. 1703, pp. 197 y 206; ed. 1780, pp. 336 y 350.

bus his (leyes y fueros internos), ad leges Hispanicas Romanasque esse recurrendum», con el entendimiento como hispanas de las leyes castellanas. El derecho de Castilla efectivamente se interpone, consignándose además para la pretensión autoridades mayores, no sólo de comentaristas propios: la literatura hispana de antinomias y la obra europea de Arthur Duck ⁽³⁴⁾.

La doctrina de concordia y reducción de antinomias que se ocupa del derecho de Navarra parte de la constancia consabida: «Scias illud Regnum ius proprium et peculiare habere in multis dissentiens a iure communi Romanorum et a iure regio Castellae», pero planteándose a continuación la duda: «Utrum deficientibus legibus et consuetudinibus regni Navarrae, teneantur sequi ius commune Romanorum an vero ius regium Castellae?» ⁽³⁵⁾. La tendencia es la de conseguir esto segundo.

¿Cómo se intenta? Con argumentos y alegaciones, los unos y sobre todo las otras procedentes del *ius commune*. Navarra está expresamente anexionada a la Corona de Castilla por lo que debe aplicarse la legislación y la jurisprudencia civiles de incorporación y accesión: «Deficientibus legibus et consuetudine membrorum, recurrere debent ad leges capiti». La *caput*, como antiguamente Roma, resulta ahora Castilla. La doctrina de la ley vecina, que también se desarrolla en el ámbito del derecho común, abunda en ello: «Praeterea iure communi et canonico quod ipsi (los navarros) libenter fatentur sequi, deficientibus legibus et consuetudinibus propriis alicuius provinciae, ius quod proximum ei est, tenentur servare» ⁽³⁶⁾. Y la vecindad es unidireccionalmente, como antes la romana, ahora la castellana.

La propia legitimidad de la anexión de Navarra debe dirimirse a la luz del *ius commune* ⁽³⁷⁾. La Monarquía no tiene una ley o un derecho propios; se identifica con el de Castilla y utiliza el de Europa. «Cum leges regni Castellae sint nostri Catholici Regis», puede

⁽³⁴⁾ G.E. FRANKENAU, *Themidis Hispanae Arcana*, ed. 1703, p. 159; ed. 1780, p. 269.

⁽³⁵⁾ Johannes MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia et nova reductio antinomiarum iuris communis ac regii Hispaniarum*, Burgos, 1575, praefatio, 8-9.

⁽³⁶⁾ J. MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia antinomiarum*, pr. 15 y 22.

⁽³⁷⁾ Carlos PETIT, *De justicia et jure retentionis regni Navarrae*, a publicarse en el Homenaje a Jesús Lalinde de la Universidad de Barcelona I.

extenderlas por sus otros territorios ⁽³⁸⁾; pero de hecho no siempre lo hace o no siempre lo consigue. Para intentarlo, no le basta alguna ley propia como la particular de Castilla; debe en efecto recurrir al acervo del *ius commune*. Este, alguna de sus interpretaciones posibles, constituye realmente su ordenamiento ⁽³⁹⁾; por sus mismos mecanismos jurisprudenciales ha de pasar la comunicación factible del castellano ⁽⁴⁰⁾.

Este era el derecho. Intentar otra cosa significaba llanamente salirse de su terreno para adentrarse en el de la pura agresión, que también se emprendió en nuestro escenario. Tuvo el éxito sabido, a mediados del XVII, de la separación temporal de Cataluña y definitiva de Portugal. A los pocos años, los *Arcanas* tendían a la diferenciación de ésta última: «Hispania Lusitaniaque» como ya hemos visto. Fue un primer resultado. De estos tiempos y de los mismos casos, todavía veremos.

La pluralidad y la diversidad imperaban en España sin principio coordinador ni institución común que pudieran decirse españoles. Pero concierto había; todos los *iura propria* ya se situaban en la órbita del *ius commune*, aunque pudiera cada uno plantearse y materializar de muy diversa forma sus respectivas relaciones; un sistema jurídico en todo caso se compartía. Si una coordinación existía, se debía a tal sistema, a este derecho de una comunidad cultural más amplia. Los ordenamientos eran dialectos de una misma lengua, pero no española, sino europea. Los *Arcana* lo acusaban; sus capítulos esencialmente consistían en el registro, por territorios, de jurisprudencia integradora de derechos civil, canónico y propio. Con resistencias todavía, primándose aún la declaración de parte de leyes particulares ⁽⁴¹⁾, se abre paso la evidencia.

⁽³⁸⁾ J. MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia antinomiarum*, pr. 24.

⁽³⁹⁾ B. CLAVERO, *Hispanus Fiscus, Persona Ficta. Concepción del sujeto político en el Ius Commune moderno*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 11-12, 1982-1983, I, pp. 95-167, recogido en *Tantas Personas como Estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, 1986, cap. III.

⁽⁴⁰⁾ B. CLAVERO, *Lex Regni Vicinioris. Indicio de España en Portugal*, en *Boletim de Faculdade de Direito. Universidad de Coimbra*, 58, 1982 (*Estudos em Homenagem aos profs. doutores Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*), I, pp. 239-298.

⁽⁴¹⁾ J. LALINDE, *La creación del derecho entre los españoles*, en *Anuario de Historia del Derecho español*, 36, 1966, pp. 301-377, dando entrada a una serie de tra-

El derecho común hispano era el *ius commune* europeo, derecho también interiormente para Castilla aunque otra cosa ya entonces se pregonara; la misma Monarquía aseguraba tener su propio *derecho común* en las leyes de Castilla tanto por eximirse de un *imperium* como por imponer el suyo (42). La petición de principio regía. El propio ordenamiento castellano no era sustancialmente más que una versión traducida del *ius commune* mismo; la realidad ya quería aprovecharse; también se les dice a los navarros que podrían contentarse con un derecho de Castilla que cómodamente les brinda el *commune* digerido: «Idem est ius commune saltim septem partitarum» (43), las Siete Partidas que en efecto vertieron en el siglo XIII derecho común al castellano y que en el XVI eran y se sabían derecho de Castilla aun pudiéndoseles ya también tener como monumento de una historia española (44). Como «derecho común de España» quiere afirmarse así el castellano no sólo finalmente respecto a su territorio ni de cara solamente al pasado (45).

Las autoridades doctrinales que se alegaban en orden a esta imposición no eran hispanas solamente. Una obra como la de Arthur Duck *de usu juris civilis* también se nos decía que interesaba al propósito. Reflejaba ciertamente una realidad: «Propalant Castellani caeteros Hispanos omnes debere sequi ius Regium Castellae deficientibus legibus et consuetudinibus propriis, quia membra Caput suum sequi oportet; Aragonii tamen, Lusitani et reliqui Hispani omnes vehementer retinuntur cum Regna sua unita fuerint Regno Castellano principaliter non accessorie, eidemque non submissa sed (ut loquuntur) adaequata, atque ideo ubi Leges patriae non disponunt, admittunt tantum ius Caesareum et Canonicum, Leges vero Castellanas respuunt, cum non habeant Legum potestatem ultra ter-

bajos, que se irán citando, sobre *sistemas normativos* regionales así todavía diferenciados no sólo nominativamente como sistemas.

(42) Alejandro GUZMÁN, *Ratio scripta*, Frankfurt am Main, 1981, pp. 58-59; C. PETIT, *Derecho Común y Derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVII)*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 50, 1982, pp. 157-195.

(43) J. MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia antinomiarum*, pr. 22.

(44) Aquilino IGLESIA, *Alfonso X, su labor legislativa y los historiadores*, pp. 76-96, en *Historia, Instituciones. Documentos*, 9, 1982, pp. 9-112.

(45) C. PETIT, *Derecho común y Derecho castellano*, pp. 169 y 176-178.

ritorium eius Regni» (46). Así las cosas en efecto transcurrían; interrógese a la jurisprudencia *de verborum significatione* sobre la acepción jurídica de *Hispania* y se obtendrá este tipo de respuesta: los territorios de Portugal, Castilla, Navarra, Valencia, Aragón y Cataluña en su precisa y determinada distinción de derechos (47).

Y ello así consta a la misma perspectiva exterior que más podía tender a una imagen fundida de España. Por la segunda mitad del XVII, ya se sabe y todavía se registra: «Spectato communi loquendi usu, hodie de facto Hispania non habens antiquam distinctionem sub diversis Regibus ac Principibus, habetur pro unico Regno et unica dominatione», según también «ex concordi Geographorum testimonio», pero la realidad jurídica es otra, precisamente la de la distinción y la pluralidad «non obstante unione sub eodem Principe, quoties ista est aequae principaliter». Esta era la situación, de independencia de derecho por encima de una dependencia de dinastía o de diferencia de territorio bajo una unidad de geografía (48).

Exteriormente sobre todo podía en efecto prevalecer otra imagen más unitaria, pero ya también porque contrastarían las realidades más disgregadas de los propios observadores. Esta había sido a finales del XV la impresión de un lombardo naturalizado castellano: «L'Italia è divisa in tanti pezzi, la Spagna unita; i principi italiani discordi, gli spagnuoli concordi» (49). El caso más significativo será el de la Iglesia romana; en sus relaciones con la Monarquía española pretende tratar unitariamente a *Hispania*, pero su jurisprudencia tiene que acabar considerando cuidadosamente *de distinctione Coronarum Hispaniae Regis* y dictaminando negativamente *utrum sub nomine Regnorum Hispaniae veniunt Regnum Navarrae, Principatus Cathaloniae* u otros territorios de derecho propio, con nueva y obligada reducción de España a Castilla; las mismas regalías que a

(46) Arthurus DUCK, *De usu et autoritate juris civilis Romanorum per dominia principum Christianorum*, ed. London, 1689, II, 6, 22.

(47) Agustinus BARBOSA, *De appellativa verborum utriusque iuris significatione*, en sus *Tractatus Varii*, II, ed. Lyon 1644, apelación 115, *Hispania*, que igual valdría como veremos para antes y para después de la separación de Portugal.

(48) Johannes BAPTISTA DE LUCA, *Theatrum Veritatis et Iustitiae*, ed. Venezia, 1734, XII-I, 29, 5-19.

(49) De la correspondencia del lombardo Pietro Martire d'Anghiera o, castellanizado, Pedro Mártir de Anglería que citaba Benedetto CROCE, *La Spagna nella vita italiana durante la Rinascenza*, ed. Bari 1968 (*Scritti di Storia Letteraria e Politica*, VIII), p. 95.

esta Monarquía corresponden en el terreno eclesiástico son distintas respecto a unas y otras latitudes hispanas ⁽⁵⁰⁾.

Las conclusiones pueden divulgarse en italiano por la misma jurisprudencia eclesiástica: «Ogn'uno de quali (territorios de la Monarquía española) sta per se distinto dall'altro con una totale indipendenza, sicché ogni Regno ha le sue leggi e le suoi tribunali e consigli supremi con indipendenza totale dall'altro in maniera que in una stessa persona materiale si fingono tante persone formali Regie quanti sono li Regni e li Principati» ⁽⁵¹⁾. Todo se multiplica, incluido el mismo Monarca ⁽⁵²⁾, en virtud de la multiplicidad de derechos. Esta es, jurídicamente, *Spagna*. Este era el arcano.

Aun utilizándose el término singular de España, no se entendía una entidad no compuesta; menos aún, así se le trataba. Esto sería el espejismo de una profecía fallida: «Los reynos d'España en un regno vendrán» ⁽⁵³⁾. Todavía el encadilamiento cautiva ⁽⁵⁴⁾. España ha podido llegar a significarse por un empeño recreativo de sus historiadores que no ha decrecido o que incluso se ha acentuado en la época de documentación y crítica ⁽⁵⁵⁾. Ya que no en la historia, en la historiografía se ha cumplido al menos el augurio. Con ello, entre los historiadores, el enigma dista todavía de encontrarse resuelto ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁰⁾ Franciscus a ROJAS, *Decisiones Sacrae Rotae Romanae*, ed. Lyon 1622, 279, 281 y 286; la séptima de las de Angelus CELSUS, ed. Roma, 1668; J.B. DE LUCA, *Theatrum Iustitiae*, III-II, 29.

⁽⁵¹⁾ J.B. DE LUCA, *Il Dottor Volgare, ovvero il Compendio di tutta la Legge*, ed. Köln, 1755, III-II, 3.

⁽⁵²⁾ B. CLAVERO, *Tantas Personas como Estados*, pp. 74-83.

⁽⁵³⁾ Expresión de las postrimerías del XV: Bachiller PALMA, *Divina Retribución*, ed. Madrid, 1879, p. 79, para cuyos concretos motivos proféticos Juan GIL, *Mitos y utopías del Descubrimiento*, Madrid, 1989, I, pp. 198 y 206-217.

⁽⁵⁴⁾ El caso paradigmático goza del mayor predicamento: Claudio SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Orígenes de la Nación Española, Estudios críticos sobre la historia del reino de Asturias*, Oviedo 1972-1975, no sólo por el título, sino también por la secuela de conjunto en su obra trámite León y Castilla.

⁽⁵⁵⁾ Américo CASTRO, *Origen, ser y existir de los españoles*, Madrid, 1959, pp. I-X; ed. renovada: *Los españoles: cómo llegaron a serlo*, Madrid, 1965, pp. 36-58.

⁽⁵⁶⁾ El debate de una vida sobre la entidad histórica de España no ha servido para despejar siquiera el panorama: C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *España un enigma histórico*, Buenos Aires, 1956, versus A. CASTRO, *The Structure of Spanish History*, Princeton, 1954, con traducciones posteriores inversas, el primero al inglés y el segundo al castellano.

Pero los arcanos del derecho ya conocen la virtud de revelarse a sí mismos.

3. Cabeza de la universidad de España

Una primerísima historia de *las Leyes y Fueros de España*, con estos precisos términos, data de la primera mitad del siglo XVI. Define el concepto: «Fuero se dice el de un Reyno, Provincia, Ciudad, Villa, Lugar, Señorío a diferencia de las Leyes Romanas», y parece especificar el género: «Fuero en España tanto quiere decir como Ley o Derecho de España», pero acto seguido añade: «Así se ve en los Fueros de Aragón y Vizcaya que son sus Leyes». El *derecho de España* que realmente contempla, con este equívoco de poder significar tanto un ordenamiento entre los existentes en España como tal derecho de ella, es el de León y Castilla. Y ésta sobre todo tiende a identificarse con aquello; su derecho, con el derecho español sin más ⁽⁵⁷⁾.

Sería Castilla, como Roma, *civitas e imperium*, dotándose de un derecho que cuando menos sirviera de término de referencia para otros. Desde el siglo XIII se había hecho a dicho efecto con el propio derecho romano, traducéndolo fundamentalmente en las Partidas como ya se nos recordaba; era una primera identificación, de momento fallida, con un Imperio romano y, más logradamente, con una Iglesia de Roma ⁽⁵⁸⁾. Castilla estaba intentando situarse en el ámbito de la jurisprudencia del *ius commune* ya también por querer ocupar dentro de España un lugar capital efectivo.

Hispania podía ya figurarse por parte de la jurisprudencia como un *imperium* equivalente a Roma ⁽⁵⁹⁾, y Castilla aparecer ulterior-

⁽⁵⁷⁾ FRANCISCO DE ESPINOSA, *Sobre las leyes y los fueros de España. Extracto de la más antigua historia del Derecho Español*, ed. Galo Sánchez, Barcelona, 1927, pp. 11 y 16; J.A. ESCUDERO, *Historia del Derecho: Historiografía y problemas*, Madrid, 1973, pp. 121-145, primeramente en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 41, 1971, pp. 33-55.

⁽⁵⁸⁾ A. IGLESIA, *La labor legislativa de Alfonso X el Sabio*, pp. 455-461, en A. PÉREZ MARTÍN (ed.), *España y Europa, un pasado jurídico común (I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común)*, Murcia, 1986, pp. 275-599, con sus referencias polémicas.

⁽⁵⁹⁾ GAINES POST, «Blessed Lady Spain». *Vincentius Hispanus and Spanish National Imperialism in the Thirteenth Century*, en *Speculum*, 29, 1954, pp. 198-209,

mente como cabeza suya, correspondiéndole su representación: ser en principio España para poderse hacer de hecho con su derecho. El mismo argumento de constituir *caput Hispaniae* se expondrá ante el conflicto entre Imperios peninsulares, reivindicándose un título de sucesión de la Hispania antigua en orden a una primera expansión, todavía africana y por tierras que habrían sido en algún momento hispanas; así se tendría, según más particularmente se alegaba en nombre de Castilla frente a Portugal, «totum ius universitatis Hispaniarum»⁽⁶⁰⁾.

El propio uso lingüístico ya lo demostraría: «Interrogemus omnes populos qui sunt in Europa et videamus modum loquendi eorum et reperiemus quod regem Castellae vocant regem Hispaniae, et multi sunt qui nunquam audierunt nominare Castellam, sed Hispaniam», aunque bien igualmente se sepa que hay otros reyes españoles: «Alios reges qui sunt in Hispania nominant nominibus propriis, vocantes reges Aragonum, Portugalie vel Navarre», todo lo cual resultaría un signo de sabiduría: «Non enim provenit hoc ex ignorantia rei, sed quia est inhibitum in cordibus hominum quod principatus Hispaniae continuatur in reges Castellae». Era un argumento que ya podía así desarrollarse entrado el signo XV⁽⁶¹⁾. Castilla sería jurídicamente España aunque geográficamente no lo fuera.

comprendido y revisado en sus *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and the State, 1110-1322*, Princeton, 1964, pp. 482-493; JAVIER OCHOA SANZ, *Vincentius Hispanus. Canonista boloñés del siglo XIII*, Roma, 1960, pp. 14-22; PETER LINEHAN, *Religion, Nationalism and National Identity in Medieval Spain and Portugal*, pp. 191-196, en su reprint *Spanish Church and Society, 1150-1300*, London, 1983, cap. I (= AA.VV., *Religion and National Identity*, Oxford, 1982, pp. 161-199).

⁽⁶⁰⁾ J.A. MARAVALL, *El concepto de España en la Edad Media*, Madrid, 1954, pp. 343-344; L. SUÁREZ, *Castilla, el Cisma y la Crisis Conciliar (1378-1440)*, Madrid, 1960, pp. 116 y 123-124; ROBERT BRIAN TATE, *La Anacephaleosis de Alfonso García de Santa María, obispo de Burgos, 1435-1456*, en sus *Ensayos sobre la historiografía peninsular del siglo XV*, Madrid, 1970, pp. 55-73; EDUARDO AZNAR, *La integración de las Islas Canarias en la Corona de Castilla (1478-1526)*, Sevilla, 1983, p. 41; P. LINEHAN, *Religion and National Identity*, pp. 196-197.

⁽⁶¹⁾ De las alegaciones castellanas, debidas a Alonso García de Santa María o de Cartagena, ante el Concilio de Basilea: A. GARCÍA GALLO, *Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en Africa e Indias*, pp. 754-755, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 27, 1957, pp. 461-829, recogido en *Los orígenes de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, Madrid, 1987, pp. 313-659 (p. 569).

Más la identificación no se formaliza ni siquiera cuando se produzca la correspondencia con la geografía. La posibilidad ya se considera a la vista de una unión entre las Coronas de Castilla y de Aragón. Las crónicas del año 1479 de este modo lo narran: «Platicose ansimesmo en el Consejo del Rey e de la Reyna como se devian yntitular, e como quiera que algunos de su consejo eran en voto que se yntitulasen Reyes de España, pues subçediendo en aquellos Reynos e señorios eran señores de toda la mayor parte della, pero determinaron de lo no fazer». Se acuerda y efectivamente establece el uso de la relación desglosada de títulos combinándose territorios de las diversas Coronas y comenzándose por Castilla ⁽⁶²⁾.

No se conoce documentación de tan temprana propuesta y reñida deliberación, pero el mismo cronista que ofrece la noticia puede también acreditar que había argumento entonces más sustancioso que el de la extensión a una parte mayor del territorio: el de la comparación de Castilla con Roma que podía permitirle su identificación inmediata con la totalidad ⁽⁶³⁾. Y tratándose de partes, la misma España por dichas fechas aún se entendería mejor compuesta hacia occidente que hacia oriente; el libro sobre Castilla podía titularse de España concluyendo: «Assi del reyno de Castilla como de Portugal» ⁽⁶⁴⁾. Geográficamente, como aún comprobaremos ⁽⁶⁵⁾, todavía Hispania era toda la Península.

⁽⁶²⁾ Fernando DEL PULGAR, *Crónica de los Señores Reves Católicos don Fernando y doña Isabel*, p. 342, ed. *Biblioteca de Autores Españoles*, LXX, Madrid, 1953, pp. 223-511; ed. Juan M. Carriazo, Madrid 1943, I, p. 369, con ligeras variantes. Y el uso no lo alteraría ni siquiera el Imperio: Alonso DE SANTA CRUZ, *Crónica del Emperador Carlos V*, ed. Madrid, 1920-1925, I, pp. 204-206.

⁽⁶³⁾ F. DEL PULGAR, *Los Claros Varones de España y treinta y dos cartas*, ed. Madrid, 1747, p. 130 (título último de los Varones), *Claros Varones de Castilla*, ed. R.B. Tate, Madrid, 1985, p. 148, con *Estudio preliminar*, 7-75.

⁽⁶⁴⁾ Primera edición completa, ya póstuma, de los Varones y las Cartas, Sevilla 1500 (facsimil Madrid 1971), título y colofón, aun siendo castellanos los primeros (R.B. Tate, *Estudio preliminar*, p. 35), pero figurando portugueses entre los destinatarios de las segundas; bastaría esto para titular *Claros Varones de España* pese al propio comienzo del texto: «Libro de los claros varones de Castilla». Estos escritos de Pulgar, Varones y Cartas, tuvieron luego también edición latina junto a la correspondencia citada de Mártir de Anglería.

⁽⁶⁵⁾ Y se sabe, aunque suele precisamente desatenderse el capítulo de Portugal: Luís GONZÁLEZ ANTÓN, *El territorio y su ordenación político-administrativa*, en Miguel Artoles (ed.), *Enciclopedia de Historia de España*, Madrid, 1988, II, pp. 11-92.

La cuestión no sólo era exterior. Unas conquistas peninsulares, las del siglo XIII por tierras de Andalucía, habían fortalecido unos poderes, monárquico, eclesiástico y nobiliario, a costa de los ordenamientos y las instituciones propias de León y de Castilla. Lo que en Navarra se llamara el fuero de España comenzó aquí a desaparecer; al cabo de un siglo dejará de poder decirse «si en Castieylla, casteyllanos, si en Leon, leoneses». La pérdida de unos fueros fue especialmente sensible para el propio reino de Castilla, pues los tenía de fuerte impronta comunitaria dentro de la sociedad señorial⁽⁶⁶⁾.

Castilla perdía su derecho particular, pero no todo el derecho de Castilla se perdió. Parte de este reino eran unos territorios vascos, los dichos vascongados, Vizcaya, Guipúzcoa y Alava. En el fuero de España de 1238 no se les distinguía. La distinción en cambio se acusa desde el siglo XV por estarse en ellos manteniendo y desarrollando el tipo de fueros más comunitarios que habían sido característicos de todo el reino castellano. En el mismo interior de las instituciones de Castilla se irá produciendo esta diferenciación, siendo distinto de este modo el caso⁽⁶⁷⁾; con garantía de prevalencia del Fuero propio, mantendrá aquí su entrada el derecho castellano⁽⁶⁸⁾. Mas con dicha base en estos territorios vascos no sólo se afirmará un ordenamiento jurídico, sino también unas instituciones políticas⁽⁶⁹⁾.

Los fueros de Castilla se han perdido en ella. Más que devenir

⁽⁶⁶⁾ Es un asunto tan cardinal como descuidado por los mismos manuales: B. CLAVERO, *Signo social y secuela política de la legislación alfonsina. Planteamientos manualísticos*, en A. Pérez Martín (ed.), *España y Europa*, pp. 601-610; *Behetría, 1255-1356. Crisis de una institución de señorío y de la formación de un Derecho regional en Castilla*, en *Anuario de Historia del Derecho español*, 44, 1974, pp. 201-342.

⁽⁶⁷⁾ Manuel BASAS, *El Consulado de Burgos en el signo XVI*, Madrid, 1963, pp. 32, 39-40 y 111-112; Gonzalo MARTÍNEZ DIEZ, *Alava medieval*, Vitoria, 1974, 11, pp. 85-190; Santos M. CORONA, *Derecho mercantil castellano. Dos estudios históricos*, León, 1979, pp. 38-41, 47-48, 53 y 81-86; M^a Antonia VARONA, *La Chancillería de Valladolid en el Reinado de los Reyes Católicos*, Valladolid, 1981, pp. 149-156; Sabino AGUIRRE (ed.), *Las dos primeras crónicas de Vizcaya*, Bilbao, 1986, pp. 207-209, 243-244 y 303-305; José Luis ORELLA, *El delegado del gobierno central en Guipúzcoa (1474-1505)*, San Sebastián, 1987, y con otros, *Guipúzcoa y el reino de Navarra en los siglos XIII-XV*, San Sebastián, 1987.

⁽⁶⁸⁾ B. CLAVERO, *Derecho de los Reinos*, pp. 119-130; J. LALINDE, *El sistema normativo vizcaíno*, en AA.VV., *Vizcaya en la Edad Media*, Bilbao, 1984, pp. 113-145.

⁽⁶⁹⁾ Gregorio MONREAL, *Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya (hasta el siglo XVIII)*, Bilbao, 1974.

derecho de la Monarquía el ordenamiento suyo, el proceso fue el inverso: el segundo había pasado a crearlo la primera. De su iniciativa vino la misma empresa de traducción del *ius commune* que integraría la parte más sustancial de tal derecho presuntamente hispano, como ya antes se non decía a propósito de las Siete Partidas. De aquí ya provenía la identificación imperial con Roma así como también el ulterior rechazo sólo político del derecho romano que igualmente ya hemos visto. Sobre la base de dicha importación y con el poder más expedito de la Monarquía podrá ser desde luego Castilla el territorio de mayor producción normativa ⁽⁷⁰⁾.

El derecho castellano se sitúa y desenvuelve en el ámbito del *ius commune* mucho más sustancial y plenamente que ninguno otro de los hispanos; por ello entre las jurisprudencias de esta Península pudo contar no sólo con la más desarrollada, sino también con la más conocida e influyente dentro y fuera de ella ⁽⁷¹⁾. De este modo también se labró y sostuvo una imagen de identificación de un *ius hispanum* que era el derecho castellano así dotado de una mayor autoridad a escala común europea ⁽⁷²⁾.

No por ello en España se imponía. Los derechos hispanos distan mucho de ceder al castellano ⁽⁷³⁾. La misma posición capital de Castilla, de un derecho identificado con la Monarquía, no resulta hacia el interior absoluta, aunque lo fue bastante efectiva respecto a

⁽⁷⁰⁾ Faustino GIL AYUSO, *Noticia bibliográfica de textos y disposiciones legales de los reinos de Castilla impresos en los siglos XVI y XVII*, Madrid 1935; A. PÉREZ MARTÍN y J.M. SCHOLZ, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, 1978, que es traducción revisada y con un incisivo prólogo de M. Peset de los capítulos correspondientes del *Handbuch* dirigido por H. Coing.

⁽⁷¹⁾ Ya suele también contemplarse sin la conveniente distinción: R. GIBERT, *Ciencia Jurídica Española*, Granada, 1972; Ernst HOLTHÖFER, *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal*, en H. COING (ed.), *Handbuch*, II-1 (1977), pp. 103-499; F. TOMÁS Y VALIENTE, *El pensamiento jurídico*, en M. ARTOLA (ed.), *Enciclopedia de Historia de España*, III, pp. 327-408.

⁽⁷²⁾ Para un capítulo significado: B. CLAVERO, *Favor Maioratus. Usus Hispaniae. Moralidad de linaje entre Castilla y Europa*, a publicarse en el volumen XI de la serie *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History* dirigida por H. Coing y Knut Wolfgang Nörr.

⁽⁷³⁾ Otro ejemplo en el que poder esto apreciarse: B. CLAVERO, *Enfiteusis. ¿qué hay en un nombre?*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 56, 1986, pp. 467-519. Por el carácter de estas páginas se entenderá el continuo recurso a trabajos propios.

una serie de territorios peninsulares, comenzándose por los de la propia Corona castellanoleonese, Galicia incluida. Se salvan Vizcaya, Guipúzcoa y Alava dentro del reino castellano, Navarra en el seno de la misma Corona, aquéllos que habían formado la Corona de Aragón, esto era en la Península, Aragón, Cataluña y Valencia, y finalmente, durante su tiempo de unión, entre 1580 y 1640, Portugal. Ya había territorios con exigencias de titulación propia que realmente impedían, si quería comprendérseles, la de España.

Los territorios más diferenciados no admitían realmente otra capitalidad que la propia. Capital ni título de España realmente cabían. Mediante constituciones o leyes de Cortes catalanas se había establecido en 1283 que los príncipes: «tam in litteris quam cartis et sigillis nostris scribamus nos et successores nostri Comitum Barchinonensium», o en la lengua propia «Comte de Barcelona», condado y ciudad capitales del Principado de Cataluña; y esto se hacía a continuación y entre otras disposiciones que garantizaban la distinción jurídica del propio territorio catalán ⁽⁷⁴⁾.

Las recopilaciones catalanas comenzarán por su propia lección de historia: «Epítome de la Genealogia dels Comtes de Barcelona, axi dels que foren abans ques fes la unio de dit Comtat ab lo Regne de Arago, com apres», con un capítulo así de «Comtes de Barcelona» y otro de «Reys de Arago y Comtes de Barcelona», pero ninguno con título acumulado de Castilla ni refundido de España; los monarcas comunes aparecen como particulares, con su propia numeración que no coincide con la castellana ⁽⁷⁵⁾. Es un protocolo nada protocolario. Es el principio de la propia distinción jurídica. El

⁽⁷⁴⁾ B. CLAVERO, *Derecho de los Reinos*, pp. 47-48, *Cataluña en España. El derecho en la historia*, pp. 810-817, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 805-850; VÍCTOR FERRO, *El Dret Públic Català. Les Institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*, Vic 1987, pp. 18-41; JOSEP M^a FONT I RIUS, *Estudi introductorio*, en *Constitucions de Catalunya. Incunable de 1495* (reprint), Barcelona, 1988, pp. XI-CXXXVII (*Textos Jurídics Catalans. Lleis i Costums*, IV-I, sobre cuya empresa reseñas en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 55, 1985, pp. 800-802 y 964-965).

⁽⁷⁵⁾ *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, 1704 (reprint 1973), primer protocolo, siendo este Felipe cuarto el quinto de Castilla o también enseguida de Cataluña, por efecto de la Nueva Planta que habrá de recordarse por supuesto.

mismo Monarca es la cabeza, pero del cuerpo separado de Cataluña⁽⁷⁶⁾; ya lo vimos por esta razón multiplicarse. Del motivo podrá especialmente valerse la jurisprudencia de Cataluña por encontrarse desde época temprana su ordenamiento expresamente integrado en el *ius commune* o éste, el canónico y el civil, efectiva y reconocidamente aceptado en el territorio⁽⁷⁷⁾.

Así concibe las cosas efectivamente la jurisprudencia catalana, práctica y operativa. Cataluña en ella aparece como un *corpus*, el Principado, tan unido a su *caput*, el Monarca, que puede llegar a asumir funciones suyas; hay tal identificación en la *incorporatio* particular y distinta que el mismo ejercicio de los *iura regalia* puede recaer en las instituciones domésticas: «Respublica et Princeps pro uno ponuntur», con equivalencia entre «Status Reipublicae» y «Corona Regia», entre lo que a Cataluña importa y lo que al Príncipe pertenece. La máxima *repraesentatio* de esta *universitas* corresponde simbióticamente al Príncipe y a los estamentos del Principado: «Rex cum curia generali» o Cortes catalanas; pero, en el seno de una gran Monarquía, alejado el primero y enrarecidas sus reuniones con las segundas, la propia asunción material de atribuciones regias puede realizarse por instituciones más ordinarias del mismo territorio: la «Domus Deputationis», Diputación o Generalitat de los mismos estamentos de Cataluña. Y la Audiencia o *Senatus* de Barcelona también ejercía un grado superior de justicia por identificación con el Príncipe⁽⁷⁸⁾. No es sólo cuestión de teoría.

No hay capital ni centro. La cabeza es de hidra y los miembros no lo son de un solo cuerpo. Tampoco forman una constelación heliocéntrica. Puede decirse que se ha reconstruido la *antiqua Corona*

⁽⁷⁶⁾ B. CLAVERO, *Cataluña como persona, una prosopopeya jurídica*, a publicarse en el mencionado Homenaje a J. Lalinde.

⁽⁷⁷⁾ José BONO, *Historia del Derecho Notarial Español*, I, 2, Madrid, 1982, pp. 39-47; J. LALINDE, *El Derecho Común en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón*, en A. PÉREZ MARTÍN (ed.), *España y Europa*, pp. 145-178; A. IGLESIA, *El Cartulario de San Cugat del Vallés: del «Liber Iudiciorum» al «Corpus Iuris Civilis»*, en *Primer Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado*, Bellaterra, 1984, pp. 93-176, *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español*, Barcelona, 1988, II, pp. 347-423.

⁽⁷⁸⁾ Antonius OLIBANUS, *Commentarius ad Usaticum «Alium namque» de iure fisci*, Barcelona, 1600, V, 9, VI, 14, 25, 31 y 34; Johannes Petrus FONTANELLA, *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, ed. Lyon, 1668, 254, 1, y 255, 13.

Hispaniae para significarse enseguida que no hay confusión de partes o ni siquiera reordenación conforme a la comunidad de un órgano. El Monarca, uno, sigue siendo múltiple: «Tanquam Rege Portugaliae et Castellae duo diversi modo considerantur», como también no es una, aun siéndolo, su Corte: «Curia Regia Hispaniae non potest considerari ut universali respectu omnium subditorum qui non fuerint subditi in specie et ratione illius Coronae in qua Regis Curia residet». El mismo uso dual del calificativo español, como castellano y como común, puede enturbiar mas no alterar la situación: la lengua de Castilla se dice *hispanus sermo* pero no por ello su uso se acepta en las comunicaciones de la Monarquía con Portugal (79). Lisboa ya también se concebía como lugar de cabeza (80). Tal es, según feliz expresión de un título de traducción italiana, la *Anatomia delli Regni di Spagna* (81).

Y de otra forma no se representaba su esqueleto la propia Monarquía. Ella misma, encarnándolo, aseguraba su estructura. Como no había derecho ni instituciones realmente comunes, tampoco existía alguna ley o compromiso general de conjunción de los territorios, no sólo particular entre algunos de ellos. Solamente los mismos Monarcas podían ofrecerla: estaba en sus testamentos. Aquí se encuentra el principio de reunión, formulado conforme a la misma pluralidad y diversidad que venimos viendo. Se trata de mantener tan unidos como distintos un conjunto de territorios. La misma titulación oficial de la Monarquía más regularmente lo pregonaba; tampoco dejaba de encabezar solemnemente sus últimas y más francas voluntades (82).

(79) Gabriel PEREYRA, *Decisiones Supremi Senatus Portugaliae*, ed. Lisboa, 1621, 2, *Tractatus de manu regia*, ed. Lyon, 1673, índice inicial de «Resoluções que se tomaram em casos graves e que foram decididos por carta ou alvará de sua Magestade». António Manuel HESPANHA, *L'Espace politique dans l'Ancien Régime*, pp. 503-504, en *Estudos em Homenagem a M.P. Merêa e G. Braga da Cruz*, II, pp. 455-510.

(80) Martim de ALBUQUERQUE, *A consciência nacional portuguesa. Ensaio de história das ideias políticas*, I, Lisboa, 1974, pp. 184-186; A.M. HESPANHA, *L'Espace politique*, p. 45.

(81) De las *Injustas successoens des Reys de Leão e de Castella e izenção de Portugal y Usurpação, retenção, restauração de Portugal* de João Pinto Ribeiro, Lisboa, 1646, dicha traducción, que buscaba su público.

(82) EDITORES VARIOS, *Testamentos de los Reyes de la Casa de Austria*, Madrid, 1982, I, pp. 18-21, II, pp. 32-35, III, pp. 38-41, IV, pp. 14-17, V, pp. 54-59.

Los mismos testamentos utilizaban expresiones como la de *Corona de España* o la de *costumbre y fuero de España* ⁽⁸³⁾. Coronas más constantes son en ellos mismos Castilla, Portugal, Aragón e incluso Navarra; fueros más sustantivos, los de estos otros casos. Respecto a la primera podían seguirse diferenciando las agregaciones de territorios con derecho propio y aun alguno singular que, como el navarro, estaba en teoría incorporado a la propia Corona de Castilla, pero sin el efecto práctico según ya sabemos de someterse a su ordenamiento. Corona de España particularmente resulta una expresión incidental de alcance meramente indicativo. La constitución testamentaria reúne tierras, pero no confunde derechos. La pluralidad de títulos tenía su sentido.

No lo encerraba para todos los casos, pues también se mantenía la titulación plural de los territorios sin derecho propio de la Corona de Castilla alternándoseles además con los de Aragón, pero lo guardaba respecto a los señalados: conservan su ordenamiento de forma que, aun admitiéndose en casos leyes de Castilla, no dejan materialmente espacio a un derecho español. Y esto constaba no sólo interiormente. El espejismo se había entonces despejado. Ya podría contemplarse la diversidad española como un obstáculo para el propio fortalecimiento europeo de la Monarquía; la asimilación de costumbres entre Portugal, Castilla, Vizcaya o Valencia podía presentarse como un imperativo todavía hipotético ⁽⁸⁴⁾. El hecho de la diferencia no se confundía con el deseo de la unión; podía concebirse otra cosa, pero la realidad mandaba. Y las expresiones tampoco engañaban; aunque España se dijera, una monarquía española no había; mejor le casaba, con sus razones religiosas, imperiales y geográficas, el apelativo de Monarquía Católica ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸³⁾ J.A. MARAVALL, *Sobre el concepto y alcance de la expresión «Corona de España» hasta el siglo XVIII*, en sus *Estudios de Historia del Pensamiento Español*, II, Madrid, 1984, pp. 447-464.

⁽⁸⁴⁾ Tommaso CAMPANELLA, *La Monarquía Hispánica*, trad. Madrid, 1982, cap. XX, «España»; L. DIEZ DEL CORRAL, *La Monarquía hispánica en el pensamiento europeo*, pp. 317-326.

⁽⁸⁵⁾ Frances A. YATES, *Astraea. The Imperial Theme in the Sixteenth Century*, ed. London, 1985, pp. 20-28; H.G. KÖNIGSBERGER, *National Consciousness in Early Modern Spain*, en sus *Politicians and Virtuosi. Essays in Early Modern History*, London, 1986, pp. 121-147; Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Iglesia y configuración del poder en la Monarquía católica (siglos XV-XVII)*, en AA.VV., *Etat et Eglise dans la genèse de*

Mas ¿quién atiende para estas cuestiones hoy a títulos, genealogías, protocolos y testamentos? Suele entenderse más reductivamente el derecho. ¿Quién mira a la complejidad de la jurisprudencia? Se prefiere la simplicidad de la ley. ¿Quién considera, a estos concretos efectos, las figuraciones históricas? Se ven como legendarias. Y era la historia entonces también ordenamiento; su leyenda, realmente constitución⁽⁸⁶⁾; por ello no sólo existía la española identificada nuclearmente con la castellana. Había una diversidad que luego la cultura histórica ha perdido y la jurídica tampoco acaba de recuperar⁽⁸⁷⁾. Conviene que sigamos prestando más crédito a la de aquellos tiempos, a su cultura conjunta de historia y derecho.

4. *España citerior y España ulterior.*

En 1552 se publica la recopilación oficial de derecho del Reino de Aragón, sólo de éste y no de toda su Corona que como tal, la aragonesa, contaba con alguna institución común, además del mismo Monarca, pero no con un ordenamiento general⁽⁸⁸⁾. Cada territorio tenía aquí todavía el suyo, al contrario de lo que dentro de España y de la propia Monarquía ya ocurría, con sus excepciones, precisamente tales, en la Corona de Castilla. Pues bien, la compilación aragonesa viene con un prólogo que también aporta su historia⁽⁸⁹⁾. Trae su

l'Etat Moderne, Madrid, 1986, pp. 208-216, «Imperio» y «Monarquía Católica», en Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ (ed.), *Historia de España*, V, Barcelona, 1988, pp. 54-82.

⁽⁸⁶⁾ Con datos, referencias y contrastes españoles, B. CLAVERO, *Historia, Ciencia, Política del Derecho*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 8, 1979, pp. 5-58.

⁽⁸⁷⁾ Pudiendo para la deficiencia significarse la obra no menos acreditada de J.A. MARAVALL, particularmente desde la *Teoría española del Estado en el siglo XVII* (1944) hasta el citado *Estado moderno y mentalidad social*, con su hilo de continuidad: B. CLAVERO, *Tantas Personas como Estados*, pp. 16-20.

⁽⁸⁸⁾ J. LALINDE, *El Vicecanciller y la presidencia del Consejo Supremo de Aragón*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 30, 1960, pp. 175-248, *Virreyes y lugartenientes medievales en la Corona de Aragón*, en *Cuadernos de Historia de España*, 31-32, 1960, pp. 98-172, *La Gobernación General en la Corona de Aragón*, Madrid, 1963; V. FERRO, *Dret Públic Català*, pp. 41-52.

⁽⁸⁹⁾ J. LALINDE, *Los Fueros de Aragón*, Zaragoza, 1976, pp. 107-121; L. GONZÁLEZ ANTÓN, *Las Cortes de Aragón*, Zaragoza, 1978, pp. 157-189; y prólogo reproducido en B. CLAVERO, *Derecho de los Reinos*, pp. 145-153.

leyenda ⁽⁹⁰⁾. No le falta la lección «porque no se ignore cosa alguna de las antigüedades del Reyno» según dice; o por algo que se sobreentiende y ya sabemos. Se comienza por una constitución que así se manifiesta.

Trata el prólogo aragonés del mismo asunto que aquel texto navarro de un primer Fuero de España, sólo que ahora, de una parte, el contenido de la historia se estiliza y, de otra, la atribución ya se limita. Esto se nos dice como «prefación» que quiere poner de relieve los fundamentos del derecho de un reino y no sólo su evolución: que el poder del Rey pudo venir en «la ulterior España» por «drecho de sucession» de la Monarquía visigoda, pero que en «la citerior España», la más cercana a Roma, los orígenes son otros: «Los Aragoneses Conquistadores hizieron leyes con que la tierra y Provincia por ellos ganada, dexada la perfida secta de Mahoma, fuese governada, e instituyeron los Fueros» propios, «de manera que en Aragon primero huvo Leyes que Reyes, con las cuales, aun despues de elegido de entre ellos Rey, vivieron, añadiendo siempre a aquellas las que al Rey y a los del Reyno parecian convenientes».

«Y de aquel Fuero usaron los Navarros», también se añade. Ya está aquí lo que luego reflejarán los *Arcana*: esta historia ya no es de Hispania toda. El fondo del relato es el mismo, pero no tanto su composición. Su sujeto cambia. Lo que antes se atribuía a España, ahora sólo corresponde a una parte suya. Entre 1238 y 1552 algo realmente ha cambiado: las Coronas de Castilla y de Aragón se han unido en una misma Monarquía, incorporándose Navarra ulteriormente a la primera, y en este conglomerado además ocurre que esta otra Corona de Castilla, pretendiéndose cabeza de toda España, impone el poder de la propia Monarquía por encima de fueros e instituciones territoriales. Aquella historia ya representa con su principio de Fuero una resistencia, de una España frente a otra.

Con este principio de Fuero se identifican más particularmente Navarra y Aragón. Sus fueros sustantivos tuvieron en efecto orígenes comunes y contenidos similares ⁽⁹¹⁾, pero en el seno de la Monarquía

⁽⁹⁰⁾ R.E. GIESEY, *If Not, Not*, pp. 64-101, respecto a Aragón.

⁽⁹¹⁾ Mauricio MOLHO (ed.), *Fuero de Jaca*, Zaragoza 1964; J. M^a LACARRA y Martín DUQUE (eds.), *Fueros de Navarra. I, Fueros derivados de Jaca*, Pamplona, 1969-1975; A. PÉREZ MARTÍN, introducción, *Fori Aragonum vom Codex von Huesca (1247) bis zur Reform Philipps II (1547)*, Vaduz, 1979, pp. 1-84, con sus referencias.

no por ello sostuvieron unos mismos planteamientos. Navarra, incorporada a la Corona de Castilla, acentuó como hemos visto su vinculación directa al *ius commune*; el reino de Aragón se venía en cambio caracterizando en el interior de su Corona por un repudio político de este derecho común que se mantuvo además en los tiempos de la Monarquía; en el prólogo de sus Fueros no sólo faltan las consultas a Roma y Lombardía, sino que se da por perdido este derecho: «las (leyes) Romanas abolidas y del todo olvidadas».

Este rechazo responde a unas razones distintas, más bien contrarias, de las vistas en Castilla; se dirige a mantener a distancia el tipo de poder político y judicial de los derechos civil y canónico; había unos fueros que defender y de su defensa se trataba ⁽⁹²⁾. El propio Aragón había tenido su particular proyecto colonial respecto a Valencia, frustrado por la interposición de un derecho valenciano de impulso monárquico ⁽⁹³⁾. La misma coincidencia ulterior con la Corona de Castilla por la reserva frente al reconocimiento del *ius commune* sería sólo tónica, no sustantiva.

La Monarquía que une dinásticamente a España la divide jurídicamente. La imagen que se creara y sigue aún cultivándose de lo primero, estorba la contemplación de lo segundo, mucho más decisivo entonces y a la larga. Y no sólo se trata de que la Monarquía no lograra una integración planteada como imposición del propio poder o como extensión equivalente del derecho castellano; más aún ocurrió. Ante los problemas jurídicos de la integración, llegó a desalentar los propios intentos de construcción jurisprudencial de algún derecho español sobre las bases conocidas de capitalidad de Castilla

⁽⁹²⁾ Esteban SARASA (ed.), *El Privilegio General de Aragón. La defensa de las libertades aragonesas en la Edad Media*, Zaragoza 1984; J. LALINDE, *Situación del derecho romano en el sistema jurídico aragonés en el siglo XVII*, en *Revista de Historia del Derecho*, II-I, 1978, pp. 169-188, *Los derechos individuales en el «Privilegio general» de Aragón*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50, 1980, pp. 55-68.

⁽⁹³⁾ B. CLAVERO, *Derecho de los Reinos*, pp. 31-43; Ana M^a BARRERO, *El Derecho romano en los Furs de Valencia*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 41, 1971, pp. 639-664; Sylvia ROMEU, *Los fueros de Valencia y los fueros de Aragón: «Jurisdicción alfonsina»*, en dicho *Anuario*, 42, 1972, pp. 75-115, *Las Cortes de Valencia en la Edad Media*, en las citadas *Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, II, pp. 543-574; J. LALINDE, *El sistema normativo valenciano*, en el mismo número 42 del *Anuario*, pp. 307-370; Germá COLON y Arcadi GARCÍA SANZ (eds.), *Furs de Valencia*, Barcelona, 197-1978, I, pp. 7-92.

y comunicación de leyes vecinas. El caso que seriamente lo planteó fue el de Portugal, unida dinásticamente sólo en 1580, pero más relacionada jurídicamente desde tiempo medieval ⁽⁹⁴⁾. Este territorio se venía entendiendo, antes y más que Cataluña y Aragón, Hispania o España ⁽⁹⁵⁾.

La unión se impuso con la pretensión de un derecho de sucesión. Era éste un capítulo en el que con anterioridad se tendía a recibir derecho castellano en Portugal, llegando a hablarse incluso de una «consuetudo Hispaniae» en materia sucesoria que «ad Regnum Portugaliae extendenda sit cum sit pars Hispaniae» ⁽⁹⁶⁾; pero, según este ordenamiento, ocurría entonces que la sucesión no se había producido de forma legítima. La jurisprudencia de inspiración monárquica se aplicará a deshacer la comunicación. Hispania no sería una, sino tres ahora, ya desde antiguo: la Tarracense que correspondería a la Corona de Aragón, la Bética que lo haría con la de Castilla, y la Lusitana o Portugal, cada una con su derecho y sin un derecho común ⁽⁹⁷⁾. La misma Monarquía podía verse así en la precisión de acentuar la distinción y cancelar la comunicación; la asimilación jurídica podía reñir con la anexión política ⁽⁹⁸⁾. Según momentos y conveniencias, la propia historia antigua tanto servía por la unidad visigoda como por la división romana ⁽⁹⁹⁾. No hay impulso constante, tampoco de uniformidad.

Separada Portugal, podría aún hablarse en ella de dos Españas, la

⁽⁹⁴⁾ G. BRAGA DE CRUZ, *Il diritto suddidiario nella storia del diritto portoghese*, Milano, 1981 (*Ius Romanum Medii Aevi*, V, 3b), pp. 21-41, original en *Revista Portuguesa de História*, 14, 1975 (*Homenagem ao prof. M.P. Merêa*), pp. 177-316 (pp. 192-213).

⁽⁹⁵⁾ J.A. MARAVALL, *El concepto de España*, pp. 16, 29, 56-57, 73, 92, 110-114, 335, 385, 383 y 521; María da Conceição VILHENA, *Rapports entre le Portugal et la Provence*, Braga, 1984, pp. 140-148.

⁽⁹⁶⁾ Franciscus ALVAREZ DE RIBERA, *Responsum de successione Regni Portugaliae*, Madrid, 1621, I, 1, 8-9 y III, 6, 180-199, con sus autoridades independientes al propio pleito, anteriores incluso a 1580.

⁽⁹⁷⁾ Johannes CARAMUEL LOBKOWITZ, *Philippus prudens Caroli V filius, Lusitaniae, Algarbiae, Indiae, Brasiliae legitimus Rex demonstratus*, Antwerpen, 1639, V, 8, 2, 31.

⁽⁹⁸⁾ B. CLAVERO, *Lex Regni Vicinioris*, pp. 259-262.

⁽⁹⁹⁾ G.E. FRANKENAU, *Themidis Hispanae Arcana*, ed. 1703, pp. 1-12 y 198; ed. 1780, pp. 1-19 y 338, con el capítulo vidigodo como arranque y con la división antigua para la explicación final, la del mapa judicial.

propia y la ajena: «*Duas enim Hispanias geographi agnoscunt*», pudiéndose entonces identificar la ulterior con la primera. Portugal que se dice libre, y la citerior con la segunda, «*residuum usque ad Pyreneos*»⁽¹⁰⁰⁾. El derecho de la primera no ha cambiado sustancialmente ni por la unión ni por la segregación⁽¹⁰¹⁾; puede todavía durante algún tiempo decirse español y comunicarse pacíficamente con el castellano⁽¹⁰²⁾. Las alteraciones militares y políticas no tenían en esto por entonces mayor alcance o no producían de por sí la transformaciones jurídicas que luego, proyectándose Estados, tenderán a presumirse⁽¹⁰³⁾.

Mas la España que se dice residual y entiende sujeta, tampoco ha perdido su división interna; para ella, la que en definitiva queda, la distinción seguirá siendo la de Aragón y Navarra: España ulterior, la castellanoleonese, en la que el poder de la Monarquía en efecto impera; citerior, la catalanoaragonesa y la vasconavarra, en la que prevalece en cambio la norma del Fuero. Y este principio significa aún mucho: no sólo el mantenimiento de un ordenamiento propio, sino también la existencia de unas garantías procedimentales frente a un tipo más expeditivo de poder supraestamental. Aunque a Portugal ya menos le interese, estos otros territorios conservan y ejercitan unos mecanismos de control de la producción y la imposición del de-

⁽¹⁰⁰⁾ Antonius SOUSA DE MACEDO, *Lusitania liberata ab injusto Castellanos dominio*, London, 1645, I, 2, 3-5, II, 3, 13, II, 4, 6-8 y II, 5, 2-6.

⁽¹⁰¹⁾ Es cosa que consta: A.M. HESPAÑHA, *História das Instituições. Epocas medieval e moderna*, Coimbra, 1982, p. 527; Nuno J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes de Direito*, Lisboa, 1985, pp. 221-224. Con el lastre estatista que vendrá apreciándose, manualística hispano-portuguesa o históricamente hispana no hay.

⁽¹⁰²⁾ A. SOUSA DE MACEDO, *Lusitania liberata*, I, 9, 72-83, Juan Caramuel convencido, London, 1642, 4, 26-28 (ed. António CRUZ, *Papéis da Restauração*, I, Porto, 1967, pp. 187-262), *Decisiones Supremi Senatus Iustitiae Lusitaniae et Supremi Consilii Fisci ac Patrimonii Regii*, ed. Lisboa, 1677, XIX, 21, XXI, 12, XXIV, 4, XXX, 1 y CXVI, 5, 15.

⁽¹⁰³⁾ Viene a apreciarse para el mismo caso de la Cataluña finalmente francesa cuya segregación se produce por las mismas fechas: Louis ASSIER ANDRIEU, *Tradition juridique et changement politique: la persistance du droit commun catalan dans la province du Roussillon*, en *Revue Historique du Droit Français et Etranger*, 1986, 2, pp. 205-219; Peter SAHLINS, *The Nation in the Village: State-Building and Communal Struggles in the Catalan Borderland during the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, en *Journal of Modern History*, 1988, 2, pp. 234-263.

recho que especialmente podían hacerse notar en el campo político y en el penal, embarazando al poder monárquico o simplemente exterior y ajeno a la propia estructura corporativa del territorio ⁽¹⁰⁴⁾.

Dos sensibilidades se han formado, la ulterior y la citerior, ultra y citra si quiere decirse. La mentalidad ultra resulta en definitiva la castellana, con su principio de poder y realidad de poderes; citra es entonces la que va de Cataluña a Vascogagadas pasando desde luego por Aragón y Navarra, con sus principios más garantistas y realidades más comunitarias. El choque pudo producirse por la misma presión ultra sobre citra: «Tenga Vuestra Magestad por el negocio más importante de su Monarquía el hacerse rey de España; quiero decir, señor, que no se contente V.M. con ser rey de Portugal, de Aragón, de Valencia, conde de Barcelona, sino que trabaje y piense con consejo maduro y secreto para reducir estos reinos de que se compone España al estilo y leyes de Castilla» ⁽¹⁰⁵⁾. Pero esto también se le proponía a un monarca que entendería entre sus obligaciones la dominación de unos territorios según su propia diversidad, comenzándose por el dominio de la lingüística ⁽¹⁰⁶⁾. La sensibilidad

⁽¹⁰⁴⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho*, cap. XVII-3; J.M. SCHOLZ, *Motiva sunt pars sententiae Urteilsbergründung in Aragón* (16.18. Jahrbundert), en AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, 1977, II, pp. 581-598; José Manuel PÉREZ PRENDES, *Los procesos forales aragoneses*, Granada, 1977; Angel BONET, *Procesos ante el Justicia de Aragón*, Zaragoza, 1982; Jaime CONTRERAS, *La inquisición aragonesa en el marco de la monarquía autoritaria*, en *Hispania Sacra*, 37, 1985, pp. 489-540; AA.VV., *El pactismo en la historia de España*, Madrid, 1980, pp. 47-139; J. LALINDE, *Los parlamentos y demás instituciones representativas*, en *IX Congresso di Storia della Corona d'Aragona*, Napoli, 1978, pp. 103-179, *Vida judicial y administrativa en el Aragón Barroco*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 51, 1981, pp. 419-521; E. SARASA, *Las Cortes de Aragón en la Edad Media*, en *Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, II, pp. 491-542; V. FERRO, *Dret Públic Català*, pp. 332-385; A. IGLESIA, *La creación del Derecho*, III, pp. 592-637.

⁽¹⁰⁵⁾ J.H. ELLIOTT Y FRANCISCO DE LA PEÑA (eds.), *Memoriales y Cartas del Conde-Duque de Olivares. Política interior*, Madrid, 1978-1981, I, pp. 83 y 89-92.

⁽¹⁰⁶⁾ *Historia de Italia por Francisco Guicciardini traducida por Felipe IV*, ed. Madrid, 1889-1890, I, pp. XXV-XXVII, del epílogo que va de primer prólogo. Y existía ya la idea de dominación dulce mediante la lengua: Ricardo DEL ARCO GARAY, *La idea del Imperio en la política y la literatura española* Madrid, 1944, pp. 651-668; Eugenio ASENSIO, *La Lengua compañera del Imperio. Historia de una idea de Nebrija en España y Portugal*, en *Revista de Filología Española*, 43, 1960, pp. 399-413.

citra también era propia de la Monarquía, cabeza de muchos cuerpos.

Dejó de serlo tras perder algunos, no sólo el hispano de Portugal. Mientras que a mediados del XVII unas secesiones se resolvían con la garantía de reintegración del propio derecho, a principios del XVIII se hace con la represalia de su abolición ⁽¹⁰⁷⁾. La padece la Corona de Aragón. Es la famosa Nueva Planta; es la Guerra de Sucesión, europea y peninsular, y su capítulo, sólo a la postre español, de reducción de derechos. Tuvo por parte de la Monarquía una proclamación de principio: «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», pero menos, bastante menos, una consecuencia de realización ⁽¹⁰⁸⁾.

Se produjo en la Corona catalanoaragonesa una supresión de instituciones políticas y, más limitadamente, de ordenamientos propios. Lo mantienen en parte Aragón y, en superior medida, Cataluña, pero bajo la afirmación ya del poder de la Monarquía; suprimidos quedan los mecanismos políticos y procesales de contención del poder monárquico. Aunque tampoco privada de todo su derecho, Valencia sufre la mayor pérdida. Al margen permanece la Corona de Castilla, así territorios como Galicia, pero también fundamentalmente, con su principio de prevalencia de Fuero, con sus instituciones políticas de derecho propio, Navarra y las Provincias Vascondagas, esto era, Vizcaya, Alava y Guipúzcoa ⁽¹⁰⁹⁾.

El cambio es profundo, pero no suficiente para la formación de un derecho español. La Monarquía reivindica su existencia, de un «derecho general de España» como ya veíamos que también se alegaba frente a Navarra, pero se demuestra incapaz de plantearlo y desarrollarlo más allá de los tópicos históricos de la Hispania visigoda y de la Castilla medieval también identificada con España ⁽¹¹⁰⁾. Produ-

⁽¹⁰⁷⁾ B. CLAVERO, *Cataluña en España*, pp. 817-823.

⁽¹⁰⁸⁾ B. CLAVERO, *Derecho de los Reinos*, pp. 187-238, con los textos principales.

⁽¹⁰⁹⁾ Con sus referencias para los diversos casos, también los insulares de Mallorca, Menorca e inicialmente Cerdeña, B. CLAVERO, *Cataluña en España*, pp. 823-832.

⁽¹¹⁰⁾ M. PESET, *Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII*, el *Anuario de Historia del Derecho Español*, 45, 1975, pp. 273-339; B. CLAVERO, *La idea de Código en la Ilustración jurídica*, en *Historia Instituciones. Documentos*, 6, 1979, pp. 49-88, «Leyes de la China». *Orígenes y ficciones de una historia del*

ce realmente mucho derecho durante el siglo XVIII ⁽¹¹¹⁾, con el poder además de introducirlo en los territorios de la antigua Corona de Aragón, pero no se concibe ni establece como un ordenamiento común y homogéneamente español; sólo irregular y desigualmente incide fuera de Castilla, con la persistencia de diversidades. Y de hecho, aunque ahora se empeñe especialmente en renegararlo, la Monarquía como tal se sigue moviendo en el seno y con los medios del *ius commune* ⁽¹¹²⁾.

En 1805 se promulga una voluminosísima *Recopilación de las Leyes de España*, oficialmente así denominada, pero sigue sin haber un derecho español. La recopilación resulta de todo lo anterior o de una parte de ello: se recogen las normas producidas por la Monarquía, con toda su mezcla de derecho castellano y otro de ámbito superior, nunca de España, sin el menor esfuerzo además por revisar e integrar los derechos de otros territorios: Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa, Alava, Cataluña, Aragón, principalmente ⁽¹¹³⁾. Junto al *ius commune*, siguen a estas alturas los *iura propria*, todos españoles y ninguno español, éstos como aquél fuera de la Recopilación española. Sigue la diversidad no sólo en el terreno de las normas, sino incluso en el más elemental de las medidas ⁽¹¹⁴⁾.

La novedad no llega hasta el siglo XIX. Las Constituciones definirán a España, programarán Códigos españoles y establecerán el procedimiento para la producción de un derecho español. Ahí estrictamente nacerá. Dato tan básico difícilmente se advierte con la carga de una historiografía contraria y con la base que la misma histo-

derecho español, en *Studi Saresesi*, 8, 1984 (Sandro SCHIPANI ed., *Cultura Iberica e Diritto Romano*), pp. 349-379, y en el susodicho *Anuario*, 52, 1982, pp. 193-221.

⁽¹¹¹⁾ M. ARTOLA (director), *La legislación del Antiguo Régimen*, Madrid, 1982; Raquel RICO, *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*, 57, 1987, pp. 265-338.

⁽¹¹²⁾ Ejemplo de un capítulo en el que todo ello puede apreciarse: B. CLAVERO, *Amortizatio. Ilusión de la palabra*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 17, 1988, pp. 319-358.

⁽¹¹³⁾ B. CLAVERO, *Derecho de los Reinos*, pp. 239-255, *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, pp. 53-64.

⁽¹¹⁴⁾ B. CLAVERO, *El Código y el Fuero*, pp. 41-47; Pablo LARA IZQUIERDO, *Sistema aragonés de pesos y medidas. La metrología histórica aragonesa y sus relaciones con la castellana*, Zaragoza, 1984.

ria le brinda. Ahora, favoreciéndose el mismo cambio, la operación conjunta se cumple; surge, con el derecho español, *la historia de España* que al pasado lo proyecta ⁽¹¹⁵⁾. Con su dosis de ficción, la realidad de un presente ya refleja. Ciertamente es ahora que se inicia la historia de un derecho español.

5. *Derecho español y Derechos forales.*

La Constitución de 1812 comienza con un título «De la Nación Española y de los Españoles» para seguir con un capítulo «Del territorio de las Españas» cuyo último artículo establece que «se hará una división más conveniente del territorio Español por una ley Constitucional luego que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan». Las determinaciones ya son constituyentes de un derecho español a cuyo propósito también viene una previsión de Códigos: «El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». Para la misma Constitución Cortes sólo las hay Generales, españolas; los mismos particularidades sólo podrán determinarse por leyes comunes.

El primer concepto es de unidad: «La Nación Española es la reunión de todos los Españoles de ambos hemisferios». Por él no comienza la primera Constitución vecina, de 1822, porque lo hace con los derechos individuales de los portugueses; a continuación viene la definición: «A Nação Portuguesa é a união de todos os Portugueses de ambos os hemisférios». Viene un derecho de unas naciones, el español en nuestro caso. La mismas novedades del lenguaje ya las acusan jurídicas desde este primordial extremo del sujeto político del ordenamiento ⁽¹¹⁶⁾. Una es la Nación y uno su Derecho.

⁽¹¹⁵⁾ Extensamente, B. CLAVERO, *Cortes tradicionales e invención de la historia de España*, a publicarse en actas de la última fase (1988) del Congreso del VIII Centenario de las Cortes de León, cuya primera parte corresponde a las citadas *Cortes de Castilla y León en la Edad Media*; la intermedia habrá de ocuparse de la edad moderna, del XVI al XVIII.

⁽¹¹⁶⁾ M^a CRUZ SEOANE, *El primer lenguaje constitucional español (Las Cortes de Cádiz)*, Madrid, 1968, pp. 63-81; Telmo dos Santos VERDELHO, *As palavras e as*

Para esta propia labor de fundación hemos visto que se refería la Constitución española de 1812 a unas adversas circunstancias políticas; no permitieron realmente que un derecho español se fundase bajo ella. Su mismo concepto pluricontinental de España, desde la Península Ibérica hasta las Filipinas pasándose por Latinoamérica, tampoco podrá mantenerse. La España ahora constituida será la peninsular, con la agregación de algunas islas y la exclusión más definitiva de Portugal. No habrá un federalismo ibérico minimamente operativo y tampoco lo será, pese a su base, el español. Ninguna Constitución de las vigentes durante el XIX fue federal. El derecho de España que las Constituciones efectivas programaron era además homogéneo y unitario ⁽¹¹⁷⁾.

Mas el programa constitucional tampoco fue exactamente el realizado. El mismo derecho español comenzó a gestarse, una vez que la Constitución lo había concebido, fuera del sistema constitucional, antes de su establecimiento definitivo. Ocurrió entre 1829 y 1836; entonces se crea una Administración española, de gobierno central y despliegue territorial; se efectúa a dicho propósito la propia división provincial del territorio; se organiza una Justicia bajo un Tribunal Supremo de última instancia sustantiva; se produce una primera codificación en la materia mercantil. Aquí están los verdaderos inicios, aunque sólo todavía tales, de lo que será un derecho español ⁽¹¹⁸⁾. También por ahora, en 1836, es cuando viene formalmente a aceptarse la demarcación peninsular e insular de España ⁽¹¹⁹⁾.

Bajo las Constituciones podrá el derecho español finalmente desarrollarse, con el subsiguiente desplazamiento tanto del *ius commune* como de los *iura propria*. Así se procede con el mismo programa

ideias na Revolução Liberal de 1820, Coimbra, 1981, pp. 197-206; Xavier ARBÓS, *La idea de Nación en el primer constitucionalismo español*, Barcelona, 1986.

⁽¹¹⁷⁾ Para introducción, B. CLAVERO, *Manual de Historia Constitucional de España*, Madrid, 1989; F. TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones, 1808-1978*, Madrid, 1989.

⁽¹¹⁸⁾ La coyuntura no está como tal estudiada; para el capítulo más persistente: Antonio M^a CALERO, *La división provincial de 1833. Bases y antecedentes*, Madrid, 1987, y la reseña de *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 981-985; para el menos: Enrique GACTO, *Historia de la jurisdicción mercantil en España*, Sevilla, 1971, pp. 159-178.

⁽¹¹⁹⁾ ANTONIO REMIRO BROTONS, *Territorio nacional y Constitución*, Madrid, 1978, pp. 26-29.

de la codificación, cubriéndose el capítulo penal; ya no cabrá en éste tampoco distinciones. Pero el desenvolvimiento sufrirá también sus moratorias, produciéndose precisamente respecto al Código Civil. Se abandona durante años el proyecto, pudiendo persistir en su ámbito tanto derecho canónico como derechos territoriales ⁽¹²⁰⁾. Y no sólo es cuestión de una mera supervivencia, sino también de una evolución propia y distinta de estos ordenamientos particulares; algunos, como el catalán, demuestran una notable capacidad de adaptación a unas nuevas condiciones pese a no contar con autonomía ni legislativa ni judicial ⁽¹²¹⁾.

La situación la consagra el propio Código Civil, que llega en 1888. Se abre con un título preliminar «De las Leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación» de sabor y corte napoleónico, con su base de partida de la concepción nacional y legalista del ordenamiento, pero incluyéndose alguna disposición peculiar o realmente excepcional en tal contexto: «Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código». Hay salvedades, como la del propio derecho canónico en el capítulo matrimonial, pero la regla es ésta: en los territorios de fueros se mantiene su derecho civil. Y esto se produce sin que a un tiempo se les capacite con alguna autonomía presente ⁽¹²²⁾.

Salvedad también dice el Código que debe hacerse de sus principios legalistas: «Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino»,

⁽¹²⁰⁾ Pablo SALVADOR CODERCH, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985, pp. 7-133; LuíS CRESPO, *El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el proyecto de Código civil español de 1851*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 95-5, 1987, pp. 654-728; B. CLAVERO, *Código y Registro civiles, 1791-1875*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 14, 1987, pp. 85-102.

⁽¹²¹⁾ B. CLAVERO, *El Código y el Fuero*, pp. 83-154, *Formación doctrinal contemporánea del derecho catalán de sucesiones: la primogenitura de la libertad*, en AA.VV., *La reforma de la Compilación: el sistema successori*, Barcelona, 1985, pp. 9-37; Gary Wray McDONOGH, *Good Families of Barcelona. A Social History of Power in the Industrial Era*, Princeton, 1986, pp. 141-164.

⁽¹²²⁾ B. CLAVERO, *El Código y el Fuero*, pp. 19-40, con sus referencias.

dicho en singular como Nación única; pero la excepción del ahora denominado *derecho foral* ya supone expresamente lo contrario: «sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario». También se especifica que los fueros conservan su sistema de integración por encima del propio Código español: «Regirá tan sólo (el Código) como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas (provincias) por sus leyes especiales» o fueros que podían igualmente ser consuetudinarios. Así también cabía que se mantuviera como *ius proprium* el *ius commune*, con las efectivas posibilidades de evolución contemporánea del mismo *ius civile*. No es sólo que no hubiera un Código Civil estrictamente español; tampoco quedaba en rigor espacio para una doctrina o jurisprudencia española (123).

El Código presentaba esta situación como estable, pero no así unas bases contenidas en la ley de habilitación que sirvió para hacerlo (124); éstas disponían la confección, como leyes complementarias del propio Código, de unos *apéndices* «en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen». Se preveía de este modo la reducción formal del *fuero* en *ley*, particular el uno y general la otra. Mas la secuela no vino tras el Código. Los derechos propios permanecieron con el carácter y la estabilidad que en él se reflejara (125).

El Código Civil era español en el sentido todavía de ecuación con castellano (126), pero ya hay una gran diferencia: el *derecho español* existe, un derecho constitucional, judicial, penal, mercantil, etc. La cuestión resulta entonces la del alcance de la misma permanencia, entre derecho español, de derechos no castellanos, no sólo la de su ámbito territorial, sino también y sobre todo la de su significación

(123) B. CLAVERO, «La Gran Dificultad». *Frustración de una ciencia del derecho en la España del siglo XIX*, en *Ius Commune*, 12, 1984, pp. 91-115.

(124) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los supuestos ideológicos del Código Civil: el procedimiento legislativo*, en AA.VV., *La España de la Restauración*, Madrid, 1985, pp. 369-399, y ahora en sus *Códigos y Constituciones*, pp. 81-109.

(125) Para los dos casos al efecto principales como ahora veremos, mejor abordado sin término de comparación el primero, P. SALVADOR CODERCH, *La Compilación y su historia*, pp. 137-174 y 288-291; F. SALINAS QUIJADA, *Estudios de Historia del Derecho de Navarra*, pp. 421-495.

(126) Encarna ROCA TRÍAS, *La Codificación y el Derecho Foral*, en *Revista de Derecho Privado*, 1978, 4, pp. 596-642.

formal. Los territorios forales ni siquiera se preocupa de determinarlos el Código; los ha dejado también indicados la ley de bases: «Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y Provincias Vascas». Puede echarse de menos particularmente a Valencia, que no se ha recuperado de la Nueva Planta.

Ahora se consolidará el uso de hablarse como *derecho común* del español, comprendiéndose el castellano; el resto son los *derechos forales*. A tal concepto respondía la misma idea de los apéndices al Código. Pero exactamente y respecto a todos los derechos no castellanos, no es común el de España. Con su propia capacidad de integración más sistemática en base al que se dice derecho supletorio, todavía el *ius canonicum* y el *civile*, algunos ordenamientos civiles podrán escapar al planteamiento. Ahora cobra relieve el hecho de que se haya aceptado expresamente en el pasado la vigencia del *ius commune*; por haberlo hecho, Cataluña y Navarra pueden encontrarse en esta posición más exenta en cuanto al derecho civil ⁽¹²⁷⁾.

Y no sólo era cuestión de territorios. Lo era antes de principios estructurales del ordenamiento. El derecho que se dice foral se reconoce expresamente en materia civil, pero tal reconocimiento no limita sus efectos a una sola rama. No hay consecuencias en otras, como pudiera ser en la constitucional de pasarse a un régimen de autonomías regionales, pero existen implicaciones para todas o respecto al sistema que forman: no impera la ley o el derecho nacional; puede hacerlo la práctica regional. Hay una situación de autonomías jurídicas ininterrumpidas sobre las que podrán plantearse unos nacionalismos plurales y su correspondiente rectificación constitucional ⁽¹²⁸⁾.

⁽¹²⁷⁾ E. ROCA TRÍAS, *El Código Civil como supletorio de los Derechos Nacionales Españoles*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1978, 2, pp. 227-286, *El Código Civil y los Derechos Nacionales, en especial el Derecho Civil catalán*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, 3, pp. 7-59, *El Derecho Civil catalán en la Constitución de 1978. Estudio comparativo del tratamiento de los derechos civiles españoles en las distintas Constituciones y en la vigente*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, 1, pp. 7-36.

⁽¹²⁸⁾ Jordi SOLÉ TURA, *Catalanismo y revolución burguesa*, Madrid, 1974; J.A. GONZÁLEZ CASANOVA, *Federalisme i autonomia a Catalunya (1868-1938)*, Barcelona, 1974; Juan J. TRÍAS VEJARANO, *Almirall y los orígenes del catalanismo*, Madrid, 1975; Juan J. SOLOZABAL, *El primer nacionalismo vasco*, Madrid, 1975; Antonio ELORZA, *Ideologías del nacionalismo vasco, 1876-1937*, San Sebastián, 1978; Javier CORCUERA, *Orígenes, ideología y organización del nacionalismo vasco (1876-1904)*, Madrid, 1979;

Las Constituciones han creado a España, pero no han cancelado las dos Españas, ulterior y ceterior. La dualidad podrá incluso bajo ellas acentuarse precisamente porque no la atienden. El derecho español aún responde al planteamiento ultra que presume la unidad y provoca la diversidad. Con ello se alimenta todavía más una ficción que encubre realidades. La historiografía ya suele presentar un constitucionalismo unitario o toda una codificación de planta uniformista que luego, el uno como la otra, optarán por alternativas regionalistas, las cuales a su vez aparecerán como desligadas de su tiempo histórico o sólo ideológicamente conectadas con el mismo. La historia es todavía otra, jurídica y no sólo políticamente, de más de una España ⁽¹²⁹⁾. ¿Cómo reconstruirla? ¿Cómo, si se prefiere y con ello no se entienden las invenciones contrarias, recuperarla?

6. *Los últimos Fueros de España*

Los casos navarro y vascongados, o el caso vasco que más en general puede decirse, no están agotados todavía. Al contrario que todos los otros territorios, llegaron a la época constitucional con su propia organización política; dada además la situación excepcional en la que venían quedándose, han fortalecido tanto el principio de prevalencia de sus fueros interiores como los mecanismos de contención y supervisión de los poderes exteriores. Particularmente las Vascongadas, parte en principio de Castilla, pueden aparecer ahora en la posición más singularizada y exenta ⁽¹³⁰⁾.

Las Vascongadas no habían originariamente constituido un territorio de derecho propio, produciéndose como dijimos su diferenciación en el interior del castellano. No contaron con las posibilidades de afirmación jurisprudencial que hemos visto en casos como el

Ramón MÁIZ, *O rexionalismo galego: Organización e ideoloxía (1886-1907)*, La Coruña, 1984.

⁽¹²⁹⁾ B. CLAVERO, *Cataluña en España*, pp. 833-850, *Fueros Vascos. Historia en tiempo de Constitución*, Barcelona, 1985, pp. 64-73.

⁽¹³⁰⁾ Emiliano FERNÁNDEZ DE PINEDO, *Crecimiento económico y transformaciones sociales del País Vasco, 1100-1850*, Madrid, 1974, pp. 337-349 y 466-470; P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *La crisis del Antiguo Régimen en Guipúzcoa, 1766-1833: cambio económico e historia*, Madrid, 1975, pp. 140-167, 262-278 y 319-372.

de Cataluña o el de Portugal; su Monarca era el de Castilla como su Audiencia una de las castellanas; no podían representárselos en cuanto tales como propios y distintos. Podían insistir en los títulos menores de señorío que le correspondía en su tierra a la Monarquía; podían también conseguir que sus representantes superiores participasen de los honores de magistrados de Audiencia, pero no podían tener ni un Senado supremo ni un Monarca titulado particulares o privativos ⁽¹³¹⁾.

Pese a todo la diferenciación se había acentuado, aprovechándose incluso posibilidades de un derecho castellano. En éste, al imponerse desde los siglos bajomedievales la ley de la Monarquía, se había hecho excepción de un fuero de nobleza; durante la edad moderna los vizcaínos y otros vascos aparecen reivindicando con éxito la condición étnica de nobles, con sus fueros que así prevalecen también desde una óptica castellana ⁽¹³²⁾. A los mismos efectos prácticos, se conservan y potencian mecanismos y recursos del propio ordenamiento castellano, con un sentido y una capacidad de prevalencia y defensa del fuero propio que allí, en Castilla, se habían perdido ⁽¹³³⁾. La diferencia persistente de cultura, mayor que en ninguna otra zona, también ha abonado el terreno jurídico, a través a menudo de la figuración histórica que sabemos de alcance más constitucional ⁽¹³⁴⁾.

⁽¹³¹⁾ B. CLAVERO, «A manera de Vizcaya». *Las instituciones vascongadas entre Fuero y Constitución*, a publicarse en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, 58, 1988.

⁽¹³²⁾ ALFONSO DE OTAZU, *El «igualitarismo» vasco: mito y realidad*, San Sebastián, 1973; G. MONREAL, *Anotaciones sobre el pensamiento político tradicional vasco en el siglo XVI*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50, 1980, pp. 971-1004, *Incidencia de las instituciones políticas de Alava en el pensamiento político de los alaveses de las Edad Moderna*, en el mismo *Anuario*, 54, 1984, pp. 613-638.

⁽¹³³⁾ B. GONZÁLES ALONSO, *La fórmula «Obedézcase pero no se cumpla» en el derecho castellano de la Baja Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50, 1980, pp. 469-487; RICARDO GÓMEZ RIVERO, *El pase foral en Guipúzcoa en el siglo XVIII*, San Sebastián, 1988.

⁽¹³⁴⁾ ANDRÉS DE MARAÑICUA, *Historiografía de Vizcaya (desde López de Salazar a Labayru)*, Bilbao, 1973; ANTONIO TOVAR, *Ideologías de la lengua vasca*, Madrid, 1980; JON JUARISTI, *El linaje de Aitor. La invención de la tradición vasca*, Madrid, 1987, y reseña en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 1010-1013; IDOIA ESTORNÉS ZUBIZARRETA, *La Sociedad de Estudios Vascos. Aportación de Eusko Ikaskuntza a la Cultura Vasca (1918-1936)*, Vitoria, 1983.

Son historias y mecanismos ajenos a los afectados por la Nueva Planta. La debilidad ha podido ulteriormente devenir fortaleza. El eclipsamiento de la jurisprudencia del *ius commune* que ya durante el XVIII hace que vayan perdiendo relieve las ideas de autonomía o verdadera independencia jurídica con aquellas figuras de multiplicación e identificación entre rey común e instituciones propias, no afecta a la posición de la zona vasca. La afirmación como español de un derecho castellano no altera en sí las facultades de los territorios vascongados. Llegan a la época constitucional con esta distinción que, operando en el seno del derecho de una Castilla que se predica España, igual podrá entenderse operativa ante la constitución final de ésta última.

A la vista de las Constituciones pudiera en todo caso pensarse que esto ha tocado a su fin; no había en ellas previsiones de alguna entidad federal. Pero la realidad fue otra. Cuando comenzaron realmente a echarse los cimientos de un derecho español, allá como decíamos por los años treinta del pasado siglo, estos territorios vascos estaban en rebeldía ⁽¹³⁵⁾. Su contumacia les mantenía al margen de dicha misma fundación. Y la reintegración ya fue condicionada. La guerra se liquidó en 1839 mediante un acuerdo militar de conservación de fueros que una ley pasó a formalizar: «Se confirman los fueros de las provincias Vascongadas y de Navarra, sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía» ⁽¹³⁶⁾.

Estos fueros eran ante todo políticos, con sus instituciones propias, mas no se les ofreció alguna cobertura constitucional. La misma ley de confirmación sólo preveía nuevas leyes ordinarias en orden a «la modificación indispensable que en los mencionados fueros reclama el interés de las mismas (provincias) conciliado con el general de la Nación y de la Constitución de la monarquía». Los proyectos habían de elaborarse «oyendo antes a las provincias Vascongadas y a Navarra». Con ésta se llegó a un acuerdo; no con aquéllas. La

⁽¹³⁵⁾ José EXTRAMIANA, *Historia de las Guerras Carlistas*, San Sebastián, 1979, I, pp. 123-136; Julio ARÓSTEGUI, *El carlismo y los fueros vasconavarros*, en AA.VV., *Historia del Pueblo Vasco*, San Sebastián, 1979, pp. 71-135; M^a C. MINA APAT, *Fueros y revolución liberal*, pp. 111-173.

⁽¹³⁶⁾ M^a C. MINA APAT, *Fueros y revolución liberal*, pp. 174-206; B. CLAVERO, *Fueros vascos*, pp. 18-27 y 74-80.

segunda aceptó la desaparición de sus instituciones políticas; no las primeras ⁽¹³⁷⁾.

Tampoco quedan las instituciones vascongadas como unas meras reliquias en vías de extinción. Pueden comenzar también a evolucionar trabajosamente en su caso hacia un horizonte de Parlamentos y Gobiernos propios, de cada uno de estos territorios, Vizcaya, Guipúzcoa y Alava ⁽¹³⁸⁾. Su fin, avanzado el siglo, llegará de otro modo, también mediante guerra pero de conclusión no negociada; así perece, en 1876, la organización política vasca ⁽¹³⁹⁾. Pero tampoco por ello desaparece todavía enteramente un fuero o derecho propio político.

La ley que en dicho año formaliza la abolición deja el asunto planteado en unos términos más expeditos, sin requerimiento de nuevas leyes: habilita al Gobierno para que, «con audiencia de las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya» y sólo «dando en su día cuenta a las Cortes», efectúe «todas las reformas que en su antiguo régimen foral lo exijan así el bienestar de los pueblos vascongados como el buen gobierno y la seguridad de la Nación». Ahora sin cobertura tampoco legal se entra en una fase de composición entre el Gobierno central y unas instituciones vascas de régimen en principio común pero en definitiva especial. Con un desarrollo limitado de su ley de adaptación de fueros, Navarra también se encontrará en esta situación ⁽¹⁴⁰⁾.

El resultado, nunca formalizado en norma alguna, encauzado por una práctica sustancialmente federal que podía así seguirse entendiéndolo como foral, todavía era el de una notable autonomía en

⁽¹³⁷⁾ M^a C. MINA APAT, *Fueros y revolución liberal*, pp. 206-223; Mercedes VÁZQUEZ DE PRADA, *Negociaciones sobre los Fueros entre Vizcaya y el poder central, 1839-1877*, Bilbao, 1984.

⁽¹³⁸⁾ Alfredo HERBOSA, *Los intentos de adaptación de las instituciones forales vizcaínas al Estado liberal (1833-1870)*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 13, 1985, pp. 45-73; José M^a PORTILLO, *Los poderes locales en la formación del régimen foral. Guipúzcoa (1812-1850)*, Bilbao, 1987; Joseba AGIRREAZKUENAGA, *Vizcaya en el siglo XIX: las finanzas públicas de un Estado emergente*, Bilbao, 1987.

⁽¹³⁹⁾ J. EXTRAMIANA, *Guerras Carlistas*, II, pp. 127-299; Vicente GARMENDIA, *La ideología carlista (1868-1876). En los orígenes del nacionalismo vasco*, San Sebastián, 1984.

⁽¹⁴⁰⁾ B. CLAVERO, *Fueros Vascos*, pp. 28-54 y 80-92.

relación con el régimen común que podía decirse español ⁽¹⁴¹⁾. Aparte de que también aquí tuviera su aplicación la excepción foral del Código Civil, tampoco todo el derecho público general entraba en vigor en la zona vasca. La autonomía particularmente se concretaba en el terreno administrativo, pero sus implicaciones eran superiores, de alcance materialmente constitucional, como podrá efectivamente constatarse en el momento de la rectificación por parte de Constituciones de inspiración y realidad menos ficticias ⁽¹⁴²⁾.

No había un Código Civil español y no hay tampoco un Derecho Español singular y único. Ya existe este derecho, pero también otros en la misma España. ¿Quién los atiende fuera de ella? ¿Quién lo hace fuera incluso de los interesados? ¿Quién consideraba el derecho navarro en el panorama europeo del *ius commune*? ¿Quién considera el derecho vasco en una historia constitucional de Europa? Ya se sabe: ésta se compone como aquélla se construye, no de derechos, sino de Estados.

⁽¹⁴¹⁾ Javier REAL CUESTA, *El carlismo vasco, 1876-1900*, Madrid, 1985, pp. 33-44; Luis CASTELLS, *Modernización y dinámica política en la sociedad guipuzcoana de la Restauración, 1876-1915*, Madrid, 1987.

⁽¹⁴²⁾ B. CLAVERO, *Los Fueros de las Provincias Vascas ante la Autonomía de la República Española*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 15, 1986, pp. 51-65, *Del principio de salvedad constitucional del derecho histórico vasco*, en *Revista de Estudios Políticos*, 37, 1984, pp. 7-23; Virginia y Carlos TAMAYO SALABERRÍA (eds.), *Fuentes documentales y normativas del Estatuto de Gernika*, Vitoria 1981, *Génesis de la Ley de Territorios Históricos (Fuentes documentales)*, San Sebastián, 1985.

BENJAMIN GONZALEZ ALONSO

DERECHO E INSTITUCIONES EN LA CASTILLA
DE LOS AUSTRIAS: NOTAS SOBRE SU CONSIDERACION
POR LA RECIENTE DOCTRINA HISTORICO-JURIDICA
ESPAÑOLA

Los organizadores de este *Incontro* me requieren para que exponga cómo ha abordado la historiografía jurídica española el estudio del orden jurídico y de las instituciones políticas de la Monarquía hispánica de la Edad Moderna. Esto es, para que describa no los fundamentos y el contenido de dicho orden jurídico e institucional, sino de qué modo lo han analizado los historiadores españoles del Derecho.

De acuerdo con ese encargo no voy, pues, a desbrozar aquí un capítulo de nuestra historia jurídica. Pero tampoco me propongo hilvanar la consabida serie de observaciones metodológicas (a menudo pretenciosas y casi siempre inútiles), ni mostrar exhaustivamente el panorama de lo que en el campo del Derecho e instituciones modernas ha laborado la reciente historiografía jurídica española (para eso están los repertorios bibliográficos). El único objeto de las páginas que siguen consiste en señalar y comentar brevemente los aspectos a mi juicio más significativos de lo que los historiadores españoles del Derecho han escrito a lo largo del último trentenio sobre el orden jurídico y el régimen político hispánico de los siglos modernos.

Consideraré, por tanto, el tratamiento dispensado por la literatura especializada de las pasadas décadas al Derecho y al régimen político de la Monarquía hispánica; a uno y a otro porque, habida cuenta de su estrecha conexión, su examen conjunto redundará en un mejor entendimiento de ambos. Ya se comprobará hasta qué punto la idea que los distintos historiadores se han formado del De-

recho moderno condiciona y a la vez resulta tributaria de su concepción del sistema político coetáneo, y viceversa.

No se me oculta que, en rigor, la exposición debería recorrer la vasta y dislocada geografía de la Monarquía hispánica en el curso de la Edad Moderna, a pesar de lo cual razones fáciles de imaginar aconsejan poner el acento en la Península, y más concretamente en la Castilla de los Austrias. Así lo imponen las limitaciones del estado de la investigación a que me referiré más adelante y que, advirtámoslo desde ahora, no son fruto del azar. Es innegable que fue allí (y entonces) donde el acontecer histórico alcanzó mayor densidad, confluyeron fenómenos de más grueso calibre y se acumularon las transformaciones jurídicas e institucionales que, sin duda por todo ello, han concitado en mayor grado la atención de los estudiosos y merecido, consecuentemente, publicaciones más copiosas. Circunstancias de diversa índole arrastraron a Castilla a la posición central del conglomerado de la Monarquía y le confirieron un evidente protagonismo. No es que la historia castellana fuese más importante — cuestión que para el historiador roza el sinsentido —, pero sí más abigarrada e intensa. Mairena hubiera dicho que en la Corona de Castilla pasaron más cosas, y ese «pasar más cosas» ha generado a su vez una producción historiográfica comparativamente más voluminosa. Así de sencillo y así de comprensible.

Hay que añadir, por último, que en esta aproximación al sector mencionado de la historiografía jurídica española tendré en cuenta no sólo, como es natural, los estudios y monografías más ilustrativas o relevantes, sino además el tenor de los manuales y obras generales, que a mi modo de ver han desempeñado en nuestra reciente Historia del Derecho un papel extraordinariamente destacado. Es discutible si debería haber sido así. «Se ha dado — escribe Peset, y su opinión me parece perfectamente legítima — excesiva importancia al manual, hasta el punto de orientar desde estas visiones generales la historiografía jurídica de España» ⁽¹⁾. Mas, con independencia de lo

⁽¹⁾ M. y J.L. PESET, «Vicens Vives y la historiografía del Derecho en España» (en *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt am Main, 1977), p. 252. He aquí otras síntesis y balances historiográficos a los que desde ahora remito al lector interesado en la materia: J. LALINDE, «La dernière décennie dans l'historiographie juridique espagnole» (en *Annales de la Faculté de Droit et des sciences économiques de Toulouse*, XVIII, 1970); F. TOMAS Y VALIENTE, «La historiografía jurídica en la Europa continental

que a juicio de cada cual debiera haber sucedido, lo incontestable es que de hecho el manual ha sido con frecuencia para los historiadores españoles del Derecho mucho más que el libro que, según leemos en el Diccionario de la Academia, «compendia lo más substancial de una materia». En ocasiones el manual ha ido por delante de la investigación monográfica (compensando su raquitismo), y ha sido el vehículo de instrumentación de nuevos planteamientos o de introducción de nuevas cuestiones, llegando a veces a invadir el ámbito propio de las monografías y a suplantarlas. Por eso los manuales constituyen para los historiadores españoles del Derecho otros tantos puntos de referencia verdaderamente inestimables y no se puede prescindir de su consulta.

* * *

Muchas veces se ha destacado el hecho de que a fines de la década de los cincuenta la historiografía jurídica permanecía en España, al igual que en otros países europeos con análoga tradición cultural, anclada en el medievalismo que la había caracterizado desde sus orígenes ⁽²⁾. Muy escasos eran los artículos, y aún más las monografías extensas dedicadas al estudio del Derecho y de las instituciones pos-medievales, y tampoco las exposiciones de conjunto de la historia jurídica española entonces más frecuentadas concedían idéntico relieve a la evolución del Derecho en los tiempos modernos y en los períodos anteriores.

Se debe recordar, por otra parte, que tales exposiciones generales ni abundaban ni eran demasiado recientes, según correspondía a la atonía intelectual del momento y a la debilidad de los impulsos verdaderamente renovadores. No obstante, quienes desearan aproximarse a la historia del Derecho español disponían en los años cincuenta de dos libros rigurosos y fiables. Me refiero, claro es, al *Curso*

(1900-1975)» (en *Historia. Instituciones. Documentos*, 5, 1978); J. SCHOLZ, «Acerca de la Historia del Derecho en España y Portugal» (en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 550, 1982); P. MOLAS RIBALTA, «Veinticinco años de historiografía sobre el Estado moderno» (Prólogo al vol. XVII del *Índice histórico español*, Barcelona, 1984).

(2) Así lo han puesto de manifiesto LALINDE, *La dernière décennie...* cit., p. 367; PESET, *Vicens Vives y la historiografía...* cit., p. 186; SCHOLZ, *Acerca de la Historia...* cit., p. 633.

de *Historia del Derecho* de Galo Sánchez, cuyas primeras ediciones se remontaban a los años veinte ⁽³⁾, y al *Curso de Historia del Derecho español* de Alfonso García-Gallo, aparecido en 1946 y que pronto obtuvo considerable difusión ⁽⁴⁾.

Pese a la enorme pobreza del estado de la investigación, ambos libros dedicaban al Derecho de la Edad Moderna una parte diferenciada, más rica de contenido de lo que habría cabido esperar, en la que sus respectivos autores esbozaron con acierto las líneas principales de la evolución de los ordenamientos españoles en los siglos XVI a XVIII. Vale, pues, la pena que revisemos las páginas correspondientes de esos dos antiguos y sólidos manuales, punto de partida inexcusable de la exploración del sector de la Historia del Derecho español al que nos proponemos atender.

En el *Curso* de G. Sánchez, circunscrito a la exposición de las fuentes histórico-jurídicas, la parte del león correspondía al Derecho medieval. Sin embargo, la ulterior e inevitablemente más sucinta Sección Sexta del libro estaba dedicada por entero a reseñar los avatares de nuestro Derecho a lo largo de la etapa que comenzó al iniciarse «la aplicación de la imprenta a la publicación de los textos legales» y perduró «hasta los albores del siglo XIX»; en el período, en suma, del «denominado antiguo régimen o monarquía absoluta» ⁽⁵⁾. G. Sánchez se hace eco del desvanecimiento de los ordenamientos locales heredados del medioevo; de la acentuación de la tendencia a la unificación jurídica; de la intensificación de la actividad legislativa regia; de la elaboración de las recopilaciones; del apogeo de la doctrina jurídica y de la «formación romanista de los jurisconsultos», producto del cultivo exclusivo del *utrumque ius* en las universidades de la época. Es decir, delinea con su proverbial sobriedad y sencillez el contorno del Derecho moderno sin omitir, salvo error o

⁽³⁾ R. GIBERT, en las páginas antepuestas al *Curso* cit. en ulteriores reimpressiones, data la primera edición, «en forma de sencillos apuntes litografiados, en Barcelona, hacia 1925». La más antigua a que he tenido acceso, titulada *Apuntes de Historia General del Derecho según las explicaciones del Catedrático de la asignatura en la Universidad de Barcelona* y todavía litografiada, es de 1930. La última edición (por la que cito), revisada por J.A. Rubio Sacristán, es la décima, publicada por Editorial Miñón en Valladolid en 1980.

⁽⁴⁾ La quinta edición (por la que citaré) del Tomo primero, único que aquí interesa, se publicó en Madrid en 1950.

⁽⁵⁾ *Curso...* cit., pp. 137 ss.

inadvertencia por mi parte, nada esencial. Como G. Sánchez no ignoraba — y así lo escribió en otra ocasión — que «desde que la Reconquista se inicia, hasta los albores del siglo XIX, no se puede hablar de derecho español, y sí más bien de derechos españoles» (6), a continuación registró por separado las incidencias del proceso recopilador en cada uno de los reinos y territorios hispánicos, dedicando, por último, sendos apartados al Derecho Indiano y a la «literatura jurídica».

El *Curso* de García-Gallo, concebido con criterios más ambiciosos, abarcaba, como indica su subtítulo, la Historia «de las bases de formación del Derecho, de las fuentes y del Derecho Público». Para García-Gallo la Edad Moderna fue la época de «consolidación y expansión del Derecho español», en la que la crisis de los fueros municipales coincidió con el desarrollo del Derecho legal de creación regia, la realización de las recopilaciones, la afirmación de la tendencia a la unificación jurídica, la difusión de la influencia del Derecho común y su «lucha con el Derecho nacional» (7).

Con independencia de la desigual riqueza de información y de las imaginables variantes expositivas — numerosas y muy acusadas —, la imagen del Derecho moderno que ambos libros contribuyeron a fijar era idéntica en lo fundamental; constaba de una serie de rasgos que se han revelado sumamente resistentes al paso del tiempo y han resultado vinculantes para la doctrina posterior, con contadas excepciones. Retengamos, entre ellos, la consideración de la Edad Moderna como período dotado también a efectos jurídicos de personalidad propia; la implícita atribución al ordenamiento del Antiguo Régimen de una estructura bimembre, dado que el repliegue y gradual desuso de los fueros municipales dejó reducido el Derecho de la época a la dualidad leyes regias — *ius commune*; la atención simultánea a los problemas generados por la permanente expansión del Derecho del rey y por el enorme influjo del Derecho común (que se reproduce merced al sistema de enseñanza jurídica entonces imperante en las universidades europeas); el desinterés (con la salvedad que se menciona a continuación) por el Derecho de aquellos países o

(6) G. SANCHEZ, «El Fuero de Madrid y los Derechos locales castellanos», en *El Fuero de Madrid* (Madrid, 1963), p. 13.

(7) *Curso...* cit., pp. 347 ss.

lugares que, integrados a la sazón en la Monarquía hispánica, rompieron más tarde su vinculación con España; el tratamiento, en fin, de sólo dos ordenamientos especiales, uno por razón de la materia — el Derecho mercantil — y otro por razón del territorio — el Derecho Indiano.

Al filo de 1960 se editaron los primeros fascículos de otra exposición de conjunto en la que García-Gallo pretendía plasmar la orientación que había preconizado años atrás en una resonante conferencia publicada luego con el título de *Historia, Derecho e Historia del Derecho* (8). No se van a analizar aquí los postulados que subyacen al *Manual* ni las novedades que sus páginas aportaron. Importa recordar, empero, la declaración de García-Gallo en el sentido de que el suyo «es ante todo un libro de Derecho» que, nacido «en las aulas de una Facultad de Derecho, trata de Derecho y se ha escrito pensando en los juristas y en quienes aspiran a serlo» (9). El orden expositivo ya no es lineal, como en el *Curso* precedente, lo que permite una presentación más compleja y matizada de la materia. Como García-Gallo emplea para describir la «evolución general del Derecho español» los criterios de periodificación con los que simultáneamente operaban los historiadores, la Edad Moderna aparece en principio perfectamente individualizada como la etapa de «plenitud del derecho nacional». La entidad desde el punto de vista jurídico del período comprendido entre 1474 y 1808 queda, sin embargo, relativamente diluida en el *Manual*. Por un lado, al exponer los sucesivos «sistemas de fuentes» García-Gallo agrupa y contempla conjuntamente el bajo medievo y la Edad Moderna, lo que equivale a postular la existencia entre los siglos XIII y XVIII de un único sistema de fuentes. Por otro lado, García-Gallo divide la Edad Moderna en dos subperíodos a los que denomina «clásico» (siglos XVI y XVII) y «postclásico» (siglo XVIII), respectivamente. La Edad Moderna recibe, por tanto, un tratamiento ambivalente: García-Gallo la individualiza y fragmenta y al mismo tiempo la inserta en una secuencia sensiblemente más dilatada.

Como no podía ser menos, dado que entre tanto el estado de la

(8) En *Anuario de Historia del Derecho español* (en adelante *AHDE*), 23 (1953), pp. 5 ss.

(9) *Manual de Historia del Derecho español*, 2ª ed., por la que cito (Madrid, 1964), pp. IX-X.

investigación no había mejorado lo más mínimo, la caracterización del Derecho moderno presenta por lo demás en el *Manual* escasas novedades respecto de las obras generales anteriores a que sumariamente me he referido. García-Gallo vuelve a subrayar la coexistencia en los siglos modernos de diversos ordenamientos jurídicos — entre los que concede privilegiada y creciente atención al que rigió en las Indias — y resume en último término la trayectoria moderna de los ordenamientos regnícolas peninsulares en tres fenómenos fundamentales: la pérdida de vigencia de los Derechos municipales, el crecimiento de la legislación generada — sobre todo en materias jurídico-públicas — por el «nuevo Estado nacional», y el inmenso «ascendiente del derecho común en el campo (del Derecho) privado, penal y procesal» (ascendiente que a su vez determinaría «una cierta unificación de los distintos sistemas jurídicos»).

Ese «nuevo Estado nacional» al que se alude es, desde luego, otro y distinto del que reiteradamente había asomado en el *Curso*. «Llamamos Estado en un sentido lato a todo grupo organizado que goza de independencia», escribía García-Gallo en 1946, y acto seguido acometía la descripción de «los Estados indígenas» prerromanos ⁽¹⁰⁾. En ninguno de los capítulos del *Curso* dedicados a la evolución del Derecho público en los sucesivos períodos históricos se omitía la mención ritual al Estado; tampoco, claro es, en las páginas que versan sobre la Monarquía moderna, en las que, por cierto, *expressis verbis* se identifica al Estado con la «comunidad política» ⁽¹¹⁾, mientras por otra parte, al tratar del poder real, se da noticia de la aspiración regia «a poseer el poder absoluto, en toda su amplitud, sin coparticiparlo con ningún organismo» ⁽¹²⁾. En el *Curso* cohabitan por consiguiente sendas nociones a cual más amplia del Estado y del absolutismo; aquél equivale a comunidad política independiente, y éste a poder plenario.

El Estado que comparece en el *Manual* ya no es el mismo. «Tan impropio resulta designar como Estado a una sociedad primitiva, como dar el nombre de tribu a la actual», afirma García-Gallo antes de iniciar la exposición de las formas históricas de la sociedad políti-

⁽¹⁰⁾ *Curso...* cit., p. 20.

⁽¹¹⁾ *Ibid.*, p. 392.

⁽¹²⁾ *Ibid.*, p. 403.

ca (13). ¿Cuál es, entonces, la sociedad a cuya organización política procede denominar «Estado»? La de la Edad Moderna. García-Gallo se refiere a las mutaciones que en este orden de cosas se produjeron a partir del reinado de los Reyes Católicos y sitúa expresamente el «origen» del Estado en el siglo XVI, a la vez que lo define como «organización del Poder», añadiendo que «el Estado es la organización misma, no la Comunidad organizada», y que «esta organización, es decir, el Estado, es una creación del monarca y está vinculada a él» (14). También el poder absoluto es objeto en el *Manual* de tratamiento más jugoso y matizado. García-Gallo da cuenta de la generalización de las alusiones al poderío real absoluto en el siglo XV, explora sus relaciones con la soberanía y sintetiza las construcciones al respecto de los juristas (15).

El *Manual* de García-Gallo clausuró una época y al propio tiempo preludivió el comienzo de una etapa distinta, más dinámica y fecunda, en el desenvolvimiento de la historiografía jurídica española, que al principio pausadamente y luego a ritmo cada vez más vivo entró en una fase de indudable expansión.

En efecto, a lo largo de los años sesenta, y sobre todo de los setenta, aumentó el número y se redobló la actividad de los cultivadores de la Historia jurídica, lo que posibilitó el progreso de la investigación, la aparición de publicaciones más abundantes y la multiplicación de manuales progresivamente diversos. Claro que mientras tanto el saber histórico había recuperado buena parte del prestigio que en decenios anteriores le arrebatara las flamantes «ciencias» sociales, en especial la Sociología. La proliferación de tendencias historiográficas, la reformulación de concepciones de la Historia aparentemente novedosas, la consiguiente renovación metodológica, alcanzó también a algunos núcleos de la historiografía jurídica española más permeables a las ideas que circulaban allende los Pirineos; evitó que prevaleciera la situación de monolitismo teórico entonces a punto de consumarse y facilitó, por el contrario, la paulatina propagación de un acusado pluralismo.

Dos fueron, a mi juicio, las corrientes cuya influencia sobre la

(13) *Manual...* cit., ep. 905.

(14) *Ibid.*, eps. 1242 y 1243.

(15) *Ibid.*, eps. 1377 ss.

historiografía española en su conjunto resultó más intensa y cargada de consecuencias: la Escuela de *Annales* y el materialismo histórico. Distantes, gradualmente alejadas hasta el antagonismo (como es sabido), ambas compartían, sin embargo, por distintos motivos ciertas actitudes que, pese a ser muy conocidas, no es ocioso volver a poner ahora de relieve. Así, coincidían en su rotunda e indiscriminada descalificación de la Historia política (no meramente de un determinado modo de entenderla); en su indisimulado menosprecio de la realidad jurídica; en su consideración de la sociedad — de cualquier sociedad — como una totalidad y en el consecuente empeño en la elaboración de interpretaciones no menos globalizadoras; en su insistente proclamación de una Historia omnicompreensiva, «total».

Ya se ha aludido al hecho de que García-Gallo venía propugnando en cambio el repliegue hacia una orientación eminentemente jurídica de la Historia del Derecho, muy difícil de conciliar con los principios y métodos entonces en boga entre los historiadores europeos y que también empezaban a seducir a sus colegas españoles. Algunos historiadores del Derecho tampoco permanecieron inmunes a la fascinación que ejercía la historiografía extranjera, ante todo la francesa, cuyos representantes más cualificados eran, además, excelentes conocedores, cuando no investigadores asiduos, de la historia española, factor añadido que acrecentó su predicamento.

El terreno se hallaba, pues, abonado para el desarrollo del debate al que efectivamente se asistió y en el que, en ocasiones con encono, se discutió la naturaleza del saber histórico-jurídico y la adscripción disciplinar de la Historia del Derecho, su condición de «ciencia» histórica o jurídica. Mientras García-Gallo y sus discípulos enfatizaban la irreductible especificidad del orden jurídico y reiteraban la conveniencia de acentuar el componente jurídico de la Historia del Derecho, se ensanchó el grupo de los iushistoriadores que, desde posiciones inicialmente diversas, se mostraban receptivos a las tendencias historiográficas de moda y al *desideratum* de la Historia «total». Se estaba produciendo, en suma, un giro «storicizzante e anti-formalístico» similar al que Cavanna detectó en su coetánea versión italiana (16).

(16) A. CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana* (Milano, 1983), p. 16.

En el transcurso de aquellos años todavía próximos en el tiempo (aunque al recordarlos se experimente esa sensación de lejanía que de manera indefectible nos asalta al evocar situaciones irremisiblemente caducas), la reivindicación del carácter jurídico de la Historia del Derecho suscitó fuertes críticas y sucesivas denuncias de «juridicismo» y de «formalismo» (17). Simultáneamente menudearon las rendidas adhesiones al ideal de la Historia «total» y no faltaron entusiastas propagandistas de los vínculos de lo económico con lo jurídico. Es agua pasada. El interés por las cuestiones conceptuales y metodológicas ha decrecido y la controversia mencionada ha perdido virulencia y actualidad. A punto de expirar la década de los ochenta, nadie hace ya uso — creo — del tono de fervorosa militancia tan frecuente años atrás. Ultimamente se observa riguroso silencio o, si acaso, se manifiesta cierto desencanto ante el fracaso con que se saldó el intento de tender puentes entre la Historia del Derecho y esa otra Historia que, sin dejar de proclamarse «total», no cesó un solo instante de ignorar obstinada y olímpicamente a aquélla (18).

Es muy probable que la por otro lado tardía recepción en España de las aludidas innovaciones historiográficas hubiera sido más cautelosa y selectiva de no coincidir con el acelerado deterioro de una situación de prolongado y penoso aislamiento cultural y de verdadera indigencia teórica. Casi nada sucede por casualidad y sin dejar huella, y por eso el recorrido que en los años sesenta y setenta llevaron a cabo los sectores más dinámicos de la historiografía jurídica española no fue estéril ni estuvo desprovisto de consecuencias; antes bien, explica, por activa y por pasiva, aspectos muy significativos del ulterior desenvolvimiento de la Historia del derecho en nuestro país. Renovó el aire, permitió atisbar nuevos horizontes y estimuló la incursión de los historiadores del Derecho en ámbitos hasta entonces apenas frecuentados. No me parece fortuito que el estudio del Derecho e instituciones modernas se intensificara en grado muy apreciable precisamente al calor del referido debate. La superación

(17) Cfr., por ejemplo, M. PESET, Prólogo a A. PEREZ MARTIN Y J.M. SCHOLZ, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen* (Valencia, 1978), p. X.

(18) Cfr. F. TOMAS Y VALIENTE, «La huella del Derecho y del Estado en el último libro de F. Braudel» (en *Storia sociale e dimensione giuridica*, Firenze, 1986, pp. 245 ss.). También M. PESET, «Historia de hechos, historia de ideas e historia de instituciones» (en *Homenaje a José Antonio Maravall*, Valencia, 1988, pp. 77-78).

del medievalismo imperante quizá se hubiera producido de todas las maneras, pero con mayor lentitud y, sobre todo, en otro sentido, porque si bien el clima generado por la «nueva» historiografía franquista, como digo, el acceso al estudio de los siglos modernos, no es menos cierto que al mismo tiempo le imprimió ese sesgo inequívocamente «storicizzante» al que también se ha hecho mención. De ahí que tales influencias se revelaran más fecundas a la hora de abordar el examen de las relaciones de las instituciones con el entorno social, que a la de investigar la cara interna y la dimensión técnica del Derecho.

De todos modos, en el curso del período repetidamente señalado el Derecho moderno se ha consolidado en el sector mayoritario de la doctrina como objeto historiográfico definido. Son las menos las obras generales publicadas después de 1960 en las que la exposición de las vicisitudes del ordenamiento jurídico en los siglos de la Edad Moderna no aparece netamente diferenciada de la descripción de la trayectoria medieval de los Derechos hispánicos ⁽¹⁹⁾. A veces se presenta a los siglos XVI, XVII y XVIII como estadio terminal de la sociedad señorial que hundía sus raíces en la Edad Media, pero incluso entonces las centurias mencionadas quedan separadas de las precedentes y son objeto de tratamiento independiente. Igualmente ha adquirido carta de naturaleza en la doctrina la división interna de la Edad Moderna, y por ende la consideración individualizada de la evolución del Derecho en el XVIII.

El tercer rasgo del que participan la generalidad de los estudiosos que han ensayado una aproximación global al Derecho moderno es el relativo al desbordamiento del enfoque puramente erudito y la superación del mero recuento y catalogación de las fuentes de conocimiento ⁽²⁰⁾. Ni siquiera un libro como el de Pérez Martín y Scholz, que contiene la exposición con mucho más pormenorizada y extensa de las fuentes jurídicas del Antiguo Régimen — de mezcla de tratado y repertorio lo ha calificado acertadamente M. Peset ⁽²¹⁾ — puede ser considerado en modo alguno como un catálogo, por rico y detal-

⁽¹⁹⁾ Se encuentra entre ellas la *Historia del Derecho español* de J.M. PÉREZ PRENDES (1ª ed. Madrid, 1973).

⁽²⁰⁾ Aunque tampoco faltan las exposiciones apegadas a tales criterios, como la citada en la nota anterior.

⁽²¹⁾ M. PESET, Prólogo cit. en nota 17, p. XIII.

lado que fuere, ya que abundan en sus páginas los pronunciamientos sobre las cuestiones más controvertidas en relación con los ordenamientos hispánicos de la época moderna ⁽²²⁾.

Aludo a «ordenamientos», a «Derechos», en plural, pero lo cierto es que se dista de haber profundizado en el análisis de los factores que provocaron y alimentaron el evidente pluralismo jurídico de la Edad Moderna, mientras por otro lado se sigue sin conceder atención al Derecho de muchos de los territorios que entonces integraban la Monarquía. La mayoría de los manuales hacen abstracción de los Derechos extrapeninsulares, a excepción del de las Indias. Gibert se ocupa, por el contrario, de los Países Bajos y de los territorios italianos de la Monarquía ⁽²³⁾, a los que también Pérez-Prendes dedica un breve capítulo ⁽²⁴⁾, pero es Lalinde quien ha manifestado superior interés por la proyección jurídica de la Monarquía más allá de nuestras actuales fronteras ⁽²⁵⁾.

Nadie ignora que no era el territorio el único factor de diferenciación jurídica que operaba dentro y fuera de la Península. No hay que encarecer la importancia del privilegio en una época en la que el Derecho consagraba y reproducía sin cesar la discriminación y la desigualdad. Y sin embargo la historiografía jurídica española ha eludido por completo la consideración de un extremo tan trascendental ⁽²⁶⁾. No existe, por ejemplo, un estudio riguroso y solvente sobre el estatuto jurídico nobiliario, acerca del cual se siguen repitiendo lugares comunes sumamente genéricos e imprecisos.

Algo similar cabe agregar respecto de la situación durante la Edad Moderna de los ordenamientos municipales, de los que la doctrina se ha desentendido casi por completo, como si la constancia de

⁽²²⁾ PEREZ MARTIN Y SCHOLZ, *Legislación y Jurisprudencia...* cit., *passim*.

⁽²³⁾ R. GIBERT, *Historia general del Derecho español* (1ª ed., Granada, 1968), pp. 199 ss. y 408 ss.

⁽²⁴⁾ PEREZ PRENDES, *Historia...* cit., pp. 613 ss.

⁽²⁵⁾ Así como, en general, por trascender las orientaciones nacionalistas en la Historia del Derecho, como lo acreditan, entre otras publicaciones de J. LALINDE, las tituladas *La Corona de Aragón en el Mediterráneo medieval (1229-1479)* (Zaragoza, 1979), «La dominación española en Europa» (en *Enciclopedia de Historia de España*, vol. 2, Madrid, 1988) y «Perspectiva europea de la Monarquía hispana» (en *AHDE*, 58, 1988).

⁽²⁶⁾ Cfr., no obstante, las breves páginas de B. CLAVERO, «Derecho y privilegio» (en *Materiales*, 4, 1977).

su indudable deterioro eximiera de la todavía necesaria reconstrucción del proceso que condujo a su postrer desuso. El estudio más útil en torno a esta cuestión continúa siendo el de García-Gallo aparecido en 1958 (27). Publicaciones posteriores de Moreno Casado, Lalinde y Malpica (28), pusieron de relieve la tardía prosecución en el otorgamiento de fueros, bien que de naturaleza bastante diversa a la de los medievales. M.L. Alonso y R. Pérez Bustamante han aducido en fechas recientes casos singulares expresivos de la pervivencia de determinados fueros con posterioridad a 1500 (29), pero se sigue echando en falta una investigación reposada del alcance del particularismo local en la época moderna, que artículos ocasionales (aunque estimables) sobre las ordenanzas municipales de algunas poblaciones no pueden suplir. Los planteamientos ha poco expuestos por A.M. Hespánha muestran un campo tan sugerente como, por desgracia, difícil de aprehender (30).

Pero volvamos atrás. Si, como se ha dicho, los autores se inclinan por atribuir al derecho moderno personalidad propia, ¿dónde sitúan su especificidad? No se puede negar la continuidad de la historia jurídica moderna respecto de la medieval en numerosos e importantes aspectos. Entonces, ¿qué es lo que, a pesar de ello, permite diferenciar a ambas? El Derecho moderno constaba, según la feliz expresión de Gibert, de dos «hemisferios». Es claro que el *ius commune* no permaneció inmóvil y que la doctrina que lo nutría experimentó significativas alteraciones. Sin embargo, no se advierten en la

(27) A. GARCÍA-GALLO, «La crise des Droits locaux et leur survivance à l'époque moderne» (en *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, VI, 1958).

(28) J. MORENO CASADO, *Fuero de Baza* (Granada, 1968); J. LALINDE, «El Derecho castellano en Canarias» (en *Anuario de Estudios Atlánticos*, 16, 1970); A. MALPICA, «El Fuero nuevo en el Reino de Granada y el Fuero de Gran Canaria (Notas para el estudio de la administración municipal)» (en *III Coloquio de Historia Canario-Americana*, I, Las Palmas, 1980).

(29) M.L. ALONSO, «Un caso de pervivencia de los fueros locales en el siglo XVIII. El derecho de troncalidad a fuero de Sepúlveda en Castilla la Nueva a través de un expediente del Consejo de Castilla» (en *AHDE*, 48, 1978); R. PÉREZ BUSTAMANTE, «Pervivencia y reforma de los Derechos locales en la época moderna. Un supuesto singular: el Fuero de Alcalá de Henares de 1509» (en *En la España medieval. V. Estudios en memoria del Profesor Don Claudio Sánchez Albornoz*, II, Madrid, 1986).

(30) A.M. HESPÁNHA, «Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique» (en *Ius commune*, X, 1983).

evolución del Derecho común cambios cualitativos que impulsen al historiador a establecer una línea divisoria entre las dos épocas. La afirmación de Cavanna en el sentido de que la experiencia jurídica moderna no es, en lo que atañe al desenvolvimiento de la jurisprudencia, sustancialmente heterogénea de la medieval, resulta enteramente válida y aplicable a la trayectoria del Derecho en los territorios hispánicos ⁽³¹⁾. Luego la originalidad del Derecho moderno, su peculiaridad frente a los ordenamientos medievales, tendremos que localizarla en el otro hemisferio. Es en el sector de las normas de origen regio donde debió producirse el corte susceptible de justificar el estudio autónomo del Derecho moderno. Implícita o explícitamente, la historiografía jurídica española ha partido de esa base.

Si se revisan las rúbricas que encabezan aquellos capítulos dedicados en las obras generales a la exposición del Derecho moderno, no se tarda en hallar menciones al «período de la recopilación» ⁽³²⁾, o al «Derecho en la época de las recopilaciones» ⁽³³⁾. Otras veces, sobre todo en los manuales presididos por la problemática de la creación del Derecho — aunque no sólo en ellos —, el hecho esencial que vertebra y justifica la consideración diferenciada del Derecho moderno es la emergencia del Estado. Al Estado como «figura particular del Derecho público universal» alude Gibert al tratar del reinado de los Reyes Católicos ⁽³⁴⁾, y múltiples referencias a la nueva forma de organización política se encuentran en las páginas de Tomás Valiente, Alejandro y Escudero ⁽³⁵⁾. Arrollador es el protagonismo del Estado en la por ahora última interpretación de la

⁽³¹⁾ CAVANNA, *La storia del diritto...* cit., p. 17.

⁽³²⁾ J. LALINDE, *Iniciación histórica al Derecho español* (1ª ed., Barcelona, 1970), p. 178.

⁽³³⁾ E. GACTO, J.A. ALEJANDRE, J.M. GARCIA MARIN, *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia del Derecho)* (Madrid, 1982), p. 389.

⁽³⁴⁾ GIBERT, *Historia...* cit., p. 176.

⁽³⁵⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español* (1ª ed., Madrid, 1979), pp. 176 ss., 263 ss., etc.; GACTO, ALEJANDRE, GARCIA MARIN, *El Derecho histórico...* cit., p. 390; J.A. ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas* (1ª ed., Madrid, 1985), pp. 631 ss.

creación del Derecho moderno, la que acaba de ofrecer A. Iglesia⁽³⁶⁾.

No obstante lo anterior, la atención que la historiografía jurídica española ha dispensado al despliegue del Derecho regio en los siglos modernos, a las particularidades de su creación y compilación, es bastante reducida y no ha plasmado hasta la fecha en un manejo de monografías de entidad. El procedimiento normativo y las clases de disposiciones componentes del Derecho regio son dos cuestiones que no han recibido hasta ahora un tratamiento que quepa considerar definitivo y proporcionado a su importancia. A comienzos del XIX nuestro *founding father*, Francisco Martínez Marina, escribió que «definir exactamente» cada uno de los elementos que integraban la abultada tipología de las disposiciones regias sería «obra de un talento metafísico»⁽³⁷⁾, lo que ayuda a comprender que la materia siga pendiente de clarificación satisfactoria... A principios de los cincuenta se aproximó al tema García-Gallo en un extenso trabajo de lectura inexcusable⁽³⁸⁾, y en fechas cercanas lo han replanteado los miembros del llamado Grupo 77⁽³⁹⁾, mientras I. Cabrera Bosch ha realizado el meritorio esfuerzo de abordarlo desde la obligada y nada cómoda perspectiva del procedimiento normativo⁽⁴⁰⁾. Por supuesto, menudean las observaciones de interés en la citada obra de A. Pérez Martín.

Ahora bien, con independencia de la forma que finalmente revisitaran tales disposiciones, ¿cuál era el alcance de la actuación del monarca en la creación de Derecho? ¿Cuáles las diferencias a este respecto, si es que las había, entre los distintos reinos y territorios de la Monarquía? ¿Cuál la intervención, en su caso, de los diversos estamentos? Preguntas fundamentales para las que tampoco se puede decir que dispongamos de respuestas cumplidas, entre otras razones

(36) A. IGLESIA, *La creación del Derecho. Una Historia del Derecho español*, Fasc. 3 (Barcelona 1988), pp. 497 ss.

(37) F. MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación* (ed. Madrid, 1820), p. 211.

(38) A. GARCÍA-GALLO, «La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI» (en *AHDE*, 21-22, 1952).

(39) GRUPO 77, *La legislación del Antiguo Régimen* (Madrid, 1982).

(40) M.I. CABRERA BOSCH, «El poder legislativo en la España del siglo XVIII» (en *La economía española al final del Antiguo Régimen. IV. Instituciones*, Madrid, 1982).

porque la doctrina ha solido conformarse con apreciaciones superficiales o se ha abstenido de encararse frontalmente con dichas cuestiones. La relectura de los trabajos más destacados confirma la impresión de que la historiografía jurídica española oscila aquí entre dos formulaciones extremas: entre la interpretación bipolar de Lalinde, que desde 1966 viene sosteniendo la coexistencia de dos actitudes rigurosamente contrapuestas ante la creación del derecho en las Coronas de Castilla y de Aragón ⁽⁴¹⁾, y la concepción reciente y rotundamente expuesta por A. Iglesia, según la cual el monarca se afirmó en todos los reinos peninsulares como verdadero soberano y su posición fue, por tanto, sustancialmente idéntica en todos ellos. Iglesia sostiene que, así como en la baja Edad Media el monarca había creado Derecho en virtud de su *summa potestas*, en los siglos modernos fue la soberanía el hilo conductor que traspasó el quehacer estatal, y por ende el ejercicio de la potestad legislativa. «La aparición del Estado, construido en torno a la noción de soberanía, ha conducido — escribe — a una forma nueva en la creación del Derecho. Corresponde al monarca de forma exclusiva la creación del Derecho y esta tarea la realiza a través de la ley» ⁽⁴²⁾. Si la peculiaridad de la Edad Moderna estriba en la implantación del Estado, la soberanía es, a su vez, «el eje sobre el que gira el artificio racional que es el Estado» ⁽⁴³⁾.

La interpretación de Iglesia constituye, por tanto, la réplica más contundente a la línea de pensamiento que siglos atrás los propios contemporáneos contribuyeron a forjar, y que todavía circula en nuestros días con visos de respetabilidad científica bajo la veste del «pactismo». Sus conclusiones, que encajan sin dificultad en la visión del Derecho castellano compartida mayoritariamente por la doctrina, remiten en cambio a una concepción de la evolución del Derecho en los reinos de la Corona de Aragón y en Navarra antitética e inconciliable con el discurso tradicional de los foralistas, que seguramente optarán por ignorar las páginas de Iglesia y rehuirán la confrontación desapasionada de las respectivas posiciones.

No obstante la trascendencia que, como se ha comprobado, los

⁽⁴¹⁾ J. LALINDE, «La creación del Derecho entre los españoles» (en *AHDE*, 36, 1966).

⁽⁴²⁾ IGLESIA, *La creación...* cit., p. 639.

⁽⁴³⁾ *Ibid.*, p. 640.

estudiosos del Derecho moderno le conceden, tampoco el desenvolvimiento en los territorios peninsulares del proceso recopilador ha sido objeto de las monografías extensas que tan importante fenómeno demanda. La detenida investigación que sobre la recopilación indiana llevó a cabo en su día J. Manzano ⁽⁴⁴⁾, ha poco prolongada por el feliz hallazgo que ha recompensado las tenaces pesquisas de I. Sánchez Bella ⁽⁴⁵⁾, carece de correlato en los restantes reinos hispánicos. La más interesante introducción a los problemas que subyacen (y preceden) a las recopilaciones es la que en 1967 proporcionó J. Lalinde al estudiar *La acumulación de normas en el Derecho histórico español* ⁽⁴⁶⁾. Posteriormente, la reedición de algunas recopilaciones ha deparado la ocasión de redactar estudios preliminares como los que acompañan a las recientes reimpressiones de las compilaciones castellanas de Montalvo y de Ramírez ⁽⁴⁷⁾, y en especial a la de la catalana de 1495, precedida de un cuidado y enjundioso trabajo de J.M. Font Ríus ⁽⁴⁸⁾. Sobre otras menos afortunadas han aparecido artículos como los dedicados a la Nueva Recopilación de Castilla por J.L. Bermejo ⁽⁴⁹⁾, o voces de enciclopedia como las redactadas por R. Gibert ⁽⁵⁰⁾. Con todo, las lagunas son aún muy numerosas; el intrincado y enigmático curso del proceso recopilador castellano durante los dos primeros tercios del siglo XVI, por mencionar solo una particularmente clamorosa y bien patente, aguarda

⁽⁴⁴⁾ J. MANZANO, *Historia de las recopilaciones de Indias* (Madrid, 1950-1956).

⁽⁴⁵⁾ I. SANCHEZ BELLA, «Hallazgo de la Recopilación de Indias de León Pinelo» (en *Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas*, 24, 1987; el mismo, «La obra recopiladora de Antonio León Pinelo» (en *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias. Estudios histórico-jurídicos*, México, 1987).

⁽⁴⁶⁾ En *Anales de la Universidad de La Laguna*, IV, 1966-1967.

⁽⁴⁷⁾ *Libro de las Bulas y Pragmáticas de los Reyes Católicos* (ed. facsímil, Madrid, 1973), con Prefacio de A. GARCÍA-GALLO y M.A. PEREZ DE LA CANAL; *Copilación de las leyes del Reino* (ed. facsímil, Valladolid, 1986), con cuadernillo introductorio de E. GONZALEZ DIEZ.

⁽⁴⁸⁾ *Constitucions de Catalunya* (ed. facsímil, Barcelona, 1988), con Estudio introductorio de J.M. FONT RIUS.

⁽⁴⁹⁾ J.L. BERMEJO, «El proyectado Suplemento a la Nueva Recopilación» (en *AHDE*, 50, 1980); el mismo, «Un plan de reforma de la Nueva Recopilación» (en *AHDE*, 51, 1981).

⁽⁵⁰⁾ R. GIBERT, voz «Nueva Recopilación» (en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XVII, 1982).

todavía al investigador capaz de enfrentarse con la inmensa mole de la legislación de los Austrias.

No se olvide, por otra parte, que el examen del proceso recopilador que se acometa exclusivamente desde la perspectiva de la técnica legislativa resultará siempre engañoso e insuficiente. La materia presenta, es cierto, una vertiente técnica en modo alguno despreciable, pero al propio tiempo posee una dimensión política, frecuentemente soterrada, que de ordinario determinó el ritmo y el procedimiento a seguir, el tratamiento de los materiales normativos y el criterio de selección de los mismos. Ninguna recopilación fue en verdad fruto de manipulaciones inocentes, ni el producto de la libre reunión de las leyes en vigor llevada a cabo por juristas candorosos. Por eso no es superfluo recordar, como lo ha hecho Iglesia, que detrás de las compilaciones de la Edad Moderna solía esconderse una verdadera pugna política y que a través de tales recopilaciones se operaron muy importantes transformaciones jurídicas ⁽⁵¹⁾.

La consideración de esa vertiente declaradamente política, sustancial al Derecho regio, ha llevado a ocuparse también de otro asunto, introducido por primera vez con algún detenimiento en un manual por Tomás y Valiente. Aludo a los «mecanismos institucionales para la defensa del Derecho propio de cada Reino», de acuerdo con la formulación del autor citado ⁽⁵²⁾; a los medios de «control de la legislación del rey», si se prefiere enunciar el tema a la manera de Iglesia ⁽⁵³⁾. A nadie se le escapará que nos encontramos ante una cuestión crucial no sólo para la comprensión del Derecho de la época, sino además para la definición del régimen político coetáneo. Al interponer barreras eficaces al ejercicio de la potestad normativa se limita el poder real, y el poder limitado es la antítesis de la potestas absoluta. Sobre las variedades navarras de tales mecanismos escribió J. Salcedo en 1969 ⁽⁵⁴⁾. González Alonso intentó en 1980 desbrozar los principales interrogantes suscitados por el castellano «obedecer

⁽⁵¹⁾ IGLESIA, *La creación...* cit., pp. 644 ss.

⁽⁵²⁾ TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...* cit., p. 290.

⁽⁵³⁾ IGLESIA, *La creación...* cit., p. 616.

⁽⁵⁴⁾ J. SALCEDO, «Historia del derecho de sobrecarta en Navarra» (en *Revista Príncipe de Viana*, 30, 1969); el mismo, «Contrafuero y reparo de agravios» (en *AH-DE*, 39, 1969).

y no cumplir» (55), y Gómez Rivero ha dedicado un libro a la versión guipuzcoana del pase foral (56). La materia no está agotada, lo que aconseja cierta cautela al opinar sobre la virtualidad de tales procedimientos, si bien los datos con los que hasta ahora contamos predisponen al escepticismo.

Al poner de relieve la magnitud y significación de las transformaciones que el Derecho regio experimentó en la Edad Moderna, de ninguna forma se pretende cuestionar la relevancia del *ius commune* en el panorama jurídico hispánico a lo largo de los siglos XVI y XVII, que no ha pasado inadvertida a los iushistoriadores españoles y es unánimemente admitida. Galo Sánchez atribuyó en su día a la recepción una importancia «capital» (57), y nadie ha desmentido después su certero diagnóstico acerca del papel que el Derecho común desempeñó en la época de los Austrias (58). Subrayar su trascendencia supone reiterar un lugar común pacíficamente aceptado y no entraña, por tanto, novedad alguna. Y sin embargo, no es menos cierto que la historiografía jurídica española ha manifestado en el curso de los últimos años una sensibilidad e interés crecientes por cuanto concierne al *ius commune*, que perduró durante la Edad Moderna, según ha anotado Clavero, como una realidad no menos pujante y operativa que en la baja Edad Media (59). Si se recuerda su cada vez más estrecha asociación y dependencia de la trayectoria de la doctrina jurídica, forzoso será reconocer no ya la continuada presencia sino, más aún, la renovada vitalidad del Derecho común a lo largo, sobre todo, del siglo XVI.

Los historiadores que han acometido en las últimas décadas la consideración de la evolución tardía (esto es, postmedieval) del *ius commune* se han centrado bien en la figura y escritos de los principa-

(55) B. GONZALEZ ALONSO, «La fórmula 'obedézcase, pero no se cumpla' en el Derecho castellano de la baja Edad Media» (en *AHDE*, 50, 1980).

(56) R. GOMEZ RIVERO, *El pase foral en Guipúzcoa en el siglo XVIII* (San Sebastián, 1982).

(57) G. SANCHEZ, *Curso...* cit., p. 60.

(58) *Ibid.*, p. 156.

(59) B. CLAVERO, «Historia y Antropología. Por una epistemología del Derecho moderno» (en *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado. Nuevas técnicas de investigación*, ed. a cargo de J. Cerdá y P. Salvador, Bellaterra, 1985), p. 30. Del mismo, en idéntico sentido, cfr. también la Comunicación publicada, sin título, en el volumen *Storia sociale e dimensione giuridica* (Milano, 1986), p. 239.

les juristas, bien en la indagación de sus respectivos «supuestos ideológicos» y en la caracterización de las tendencias metodológicas predominantes. Gibert eligió el primer camino en los pasajes de *La ciencia jurídica española* referentes a la literatura moderna ⁽⁶⁰⁾. Destacan, entre quienes se han inclinado por el segundo de modo más intenso o persistente, Tomás Valiente y Clavero. La aproximación más temprana de Valiente a la doctrina jurídica de la Edad Moderna es, si no me equivoco, la contenida en *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta* ⁽⁶¹⁾, a la que luego se han sumado el capítulo correspondiente del *Manual* y las páginas de su reciente síntesis de la historia del pensamiento jurídico en España ⁽⁶²⁾. Entre las aportaciones de Clavero al estudio de esta materia hay que registrar especialmente su *Derecho común* ⁽⁶³⁾.

Si de las exposiciones generales del desenvolvimiento de la doctrina jurídica hispánica pasamos a los estudios sobre juristas singulares, o nos trasladamos al plano de los problemas o sectores particulares, el panorama historiográfico no resulta precisamente halagador. Entre las escasas monografías que cabe citar a este respecto se encuentran la de F. Carpintero sobre Vázquez de Menchaca y la de Lalinde sobre el jurista catalán del siglo XV Jaume Callís ⁽⁶⁴⁾. Tomás Valiente y González Alonso han escrito sobre Castillo de Bobadilla ⁽⁶⁵⁾, y Alonso Lambán y Lalinde sobre los juristas aragoneses ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁰⁾ R. GIBERT, *Ciencia jurídica española* (ed. Granada, 1982).

⁽⁶¹⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta* (Madrid, 1969).

⁽⁶²⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *Manual...* cit., pp. 298 ss.; el mismo, «El pensamiento jurídico» (en *Enciclopedia de Historia de España* cit., vol. 3).

⁽⁶³⁾ B. CLAVERO, *Derecho común* (2ª ed. rev., Sevilla, 1979).

⁽⁶⁴⁾ F. CARPINTERO, *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca* (Salamanca, 1977); J. LALINDE, *La persona y la obra del juriconsulto vicense Jaume Callís* (s.l., 1980).

⁽⁶⁵⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, «Castillo de Bobadilla. Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen» (en *AHDE*, 45, 1975); B. GONZALEZ ALONSO, «Jerónimo Castillo de Bobadilla y la 'Política para corregidores y señores de vasallos' (1597)» (ahora en *Sobre el Estado y la administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen*, Madrid, 1981).

⁽⁶⁶⁾ M. ALONSO LAMBAN, «Apuntes sobre juristas aragoneses de los siglos XVI y XVII» (en *AHDE*, 33, 1963); J. LALINDE, «Derecho y Fuero» (en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por J.L. Lacruz, I, Zaragoza, 1988), esp. pp. 79 ss.

Una de las cuestiones que ha suscitado puntos de vista contradictorios es la relativa al alcance de la influencia humanística en los reinos hispánicos, sobre la cual planean algunos equívocos originados por la evidente dificultad de delimitarlo con precisión. Parece claro que, por no ser intercambiables ni inseparables, conviene en todo caso diferenciar cuidadosamente la vertiente metódica del humanismo jurídico (su tendencia a la depuración filológica e histórica de las fuentes) de aquella actitud espiritual cuya proximidad a las posiciones reformadoras en favor del libre examen denunciaron en su día malévolos mas no gratuitamente los adalides de la Escolástica. El terreno es sumamente resbaladizo, tanto que siempre cabrá descubrir ocasionales e inesperadas veleidades humanistas hasta en representantes tan cualificados del pensamiento tradicional como Melchor Cano ⁽⁶⁷⁾, lo que confirma la necesidad de explicitar qué se entiende por Humanismo antes de entrar a discutir el grado de su penetración en la doctrina jurídica hispánica. Aun con todas esas cautelas, me inclino a suponer que están en lo cierto más quienes aseguran que la difusión del Humanismo jurídico en la Península fue escasa que los partidarios de la tesis contraria ⁽⁶⁸⁾. No es ya solo que los «obstáculos tradicionales», por decirlo con el eufemismo acuñado por los ilustrados, no permitieran otra cosa, sino que la comprobada decadencia del cultivo de las lenguas clásicas socavó la base de sustentación indispensable para el despliegue del Humanismo en cualquiera de sus manifestaciones ⁽⁶⁹⁾. La frustración de las expectativas humanísticas habría facilitado, según la opinión más generalizada — prescindiendo ahora de hipotéticas «terceras vías» como la

⁽⁶⁷⁾ Cfr. las oportunas consideraciones en este sentido de J. PEREZ, «Humanismo y Escolástica» (en *Cuadernos Hispanoamericanos*, 334, 1978). Perez recuerda que «la escolástica puede muy bien adoptar la técnica y los métodos del humanismo; en cambio el humanismo, como movimiento cultural, se constituye históricamente por su oposición a la escolástica» (p. 6).

⁽⁶⁸⁾ Entre los cuales cabe citar a J.L. DE LOS MOZOS, «Humanismo y mos gallicus en la Escuela de Salamanca» (en el volumen del Autor *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977) y a J.M. PELORSON, *Les letrados, juristes castillans sous Philippe III. Recherches sur leur place dans la société, la culture et l'Etat* (1980).

⁽⁶⁹⁾ Como ha demostrado L. GIL, *Panorama social del humanismo español (1500-1800)* (Madrid, 1981).

sugerida por F. Carpintero ⁽⁷⁰⁾ —, la persistencia del *mos italicus* bajomedieval, todavía capaz de renovarse y de impulsar el innegable florecimiento de la doctrina jurídica del Quinientos, cada vez más apreciada por los historiadores del pensamiento y de la ciencia del Derecho ⁽⁷¹⁾.

No se puede decir lo mismo de aquellos autores a los que sus contemporáneos llamaron «teólogos juristas», objeto durante mucho tiempo, dentro y fuera de España, de juicios entusiásticos, quizá en algún caso interesadamente hiperbólicos, que en los últimos años han remitido para dejar paso a opiniones más reticentes cuando no francamente críticas. No es casual que las aportaciones más contundentes y polémicas en torno a esta materia provengan de Lalinde, que ya antes de profundizar en el análisis de la denominada Segunda Escolástica o Escuela de Salamanca había intuido y llamado insistentemente la atención sobre el importante papel que los tratadistas de Derecho natural jugaron en la Castilla moderna ⁽⁷²⁾. Frente a las valoraciones convencionales que han seguido y previsiblemente seguirán prodigándose, los estudios de Lalinde han exteriorizado la fuerte carga ideológica que impregnaba las construcciones de la Escolástica tardía y han alcanzado considerable resonancia entre los especialistas ⁽⁷³⁾.

Así pues, innegable importancia de la doctrina en todos sus sectores y manifestaciones, que es como decir del propio Derecho

⁽⁷⁰⁾ F. CARPINTERO, «Mos italicus, mos gallicus y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica» (en *Ius commune*, 6, 1977). Nunca es tarde para corregir valoraciones equivocadas. Al salir al paso en el texto el humanismo jurídico, y precisamente en las páginas de un volumen editado en Italia, encuentro la ocasión apropiada para rectificar públicamente los erróneos juicios que hace años vertí sobre el importante libro de D. MAFFEI, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico* (Milano, 1964) en la desafortunada recensión aparecida en *AHDE*, 34 (1964), pp. 635 ss.

⁽⁷¹⁾ Cfr., por ejemplo, las recientes consideraciones de H. COING, «La contribución de las naciones europeas al Derecho común» (en el volumen colectivo *España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, 1986).

⁽⁷²⁾ J. LALINDE, *La creación...* cit., pp. 342 ss.

⁽⁷³⁾ J. LALINDE, «Anotaciones historicistas al jusprivatismo de la Segunda Escolástica» (en el volumen colectivo *La Seconda Scolastica nella formazione del Diritto privato moderno*, Milano, 1973), y «Una ideología para un sistema (La simbiosis histórica entre el iusnaturalismo castellano y la Monarquía universal)» (en *Quaderni Fiorentini*, 8, 1979).

común. ¿Superior a la de las leyes regias? La pregunta acecha a los historiadores sobre todo al tratar de aquellos reinos en los que no se reconoció oficialmente al *ius commune* como ordenamiento supletorio. Tal fue el caso de Castilla, donde la presencia cotidiana del Derecho común y de sus intérpretes alcanzó no obstante indiscutible intensidad. «La formación romanista de los jurisconsultos — escribió Galo Sánchez — es causa de que en la práctica el Derecho romano y los textos jurídicos que en él se inspiran desempeñen un papel predominante, muy superior al de las fuentes que recogen el Derecho tradicional. Las leyes hubieron de ceder con frecuencia su puesto a la literatura jurídica de los romanistas» (74). Así ocurrió, en efecto, aunque para ello, como ha mostrado Petit (75), tuvieron los juristas que violentar la literalidad y el sentido del orden de prelación de fuentes establecido y reiteradamente confirmado por la monarquía. Creo, sin embargo, que sería erróneo inferir de lo anterior que el Derecho del rey careció de virtualidad y fue sistemáticamente incumplido. No se olvide, de un lado, que el *ius commune* debió de adaptarse a la situación jurídica y a la realidad legislativa de cada reino, de suerte que su «municipalización» o «particularización» no pudo ser ajena al desarrollo del Derecho regio (76). Es sabido, por otra parte, que el influjo del *ius commune* no fue uniforme, ni idéntica su proyección sobre las distintas ramas jurídicas, sino que afectó en mayor medida al «campo privado, penal y procesal» (77). Lalinde ha matizado la influencia respectiva del Derecho del rey y del común en los diversos sectores del ordenamiento de la época (78), en el que la regulación de las relaciones privadas quedó *de facto* abandonada al *ius commune* y a la acción de los juristas (79). Entre las leyes regias, las normas romano-canónicas y la doctrina jurídica mediaron, por consiguiente, complejas y sinuosas relaciones; la historiografía jurí-

(74) G. SANCHEZ, *Curso...* cit., p. 156.

(75) C. PETIT, «Derecho común y Derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVII)» (en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 50, 1982).

(76) A la «municipalización» del *ius commune* alude LALINDE, *Iniciación histórica...* cit., p. 183. Cfr. también las consideraciones al respecto de CLAVERO, *Derecho común*, ed. cit., pp. 151 ss.

(77) GARCÍA-GALLO, *Manual...* cit., ep. 212.

(78) LALINDE, *Iniciación histórica...* cit., pp. 193-194.

(79) IGLESIA, *La creación...* cit., p. 642.

dica española apenas ha comenzado a desvelarlas, pero las conoce lo suficiente como para saber que la comprensión del Derecho moderno está reñida tanto con el olvido de la ininterrumpida vigencia del Derecho común, cuanto con su sublimación y el paralelo (y caprichoso) menosprecio del Derecho regio.

Recapitemos. Páginas atrás afirmé que el cultivo de la Historia del Derecho había entrado en España en los años sesenta en una etapa de expansión y de mayor dinamismo. También se anunció, empero, que la escueta visión del ordenamiento moderno esbozada anteriormente por los historiadores del Derecho no ha sufrido en los últimos decenios rectificaciones esenciales, mientras por otro lado deslicé la advertencia de que la recepción de las corrientes historiográficas entonces más renovadoras, aunque facilitó y aceleró la superación del medievalismo que imperaba entre los iushistoriadores, no contribuyó precisamente a estimular el estudio del Derecho y de sus resortes técnicos, sino más bien a oscurecerlo y relegarlo.

La sumaria revisión que precede de las aportaciones más significativas de la reciente historiografía jurídica española al conocimiento del Derecho postmedieval, de sus preocupaciones dominantes y de los temas recurrentes, nos ha proporcionado los elementos de juicio indispensables para conciliar aquellas afirmaciones aparentemente antitéticas. Demuestra que se ha producido un cambio irreversible y certifica el definitivo desplazamiento del centro de gravedad de nuestra disciplina, pero también exterioriza la precariedad de los resultados obtenidos y la modestia del balance que hoy por hoy estamos en condiciones de presentar.

* * *

Si del campo de la Historia del Derecho nos trasladamos al territorio vecino de la Historia de las instituciones y nos retrotraemos al punto de partida, encontramos una situación sensiblemente análoga a la que registré al ocuparme de los comienzos del estudio del Derecho moderno, con la particularidad de que los rasgos a que me referí en páginas anteriores, entonces débiles y desdibujados, reaparecen ahora provistos de contorno más diáfano y rotundo. Así, en lo que respecta al conocimiento de las instituciones de la Monarquía hispánica en la Edad Moderna no es que las investigaciones preceden-

tes resultaran más o menos pobres o escasas, sino que no existían. «Por sorprendente que pueda parecer — había escrito Sánchez Bella en 1956 —, lo cierto es que todavía no contamos con un estudio histórico serio sobre la constitución política de la Monarquía española en la Edad Moderna» (80). Era verdad. Precisamente en aquel año publicó el autor citado dos ensayos cuyos títulos hablan por sí solos y que, no obstante su brevedad y carencia de pretensiones, plantearon cuestiones fundamentales y desempolvaron una temática totalmente inexplorada hasta entonces por los iushistoriadores (81). Dominada también enteramente la Historia institucional por el medievalismo, la desatención a la organización política moderna era, pues, completa.

Si al rastrear los orígenes del estudio del Derecho moderno localizamos hacia 1960 los indicios que preludiaban el arranque de un nuevo período en el desenvolvimiento de la historiografía jurídica española, con mayor motivo es ese el año en que debemos situar el punto de partida de la consideración del régimen político hispánico de la Edad Moderna. Recuérdese que en torno a 1960 empezó a publicarse el *Manual* de García-Gallo, que en su parte final, dedicada al análisis de la «sociedad política», contiene una exposición muy densa y relativamente amplia de las instituciones políticas bajomedievales y modernas. Ya se hizo mención de las líneas principales de la construcción de García-Gallo, que, como sabemos, representaron una novedad en relación con sus escritos anteriores.

En 1960 apareció, en segundo lugar, un trabajo elaborado por Vicens Vives como ponencia al XI Congreso Internacional de Ciencias Históricas que se celebró en Estocolmo. Llevaba por título *Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII* y obtuvo inmensa resonancia y muy favorable acogida entre los cultivadores de la Historia de las instituciones (82).

Como ha escrito M. Peset, Vicens es «un símbolo, casi un mito»

(80) I. SANCHEZ BELLA, *Génesis del Estado moderno en España* (Pamplona, 1956), p. 8.

(81) Me refiero al citado en la nota anterior y al que lleva por título *Los reinos en la historia moderna de España* (Madrid, 1956).

(82) Varias veces publicado, manejo la edición recogida en el volumen misceláneo del Autor *Coyuntura económica y reformismo burgués y otros estudios de Historia de España* (Barcelona, 1969; 4ª ed., por la que cito, 1974).

(⁸³), y sobre los mitos resulta arriesgado pronunciarse. Igualmente alejado de la hagiografía y de las actitudes iconoclastas, me complace proclamar una vez más la extraordinaria categoría del ilustre historiador catalán y la importancia de muchas de sus aportaciones. Debo agregar, no obstante, que no comparto en su integridad los juicios que otros historiadores del Derecho han expresado acerca de la significación de Vicens para la historiografía jurídica española, y tampoco las a mi entender hiperbólicas opiniones que sobre la mencionada ponencia al Congreso de Estocolmo se han emitido.

En esas páginas redactadas poco antes de su prematura desaparición nuestro autor pretendía, según confesión propia, «replantear la problemática de los orígenes del Estado moderno», enlazando expresamente con las consideraciones expuestas en el anterior Congreso de Roma de 1955 por Mousnier y Hartung en otra ponencia de consulta indispensable que, de esta suerte, Vicens contribuyó además a dar a conocer entre nosotros (⁸⁴). Vicens aborda las cuestiones con su proverbial brillantez; su estilo es directo, incisivo y sugerente. Algunas de las ideas abocetadas en aquella ocasión pronto se convirtieron en verdaderos lugares comunes. Por ejemplo, su enérgica reivindicación de la importancia de la «estructura efectiva del Poder» y la consiguiente advertencia de que es menester rebasar tanto el análisis de las doctrinas políticas cuanto la mera descripción de las instituciones. O su ya tópica distinción entre el plano de las declaraciones oficiales, el de la ordenación institucional y el de las prácticas de gobierno. O la no menos difundida caracterización de las monarquía renacentistas como «preeminenciales» o «autoritarias».

Las estimulantes reflexiones de Vicens, pródigas en intuiciones felices, se suceden, sin embargo, sin la deseable conexión y adolecen a veces de falta de precisión conceptual. A mi modo de ver no es aceptable la identificación del poder efectivo con el gobierno directo, implícita en el tratamiento que Vicens dispensa a los «señoríos exentos o jurisdicciones privilegiadas» (⁸⁵), ni su visión de la

(⁸³) M. PESET, *Vicens Vives...* cit., p. 194.

(⁸⁴) R. MOUSNIER Y F. HARTUNG, «Quelques problèmes concernant la Monarchie absolue» (en *Rapports. X Congrès International des Sciences Historiques*, Rome, 1955, vol. IV, pp. 3 ss.).

(⁸⁵) J. VICENS, *Estructura administrativa...* cit., pp. 105 ss.

dinámica del poder monárquico como «fenómeno independiente» de la evolución de los sectores señoriales y corporativos ⁽⁸⁶⁾. Por otra parte, ¿qué entendía Vicens en último término por «absolutismo» y por monarquía «autoritaria»? ¿Cómo concebía las relaciones entre los reinos componentes de lo que primero llama «monarquía unificada» y después «Estado español»? ⁽⁸⁷⁾. En resúmenes cuentas, ¿cuál era para Vicens la estructura de lo que en otro pasaje denomina «Estado autoritario-absolutista de los siglos XVI y XVII»? ⁽⁸⁸⁾.

En el abultado haber de Vicens hay que consignar, entre otras partidas, su terminante rechazo del formalismo, su calurosa invitación — tanto más oportuna en aquellos años — al trabajo de archivo, su velada pero inequívoca aversión a las abstracciones y a las explicaciones idealistas. Es lástima, y no se debe ocultar, que al mismo tiempo operara con una idea superficial y más bien primaria del Derecho, dolencia muy extendida, que ha originado y sigue causando estragos entre los historiadores y a la que Vicens, pese a sus excepcionales dotes y a su innegable calidad intelectual, tampoco permaneció ajeno. Cuando roza la membrana jurídico-institucional que modela y envuelve la realidad social, Vicens redescubre el Mediterráneo o nos sorprende con afirmaciones, quizá poco meditadas, de un simplismo aterrador. Recuérdese, por ejemplo, la modélica crudeza del párrafo en el que gratuitamente descalifica las normas jurídicas escritas y desecha el recurso del historiador a los cuerpos legales. «Ni los reglamentos, ni los privilegios, ni las leyes, ni las constituciones — asegura —, nos acercan a la realidad humana». Para aprehender el «hervor humano» que se agita en el seno de las instituciones, prosigue en el mismo tono terminante y apodíctico, «es preciso prescindir del caparazón legislativo». Y concluye: «No me he cansado de preconizar un cambio radical de orientación en la elección de las fuentes de los estudios históricos; en lugar de las grandes colecciones legislativas, los humildes archivos en donde la ley choca con la vida: protocolos notariales, fondos consulares y mercantiles, archivos de policía, decisiones de los tribunales de justicia,

⁽⁸⁶⁾ *Ibid.*, p. 108.

⁽⁸⁷⁾ *Ibid.*, pp. 113 y 119.

⁽⁸⁸⁾ *Ibid.*, p. 135.

etc.». Son frases fechadas también en 1960 ⁽⁸⁹⁾. A Peset le parecen «acertadísimas» ⁽⁹⁰⁾. Las considero, por el contrario, reveladoras del profundo desconocimiento de la manera de ser y de comportarse del Derecho, tan común, por desgracia, entre los historiadores.

En el párrafo de Vicens, que no es el único de parecido jaez que brotó de su pluma, sobran, a mi juicio, fogosidad y contundencia, y faltan comprensión y matices. La visión del ordenamiento jurídico que subyace a sus palabras es una pobre caricatura que torna irreconocibles la urdimbre y la función que el Derecho ha desempeñado en las sociedades europeas. La producción de normas jurídicas nunca se ha acometido con la vista puesta en otra realidad que no sea precisamente la humana. Jamás se ha legislado desde una campana neumática para extraterrestres o seres angélicos, sino en medio de la turbulencia de los conflictos humanos. El Derecho no es una planta de invernadero ni un objeto destinado a la contemplación estética; es un artefacto dotado de formidable eficacia, de una inquebrantable vocación configuradora de la sociedad en la que rige y a la que aspira a conformar y ahormar en un determinado sentido. Por eso el Derecho propende a ser un orden intensamente formalizado, incluso ritualizado, y es además en ocasiones un sistema fuertemente tecnificado que segrega un lenguaje, unas pautas y unas categorías sobremanera peculiares. ¿Es de recibo el rechazo de la consideración de las normas jurídicas que Vicens propugnaba, curiosamente para lograr mayor proximidad al conocimiento de «la realidad humana»? ¿Debe de veras «prescindir» el historiador del «caparazón legislativo»? ¿Resultan siquiera comprensibles los documentos de aplicación del Derecho — convertidos, ingenuamente, por Vicens en testimonio incomparable de «la vida» — si los disociamos del correspondiente marco normativo, que suele hallarse recogido (qué le vamos a hacer) en «las grandes colecciones legislativas»?

No se trata, naturalmente, de refutar pormenorizadamente con treinta años de retraso las discutibles y desafortunadas aseveraciones de Vicens. Basta con dejar constancia de su endeble fundamento y de su unilateralidad. Es claro que el historiador no tiene por qué

⁽⁸⁹⁾ Pertenecen al Prólogo que J. VICENS antepuso a la segunda edición de su *Aproximación a la Historia de España* (Barcelona, 1960. Cfr. la 3ª ed., 1962, por la que cito, pp. 14-15).

⁽⁹⁰⁾ M. PESET, *Vicens Vives...* cit., p. 232.

«prescindir» a priori de ningún tipo de fuentes o vedar su consulta, y no lo es menos que la fidelidad y jugosidad de las reconstrucciones históricas no depende de la utilización de unas fuentes «en lugar de» otras, sino del uso, integración y adecuada interpretación de los testimonios pertinentes sin exclusiones arbitrarias.

Como era de esperar, las observaciones de Vicens, situado en la vanguardia de la entonces incipiente renovación historiográfica, no cayeron en saco roto. Apuntaban a un blanco y encerraban una consigna. Sus efectos no tardaron en resultar patentes. La apertura a las tendencias de moda, que Vicens apadrinó con entusiasmo, no se sustanció tanto en el giro hacia una concepción más flexible del Derecho y en la crítica — y consecuente superación — de un modo concreto de entender, investigar y escribir, la Historia institucional cuanto — sobre todo — en el repudio incondicional del factor jurídico y en la descalificación sin atenuantes ni paliativos de dicha Historia institucional; no ya de *esta* o *aquella* Historia institucional sin duda alicorta y perfectible, sino de *la* Historia institucional en su conjunto, de *cualquier* Historia institucional en su totalidad. Si por una parte, como recordamos en páginas anteriores, los «annalistas» habían descubierto la insignificancia del Derecho, y los marxistas de estricta observancia denunciado su despreciable carácter «superestructural», nada tiene de extraño que, por otra, se elevara a los altares a la Historia económica y social — ídolo de turno entre cuyos primeros y más fervorosos sacerdotes españoles se contó Vicens — al tiempo que se dictaba condena inapelable contra la «fria y estéril Historia de las instituciones» ⁽⁹¹⁾.

Así pues, la influencia de Vicens en particular y de las nuevas corrientes metodológicas en general, indudablemente beneficiosa en conjunto para la historiografía española, produjo también consecuencias negativas para la Historia jurídica e institucional; resultó, en suma, ambivalente. Por un lado, ahondó el desprestigio de la Historia de las instituciones, que se esfumó del horizonte de las nuevas generaciones de historiadores generales, y tuvo, por tanto, efectos meta-mente disuasorios. Alguna vez he aludido a la situación imperante en los años sesenta y setenta, en los que «confesarse cultivador de la Historia institucional equivalía a exponerse al desahucio intelectual y

⁽⁹¹⁾ La expresión es de VICENS, *Aproximación...* cit., p. 13.

a provocar entre los colegas *à la page* un sentimiento de conmiseración, cuando no de irritación contenida» (92). Por otro lado, sin embargo, estimuló a los recalcitrantes: dentro del reducido círculo de los historiadores de las instituciones (procedentes, con contadísimas excepciones, del ámbito de la Historia del Derecho) actuó como un revulsivo antiformalista, alentó la reflexión y facilitó la depuración de los enmohecidos instrumentos de análisis. Confinados en el espacio de una especialidad minoritaria y controvertida, a los historiadores de las instituciones no les quedó más remedio que emprender la travesía del desierto, pero al menos se les deparó la oportunidad de renovar su equipaje.

Cierto que el estudio de las instituciones modernas ha corrido hasta fechas muy recientes, como acabo de señalar, principalmente a cargo de los historiadores del Derecho. Interesa, empero, registrar las salvedades, tan escasas como sobresalientes. Algo se ha dicho sobre la postrer aproximación a la materia de Vicens Vives. Es preciso añadir al suyo los nombres de otros dos ilustres historiadores que también buceaban por entonces en el aparato político-institucional de nuestra Edad Moderna. Antes de sumergirse definitivamente en la Historia social, de la que es maestro indiscutible, A. Domínguez Ortiz publicó varios trabajos de temática institucional. En 1960 se editó su libro sobre la Hacienda de Felipe IV (93), y poco después aparecieron otros estudios suyos de menores dimensiones en las páginas de algunas revistas (94). Igualmente de 1960 es el todavía breve y esquemático trabajo de J.A. Maravall sobre los orígenes del Estado moderno (95), esbozo de futuros escritos más maduros y ambiciosos de los que luego habrá que ocuparse.

Más el grueso de los efectivos disponibles procedía de la cantera

(92) B. GONZALEZ ALONSO, «Renacimiento y miseria de la Historia institucional» (en *Revista de Estudios Políticos*, 33, 1983, p. 169).

(93) A. DOMINGUEZ ORTIZ, *Política y Hacienda de Felipe IV* (Madrid, 1960).

(94) Cfr., entre ellos, los titulados «Concesiones de votos en Cortes a ciudades castellanas» (en *AHDE*, 31, 1961); «Ventas y exenciones de lugares durante el reinado de Felipe IV» (*Ibid.*, 34, 1964); «La venta de cargos y oficios públicos en Castilla y sus consecuencias económicas y sociales» (en *Anuario de Historia económica y social*, 3, 1970).

(95) J.A. MARAVALL, «The origins of the Modern State». La ed. en la actualidad más asequible es la contenida, en versión italiana, en E. ROTELLI y P. SCHIERA, *Lo Stato moderno*, I (Bologna, 1971).

de los iushistoriadores, que a lo largo de la década de los sesenta empezaron a entregar a la imprenta las primeras monografías sobre aspectos concretos del régimen político e institucional moderno. Amén de otros trabajos de menor extensión ⁽⁹⁶⁾, aparece en 1962 la obra de Guilarte sobre el régimen señorial posmedieval ⁽⁹⁷⁾; en 1963 sendos libros de Lalinde y Tomás Valiente ⁽⁹⁸⁾; en 1964 los de Lalinde sobre los virreyes de Cataluña y Salcedo sobre el Consejo de Navarra ⁽⁹⁹⁾. En 1969 se publica el estudio de J.A. Escudero sobre los secretarios ⁽¹⁰⁰⁾, y en 1970 el de B. González Alonso sobre los corregidores ⁽¹⁰¹⁾, junto con la monografía de Lalinde acerca de *Los medios personales de gestión* ⁽¹⁰²⁾, por citar algunos ejemplos (y lamentaría incurrir involuntariamente en omisiones injustificadas).

Libros, ya se supondrá, tan diversos como la personalidad de sus respectivos autores. Repárese en su variedad temática y en la sincronía del impulso que sin programación previa, espontáneamente, fragua en el análisis de instituciones castellanas, catalanas, navarras; en la consideración simultánea de organismos centrales, territoriales y locales. Contemplados con cierta perspectiva presentan, sin embargo, algunos significativos puntos en común. Escritos todos ellos en el recinto de otras tantas Facultades de Derecho, constituyeron, salvo en los casos de Guilarte y Tomás Valiente, la memoria doctoral de los iushistoriadores mencionados, lo cual es a su vez indicio inequívoco de que en las universidades españolas empezaba a sonar la hora de la revalorización de las tareas investigadoras y del título doctoral. En segundo lugar, las referidas monografías

⁽⁹⁶⁾ Como el de J. LALINDE, «El Vicecanciller y la presidencia del Consejo Supremo de Aragón» (en *AHDE*, 30, 1960), o el de F. TOMAS Y VALIENTE, «La Diputación de las Cortes de Castilla (1525-1601)» (en *AHDE*, 32, 1962).

⁽⁹⁷⁾ A.M. GUILARTE, *El régimen señorial en el siglo XVI* (Madrid, 1962).

⁽⁹⁸⁾ J. LALINDE, *La Gobernación General en la Corona de Aragón* (Madrid-Zaragoza, 1963); F. TOMAS Y VALIENTE, *Los Validos en la Monarquía española del siglo XVII (Estudio institucional)* (Madrid, 1963).

⁽⁹⁹⁾ J. LALINDE, *La institución virreinal en Cataluña (1471-1716)* (Barcelona, 1964); J. SALCEDO, *El Consejo Real de Navarra en el siglo XVI* (Pamplona, 1964).

⁽¹⁰⁰⁾ J.A. ESCUDERO, *Los Secretarios de Estado y del Despacho (1474-1724)* (Madrid, 1969).

⁽¹⁰¹⁾ B. GONZALEZ ALONSO, *El corregidor castellano (1348-1808)* (Madrid, 1970).

⁽¹⁰²⁾ J. LALINDE, *Los medios personales de gestión del poder público en la historia española* (Madrid, 1970).

veían la luz provistas, sin excepción, de apéndices documentales que evidenciaban la labor desplegada en los archivos. Su inclusión respondía a la doble finalidad de ofrecer una selección de los trofeos más preciados y de exhibir, por si falta hiciere, la prueba fehaciente de que los materiales empleados no procedían tan sólo de los vituperados cuerpos legales...

Se era consciente de la novedad que representaban las publicaciones mencionadas. Al prologar el libro sobre los virreyes de Cataluña, Font Ríus se refería a «la carestía de obras que alumbren las tinieblas de nuestros conocimientos sobre el derecho e instituciones de la Edad Moderna española, dada la atracción que el magisterio de Hinojosa y su escuela ha ejercido entre los modernos cultivadores de la historia institucional hacia los temas medievales» ⁽¹⁰³⁾, mientras el propio Lalinde subrayaba por su parte en las páginas introductorias que «los trabajos medievales han florecido brillantemente, en tanto la Edad Moderna aparece todavía como un inmenso yermo» ⁽¹⁰⁴⁾. La exploración de ese territorio de imponentes dimensiones y repleto de fuentes inagotables se acometió en circunstancias al mismo tiempo estimulantes y adversas. A la vez que un descrédito creciente, que el desprecio y la avalancha de críticas de los historiadores generales, sacudía a la sazón a la Historia institucional un vendaval de ideas que pugnaban por arrasar un puñado de convenciones y principios heredados, al abrigo de los cuales se había ejercido hasta entonces plácidamente el oficio.

Como todo estaba por hacer y el volumen de la documentación disponible para los siglos modernos resultaba abrumador, en la mayor parte de los casos se optó al comienzo por invertir la técnica usual entre los medievalistas. Frente al miniaturismo del orfebre, el desbroce de vastos espacios característico del pionero. Se imponía la necesidad de recomponer con trazos gruesos y firmes el contorno de las instituciones más relevantes; de abarcar parcelas todo lo extensas que las fuerzas de investigadores aislados permitieran. De ahí el afán de recorrer, cuando era factible, desde el orto hasta el ocaso la órbita descrita por las instituciones de vida más dilatada, aunque fuese al precio de sacrificar detalles y matices susceptibles de ulterior y más

⁽¹⁰³⁾ *La institución virreinal...* cit., pp. III-IV.

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibid.*, p. 19.

reposada atención. En esa tesitura, todavía sin cribar ni sedimentar las deslumbradoras nociones que entonces surcaban el firmamento historiográfico, los libros de los años sesenta reiteradamente citados comparecían, en fin, despojados de oropeles doctrinarios. Los estudiosos de las instituciones modernas no osaban aún adentrarse en el bosque inextricable de las disquisiciones metodológicas. Indiferentes a la angustia que en los años cincuenta había rondado a los historiadores de nuestro país al meditar sobre el al parecer enigmático ser de España y los españoles, todavía no habían sucumbido a los nuevos tics, a la jerga que al punto segregó el naciente debate sobre cuestiones de método, y mucho menos a los tópicos que al cabo engendraría el refinado y entonces inimaginable manierismo historiográfico de nuestros días.

Si no era precisamente entusiasmo lo que las instituciones del pasado despertaban entre los historiadores generales, no faltó en cambio a los estudiosos de aquéllas cierto estímulo oficial proveniente de la Escuela Nacional de Administración Pública, cuyo Instituto de Estudios Administrativos organizó sucesivos *symposia* de «Historia de la Administración». Las Actas del primero, celebrado en 1967, se publicaron en 1970, y al año siguiente aparecieron las del segundo *symposium*, que había tenido lugar en 1969 ⁽¹⁰⁵⁾. El rótulo bajo el cual se convocaron tales reuniones y se editaron después las correspondientes ponencias sugiere que a los organizadores no les movía el propósito de promover genéricamente las investigaciones de Historia de las instituciones o de las formas políticas, sino que su finalidad era más restringida y consistía estrictamente en alentar el estudio de los organismos, técnicas y prácticas gubernativas pretéritas. Desde el punto de vista de la pureza conceptual, el planteamiento estaba teñido de cierto anacronismo, pues resulta dudoso que al armazón institucional preliberal proceda denominarlo «Administración» con mayúscula, pero no era fortuito ni su elección se debió a pura inercia de los organizadores. Los responsables del Instituto mencionado tenían «el convencimiento de la utilidad de la perspectiva histórica para la comprensión de las categorías clave de nuestro Derecho Administrativo actual». «El administrativista debe,

⁽¹⁰⁵⁾ *Actas del I Symposium de Historia de la Administración* (Madrid, 1970); *Actas del II Symposium de Historia de la Administración* (Madrid, 1971).

en consecuencia — añadía Meilán —, dirigir frecuentemente su mirada hacia la historia, única forma, en muchos casos, de explicarse el por qué de las realidades presentes» ⁽¹⁰⁶⁾.

Al Primer Simposio concurrieron algunos historiadores, historiadores del Derecho y administrativistas. En las páginas iniciales de las Actas hallamos, como era de esperar, varias comunicaciones de carácter introductorio, previsiblemente reveladoras de la intención que guiaba a los convocantes y de los postulados de que partían. La aportación de Villar Palasí sobre la *Problemática de la Historia de la Administración* está recorrida por la tesis de que, frente «al mito (...) de que el Derecho Administrativo español es una herencia de la Revolución francesa en todas sus instituciones y categorías (...) las soluciones y la dogmática jurídica en nuestra Patria tienen una tradición mucho más profunda, mucho más original y mucho menos heredada» ⁽¹⁰⁷⁾. Rehuyamos la tentación de establecer conexiones inverificables y de abandonarnos a un mecanicismo grosero. Con todo, ¿cómo olvidar que España se encontraba a la sazón bajo los efectos de una fuerte ofensiva tecnocrática que proclamaba el crepúsculo de las ideologías y exaltaba la actualidad y vigencia del pensamiento tradicional ⁽¹⁰⁸⁾, al tiempo que rechazaba la validez del legado liberal y cifraba sus objetivos en la racionalización de la maquinaria administrativa? Era lógica, por contra, la falta de interés de los círculos oficiales por abanderar la reconsideración profunda (y quién sabe si también crítica) de los fundamentos del poder político. La alergia que producían las apelaciones a la Política se podía combatir con una buena dosis de Administración.

Como quiera que fuese, y habida cuenta de que, por otra parte, los especialistas no tardaron en allanar la de por sí tenue divisoria que separa (?) a la Administración de la Política, el mecenazgo de la

⁽¹⁰⁶⁾ J.L. MEILAN GIL, «Nota editorial» (en *Actas del I Symposium...* cit., p. XI).

⁽¹⁰⁷⁾ J.L. VILLAR PALASÍ, «Problemática de la historia de la Administración» (en *Actas del I Symposium...* cit., p. 31).

⁽¹⁰⁸⁾ Expresión paradigmática de esa actitud ideológica de arriscada apología del pensamiento escolástico hispánico, y de correlativo menosprecio de la entidad de los principios y técnicas organizativas liberales, fue el libro de A. GALLEGO ANABITARTE, *Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional, y los fundamentos del Derecho Administrativo español* (Madrid, 1971).

Escuela Nacional de Administración Pública resultó beneficioso. La celebración de los simposios, presididos de hecho por el más saludable pluralismo ideológico, generó una dinámica sumamente fructífera y desembocó en la creación, bajo los auspicios del Instituto de Estudios Administrativos, de varias colecciones de publicaciones, gracias a las cuales pudo ver la luz un número nada desdeñable de monografías de temática histórico-institucional.

Mientras, al presentar un sugestivo elenco de «cuestiones y problemas» pendientes de esclarecimiento, García-Gallo había recordado que «la Historia de la Administración pública en España está sin hacer» y que «no existe ningún estudio sobre la formación del Estado moderno en España» (109). El excelente *Curso* de García de Valdeavellano, editado en 1968, concluye, como es sabido, «al final de la Edad Media» (110). Por ello constituyó un acontecimiento la aparición en 1970 de la importante *Iniciación* de Lalinde (111), obra rigurosamente excepcional en todos los sentidos y todavía sin parangón en nuestro panorama historiográfico. Singular por su amplio aliento y por contener la hasta ahora única exposición solvente de la historia jurídica e institucional hispánica en su totalidad, lo es igualmente por su orientación. Tras caracterizar en la «Parte General» los sucesivos sistemas normativos con arreglo al acostumbrado método cronológico, Lalinde atiende con criterio estrictamente dogmático en los pasajes de la «Parte Especial» del libro que aquí interesan a «la estructura social», «la estructura política» y «la actuación del poder público». Esto es, al tiempo que buena parte de sus colegas merodeaban por las cercanías de la Historia social, cortejaban a los profetas de la Historia «total» y comenzaban a tomar en serio la conveniencia de superar el formalismo en la consideración de las instituciones; a la vez que las corrientes más influyentes ratificaban la obsolescencia del enfoque puramente jurídico y, en el mejor de los casos, preconizaban la necesidad de insertar a las instituciones en su entorno y de indagar sus recíprocas conexiones, Lalinde exhibía

(109) A. GARCÍA-GALLO, «Cuestiones y problemas de la Historia de la Administración española» (en *Actas del I Symposium...* cit.), pp. 43 y 48 respectivamente.

(110) L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media* (Madrid, 1968).

(111) J. LALINDE, *Iniciación histórica...* cit.

una radical independencia, hacía caso omiso de los dictados de la moda y ofrecía una muestra insólita y ejemplar de las ventajas, peligros y paradojas del método dogmático. En la *Iniciación* se dan cita, en efecto, la capacidad constructiva y la desmembración de la materia; la más consumada destreza en la fabricación de conceptos y el troceamiento de la realidad del pasado.

Las afirmaciones citadas de Sánchez Bella y de García-Gallo continuaban en pie, empero, al finalizar la por lo demás fecunda década de los sesenta: seguía faltando un estudio de entidad acerca de la gestación y estructura del régimen político hispánico de la Edad Moderna. Si a lo largo de los años que acabo de evocar se consiguió remontar el medievalismo y poner en marcha, aun en medio de los obstáculos apuntados, la investigación monográfica de las instituciones modernas, el logro a mi juicio más destacable de los setenta consistiría en la aparición de análisis circunstanciados y profundos de la organización política de los Austrias, y muy en primer término del monumental *Estado moderno y mentalidad social* ⁽¹¹²⁾, libro de inusuales proporciones y extraordinaria importancia en el que Maravall ensambló y explayó los resultados de las incontables aproximaciones parciales que había realizado con anterioridad.

Ni por su envergadura ni por representar la culminación de múltiples y pacientes investigaciones engarzadas en una trayectoria rectilínea se ajusta la obra de Maravall a las pautas habituales de la historiografía española, con demasiada frecuencia veleidosa y errática, más proclive a aplaudir las *boutades*, a extasiarse ante los pronunciamientos provocativos y las formulaciones ingeniosas desprovistas de fundamento, que a afrontar la indagación sistemática y reposada de grandes temas y a embarcarse en la elaboración de libros extensos. No sería improbable que *Estado moderno* hubiera sido más citado que leído. Lo que en cualquier caso se puede asegurar es que ha suscitado más elogios formularios o descalificaciones caprichosas que comentarios detenidos o críticas cabales. Aun dando por supuesta la presencia activa de los inveterados y deplorables factores que enturbian nuestra atmósfera cultural — la frívola arbitrariedad, el mimetismo, la tiranía de la moda, el balanceo entre el hi-

⁽¹¹²⁾ J.A. MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social (siglos XV a XVII)* (Madrid, 1972).

percriticismo iconoclasta y la neofilia irreflexiva —, sorprende que un libro tan vasto y de tan compleja arquitectura haya merecido tan escasas reseñas pormenorizadas. Claro que los volúmenes de Maravall se resisten a una consulta apresurada y fragmentaria y no son fáciles de sintetizar.

Sin ánimo de suplir lo que sólo puede deparar una lectura sosegada, conviene señalar, en primer lugar, que el libro en cuestión versa sobre el Estado y sus interrelaciones con la sociedad, la economía y la mentalidad circundantes, y no sobre su organización institucional a la manera en que la habría diseccionado un iushistoriador apegado a los cánones clásicos. Hay que hacer constar, en segundo lugar, que se halla cimentado sobre abundantes lecturas y sin recurrir a materiales de archivo. Maravall poseía un amplio — aunque desigual — conocimiento de la bibliografía europea, sobre todo de la francesa e italiana (menor de la inglesa y bastante parco de la alemana). Su dedicación y su adscripción académica a la Historia del pensamiento político le habían proporcionado una estrecha familiaridad con los escritos políticos en el sentido más lato, que esgrime con profusión, mostrándose más sobrio, en cambio, en el empleo de textos jurídicos. Como ya he insinuado, no maneja documentación inédita. «Nuestras páginas — advierte — están llenas de datos de pensamiento» (113). Perceptible es, igualmente, su preocupación comparatista; su insistencia en contrastar la evolución política de los principales países europeos, en subrayar la incidencia de fenómenos comunes y en indagar las manifestaciones particulares de los mismos. De todo lo cual se desprende que en *Estado moderno* prevalece la interpretación sobre la nuda descripción. Maravall lo da a entender en el Prólogo cuando escribe que «tal vez llegue a ser de cierta novedad — dada la medida en que seguimos tal proceder — la constante mezcla en la construcción histórica que aquí presentamos de lo que con terminología habitual se llaman hechos e ideas» (114). El Autor invoca, reitera y se esfuerza por demostrar desde diferentes ángulos un puñado de ideas esenciales. El título refleja con rara fidelidad el contenido de los dos gruesos tomos: a veces se le concede prioridad al análisis del Estado; en otros pasajes, por el contrario, adquiere

(113) *Ibid.*, I, p. 6.

(114) *Ibid.*, I, p. 6.

mayor protagonismo esa huidiza y en mi opinión un tanto fantasmal «mentalidad social» que, por un lado, circunda, impregna y contribuye a generar a aquél al tiempo que, por otro, es generada y transformada por él.

Prescindamos ahora de la mentalidad social y detengámonos un instante ante el Estado. Maravall se mueve en el orden de ideas diseñado en los años cincuenta por los historiadores europeos más solventes, cuyas construcciones incorpora, fundamenta y adecúa, con las rectificaciones y matices oportunos, al caso hispánico. Creo que su visión de la realidad política subsiguiente a la clausura del medioevo se puede resumir así. La forma política típica y propia del período histórico emergente en los países entonces hegemónicos del Occidente europeo, y por ende de la España de los Austrias, fue el «Estado moderno», al que presenta, de una parte, como vástago del Renacimiento; de otra, como «construcción política» consciente, esto es, como artificio humano; en tercer lugar, como producto rigurosamente nuevo y sin embargo colmado de «supervivencias medievales», de «elementos heredados». Dicho Estado propende a configurarse como esfera de poder unitaria, tendencialmente cerrada y exclusiva; con otras palabras: «el poder del Estado trata de eliminar toda instancia extra y supraestatal» ⁽¹¹⁵⁾. En la Parte Segunda, seguramente la más enjundiosa desde la perspectiva estricta de la Historia institucional, explana Maravall su concepción del poder estatal — de su origen, naturaleza, caracteres y límites —, que asienta sobre la doble base de la soberanía y de la potestad absoluta. Para Maravall el Estado fue, en definitiva, la respuesta al cúmulo de tensiones y amenazas que surcaron los siglos modernos, «el más eficaz órgano de estabilidad que hayan ensayado los hombres en su convivencia política» ⁽¹¹⁶⁾.

Sobre esos postulados teje Maravall el denso e irresumible entramado de conexiones en las que reside el atractivo y al mismo tiempo el aspecto menos satisfactorio del libro. Maravall acredita una finura analítica y capacidad de relación fuera de lo común, pero los nexos que establece no siempre aparecen debidamente estructurados, de suerte que se corre el peligro de perder el hilo conductor y

⁽¹¹⁵⁾ *Ibid.*, I, p. 174.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibid.*, II, p. 44.

de que los enlaces entre los elementos de la riquísima constelación de fenómenos que desfilan ante el lector se disuelvan en una especie de desorientadora, amorfa y banal conexión multilateral carente de virtualidad explicativa ⁽¹¹⁷⁾.

Con independencia de las ocasionales imperfecciones de la obra, Maravall proporcionó a principios de los setenta un modelo meditado, coherente y provisto de amplio y sólido sustrato erudito. Su interpretación del dispositivo político de los Austrias como formación estatal conformada por el poder soberano y absoluto del monarca contiene la caracterización a mi modo de ver más ajustada del régimen hispánico postmedieval y ha alcanzado considerable difusión entre los historiadores españoles.

Entre quienes parecen suscribir dicho modelo, al menos en sus líneas generales, se encuentra Tomás y Valiente, autor a su vez de una exposición de la organización de la Monarquía hispánica centrada en el reinado de Felipe IV, pero que en realidad abarca buena parte de la época de los Austrias ⁽¹¹⁸⁾. Inspirado en nociones muy próximas a las que vertebran *Estado moderno y mentalidad social*, acorde con sus principales postulados, el estudio de Valiente presenta no obstante notorias diferencias con los volúmenes de Maravall. No es un libro de tesis, sino un trabajo de síntesis en el que el tono discursivo inherente a la Historia del pensamiento ha sido sustituido por un enfoque netamente institucional. Desde esa óptica familiar al historiador del Derecho glosa Valiente las notas más relevantes del régi-

⁽¹¹⁷⁾ Me conformaré con aducir un ejemplo que creo ilustra con particular claridad esa manera de proceder. En la Parte Cuarta del libro, en las páginas iniciales del capítulo titulado «La proyección del Estado en el mundo de los hechos económicos», escribe Maravall: «Seguramente hoy no podemos decir que en una dirección única de la acción histórica el Estado hiciera el capitalismo, ni tampoco inversamente que el capitalismo trajera como creación suya el Estado. Es una *relación en doble sentido y que, además, hay que completar con las de otros factores que están entre sí íntimamente vinculados, de manera que cada uno de ellos se halla en conexión con los demás*» (*Estado moderno...*, II, p. 283. La cursiva es mía). No sería injusto extender a esa insuficiente, trivializadora y a fin de cuentas inútil orgía omniconectiva el fundado reproche que, al criticar la falta de teoría de la Escuela de Annales, dirige Fontana a L. Febvre: se proclama que todo está relacionado con todo, pero no se dice cómo se establece tal relación (J. FONTANA, *Historia: análisis del pasado y proyecto social*, Barcelona 1982, p. 204).

⁽¹¹⁸⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, «El gobierno de la Monarquía y la administración de los Reinos» (en *La España de Felipe IV*, Madrid, 1982).

men de la Monarquía, para acometer a continuación la descripción del aparato estatal, del que ofrece un ceñido compendio. Reaparece en estas páginas — escritas, se nos informa, en «la muy agitada y bastante confusa» España de 1977 ⁽¹¹⁹⁾, aunque no se publicaran hasta 1982 — la preocupación por desentrañar la compleja contextura de la Monarquía de los Austrias y la problemática articulación de los reinos que la integraban; por mostrar la dificultad de conciliar las tendencias absolutistas con la supervivencia de los principios pactistas en los territorios de la Corona de Aragón.

En fechas aún más cercanas se ha editado otra exposición de los órganos del Estado de los Austrias escrupulosamente fiel, por cierto, a los parámetros de la metodología institucional clásica. En efecto, al registrar las aportaciones más significativas de la historiografía española al estudio de esta materia no puede faltar una referencia, por sucinta que sea, a la concisa descripción de las instituciones estatales contenida en el *Curso* de Escudero ⁽¹²⁰⁾, que no sólo proporciona los datos necesarios para que el lector obtenga una primera visión de conjunto del aparato gubernativo y judicial de la época, sino que además suministra la información indispensable sobre las principales controversias originadas por las diferentes posiciones de la doctrina.

Junto a esas exposiciones generales de imprescindible mención, ha proseguido en el curso de los dos últimos decenios la investigación monográfica del conglomerado institucional de los Austrias. La inmensa riqueza de nuestros archivos, la consiguiente superabundancia de la documentación disponible, la paralela carencia de la más elemental coordinación, han producido una dispersión probablemente irremediable. De ahí las acusadas diferencias de todo orden que se observan en el tratamiento de los diversos temas.

Ni la monarquía ni las instituciones propiamente políticas han sido objeto de la atención que requieren. Por sorprendente que parezca no existe todavía un estudio profundo de la figura del rey y del contenido del poder real en los primeros siglos de la Edad Moderna, ausencia que se suele suplir con inconexas y fragmentarias alusiones a las regalías regias. Tampoco se ha desvelado el contorno inmediato

⁽¹¹⁹⁾ *Ibid.*, p. 44.

⁽¹²⁰⁾ ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho* cit., pp. 633 ss., y sobre todo 721 ss.

del monarca, el funcionamiento de la Casa y Corte, lo que por el momento torna ociosas y gratuitas, privándolas de cualquier alcance que no sea el puramente ensayístico, a las disquisiciones sobre el clientelismo nobiliario y la «sociedad cortesana». Entre tanto el análisis de las Cortes ha permanecido estancado hasta fechas muy recientes. Su tópica consideración como un organismo en plena decadencia, unida a las dificultades que entraña su estudio — a pesar de contarse con fuentes copiosas, o quizá, al menos en parte, precisamente por ello —, explica el desinterés de los historiadores, con las excepciones de Sánchez Montes y de Pérez Prendes ⁽¹²¹⁾. En realidad, sólo en los últimos años se ha iniciado el examen mínimamente detenido de las asambleas políticas del Antiguo Régimen. Hacia 1982, por distintos caminos, varios autores coincidieron en señalar la conveniencia de someter a revisión la tesis tradicional ⁽¹²²⁾, al tiempo que fuera de España se publicaban algunos artículos que pronto alcanzaron notable resonancia ⁽¹²³⁾. La conmemoración del octavo centenario de la reunión leonesa de 1188 ha estimulado la investigación y en breve plazo fraguará en publicaciones importantes que en este momento se encuentran en una fase de elaboración muy avanzada ⁽¹²⁴⁾.

Los conocimientos acerca del aparato gubernativo y judicial son aún muy limitados y desiguales, si bien experimentan constantes progresos. El plano de los principios y problemas generales, de los procedimientos y sectores de actuación del poder público y de las

⁽¹²¹⁾ J. SANCHEZ MONTES, *1539. Agobios carolinos y ciudades castellanas* (Granada, 1974).

⁽¹²²⁾ Entre otros, M. ARTOLA, *La Hacienda del Antiguo Régimen* (Madrid, 1982), pp. 30, 63, 91, 108-109 y 138, y P. FERNANDEZ ALBALADEJO, *Monarquía y Reino en Castilla, 1538-1623*, Ponencia presentada a la XIV Settimana di Studio del Instituto Francesco Datini (Prato, 1982).

⁽¹²³⁾ Ch. JAGO, «Habsburg Absolutism and the Cortes of Castile» (en *The American Historical Review*, 86, 1981); I.A.A. THOMPSON, «Crown and Cortes in Castile, 1590-1665» (en *Parliaments, Estates and Representation*, 2, 1982), y «The End of the Cortes of Castile» (*Ibid.*, 4/2, 1984). Antes había aparecido el libro de Ch. D. HENDRICKS, *Charles V and the Cortes of Castile. Politics in Renaissance Spain* (Cornell University, 1976).

⁽¹²⁴⁾ Acaba de preceder a tales publicaciones el libro de J.M. CARRETERO, *Cortes, Monarquía, Ciudades. Las Cortes de Castilla a comienzos de la época moderna (1476-1515)* (Madrid, 1988).

técnicas de gobierno es uno de los más desatendidos y de ordinario peor comprendidos por quienes carecen de preparación jurídica. Entre los escasos trabajos dignos de mención en este apartado se encuentran los de García-Gallo y Eiras Roel ⁽¹²⁵⁾, además del a mi juicio desenfocado libro de Gallego Anabitarte que ya se citó anteriormente ⁽¹²⁶⁾. En lo que respecta al personal al servicio de la Monarquía, a los oficiales regios o, como también se dice (con evidente impropiedad), al «funcionariado» de la época, conviene distinguir por lo menos dos líneas principales de investigación, según que se conceda la primacía a la consideración de los aspectos técnicos y del estatuto jurídico o, por el contrario, a la vertiente sociológica. Entre los iushistoriadores que, como era de esperar, han alimentado la primera opción se hallan Lalinde, García Marín y Tomás Valiente ⁽¹²⁷⁾, mientras han solido preferir la segunda los historiadores generales. Kagan, Lario y Pelorson se han ocupado de la formación de los letrados ⁽¹²⁸⁾, y Molas Ribalta lleva años empeñado en la ejecución de un vasto proyecto de «Historia social de la Administración» diseñado con claridad y sencillez, sin asomo de grandilocuencia, sin apelar a planteamientos vacuos ni a objetivos retóricos, con la autenticidad y

⁽¹²⁵⁾ A. GARCÍA-GALLO, *Cuestiones y problemas...* cit.; del mismo, «La división de las competencias administrativas en España en la Edad Moderna» (en *Actas del II Symposium...* cit.); A. EIRAS ROEL, «Sobre los orígenes de la Audiencia de Galicia y sobre su función de gobierno en la época de la Monarquía absoluta» (en *AHDE*, 54, 1984).

⁽¹²⁶⁾ GALLEGO ANABITARTE, *Administración y jueces...* cit.

⁽¹²⁷⁾ LALINDE, *Los medios personales de gestión...* cit.; J.M. GARCIA MARIN, *La burocracia castellana bajo los Austrias* (Sevilla, 1976; 2ª ed., 1986); del mismo. «El dilema ciencia-experiencia en la selección del oficial público en la España de los Austrias» (en *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1983). De los trabajos de F. TOMAS Y VALIENTE interesan a estos efectos los dedicados a la venta de oficios públicos, entre otros: «Origen bajomedieval de la patrimonialización y la enajenación de oficios públicos en Castilla» (en *Actas del I Symposium...* cit.); «La venta de oficios de regidores y la formación de oligarquías urbanas en Castilla (siglos XVII y XVIII)» (en *HID*, 2, 1975); «Dos casos de ventas de oficios en Castilla» (en *Homenaje al Dr. D. Juan Reglá Campistol*, I, 1975); «Les ventes des offices publics en Castille aux XVII et XVIII siècles» (en *Amterkäufllichkeit: aspekte sozialer mobilität im Europäischen Vergleich*, Berlin, 1980).

⁽¹²⁸⁾ R. KAGAN, *Universidad y sociedad en la España moderna* (Madrid, 1981); D. DE LARIO, *Sobre los orígenes del burócrata moderno. El Colegio de San Clemente de Bolonia durante la impermeabilización habsburguesa (1568-1659)* (Bolonia, 1980); J.M. PELORSON, *Los letrados...* cit.

el rigor que sólo proporcionan la frecuentación de los archivos y la proximidad a las fuentes ⁽¹²⁹⁾.

En la esfera, en fin, de la morfología estatal se reproducen los desequilibrios. A lo largo de los últimos años las instituciones mejor libradas han sido las pertenecientes al ámbito central, sobre las cuales se han acumulado insensiblemente una serie de monografías de indudable entidad. Al margen de los libros antes citados de Valiente y Escudero sobre los validos y secretarios respectivamente ⁽¹³⁰⁾, hay que dejar constancia — de nuevo a título meramente indicativo y sin afán de exhaustividad — de la aparición de varios estudios solventes sobre algunos consejos. Así, De Dios y Fayard han examinado desde diversas perspectivas el Consejo de Castilla ⁽¹³¹⁾, Barrios el de Estado ⁽¹³²⁾, Escudero los orígenes del Consejo de la Inquisición ⁽¹³³⁾, Thompson el de Guerra en tiempos de Felipe II ⁽¹³⁴⁾, y Bermejo, otro profundo conocedor de la administración de estos siglos y autor de numerosos trabajos sobre materias institucionales ⁽¹³⁵⁾, se ha aproximado al abigarrado y sin embargo indefinido mundo de las Juntas ⁽¹³⁶⁾.

Menor y desde luego insuficiente atención ha concitado el gobierno de los grandes o pequeños distritos y circunscripciones terri-

⁽¹²⁹⁾ Cfr. P. MOLAS RIBALTA, «La Historia social de la Administración» (en *Historia social de la Administración española. Estudios sobre los siglos XVII y XVIII*, Barcelona, 1980).

⁽¹³⁰⁾ Cfr. *supra*, notas 98 y 100.

⁽¹³¹⁾ S. DE DIOS, *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)* (Madrid, 1982); el mismo, *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla* (Salamanca, 1986); J. FAYARD, *Los miembros del Consejo de Castilla (1621-1746)* (Madrid, 1982).

⁽¹³²⁾ F. BARRIOS, *El Consejo de Estado de la Monarquía española, 1521-1812* (Madrid 1984).

⁽¹³³⁾ J.A. ESCUDERO, «Los orígenes del Consejo de la Suprema Inquisición» (en *AHDE*, 53, 1983).

⁽¹³⁴⁾ I.A.A. THOMPSON, «The Armada and a administrative reform: the Spanish Council of War in the reign of Philip II» (en *English Historical Review*, 82, 1987).

⁽¹³⁵⁾ Recogidos muchos de ellos en volúmenes misceláneos como los titulados *Aspectos jurídicos e institucionales del Antiguo Régimen en España* (Barcelona 1985) y *Derecho y Administración Pública en la España del Antiguo Régimen* (Madrid, 1985). Cfr. también el libro citado en la nota siguiente.

⁽¹³⁶⁾ J.L. BERMEJO, *Estudios sobre la administración central española (siglos XVII y XVIII)* (Madrid, 1982), y «Notas sobre Juntas del Antiguo Régimen» (en *Actas del IV Symposium* cit.).

toriales, de los señoríos y de los municipios, muy necesitado, en consecuencia, de nuevas aportaciones. Sobre la comúnmente denominada administración «territorial» recordemos el libro de González Alonso en torno a los gobernadores ⁽¹³⁷⁾, así como el trabajo de Martínez Díez acerca de la evolución de las provincias ⁽¹³⁸⁾. Por lo que atañe al régimen señorial sigue destacando la citada monografía de Guilarte, recientemente reeditada ⁽¹³⁹⁾. La abundancia de los estudios dedicados a los señoríos medievales se transforma en desesperante escasez cuando pasamos a los modernos, entre los que se encuentra el volumen de Morán Martín sobre el señorío de Benamejí ⁽¹⁴⁰⁾. Diversas consideraciones sobre el régimen señorial moderno se hallarán también en algunos trabajos de González Alonso, Bermejo y Atienza ⁽¹⁴¹⁾, así como, por supuesto, en el libro de este último sobre la Casa de Osuna ⁽¹⁴²⁾. Los conocimientos que en la actualidad se poseen sobre el sector municipal son también muy incompletos. Sobre los corregidores hay que registrar, además de la monografía de González Alonso ya citada ⁽¹⁴³⁾, el libro que Lunenfeld acaba de dedicar a los delegados regios del período 1471-1504 ⁽¹⁴⁴⁾. Algunos aspectos de la administración municipal han sido apuntados por González Alonso, Ladero Quesada y Domínguez Ortiz ⁽¹⁴⁵⁾.

⁽¹³⁷⁾ B. GONZALEZ ALONSO, *Gobernación y gobernadores. Notas sobre la administración de Castilla en el período de formación del Estado moderno* (Madrid, 1974).

⁽¹³⁸⁾ G. MARTINEZ DIEZ, «Génesis histórica de las provincias españolas» (en *AHDE*, 51, 1981).

⁽¹³⁹⁾ Cfr. *supra*, nota 97.

⁽¹⁴⁰⁾ R. MORAN MARTIN, *El señorío de Benamejí (su origen y evolución en el siglo XVI)* (Córdoba 1986).

⁽¹⁴¹⁾ B. GONZALEZ ALONSO, «Notas sobre las relaciones del Estado con la administración señorial en la Castilla moderna» (en *AHDE*, 53, 1983); J.L. BERMEJO, «Sobre nobleza, señoríos y mayorazgos» (en *AHDE*, 55, 1985); I. ATIENZA, «Refeudalización en Castilla durante el siglo XVII: ¿un tópico?» (en *AHDE*, 56, 1986).

⁽¹⁴²⁾ I. ATIENZA, *Aristocracia, poder y riqueza en la España moderna. La Casa de Osuna, siglos XV-XIX* (Madrid, 1987).

⁽¹⁴³⁾ Cfr. *supra*, nota 101.

⁽¹⁴⁴⁾ M. LUNENFELD, *Keepers of the city. The corregidores of Isabella I of Castile (1474-1504)* (Cambridge, 1987).

⁽¹⁴⁵⁾ B. GONZALEZ ALONSO, «Sociedad urbana y gobierno municipal en Castilla (1450-1600)» (en el volumen del Autor *Sobre el Estado y la administración... cit.*);

Llegamos así al término del itinerario que nos habíamos propuesto recorrer. La simple mención — repetiré por última vez que puramente ejemplificadora — de los libros y trabajos citados en las notas precedentes confirma que el estudio del régimen político y de las instituciones hispánicas de la Edad Moderna se ha normalizado plenamente en el transcurso del último cuarto de siglo.

Aunque nunca se disfruta de perspectiva adecuada para contemplar el presente, y todavía menos para valorarlo, es un hecho que en estos momentos aumenta el número de publicaciones y se diversifican las preocupaciones de los estudiosos; se colman lagunas inveteradas y se multiplican los hallazgos de nuevos núcleos temáticos; se inicia el replanteamiento de nociones acuñadas hace apenas unos lustros y apuntan nuevas controversias. No es ahí, sin embargo, donde radica el fenómeno más llamativo de estos años — más llamativo, no más importante —, sino ante todo en el cambio del clima que rodea a la Historia jurídica e institucional, apreciable a simple vista y consecuencia, a mi juicio, de la convergencia de muy variados factores.

Es patente, por un lado, el rápido envejecimiento de las corrientes teóricas que causaban furor en los años sesenta. Su declive — paralelo al de la historiografía francesa que las difundió — ha permitido restituir a la Historia económica y social las dimensiones que le son propias y corregir, consiguientemente, la hipertrofia de que fueron víctimas en décadas pasadas. Resulta evidente que la Historia económica ya no despierta el entusiasmo de antaño, lo cual ofrece la ventaja de que su estudio retorna a los especialistas competentes en la materia, acallándose así el griterío y cesando los desmanes producto de la osadía de una legión de historiadores carentes de formación económica.

Pero el repliegue de las tendencias antes en boga ha debido dejar a algunos historiadores ante algo parecido a un dilema: o despeñarse por la pendiente de la extravagancia y del ensayismo, o volver la vista hacia especialidades clásicas no ha mucho irreflexivamente me-

M.A. LADERO QUESADA, «El poder central y las ciudades en España del siglo XIV al final del Antiguo Régimen» (en *Revista de Administración Pública*, 94, 1981); A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, «Poder estatal y poder municipal en Castilla bajo los Austrias» (en el volumen colectivo *Centralización y descentralización. Modelos y procesos históricos en Francia y en España*, Madrid, 1985).

nospreciadas. Por ejemplo, hacia la Historia política, o la institucional, tan próximas. Sin solución de continuidad han empezado a resonar por doquier las invocaciones a una «nueva» Historia política y el Poder (con mayúscula, como *il faut*) ha comparecido rutilante en el firmamento historiográfico. La nueva estrella debe irradiar una luz cegadora, pues no faltan quienes, tras haber repudiado años atrás a la Historia política, a la Historia del Derecho, a la Historia institucional, las redescubren y vitorean ahora con indescriptible frenesí, henchidos de ese desorientado radicalismo característico de los conversos. Si antes se extasiaban ante un envoltorio francés, ahora parecen más sensibles al encanto de la historiografía anglosajona.

Creo, empero, que no es eso todo. Nada tan pertinente en este momento como recordar, por otro lado, que toda Historia es Historia contemporánea. Las experiencias de los años setenta y ochenta justifican sobradamente el resurgimiento del interés por la historia de las formas políticas y de los sistemas institucionales. Ante nuestros ojos se ha operado nada menos que la metamorfosis y mutación cualitativa del Estado; el cuarteamiento y defunción de un régimen político y su sustitución por otro sustancialmente diverso; el renacimiento de la participación política y de los nacionalismos periféricos; la transformación de los conceptos y del lenguaje jurídicopolítico. Nada tiene de particular que esos cambios hayan facilitado y aun provocado la renovación de la temática de los historiadores y del cuestionario con el que interrogan al pasado. Ninguna rama tan apta para proporcionar las respuestas oportunas como la Historia institucional, a caballo entre la Política y el Derecho, en el punto de intersección entre ambos.

De manera que el actual auge de la Historia institucional es el resultado de la ocasional confluencia de factores muy heterogéneos y de desigual calado, entre los que no faltan ciertas dosis de diletantismo. Contemplémoslo, por tanto, con serenidad, sin apartarnos del rumbo intelectualmente fecundo y sin incurrir en desvaríos, porque tan consustancial le es al esnobismo la frivolidad como a la moda la transitoriedad. También cederá y se extinguirá la que ahora ensalza a la Historia institucional, y previsiblemente pronto. No puede perdurar, pues los impenitentes degustadores de novedades historiográficas no tardarán en deglutir sin remisión la materia susceptible de estudio. Hay quienes, nada más avistar un tema, lo

devoran y decretan su inexistencia. Como el Estado no fue Estado, ni el absolutismo fue al cabo absolutismo, y hasta el Derecho de los reinos sobrevive a duras penas, siempre al borde del naufragio ante las poderosas embestidas del *ius commune*... solo resta la nada. Y como no cabe ocuparse indefinidamente de la nada, pronto les invadirá el tedio, darán por concluida la función y trasladarán el campamento a quién sabe dónde, en busca de nuevas emociones. Mas no porque cese el ruido habrá desaparecido la necesidad de continuar ahondando en el conocimiento del pasado; esperemos que tampoco los historiadores capaces de proseguir la tarea con seriedad y perseverancia.

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

JUSTIÇA E ADMINISTRAÇÃO ENTRE O ANTIGO REGIME E A REVOLUÇÃO

1. Introdução. A justiça como um campo de conceitos. — 2. Justiça e governo. — 3. Justiça, graça, economia, política. — 4. A justiça, tecnologia modelar do poder. — 5. O campo da justiça. — 5.1. 'Jurisdictio ordinaria' v. 'extraordinaria' ou a defesa dos aparelhos políticos tradicionais. — 5.2. 'Jurisdictio generalis' v. 'specialis' ou o apogeu e queda do corporativismo. — 5.3. 'Jurisdictio compromissoria' v. 'jurisdictio stricti iuris' ou a integração da informalidade. — 5.4. 'Jurisdictio contentiosa' v. 'voluntaria' ou uma antropologia jurisdicionalista. — 6. A justiça, um mundo de homens. — 6.1. O campo judiciário letrado. — 6.2. As consequências do modelo ideológico da justiça letrada. — 6.3. O mundo da justiça tradicional. — 6.4. Os destinatários de justiça. — 7. Um relance sobre o crepúsculo do mundo judiciário do Antigo Regime. — 8. Conclusão.

1. *Introdução. A justiça como um campo de conceitos.*

A história da justiça e do direito judiciário não têm conhecido muita fortuna. A imagem que hoje temos da uma e de outro, como zonas *adjectivas* da ordem jurídica, contribuem fortemente para isso. Interessante — do ponto de vista teórico e do ponto de vista histórico — será sobretudo a actividade *constitutiva* ou *substantiva* de fazer a lei e não a actividade subordinada de a *aplicar*.

O próprio princípio da legalidade — que atinge a sua máxima intensidade no domínio da justiça (o juiz, *longa manus* da lei) — desvaloriza ainda a autonomia da actividade judiciária, mesmo quando confrontada com outras actividades «de aplicação da lei», como a administração, onde os actos discricionários e os momentos de apreciação desvinculada obtêm um maior peso.

O que se passa no plano da análise das várias funções jurídicas reflecte-se no plano da análise sociológica ou histórica dos grupos sociais nelas interessados. Também aqui, esta subvalorização do produto social autónomo da actividade judiciária faz com que, nos

planos da auto-representação, da análise sociológica e da análise histórica, aos agentes judiciais seja atribuído um peso social e político menos importante do que o atribuído aos agentes políticos.

As raízes deste modelo de hierarquização das várias práticas políticas e jurídicas estão, evidentemente, num paradigma de leitura dos factos de poder que privilegia os efeitos políticos e jurídicos produzidos pelos aparelhos políticos «centrais» ou «estaduais» e, nestes, ainda pelo seu centro, identificado com o aparelho legislativo. Reconhecemos facilmente neste paradigma os traços típicos da construção liberal do Estado, dominada pelas ideias de *unidade da soberania* e de *primado da lei*, cujas primeiras manifestações aparecem nos cultores do *jus publicum* iluminista ⁽¹⁾. Aí, de facto, a *potestas legislativa* aparece como o primeiro *officium regis*; e a *justitia* como uma actividade subalterna, incluída no conjunto de outras actividades dirigidas a fazer observar as leis ⁽²⁾. Se, antes, a *iurisdictio* era o pólo para que se orientava todo governo, agora é este (com os seus objectivos próprios) que orienta e legitima a justiça ⁽³⁾.

Antes, porém, a justiça ocupava um outro lugar na imagem que se fazia da panóplia dos meios de poder. É a esta imagem que dedicaremos em seguida a atenção. Não apenas pela importância que este tema do lugar da justiça nos mecanismos do poder tem na teoria política e jurídica moderna. Mas também porque, através das classificações que ele comporta, se torna visível uma matriz de distinção e de hierarquização das funções políticas e dos seus portadores que dominou a cultura europeia entre os séculos XIII e XVIII.

2. *Justiça e governo.*

A primeira grande distinção que interessa o nosso tema, estabe-

⁽¹⁾ Sobre o «paradigma estadualista» e os seus efeitos na historiografia político-institucional, Hespanha, 1984.

⁽²⁾ V., v.g., as enumerações e hierarquizações dos «ofícios do imperante» feitas por Melo 1789, I (*potestas leges condendi, judiciaria, jus gladii, jus fisci*, etc., por esta ordem) e Sampaio, 1793, 71 (legislativo, policiativo, judicativo e executivo, no qual inclui a justica). Os modelos eram, num caso e noutro, Heinneccius e Martini.

⁽³⁾ «É certo que todos os magistrados são Politicos, e Economicos, porque toda a administração da Justiça se dirige a economizar, e civilizar os povos, e promover a segurança publica» (Sampaio, 1793, 191 nota (a)).

lecendo a repartição fundamental entre o campo judiciário e os campos em que se desenvolvem as outras práticas do poder, é a que se estabelece a partir da definição do que seja «justiça». Recolhendo numa síntese os elementos da longa tradição do direito comum, pode dizer-se que a justiça — entendida como campo de actividade do poder ⁽⁴⁾ — é a actividade dos *rectores civitatis* (*maxime*, do príncipe) que consiste num *iudicium*, ou seja, na resolução de uma questão envolvendo direitos distintos e contraditórios, de modo a fazer justiça, *scl.*, a atribuir cada um o que lhe é devido ⁽⁵⁾.

Mas a justiça não era apenas uma das actividades do poder. Ela era — enquanto se manteve pura a sua imagem tradicional ⁽⁶⁾ — a primeira, se não a única, actividade do poder. Já Santo Agostinho o afirmara — «remota iustitia, regna latrocinia» (Santo Agostinho, *Civitas Dei*, lb. 4, cap. 4). E toda a tradição jurídica e moral o repete até quase aos finais do Antigo Regime. Ela é a «ars artium, & animarum regimen» ⁽⁷⁾, a primeira virtude do príncipe, pela qual lhe competiria, *ex officio*, atribuir a cada um — república ou particulares — aqueles bens que lhe fossem devidos ⁽⁸⁾.

No desempenho deste múnus, exercido ordinariamente (segundo a sua ordem ou proporção, *potestas ordinaria*), o rei estava limitado pelo direito (pela *justitia, scl.*, o dever de *suum cuique tribuere*) e, logo, sujeito a *iudicia*, no caso de a sua acção colidir com direi-

(4) A justiça pode ainda ser entendida como uma das virtudes morais cardinais (*prudentia, iustitia, fortitudo, temperantia*, S. TOMÁS, *Summa Theol.*, I-2, qu. 61, I; qu. 66 4c). Neste sentido é, segundo a conhecida definição de Ulpianus, «perpetua et constans voluntas suum cuique tribuere» (D., I, 1, 10, pr.) [uma vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o que lhe é devido].

(5) Algumas definições de *iudicium* tiradas de literatura jurídica usual na península: «Iudicium est investigatio, quam secundum iuris ordinem facit iudex per varios modos ad veritatem eliciendam, & elicitam costudiendam» *apud* Scot. 1601, v. «iudicium»; «legitima rei controversiae inter litigantes apud iudicem disceptatio, seu tractatio», Frago, 1641, I, 458, 2; «Juris status, quo discutitur justitia ab illo, qui habet jurisdictionem», A maral, 1610, v. «Judicium» I, 665.

(6) V. Costa 1969, *per totum*; Hespanha, 1984a, *per totum*; Mannori, 1988, 165 ss.

(7) Pegas, 1669, I, *in proem.* gl. 23 n. 2.

(8) «Ex quibus definitionibus constat principis esse facere iudicium & justitiam. Cujus virtutis objectum est debitum alteri, sive debitum sit commune reipublicae, sive regno, quod pertinet ad justitiam legalem, sive bonum particularem alicujus privati, quod pertinet ad justitiam particularem, & utrumque bonum incumbit principi procurare ex officio», Frago, 1641, I, disc. I, § 11, n. 18 (p. 17).

tos (ou aparências de direitos) de particulares). Tratava-se, isto é, de uma função *essencialmente jurisdiccional*, pelo que, como refere L. Mannori, «a aplicação de uma qualquer medida coactiva em relação a um súbdito que nela não consentisse — ou de um “*invitus*”, para usar a expressão da glosa — não pode ocorrer sem a participação do destinatário, ao qual deve ser oferecido um meio de se defender». Daí a necessidade, nestes casos, de um prévio juízo contraditório ⁽⁹⁾.

A concepção jurisdiccionalista do poder, para que apontava esta identificação entre *iustitia e officium regni*, era, em todo caso, capaz de integrar os actos do poder que não visavam, estritamente, dirimir um conflito de direitos. A tradição jurídica medieval tinha, como se sabe ⁽¹⁰⁾, desenvolvido, a partir das definições romanas de *iurisdictio* e *imperium*, uma grelha conceitual em que cabiam algumas das prerrogativas que hoje incluímos na «administração activa». O conceito chave era, para este efeito, o de *merum imperium*, considerado pela doutrina do *ius commune* clássico como uma espécie da *iurisdictio*, justamente aquela em que o juiz exercia o seu múnus oficiosamente, tendo em vista a utilidade pública ⁽¹¹⁾. O *imperium merum* não abrangia, apenas, a punição de criminosos, embora para aqui apontasse directa e principalmente a definição do *imperium* como *gladii potestas*, contida no Digesto (D., 2,1,3,); mas ainda actos como a edição de leis, o comando dos exércitos, a

⁽⁹⁾ O qual pode, decerto, ser também integrado por *nuda decreta* ou *praecepta iudicis*, mas privados de qualquer autonomia em relação ao *iudicium*, Mannori, 1988, 192.

⁽¹⁰⁾ V. Hespánha 1984a. Lembremos as principais definições, tal como aparecem na sua fase mais estável. *Iurisdictio late sumpta* — «potestas de publico introducta cum necessitate iuris dicendi vel aequitatis statuendae» (Azo). *Iurisdictio presse sumpta* — «quae exercetur officio iudicis mercenario, scilicet officium quod servit actione mere civili... ad petitionem partium» (Fragoso, 1641, I, 393, n. 96). *Imperium* — «iurisdictio quae exercetur officio iudicis nobili, quod non deservit actioni civili, neque ad instantiam partium dumtaxat, sed per se, & de se movet iudicem ad inquirendum de delictis ad puniendum, vel absolvendum», Fragoso, 1641, I, 393, 96.

⁽¹¹⁾ «Merum imperium est iurisdictio quae officio iudicis nobili expeditur, vel per accusationem, publicam utilitatem respiciens principaliter», BARTOLO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, in 1. *imperium*, ff. *De iurisdictione omnium iudicium* (D., 2, 1, 3); «iurisdictio quae exercetur officio iudicis nobili, quod non deservit actioni civili, neque ad instantiam partium dumtaxat, sed per se, & de se movet iudicem ad inquirendum de delictis ad puniendum, vel absolvendum», Fragoso, 1641, I, 393, n. 96.

expropriação por utilidade pública, a imposição fiscal ⁽¹²⁾. Numa formulação geral mais tardia, citada por L. Mannori (Mannori 1988, 186), os poderes de *imperium* do juiz existiam «ubicumque concernit et respicit publicam utilitatem» (ASINIO, *Tractatus de executionibus...*, [1689]).

Esta ideia de uma relação essencial entre *imperium* e *iurisdictio*, fazia com que os actos de poder, mesmo estes que se compreendiam no âmbito do mero império, estivessem sujeitos aos requisitos mínimos de um *iustum iudicium*, nomeadamente, a audição prévia dos interessados (*citatio [late sumpta]*) e uma averiguação metódica da situação (*causae cognitio [também late sumpta]*). E isto valia no centro mesmo das matérias «políticas». Um exemplo. Tão tarde como nas cortes portuguesas dos meados do séc. XVII, o rei reenvia para o conhecimento ordinário ou para os tribunais de justiça todos os pedidos que coenvolvem direitos particulares. Ou seja, mesmo quando estava em causa a utilidade pública, o poder não deixava de estar limitado pela natureza *jurisdiccional* das suas prerrogativas, nem deixava de estar obrigado a exercê-las de acordo com os métodos típicos da ordem judiciária. Embora esta ligação essencial entre *iurisdictio* e *imperium* se torne controversa a partir de certa altura ⁽¹³⁾, ela colhe sufrágios dominantes até muito tarde nos juristas do sul de Europa («valde absurdum dicere tantam vim, et potestatem esse datam sine aliqua causae cognitione», Menochio, citado por Mannori, *loc. cit.*) ⁽¹⁴⁾. Em Portugal, tão tarde como na segunda metade do séc. XVII, António de Sousa Macedo escreve «o fim ou objecto da jurisprudencia, não he so a decisam das demandas, como cuidam os imperitos, mas igualmente o Politico decoro do governo na paz, as legitimas conveniencias da Republica na guerra, a justa rezaõ de Estado com os Estrageiros, a decente soberania com os Vassallos, e quanto pertence à direcção do Príncipe perfeito» ⁽¹⁵⁾. Só com o

⁽¹²⁾ Hespanha, 1984a, 11, Mannori, 1988, 186.

⁽¹³⁾ Cfr. Mannori, 1988, 189 n. 62; a acrescentar à lista de autores que a recusam, Vinnius, no seu *Tractatus de jurisdictione et imperio* (I, ns. 1 e 2; em Vinnius, 1748, p. 72).

⁽¹⁴⁾ Embora a especial dignidade das matérias pudesse justificar um *iudicium* privilegiado, sujeito a regras especiais de constituição, de prova ou de execução. O exemplo mais típico é o dos privilégios do fisco (cfr. a concepção do direito do fisco como *jus publicum*).

⁽¹⁵⁾ Macedo, 1651, pt. 3, par. 9, 3. Cfr. sobre este tema da omnivalência da ju-

iluminismo, o império se separa radicalmente da jurisdição e o governo da justiça. Em Portugal, por exemplo, Melo Freire introduz a categoria de *summum imperium*, global, absoluto e arbitrário — «summum illud jus est, et quo scilicet continentur omnia, ut civitatem tueri possit et debeat, et omnia facere, sine quibus securitas cum interna, tum externa civium, et salus populi, quae suprema lex est, commode obtineri non possunt» (*Inst. iur. civ.*, I, 1,2); «jus actiones subditorum *pro arbitrio* dirigendi» (*Inst. iur. civ.*, I, 1,2, nota).

Resta dizer que, mesmo na plena vigência desta concepção jurisdicionalista do poder, nunca se duvidou de que o rei, tendo em conta a *suprema necessitas* (*scl. necessitas quae non habet legem*) ou *urgens et suprema publica utilitas*, dispuzesse de poderes especiais (*potestas extraordinaria*), que lhe permitiam arredar os obstáculos dos direitos de terceiro e, assim, furtarse ao *iudicium*. Em todo o caso, o exercício da *potestas extraordinaria* sempre foi tido como um meio odioso (no sentido técnico em que os juristas utilizam a palavra) e, logo, excepcional ⁽¹⁶⁾.

3. *Justiça, graça, economia, política.*

Potenciando a justiça — como virtude do governo político — está a graça. À qual corresponde, por isso, também um domínio de actuação. A graça consiste na atribuição de um bem que não compete por justiça nem comutativa, nem distributiva (i.e., que não era, de qualquer forma, *juridicamente devido*). Porém, não destrói a justiça — como não destrói a natureza — antes a aperfeiçoa ⁽¹⁷⁾ ⁽¹⁸⁾.

risprudência como ciência do governo, Torgal, 1982, I, 105 ss.; Albuquerque, 1983, I, *maxime*, 199 ss. e 202 ss.).

⁽¹⁶⁾ Cfr. Hespanha, 1982, 317; Hespanha, 1986, 680.

⁽¹⁷⁾ «*Gratia excedit conditionem naturae creatae*», S. Tomás, I-2 qu. 112 1c; qu. 114 2, 5c; «*gratia proprie est donum Dei, excedens ordinem naturae et sine meritis*», *ibid.*, I-2 qu. 112 1c; «*gratia non tolit naturam, sed perficit et supplet defectum naturae*», *ibid.*, 1, qu. 1. 8 ad 2.

⁽¹⁸⁾ Um exemplo da acto de graça é a *dispensatio*: «*Dispensatio est iuris relaxatio facta cum causae cognitione ab eo qui potest relaxare*», Fragoso, 1641, I, p. 270, n. «*dispensationis gratia quaedam tolerantur, quae canonum rigor condemnat*», *Decretum*, C. I., qu. 7, c. 15 e 16; «*rectores multitudinis possunt dispensare in legibus humanis quando deficient in aliquo casu, vel necessitas imminet*», S. Tomás, *Summa Th.*, I-2 qu. 96 6c; «*cum dispensatur in aliqua lege humana, non fit ut lege humana non obedia-*

Daí que, pelo exercício da graça, o rei não pudesse ofender ou frustrar direitos adquiridos. Por isso se não admitia, por exemplo, a concessão do perdão quando, havendo ofensa de parte, esta não tivesse perdoado; ou — outro exemplo — a criação de ofícios (*v.g.*, de tabelião) que viessem lesar oficiais já estabelecidos. Por outro lado, a própria graça contém um elemento «objectivo» que a aproxima da ideia de «medida», de «razão» e, logo, de justiça. Na verdade, o pensamento moral medieval e moderno concebeu uma espécie de «economia da graça», a que correspondia, no plano social, à «economia do serviço», esse equilíbrio dos «serviços» mutuamente prestados, em que se baseavam a socialização e os vínculos políticos. Daí que o exercício da própria graça fosse também objecto de um *iudicium*, de um processo metódico de decisão, e que se falasse de graças devidas em razão de um *debitum morale*.

No entanto, nem todo o campo de exercício do poder real era coberto pelo âmbito da justiça. Desde logo porque o pensamento medieval e moderno tinha bem claro que o príncipe, para além de *pessoa pública*, era também *pessoa privada* ⁽¹⁹⁾ e, assim, para além da sua prerrogativa de *senhor de justiça* — e da prerrogativa conexas de *senhor da graça* —, tinha as prerrogativas — *i.e.*, as virtualidades de acção — de que gozavam os particulares, incluídas pela filosofia moral nos âmbitos da *monástica* e da *economia*. Para os presentes objectivos, interessa-nos sobretudo salientar a oposição entre a *economia*, a *política* e a *justiça*. A política distingue-se da economia pelo carácter comum dos bens que prossegue ⁽²⁰⁾. A justiça, por sua vez,

tur...; sed fit ut hoc quod erat lex, non sit lex in hoc casu», S. TOMÁS, *Summa Th.*, II-2 qu. 88 10 ad 2; «rescriptum gratiae differt a iustitiae, quod primum est ad lites (*in l. & si legibus, C. si contra jus, vel utilitatem publicam*); rescriptum autem gratiae est ad beneficia, & similia (*Sextum, de rescriptis, cap. gratia*, Fragoso, 1641, vol. III, lib. IV, 11, 2, 32, p. 418).

⁽¹⁹⁾ Como *persona publica* (*scl. loco multitudine constituta*), o príncipe prosseguia o *bonum communem*; enquanto *persona privata*, prosseguia o *bonum unius domus* (*cfr.* Fragoso, 1641, *Proem.*, 10).

⁽²⁰⁾ Sobre eles, FRAGOSO 1641, *Proem.*, 12. A distinção vem de Aristóteles, como se sabe. Eis, porém a formulação moderna, sobre o ponto que nos interessa mais de perto. «Politia est hominum multitudo unanime consensu, ac voluntate in unum corpus politicum congregata, ut mutuo in ordine ad unum finem se adjuvent... Oeconomia vero... est rei domesticae gubernatio, seu dispositio... oeconomia prior fuit quam politia, & potestas dominativa, qua utitur oeconomia, prius orta fuit quam potestas jurisdictionis,

pelo facto de envolver interesses duais e contraditórios; enquanto que; no seio da família, existe só um interesse, dependendo a decisão, por isso, apenas de uma avaliação sobre a melhor ou mais oportuna maneira de o prosseguir. Não há, portanto, lugar para um *judicium*, em sentido estrito; mas apenas para uma decisão de oportunidade.

A doutrina moderna do governo foi particularmente expressiva sobre esta proximidade entre governar a cidade e governar a família. Mas, até há pouco tempo, a historiografia não levou suficientemente a sério o que os textos diziam, encarando esta aproximação entre o rei e o pai como un piedoso enfeite do discurso. Ora a verdade é que a assimilação entre um e outro ofício era profunda e de sentido não metafórico, autorizando, nomeadamente, que as regras do governo doméstico valessem para o governo da cidade e que a literatura dirigida ao pai de família (*Hausvaterliteratur*) tivesse, afinal, uma interção claramente política ⁽²¹⁾. «A casa dos príncipes — escreve Baptista Fragozo — è a cidade; a cidade constitui o fim da casa. Por isso è preciso que aqueles que vão dirigir as coisas públicas exercitar-se antes nas coisas económicas ou domésticas... pois a casa é uma pequena cidade e a economia uma forma compendiária da política; tal como a cidade é uma grande casa e a política uma economia comum» (Fragoso, 1641, *Proem.*, 7) ⁽²²⁾. Também Castillo de Bobadilla afirma: «Equipárase la política a la económica que trata del gobierno de la casa, porque la familia bien regida es la verdadera imagen

qua utitur communitas politica (FRAGOSO, 1641, I, *proem.*, I, 4-6. A economia, por sua vez, «coalescit ex tribus partibus praesertim, conjugali videlicet paterna, ac dominica, & insuper additur pars quarta... disciplina rei familiaris, quae versatur in acquirendo... acquisita vel pecunialis», *ibid.* 11 (justificação e natureza de cada uma destas partes).

⁽²¹⁾ Como vem sendo referido, em obras muito importantes, por Daniela FRIGO (FRIGO 1985a, 1985b, 1988).

⁽²²⁾ Refira-se, ainda, um impressionante texto peninsular do séc. XVII, recentemente valorizado por L. Mannori (Mannori, 1988, 176) — CRESPI DI VALDAURA, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Regni Aragonum Consilii*, Lugduni, 1662. *Observatio III. De usu et exercitio oeconomiae et politicae potestatis*, p. 70 ss.: «residet tamen in principe alia oeconomica et politica potestas, quae ei, tanquam Reipublicae capiti et parenti, ut cuilibet patrifamilias in propria domo competit» (72)... «nom enim criminum punitionem; sed preservationem continet, ad quam non plena est necessaria probatio, sed suspicio. Non iudicialis citatio, sed via facti executio. Atque ita plura, quae contentiosa iurisdictione iniusta forent, potestate oeconomica fieri non prohibentur, et aequisimo imo, et in qualibet bene constituta Republica necessaria sunt» (72).

de la Republica, y la autoridad doméstica semejante a la autoridad suprema y el justo gobierno de la casa es el verdadero modelo del gobierno de la Republica ... La casa es una pequeña ciudad y la ciudad es una casa grande» (23). A *gubernatio* é, assim, uma expressão geral, aplicável a uma actividade de governo largamente homogénea, quer se aplique no âmbito da família (*gubernatio filiorum, uxoris et servi*), quer no âmbito de república (*regimen politicum*).

Fugiam, assim, à área da justiça todas aquelas decisões que, por se deixarem circunscrever no âmbito da casa do príncipe, podiam ser objecto de avaliações de mera oportunidade. João Pedro Ribeiro, nos meados do séc. XVII, exprime-o com clareza: «Nas materias que não são deste lote e gravidade, procedem os Reys com um governo economico, a exemplo de hum bom Pay de famílias. Como este por seus criados e familiares governa, e dispõe os negocios de sua casa, & familia, & o que pertence a sua fazenda, assi os Reys, que materialmente respeyta a boa administração da sua mayor familia ... Estas materias que respeytão a casa, & familia mayor do Principe, & sua Republica não são as essenciaes, & substanciaes: antes accidentaes, & attributos extrinsecos da soberania Real: porque esta so consiste em administrar a justiça a seus Vassalos» (Ribeiro, 1649, cp. 1, 39/40, p. 9). Por aqui passava, desde logo, a gestão da casa real, do palácio. Mas também a administração do património régio — que tendia a ser globalmente considerado, dada a indistinção dominante entre *aerarium* e *fiscum* —; o que incluía, nomeadamente, as questões da fazenda. Num círculo mais vasto, o governo económico incluía todas as matérias que não envolvessem direitos adquiridos de particulares, pois o rei teria um domínio especial (*eminens, quoad iurisdictionem*, sobre todo a reino) (24); domínio esse que, se não era suficientemente forte para se impôr aos direitos adquiridos dos particulares, era pelo menos suficiente para autorizar a sua gestão económica, *iuribus acquisitis servatis*. Por aqui, entravam no

(23) *Política para corregedores...* I, p. 71.

(24) A teoria do domínio aplicada aos poderes do rei sobre o reino tinha fundamentos textuais romanos (C., 7, 37, 3; D., 14, 2, 9); mas não foi aceite nem pelos glosadores nem pelos bartolistas que entendem dever distinguir-se domínio de jurisdição (Mestre, 1965, 192) A teoria jurídica iluminista propendeu para revalorizar a ideia de um domínio eminente do rei sobre o reino (Melo, 1789, I, 4, 7; critica em Lobão, 1818, I, 76).

âmbito do governo económico as doações régias, a atribuição de privilégios e, de um modo geral, todos os actos graciosos.

Mas não era apenas o governo económico que escapava ao *iudicium*. Na verdade, *tamquam publica personae* — já, portanto, no domínio da política — o príncipe podia editar, *ex officio* e *figura iudicii non servata*, comandos *ad consequendum bonum communem* (ou *publicam utilitatem*), de acordo com o seu múnus de governo.

Não se pode dizer que o conceito de governo político fosse muito popular na literatura moderna peninsular sobre o governo, sendo conhecida a suspeição em que eram tidos os «políticos» e o estilo de governo que eles propugnavam (cfr. Albuquerque, 1985, *loc. cit.*). Apesar disso, há temas em que a invoção das prerrogativas políticas do rei tinha tradição. O primeiro é, decerto, o de punição criminal, que as fontes clássicas descreviam já como sendo levada a cabo officiosamente pelo juiz (*officio nobili*); mas, como vimos, a tradição literária do direito comum tende a integrá-la no âmbito da justiça. Na tradição textual mais tardia, o tema que assume um particular relevo é o da *regia protectio*. Para justificar o seu poder de castigar os clérigos, o rei não podia invocar a sua jurisdição, pois a ela escapavam os eclesiásticos. Daí que seja obrigado a justificar-se pelo exercício do poder económico ou, mesmo, do poder político. É o que acontece num conhecido texto das *Ordenações Filipinas* (II, 3): «[punição de eclesiásticos culpados de malefícios] ... o dito Senhor ... não como juiz, mas como seu *Rei e Senhor*, por os castigar, e evitar que taes malefícios se não cometessem, os lancaria de seus moradores, e tiraria as Terras, Jurisdicções..., que delle, ou de seus antecessores de graça ou enquanto fosse sua mercê tivessem ... E isto não por via de jurisdição, nem de Juizo, mas *por usar bem de suas cousas*, e afastar de si os malfeitores, e que não houvessem delle sustentação, nem mercêz...» (25). Este conceito de punição «política», informal e ar-

(25) A este poder do rei relativamente à disciplina dos eclesiásticos chamam alguns *berrenarquia* (cfr. Santos, 1844, 54 s). O seu fundamento é assim descrito pelo seu mais famoso tratadista ibérico («Objectum enim, et finis supremi regiminis temporalis, est pax publica, & vassalorum tranquillitas», Somoza, 1669, *De regia protectione*, I p., ca. 1, ns. 44, 53; «Ex principiis juris naturalis, divini, canonici, & positivi, suprema Regiae Magestati facultas, & potestas tollendi violentias, & vi oppressos liberare, atque defendere», ns. 95 ss.

bitrária, vai-se alargando. No século XVI e XVII, é ele que suporta a prática da punição «de câmara» ou «cameral», comum na corte de Espanha, e de que se encontram traços em Portugal (26).

Progressivamente, o conceito de governo político vai-se estendendo, abrangendo, sucessivamente, um domínio mais vasto. No período iluminista, encontramos-lo plenamente desenvolvido. Considera-se, então, que ele engloba todas as medidas necessárias para a defesa interna e externa do reino (27). Aqui se incluiria o *jus gladii* ou *merum imperii*; além da *potestas legislativa*, da *potestas judiciaria*, do *jus fisci*, do *jus circa sacra*, do *jus asylii*, da *potestas circa agriculturam, commercium et res nauticas*, do *jus politiae*, do *jus militaris*. Mas, mesmo então, não falta quem reaja contra esta extensão das prerrogativas régias, sobretudo em matéria penal, a título de governo económico ou político, com a conseguinte restrição do âmbito do *judicium*. Nas suas *Notas ao plano do projecto* de «Novo Código» de Melo Freire, António Ribeiro dos Santos, um «constitucionalista» de raiz tradicional (28), escreve: «Se o *poder económico* se tomasse aqui n'outro sentido, e se entendesse por ele o *poder cameralio, arcano e absoluto*, de que possa usar o Príncipe a respeito de todos os seus vassallos, castigando extra-judicialmente e sem processo, e com penas arbitrárias, certos factos ou delictos, menos lugar deveria ter neste tempo e neste Código» (29) (p. 55).

4. *A justiça, tecnologia modelar do poder.*

A justiça era, portanto, um domínio de actividade do poder. Não

(26) Faltam estudos sobre o tema. Mas, pelo menos, o desterro para fora da corte era decisão corrente. A expressão «camarariamente» para designar este procedimento — que não deve ser confundido com o julgamento pelo tribunal da corte, i.e., os corregedores dos feitos civis e dos feitos crime da Casa da Suplicação — é usada, por exemplo, pelo Conde da Ericeira, ao descrever o desterro dos nobres partidários da rainha regente, em 1662 (cfr. Conde da Ericeira, *História de Portugal restaurado*, IV, Porto 1946, 80).

(27) «[Princeps] debet *pro sua virili parte* civitatem et ab intestinis, et ab externis hostibus liberare, et hanc in rem ea omnia facere quae necessaria ipse existimaverit, quin unquam ad redendas gestorum rationes adigi possit», Melo, 1789, I, 1, 2.

(28) Sobre estas correntes, v. Hespanha, 1981 e bibliografia aí citada.

(29) *Notas ao plano do novo código de direito publico de Portugal do D^o. Paschoal José de Mello feitas e apresentadas na Junta da Censura e Revisão pelo D^o. António Ribeiro em 1789*, Coimbra, 1844, 55.

apenas, porém, um domínio de actividade ao lado dos outros, compreendidos nas esferas «económica» ou «política». Mas antes um domínio que é susceptível de cruzar todos os outros, de se apropriar dos negócios de todos os outros, de, numa palavra, sobre-determinar todos os outros, desde que estes colidissem com *iura radicata*. Numa sociedade em que uma enorme gama de situações sociais, políticas, simbólicas, eram configuradas como direitos adquiridos, o âmbito da justiça era, então, vastíssimo. Para além de que, uma vez estabelecida certa situação por um acto gracioso, económico ou político, ela se consolida num direito e não pode voltar a ser modificada senão da justiça ⁽³⁰⁾. Com isto, a esfera de descricionaridade do poder — o seu domínio económico ou político — vai sendo progressivamente ocupada por uma actividade vinculada aos critérios da justiça.

Mas, além de vasto, o domínio da justiça era, ainda, um domínio *superior* ou *de controlo*, em relação às restantes actividades do poder. Sobre o qual repousava a fiscalização da legitimidade (hoje diríamos «constitucionalidade») dos seus actos, em face da regra suprema de que a acção do poder devia respeitar os equilíbrios estabelecidos pelo direito («*ius suum cuique tribuere*»). Isto que atribua ao *iudex* (em general, ao *iuriscnsultus*), um papel correspondente nos jogos políticos.

Finalmente a força atractiva da *iustitia* e do *iudicium* sobre toda a actividade do poder decorria ainda do facto de, numa acepção larga, *iudicium* significar exame ou deliberação («*ponitur pro examinatione vel delibertione*», Scott 1601, v. «*iudicium*»). E incluir, assim, qualquer processo *regulado* ou *metódico* de decisão; ou seja, dotado de requisitos processuais ou metodológicos mínimos, como a *citatio* ou *causae cognitio*. Neste sentido, *iudicium* opõe-se a *arbitrium* ⁽³¹⁾, *tal como a ratio* se opõe à *voluntas*. E, assim, se existia uma *ciência* do governo, ela não podia ser senão a jurisprudência ⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ «*Licet principis gratia sit gratiam facere, attamen post factam, de iustitia est, ut suum effectum habeat*», Pegas, 1669, II, ad Ord. I, 3, gl. 20, n. 64.

⁽³¹⁾ Embora se possa falar em *iudicia arbitraria*, num outro sentido, *scl.*, quando o direito não formula uma regra de decisão genérica.

⁽³²⁾ Daí que a não intromissão dos encarregados do governo (v.g., vice-reis, governadores) nas matérias de justiça fosse considerada indesejável. Cfr. a interessante série

Esta matriz teórica e conceitual não podia deixar de pesar fortemente sobre a imagem das actividades do poder, sobre a representação das regras deontológicas que presidir a elas e, finalmente, sobre avaliação da importância respectiva dos seus titulares. E é por isso — por este peso das estruturas intelectuais de classificação sobre a regulação das práticas e sobre os equilíbrios políticos dos grupos que as suportam — que dedicámos tanta atenção ao lugar ocupado pela justiça na panóplia dos poderes da sociedade moderna. Em síntese, que decorre deste lugar?

Decorre, antes de tudo, a ideia da superioridade da justiça sobre as restantes matérias de governo. O que importa, no plano orgânico, a supremacia dos tribunais de justiça sobre todos os outros; no plano processual, a promoção da metodologia do *iudicium* a metodologia ordinária de governo; no plano político-social, a elevação dos juristas ao papel de mediadores por excelência das relações político-sociais.

As expressões da ideia da supremacia dos tribunais de justiça sobre todos os outros ⁽³³⁾ são tão comuns que bastará citar uma obra onde os argumentos estão compendiariamente reunidos. Sirva, para tal, a obra do jurista português João Pinto Ribeiro, *Lustre ao desembargo do Paço* (Ribeiro, 1649), em que se defende a preeminência do Desembargo do Paço, tribunal de graça em matérias que tocam à justiça, sobre todos os outros tribunais, enquanto «conselho de sua Magestade, em quanto Rey, e Senhor soberano» (n. 26) ⁽³⁴⁾. Mas já

de conselhos dados ao rei pelo Regedor das Justiças, Manuel de Vasconcelos, no início do séc. XVII, sobre a reforma da justiça (outros conselhos: que se aumente o número de desembargadores; que se escolham e promovam os melhores [e não os mais antigos]; que se lhes aumentem os salários; que se vele por que não joguem, não sejam vagarosos e não revelam os segredos da justiça; que se atalhem todos os factores de descrédito do aparelho judicial [excesso de privilegiados, abundância de perdões, isenções estabelecidas nos contratos com os rendeiros]) (ANTT, Arq. Galveias, maço 32 (antigo 14.1). Cfr., também, neste sentido de não intromissão dos «políticos» nas coisas da justiça, BNL, cod. 241, 69 (CR. de 1617). Outras sugestões para a reforma da justiça: Bibl. Ajuda, *Livro II de consuitas do Desembargo do Paço. 1589-1592*, cod. 44-xiii-4; *ibid.*, 51-vi-33, fls. 164 ss. (outra consulta do Desembargo do Paço, c. 1630). Dados sobre a crise da justiça nesta época em Oliveira 1988, 265.

⁽³³⁾ Do mesmo modo, a ideia da supremacia dos oficiais de justiça sobre os outros. Cfr. Hespanha, 1989, 60.

⁽³⁴⁾ O tema da supremacia da justiça já fora abordado pelo autor noutra discurso, a *Preferencia das Letras às Armas* (1645). Edição consultada, João PINTO RIBEIRO, *Obras varias...* Coimbra, 1739, 2 tomos.

é interessante reunir alguns indícios dos sinais da sua dissolução, a partir dos meados do séc. XVI, justamente em favor de tribunais onde se ventilavam matérias políticas. Na sua obra *Tratado del consejo y de los consejeros de los principes* (35), Bartolomeu Filipe dá a primazia aos conselhos da fazenda («fazenda é a quinta essência, assim nos negócios públicos como nos particulares», 15), de Estado («neste se estriba todo o governo da Republica»), da guerra e dos «mantimentos e provisões que à República são necessários», *ibid.*). O «das leis ou da justiça» aparece depois e com uma competência já bem restrita àquilo que se poderia chamar, utilizando uma expressão das *Ordenações filipinas*, «assuntos de graça em matéria de justiça»: supervisionar a administração da justiça, criar e prover magistraturas, declarar e reformar as leis (*ibid.*) (36).

Do facto de, numa acepção larga, *iudicium* significar exame ou deliberação decorriam ainda duas importantes consequências quanto ao predomínio da matriz jurisdicionalista da actividade do poder.

A primeira, relativa à metodologia de decidir nas matérias de governo, consiste em se entender que toda a decisão política — como *iudicium late sumptum* — deve consistir num processo *regulado* ou *metódico* de decisão; ou seja, dotado de requisitos processuais ou metodológicos mínimos, como a *citatio* ou a *causae cognitio*, e respeitando uma ordem processual estabelecida. A sua materialização prática é a *consulta*, emitida por um órgão competente, *raisonnée*, articulada em «votos», registada e criando precedentes e estilos. O seu peso era tanto que, em relação ao príncipe, a sua falta como suporte de uma decisão era bastante para comprometer gravemente a validade desta; e, em relação aos particulares, a

(35) Coimbra, 1584.

(36) Numa «relação» anónima «sobre a precedência que se deve dar ao conselho da Índia entre os maes conselhos e tribunais deste reino» (c. 1613, Arq. Aju., 51-vi-54), depois de se distinguir entre «conselhos» («só para tratar das cousas e referir tudo ao príncipe», 70) e tribunais (com jurisdição), ordenam-se os conselhos segundo a seguinte hierarquia: o de Estado («pois seu fim é a conservação do Estado», 71 v.), o da religião (posto que sem religião não se conserva o Estado, está-se a tratar de coisas temporais relativas ao príncipe secular), o da justiça, o da guerra e o da fazenda. Quanto ao da justiça pondera que, ainda que Aristóteles [*Polit.*, IV 13] o coloque em quinto lugar, deve ser posto antes pois dá lei aos outros e, nas matérias de guerra e fazenda, «é sempre questão prejudicial a justiça ou injustiça delas» (*ibid.*).

consulta gerava um *ius ad rem* para a parte favorecida ⁽³⁷⁾. Mas, para além disto, como o *iudicium* supõe o contraditório, o facto de se conceber a actividade do poder como actividade judiciária, levou a um reforço dos mecanismos de intervenção e de defesa dos destinatários dos actos do poder. Isto explica a importância e eficácia dos meios de defesa dos particulares face ao poder (interdictos, embargos, agravos), mesmo contra actos em que este, hoje, ou goza do «privilégio de execução prévia» (como é o caso dos actos administrativos) ou beneficia de pura e simples intangibilidade, do ponto de vista jurídico (como é o caso dos actos de governo e das leis). ⁽³⁸⁾. Em todo o caso, o poder procurava impor limites à vulnerabilidade dos seus actos. Isto foi muito nítido no período do governo dos Austrias, em que se assistiu a uma crise (de raízes teóricas e práticas) do paradigma «jurisdicionalista» ⁽³⁹⁾. Mas esta orientação prosseguiu no período brigantino, embora seja aí menos visível: em 1642 (dec. 16.2), declara-se que a nenhuma pessoa é lícito embargar leis gerais, pelo que a Mesa do Desembargo do Paço não deve conhecer tais recursos, devolvendo a lei à Chancelaria Mor do Reino para que se sele (JJAS, 128); em 1644 (Alv. 10.7) declaram-se inadmissíveis os embargos ás cartas régias (JJAS, 216); em 1661 (dec. 5.2) ameaça-se com a desnaturalização quem ataque (e não só juridicamente) o imposto da moagem ⁽⁴⁰⁾ ⁽⁴¹⁾. No período pombalino, tal estratégia é ainda reforçada.

A segunda relativa ao papel da *jurisprudência* como ciência das coisas do governo. *Iudicium* opõe-se a *arbitrium*, tal como a *ratio* se opõe à *voluntas*. O governo é, assim, uma ciência, embora uma ciência

⁽³⁷⁾ Hespanha, 1986, I, 726.

⁽³⁸⁾ Cfr. Hespanha, 1986, I, 684 ss.

⁽³⁹⁾ Cfr. Hespanha, 1989, 61 e nota 27; e, ainda, CR de 2.11.1627, proibindo embargos em casos «de governo» e limitando o recurso à súplica ao rei, sem eficácia suspensiva (JJAS, 117); CR 9.8.1634 (e 20.9.1634), estranhando que todos (!!!) os provimentos de ofícios fossem objecto de embargos e impondo, portanto, penas para os que se revelassem insubsistentes (JJAS, 46 e 48); CR 30.6.1636, ameaçando o Chanceler Mor com suspensão de salários se continuasse a recusar o registo de cartas régias de perdão ou de comutação de penas (JJAS, 85).

⁽⁴⁰⁾ Gomes, 1883, 43 n. 1.

⁽⁴¹⁾ Umas já citadas sugestões sobre a reforma da justiça (de 1590) atribuem o «flagelo» dos agravos à ignorância e ganância dos advogados (Bib. Ajuda, *Livro de consultas do Desembargo do Paço. 1589-1592*, 191 ss.).

cia de tipo prático (*prudentia*). Uma ciência do *iustum*, a *iusti atque iniusti scientia*, a *iusrisprudentia*. Tão tarde como na segunda metade do séc. XVII, António de Sousa Macedo escreve que «o fim ou objecto da jurisprudencia, não he so a decisam das demandas, como cuidam os imperitos, mas igualmente o Politico decoro do governo na paz, as legitimas conveniencias da Republica na guerra, a justa rezão de Estado com os Estrangeiros, a decente soberania com os Vassalos, e quanto pertence à direcção do Príncipe perfeito» (42). O que, se coloria de tons jurisdicionais qualquer actividade regulada (quanto à competência, quanto à forma ou processo, quanto aos cânones de decisão) do poder e a contradistinguia, assim, dos actos ou decisões puramente informais e arbitrários, subordinava tendencialmente todo o domínio do governo aos cânones do *iudicium* e aos ditames da *iusrisprudentia*. A oposição entre a «honestidade» e «utilidade», entre «razões achadas» e «engenho», entre «razão do direito» a «razão de Estado», entre *consulta* e *alvitre*, entre «conselho» e «junta», tão típica da sensibilidade política seiscientista, não é mais do que o reflexo desta radical diferença entre a opinião que decorre da actividade regulada e racional de um tribunal e aquela que decorre da avaliação arbitrária e expontânea de um indivíduo ou de um grupo informal de indivíduos (de uma *junta*) (43).

Que os critérios do bom governo incluam, para além do *justo*, o *útil* e que a ciência do bom governo contenha elementos estranhos à jurisprudência são coisas em que só o pensamento político iluminista convirá abertamente. Em Portugal, a insistência em que «convem aos Juristas não serem hospedes nos principios da Politica, e da Economica», pois «da essencia das Leis não so ha serem justas, e racionaveis, mas tambem serem uteis tanto ao Estado, como aos Cidadãos» é típica dos textos políticos do pombalismo (44).

(42) Macedo, 1651.

(43) Sobre a antipatia da doutrina em relação às juntas, v. Hespanha, 1989, 57 ss. Sobre arbitrios e os arbitristas, Hespanha, 1989 *ibid.*: Oliveira, 1981; Curto, 1988, 138 ss.

(44) É através do conceito de *jus publicum* que esta integração do *justo* e do *útil* se fará. Cfr., para Portugal, *Compêndio histórico do Estado da Universidade de Coimbra*, 1771, pt. II, c. 2, n. 64/65 (donde se extraíram os textos citados). Os autores que

No plano político-social, a hegemonia da justiça sobre as matérias de governo conduz à hegemonia política dos juristas, embora em contínuo e crescente despire com os *políticos* que, à medida que aumenta a pressão da «razão de Estado», substituem a tradicional nobreza militar como opositores dos juristas na cena do poder. O tema é hoje conhecido e não , tem que ser aqui desenvolvido. (45).

5. O campo da justiça.

O campo da justiça não era, porém, homogéneo.

A própria teoria tracava aí não poucas classificações, também elas relevantes para apreender tensões simbólicas e socialis internas. A elas dedicaremos os parágrafos seguintes.

As distinções mais importantes no campo da justiça decorrem das oposições que se estabelecem em torno das modalidades da prerrogativa de julgar, da *iurisdictio*. A maior parte destas distinções têm uma longa tradição textual, ligada à exegese das fontes romanísticas (sobretudo do tit. *De iurisdictione omnium iudicum*, do Digesto [D., I, 2]). Nem sempre, portanto, se reportam a tensões actualis do campo; algumas apenas cristalizam oposições ou intenções estruturantes que algum dia tiveram um sentido prático; outras foram sofrendo reinterpretações que as foram fazendo corresponder à geometria deste campo da prática jurídico-polática.

5.1. '*Iurisdictio ordinaria*' v. '*extraordinaria*' ou a defesa dos aparelhos políticos tradicionais.

Uma oposição desta última categoria — e, ao mesmo tempo, uma das mais permanentes e visíveis — é a que contradistingue a jurisdição *ordinaria* da *extraordinaria*. Na literatura anterior ao séc. XVIII, a distinção baseou-se, sobretudo, na origem dos poderes jurisdicionais. A *ordinaria* era a que era inerente, por natureza, à

inspiram o texto são, como é de esperar, os publicistas alemães da época (Chr. Thomassius, A. Struvius, Ph. R. Schroeder, A. Kaestner).

(45) V., para Espanha, as obras clássicas de Kagan 1979 e de Pelorson 1980 (por último, em especial para Valhadolide, Torremocha Hernandez 1988) e, para Portugal, Schwartz, 1979 e Hespanha, 1986, I, 725.

própria magistratura (ou a que o príncipe, por uma norma geral, lhe tivesse acrescentado) ⁽⁴⁶⁾. Enquanto que a *extraordinaria* (*delegata, mandata*) era a concedida por um mandato especial ⁽⁴⁷⁾. Os magistrados ordinários tinham, portanto, uma jurisdição própria, enquanto que os extraordinários apenas gozavam do «uso da jurisdição» ⁽⁴⁸⁾. Os primeiros eram o próprio rei, os membros dos *tribunales superiores*, os corregedores, os juizes ordinários das terras.

O relevo simbólico e institucional desta distinção é clara. Ela visa privilegiar a repartição estabelecida, tradicional (*more maiorum*), des competências e restringir, como odiosa ou excepcional ⁽⁴⁹⁾, qualquer sua alteração ocasional ou repentina. Não se tratava tanto de privilegiar a jurisdição comum sobre a especial, pois o juiz competente apenas para uma certa espécie, definida em termos gerais (v.g., causas eclesiásticas, de órfãos, etc.), de causas era ordinário. Mas, antes, de preservar uma certa ordem tradicional das jurisdições. Na mira estava a restrição das comissões, pelas quais alguém (*maxime*, o príncipe) atribuía a um juiz o conhecimento de uma certa causa, dispensando as leis que distribuíam as competências e, porventura, as leis que regulavam o processo. Assim, esta distinção constituía mais um dos múltiplos dispositivos pelos quais as sociedades de antigo regime garantiam a estabilidade dos equilíbrios de poder.

⁽⁴⁶⁾ «Iudex ordinarius est ille qui in aliquo territorio suo iure vel principis beneficio universalem iurisdictionem exercet» (Baldo, *Comm. in Dig. Vet., lex more maiorum, tit. de iur. omn. iud.*, n. 4, ed. Lugduni, 1562, 69, col. 1); «quae introducitur ad universitatem causarum, quamvis sint unius generis, & per comissionem, dummodo commissio sit perpetua», Frago, 1641, I, 393,97; para vincar o carácter *natural* da jurisdição ordinária, alguns autores referem que ela tem sempre origem na lei, *inanimata* (scl. *lex vel canon*) ou *animata* (scl. *princeps vel universitas*); ou que «iurisdictionis territorii adhaeret».

⁽⁴⁷⁾ «Quae competit ex specialis concessionem legis aut principis, non iure ordinario» (A. Vinnius, «Tractatus de iurisdictione et imperio academico-forensis» [1644], 81, ed. em *Jurisprudentiae contractae sive partionum iuris civilis*, ed. cons. Lugduni, 1748; «concessa ad causas particulares, in specie & non in genere, vel ad tempus», Frago, 1641, I, 393, 98. A literatura fala, preferentemente de *iurisdictionis delegata vel mandata*.

⁽⁴⁸⁾ Frago, 1641, I, 395, n. 105; I, 400, n. 130.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. Frago, 1641, I, 395, n. 106; Hespanha 1986, I, 711. Outras consequências práticas desta hierarquização em Hespanha, 1984a, 14 n. 31. Sobre a antipatia que suscitavam as alçadas e comissões, cfr. os capítulos das cortes de 1641 (JJAS, 24 ss.), povo, 26; nobreza, 19.

5.2. '*Jurisdictio generalis*' v. '*specialis*' ou o apogeu e queda do corporativismo.

A partir do séc. XVIII, esta distinção começa a ser recoberta pela oposição entre jurisdição (ou competência) *geral* e *especial*. A primeira, abrangendo todas as causas; a segunda, somente as causas privilegiadas, seja em razão das pessoas, seja em razão da matéria⁽⁵⁰⁾. Aqui, claramente, o que está em causa é já uma outra questão — a da existência de foros especiais para certas causas, em contradição com um novo princípio estruturante do discurso sobre o poder, o da unidade deste e da nivelção política da sociedade. O carácter especial ou privilegiado da jurisdição — sobretudo se o privilégio é *rationae personae* — é, agora, tão odioso como antes o era o seu carácter extraordinário. Mesmo antes do advento do constitucionalismo, que proporá, logo nas Bases da Constituição, a abolição dos privilégios de foro⁽⁵¹⁾, Melo Freire pronuncia-se claramente quanto aos privilégios pessoais de foro: «Ser não me engano, nada de vantajoso resulta para a república deste privilégio de foro; ne verdade, para além de tornar as causas imortais, difíceis e complicadas, uma vez que sobre a competência para as conhecer se costumam mover dúvidas infinitas, que coisa há de mais desumana e injusta que fazer vir à corte longínque, os agricultores, os artífices, etc.? E justamente a favor dos poderosos, que nela moram, na qual têm muita autoridade e em que abundam muitas riquezas?»

O problema da complexidade da repartição das competências não era, evidentemente, novo. Nem era de agora a constatação de que daqui resultavam muitas das demoras da justiça. No entanto, a estratégia de redução de todas as jurisdições especiais a uma jurisdição ordinária nunca se impôs. Desde logo porque, como vimos, esta distinção jurisdição comum e jurisdição especial nem era particularmente visível no plano das taxinomias da jurisdição. Depois, porque as demoras das lides eram sobretudo relacionadas com a falta de diligência dos juízes ou com os expedientes dilatatórios dos advo-

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Melo 1789, IV, 7, 23; Sousa, 1834, I, 1, 19 (p. 10).

⁽⁵¹⁾ Cfr. *Bases da Constituição*, art. 9; depois, Const. de 1822, art. 11; no debate, apenas foi defendida a continuação do foro militar e eclesiástico; ainda L. 11.7.1822, Carta Constitucional de 1826, art. 145, pars. 15 e 16 e D. 16 de 16.5.1832.

gados. Se algo se pedia, era que os critérios de repartição das competências forenses — nomeadamente, das competências relativas do foro secular e eclesiástico — fossem clarificados, por lei ou concordata ⁽⁵²⁾. Eventualmente, encarava-se a extinção de um ou outro privilégio ⁽⁵³⁾. Mas, globalmente, a estrutura jurisdicional orientada para os privilégios não era posta em causa. E, assim, nos finais do antigo regime, eram inúmeros os privilégios de foro: eclesiásticos (com distinções internas), militares, estudantes e professores, cavaleiros das ordens militares (e, ainda aqui, com distinções), moedeiros, desembargadores, rendeiros fiscais, moradores das terras dos donatários, pescadores, estrangeiros, órfãos, viúvas e mulheres honestas, juizes e deputados da Buía da Cruzada, do Santo Ofício, da alfândega, das secretarias de Estado, da Junta do Comércio e de mais uma série de repartições ou tribunais ⁽⁵⁴⁾. Aos privilégios do foro acresciam os privilégios em razão da causa: eclesiásticas, de almotaçaria, fiscais, comerciais, de falência, de contrabando, de capelas e resíduos, da corte, da cidade de Lisboa, de inúmeras instituições privilegiadas (Misericórdia, Hospital de Todos os Santos, Protomedicato, etc.) e outras ⁽⁵⁵⁾ ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵²⁾ Cfr. Cortes de 1641, caps. 21 da nobreza e 23 do clero.

⁽⁵³⁾ Cortes do séc. XVII — conservatórias dos contratadores e das religiões (cortes de 1641, cap. 18 da nobreza).

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Melo, 1789, IV, 7,32 (p. 119); Sousa, 1834, I, 1,33 (p. 21 ss.).

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Melo, 1789, IV, 7,31 (p. 119); Sousa 1834, I, 1,32 (p. 18 ss.). Sobre as jurisdições especiais na organização judicial portuguesa de Antigo Regime v. as indicações dadas na secção «Portugal» (António M. Hespanha e Mário R. Marques) do vol. «Rechtssprechung 19. Jahrhundert» do *Handbuch der Quellen und Literatur...*, em edição pelo Max-Planck Institut f. europ. Rechtsgeschichte, Frankfurt/Main.

⁽⁵⁶⁾ No caso de concorrência de privilégios, o da causa preferia ao pessoal (Melo Freire, IV, 7,31; l. 23.10.1604, par. 2; l. de 20.5.1733); entre os primeiros: (a) de igual hierarquia, anulam-se (O.F., III, 53,3; D. *de minor 25 ann.*, 11,6; (b) de diferente hierarquia, prefere o mais forte; (c) a hierarquia resultava da lei — o dos estrangeiros prefere ao dos nacionais (ass. 15.2.1791); o dos desembargadores prefere todos os outros (O.F., I, 52,10); o dos académicos prefere o das viúvas; o destas prefere ao dos moradores nas terras de donatários (O.F., II, 45,46); os anteriores preferem os posteriores, etc. (Sousa, 1834, *Primeiras linhas...*, I, 1,34 n. 83).

5.3. 'Jurisdictio compromissoria' v. 'Jurisdictio stricti iuris' ou a integração da informalidade.

A definição do âmbito da justiça interessa ainda uma entidade conceitual — a de jurisdição *compromissoria* ou *arbitral*, exercida por árbitros eleitos pelas partes. Nunca é demais salientar a importância desta figura dogmática, pois é por aqui que, como veremos, a teoria da justiça pode integrar as vias informais de resolução de conflitos, estatisticamente dominantes.

A teoria do direito comum define o árbitro como «aquele juiz, escolhido por acordo das partes, para julgar a causa de acordo com a ordem do direito»⁽⁵⁷⁾. Outros, com menos rigor, descrevem-no como «uma espécie de juízes a que as pessoas costumam recorrer, para que, por intermédio deles, as questões sejam resolvidas sem estrépito de foro e se terminem em menos tempo, terminando com menos demora, despesas e outras incomodidades»⁽⁵⁸⁾. Todos concordam, de qualquer modo, em que os árbitros, pelo menos os estatutários ou de direito, são juízes e gozam de jurisdição (*quasi delegata*), que podem estender às questões conexas e incidentais, mesmo que o compromisso não o estabeleça. Seguem, em princípio, a ordem do juízo (salvo convenção das partes em contrário) e os actos praticados perante eles têm os mesmos efeitos que os praticados perante um juiz ordinário⁽⁵⁹⁾. O direito comum dava força definitiva às suas sentenças; mas, na Península Ibérica, quer o direito castelhano, que o direito português permitem que delas se apele, como de outras sentenças de juízes ordinários, para o tribunal da corte⁽⁶⁰⁾. Trata-se, en-

⁽⁵⁷⁾ «Arbiter simpliciter talis dicitur ille qui consensu partium eligitur, & in eum sub poenae stipulatione compromittitur», «arbiter iuris, nihil est quam quasi delegatus quidam iudex, electus de consensu partium, ut procedat servato ordine iuris in substantiali», Frago, 1641, *Regimen...*, P. I, 1. V, d. 14, n. 1, p. 709, 1.

⁽⁵⁸⁾ Silva, 1731, I, ad. O.F., III, 16 *ad rubr.*, n. 1 (p. 21).

⁽⁵⁹⁾ Assim, os actos praticados perante o árbitro fazem fé perante o juiz ordinário; a confissão é tida como judicial, 47 (Frago, 1641, p. I, 1. V, d. 14, par. 1, p. 727, n. 46 e 347). A sua sentença, porém, embora constituísse título executivo bastante, não podia ser executada senão pelo juiz ordinário, pois careciam de império (Silva, 1731, I, *ad O.F.*, III, 16,2, p. 29; Frago, 1641, I, 712, n. 14 ss.). Sobre a observância da ordem judiciária, Frago, 1641, n. 10, 12, 56.

⁽⁶⁰⁾ Em Portugal, apela-se deles para os desembargadores dos agravos das Relações, como juízes superiores juízes ordinários (*O.F.* I, 6,12; I, 37, pr.; cfr. tb., III, 16, pr.; Espanha, para o tribunal da corte, *Part.*, III, 4,1). Em Portugal, pode pedir-se provisão

fim, de um regime que alarga, muito para além do aparelho judiciário formal, a função judicial, encarando a função dos árbitros como um exercício de verdadeira e própria jurisdição, com as prerrogativas de poder que esta comporta. Mesmo quando se trata de árbitros voluntários, embora os juristas hesitam em lhes reconhecer jurisdição, o compromisso tem consequências tão importantes ⁽⁶¹⁾ que bem se pode dizer que, também por aqui, o sistema da justiça transborda dos limites dos aparelhos formais e oficiais e recobre os mecanismos de uma justiça popular ou espontânea.

Não é aqui necessário repetir a abertura que a teoria do direito comum mantém em relação aos mecanismos informais e espontâneos de resolução de conflitos.

Não se pode dizer que a ulterior evolução da doutrina relativa à jurisdição arbitral seja unívoca. Por um lado, o individualismo e contratualismo que marcam o pensamento jurídico e político iluminista e liberal não deixam de jogar a favor da manutenção e extensão do papel das formas privadas de resolução dos conflitos. Por exemplo, na discussão do projecto de constituição portuguesa de 1821, as vozes a favor da arbitragem e da conciliação em matéria judicial são muito fortes, quase tanto como aquelas que elogiam as vantagens de um sistema formal e letrado de administração da justiça ⁽⁶²⁾. Na verdade, para além de ir no sentido da-estratégia liberal de abrir crédito à autonomia de vontade das partes, o acolhimento de mecanismos informais de regular os conflitos visava também tornar a justiça mais rápida e mais barata, pois se pensava que a sua anterior lentidão (e, logo, o seu elevado custo) decorriam tanto da complexi-

ao Desembargo do Paço para não se poder apelar (Reg., § 54), derogável por outra provisão para se poder apelar (ou pedir revista); com a *Carta Constitucional de 1826* (art. 127) é de per si válido o pacto de não apelar, sem provisão.

⁽⁶¹⁾ Uma vez estabelecido, não pode ser afastado. De resto, entende-se que os árbitros voluntários estão no lugar do juiz e, por isso, desempenham as suas funções: «nam citant se coram partes, libellum petitionis sibi edi jubent, testes examinant, & causam secundum iudicii ordinem per sententiam terminant, sicut iudices; licet non pari potestate, quia arbitratorum potestas est privata... neue jurisdictionem habent sed tantum cognitionem», Silva, 1731, I, *ad* O.F., III, 16, n. 7/8. Diferenças entre árbitros e juizes, Fragoso, 1641, I, p. 730 n. 63.

⁽⁶²⁾ Cfr. arts. 161 e 162 do *Projecto para discussão*, Lisboa, 1821 (arts. 194 e 195 do texto final); também publicado *Diário das Cortes Extraordinarias e Constituintes*, vol. V, 3. Discussão: *Diário...*, vol. V, 80, 120; VII, 193-195.

dade do processo letrado, como da deformação profissional e até da ganância dos juizes de carreira. «Quando se funda uma villa nova, que tinha juizes ordinários, — diz o deputado Barata — esta villa augmenta 20 ou 30 meirinhos, 400 certidões falsas, e 800 demandas em cada ano ... Quando se fundou a villa de Santo Amaro [de Deiras], foi para ali um juiz de fora: em lugar de conciliar as demandas, tem-nas augmentado, e todos se encaminham a tirar cada um 80 000 rs. em 3 anos» (*Diário...*, V, 121). Em contrapartida, outros sonham com uma era em que «feitos porem os codigos com o methodo, e perfeição que he de esperar, quaisquer cidadãos poderão saber direito, sem que para isso seja necessario fazer um curso academico» (deputado Bastos, *ibid.*, VII, 185).

No entanto, também é visível uma grande discrição da doutrina sobre este instituto. Melo Freire é tão sucinto ao tratar dos juizes árbítrios que o seu comentador Lobão não deixa de referir «o muito que nele falta» (Lobão, 1818, I, 46). Por sua vez, Pereira e Sousa, confunde árbítrios com arbitadores ou louvados, julgando apenas matéria de facto (Sousa, 1834, I, § 255, p. 242). Enfim, ambos parecem hesitantes em conceder a estes juizes escolhidos pelas partes o relevo e as prerrogativas dos juizes instituídos pelo Estado. Para um e para outro, esta justiça compromissória parece estar, definitivamente, fora da esfera do Estado e remetida para o domínio da autonomia dos particulares. Tal como noutros domínios, cava-se aqui também, no universo dogmático da justiça, a separação entre Estado e sociedade civil.

Na discussão parlamentar antes citada, ocorrem as mesmas resistências perante o projecto de marginalização da justiça letrada e de carreira. Uns realçam a importância da formação académica como garantia de uma justiça digna, neutral, rápida e económica⁽⁶³⁾. Outros sublinham a dependência dos juizes leigos em relação aos po-

(63) É o caso dos que opinam que a maior parte das demandas não surgem pelo interesse dos oficiais de justiça, mas pela ignorância jurídica das partes e pelo facto de os seus advogados (esses sim) tirarem partido dessa ignorância e espírito chicaneiro (cfr. *Diário...*, V, 122). Outros clamam contra os letrados sem estudos (apenas com exame de suficiência no Desembargo do Paço) — «as províncias estão cheias dessa praga, porque na verdade a relaxação em concederlhes provisões tem sido excessiva; são, geralmente falando, uns charlatães e impostores, que com uma parolagem forense illudem os litigantes singellos, e lhes deitão a perder as causas» (deputado Peixinho, *Diário...*, 3696).

deres da terra — «a experiencia faz que eu compare os juizes ordinarios à sphinge do Egypto, por cuja boca falarão os sacerdotes ao povo, para o illudir, e entreter. Todos sabem que nos logares de juizes ordinarios quem despacha he o assessor...» (deputado Sarmento, *ibid.*, 3667).

5.4 '*Jurisdictio contenciosa*' v. '*voluntaria*' ou uma antropologia jurisdiccionalista.

Da taxinomia da jurisdição fazia ainda parte a distinção entre jurisdição *contenciosa* o *voluntaria*. A primeira era a jurisdição exercida pelo juiz mesmo em relação aqueles que a ela não se tinham sujeitado voluntariamente ⁽⁶⁴⁾. Compreendia a generalidade das accões e actos equiparados (como as *missiones in possessionem* e *os interdita*). A última era exercida pelo juiz apenas *inter volentes* e relativamente a actos extra-judiciais ⁽⁶⁵⁾. Incluía actos como a adopção, a manumissão, a emancipação, a dação de tutor. Em sentido próprio, o nome «jurisdição» deveria limitar-se à primeira, pois apenas aqui havia um juízo em sentido próprio. Quanto à segunda, o carácter não contraditório (não conflitual) da disputa aproximava-a da jurisdição económica. Para alguns autores, pertencer-lhes-ia a jurisdição económica que certas corporações exercem sobre os seus membros, sem «estrépito forense ou figura de juízo» ⁽⁶⁶⁾.

Esta intervenção dos juizes em matérias não contenciosas — bem como a intervenção notarial na consolidação de situações jurídicas — constitui um traço característico dos modelos sociais de certificação e de prova próprios das tecnologias políticas de antigo regime. Numa sociedade dominada pelos modelos processualis de actuação, a forma de constituir e provar as situações, situações de todo o tipo, tende a ser, exclusivamente, a forma válida em juízo. Ou o acto judicial de jurisdição voluntária, em que o juiz cria ou convalida uma situação, ou o acto extra-judicial, realizado perante o notário, em que este atesta, com a autoridade que lhe advém do facto ser um *publicus*

⁽⁶⁴⁾ «Quae exercetur in invitos judicio pecuniario seu civili contententes», A. Vinnius 1748, VI, 6 (p. 82).

⁽⁶⁵⁾ «Quae exercetur auctore magistratu in volentes in iis, quae geruntur extra iudicium», Vinnius, 1748, VI, 6 (p. 82).

⁽⁶⁶⁾ Sousa, 1834, p. 10 n. 31.

officialis, a vontade das partes de criarem certos efeitos ⁽⁶⁷⁾. A certificação social das situações era, assim, muito menos variada do que hoje, em que a pluralidade dos modelos de intervenção político-administrativa criou uma grande variedade de títulos constitutivos — registos administrativos, bancos de dados públicos e privados, cadastros, registos civil e comercial —, com a consequente variedade dos seus suportes documentais — bilhetes de identidade e cartões de toda a espécie, números de contribuinte e beneficiário, certidões administrativas, registos magnéticos, etc... Sempre que houvesse necessidade de constituir um título ou uma prova, isso passava pelo tribunal ou pelo notário e o seu suporte era, inevitavelmente, o acto judicial ou o documento autêntico ou autenticado produzido pelo notário. No notário se documentavam, naturalmente, as transmissões e alterações do estatuto dos bens imóveis, a constituição e quitação, a dotação da mulher ou da filha, o testamento, as fianças e hipotecas. Mas, para além disto, faziam-se inúmeras declarações, certificavam-se serviços prestados ao rei ou a outrém, renunciava-se a ofícios, reconheciam-se filhos, registrava-se licenças administrativas, prometiam-se actos futuros (e nem sempre de natureza jurídica), etc. Fora desta realidade actuária, tende a não existir outra realidade (*quod non est in actis non est in mundo*). Isto é assim, quase sem excepção, no domínio do direito ⁽⁶⁸⁾; mas tende também a sê-lo, em geral, na vida social. *Civiltà della carta bollata*, já se chamou, assim, a esta época.

A imagem da vida é, nestes tempos, se não a imagem de um grande processo — que culmina, escatologicamente, num grande juízo, o Juízo Final —, pelo menos uma imagem constituída de módulos concebidos à maneira dos actos judiciais ou extrajudiciais. A própria literatura não jurídica é seguro testemunho disso mesmo. O que nos remete para um último tema desta secção — o da força estruturante, no plano psicológico, social e político, da ideia de ordem processual.

Ao tratar da ordem judiciária, Baptista Fragoso interroga-se se,

⁽⁶⁷⁾ Sobre a doutrina jurídica do notariado, v., por todos, Fragoso, 1641, I, p. I, l. V, d. 13, § 11 (p. 662 ss.); Amaral, 1610, v. «tabelio».

⁽⁶⁸⁾ S. Tomás já o estabelecera, havia muito: «Iudex debet iudicare secundum allegata et probata, etiam contra veritatem quam novit ut persona privata», *Sum. Theol.*, II-2, q. 64 6 ad 3; q. 67 2. Havia, no entanto, algumas excepções a este princípio (*v. g.*, os factos notórios).

mesmo no foro (note-se a palavra) interior e no juízo (de novo a palavra é significativa) sobre os pecados, existe uma ordem judiciária como a do foro judiciário, com as suas partes necessárias — autor, réu e juiz — e com o seu curso processual. Trata-se de uma discussão situada, não no plano do direito, mas da teologia moral e, em última análise, daquilo a que se virá a chamar psicologia. Mas, mesmo aqui, o modelo mental para apreender a realidade é a do processo. «Em primeiro lugar, encontramos a nossa consciência, que de vez em quando faz as vezes e o ofício de juiz e, por isso, se as acções praticadas são rectas, absolve e defende a vontade, enquanto autora delas, e se são más, acusa e censura-a... Outras vezes, a consciência faz as vezes de testemunha, testemunhando tanto contra como a nosso favor... Do mesmo modo, também faz as vezes de acusador junto de Deus, o verdadeiro Juiz...». E prossegue, tirando todos os paralelos entre este juízo espiritual e o juízo legal ⁽⁶⁹⁾.

Foro da consciência, tribunais dos costumes, pleitos de amores, tantos são os exemplos que nos oferecem as fontes literárias desta estrutura judiciária de apreensão do real. Uma estrutura que se caracteriza pela ideia básica de que a acção recta, o juízo justo, deve ter uma ordem e que desta ordem fazem parte, essencialmente, certos actos. «No juízo — escreve Fragozo — encontra-se regularmente uma ordem, que consiste em o libelo vir antes de tudo, se lhe juntar a contestação e a pronúncia da sentença, bem como outras solenidades que aí intervêm necessariamente» ⁽⁷⁰⁾.

A grande oposição estabelece-se, então entre *iudicium ordinarium* e *tumulturarium*. O primeiro é aquele em que se progride, observada a ordem do juízo, mediante uma citação prévia, o oferecimento do libelo, a contestação da lide, a pronúncia da sentença e, finalmente, a sua execução ⁽⁷¹⁾ ⁽⁷²⁾. O último, aquele em que não se observa qualquer formalidade, nem sequer as exigidas pela mesma

⁽⁶⁹⁾ Fragozo, 1641, I, 469, n. 41.

⁽⁷⁰⁾ Fragozo, 1641, *Regimen...*, I, 469, n. 42.

⁽⁷¹⁾ As palavras concretas são de Baptista Fragozo: «in quo proceditur, servato iuris ordine, praevia citatione, libelli oblatione, contestatione litis, publicatione, ac conclusionne secuta» (Fragozo, 1641, I, 458, n. 5). Elenco das acções ordinárias em Cabral, 1730, p. I., cap. 10, n. 4 ss. (v.g., reivindicatória, de depósito, de mútuo, de comodato, de mandato, de arrendamento, de divisão de coisa comum, serviana e *quasi serviana*, de tu-

ideia de juízo ⁽⁷³⁾. Mas, entre os dois extremos existiam gradações. Por vezes, admitia-se, em razão da natureza ou valor da causa, uma certa atenuação do rigor processual. Estamos, então, perante os juízos *sumários*, nos quais se procede sumária e simplesmente, sem estrépito nem figura de juízo, observando apenas aquelas formalidades que são exigidas pela própria natureza do processo ⁽⁷⁴⁾. Alguma doutrina falava ainda em *juizos sumaríssimos*, nos casos em que se procede sem estrépito nem forma de juízo — *maxime*, em processo verbal — e em que se julga de plano e pela verdade sabida ⁽⁷⁵⁾, de acordo com um modelo estabelecido pela decretal *saepe contingit*, de 1306, incluída nas *Clementinae* ⁽⁷⁶⁾. Outra, ainda, de processo

tela, de petição de herança, de dote, de lesão enorme, de dolo ou de coação, *aquiliana*). Sobre estas acções, compendiariamente, v. também Telles, 1853.

⁽⁷²⁾ Descrição mais detalhada do processo ordinário, Castro, *Pratica...*, l. 3, cap. 1-21; fonte legal, para Portugal, O.F., III, 20 (processo cível) e V, 124 (crime); incluía libelo articulado, contrariedade, réplica e tréplica (admitindo todas as excepções dilatórias ou peremptórias), prova, razões finais e sentença, que podia ser embargada e da qual se podia apelar ou agravar, o que também era possível em relação às sentenças interlocutórias; fórmulários, Gomes, 1746.

⁽⁷³⁾ «In quo non tam solemnna, quam substantialia ommittuntur, isque a civitate, in qua jus et bonae legis regnant, prorsus eliminandus..., non jam iudicium habemus, sed tyrannidem», Melo, 1789, IV, 7,14.

⁽⁷⁴⁾ «In quo proceditur summarie, simpliciter, & de plano sine strepitu, & figura iudicii»; observando o direito das gentes, Fragoso, 1641, I, 458, n. 4. A ordem natural do processo consistia na exposição dos factos e direito que fundamentava o pedido (mas não sob a forma de libelo articulado), na citação e audiência do réu, no conhecimento da causa (mas não na contestação da lide) e produção da prova (mas sem dilação ordinária para ela) e, finalmente, na sentença (não precedida, portanto, das alegações finais). São acções sumárias, entre muitas outras: as de pequeno valor, de força nova, de soldadas, de alimentos, de despejo (v. Sousa, 1834, §§ 479-481), as baseadas em escritura pública ou equiparada («acções de dez dias», *ibid.*, 485), a de juramento deferido ao réu («de juramento de alma», *ibid.*, 492 ss.), as acções que decorriam em férias judiciais (O.F., III, 18), as de abolição de vínculos (*ibid.*, nota 983), as fiscais (*ibid.*, 513 ss.), etc. V., também Pereira e Sousa, *op. cit.*, §§ 514-545 e, para a evolução ulterior, Nazareth, *Elementos...*, §§ 133-135. Para as acções sumárias criminais (v.g., assalto em estradas, resistência, desafios, contrabando de cereais, delitos atrozes), cfr. Sousa, 1830, 174 ss.

⁽⁷⁵⁾ As *Ordenações* estabeleciam um juízo deste tipo para as causas de valor insignificante ou para o processo de injúrias (cfr. I, 65,7; III, 30,1).

⁽⁷⁶⁾ «*Saepe contingit, quod causas committimus, et in earum aliquibus simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii procedi mandamus: de quorum significatione verborum a multis contenditur, et qualiter procedi debeat, dubidatur [...]*», decidindo o Papa a série, já referida, de simplificações processuais. Sobre o tema, Alonso, 1982, 290.

extraordinario, que englobaria aqueles casos em que se procedia sem verdadeira acção ou acusação, no âmbito das prerrogativas *ex officio* do juiz ⁽⁷⁷⁾.

Quaisquer que tenham sido as simplificações processuais introduzidas sob a pressão dos prejuízos sociais e políticos causados pelo excessivo prolongamento das demandas ⁽⁷⁸⁾, a ideia de de um processo ordenado, em que as formalidades naturais fossem irreduzíveis, sempre foi inseparável da ideia de um juízo justo. E, com isto, o formalismo processual tornou-se numa característica de toda a prática jurídica e, mais em geral, de toda a prática social e política da sociedade de Antigo Regime, ocupando, no plano das tecnologias da comunicação política, o mesmo papel estruturante de que goza a ideia de justiça, no plano ds estruturas ideológicas de legitimação do poder. Com isto, o formalismo processual está na origem de um estilo de comunicar que abrange usos linguísticos, fórmulas documentais, modelos de prova, estratégias de discussão, rituais e, até, elementos lúdicos (o tantas vezes descrito espírito «chicaneiro» ou «rabulista»). Denunciado por muitos, em nome de um processo «natural» e expedito, ele resiste bem até aos finais do antigo regime (se não até aos dias de hoje). Por um lado, enraíza-se numa tradição doutrinal e textual que a dogmática do direito comum tinha «naturalizado» e que, constituía, portanto, uma evidência, para juristas e, mesmo, para leigos. Depois, banalizava (ou «eufemizava») a questão de fundo, dissolvendo-a num combate ritualizado de peças processuais, de decisão aleatória e sempre reiterável, pelos mecanismos das sentenças interlocutórias, dos embargos, das apelações, dos agravos, das revistas ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ «*Quando proceditur sine actione, vel accusatione vera, quod fit contra regulas iuris communis... [vel]... quod iudicis officio expeditur*», Fragoso, 1641, *ibid.*, I, 458, n. 5.

⁽⁷⁸⁾ Foi este o constante objectivo de sucessivas medidas de reforma da justiça. V., a título de exemplo, as leis portuguesas de 27.7.1582 e de 6.12.1612. Texto e comentário em Cabral, 1730, 103 ss. As cortes também pedem que as causas se abreviem, sobretudo no crime (cfr. Cortes de 1641, cap. 86 do povo e cap. 20 da nobreza).

⁽⁷⁹⁾ Note-se que existem outras classificações do juízo. V.g., *Criminale*: «quando principaliter agitur de crimine ad utilitatem publica... vel quando poena pecuniaria applicanda est fisco» Fragoso, 1641, I, 458, 2); «*quae tendunt ad commodum reipub. aut fisci*» (Scott. 1601, *civile*: «quando aliquid petitur absque origine criminis, puta, ex contractu aliquo... vel quando poena applicatur parti, quamvis descendat ex delicto»

6. *A justiça, um mundo de homens.*

O mundo da justiça é, assim, um mundo de ideias; mas é também um mundo de homens. Antes de mais, um mundo de juristas. A este segundo aspecto dedicaremos, então, os parágrafos que se seguem.

Os estudos mais recentes da história das mentalidades, da história social e dos grupos profissionais não cessam de mostrar o papel central desempenhado pelos juristas na organização do espaço social moderno. Não se trata apenas (ou sobretudo) do facto — de que se têm ocupado os estudos prosopográficos — da centralidade dos grupos sociais de que eles são originários, nem sequer da sua proximidade relativamente aos círculos do poder. Trata-se, pelo contrário, de uma centralidade mais vasta que têm a ver, simultaneamente, com o papel do direito (e da justiça) como instrumento de disciplina social, um instrumento que, na sociedade europeia da época moderna, se está a tornar cada vez mais importante na panóplia das tecnologias disciplinares. Um instrumento que disciplina por meio de uma violência que se tornou, no plano da *polis*, a única legítima. Mas que, ao mesmo tempo, difunde — por meio de uma rede literária e retórico multiforme (desde os grandes tratados da literatura jurídica erudita até à «littérature bleue» dos práticos, passando pelos brocados e provérbios jurídicos) — um quadro para a compreensão das relações sociais e políticas. E que, finalmente, institui mecanismos tidos, cada vez mais, como os mais eficazes para resolver os conflitos entre os indivíduos e os grupos.

Num texto recente, Pierre Bourdieu fez uma síntese dos factores desta eficácia (crescente) do direito erudito e oficial e da centralidade que daí decorre para o campo jurídico e para o pessoal que o ocupa⁽⁸⁰⁾. Um deles seria constituído pelo facto de, a partir da época moderna, o direito erudito e oficial ver ampliar-se a extensão do domínio em que ele constitui a estrutura de legitimação e a norma de decisão dos conflitos. Com efeito, os espaços de «auto-consumo» jurídico (p. 12: justiças comunitárias, poderes de decisão e de punição do *paterfamilias*, instituições arbitrais de comerciantes e de

(Fragoso, 1641, I, 458 n. 2); «*quae tendunt ad commodum partis*» (Scott. 1601) ou *mixtum*: «quando nec mere civiler agitur, nec mere criminaliter... quoties poena venit annotanda fisco, simul, & parti» (Fragoso, 1641, *ibid.*, n. 3).

(80) Bourdieu, 1986.

industriais, etc.) estão a ser continuamente «oficializados» e, portanto, a subordinar-se ao domínio do direito oficial. Outro, o crescimento da eficácia social dos mecanismos jurídicos, sobretudo através da distanciação progressiva da «razão jurídica erudita» em relação aos sentimentos jurídicos espontâneos, com os ganhos que daí decorrem no plano do prestígio social do saber «especializado» dos juristas profissionais letrados ⁽⁸¹⁾. Assim, e pelo jogo combinado destes mecanismos de extensão «espacial» e de rentabilização, o campo jurídico torna-se um dos pólos principais de realização do controle social desde a época moderna.

Se se partir desta progressiva centralidade do direito, facilmente se entenderá a centralidade homóloga das lutas sociais pelo controle da competência para dizer o direito, de que seguidamente daremos alguns tópicos.

Estas frentes de luta são diversas.

Por um lado, a luta global dos actores do campo para instituir e, depois, reforçar o seu monopólio de dizer o direito («apropriação da força simbólica do direito», na expressão de P. Bourdieu) — tecnificação dos instrumentos intelectuais (dogmas, conceitos, métodos «artificiais» [ou «artísticos»] de discorrer e de provar) e linguísticos (língua técnica, calão profissional), criação de barreiras institucionais de acesso ao campo, tais como exigências de títulos académicos ou profissionais ou instituição de exames de acesso à profissão.

Todos estes mecanismos visam, *prima facie*, a produção de resultados para o exterior — no limite, a exclusão de qualquer possibilidade, para um estranho ao campo, de produzir efeitos socialmente

⁽⁸¹⁾ Esta distanciação é produzida por vários mecanismos. A *apriorização*, que erige o discurso jurídico e as soluções por ele propostas em produtos da razão, destacando-os do seu contexto sócio-político e escondendo os seus fundamentos práticos (pp. 5 e 17); a *naturalização*, ossificando e tornando naturais, pela regra do precedente, as situações verificadas num momento histórico dado (pp. 16); a *universalização*, transformando num «facto universal», em «natureza das coisas», os *habitus* e as imagens sociais com os quais os juristas eruditos têm relações privilegiadas; a *normalização*, promovendo o carácter universal e abstracto (i.e., não corrompido por motivações concretas e particulares) das soluções (p. 16); a *neutralização*, que parte dos factores anteriores para sublinhar a neutralidade da decisão jurídica relativamente às estratégias sociais de que se ocupa (p. 9); e, enfim, a *formalização*, que banaliza (eufemisa) a disputa subjacente, transformando-a num jogo processual (pp. 10 e 17).

reconhecíveis como sendo «direito». Mas, ao mesmo tempo, eles têm também efeitos para o interior: reforçam a aculturação dos participantes no campo e o seu sentimento de corpo. Asseguram, além disso, uma reprodução tendencialmente endogâmica deste pessoal E, finalmente, estabelecem, no interior do campo, hierarquias correspondentes à maior ou menor proximidade dos vários grupos de intervenientes em relação a este modelo ideal de competência jurídica.

Outras lutas produzem-se *no* campo, entre os diferentes grupos de actores (*v.g.*, juristas teóricos ou «académicos» «práticos», civilistas, canonistas, letrados, não letrados, juizes, advogados letrados, «procuradores») em torno da sua hierarquização mútua no seio do campo. Na verdade, uma vez que o campo jurídico é um campo especialmente hierarquizado, em que legitimidade das interpretações (o discurso correcto, a *ortoglossia*) é decidida pelas instâncias dominantes (a doutrina, os tribunais superiores) segue-se que se tecem no seu interior relações dominantes/dominados, segundo as quais certos grupos adquirem poderes e competências de nível mais elevado do que outros. Esta hierarquização não é, evidentemente, pacífica; e é em relação às tensões por ela suscitadas no campo que ganham muito do seu sentido mais profundo as querelas correntes sobre o objecto, o método, a política, do direito. Pois cada grupo tenta instituir um paradigma da prática e do discurso jurídicos que lhe seja favorável e valorize as suas posições no campo. Nesta perspectiva, compreende-se imediatamente o carácter *prático* (*político*) da definição do direito como uma «ciência de professores» (*Professorenrecht*), como uma *ratio* (por oposição, quer a uma *voluntas*, quer a uma *practica*); ou do *iudicium* como um modelo canónico de decisão; ou da linguagem jurídica como uma linguagem técnica (*i.e.*, por natureza distinta da linguagem natural).

A geometria e o desfecho destas lutas no interior do campo têm muito a ver com a organização do processo de produção dos diferentes efeitos jurídicos. Os grupos concorrentes são o que são porque, no campo da produção jurídica, cada um se especializou na produção de um certo tipo de produtos (doutrina académica, proposições de política do direito, resolução de conflitos, actos e documentos, assistência jurídica de diferentes tipos), cada um dos quais ligado a um certo processo de produção, a uma certa organização

dos meios de produção, a certas competências da parte dos juristas produtores.

Mas, por outro lado, as hierarquizações no seio do campo parecem ter uma certa homologia com hierarquizações no exterior. Pois as oportunidades, para cada grupo de juristas, de se tornar hegemónico relaciona-se com o peso, no espaço social exterior, das camadas com as quais o grupo dos juristas em questão mantém relações (de origem social, de clientela, de afinidades temáticas) mais estreitas.

É este o enquadramento teórico da seguinte análise do campo jurídico na época moderna.

6.1. *O campo judiciário letrado.*

Pode dizer-se que, na sociedade peninsular da época moderna, o modelo de justiça hegemónico era, já, o modelo letrado⁽⁸²⁾. A justiça era essencialmente um *iudicium* ordenado e este tinha como padrão a controvérsia escrita e baseada na ordem processual estabelecida nas fontes de direito erudito (direito romano e direito canónico), apesar de todas as interfaces que permitiam manter os contactos com uma justiça iletrada e popular que continuou, por muito tempo, a constituir um mecanismo estatisticamente dominante.

Como já disse, noutro lugar, a adopção de um modelo de justiça baseado na escrita e na tradição culta do direito europeu ocidental teve consequências decisivas na evolução das estratégias de composição de conflitos⁽⁸³⁾. Mas teve-as também no plano dos grupos sociais interessados no campo da justiça. A primeira delas foi a de, progressivamente, instituir a formação letrada como condição de acesso aos cargos da justiça.

O exemplo português é significativo da hegemonia deste mundo dos juristas letrados — o mundo dos *desembargadores* (membros dos tribunais e conselhos da corte), dos *corregedores*, dos *ouvidores letrados*, dos *juizes de fora* e dos advogados letrados. Todos eles tendem a ser, obrigatoriamente, juristas de profissão. Na verdade,

⁽⁸²⁾ Sobre a implantação deste modelo escrito e erudito de direito, Hespanha, 1983a.

⁽⁸³⁾ Cfr. *Ibid.*

uma lei de 1539 (13.1) ⁽⁸⁴⁾ — na sequência lógica da reforma da Universidade de 1537; mas ratificando, decerto, uma prática algumas décadas mais antiga e copiando anteriores disposições do direito do reino vizinho ⁽⁸⁵⁾ — instituiu a obrigatoriedade de estudos universitários de direito para o exercício de algumas das mais importantes profissões jurídicas. Para os juizes dos tribunais (*desembargadores* [da Casa da Suplicação ou da Casa do Cível]) exige-se, daqui em diante («que se houvessem de tomar») um mínimo de 12 anos de estudos em direito civil ou canónico na universidade de Coimbra ou, em alternativa, oito anos de estudos e quatro anos de prática como juizes letrado (*juiz de fora, ouvidores, corregedores*) ou como advogados (*procuradores*) na Casa da Suplicação. Para os procuradores ou advogados junto dos mesmos tribunais curiais, são requeridos oito anos de estudos. A medida deve ser, no entanto, um pouco matizada. Além de reconhecer os estudos feitos em universidades estrangeiras ou em colégios universitários, isentava do disposto na lei os juizes de segunda instância ou os advogados «que ja tivessem começado a julgar ou a procurar» pelo menos há doze anos. Mas, para os mais recentes, parece que os estudos seriam obrigatórios. Para além disso, continuava a não se fazer qualquer exigência de estudos para o exercício das outras magistraturas — nomeadamente, dos juizes ordinários, que constituem, por essa época, a esmagadora maioria dos juizes das terras —, bem como para o exercício da profissão de advogado fora da corte ⁽⁸⁶⁾. Esta lei é recebida nas *Ordenações filipinas* (I, 35,2) e nos *Estatutos da Universidade* de 1597, que estabeleciam a obrigatoriedade de estudos de oito anos, culminando num exame de *bacharelamento* (eventualmente seguido de *formatura*), para todos os juristas que quisessem entrar na

⁽⁸⁴⁾ Figueiredo, 1790, I, 384; Leão, 1796, 580.

⁽⁸⁵⁾ A regra de que os juizes deverão ter estudado direito durante, pelo menos, 10 anos foi estabelecida, em Castela, pela real pragmática de 67. 1493 (Alonso, 1988, 383, e retomada na lei II de Toro (1505); comentário em Gomez, 1555, 6 ss.; v. ainda Perolson, 1980, 17). Segundo a informação de José Anastácio de Figueiredo («Memória sobre a origem os nossos juizes de fora», *Memorias de litteratura*, I, Lisboa, 1792, 41) todos os juizes de fora (não incluídos nas prescrições da lei de 1561) nomeados a partir de 1561 são, pelo menos, bacharéis.

⁽⁸⁶⁾ V. *infra*.

carreira das magistraturas letradas («nem otrosi os Iuristas poderão ler...», III, 19, pr. e 2) ⁽⁸⁷⁾.

A partir de certo momento, anterior aos meados do séc. XVI, institui-se (por assento?; cfr. alv. 29.7.1649) um exame régio dos letrados que queiram seguir uma carreira jurídica junto dos tribunais letrados. É a conhecida *leitura de bacharéis*, já existente em 1541, efectuada perante a *Mesa do Desembargo do Paço* ⁽⁸⁸⁾. Nestes primeiros vinte anos de que há notícias, lêem no Paço 152 juristas, a maior parte deles bacharéis, em geral por Coimbra; 145 deles são

⁽⁸⁷⁾ Outra legislação anterior aos finais do séc. XVI sobre provimento de letrados. 1550: modificação da forma dos registos das leituras, devendo ser, daqui em diante, assinadas pelo presidente e conter o resultado (ANTT, Ms. da Livraria 870, fl. 100); alv. 28.5.1568: que os letrados da Casa da Suplicação comecem, de futuro, por servir na Casa do Cível (Bib. Ajuda, cod. 44-xiii-32, n. 110) alv. 18.8.1576: despacho dos letrados pela Mesa do Paço sem a presença do rei (Bib. Ajuda, cod. 44-xiii-52, fl. 111; também em ANTT, Ms. da Livraria 870, fl. 164); que os letrados examinados e não despachados, não andem na corte a procurar, mas regressem a Universidade ou às suas terras, a advogar, estudar e aconselhar, esperando aí o despacho régio, (Bib. Ajuda, cod. 44-xiii-52, 184v.); e os que pretendam ler, procedam da mesma forma, (*Ibid.*, 185 v.). Consultas do Desembargo do Paço sobre este assunto, Bib. Ajuda, 44-xiv-4 [*Livro de consultas do Desembargo do Paço*, tomo 2, 1589-1592], 297 v.-298 v.: faça-se um livro de registo das leituras, com a informação da qualidade desta, a informação do reitor da Universidade, nota dos talentos do candiádo e lugares em que será de mais proveito e por este livro se mandem chamar.

⁽⁸⁸⁾ É a data dos primeiros registos que conheço (cfr. ANTT, Ms. da Livraria, 870, *Livro I dos assentos do Desembargo do Paço*), fl. 95 v. ss. — assentos de 1541 a 1561. Esta série de registos contém 145 registos. Para cada candidato era aberto um processo, contendo a informação escolar e as provas de limpeza de sangue (local de conservação: ANTT, Desembargo do Paço, *Leituras de bacharéis*, índice onomástico [nums. 259/260]). Para cada exame, era feito um registo em livros apropriados (*Livros de assentos*). Destes e de outros livros de registo (por vezes, não oficiais) de leituras conheço os seguintes:

<i>Data</i>	<i>Arquivo/Cota</i>	<i>Obs.</i>
1541-1561	ANTT/Liv., 870, fl. 95 v.	“Leituras de bacharéis”
1626-1680	Ajuda 44-xiv-8	Assentos de bacharéis (livro pertencente a Pero Sabches de Farinha; [312 registos])
1642-1678	Bib Un. Cb./Ms 521 115-fls.	“Livro dos assentos dos bacharéis habilitados...”
1642-1682	Bib. Un. Cb./Ms. 522 18-fls.	“Livro dos assentos dos bacharéis habilitados...”

aprovados ⁽⁸⁹⁾. Durante a primeira metade do século XVII, o acesso às leituras tornou-se mais difícil, quer pelo progressivo fechamento social e rático da carreira de jurista ⁽⁹⁰⁾, quer em virtude de medidas

<i>Data</i>	<i>Arquivo/Cota</i>	<i>Obs.</i>
1660-1799	BNL Cod. 10856/10859 1660.10.20 - 1736.09.08 1736.09.13 - 1768.01.26 1768.01.27 - 1799.12.20	Leituras de bacharéis (originais com os registos dosexames: nome, grau, filiação, naturalidade, data, resultado, assinaturas examinadores)
1680-1700	ANTT/C. 4, E. 16 P. 5 (encad. papel)	Leitura de bacharéis [com índice onomástico]
1690-1725	ANTT/C. 4, E. 16, P. 5 (encad. papel)	Leitura de bacharéis [com índice onomástico]
1962	ANTT/Min. Just./cod. 10	Leitura de bacharéis
1708-1762	ANTT/C. 4, E. 16, P. 5	Leitura de bacharéis [com índice onomástico]
1706-1719	BUC/Ms. 644 (134 fls.)	“Livro dos assentos dos bacharéis do Desembargo do Paço”
1714-1745	Impresso Arq. Min. Fin., Casa Real, cx. 409	<i>Magistrados de D. João V</i> , ed. J. Cunha Saraiva, Lisboa 1943
1725-1745	ANTT/C. 4, E. 16, P. 5	Leitura de bacharéis [com índice onomástico]
1755-1761	BNL/Pomb. cod. 138	“Livros de assentos de bacheréis que têm lido no Desembargo do Paco”
1741-1767	BNL/Cod. 10859	“Leituras de bacheréis da ordem de Aviz”
1775-1812	BNL (Cx. 6)	“Leituras de bacharéis opositores a lugares da Casa de Bragança”

⁽⁸⁹⁾ Dados resultantes de uma primeira exploração da fonte, feita pelo meu ex-aluno Simão Miguel Xavier Matos, em 1988.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. Hespanha, 1986, I, 425 e notas 84 a 86. O problema do acesso de cristãos novos aos ofícios foi discutido nos inícios do séc. XVI; enquanto a coroa procurava não o impedir (ou que, pelo menos, a decisão ficasse como «lei mental»), os tribunais insistiam em que se excluíssem (cfr. CR. 15.10.1590, Bib. Ajuda, cod. 44-xiii-52, n. 215); no mesmo sentido se pronunciavam as cortes (cfr. cortes de Tomar de 1580, povos 13; nobreza, 17 [em J.J. LOPES PRAÇA, *Collecção de leis e subsídios para o estudo do direito constitucional português*, I, Coimbra, 1893, 219 e 237/8; cortes de 1640, povos, 25; clero, 21]. Do ponto de vista do estatuto social, a CR de 20.8.1625 precludia a leitura aos letrados «de baixo nascimento», salvo se de virtude e letras. Mas o dec. 22.5.1665, admite, como privilégio, os filhos dos mesteres de Lisboa (tratava-se de uma pretensão antiga, já constante das condições do pedido para o socorro de Ormuz, em 1623 (cfr. Eduardo FERIRE DE OLIVEIRA, *Elementos para a história do município de Lisboa*, III, 59).

de restrição do acesso às profissões jurídicas. Assim, em 1600 (25.10) — e, depois em 1614 (21.1.) — proíbe-se aos letrados «mediócras» a leitura ⁽⁹¹⁾. Talvez por isso, talvez por outras medidas que não são conhecidas, o número anual de registos de leituras é muito baixo: um par de letrados por ano na primeira década do século; um pouco mais na segunda. Nos finais da década de vinte, o número de leituras sobe substancialmente. Mas, logo em 1632 (29.6), decide-se uma suspensão das leituras, em vista do excessivo número de letrados à espera de despacho ⁽⁹²⁾. Em 1638 (cfr. CR 19.2.1638), as leituras ainda não teriam sido restabelecidas. Mas o que é certo é que, para este período, existem registos de exames, embora menos do que antes. São restauradas pouco depois (1640 ?). Em 1649 (D. 29.7; BUC, ms. 704) ⁽⁹³⁾, renovam-se as disposições de um assento do Desembargo do Paço sobre as condições de admissão — oito anos de estudos e dois de prática, que parece não serem cumpridas. Em 1650 (D. 2.6) é decidida uma reforma, cujos resultados não são conhecidos ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹¹⁾ Pela mesma altura, o Regedor das Justiças, Manuel de Vasconcelos, aconselha o rei a que «não se admitam a ler senão os bacharéis para que haja vagas» (ANTT, Arq. Galveias, maço 32 [antigo 14.1]).

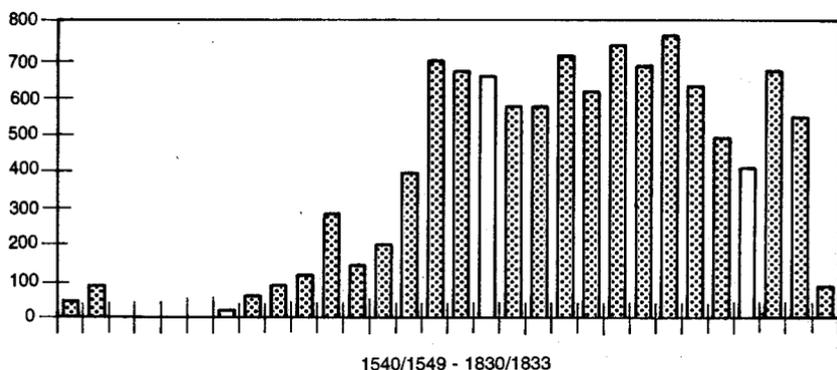
⁽⁹²⁾ A carta régia descreve a necessidade «de dar vazão à multidão de letrados, que tem lido e andam no serviço, de que ha grande quantidade, pelos inconvenientes que se seguem de estarem muitos deles muito tempo sem occupação depois de acabarem as suas judicaturas, por cuja razão tratam de se aproveitar dellas para se sustentarem os annos, que andam fóra de serviço». O rei ordena, então, que se não, que se não admitam a ler mais letrados enquanto não estiverem empregados os que já tiverem leitura, sendo estes obrigados a aceitar qualquer lugar em que sejam providos (JJAS, 246). Em 1634 (CR 24.8., JJAS, 47) volta a insistir-se na proibição de consultar novos candidatos a lugares de letras enquanto houver letrados à espera de despacho (cfr., ainda, dec. 14.9.1639, em sentido semelhante, JJAS, 196). O problema do provimento dos letrados excedentários e da organização da carreira de letras em termos de evitar as longas esperas entre o termo de uma comissão e a seguinte mantém-se até à segunda metade do séc. XVIII (cfr. BNL, ms. 30, n. 19 [«votos sobre o provimento dos lugares de letras»]).

⁽⁹³⁾ Impresso em JJAS, vol. resp., 44 (com data de 19.6.1649) e na colecção de leis extravagantes às Ordenações (1749: ad. I, 84, pr., p. 454).

⁽⁹⁴⁾ Outras fontes relevantes para o estudo quantitativo dos juristas portugueses: Livro de provimentos dos desembargadores, corregedores das comarcas e regedores, ANTT, Casa Forte; BNL/Pomb., Cod. 249, fl. 162, «Ofícios providos por el-rei» (1559-1588; trata-se, entretanto, sobretudo de cargos da casa real); ANTT, Livr., ms. 870, fl. 201, «Lista dos doutores que há-de haver na Casa da Suplicação» (1569); ANTT, Livr., ms. 870, fl. 201 v., «Lista dos doutores que há-de haver na Casa do Cível»

O número de leituras por década está expresso no gráfico 1 (95).

GRAFICO 1 - Evolução das leituras de bacharéis por décadas (1540/1549 - 1830/1833)



(as colunas a branco correspondem à primeira década dos séculos).

No entanto, o mecanismo das «leituras», como via de acesso aos lugares de letras parece não ter sido tão universal. Na verdade, os filhos dos desembargadores costumavam ser providos automaticamente nos lugares de letras, desde que tivessem, estudos (96). Assim, em 1654, o conhecido desembargador Diogo Marchão Themudo pede ao Desembargo do Paço que despache o seu filho como corregedor para uma comarca do primeiro banco, por ser esse o costu-

(1569); BUC, ms. 644, Posses dos desembargadores da Casa da Suplicação», 54 registros (1692-1717); BUC, Ms. 577, Bispados, ministros e ofícios dados por D. João V» (1707-1750); BUC, ms. 545/6, 556, 559, 570, 574, 582, 591-2, 596, 601-4, 607, etc. (c. 1750 - c. 1761); BNL Cods. 1073/1078, «Memorial de ministros» (sécs. XVI, XVII e XVIII); Ajuda 54-IV-34, n. 14., «Notícias dos lugares de letras» (finais do séc. XVIII); BNL/Cod. 1457, Listas de desembargadores do Porto (de 1674 a 1754), de desembargadores do Paço (de 1614 a 1704), de colegiais de S. Pedro (de 1574 a 1724) e S. Paulo (de 1563 a 1728) e de todos os ofícios de justiça que há no reino (c. 1755).

(95) A contagem foi feita por Simão M. Xavier Matos, a partir dos livros de índices de leituras de bacharéis do ANTT (índices n. 259-60), completados, para o período entre 1541 e 1561, pelo ms. 870 da Livraria do mesmo arquivo.

(96) Cfr. Olival, 1988, I, 140.

me⁽⁹⁷⁾. E Lourenço Correia de Lacerda pede para um filho, logo que perfaça 12 anos, um lugar extravagante de desembargador do Porto, em atenção aos serviços de seu pai⁽⁹⁸⁾. Isto apesar do dec. de 4.12.1651 (JJAS, 91), no sentido de se extinguirem as becas extraordinárias (*i.e.*, extravagantes e, decerto, providas sem leitura). Em 1660 (dec. 20.4) este provimento extraordinário dos filhos é dado como excepcional e dependente de graça especial do rei. Mas não era apenas no caso dos filhos de desembargadores que o provimento em lugares de letras se fazia sem exame. Isto também acontecia com certos lentes das Faculdades de Leis e Cânones e com os ministros do Santo Ofício⁽⁹⁹⁾. Enfim, diferentes sinais de uma mesma concepção estatutária da carreira jurídica para que outros autores já têm chamado a atenção⁽¹⁰⁰⁾.

Estes magistrados, ocupados nas magistraturas «de letras» da coroa (e, eventualmente, de alguns senhores que dispuzessem de ouvidores ou juizes de fora letrados⁽¹⁰¹⁾), não esgotavam o universo dos letrados, pois este englobava, também, os próprios professores da Universidade. E, além disso, parte dos advogados.

Os advogados letrados participavam das características, do prestígio e dos privilégios do mundo judiciário letrado. As *Ordenações manuelinas* (de 1521) reconheciam já as vantagens de dispor de advogados letrados na corte e nos restantes tribunais («*muito proveitosa cousa he aver hi procuradores letrados, e entendidos, que procurem os feitos, que se tratarem assi em nossa corte, como em a nossa Casa do Cível, e nas cidades, e villas de nosso Reino*», I, 38, pr.). Daí que tenham instituído exames de aptidão (comentário de um ponto de direito erudito tirado à sorte na véspera do exame) para os candidatos ao exercício da advocacia perante a Casa da Suplicação ou a Casa do Cível. Quanto aos advogados que exerciam perante as justiças de outras cidades ou vilas, aqueles que não tinham qualquer grau universitário (de «*qualquer Estudo ge-*

(97) ANTT, Desembargo do Paço, Repartição da Justiça, Livro de registo de consultas, livro 32 (1654-1656), fl. 15.

(98) *Ibid.*, fl. 16; v. outro caso a fls. 114.

(99) Cfr. Decs. de 20.4.1663 (JJAS, 86) e 10.6.1666 (JJAS, 119).

(100) Cfr., por todos, Ranieri, 1988.

(101) Tal era, nomeadamente, o caso da ordens militares e das casas da Rainha, do Infantado, de Bragança, ou de Aveiro.

ral»), mesmo de bacharelato, deviam sujeitarse a um exame de suficiência e admissão perante o chanceler-mor do reino. A já referida lei de 1539 (13.1) fixa a exigência de estudos, para os advogados da corte, em oito anos de estudos jurídicos. Trinta anos mais tarde, em 1576 (lei 7.5; Leão, 1796, 220), recua-se, abrindo provisoriamente a advocacia da corte a não letrados que soubessem ler e escrever, casados e de bons costumes. Mas as *Ordenações filipinas* exigem de novo os oito anos de estudos e uma prática de dois anos para aceder à advocacia (*Ord. fil.*, I, 48, pr.).

Para advogar perante a Casa da Suplicação, em que existia um número fixo de advogados (¹⁰²), requeria-se ainda um concurso (*oposição*) a uma vaga perante o Regedor, Desembargadores dos agravos e Chanceler deste tribunal, incidindo sobre as suas «letras e suficiência, boa fama e consciência» (*Ord. fil.*, I, 48,1). As respectivas cartas eram passadas pelo Desembargo do Paço e Chancelaria Mor (¹⁰³).

Já para exercer na Casa do Cível, bastava a graduação universitária e a admissão, sem exame (entre, provavelmente 1603 e 1651 (¹⁰⁴)), pelo Governador da Casa. Mas o alv. 16.6.1651 estabeleceu, também aqui, um número máximo de procuradores (16 a 20) e, logo, um exame, como em Lisboa; inicialmente observado, mas depois caído em desuso, este alvará foi repostado em vigor pelo ass. de 27.4.1723 (que nomeou 21 advogados) tendo o contingente sido ele-

(¹⁰²) Quarenta, pelas Ordenações; mais tarde elevado para sessenta, d. 19.4.1752. Antes, fora de vinte (prov. 7.5.1567, Leão 1796, *Leis extravagantes*, 220), de vinte e quatro e, mais tarde, de trinta (Cabedo, 1601, I, 214, n. 3). Havia, porém, o uso de criar advogados supranumerários, nos impedimentos dos numerários, quando um advogado obtinha uma nomeação temporária — v.g., como juiz de fora — regressando depois ao seu lugar (cfr. Pegas, 1669, IV, ad I, 48,1, gl. 3, n. 2-4, p. 152).

(¹⁰³) *Regimento do Desembargo do Paço*, § 60; sobre certidão de exame, passada pela chancelaria da Casa.

(¹⁰⁴) Pegas (Pegas, 1669, IV, ad I, 48,2, n. 2/3, p. 153) insurge-se contra o facto de não haver exame, como antes teria havido. Abona-se em Cabedo (Cabedo, 1601, I, d. 214, n. 4) que refere ser o exame exigido pelas *Ord. man.* (I, 38, pr.) [e ainda pela prov. de 7.5.1567, Leão, 1796, *Leis extrav.*, 220], além de que era de estilo, mesmo para os licenciados em Coimbra; o mesmo teria acontecido depois da mudança da Casa do Cível para o Porto. Esta prática deve ter-se modificado quando deixa de haver número fixo de procuradores, o que acontece com a entrada em vigor das *Ord. fil.* (I, 48).

vado para 25 por provisão de 30.1.1724 (cfr., antes, prov. 27.6.1722).

O regime da admissão nas carreiras letradas — aqui descrito nos seus traços mais gerais — mostra que a distinção baseada nas letras e favorecida, naturalmente, pelos próprios letrados recebe uma ratificação cada vez mais nítida por parte da coroa. Na verdade, a frequência dos estudos jurídicos — de estudos jurídicos bastante prolongados (oito anos, contra os cinco exigidos pelo direito comum ⁽¹⁰⁵⁾, mas aproximando-se dos dez exigidos em Castela) e feitos em Coimbra — constitui um requisito para o desempenho de cargos de justiça nos tribunais régios.

O estabelecimento, também progressivo, de exames de suficiência (leituras de bacharéis perante o Desembargo do Paço, exames de advogados perante a Casa da Suplicação), denota uma tensão entre os grupos de juristas académicos e aqueles ligados aos altos tribunais. Noutros países, como a Inglaterra, essa tensão existiu também e levou mesmo a que os tribunais tenham constituído instituições de formação jurídica letrada — as *inns of the courts*. Em Portugal, a universidade manteve a função de formação; mas a de selecção para o ingresso na carreira das letras ou da advocacia junto dos tribunais superiores foi apropriada por estes. Que o reforço deste controle da admissão às carreiras jurídicas letradas pelos altos tribunais coincida no tempo com o apogeu da «praxística» sobre a ciência académica ⁽¹⁰⁶⁾ não é um puro acaso. Antes traduz a hegemonia, dentro do campo jurídico dos grupos letrados ligados aos tribunais — afinal, os mais lídimos cultores da justiça — sobre o grupo dos juristas puramente académicos. Hegemonia que terá outras sequelas.

Na verdade, o agravamento destes mecanismos de distinção tinha consequências dramáticas para o equilíbrio entre os volumes da formação universitária de letrados e os volumes da sua absorção profissional pelas carreiras de letras. Com o número de leituras nos últimos anos do séc. XVI, as carreiras de letras, ainda numericamente pouco desenvolvidas, depressa se saturaram. No início do século XVII, as fontes descrevem-nos uma situação em que, uma vez aprovados, os letrados vagavam na corte, aguardando despacho e procu-

⁽¹⁰⁵⁾ Pegas, 1669, gl. 2, ad, pr., n. 1.

⁽¹⁰⁶⁾ Sobre isto v. Silva, 1964, 342 ss.

rando ganhar a vida como advogados, consultores ou procuradores. Em qualquer destas profissões, viviam das disputas e eram acusados, não só disso, mas de as fomentarem. As medidas que, no início do séc. XVII, restringem as «leiturias» visam pôr cobro a esta situação. Mas, sem decerto resolverem o problema, pois se mantinha a situação do bacharel ou licenciado vagante, esperando a oportunidade de «ler», cuja única saída era a advocacia. É sobre este ponto que, agora, se exerce toda a pressão dos excedentes de juristas. São procuradas vagas ou lugares supra-numerários de advogados na corte. Na Casa do Cível, a inexistência de contingente e de exame (depois de 1604 [?]) facilita o acesso; mas esta válvula de escape termina em 1651, como vimos. Resta a província. É para aí, decerto, que se encaminham os excedentes, quer de licenciados sem «leitura», quer de letrados sem «despacho», sobretudo, decerto, a partir do disparo do número das leituras, na segunda metade do século XVIII.

No entanto, a insistência na «suficiência e merecimento» dos candidatos tinha, progressivamente, consequências, ainda como factor de reforço dos mecanismos de selecção corporativa dos juristas letrados. Na verdade, a selecção pelo mérito, desvalorizava critérios como o da origem nobiliárquica, esse externo e incontrolável pelo grupo dos juristas. O princípio de que se devem escolher os candidatos «beneméritos», apesar do seu nascimento, que consta expressamente de um alv. de 20.5.1625, está de acordo com um tópico literário corrente. E, como se vê, é um importante apoio para a instauração de um espírito «meritocrático», típico das carreiras burocráticas «modernas»⁽¹⁰⁷⁾. Só que este princípio do mérito tinha também consequências internas às carreiras letradas — e consequências geradoras de fortes tensões —, pois levava à preferência dos melhores aos mais antigos, em contradição com um princípio estruturante fundamental na organização das precedências da sociedade da época — o da antiguidade⁽¹⁰⁸⁾.

Na província, os advogados letrados constituem um factor de promoção do direito letrado, tanto ao aconselhar as partes, como ao

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. Ranieri, 1988.

⁽¹⁰⁸⁾ Que se adopte a promoção por mérito e não por antiguidade é um dos conselhos do Regedor das Justiças, Manuel de Vasconcelos, no início do séc. XVI (cfr. *supra*, nota 91). O mesmo se comunica na CR de 2.4.1664 (JJAS, 94).

assessorar os juízes. Foi através deles — e, por ventura, também através de estudantes fracassados, exercendo como procuradores ou como escrivães — que os mundos jurídico-judiciais da periferia entram em contacto com o direito oficial e erudito do centro. Os advogados eram, de facto, os mediadores que suscitavam, junto dos clientes, o desejo de prosseguir a causa com um recurso para um tribunal da corte; e que, ao mesmo tempo, traduziam as pretensões das partes nos termos das fórmulas e mecanismos do direito erudito aí em uso. Esta intenção de recurso obrigava, de resto, a uma intervenção prévia junto das justiças não letradas de primeira instância, pois o processo deveria desenrolar-se aí de maneira que possibilitasse o recurso (i.e., em geral, com respeito das formas processuais e actuárias reconhecidas pelos tribunais de recurso). Dai o relevo que algumas fontes dão à figura do «assessor», previsto pelo direito comum para aconselhar o juiz leigo acerca dos pontos de direito ⁽¹⁰⁹⁾. Ainda nas cortes constituintes de 1821, um deputado afirma que «todos sabem que nos logares de juiz ordinario, quem despacha he o assesor» (deputado Sarmento, *Diario...*, 3667) ⁽¹¹⁰⁾. A mesma função cabia, segundo outros, aos tabeliães, também eles conhecedores das fórmulas actuárias do direito erudito.

Mas a advocacia de província não era exclusiva destes advogados letrados. Na verdade, se ela estava aberta, sem mais, aos bacharéis (*Ord. fil.*, I, 48,3 ⁽¹¹¹⁾), continuava-o, também, embora mediante exame pelo Desembargo do Paço e respectiva provisão, a todas as pessoas aptas (*Ord. fil.*, I, 48,4; alv. 24.7.1713) ⁽¹¹²⁾. Manuel Alvares

⁽¹⁰⁹⁾ Cardoso do Amaral (Amaral, 1610, v. «Assessor») define o assessor como sendo «qualquer letrado que os juizes ordinários, escolhidos por eleição nos concelhos menos notáveis, e que não são letrados, têm para lançar e escrever nos autos todas as sentenças definitivas ou executórias» (n. 1).

⁽¹¹⁰⁾ Embora outros ponderem que em algumas terras não há letrados que sejam assessores (*Diário...*, VII, 184) ou que, havendo-os, os juízes não ganham para lhes pagar. Na verdade, segundo os costumes portugueses — segundo atesta Cardoso do Amaral (Amaral, 1610, v. «assessor») —, o assessor nunca tem salário das partes, mas do juiz. Esta observação parece ter um alto grau de probabilidade, dado o carácter meramente honorário (e, logo, benévolo), da função de juiz ordinário.

⁽¹¹¹⁾ Salvo nas terras em que houvesse um número fixo de procuradores. Esta limitação era raríssima. Pegas não conhece qualquer terra que a tivesse.

⁽¹¹²⁾ V., sobre o ponto, Pegas, 1669, II, gl. 130; IV, *ad* I, 48, gl. 6 n. 1; VII, *ad Reg. Sen. Pal.*, c. 45, n. 1; XIV, *ad* I, 48, n. 5.

Pegas — ele mesmo um advogado letrado de sucesso — informa, a este propósito que, nas aldeias em que faltam os advogados, o Desembargo do Paço concede a faculdade de advogar aos que se mostram aptos de algum modo (*aliquo modo*) por exame ⁽¹¹³⁾; e lhes dá as respectivas cartas. Nestas cartas, a que se chama de *procuradores do número*, põe-se normalmente a cláusula de que possam advogar enquanto não houver dois letrados graduados; mas se não se puzer tal cláusula, os titulares podem advogar sem limite, sem se lhe poder impor tempo para concluir a formatura ⁽¹¹⁴⁾.

Estes procuradores, não letrados, eram, afinal, os sucessores dos «vozeiros» medievais, especializados nos processos do direito tradicional e, sobretudo, bons conhecedores das técnicas tradicionais da mediação («avir», «chegar») (v. A.M. Hespanha, 1983, 35). A doutrina erudita zurzia-os generosamente. Se o juiz iletrado era tratado de forma benevolente, a presunção e ignorância destes advogados de poucas letras (*doctores monetae tonsae, cum litteras non habeant; doctores necessitatis, cum necessitas non habet legem; doctores tibi quoque*) era, em contrapartida, duramente castigada. João de Carvalho (*De una et altera...*, 1631, 292) aconselha a evitar estes «advogados chicaneiros normalmente chamados procuradores do número, como parte extremamente perigosa», cujas ineptas petições deveriam ser rasgadas com os dentes pelos juízes ⁽¹¹⁵⁾.

6.2. *As consequências do modelo ideológico da justiça letrada.*

Estamos, neste caso dos procuradores não letrados, perante uma das oposições estruturantes, internas ao campo jurídico — de um lado, os que dispõem da *scientia legalis*, os *litterati*; do outro, os que se valem de um conhecimento espontâneo do direito, os *idiotae*, *pectorales* ou *rustici*. Embora não volte aqui a explicitações e detalhes já dados alhures ⁽¹¹⁶⁾, sempre acrescentarei que esta distinção se torna inevitavelmente cardinal, desde o momento que se defina a justiça como uma *ratio*, e que esta seja identificada com um discurso

⁽¹¹³⁾ Pegas, 1669, (II, ad Reg. Des. Paço, par. 60, gl. 130; IV, ad I, 48, gl. 6 n. 2).

⁽¹¹⁴⁾ *Ibid.*, XIV, I, 48, n. 5.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. Hespanha 1983a, 20 e 45.

⁽¹¹⁶⁾ Tratei deste tema em Hespanha, 1983a e, ainda, em Hespanha, 1986, I, *maxime* 629 ss.

tecnificado como o direito comum. Então, a capacidade de «dizer o direito» (ou de «fazer a justiça») passa a ser algo que nem se possui naturalmente, nem se adquire pela tradição. Mas só pelo estudo. Ou seja, os meios de produção do discurso deixam de ser um património comum, para se tornarem monopolizáveis por um grupo, que se tornará por isso hegemónico no campo e que, uma vez hegemónico, não deixará de continuar a reforçar essa hegemonia, sublinhando ainda mais o carácter hermético do seu saber.

Mas, quanto a oposições estruturais provocadas pela assimilação da justiça a uma ciência e, mais concretamente, a esta ciência do justo e do injusto, do *suum cuique tribuere*, existe ainda outra, também estruturante — a que opõe os juristas, os especialistas desta *prudencia iuris*, aos políticos, os especialistas da *arte de governo*, da *razão de Estado*. A oposição entre juristas e políticos é típica, como se tem dito ⁽¹¹⁷⁾, do pensamento político peninsular entre os finais do séc. XVI e os meados do séc. XVII. Mais típica, porventura, do que a oposição entre as armas e as letras, de que tanto se fala ⁽¹¹⁸⁾. Com ela se distinguem aqueles que entendem o governo como uma actividade dirigida pelos cânones «naturais» da ética e do direito, dos que o concebem como orientado pelas máximas «artísticas» («voluntárias», «da engenho») da razão de Estado. Os primeiros perseguem a justiça e exprimem-se no *iudicium* e na consulta *more iuridico*; os segundos, buscam a utilidade e expressam-se no alvitre. Mesmo quando não acusam expressamente os «políticos» de ímpios e imorais, os juristas distinguem-se cuidadosamente deles ⁽¹¹⁹⁾. Assim, embora aconselhe o rei a ouvir o parecer de uns e outros, Bartolomeu Filipe traça uma fronteira nítida entre «letrados» e «idiotas astutos», não escondendo que existe uma hierarquia de dignidade (se bem que não de eficácia) entre ambos os grupos, favorável ao

⁽¹¹⁷⁾ V., sobre o tema, Torgal, 1982, II, 156 ss.; Albuquerque, 1983, 198 ss.; Hespanha, 1989 61 ss.; Oliveira, 1981. Para a Itália desta época, De Mattei 1973.

⁽¹¹⁸⁾ Sobre ela, Hespanha, 1986, I, 414 ss., 703 s., 733 (e bibl. aí citada). Fontes: João Pinto Ribeiro, «Preferência das letras ás armas», em *Obras varias*, ed. cons. 1730, 168-203; Francisco Manuel de MeLO, *Aula politica*, ed. cons. 1720, § 28 (polemiza com o anterior); Bento PEREIRA, *Pallas togata, et armata. Documentis politicis in problemata humaniora digesta*, Eborae, 1636, class. 3; do mesmo, *Academia sev respublica literaria*, Ulysipone, 1662, disp. 4; ANTT, Ms. Livraria 1112, fl. 1.

⁽¹¹⁹⁾ V., nomeadamente António CARVALHO DA PARADA, *Arte de reynar*, Bucelas, 1643, 161 ss.

primeiro: «Teniendo los principes de negociar con muchas y muy diversas personas, no menos necessario les es aprovechar-se de las cautelas y astucias de los idiotas que de las letras y ciencia de los letrados, porque, como dicen, la mitad del año se vive con arte y engaño, y la otra con engaño y arte. Para los negocios que penden de conciencia y justicia aprovechan los letrados, y para cobrar las rentas y tratar los negocios que pertenecen a la hacienda de la Republica los idiotas astutos... Los letrados son preplejos en resolverse en los negocios sobre que se consulta porque se les representan muchas dificultades y muchos inconvenientes que los hacen llenos de respectos y imaginações que ningun provecho hacen» ⁽¹²⁰⁾. Ciência, astúcia e valor são, pois, os valores que sustentam três campos agora concorrentes no palco do poder — a justiça (as letras), a política, a milícia (as armas).

Com o advento do iluminismo, modifica-se, como já vimos, sensivelmente, se não o recorte, pelo menos a hierarquia entre «justiça» e «política». O que se repercute necessariamente na hierarquia entre «juristas» e «políticos». Agora, a jurisprudência, é uma actividade secundária e derivada: «hum habito de interpretar, e de aplicar as leis aos factos; [...] consistindo os Offícios do Jurista interpretação, e applicação das Leis» (*Compendio histórico...*, p. 159). Ancilar da política, ou seja, da ciência da organização da sociedade, cuja interface com o direito é constituída pelo Direito Público Universal («regras comuns, e universaes para todas as sociedades civis», *Ibid.*, 216) e Particular («ou Economico, que se compõe das bases respectivas à Constituição, ou Governo público do [de cada particular] Estado», *Ibid.*, 215). Assim, a opposição entre letrados e políticos atenua-se — o letrado «não deve ser hospede» nas matérias políticas e económicas, «porque da essencia das leis não so he serem justas, e racionaveis, mas também serem uteis tanto ao Estado, como aos cidadãos» (*ibid.*, 173 e nota b). O campo jurídico torna-se permeável, no direito público, no direito penal e, até, no direito civil, aos politólogos e outros pulicistas e ao discurso por eles produzido ⁽¹²¹⁾. E, com isto, a opposição cardinal a que nos vínhamos referin-

⁽¹²⁰⁾ Filipe, 1584.

⁽¹²¹⁾ Exemplo desta permeabilidade é a importância que tiveram no discurso jurídico as obras destinadas ao público indiferenciado dos cidadãos iluminados. Veja-se o caso

do perde o vigor, tendendo-se, durante algumas décadas, para uma indiferenciação entre o campo jurídico (ou melhor, o sub-campo da jurisprudência teórica ou académica ⁽¹²²⁾) e o campo da politologia, indiferenciação da qual decerto não resultaria para os jurista um papel claramente hegemónico face aos políticos.

Voltemos, porém, às definições. Montado o dispositivo teórico que consiste na assimilação da justiça a uma *scientia* (a *prudentia iuris*), ele não cessará de produzir ulteriores resultados simbólicos, responsáveis, por sua vez, por novas fontes de distinção, algumas das quais se projectavam para fora do campo social do direito. Ou seja. A imagem da eminente dignidade das letras, se produzia, no estrito universo da prática jurídica, as consequências descritas, produzia ainda, noutros planos da prática social, traços distintivos favoráveis à produção e reprodução, nesses planos, do poder do grupo dos juristas letrados, duplicando assim, noutros registos sociais, a hegemonia do grupo.

Desde logo, no plano da política, a assimilação do governo à justiça e desta a uma *ratio* — mais, a uma *scientia* — produz, para os titulares desta ciência, um lugar político privilegiado. Na verdade, sendo o direito uma *ratio*, mais do que uma *voluntas*, eles eram — como detentores socialmente reconhecidos de uma *notitia rerum humanarum atque divinarum* ou de uma *iusti atque iniusti scientia* — os depositários dos critérios para julgar a legitimidade do direito, mesmo do direito real (Hespanha, 1986, I, 725). Neste plano, a única concorrência possível era a dos teólogos. Mas a progressiva dessacralização da teoria do poder impedia uma aplicação directa do discurso teológico ao mundo da política, exigindo, em contrapartida, a mediação dos juristas (que as fontes romanas decoravam, de resto, com o título de *sacerdotes*) ⁽¹²³⁾. Assim se, no plano doutrinal, se du-

dos artigos jurídicos das enciclopédias francesas e alemãs dos finais do séc. XVIII (Bödecker, 1989, Cremer, 1989, Lüsebrinck, 1983, Hespanha, 1988.

⁽¹²²⁾ Note-se que se propõe, no período iluminista, uma integração da teoria e da prática (*Compendio histórico...*, 278 ss.: «a Jurisprudentia não he mais, que huma só, e esta toda Prática», 284). Que, realmente, significa uma tentativa de subordinação da produção jurídica prática (dos tribunais, nomeadamente, dos tribunais superiores, expressa nos «estilos» e na «praxística») à produção teórica das escolas reformadas, agora estreitamente subordinadas à política do Estado.

⁽¹²³⁾ «Cuius merito nos quis sacerdotes appelet» (Ulpianus, D., 1,1,1,1). Em todo o caso, pureza religiosa e moral foram constituíram o único flanco por onde pôde ser sindi-

vidava da validade de actos reais (nomeadamente, de actos legislativos ou, em geral, de actos jurídicos) praticados sem o seu conselho (*ibid.*, I, 726), no plano prático, os seus pontos de vista materializados em decisões (para os assuntos de justiça) ou consultas (para as matérias de governo) não apenas decidiam os mais importantes conflitos políticos e sociais como, registadas e coligidas por uma tradição literária cada vez mais imponente, convertiam-se na própria memória política e jurídica da sociedade, na sua tradição e, logo, na sua constituição.

Isto convertia os juristas num grupo político insindicado e quase insindicável. Nem no momento da sua admissão — pois os exames eram da competência de membros letrados dos tribunais superiores, em que as solidariedades corporativas (colegiais, universitárias) jogavam a fundo. Nem no momento das inspecções periódicas (*residências*), quando existiam ⁽¹²⁴⁾, pois elas estavam a cargo de companheiros de grupo que «sendo todos de uma profissão, dissimularão as culpas que acharem» ⁽¹²⁵⁾. Nem no momento das promoções, decididas formalmente pelo rei, mas de facto pelos desembargadores com assento no Desembargo do Paço ou nas Relações. Nem, finalmente, no momento da verificação da qualidade dos seus actos, cuja apreciação, quer no momento do registo (das decisões dos tribunais superiores, pelo Chanceler-Mor), quer no momento do recurso, era feita por juristas. Como síntese da sua posição

cado e atacado o grupo dos juristas. Cfr. P.L. Rovito 1982; para Portugal, Schwartz, 1980, 55 ss. (da trad. bras.), Hespanha, 1986, I, 730 (e bibl. aí citada); para Espanha, Pelorson, 1980, 155 ss.

⁽¹²⁴⁾ Só os juizes e corregedores estavam sujeitos a residência. Não já os tribunais superiores. A exigência de «residência» como condição de promoção a outro lugar foi imposto pelo rei, contra a opinião dos desembargadores do Paço, em 1595 (cfr. Bib. Ajuda, cód. 44-xiii-4, 298; *Livro de consultas do Sesembargo do Paco*, 1589-1592; e *ib.*, *ibid.*, cód. 44-xiii-6, 1594-1596, 37 v.). O tema da devassa dos tribunais e da reforma das residências dos juristas está presente nas cortes de séc. XVII. Em 1641, os povos pedem que os tribunais superiores se devassem de três em três anos (cap. 20 e 30); a nobreza, aparentemente menos crente na eficácia das devassas ordinárias, pede que se tomem informações secretas dos tribunais (caps. 14 a 16). Um dec. de 1650 (2.6) manda reformar o regime das residências (JJAS, 62). Mas só em 1678 (26.1) se publica um novo regimento (JJAS, 38; outro, em 18.12.1687, JJAS, 145).

⁽¹²⁵⁾ V. cap. 40 dos povos, cortes e 1641, J.J.A.S., vol. rep., 20. Cfr. Hespanha, I, 730.

face ao poder supremo é característica uma decisão, tomada na Relação do Porto, em 1600, no sentido de que «os ministros inferiores devem obedecer aos superiores mesmo contra ordem real, ficando aos superiores dar ao Rei a razão do seu proceder» ⁽¹²⁶⁾. Era, enfim, a tentativa final de fechar qualquer hipótese de sindicância. No entanto, o carácter ancilar da justiça e da cidade terrena em relação à cidade divina deixou sempre em aberto, como *ultima ratio* do poder, a possibilidade de intervenção inspectiva e correctiva em ordem à salvaguarda de valores espirituais, tais como a puerza da fé ou a da moral. A intervenção da Inquisição ⁽¹²⁷⁾ e a realização de devassas gerais à justiça ⁽¹²⁸⁾ constituem as concretizações (apesar de tudo

⁽¹²⁶⁾ Citado numa consulta sobre a forma dos exames dos letrados, em ANTT, Desembargo do Paco, Repart. da Justiça, Livros de registo de consultas, n. 32, 1654-..., fol. 187. Na década de quarenta, o Desembargo do Paco sugere, no quadro de um conjunto de propostas sobre a reforma da justiça, que a Casa do Cível seja obrigada a executar sem dilação as ordens do Desembargo do Paço, sem pretexto de ir escrever ao rei (Bib. Ajuda, cod. 51-vi-33, fl. 167 [«Apontamentos do Desembargo do Paço sobre a reforma da justiça»]). A Relação do Porto parece ter sido, de resto, o protótipo da auto-suficiência e do desregramento: abundam aí as promoções extraordinárias (extravagantes e sem leitura), os seus advogados são providos sem exame (v. *supra*), vigorava aí o «estilo» hiper-corporativo de decisão a que nos referimos; segundo diversas fontes, imperava o compadrio (cfr., v.g., Francisco Roiz da Silveira, «Discurso sobre a reformação da justiça, da comarca da Beira, e antre Douro e Minho...». Museu Bri., Add. 25419 [c. 1626]); segundo a fonte que vimos citando, fomentar-se-iam as demandas. Daí que, nestas propostas do Desembargo do Paço, se aconselhe o traslado da Relação para Lisboa (fl. 166 v.); o mesmo pedia a própria câmara do Porto, nas cortes de 1619) ou, caso continuasse no Porto, a sua devassa imediata (pois já não era sindicada há mais de 10 anos), a redução do número dos seus desembargadores e a extinção da sua almotaçaria, pelos abusos a que dava lugar (*ibid.*).

⁽¹²⁷⁾ V., para a Itália espanhola, ROVITO, *La respublica...*, Para Portugal, a questão não está globalmente estudada. V., em todo o caso, alguns dados em António José TEIXEIRA, *António Homem e a Inquisição*, Coimbra, 1895-1902, e António DE SOUSA e Vasconcelos SIMÃO, «O Doutor Manuel Rodrigues Navarro, jurista e cristão-novo», *Miscelânea histórica de Portugal*, Lisboa, 1983, III, 77-116.

⁽¹²⁸⁾ Para a devassa do tempo de D. João III, v. as indicações dadas em Hespanha 1986, I, 730 n. 139; para as devassas ordenadas nos inícios do séc. XVII do bispo das Canárias e do bispo de Leiria, v. Hespanha, 1988, 61 s. (notícias ulteriores em Manuel SEVERIM DE FARIA, *Historia portugueza E de outras Provincias do Occidente, desde o anno de 1610 ate o de 1640...*, B.N.L., cod. 241, 26 [devassa do bispo de Leiria em Agosto de 1612], 30 [devassa do bispo das Canárias em finais de 1612], 109 [devassa por Martim Afonso de Mexia, em 1618], 335 v. [devassa do arcebispo de Braga em 1639]).

excepcionais, posteriores aos inícios do séc. XVII e sobretudo características do governo filipino) desses meios últimos de controle. Apesar disso, os letrados não deixam de se envolver em provas de força com o poder político. O exemplo mais interessante, neste período, foi o do confronto entre a coroa e os desembargadores da Casa da Suplicação a propósito da retenção do primeiro quartel de todas as rendas pagas pela coroa (incluindo, portanto, os salários dos ministros dos altos tribunais), em 1634 (CR 10.5.1634, JJAS). Os desembargadores assentam, em Mesa Grande, a prisão do tesoureiro da Alfândega (em cujas rendas estavam «situados» os seus salários ⁽¹²⁹⁾) por este se recusar a pagar-lhos (assento de 8.7.1634). O rei, todavia, apoia o tesoureiro e repreende o Regedor das Justiças (CR 19.7.1634, JJAS, 34) ⁽¹³⁰⁾.

Se, no plano da política, o paradigma da ciência produz estes resultados, no plano das distinções sociais, a ciência produz a nobreza ⁽¹³¹⁾.

Ao tratar das fontes a nobreza política, um dos mais interessantes (embora dos menos utilizados hoje) tratadistas portugueses desta época, João de Carvalho, enumera, naturalmente a ciência (ao lado da milícia, do ofício e do privilégio) ⁽¹³²⁾. Trata-se da ciência em geral. Mas logo uma das primeiras citações localiza mais as coisas — «meritum scientiae Juris civilis ipso jure reddit peritum nobilissimum».

Assim, a ciência do direito nobilitava, sem mais e ao mais alto grau, os juristas, tornando-os credores de todas as honras por parte dos príncipes («unde Jurisperiti Principes reverentiam exhibent [...] & merito a Principibus praeonorantur», *ibid.*).

Nobreza escalonada, decerto. No primeiro grau, os doutores aprovados na Universidade, para o que se encontrava disposição expressa no direito português e castelhano ⁽¹³³⁾. Acima destes, ainda, os lentes há mais de vinte anos, decorados, mas apenas pelo direito

⁽¹²⁹⁾ A partir de Janeiro de 1633 (cfr. Ajuda 44-XIII-32, 110 j).

⁽¹³⁰⁾ V., sobre este tema, Oliveira, 1981.

⁽¹³¹⁾ Cfr. Pegas, 1669, IV, ad I, 48, gl. 1 ad rubr. (dignidade dos juristas); gl. 2 (só com 5 anos de estudos).

⁽¹³²⁾ Carvalho, 1631, p. 34, n. 264.

⁽¹³³⁾ Respectivamente, *O.F.*, III, 29; III, 59,15; V, 120 (equiparando os doutores aos fidalgos matriculados e aos de solar) e *Part.*, II, 2,2; II, 23,4.

comum, com a dignidade condal (n. 265) ⁽¹³⁴⁾. Depois, os licenciados, que gozavam, pelo menos, de alguns dos privilégios da nobreza (*privilegia favorabilia*, mas não dos *odiosa*, *i.e.*, de que podiam resultar ofensa de direitos de outrem) (n. 275 ss.). Já quanto aos bacharéis em geral, duvidava se da sua nobreza (n. 284); mas, se fossem advogados, esta dúvida desaparecia, pois exerciam um ofício nobre — «do mesmo modo que os militares defendem a República dos inimigos, também os advogados defendem as nossas causas e riqueza dos litigantes injustos (*ibid.*) — que dava, enquanto tal, nobreza. Na nobreza dos advogados se detém o autor, abundando citações de autoridades. A única restrição que opõe é, ainda ela, significativa: «...em virtude o que [a nobreza] é concedida aos advogados peritos e doutos, que sejam de boa consciência, fiéis e misericordiosos. Mas não aos que, mirando só ao lucro e riqueza, se abstêm do estudo e não curam da defesa das causas; pois estes defendem todas as causas, justas ou injustas, aborrecem a verdade, esfolam os inocentes, entregando toda a substância da advocacia a uma vociferação incómoda; dos quais se deve fugir enquanto peste da República e fonte de discórdia entre os pais e família» (*Ibid.*). Do mesmo modo, os advogados não letrados, «rábulas», vulgarmente chamados procuradores do número (*v. supra*), não gozariam de qualquer nobreza, nem o seu ofício se deveria considerar nobre, antes vil e ínfimo. De entre os advogados, a maior honra ia para os da corte e do fisco; mas todos eles gozavam de privilégios da nobreza, semelhantes aos dos doutores (cfr. n. 286) ⁽¹³⁵⁾.

Ao tratar da nobreza política *ex officio* (n. 405 ss.), surgem as restantes profissões jurídicas, já em parte abrangidas nos parágrafos anteriores: regedor da justiça (n. 406), presidentes dos tribunais da corte (n. 409 ss.), chanceler-mor (n. 414), desembargadores ou

⁽¹³⁴⁾ Os privilégio correspondentes eram o prestar testemunho em casa, não sofrer prisão por dívidas, poderem redigir procuração por mão própria, gozarem os seus escritos particulares de fé pública, terem direito a homenagem (prisão domiciliária), não poderem ser executados nos seus livros, não poderem, em geral, ser sujeitos a tortura, serem exentos de fintas (por direito comum, de todos os tributos pessoais (ns. 266-270).

⁽¹³⁵⁾ Sobre os advogados e os seus privilégios, Jerónimo DA SILVA ARAÚJO, *Perfectus advocatus*, Ulyssipone, 1743 (trad. port., *Bol. Ministério da Justiça*, 1969); Bento GYL, *Directorium advocatum & de privilegiis eorum*, Ulyssipone, 1613.

membros de outros conselhos da corte (n. 416 ss.), corregedores e provedores (n. 422 ss.), juizes de fora de terras régias (n. 427 ss.) ou de donatários (n. 431). Quanto aos juizes ordinários, aparecem significativas dúvidas. Trata-se, com efeito, de não letrados, por vezes rústicos e peões (n. 423 *in fine*); mas, por outro lado, exercem um ofício que «tem jurisdição anexa, e, logo, honra e nobreza... pois é quase o mesmo administrar a autoridade pública e exercer a jurisdição» (n. 433). Perplexo, entre este paradoxo de o esplendor do exercício da jurisdição poder recair num rústico, João de Carvalho remete a solução para a opinião pública, pois «nesta matéria de nobreza, o decisivo é a estimação comum do povo» (n. 434); e, assim, se num concelho se considera comumente que os juizes eleitos são nobres, sê-lo-ão; mas não já no caso contrário (n. 343-435).

Menos óbvia era a situação, a este propósito dos notários e escritvães. Alguns textos do direito comum (nomeadamente, a Glosa), inclinavam-se para, não só negarem a eficácia nobilitadora das escrivatinhas, como ainda as tacharem de ofício vil, que tirava a nobreza a quem a tivesse (cfr. n. 443). Alguns hispânicos (Covarrubias, Valenzuela, Caldas Pereira, Cardoso do Amaral) afastavam-se deste rigor, considerando o ofício de tabelião como não vil e indiferente do ponto de vista da nobilitação: nem daria, nem tiraria a nobreza (n. 444). A esta opinião se encosta o autor (n. 446).

Finalmente, no plano do poder económico, ciência, nobreza e predomínio político produzem riqueza e, com isto, a possibilidade de hegemonia noutros espaços da vida social. Que esta assimilação entre o exercício das profissões jurídicas letradas e a fortuna não é abusiva mostram-no os dados que recolhi, noutro lugar sobre os rendimentos de desembargadores, corregedores, juizes de fora ⁽¹³⁶⁾. Mas só estudos de detalhe poderão comprovar em que medida o exercício das profissões jurídicas produzia no plano das hierarquias económic-

⁽¹³⁶⁾ V. Hespanha, 1986, c. II.5; cfr., para Espanha, Pelorson, 1980, cap. VI. Sobre os advogados nao tenho dados sistemáticos. Segundo a informação de João Brandão (de Buarcos), em 1552 (Brandão, 1923), 14 dos letrados de Lisboa faziam 20.000 rs., o que os colocava ao lado do funcionalismo superior da coroa; 15, cerca de 14.000 rd.; e 30, cerca da 4500 rs. No total, arrecadavam cerca da 6,5 contos, o que equivalia ao rendimento que o rei tirava das almadravas ou a um oitavo das rendas da opulenta alfândega de Lisboa.

as e, em contrapartida, o que retornava, do ponto de vista do poder interior ao campo do direito, destas situações de abstenção.

6.3. *O mundo da justiça tradicional.*

Apesar de a literatura erudita procurar — como vimos — excluir do campo jurídico tudo o que não dissesse respeito à justiça letrada, o que é certo é que, na sociedade moderna, muitos «efeitos jurídicos» continuavam a ser produzidos fora desta galáxia do direito e da justiça eruditos.

Esta realidade de uma prática jurisdiccional não letrada era estatisticamente tão gritante que não podia ser completamente ignorada pela literatura culta. Aí, ela ocupava um lugar marginal, sob epígrafes como a de *iura rusticorum* ⁽¹³⁷⁾, o que denotava o seu lugar dominado, no plano da representação. Mas, do ponto de vista historiográfico, tem que se fazer a crítica deste imaginário culto, dando-se-lhe um outro relevo.

Neste mundo da justiça não letrada, que coincidia quase absolutamente com as justiças tradicionais das comunidades locais, a figura central era a do juiz ordinário, figura institucional híbrida, pois gozava de um estatuto que o punha em contacto, ao mesmo tempo, quer com o mundo da justiça oficial, quer com o da justiça comunitária tradicional. Formalmente, era um oficial real. As *Ordenações* obrigavam-no a aplicar o direito real e a seguir a ordem de juízo estabelecida no direito erudito. A forma devia ser, em princípio, a forma escrita. Mas, por outro lado, os juízes tinham muito de magistrados «tradicionais» ⁽¹³⁸⁾. Em primeiro lugar, eles eram cooptados pelas (e nas) elites locais. Depois, exerciam os seus cargos sem abandonar as suas actividades normais e sem serem pagos. Não se lhes exigia nenhuma formação profissional especializada, nem mesmo (pelo menos antes do séc. XVII) o saber ler e escrever. Finalmente, pelo mesmo facto de serem, frequentemente, analfabetos, eram incapazes de aplicar um direito real ou doutrinal transmitido por escrito e fundado numa comunicação judiciária dominada pela escrita.

Apesar do cerco e do hegemonismo do mundo judiciário erudi-

⁽¹³⁷⁾ V. Hespanha, 1983a, *per totum*.

⁽¹³⁸⁾ Para o conceito, v. Hespanha, 1983a.

to, este mundo da justiça tradicional tinha uma grande capacidade de resistência; mas também as suas contradições internas. A primeira explica a sua sobrevivência até à aurora da época contemporânea (em Portugal, praticamente até 1837), data de extinção da maior parte dos pequenos concelhos. As contradições, por sua vez, explicam as tensões locais que se manifestam a propósito da administração da justiça.

O primeiro trunfo deste mundo da justiça local decorria do facto de que os poderes das justiças municipais eram o corolário das hierarquias sociais locais. O processo de eleição dos juízes limitava, de facto, o universo dos eleitores e dos eleitos aos membros das famílias que, tradicionalmente, ocupavam os cargos de governo («que costumavam andar na governança»). Em contrapartida estavam deles expressamente excluídas todas as camadas marginalizadas da sociedade: os cristãos novos e os que tinham ofícios vis («mecânicos»). O processo de eleição acabava por se limitar a ratificar uma competência natural de intervenção na direcção social e regulação sociais (resolução dos litígios).

Esta imbrincação entre as estruturas da justiça comunitária e as hierarquias sociais locais explica os testemunhos existentes sobre a simpatia de que estas gozavam no seu pequeno mundo, contrastando com a sensível hostilidade em relação à implantação de juízes de fora. Na verdade, ainda que haja testemunhos contraditórios⁽¹³⁹⁾, os juízes locais constituíam uma instituição querida das comunidades. Há disso bastantes testemunhos durante todo o antigo regime (*Ibid.*). Mais tarde, já no período liberal, um deputado continua a dar conta de sentimentos do mesmo tipo, ao afirmar que na Comissão de Estatística das Cortes se encontravam muitos requerimentos de câmaras expondo como a criação de um juiz de fora tinha sido para os povos «uma grande calamidade» (*Diário...*, 3671). Alguma desta animosidade perante as justiças letradas era explicada pela ideia de que elas ficavam mais caras; mas existem motivos de outra natureza, relacionados, nomeadamente, com a distância entre os padrões régios e comunitários de julgamento.

Depois — nesta enumeração dos factores que favoreciam a durabilidade das áreas de cultura jurídica oral e não erudita — o analfa-

(139) V. Hespanha, 1986, I, 632 ss.

betismo ⁽¹⁴⁰⁾ desempenhava o papel de um cordão sanitário em relação ao direito e administração reais. Não me refiro apenas ao facto de as leis e outros comandos do monarca não poderem ser directamente conhecidas neste mundo de analfabetos. Refiro me também à dualidade entre culturas orais e escritas, tal como tem sido descrita pela mais recente sociologia das formas de comunicação (Goody, 1968, 1977; Ong, 1977, 1982), e às suas consequências no plano da organização do poder nas sociedades dualistas (Boaventura S. Santos, 1980; Spittler, 1980). Uma delas seria, em particular, a diferente estratégia de resolução de conflitos («compromisso» versus «adjudicação») e a necessidade de encontrar *interfaces* que realizem a tradução das necessidades mútuas e respectivas de cada um dos mundos em relação ao outro (*Brokers, Mittelsmänner*). Com efeito, do ponto de vista das relações entre os dois mundos, o juiz ordinário local garantia, por um lado, este *quantum* de paz social necessário para que o Estado não se sinta forçado a intervir. Mas, por outro lado, pela sua integração na cadeia hierárquica de justiça real, permitia que a comunicação fosse possível entre os dois mundos, que as partes pudessem, esgotados os recursos da justiça da «pátria» (no sentido original do termo, da comunidade «patriarcal»), apelar dela para esta fonte longínqua e virtual de justiça que era a corte, como patria *communis omnium*. Uma das condições de eficácia deste espaço livre deixado à justiça local era justamente esta virtualidade de ver reconhecidos os seus produtos pelo ambiente político-jurídico em que se situava, sob forma de um reconhecimento que não destruía a autonomia dos julgamentos locais pela intromissão dos modelos da corte. Esta limitava-se, com efeito, a fixar certos quadros externos (regras de designação dos juizes, obediência formal ao direito comum, respeito de certas regras processuais, uso da forma escrita), em vista da admissibilidade do recurso para a justiça mais elevada do rei.

A volta das justiças locais giravam procuradores do número, advogados e escrivães. Das duas primeiras categorias já antes falámos. Resta dizer algo sobre a terceira.

Os escrivães eram os representantes típicos, nas comunidades,

⁽¹⁴⁰⁾ Sobre as taxas de analfabetismo de época, v. as indicações que dei em Hespanha, 1986, I, 632; por último, Curto, 1988, 74. Sobre o comércio de livros, em Lisboa (1552), cfr. Brandão, 1923, 199 e 211.

do mundo do direito escrito (ainda que não fossem letrados). Nomeados pela coroa — em obediência ao princípio de direito comum segundo o qual a nomeação dos notários era uma *regalia* —, os escrivães notários ou escrivães judiciais deviam ser aprovados num exame de aptidão («*se bem escrevem e se são pertencentes para os officios*») perante o *Desembargo do Paço* (A.M. Hespanha, 1986, I, 246). Ainda que a venda de ofícios não fosse permitida pela lei, há boas razões para crer que o modo de acesso a estes cargos foi quase sempre ou a herança ou a compra, esta última mais ou menos disfarçada em renúncia (A.M. Hespanha, 1986, I, 719 ss.). Com efeito, um ofício de escrivão constituía uma fonte de rendimento. Por um lado, enquanto que as magistraturas locais eram puramente honoríficas, os cargos de escrivão podiam produzir rendas importantes, pagas pelas partes, a título de emolumentos. Por outro lado, podia-se sempre aumentar estes proventos por meio dos pequenos ou grandes abusos de que fala, na época, a *légende noire* dos escrivães. E, na verdade, as fontes disponíveis sobre as rendas dos oficiais situam os escrivães entre os oficiais locais mais bem pagos, com rendas que os situariam no topo das elites económicas locais, pelo menos nos concelhos menores (Hespanha, 1986, I, 247).

Neste mundo de analfabetos, o recurso ao escrivão constituía uma decisão arriscada e, sem dúvida, temida. O escrivão era objecto de uma animosidade generalizada. A literatura moral ⁽¹⁴¹⁾, as sátiras, os capítulos gerais e especiais dirigidos às cortes abundam em imagens fortemente críticas dos notários e dos escrivães judiciais: corruptos, maus cristãos, falsários, almas negras dos juizes iletrados. Aquando das revoltas ou tumultos, os seus cartórios (frequentemente, as suas próprias pessoas) eram um alvo clássico. Mas, paradoxalmente, eles constituíam também as chaves de acesso ao universo prestigiado da justiça oficial. Se se queria escapar ao universo político local e recorrer ao ambiente da justiça real, a passagem pelo cartório do escrivão era indispensável. Era aí que se produziam os meios de prova exigidos pela corte; como era aí que se redigiam e registavam os únicos actos jurídicos reconhecidos pela justiça real. Para certos

⁽¹⁴¹⁾ Cfr., v.g., *Manual de confessores, & penitentes ... Composto por hũ religioso da ordem de sam Francisco da provincia da piedade ... vista e examinada e aprovada ... por o Doutor Navarro, s/l, s/d. [séc. XVI], 447 ss.; Jayme DE CORELLA, Pratica do confessorario..., Coimbra, 1744, 120.*

actos decisivos, o direito real vinha exigindo um regime probatório cada vez mais exigente. Era o caso das doações de bens da coroa, de *regalia* e de jurisdições, para as quais apenas se reconhecia como fonte probatória o documento escrito (*Ord. fil.*, II, 27; II, 35; II, 45); mas era também o caso dos actos de disposição de imóveis (para cima de um certo valor, 4000 *reis*, *Ord. fil.*, III, 59); ou, mesmo, de móveis de valor superior a 60.000 *reis* (*ibid.*) (v. *supra*). Ainda que, em matéria de intervenção efectiva dos escrivães, houvesse uma sensível não coincidência entre a lei e a prática, a política real de incansável promoção do direito oficial levava a um aumento da influência destes oficiais no seio do mundo local. Pelo lugar estratégico que ocupavam no seio dos sistemas de comunicação jurídico-política, entre o centro e a periferia, os escrivães eram cativados, sobretudo pelas elites locais. É de supor que se tecessem, então, relações de clientela, de apoio e de protecção contra a antipatia popular em troca dos seus serviços jurídicos, nomeadamente a propósito de títulos documentais (muitas vezes inexistentes ou inadequados, em matéria de contratos agrários).

Interfaces entre o mundo letrado e o mundo oral, os escrivães não participavam, ainda, no mundo da justiça letrada, no sentido forte do termo. Eles não eram *letrados*. Os seus estudos jurídicos, se os tinham (como seria o caso de alguns estudantes fracassados) ⁽¹⁴²⁾, deviam ter sido rudimentares. E, como se viu, as *Ordenações* não exigiam mais do que isto. Apenas tinham que «escrever bem» e ter as qualidades exigidas pelo ofício. Para o distinguir do mundo jurídico *letrado* — de que os únicos representantes locais eram os advogados letrados de província —, poder-se-ia falar, aqui, de mundo jurídico *escritural*.

6.4. *Os destinatários da justiça.*

Estes mundos — comunitário e letrado — da justiça tinham (criavam) clientelas por ventura não coincidentes. Uma investigação

⁽¹⁴²⁾ Num estudo inédito, realizado por Ana Isabel Cunha e Ana Reis, sobre as carreiras dos escolares e diplomados da Universidade de Lisboa entre 1506 e 1527, se são muito raros os casos de diplomados que se ficam por um lugar de tabelião (70% terminam como juizes dos altos tribunais), isso já é muito comum em relação aos que apenas aparecem referidos nas fontes como «escolares».

sobre os intervenientes nos respectivos processos permitir-nos-ia, decerto, traçar os domínios de aplicação de uma e outra modalidade da função judiciária. Domínios caracterizáveis pelo seu poder económico, pelo seu estatuto social, pelo seu grau de familiaridade com a cultura escrita, pela sua proveniência regional. Tal como nos permitiria identificar universos de questões (v. *infra*). De momento, apenas dispomos de dados que nos permitem tentar uma avaliação, puramente quantitativa, da dimensão do universo humano tocado pelos mecanismos da comunicação judiciária escrita. Um tal cálculo pode basear-se na evolução da procura social da administração escrita, tomando como indicador o volume dos emolumentos notariais que, no Antigo Regime, eram calculados por linha ou por página (cfr. *Ord. fil.*, I, 84). A criação do imposto das mais anatas, em 1632, (mais tarde substituídos pelos *novos direitos*) deixou-nos uma fonte importante para a avaliação dos emolumentos dos escrivães de todo o país: os «*livros de avaliação dos ofícios*» (o primeiro que conheço, de 1640; outros dos finais do séc. XVII). Foi com base nestes dados que, em outro lugar, calculei, de uma forma muito provisória e aproximativa, o universo social em contacto com escrivães e notários em cerca de 260.000 pessoas; ou seja, para a população de então, uma em cada dois fogos ⁽¹⁴³⁾.

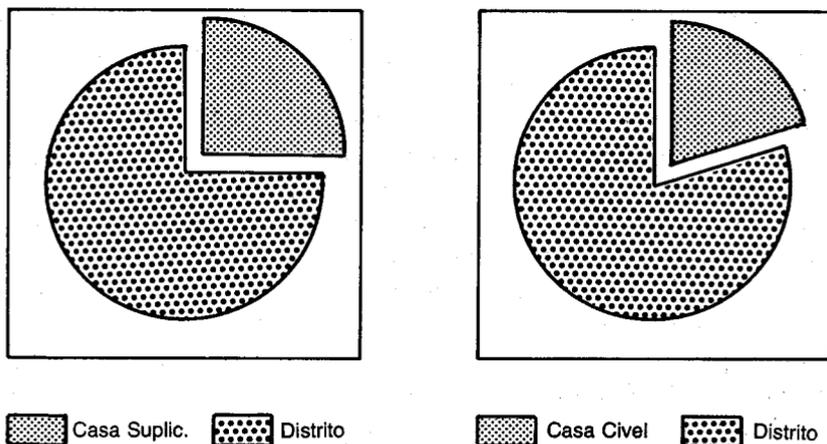
Recorrer ao notário não quer dizer, de modo algum, saber ler e escrever e, portanto, poder controlar o que estava a ser escrito. Com efeito, os cálculos disponíveis sobre as taxas de analfabetismo da época dão valores entre 60% et 90% para o universo estrito da elite dos oficiais dos concelhos (v. Hespanha, 1986, I, 633). O que explica esta reacção contra os escrivães de que antes se falou: agentes de uma cultura jurídica escrita, os escrivães tinham-se tornado interlocutores cada vez mais necessários, mesmo para quem não tinha qualquer acesso à tecnologia e comunicação de que eles se serviam. Daí, a desconfiança e o ódio de que eram objecto.

A separação entre clientes do mundo judiciário comunitário e clientes do mundo judiciário letrado não é, porém, absoluta. Sobre tudo porque, por efeito do recurso, questões que se iniciam junto dos juízes ordinários podem terminar nos tribunais letrados de segunda instância. Com que frequência, porém. Também aqui, apenas

⁽¹⁴³⁾ Cfr., para a metodologia do cálculo Hespanha, 1986a.

disposmos de dados indiciários, resultantes, de novo, da exploração do valor dos emolumentos dos escrivães dos respectivos tribunais.

GRAFICO 2.1 e 2.2 - Comparação dos emolumentos dos escrivães dos tribunais superiores com os dos escrivães dos seus distritos.



Na verdade, comparando o volume global dos emolumentos dos escrivães dos tribunais da corte com os dos tribunais da sua circunscrição respectiva pode arriscar-se uma avaliação muito grosseira da frequência com a qual as causas subiam dos últimos aos primeiros. Cálculos feitos noutra lugar (Hespanha, 1986, I, 339) autorizam a situar esta frequência em um para três. Valor extremamente elevado; pois, hoje, ele é, em Portugal, bastante inferior a 5%. Em todo o caso, deve sublinhar-se que o que foi considerado como índice de litigiosidade foi o valor dos emolumentos dos escrivães. Ou seja. Apenas se consideraram, na primeira instância, aqueles litígios que já tinham desembocado num processo escrito. Ora, transposto este limiar da forma escrita (que era, ao mesmo tempo, a antecâmara do direito letrado), o recurso tornava-se natural. Na verdade, todos os mecanismos de comunicação e de organização da lide em uso nos tribunais superiores, já tinham sido accionados. O que restava era, apenas, a disponibilidade para aceitar novas delongas e novos custos. Mas, também deste ponto de vista económico, a exclusão dos incapazes de suportarem os encargos já fora levada a cabo, quando se optou

pela via da justiça escrita e oficial em derimento da composição informal. Esta intensidade da comunicação entre centro e periferia é, assim, antes o sinal de uma comunicação entre mundos judiciários complementares (mundo *letrado* / mundo *escritural*) do que o sintoma da integração global de toda a rede da comunicação jurídico-judiciária (i.e., integrando tanto os mecanismos da justiça letrada oficial, como os da oral não oficial).

7. *Um relance sobre o crepúsculo do mundo judiciário do Antigo Regime.*

O movimento de reforma da justiça civil e criminal incentivado, em Portugal, com o advento do liberalismo gerou uma série de documentação — relatórios, projectos, mapas estatísticos, discussões parlamentares — preciosa para avaliar a situação da justiça nos inícios do séc. XIX⁽¹⁴⁴⁾. Para o presente objectivo de avaliar os contornos do universo (de pessoas e de causas) tocado pela função judiciária, seleccionemos uns interessantes *Mappas demonstrativos da administração da justiça nas Comarcas do Reino, seus districtos, classificadas numericamente as diferentes qualidades de acções, e processos que tem occorrido desde o 1º de Janeiro até 31 de Agosto de 1822*⁽¹⁴⁵⁾. Trata-se, como o título indica, de uma lista exhaustiva do movimento judicial de cada um dos concelhos do reino durante os primeiros 8 meses de 1822. As acções aparecem classificadas em diversos tipos, embora o significado exacto da classificação não seja totalmente claro. Das perplexidades damos conta nas observações que acompanham o quadro de classificação seguinte:

1. Acções crime:

- 1.1. sentenças definitivas [pronunciadas];
- 1.2. diversas acções [propostas ?]⁽¹⁴⁶⁾;

⁽¹⁴⁴⁾ Para a reforma da justiça criminal, v. José Manuel LOPES SUBTIL, *O vintismo e a criminalidade (1820/1823)*, diss. mestrado à U.N.L., em via de publicação.

⁽¹⁴⁵⁾ ANTT, Feitos findos, Mc. 332. Parte dos dados (faltam aí as comarcas de Santarém, Ourique e Lamego) foram publicados como anexo ao relatório do Ministro dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça, José DA SILVA CARVALHO, apresentado às cortes na sessão de 3.12.1822 (D.G., n. 305; também em Arq. His. Parl., secção I e II, cx. 39, doc. 149). Sobre este relatório, cv. SUBTIL, *O vintismo...* cit.

⁽¹⁴⁶⁾ Exceptuadas as de querela, incluídas em 1.4.

- 1.3. devassas [iniciadas ?] ⁽¹⁴⁷⁾;
- 1.4. querelas [propostas ?] ⁽¹⁴⁸⁾.
2. Acções cíveis:
 - 2.1. sentença definitiva em acções ordinárias;
 - 2.2. sentenças de «10 dias» ⁽¹⁴⁹⁾;
 - 2.3. sentença de penhora;
 - 2.4. sentença de «juramento de alma» ⁽¹⁵⁰⁾;
 - 2.5. diversas acções [especiais, decididas];
 - 2.6. sentença definitiva em acções executivas;
3. Acções de órfãos:
 - 3.1. inventários;
 - 3.2. processos diversos.
4. Réus presos: homicidas, salteadores ou desertores.

O estudo estatístico dos dados contidos nos *Mappas...* permitem-nos algumas conclusões:

1) para uma população de cerca de 2.600.000 habitantes (c. de 683.000 fogos) ⁽¹⁵¹⁾, registam-se 63.172 acções dos tipos mencionados, respectivamente:

Per	Crimes				Cíveis			Orfanol.	
	Quer.	Outr.	Ordin.	Sumár.	Poss.	Exec.	Outr.	Inv.	Outr.
8 mes.	2.562	7.335	5.240	19.467	812	7.347	8.367	6.528	5.514
% do total	4	12	8	31	1	12	13	10	9
(por categoria)		16					65		19

⁽¹⁴⁷⁾ Informação do delito tirada *ex officio* pelo juiz (v. *Ord. fil.*, I, 58,31; I, 65,31 e 39 a 67). Cfr. Sousa, 1830, 16 ss.

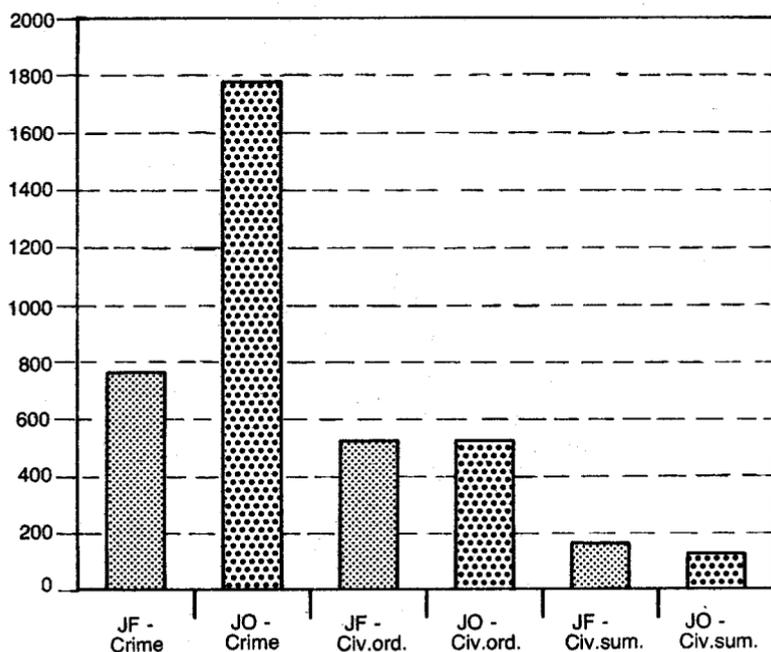
⁽¹⁴⁸⁾ A querela era o tipo de acção crime que exigia acusação particular (cfr. *Ord. fil.*, V, 117). Cfr. Sousa, 1830, 27.

⁽¹⁴⁹⁾ Tipo de acção sumária, fundada em título escrito dotado de fé pública. Cfr. Sousa, 1834, §§ 479-485; Lobão, 1886, 428 (§ 605 ss.) e 501 (§§ 713 ss.). V. *supra*, nota 69.

⁽¹⁵⁰⁾ Tipo de acção sumária, em que o autor deferia ao réu o juramento sobre o objecto da demanda (v. *supra*, nota 69). V. também Manuel DE ALMEIDA e Sousa DE LOBÃO, *Segundas linhas de processo civil*, diss. n. 9.

⁽¹⁵¹⁾ Exactamente, segundo a fonte utilizada, 2 648 558 (682 800 fogos).

GRAFICO 3 - Habitantes/acção (por tipo de acção e tipo del magistrado)



JF - juiz de fora
JO - juiz ordinário

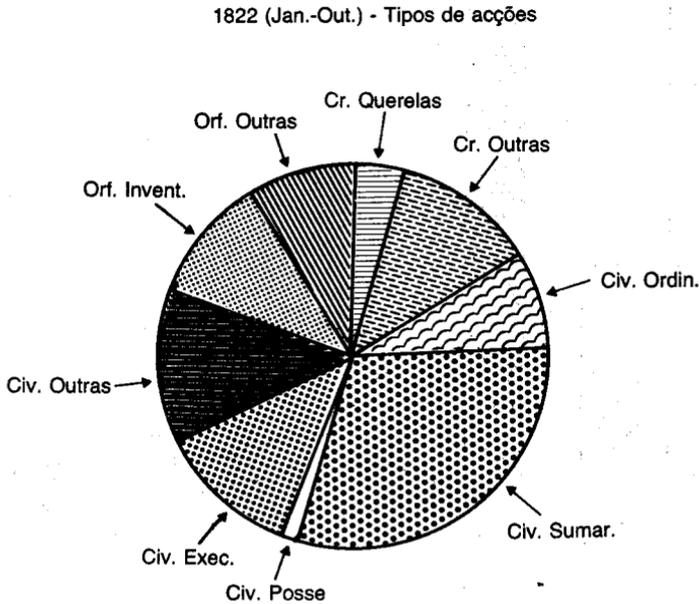
Civ. ord. - acções cíveis ordinárias
Civ. sum. - acções cíveis sumárias
Civ. ord. - acções crime ordinárias
Civ. sum. - acções crime sumárias

Projectados para o período de um ano (judicial), estes valores deveriam ser aumentados de cerca de 25%. Ou seja, no período de um ano propunha-se uma acção, de qualquer tipo, para cada 34 habitantes). Se este último número apenas pode ter interesse para comparações inter-regionais ou inter-epocais, já pode ser relevante sublinhar a distribuição por tipos de acções. Por aí verificamos que as causas cíveis, mesmo se nelas não compreendermos as orfanológicas, perfaziam 65% do total. E que, de entre elas, as causas sumárias constituíam quase 50%. A justiça crime continuava ⁽¹⁵²⁾, assim, a

⁽¹⁵²⁾ Remeto para o que disse, noutra lugar (Hespanha, 1988), sobre o modelo de

constituir uma actividade francamente minoritária dos tribunais (1/6 das causas), ainda que, no seu âmbito, a iniciativa pública («devassa») desempenhasse um papel dominante.

GRAFICO 4.1



2) Interessa, porém, cindir a análise, considerando, separadamente, as terras que tinham justiças letradas e aquelas que as não tinham. Simplificando um pouco o quadro anterior e escolhendo apenas alguns tipos mais significativos de acções, foram obtidos os seguintes resultados:

	Crimes Sent. def.	Cíveis Sent. def.	Sumárias ¹⁵³	População (aprox.)
Juizes de fora Habits./acção	771	561	161	1.582.000
Juizes ordinár. Habits./acção	1.846	555	136	1.067.000

punição nas sociedades de Antigo Regime. Aí destacava o carácter francamente minoritário da punição penal oficial, pelo menos até aos finais do séc. XVIII.

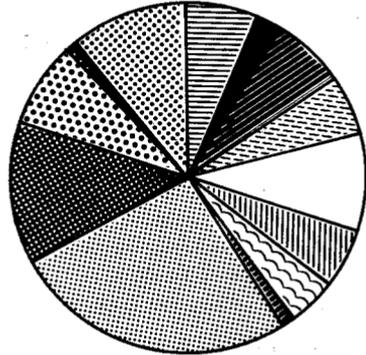
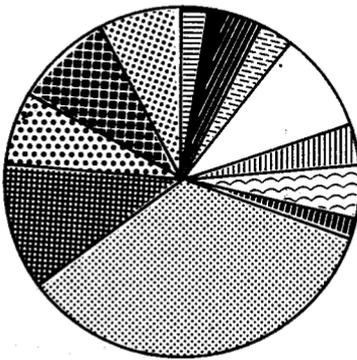
(¹⁵³) Acções de 10 dias e acções de juramento de alma.

Ou seja, o exercício da jurisdição crime era muito mais efectivo por parte das justiças letradas (das terras mais importantes) do que por parte das justiças eleitas (das pequenas terras). A jurisdição cível ordinária era exercida com mesmo intensidade. Mas a sumária era exercida sobretudo pelos juizes ordinários, constituindo (sobretudo as acções de juramento de alma), com as acções orfanológicas e executivas, as suas principais actividades.

GRAFICOS 4.2 e 4.3

Tipos de acções - juizes ordinários (1822)

Tipos de acções - juizes de fora (1822)



3) A exploração estatística tendente a identificar áreas geográficas de idêntico comportamento judiciário não deu, por ora, resultados significativos.

8. Conclusão.

O mundo judiciário de Antigo Regime, em Portugal como no resto da Europa central e ocidental da época moderna, é um mundo

fragmentado. Cada um dos seus sectores vive a sua própria tradição jurídica, cria o seu próprio pessoal, selecciona o seu domínio de objectos (de conflitos a resolver), prossegue as suas estratégias de composição. Existem, é certo, mediadores (advogados, escritvães) e vias de contacto (nomeadamente, o recurso do tribunal local para o central). Mas as relações são, apesar disso, conflituais e refractárias. A plena comunicação de um mundo judicial transparente e universal, baseado na universalidade das normas jurídicas, na igualdade perante a lei e no saber profissionalizado de um corpo de juristas letrados, está anda longe de se poder considerar adquirida.

BIBLIOGRAFIA

- Richard ABEL (1973), «A comparative theory of dispute institutions in society», *Law & society review*, 1973, 217-347.
- (1979), «Theories of litigation in society 'modern' dispute institutions in 'tribal' society and 'tribal' dispute institutions in 'modern' society as alternative legal forms», em E. Blankenburg & alii (eds.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. IV, Opladen, 1979, 167-200.
- Martim DE ALBUQUERQUE (1983), *Estudos de cultura portuguesa*, I, Lisboa-Imprensa Nacional.
- Maria Paz ALONSO, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1982.
- Benjamin GONZALEZ ALONSO (1988), «La justicia», *Enciclopedia de historia de España*, II, Madrid, Alianza, 1988.
- António CARDOSO DO AMARAL (1610), *Summa seu praxis iudicum, et advocatorum a sacris canonibus deducta*, Ulyssipone, 1610 (ed. cons. e cit. *Liber utilissimus...*, Conimbricæ, 1740 [adicações de José Leitão Teles]).
- E. BLANKENBURG et al. (1979), *Alternativen Rechtsformen und alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Opladen, 1979.
- Hans Erich BÖDEKER (1989), «'Verwaltung', 'Regierung' und 'Polizei' in deutschen Wörterbüchern und Lexika de 18. Jahrhunderts», em Erk VOLKMAR HEYEN (ed.), *Formation und transformation des Verwaltungswissens in Frankreich und Deutschland (18.19. Jh.) (= Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte 1 (1989)*, 15-32.
- Pierre BOURDIEU (1986), «La force du droit. Éléments pour une sociologie du

- champ juridique», *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64 (1986.11) 3-19.
- João BRANDAO (de Buarcos) (1923), *Tratado da magestade, grandeza e abastança da cidade de Lisboa*, ed. Anselmo Braancamp Freire e Gomes de Brito, Lisboa, 1923.
- Jorge DE CABEDO (1601), *Practicarum observationum sive decisionum supremi senatus regni Lusitaniae*, Olyssipone 1601-1604 (ed. cons. Antuerpiae, 1620).
- António VANGUERVE CABRAL (1730), *Pratica judicial, muito util e necessaria...*, ed. cons. Coimbra, 1730.
- João DE CARVALHO (1631), *De una, & altera quarta falcidia...*, Conimbricae, 1631 (ed. util. Colonia Allobrogum, 1746).
- Nicole CASTAN (1980), *Justice et repression en Languedoc a l'époque des Lumières*, Paris, 1980.
- Jeronimo CASTILLO DE BOBADILLA, *Politica para corregidores y señores de vassallos, en tiempo de paz y de guerra*, Madrid, 1597, 2 vols.
- Compendio historico de Universidade de Coimbra...*, Coimbra, 1770.
- Albert CREMER (1989), «L'administration dans les encyclopédies et dictionnaires français du 17e et du 18e siècle», em Erk VOLKMAR HEYEN (ed.), *Formation und transformation des Verwaltungswissens in Frankreich und Deutschland (18./19. Jh.) (= Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte 1 (1989), 1-14.*
- Jayme DE CORELLA (1744), *Pratica de confessionario...*, Coimbra, 1744.
- Pietro COSTA (1969), *Iurisdiction. Semantica del potere politico medioevale (1100-1433)*, Milano, 1969.
- Diogo RAMADA CURTO (1988), *O discurso político em Portugal (1600-1650)*, Lisboa, Universidade Aberta, 1988.
- Rodolfo DE MATTEI (1973), «La resistenza tra 'filosofi' e 'legisti' nel seicento italiano», *Rivista st. dir. ital.*, 46 (1973) 5 ss.
- Jorge DIAS (1948), *Vilarinho das Furnas. Uma aldeia comunitária*, Lisboa, 1948.
- José ANASTÁCIO FIGUEIREDO (1790), *Synopsis chronologica...*, I, Lisboa, 1790.
- Bartolomeu FILIPE (1684), *Tractado del consejo y de los consejeros de los príncipes... dirigido al muy alto y serenissimo señor Cardenal Alberto, legado y archiduque d'Austria*, Coimbra, 1584.
- Baptista FRAGOSO (1641), *Regimen reipublicae christianaе...*, Coloniae Allobrogum, 1641-1648, 3 vols. (a obra foi escrita, presumivelmente, nos finais do séc. XVI; ed. cons. e cit., Colonia Allobrogum, 1737).
- Daniela FRIGO (1985a), *Il padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell'«economica» tra Cinque e Seicento*, Roma, 1985.

- (1985b), «*La dimensione amministrativa nella riflessione politica (secoli XVI-XVIII)*», em C. MOZZARELLI (ed.), *L'amministrazione nella Italia moderna*, Milano - Giuffrè 1985, I, 21-94.
- (1988), «L'affermazione della sovranità: famiglia e cortei dei Savoia tra cinque e settecento», em em C. MOZZARELLI (ed.), «*Família del príncipe e família aristocrática*, Roma-Bulzoni, 1988, I, 277-332.
- M. GALANTER (1984), «La justice ne se trouve seulement dans les décisions des tribunaux», em M. CAPPELLETTI (ed.), *Accès à la justice et Etat-providence*, Paris, 1984.
- V. GESSNER (1976), *Recht und Konflikt. Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübingen 1976.
- Alexandre Caetano GOMES, *Manual pratico, judicial, civil e criminal*, Lisboa, 1746.
- José DA COSTA GOMES (1863), *Collecção de leis da divida publica portugueza, coordenada e publicada pela Junta do Crédito Publico. Divina interna. I*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1883.
- António GOMEZ (1555), *Commentarii in leges Tauri, Salamanticae 1555* (ed. cons., Venetiis, 1747).
- Jack GOODY (1968), *Literacy in traditional societies*, Cambridge, 1968.
- (1977), *The domestication of savage mind*, Cambridge, 1977.
- António Manuel HESPANHA (1981), «O projecto constitucional do tradicionalismo reformista. Um projecto de constituição de Francisco Manuel Trigoso de Aragão Morato (1823)», em *O liberalismo península ibérica na primeira metade do séc. XIX*, Lisboa, 1981, I, 63-90.
- (1983a), «Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique», *Ius commune* 10 (1983) 1 ss. (versão port. *Revista crítica de ciências sociais*, 25-26 (1988) 31-69).
- (1983b), «L'identification d'aires juridico-culturelles à l'aide de l'analyse statistique de la corrélation. Un rapport de recherche», *Rechtshistorisches Journal* 2 (1983), 142-156.
- (1984), «Para uma teoria de história institucional do Antigo Regime», A.M. HESPANHA (ed.), *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*, Lisboa, 1984, 7-90.
- (1984a), «Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration», *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, 1984, 1-28.
- (1986), *As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político. Portugal - séc. XVII*, Lisboa, 1986, 2 vols.
- (1986a), «Centro e periferia no sistema político português do Antigo Regime», em *Ler história* 8 (1986) 65-84.

- (1988), «De 'iustitia' à 'disciplina'. Textos, poder e política penal no antigo regime», *Anuario de história del derecho*, 1988, 493-578.
- (1989), «O governo dos Austrias e a «modernização» da constituição política portuguesa», *Penélope* 2 (1989), 49-74.
- Richard KAGAN (1974), *Universidade y sociedade en la España moderna*, Madrid, Tecnos, 1979 (trad. esp. de *Students and society in early modern Spain*, 1974).
- Colin KAYSER (1980), «The deflation in the volume of litigation at Paris in the eighteenth century and the waning of old judicial order», *European studies review* 10 (1980), 309-337.
- Duarte NUNES DE LEÃO (1796), *Leis extravagantes collegidas e redactadas pelo licenciado...*, Coimbra, 1796.
- Livro das avalliações de todos de officios do Reyno de Portugal. Anno 1640*, Arq. Ajuda, 49-12-11/12, dois tomos, de 619 pp. e 248 ss.
- Manuel DE ALMEIDA e Sousa DE LOBAO, *Tratado práctico compendiário de todas as acções summarias*, ed. cons. 1886.
- H.-J. LÜSEBRINCK, *Kriminalität und Literatur im Frankreich des 18. Jharhunderts. Literarische Formen, soziale Funktionen und Wissenschaftenkonstituenten von Kriminalitätsdarstellung im Zeitalter der Auklärung*, München, 1983.
- António DE SOUSA MACEDO (1651), *Armonia politica dos documentos divinos com as conveniencias d'Estado*, Haia, 1651.
- (1653), *Perfectus doctor in quacumque scientia maxime in iure canonico et civile*, Londini, 1653.
- Duarte RIBEIRO DE MACEDO (1680), *Sonho politico, breve discurso das partes de hum juiz perfeito*, em *Discursos politicos & obras metricas*, Lisboa, 1729.
- Luca MANNORI (1988), *L'amministrazione del territorio nella Toscana granducale. Teoria e prassi di governo fra antico regime e riforme*, Firenze, 1988.
- Pascoal José DE MELO ... FREIRE, *Institutiones iuris civilis lusitani*, Ullysipone, 1789 (ed. cons. e cit. Conimbricæ 1853).
- Jean-Louis MESTRE (1985), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris-PUF, 1985.
- Francisco J. DUARTE NAZARETH, *Elementos do processo civil*, ed. cons. Coimbra, 1860, 2 vols.
- António OLIVEIRA (1981), «Alvaro Ferreira de Vera, arbitrista», *Rev. port. hist.*, 19 (1981).
- (1988), «A violência do poder dos cavaleiros de S. João no período filipino», *Estudos e ensaios em homenagem a Vitorino Magalhães Godinho*, Lisboa, Sá da Costa, 1988, 263-276.

- Walter ONG (1977), *Interfaces of the word*, V.P. Cornell, 1977.
- (1982), *Orality and literacy. The technologizing of the word*, London, 1982.
- Manuel ALVARES PEGAS (1669), *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, Ulyssipone 1669-1703, 12 tomos + 2.
- Jean-Marc PELORSON (1980), *Les letrados. Juristes castillans sous Philippe III. Recherches sur leur place dans la société, la culture et l'Etat*, Poitiers, 1980.
- Filippo RANIERI (1988), «De corpo e profissão», *Penélope*, 1 (1988) 41-64.
- João PINTO RIBEIRO (1649), *Lustre ao Desembargo do Paço*, Lisboa, 1649 (ed. cons. e cit., Coimbra, 1729).
- Pier Luigi ROVITO (1982), *Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del seicento*, Napoli, 1982.
- Francisco COELHO DE SOUZA e SAMPAIO (1793), *Prelecções de direito patrio publico, e particular*, Coimbra, 1793.
- (1795), *Observações ás prelecções de direito patrio, publico, e particular*, Lisboa, 1795.
- António RIBEIRO DOS SANTOS (1844), *Notas ao plano do novo Codigo de direito publico de Portugal do D^or. Paschoal José de Mello feitas e apresentadas na junta da Censura e Revisão pelo D^or. António Ribeiro em 1789*, Coimbra, Imprensa de Universidade, 1844, 55.
- Boaventura SOUSA SANTOS (1980), *O discurso e o poder. Ensaio sobre e sociologia de retórica jurídica*, Coimbra, 1980.
- (1982), «O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder e do Estado nos países capitalistas avançados», *Revista crítica de ciências sociais*, 10 (1982) 9-40.
- Stuart B. SCHWARTZ (1979), *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*, S. Paulo, Perspectiva, 1979 (trad. port. de *Sovereignty and society in colonial Brazil*).
- Alexandre SCOTT (1601), *Vocabularium utriusque iuris* [com adições de António Nebrija], Luguni, 1601.
- Th. SHANIN (1971), *Peasants and peasant societies*, London, 1971.
- António DELGADO DA SILVA (1825), *Collecção de legislação portuguesa...*, Lisboa, 1825-1830, 6 + 3 vols.
- José Justino DE ANDRADE E SILVA, *Collecção chronologica de legislação portuguesa [1603-1711]*, Lisboa, 1854-1859.
- Manuel GONÇALVES DA SILVA (1731), *Commentaria ad Ordinationes regni Portugalliae*, Ulyssipone Orientali, 1731-1740, 4 vols.
- Nuno ESPINOSA GOMES DA SILVA (1964), *Humanismo e direito em Portugal no séc. XVI*, Lisboa, 1964.

- Francisco SALGADO DE SOMOZA (1669), *Tractatus de regia protectione...*, Lugduni, 1669.
- Joaquim J. e Caetano PEREIRA SOUSA (1830), *Primeiras linhas sobre o processo criminal...*, ed. cons. Lisboa, 1830.
- (1834), *Primeiras linhas sobre o processo civil...*, ed. cons. Lisboa, 1834.
- Manuel DE ALMEIDA E SOUSA, *Notas de uso pratico e criticas... Sobre os títulos e paragraphos do livro primeiro da Instituições do direito civil lusitano, do doutor Paschoal José de Mello Freire*, Lisboa, 1818 (ed. cons. e cit., Lisboa, 1918).
- Gerd SPITTLER (1980), «Streitregelung im Schatten des Leviathans. Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchung», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1 (1980) 4 ss.
- (1980a), «Abstraktes Wissen als Herrschaftsbasis zur Entstehungsgeschichte bürokratischer Herrschaft im Bauernstaat Preussen», *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 1980.3., 574 ss.
- José HOMEM CORREIA TELLES, *Doutrina das acções accommodada ao foro de Portugal*, ed. cons. Coimbra, 1853.
- Juan José TOHARIA (1974), *Cambio social y vida judicial en España*, Madrid, 1974.
- Luís REIS TORGAL (1982), *Ideologia política e teoria do Estado na restauração*, Coimbra, 1982, 2 vols.
- Margarita TORREMOCHA HERNANDEZ (1988), «La formación de los letrados en el Antiguo Regimen», *Arqueologia do Estado. Comunicações, História & Crítica*, I, 507-536.
- R. VOIGT (1983), *Gegentendenzen zur Verrechtlichung (= Jahrbuch f. Soziologie und Sozialpsychologie 1980.3)*, 574 ss.
- VINNIUS (1748), *Jurisprudentia contractae sive partitionum juris civilis. Tractatus de pactis*, Lugduni, 1748.
- Max WEBER (1956), *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Köln-Berlin, 1956.
- H.-V. WEHLER (1975), *Modernisierungstheorie und Geschichte*, Göttingen, 1975.
- Chr. WOLLSCHLÄGER (1982), «Ungleich Justizgewähr und Zivilprozesshäufigkeit in der preussischen Ständegesellschaft um 1750», *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift f. Helmut Coing...*, I, München, 1982, 435-451 (trad. port. *A justiça História e prospectiva*, Lisboa - Fundação Gulbenkian, em curso de edição).

ABREVIATURAS

ADS - Silva, 1825

alv. - alvará

ANTT - Arquivo Nacional de Torre do Tombo

BLN - Biblioteca Nacional de Lisboa

BUC - Biblioteca da Universidade de Coimbra

dec. - decreto

JJAS - Silva, 1854

AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS

«DOCTRINAS E INSTITUCIONES CIVILES:
FAMILIA, PATRIMONIO, SUCESIONES» LA SITUACION
DE LOS ESTUDIOS DE HISTORIA DEL DERECHO PRIVADO
EN ESPAÑA*

1. Planteamiento. — 2. La situación de partida. — 3. La Baja Edad Media hispánica. — 4. La Edad Moderna. — 5. La época constitucional.

1. *Planteamiento*

Según los organizadores de este encuentro debería exponerles el tema siguiente: «Doctrinas e instituciones civiles: familia, patrimonio, sucesiones». (subrayo así que en estos últimos años me he convertido en un historiador que investiga por encargo).

* Reproduzco aquí el texto leído durante el «Incontro» florentino, sin introducir modificación alguna; las únicas diferencias existentes entre el texto leído y el texto impreso estriban en la desaparición de las fórmulas de cortesía y de agradecimiento y la incorporación, entre paréntesis, en el texto publicado, de aquellos párrafos que la premura de tiempo no permitió leer. El tenor de la presente «relazione» responde a una visión, hartamente personal si se quiere, de la situación de los estudios histórico-jurídicos en el campo del derecho privado y a mi profundo pesimismo en torno a la posibilidad de superar la actual situación. Esta circunstancia justifica que no necesite notas. Añado a continuación las indicaciones necesarias para identificar las menciones realizadas en el texto de obras hartamente conocidas, que exime de dar una cita bibliográfica, renunciando a aclarar los pequeños homenajes deslizados en el texto por innecesario. Las citas de Jaume de Montjuïc, Jaume de Vallseca, Guillem de Vallseca y Jaume Callís proceden de sus glosas a los *Usatges*, editadas por Amorós en sus *Antiquiores*. Las de Mieres de su aparato a las constituciones catalanas, en la edición en dos volúmenes de 1621; las de Marquilles de sus comentarios a los *Usatges*; de Fontanella cito sus *Decisiones*; la cita de Cortese corresponde a la p. 2 del primer volumen de su obra sobre la norma jurídica y la de Vives y Cebriá a la p. 256 del vol. II de su Traducción de los *Usatges*. El ilustre desco-

Agradezco profundamente este encargo, pues supone para mí un reto: ¿cómo hablar de lo que a mí me preocupa sin despreocuparme del encargo recibido?

Podría salvar el compromiso repitiendo aquí oralmente lo escrito no hace mucho: «Individuo y familia: Una historia del derecho privado español». Pero no lo voy a hacer, pues no quisiera ser conocido para el resto de mis días como el autor de la «Historia en cien palabras del derecho privado español».

Hay además otras razones. Me parece ilusorio intentar trazar un esbozo de lo que podría ser sin más la historia del derecho privado dentro de una tradición romanística.

Ya una vez, como he dicho, he caído en la tentación (— no puedo presumir de coherencia —) de trazar una tal historia y quisiera ahora expiarme y como penitencia indicar las razones que me conducen a abandonar a su suerte aquellas «líneas generales del desarrollo del derecho privado (...) traído por los romanos a la península que culmina en el Código civil español».

Y si creo haberme equivocado, poniendo el carro ante los bueyes, al trazar una historia del derecho privado, creo haberme dejado deslumbrar además por un espejismo, arrastrado por razones editoriales, al pensar poder proseguir dicha historia hasta la constitución española actual. Y ni siquiera me consuela de mi extravío el saber que (se ha puesto de moda e incluso) se propugna como tarea inaplazable el recuperar nuestro pasado constitucional, pues lo que aquí cuestiono no son planteamientos ajenos, sino una concreta actividad investigadora propia. A mi entender el planteamiento que desarrollé responde a una visión práctica — y por ende esterilizante — y, lo que es todavía más grave, ahistórica; una inútil respuesta al problema planteado por Koschaker.

A quien cree — como creo yo, salvo caídas ocasionales — que es un falso problema el divorcio entre historiadores del derecho y

nocido historiador es Manuel Murguía y la obra citada *El foro* (Madrid 1882) en sus pp. 9-10 y 29 y 42, al tratar de Herbell de Puga, de quien cito su obra sobre los estilos de la Audiencia de Galicia, en su reedición de 1975. Mi autocita se refiere al trabajo publicado en *Enciclopedia de Historia de España* I (Madrid 1988) 33-34. El documento aportado por Josep M^a Gay se encuentra en *ACA. Real Audiencia. — Cartas acordadas —* R. 817 fols. 516 r^o-519 r^o.

dogmáticos, el derecho sólo se le puede presentar como uno de los quehaceres que el hombre realiza a lo largo de su historia lo que le conduce necesariamente a plantearse el carácter esencialmente histórico del derecho y a fijar, por ende, las diferencias que necesariamente deben existir entre un historiador del derecho y un jurista, ambos juristas, pues se ocupan del derecho, aunque de forma distinta, con lo que ya se apunta que el jurista no es un dogmático, aunque pueda terminarlo siendo, y que el historiador deja de serlo, cuando quiere hacer la historia en vez de contentarse con escribirla.

(La preocupación por nuestro pasado inmediato cuando en el mismo se introduce nuestro presente conduce necesariamente a una dirección esterilizante y ahistórica). Sólo conociendo nuestro pasado más remoto podemos conocer nuestro pasado inmediato. Un ilustre desconocido historiador decimonónico, precisamente por ello dotado de una sensibilidad histórica que hoy parece desconocerse, decía: «cuando (...) se recurre a las lecciones de la historia, se necesita recurrir a toda la historia. A mi me parece, por lo tanto, que se me obliga a incurrir en el desvarío ya cometido y a comenzar la casa por el tejado, a la vista del título, un tanto críptico, de este encuentro: («Hispania entre derechos propios y derechos nacionales»).

(Como no conocemos ni nuestro pasado remoto ni nuestro pasado inmediato en el campo del derecho privado), no voy a trazar, pues, un esbozo de la historia del derecho privado, ni siquiera reducida al llamado Antiguo Régimen y debo seguir los pasos de Altamira y llamar la atención sobre algunas de las razones que justifican esta decisión, que no tiene otro fundamento que las deficiencias de nuestros conocimientos en torno al derecho privado del pasado.

No desconozco que en estas afirmaciones se trasluce un cierto escepticismo personal, sea sobre la posibilidad de realizar una tal reconstrucción, sea sobre la posibilidad de historiar nuestro presente, sea sobre las ventajas de estas visiones generales y panorámicas. Y dentro de este espíritu si quiero ser consecuente y hacer mío, como no puedo por menos de hacerlo, el lema: por una mayor concreción en los estudios histórico-jurídicos, debo, pues, ser coherente y obtener las conclusiones adecuadas.

2. *La situación de partida.*

Cuando se acusa de medievalismo a la historia del derecho español se está reflejando aproximadamente la situación actual de nuestros conocimientos histórico-jurídicos, si restringimos ese medievalismo al período que termina con el inicio de la Recepción. Cuando Martínez Marina sentó las bases de la historia del derecho castellano, lo hizo con la finalidad de facilitar el conocimiento del derecho recogido en las *Partidas*, fijando así los límites cronológicos de la naciente historia del derecho español; y estos límites no fueron alterados, cuando Hinojosa importó los resultados de la historia jurídica alemana, marcada por los esfuerzos para recuperar un derecho germano que probablemente nunca ha existido.

Si Martínez Marina no tuvo discípulos, Hinojosa ha marcado de forma decisiva a los historiadores del derecho español, quienes se han esforzado así por recuperar un pasado jurídico ajeno. Si Savigny pretendía que el espíritu popular alemán había cristalizado en el derecho común, Hinojosa y sus seguidores le han restituido el favor, defendiendo que el espíritu popular de los pueblos hispanos había cristalizado en una serie de derechos germánicos.

Recientemente se ha abierto camino de nuevo la idea de que los orígenes del derecho peninsular debían buscarse en los pueblos del norte nunca sometidos a romanos y godos, que caracterizarán así aquella época absurdamente calificada de reconquista, pues mal podrían reconquistar una tierra que nunca había sido suya; pero si no la han reconquistado, la han conquistado y pueden así presentarse como los portadores de un nuevo derecho — *nehmen, teilen, weiden* —, que no debe nada ni a la tradición romana ni a la germana. No es de extrañar que renazca, pues, la curiosidad por los llamados, pues no se sabe cómo llamarlos, derechos pre-romanos; a un plantamiento dominado por el intento de reconstruir una tradición jurídica mítica y ajena sigue uno nuevo, dominado por el esfuerzo para recobrar una tradición que en la acertada descripción de la maledicencia madrileña debemos identificar con una *iusprudentia picturata*.

Y no es que esta dirección substituya a la anterior, pues coexisten, hermanadas incluso a veces peligrosamente, ya que lo primitivo, (aunque no se sepa muy bien que se quiere significar con tal palabra), despierta siempre gran atracción; y así los continuadores de

Hinojosa siguen repitiendo las mismas afirmaciones que en su día expusiera Brunner, como si la historia se hubiera detenido y como si a un Heinrich no hubiera sucedido un Otto.

Y quienes sin desconocer que el derecho es una institución, creen que es también el resultado de una actividad intelectual, quienes en definitiva ven en el derecho también el resultado de la actividad de unos profesionales, los juristas, que actúan sobre una realidad, las conductas observadas por los miembros de una determinada sociedad, concluyen que el único derecho que los visigodos han podido transmitir a los hombres del medioevo es aquel que han heredado de los romanos y han impulsado autónomamente, (tras la desaparición del imperio romano de Occidente); de esta manera, si logran asentar la historia del derecho sobre una más segura base que aquella aportada por una *iurisprudentia picturata* o un derecho germano artificialmente reconstruido, no superan, sin embargo, la barrera de la Baja Edad Media.

No es de extrañar, por tanto, que la historia del derecho sea tachada de medievalista por los historiadores generales — y no sólo por ellos —, (siempre que tengamos en cuenta el límite cronológico señalado) y que los historiadores del derecho quieran salir del *ghetto* en que se encuentran, propugnando un salto en el vacío y sin red: no ya la Baja Edad Media, ni tan siquiera la Edad Moderna debe estar en el centro de la atención del historiador, sino aquella época que se abre con la codificación, aunque para ser más exactos debieramos decir con la constitución; y esta precisión no es inocente. Y este salto en el vacío y este agarrarse a la época constitucional responde en el fondo a la necesidad de justificar los estudios histórico-jurídicos, (encontrándose así en la época mencionada la tabla de salvación que nos protegerá de los Gerundios de Campazas que nos amenazan).

Y si es comprensible este planteamiento, pues se suele hacer desde la perspectiva de los historiadores que se ocupan del derecho público y, ya se sabe, que la dogmática jurídico-pública es construcción reciente, no lo es tanto su generalización, pues los conceptos jurídico-privados se remontan a Roma. Así, si la historia del derecho español puede ser tachada de medievalista, esta descripción es válida radicalmente para la historia del derecho privado, cuya atención nos preocupa en estos momentos.

Si recordamos la pretensión de alcanzar una mayor concreción

en los estudios histórico-jurídicos, que exige identificar el derecho vivido en el pasado, superadas ya las ilusiones simplificadoras, que lo reducían o bien a la ley o bien a la costumbre, apresuradamente identificada con los documentos de aplicación del derecho, se comprende que prestar atención a los fenómenos histórico-jurídicos surgidos en la península tras la llegada del derecho de la Recepción ofrece unas dificultades que, por el momento, parecen insuperables.

Si bien la situación comienza a cambiar en estos últimos años, pesan todavía como una losa los principios antiguamente establecidos, que excluían de la publicación los documentos posteriores a 1250, (prescindiéndose a veces desde 1150 de la publicación de las fórmulas más usuales). Si hoy ese límite parece fijarse hacia 1500, los historiadores del derecho no hemos todavía digerido esta innovación.

Debemos reconocer sinceramente que una tal situación es en cierto modo nuestra salvación, ya que si se pudiera poner a disposición de los historiadores del derecho privado la documentación bajomedieval y moderna, probablemente terminarían por afiliarse a la sociología jurídica, ante la imposibilidad de dominarla y ante la poca gratificante tarea que supone concentrarse en aspectos particulares, sabiendo que sólo las generaciones futuras podrán, en su caso, alcanzar a construir visiones generales, a partir de esa labor callada y humilde que nadie quiere asumir hoy.

Un recurso fácil — aunque peligroso y deformador del pasado — para poder fijar las pautas directrices del derecho privado del pasado lo representaría el acudir a los formularios, a aquéllos que estaban más difundidos por la geografía peninsular, ya que a través de los mismos podríamos conocer, aunque fuese de forma indirecta, la vida jurídica tal como se desarrollaba en la Baja Edad Media y en la Edad Moderna. Pese a las habituales excepciones, ni los formularios notariales han merecido la atención debida de los editores actuales, ni se cuentan con estudios sobre su redacción y difusión, lo que justifica la poca atención prestada a los mismos por los historiadores del derecho y sobre todo permite comprender que éstos se dediquen al derecho privado visigodo y altomedieval, (con ligeras intromisiones en esa época nueva en el derecho romano abierta por Brunner y cultivada por Levy).

Estas breves consideraciones son suficientes por el momento para justificar — pues de justificar se trata — la poca atención presta-

da por los historiadores del derecho privado al período que se abre con la llegada del derecho común. No quiero afirmar, sin embargo, que se hayan parado los historiadores del derecho en sus investigaciones en el momento apuntado, sino subrayar que la época comprendida entre los visigodos y la Recepción es aquella que ha concentrado la atención preferente de los historiadores del derecho privado por los condicionamientos apuntados, que determinan igualmente la forma de encararse con esa época inaugurada con la Recepción.

Hablamos de historiadores del derecho (y creo innecesario precisar, historiadores del derecho privado, pues mi relación sólo se ocupa de esta historia); podemos, pues, prescindir de aquellos autores que antes de la aparición del *Código civil* se ocupaban del derecho que hoy consideramos histórico como de un derecho vigente y de aquellos que tras la aparición del *Código civil* siguieron ocupándose de ese derecho del pasado que solemos conocer bajo el nombre (ofensivo) de derecho foral como de un derecho vigente. Reducida así nuestra tarea a ocuparnos de aquellos que se encaran con el derecho del pasado como el resultado de uno de los quehaceres que el hombre realiza a lo largo de su vida, sin pretender concebirlo como una unidad libre de contradicciones, que debe servir para resolver los conflictos de intereses que puedan surgir entre los miembros de una determinada sociedad, sino con el afán de comprender por qué se adoptan determinadas soluciones para resolver los dichos conflictos, podemos decir que la forma de encararse que éstos tienen con ese derecho que arraiga en la península tras la Recepción puede reducirse a tres variantes, con alguna excepción, discutible por lo demás.

O bien se toman estas compilaciones de derecho propio como una manifestación más de la actividad legislativa, que modifica el derecho anterior y permite imaginar las futuras a establecer por las leyes posteriores, renunciando en consecuencia a valorarlas como exponente de su época, a encuadrarlas dentro de la Recepción del derecho común. Se reduce, pues, el derecho del pasado al derecho legislado.

O bien se presta una atención detenida a estas compilaciones, consideradas como una obra legislativa con sentido propio, lo que permite prescindir del ambiente de la época y de la ciencia jurídica

que han dado lugar a las mismas, y realizar una exposición sistemática de su regulación en una determinada materia; en definitiva se trata de aplicar una técnica dogmática para comprender el derecho del pasado, como si pudiera ser considerado un derecho vigente en la actualidad y como si el historiador fuese un dogmático; se hace en el mejor de los casos, dogmática histórica, pero no historia del derecho.

O bien ante las dificultades existentes para acometer el estudio histórico de estas compilaciones que recogen el derecho propio de los distintos reinos, se señalan las mismas y se deja *ad kalendas graecas* el momento de enfrentarse con ellas, como últimamente hago yo.

3. *La Baja Edad Media hispánica.*

Debo, pues, detenerme en ese fenómeno que permite separar la Alta de la Baja Edad Media y que impide, al mismo tiempo, una consideración histórica de ese derecho que tiende a extenderse ahora por la península. Debo simplificar. Tras una rápida difusión del saber escolástico surgido en Bolonia, pronto se recibe en la península el nuevo derecho, que se ofrece así como un ordenamiento jurídico más, con el cual debe contarse; significa esto que se ha superado ya la etapa de su difusión y estamos en la etapa de la configuración de un nuevo ordenamiento jurídico, para lo cual es necesario armonizar el derecho existente con el nuevo derecho, para hacer realidad la afirmación de Gayo de que todo pueblo se rige en parte por un derecho propio y en parte por un derecho común a todos los pueblos.

De forma gráfica esta recepción puede representarse — así en algunas constituciones catalanas — como la llegada de los cinco libros del derecho civil y los libros ordinarios del derecho canónico, adornados con sus glosas ordinarias, (formadas durante el siglo XIII).

Ante estos libros legales que llegan de fuera pueden — simplificando — adoptarse dos posiciones diferentes, aunque queprea hacer alguna matización.

O bien se recibe en bloque estos libros legales con la doctrina desarrollada en torno a los mismo o bien todo este saber jurídico se utiliza para formar un nuevo libro legal, por lo que sólo cabe ya recibir la doctrina (desarrollada en torno a los libros legales).

Esta visión debe matizarse, ya que el derecho común no suplanta

a los derechos existentes, sino que se coloca a su lado, para completarlos y formar así los diferentes ordenamientos jurídicos de los distintos reinos. Mientras en Cataluña su fácil adopción, pese a su inicial prohibición, se explica por el escaso desarrollo del derecho propio catalán y la crisis del antiguo derecho común de todos los cristianos peninsulares, el *Liber*, en los otros reinos no castellanos, su aplicación se ve obstaculizada, que no impedida, por la aparición de libros en los que se pretende recoger un ordenamiento jurídico general y completo, construido en algún caso a partir precisamente del *Código* justiniano, al ser el reino de conquista y no tener una tradición jurídica propia — y nos referimos a los *Fori Valentiae* —; en otro a partir de una tradición resultado de un saber jurídico autóctono, enmarcada dentro de la sistemática del nuevo derecho — aludimos a los *Fueros de Aragón* — y en otro a una tradición propia que sólo lentamente y envuelta en nebulosas no despejadas todavía parece configurarse en obras de una deficiente sistemática que abren camino al derecho común — aludimos al *Fuero General de Navarra* —. La característica que acomuna a estos tres últimos reinos es el no reconocimiento oficial de forma expresa (— recuérdese Valencia —) en ninguno de ellos, salvo en 1576 en Navarra, del derecho común como supletorio y en su empleo en esta función en la práctica.

Y si en Castilla las *Partidas* es aquella ley del rey que viene a substituir los libros legales, su conocimiento sólo puede hacerse a partir del derecho común y gracias a los juristas educados en el mismo. (Hoy debe desecharse la tradición que habla de una participación activa en su redacción de Azón, pero quizás podemos seguir manteniéndola, aunque corregida, vinculándola a aquellos datos históricos que muestran la presencia en la corte castellana de Azzo de' Lambertazzi y, lo que es más importante, la de sus libros, lo que mostraría el conocimiento intempestivo que se tendría en la mencionada corte de las últimas teorías cocinadas en el horno boloñés, aumentando los enigmas de las *Partidas*, redactadas antes de la difusión de la *Magna Glosa*).

El tener que contar con este nuevo derecho provocó una formidable revolución en los ordenamientos jurídicos existentes, sin que las transformaciones que se han producido puedan valorarse adecuadamente, tan pronto abandonemos la ilusión de poder identificar el

derecho vivido con el derecho recogido en los textos legales. Llamaré la atención sobre lo sucedido en Cataluña, casi de forma exclusiva, pues si uno es uno mismo, también es sus circunstancias, y es indudable que los libros que tengo preferentemente a mi disposición se ocupan del derecho catalán.

Las relaciones entre el derecho común y los derechos propios de los distintos reinos se fijan de forma general aceptándose la función supletoria del derecho común: allí donde no basta el derecho propio debe recurrirse al derecho común, porque — dice Callís — los derechos de los *Usatges* en cuanto novísimos derogan al derecho común (fol. 31 v^o); el derecho nuevo de Cataluña deroga al derecho antiguo romano (fol. 27 r^o).

Esta doble cita no es inocente, pues en Cataluña en 1251 se habían prohibido las leyes góticas, las romanas, el decreto y las decretales y debe esperarse a 1409 para el reconocimiento oficial del derecho común. Y la cita no es inocente, ya que Callís habla de un derecho común, pero también de un derecho común romano, de un derecho común feudal y de un derecho común canónico. Y además en el período comprendido entre 1251 y 1409, Jaume de Montjuïc, Guillem de Vallseca y Callís reconocen al derecho romano como derecho supletorio, pero Jaume de Vallseca y Marquilles reconocen esa función al derecho canónico y al romano.

Me parece fuera de lugar recordar aquí el pensamiento de Bártolo y me basta señalar que Mieres, tras 1409, unas veces dice que los derechos comunes — derecho romano, canónico y *Liber* — deben aplicarse promiscuamente, eligiéndose la solución más equitativa y otras afirma que debe aplicarse en primer lugar el derecho canónico por ser más justo, pues lo que pretendo señalar es la inexistencia en Cataluña de una opinión generalizada entre los juristas sobre a qué derecho acudir en primer lugar a falta de *Usatges* y demás leyes de la tierra y este problema se dejaría sentir con igual fuerza y con mucha mayor eficacia en los tribunales de justicia. Es más, ni siquiera aparece muy claro este recurso al derecho romano, pues un Callís reconoce que a falta de *Usatges* debe recurrirse al arbitrio del príncipe, aunque le parece justo y equo que los jueces no acudan, (pese a establecerlo el *Liber*) y sentencien directamente aplicando las leyes romanas. Reconoce que la primera solución es conforme a derecho, pero nunca la vió utilizar; se recurre así en Cataluña al de-

recho romano por costumbre, pero las costumbres cambian de un lugar a otro y así puede ocurrir que se juzgue en ciertos casos no en virtud de la autoridad de las leyes góticas, pues están derogadas, pero si conforme a las mismas y no conforme a las leyes romanas. Y la obligación que Callís impone al príncipe de sentenciar en base a las leyes romanas, encuentra únicamente su fundamento en *Us. 124*, que señala que el príncipe debe juzgar conforme a derecho, pero nada demuestra que debe necesariamente hacerlo, ya que lo que place al príncipe tiene fuerza de ley (*Us. 69*).

Esta situación de por sí incierta se agrava, si se tiene presente todo aquel arsenal de principios que pone en circulación la ciencia jurídica y que condiciona las relaciones entre el derecho propio de Cataluña y el derecho común — mantengamos a propósito esta ambigua denominación —, sin que éste pierda su carácter supletorio al menos expresamente. Recordemos aquí simplemente algunos de ellos; los *Usatges* — y esto es válido para todo el derecho propio de Cataluña — reciben interpretación examinativa, limitativa y restrictiva del derecho común, aunque, cuando un *Usatge* habla generalmente sin establecer distinciones, no cabe distinguir, pues debe evitarse al máximo la corrección de las leyes; pero a veces debe distinguirse, cuando la *ratio legis* así lo exige; es necesario, pues identificar esa *ratio legis* que permite una u otra solución, *ratio*, que, cuando conviene, termina identificándose con la *voluntas legislatoris*. Pero si de esta manera el momento subjetivo — como se dice — alcanza su valor decisivo, el momento objetivo — la *ratio* — reclama sus prerrogativas y la equidad puede reconquistar toda su importancia (fol. 30 vº; 32 rº).

Toda esta labor de interpretación se realiza sobre un derecho heredado de la Alta Edad Media, que desconocía ciertas sutilezas propias de un derecho culto. Y mientras algún jurista recordaba que la regulación contenida en los *usatges* se guiaba por el *exitus*, otros, aplicaban a la misma la teoría del dolo y de la culpa. Y mientras unos aplicaban las normas de los *Usatges* sin más, otros cuestionaban la licitud de la ley, costumbre o estatuto penales que imponen penas pecuniarias (Marquilles 134 vº).

«No hay norma — ha dicho Cortese — por cuanto clara y precisa se revele a primera vista, que no consiga reflejar puntos dudosos a cualquier intérprete provisto de un mínimo de agudeza y sentido

crítico», pero aquí hay algo más; los juristas no siempre trabajan sobre las mismas normas e incluso cuando lo hacen las normas se ofrecen dentro de sistemáticas diferentes. Los esfuerzos de Callís consiguen una clara interpretación de determinados capítulos de los *Usatges* al sentar que el valor de una norma viene dado por el de las normas que le preceden. Pero esta conclusión pierde su fuerza por comentar Callís un manuscrito con una ordenación propia.

No estamos aquí, pues, ante las típicas y enojosas diferencias de opiniones entre juristas, sino ante algo más grave y confuso; ante los esfuerzos por armonizar un derecho propio, que no siempre era posible fijar con claridad, y un derecho común, que tampoco aparecía fijado con precisión, dentro de cual aquél tenía que recibir interpretación.

Esta labor de armonización, además, no se realizaba exclusivamente entre dos derechos generales, uno propio, común el otro — y me abstengo de mencionar el *Liber* —, pues dentro de ese derecho general propio, que funcionaba a su vez como derecho común de todos los naturales de un monarca, se encontraban unos derechos municipales y señoriales, que, como especiales, exigían su aplicación preferente frente a los derechos comunes, (pese a las afirmaciones calassianas). No debe sorprender, pues, que alguien habituado a esta situación, se queje de la misma; la ley del Decálogo es común a todos los hombres, las leyes de los godos se observaban generalmente por todo el reino de las Españas y otro tanto sucedía con las leyes romanas, (aunque algunas veces una fuese la ley en Italia y otra en la provincia), pero a mediados del siglo XV, en Cataluña, teniendo que contarse con los *Usatges* y con las constituciones de Cortes como leyes generales, el derecho se diversificaba muchísimo a causa de los privilegios, usos y costumbres de los diferentes lugares, hasta el punto que un jurista podía ser peritísimo y experto en la práctica de una ciudad y apenas perito en la de otra ciudad; con frase que nos trae otra a la memoria, se resumía así el origen de todos los males: «tot capita, tot sensus» (II 50).

Esta variedad de ordenamientos jurídicos entendidos a la manera gayana adaptada a la sociedad medieval, (que devenía un obstáculo insuperable para los juristas de la época, es algo que debe desconocerse por los historiadores actuales, si quieren realizar su tarea con un mínimo de generalidad. Aquella pluralidad de ordenamientos)

era insoportable al jurista medieval, y así intentaba reducirla a su propia experiencia. Surgen así aquellas alternativas: esto se observa en Gerona, pero en Barcelona se observa de esta otra manera. Y el derecho de Barcelona se convierte así en el derecho especial que debe recordarse constantemente. Hay así una legítima propia de Barcelona, pues en este campo la ley gótica se observa hacia Tarragona, hacia Cervera y en algunos otros lugares, así como por toda Castilla, mientras que la ley romana se observa en todas las demás cosas en todos los otros lugares (3ª CYADC III 6,1,1). Y como lo que ocurre en Castilla no interesa, como tampoco lo que ocurre en Tolosa, aquellas diferencias bajomedievales se van reduciendo a estas diferencias que anotan los juristas, no por ser las únicas, sino por ser aquéllas que ellos conocen.

Y estas afirmaciones de algunos de estos prácticos, que reflejan simplemente sus conocimientos e intereses, se van lentamente elevando a reflejo del derecho vivido en el campo privado en Cataluña, con el complemento de los datos recabados de las leyes, ya que se acepta que en cuanto prácticos reflejan el derecho vivido en Cataluña. Hay así un derecho general de Cataluña con las excepciones propias de Barcelona, Gerona, (Tortosa) y Vich.

Y esto nos conduce a la aparición del Estado.

4. *La Edad Moderna.*

El papel que arbitrariamente se concede a cierta literatura jurídica durante la Baja Edad Media como fiel reflejo del derecho vivido, se acentúa durante la Edad Moderna; si consideramos que las *leyes de Toro* cierran la Baja Edad Media castellana, podemos afirmar que la ley durante esta nueva época apenas interviene esencialmente en el campo del derecho privado.

La escasez legislativa apuntada subraya la importancia de la labor desarrollada por la teoría y la práctica. La aparición del Estado supone, de un lado, la recopilación del derecho y, del otro, su sistematización. Una cierta tendencia a identificar el derecho vigente con aquél fijado en las recopilaciones hace olvidar que las mismas son un momento más del enfrentamiento entre el rey y las Cortes; casi nunca, por no decir nunca, las recopilaciones agotan la legislación, pues

las pragmáticas del rey escapaban a este control que suponía su recopilación.

Es necesario además subrayar que la recopilación supone una nueva sistematización del derecho, lo que se refleja necesariamente en su interpretación. Hemos aludido ya a este fenómeno y es suficiente recordar aquí un principio interpretativo esencial (recordado por ejemplo por Salgado de Somoza): toda ley debe comprenderse conforme a la rúbrica y a su naturaleza, bajo la cual está situada. Y sólo cabe mencionar aquí la fijación de los órdenes de prelación y las transformaciones provocadas por los *Decretos de Nueva Planta* a principios del siglo XVIII.

Y con el Estado se difunden nuevas corrientes. Tradicionalmente se ha señalado que el humanismo no logra triunfar en la península, que sigue apegada al *mos italicus*. Recordemos simplemente las quejas de Mieres sobre quienes no conocen el derecho catalán y sólo se ocupan de las leyes romanas y de los dichos de los doctores italianos, quienes cotidianamente no cesan de escribir lecturas y de hacer nuevos libros, y su pretensión de poner freno a este constante aflujo de nuevas opiniones (II 395).

El estudio de las sentencias de los tribunales superiores de los distintos reinos, en especial de aquellas pertenecientes a los reinos de la corona de Aragón, permitiría darnos cuenta en qué medida aquellos esfuerzos por armonizar el derecho común y el de la patria han debido conducir a que éste se tienda a reducir al derecho general propio, sea por la dificultad de conocer las costumbres particulares (— recuérdese de nuevo a Mieres —), sea por tender la legislación general a acabar con las particularidades. Pero si queremos alcanzar una mayor concreción en los estudios histórico-jurídicos debemos reconocer que lo aprobado por los jueces no agota el derecho vivido y además es ésta — el estudio de las sentencias — una tarea todavía por hacer. Si ya en la Baja Edad Media los juristas de la época se presentaban como el medio ideal para llegar a conocer el derecho, ahora en la Edad Moderna se convierten, con el complemento de la ley, en la solución única de nuestros enigmas.

Pero estos juristas prácticos están preocupados por la defensa de los intereses de sus defendidos y por las cuestiones de escuela y no por fijarnos el derecho vigente de su época. Y así cuando en 1585 Felipe I de Cataluña decide extender la legítima antigua romana de la

cuarta parte, (observada como privilegio en Barcelona), a toda Cataluña, revocando cualquier ley, costumbre u observancia en contrario (3ª CYADC I 6,5,2), Fontanella anota complacido que desde aquel momento una misma y única legítima existió en toda Cataluña (II 213); y porque lo dice Fontanella lo decimos todos, pero Josep Mª Gay me facilita una petición dirigida por los Diputados y síndico personero del común de Tortosa al monarca en 1800, quejándose de que el alcalde mayor haya aplicado la legítima reconocida en 1585 en vez de la legítima romana justiniana observada en Tortosa en virtud de sus *Costums*.

Y como estos juristas son prácticos, sus informaciones están muy condicionadas. Y así, si Fontanella se gloria de haber logrado que la Audiencia de Cataluña dé una nueva decisión en base a su interpretación, «algunos ridiculizan esto y toman pie para redargüir a Fontanella de que él y otros abogados que procuran introducir semejantes interpretaciones contra el literal sentido de las cláusulas son mucho mas reprobables que los escribanos, pues obligan a que estos a fin de evitar interpretaciones violentas pongan en los contratos en que intervienen algunas cláusulas, de que ninguna necesidad habría si no se tergiversase el sentido natural de las mismas palabras» (Vives y Cebría).

Y esta historia del derecho construida en base a algunos juristas y a la legislación parcialmente reunida a veces nos permite vislumbrar que la situación no era tan uniforme, deparándonos la sorpresa de constatar la existencia de costumbres, (que en otro caso no se tomarían en consideración, costumbres) que dentro de un clima dominando por la soberanía, o deben ser confirmadas, tal es el caso del llamado fuero de Baylio, o deben ser prohibidas, tal es el caso de las costumbres holgazanas de la mujer cordobesa (NR 10,4,12 (1801); 10,4,11 (1778)).

Si realmente estos juristas prácticos y el análisis de las recopilaciones merecieran la confianza que la necesidad obliga a concederles, deberíamos entonces afirmar que la historia del derecho privado en la Edad Moderna está ya hecha y sería suficiente reenviar por ejemplo a la obra de D. Benito Gutiérrez.

5. *La época constitucional.*

El nuevo período que se abre con la codificación, aunque sería mejor decir con la constitución de Cádiz de 1812 parece simplificar las cosas. Al configurarse políticamente la nación española como titular de la soberanía, tiene que surgir un derecho único, reduciéndose, por consiguiente, a derecho histórico todo el vigente hasta aquellos momentos.

Pero las cosas no sucedieron tal como preveía la constitución y derechos históricos permanecieron vigentes y quizá pese a los esfuerzos del Tribunal Supremo lograron conservar su propia personalidad hasta el momento de la aparición de las compilaciones de derecho foral.

Estas circunstancias hacen que en el campo del derecho privado no se haya producido en el fondo esa separación entre pasado y presente, (dificultando, por no decir) impidiendo la labor de los historiadores del derecho, salvo que se pretenda afirmar que la forma de encararse con el derecho es la misma en el historiador que en el jurista. Esta situación se ha visto agravada por otro hecho que sólo podemos apuntar y que encuentra su origen, como hoy se dice, en el modelo de Estado que se configura en la Constitución de Cádiz de 1812.

Podemos ahora arrancar de una tradición arraigada en los manuales de Historia del Derecho español, que para nuestros fines podemos centrar en el *Curso* de D. Galo Sánchez; un curso, a decir verdad, de heurística, por lo que presta especial atención a textos escritos. No sorprende así que se ocupe de las llamadas provincias vascongadas, ya que debe citar sus cuadernos de Hermandad, (aun reconociendo que en los de Alava y Guipúzcoa apenas existen prescripciones referentes al derecho privado).

La tradición iniciada por la aparición del Estado suponía el reconocimiento de la supremacía de la ley, reconduciéndose todo el derecho a la voluntad del soberano, (que si era antes el rey, ahora, desde 1812, aunque con altibajos, lo era la nación española). Esto no significa que todo el derecho existente haya sido dado por el soberano. En Castilla según el orden de prelación establecido en 1348 y confirmado en 1505 tras la legislación regia, debía acudirse al derecho municipal y al señorial en lo que se demostrase su uso y no fuese contra el derecho del rey. En cierto sentido esta confirmación por

el monarca de un derecho especial usado encontraba sus antecedentes en aquella afirmación de que las únicas fazañas, es decir, sentencias, que podían servir como precedentes, serían aquellas dadas por el monarca o, en su caso, por el Señor de Vizcaya, si éstas eran confirmadas en casa del rey. En el señorío de Vizcaya puede conservarse así un derecho consuetudinario, que redactado por escrito va a ser confirmado por los reyes a fines del siglo XV y de nuevo a principios del s. XVI, por lo que aparece diligentemente registrado por D. Galo.

Pero al lado de este derecho consuetudinario la pragmática de promulgación de Felipe II de la *Nueva Recopilación* en 1567 había reconocido que permanecían «en su fuerza y vigor, las cédulas y visitas que tienen las audiencias en lo que no fueren contrarias a las leyes deste libro», que fueron recopiladas (en las llamadas *Ordenanzas* de las diferentes Audiencias durante la Edad Moderna), pero que no llamaron la atención de D. Galo.

Y sin embargo a fines del s. XVIII, un jurista práctico, Herbella de Puga, pontificaba que los fundadores de la Audiencia de Galicia «establecieron estilos y practicas, que por tolerados, se canonizan de justos, aun siendo extraordinarios, o en parte diferentes a los observados en Consejos, Chancillerias y otras Audiencias» (p. 19) y que aquellas prácticas que subsisten desde largo tiempo, se «presumen establecidos por aquellos sabios, prudentes fundadores de la Audiencia»; «estos estilos, y practicas son leyes, y como tales, deben observarse sin la menor perversión»; (nadie puede, pues, «perturbarlos y contravenirlos», pues constituiría «desobediencia al real supremo Consejo con delito grave») (p. 22). (Estos estilos) no pueden ser derogados por las leyes posteriores, aunque se invoque la necesidad de fallar «segun la ley, aunque contra ella se alegue opuesta costumbre», pues las leyes sólo lo son, si son aceptadas por el pueblo» (p. 23 s.); y se justificaba esta conclusión por el hecho de ser las leyes generales y desconocer los reyes las particulares necesidades de cada uno de sus reinos, (pues, si conocidas, no legislarían) (p. 24). Precisamente por ello la Audiencia de Galicia era la encargada de hacer realidad el principio del «obedézcase, pero no se cumpla».

En estas afirmaciones se muestran las características del derecho de esos súbditos del rey sometidos a la jurisdicción de la Audiencia de la Coruña: tienen un derecho consuetudinario que aparece fijado en los usos y prácticas de su Audiencia. Y con el paso del tiempo se

ha podido decir por Murguía que «la Audiencia de la Coruña estuvo fallando, hasta nuestros días casi, con arreglo a un derecho consuetudinario, como puede verse en la Practica de Herbella, libro (...) de oro, para los que quieran conocer nuestro antiguo derecho, y en el cual su autor, sin comprender la gran obra patriótica que llevaba a cabo, nos presenta reunidos datos curiosísimos» (p. 42). Y si todavía para este escritor el pueblo gallego «hace tiempo que es nervio y sostén poderoso de la nación española» (p. 29), cuando la nación que se reivindica es la gallega, puede cobrar toda su virtualidad la frase de que «no todo lo céltico concluyó con la dominación romana, ni todo lo nuestro viene de Roma!» (p. 42), pues ya se sabe que se dice que los gallegos son celtas, salvo aquellos que son griegos.

Estas palabras escritas al calor del RD. de 1880, que había establecido los llamados territorios forales revelan el entusiasmo de un escritor gallego por la decisión de un paisano suyo, que sin embargo no fue acogida con igual comprensión por quienes tenían ante su vista la unidad jurídica e identificaban ley y derecho. Se rechaza así la existencia de un derecho gallego — Galicia no cuenta con una tradición política propia, no puede, pues, tener leyes —, aunque paradójicamente quienes recurren a este argumento no han dudado en construir un derecho propio a base del derecho romano concebido como costumbre navarra e incluso en afirmarlo como fuente principal del derecho navarro la costumbre, afirmación que aparece recogida en una compilación (aprobada por el dictador).

Si uno reflexiona sobre esta paradoja termina por encontrarse, como me he encontrado yo, ante un callejón sin salida. Nadie parece dudar de la foralidad del país vasco, pese a que el mencionado RD. hablaba de las provincias vascongadas, se reivindicaba el derecho vizcaíno y se terminó haciendo una compilación de derecho privado de Alava y Vizcaya; pero estos derechos de Alava y Vizcaya no son más que costumbres y privilegios, que alcanzaron en un momento determinado redacción escrita y fueron confirmados por los reyes, sin que pueda invocarse un pasado político independiente, cosa con la que contó, aunque por breve tiempo, Galicia, al menos según dicen los historiadores gallegos.

El problema del llamado derecho foral gallego suele zanjarse afirmando, incluso por quienes se vinculan al pensamiento de Santi Romano, aunque sea a través de Calasso, que tiene su origen en el

Código civil y se reduce a prácticas fraudulentas dirigidas a evitar la aplicación del *Código* a una sociedad campesina que no encuentra fácil acomodo en su regulación. Solución política, podríamos decir, que no denota, sin embargo, una gran sensibilidad histórica y que nos conduce a subrayar que hay, pues, costumbres dignas, que curiosamente son las de aquellos pueblos que gozan de un determinado potencial económico, y costumbres indignas, que son las de aquellos pueblos que viven, con esa descripción tan eufemística utilizada modernamente, en regiones deprimidas.

La diferencia está, sin embargo, en que en Galicia ese derecho consuetudinario surgido de una determinada forma de vida familiar, condicionada por una determinada manera de poseer la tierra, no llegó a redactarse por escrito, al máximo llegó a fijarse en los usos y estilos de la Audiencia de Galicia, pero el derecho no puede identificarse sin más con las sentencias de los jueces. La característica de una sociedad donde el derecho se confunde con las conductas observadas por sus miembros radica precisamente en vivir al margen del derecho que los jueces deben aplicar. Y una sociedad como la gallega en los momentos de la codificación es una sociedad donde predominan determinadas costumbres en la forma de poseer la tierra y en la forma de transmitirla en el momento de la muerte de uno de sus titulares. Y estas costumbres familiares y hereditarias se observan, independientemente de lo que diga la ley, por lo que sólo ocasionalmente pueden fijarse por los jueces; por ello mismo no hay costumbres generales, sino que, podríamos decir, cada municipio y cada aldea tienen sus propias costumbres.

Aunque no siento gran confianza en las investigaciones de los sociólogos en el campo del derecho, las mismas muestran que la sociedad campesina gallega, en trance de desaparición, conserva todavía hoy el recuerdo de esa variedad de costumbres en el campo familiar y hereditario y se dice que las diferencias más notables entre el derecho castellano y los derechos llamados forales «radicaban en materia sucesoria (legítimas y libertad de testar) y en materia de régimen económico del matrimonio». Este derecho consuetudinario que encontraba su origen en una determinada estructura familiar y pudo así mantenerse, aunque haya pasado desapercibido, no ofrece mayores problemas de encuadramiento dentro del derecho castellano anterior al *Código*, pues se justifica o por el Ordenamiento de Al-

calá o, como ha hecho Herbella, por las facultades concedidas a los fundadores de la Audiencia de Galicia.

Cuestión diferente es la dificultad existente para su conocimiento y el hecho de que otras costumbres tuvieran que sufrir las consecuencias de la intervención de juristas prácticos, que trataron de canalizarlas dentro de los cauces técnicos de un derecho construido sobre la tradición del derecho común. La perturbación que en un derecho vivido pueden producir los juristas, cuando pretenden apresar, como diría Placentino, en los lazos del derecho esas conductas observadas, se muestra en Galicia, sea cuando el foro fue incluido dentro de los esquemas de la enfitéusis, provocando un problema social, que, cuando se reconoce a Galicia como territorio foral, había dejado de ser peligroso, sea sobre todo cuando se procede a plasmar por escrito ese derecho que hasta aquel momento había vivido en las conductas diarias de los gallegos.

Hablar de un derecho español es un simple artificio — y baste aquí mencionar a Sestan y a Calasso — al que puedo recurrir para dar unidad a un pasado que carece del mismo españolizando de esta forma una secular evolución diferenciada. Y en este sentido es indudable que estoy distorsionando el pasado, ya que éste aparece en su múltiple variedad unificado por nuestro presente: el Estado español, una realidad institucional que tiene una existencia objetiva; pero esta realidad objetiva desaparece, si es la conciencia nacional — y no la organización política que aquella construye para su manifestación — la que sirve para dar unidad a un pasado. Cuando el derecho gallego no era más que el derecho de Galicia, una expresión geográfica, su inclusión dentro de la historia del derecho castellano podía realizarse, sin mayores dificultades, como ha quedado apuntado, pero cuando se afirma que el derecho gallego no existe, pues se reduce a prácticas fraudulentas, no sólo se renuncia a comprender un problema histórico, sino que se está tomando — quiérase o no — una decisión política, que afecta por ello no al pasado, sino a nuestro presente y a nuestro futuro.

No puedo ocultar que detrás de estas afirmaciones se encuentra la dualidad apuntada: el derecho es aquella realidad radical que conforma la vida de los miembros de una determinada sociedad, aquellas conductas observadas porque deben observarse, y es también el resultado de aquella actividad intelectual dirigida a captarla con-

ceptualmente, dirigida a distinguir y clasificar los diferentes tipos de conducta. Esta descripción de la realidad radical puede intentar sustituirla, cuando se trata de imponerla por el poder político. Y hoy indudablemente se tiende en la práctica a establecer la ecuación entre ley y derecho.

Esta circunstancia justifica que hoy día se oigan voces que identifican el derecho como un medio para actuar la justicia, mientras otros sostienen que el derecho no es más que un medio de opresión de una clase por otra, suspirando en el fondo por una sociedad sin clases, en la que la justicia triunfe, todo ello dentro de un contexto que ve en la actividad de aquellos que se ocupan del derecho una actividad científica.

Si renunciamos a planteamientos tan elevados y nos fijamos en los comportamientos habituales, constataremos que quienes han comprendido mejor el papel del derecho en la sociedad actual, asumiendo en el fondo el papel de los antiguos abogados romanos — que no eran juristas, sino *retores* — son los juristas prácticos, que ven en el derecho, identificado con la ley, un medio para resolver los conflictos de intereses surgidos en una sociedad; ven, pues, en la ley el norte de su actividad, dirigida a salvaguardar de la mejor manera los intereses de sus defendidos, mediante todos aquellos recursos que la ley ha establecido. Fontanella, comentando la reforma de la legítima catalana, preguntado por la razón que había conducido a establecerla en la cuarta parte y no en la tercera o en la quinta, respondía secamente a su interpelante: pregúntaselo a otros, pues mis ocupaciones no me permiten estos ocios; cuando no se trata de cuestiones necesarias y apropiadas para decidir y sentenciar las causas, no suelo trabajar inútilmente; pregúntale, pues, a otros, aunque temo — añadía Fontanella — que encontrás a alguien, que te responderá con las mismas palabras del jurisconsulto: *non omnium quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*. Debe, pues, bastarle al curioso impertinente saber que la Audiencia de Cataluña ha seguido en esta materia una tradición antigua; no podía así equivocarse la Audiencia y no podía hacer de otra manera. Se comprende, pues, el papel que juegan estas sentencias y se comprende igualmente el interés que tenía Fontanella en convencer a los miembros de la Audiencia de ser acertadas sus interpretaciones de las leyes. (II 213).

Los juristas teóricos, a los que solemos calificar de dogmáticos,

también reducen en la actualidad la realidad jurídica radical a la ley, pero consideran que su tarea es puramente intelectual, dirigida a descubrir los primeros principios, los axiomas de esa realidad jurídica legal, a partir de los cuales construir un sistema lógico sin contradicciones. Pero su tarea se mueve dentro del marco trazado por la ley y en cierto sentido no se aleja en demasía del puro juego intelectual — Unamuno *dixit* — realizado por los teóricos del ajedrez. Esta circunstancia es quizá la que justifica su insatisfacción, que les lleva a romper el cuadro legal dentro de cual tienen que desarrollar sus actividades propugnando soluciones *de lege ferenda*.

Y esto nos lleva a los juristas a la manera del jurista romano, que sabía perfectamente que la materia dada por las conductas observadas en la sociedad de su tiempo debía ser conformada, correspondiéndole llevar a cabo esta tarea, por lo que también sabía perfectamente que lo justo no era más que aquello ajustado al *ius*. Los juristas, a secas podríamos decir, no han desaparecido, pero mientras en determinadas épocas de la historia parecían desarrollar su actividad independientemente de las luchas políticas — recuérdese la famosa *Isolierung* de la que hablaba Schulz — hoy la realizan al servicio de los políticos. ¿Qué es lo que ha cambiado? La forma de estar los juristas al servicio del poder. En épocas pasadas los juristas parecían construir el derecho a partir de la realidad, apresando la equidad ruda en los lazos del derecho, aunque poniendo sus resultados al servicio del poder — recuérdese las críticas de Bodin a Bártolo y a Alciato —; hoy día, se limitan a dar cuerpo legal a determinadas opciones políticas.

También el historiador del derecho trata de identificar y clasificar esa realidad radical que es el derecho del pasado, pero no para resolver conflictos de intereses ni para construir sistemas sin contradicciones, sino sólo para intentar dar respuestas a las soluciones adoptadas, para responder a aquello que no interesaba a Fontanella. Pero el historiador es un simple espectador, aunque sabe que su mirada es aquella que conforma el pasado; el historiador ofrece siempre una visión deformada del pasado, pero ese pasado, en su realidad histórica, no se ve alterado por estas deformaciones.

Son semejantes, pues, las actividades desarrolladas por el historiador del derecho y el jurista a la manera romana, pues ambos trabajan sobre una materia histórica, el derecho, pero el historiador trata de comprender un derecho que ya no es, aunque informa al derecho

del presente, mientras el jurista trata de construir un derecho que todavía no es, a partir del derecho del presente. El historiador del derecho puede deformar el derecho del pasado para condicionar la comprensión del derecho vigente y determinar el derecho del futuro, pero el historiador ni puede alterar el derecho del pasado, hacer que lo hecho no se haya hecho, ni puede construir el derecho del futuro. El jurista debe conocer históricamente el derecho, pues el derecho es histórico, pero puede y debe deformar ese derecho pasado para así construir mejor el derecho futuro. Lo que me aparta de Josep M^a Gay, si es que coincidimos en algo, radica precisamente en este punto. No se trata de discutir sobre la objetividad del historiador del derecho, pues tampoco creo en ella, sino de algo más profundo; el historiador conoce exclusivamente su pasado desde su presente con la finalidad de aclarárselo, y así creo debe interpretarse la afirmación de no haber más historia que la historia contemporánea; pero del presente no cabe escribir la historia.

Cualesquiera de los derechos que puedan identificarse en el pasado hispano — hayan existido o no realmente — son indudablemente deformados, cuando se les introduce dentro de un desarrollo unitario que conduce a la codificación española; pero pese a esa deformación el derecho vizcaíno y el gallego pueden encuadrarse perfectamente dentro de dicho esquema, como hemos visto, pues se desarrollan dentro de la organización política de la corona castellana. Puede decirse que esta deformación estriba precisamente en negar a los mencionados derechos su condición de derechos nacionales, pero sería suficiente subrayar que creo que una conciencia nacional española se afirmó políticamente sólo en 1812. Podemos, sin embargo, proyectar hacia el pasado esa conciencia nacional y las o deformaciones o correcciones, según los gustos, que puede provocar una tal actitud en ese pasado se muestran claramente a cualquier observador que contemple como una determinada conciencia nacional andaluza reivindica como propia la tradición jurídica tartesa y con ello una tradición oprimida, pero que, en todo caso, para fijarnos en los momentos posteriores a la llamada reconquista, tuvo que desarrollarse necesariamente dentro de la organización política castellana; y si existió, no se ve alterada por las distintas versiones que de la misma pueda darse.

¿Cuál es ese espacio político fijado por la Constitución de 1812.

El Estado nacional español, que nos sirve así para unificar un pasado diversificado. ¿Sirve igualmente para identificar nuestro derecho presente? Es muy significativa la rápida difusión de una afirmación banal y frívola, quizá por ser progresista: a partir de la actual Constitución española se puede llegar a un Estado federal, que nos reconduce inmediatamente a la afirmación de ser la Constitución española de 1812 manifestación de la voluntad soberana de la nación española.

Y una reflexión sobre estas circunstancias me han llevado a concluir que nuestro presente en el campo del derecho privado está todavía marcado por la Constitución de Cádiz. He renunciado ya en una ocasión a la tentación y no me dejaré ahora arrastrar por ella. Si la conclusión de mi intervención en torno a la historia del derecho privado puede resumirse en aquella que ha dado título a un libro famoso, *Que nada se sabe*, — y en el reconocimiento de la propia ignorancia, docta y no docta, está el saber —, la tendría que matizar para la época constitucional: *que nada se puede saber*, ya que todavía no es nuestro pasado, pues es todavía nuestro presente.

Desde este punto de vista no creo que la opción — y hablamos, pues, de futuro — esté entre derechos propios y derechos nacionales, sino o entre derechos propios y derecho nacional o entre derechos nacionales o derecho nacional. Si pretendo acometer el estudio del derecho privado surgido con la época constitucional, no me ocuparía de un derecho histórico, sino de unos derechos que pese a las compilaciones de derecho foral están reclamando su vigencia. Un ejemplo me ahorra nuevas consideraciones: el llamado *Fuero Nuevo navarro* es un código civil navarro frente al llamado *Código civil español*, al que excluye de Navarra.

Tanto si trato de hablar de derechos forales y de derecho común, como si trato de reconocer la existencia de determinados derechos forales y negar la de otros, como si hablo de derechos nacionales — y debería tenerse presente que entonces estos derechos no pueden reducirse a especialidades ni tener como supletorio otro derecho nacional impuesto — no estaría ya intentando conocer, aunque sea deformándolo, el pasado, no estaría ya intentando escribir la historia — la historia en sentido subjetivo —, sino que pretendería hacer la historia — historia en sentido objetivo —. Pero esa no es tarea de un historiador, sino de un jurista, a quien corresponde crear el derecho,

a quien corresponde el protagonismo en la tarea de construir el ordenamiento del futuro al servicio del poder correspondiente; puede así gozar de la consideración de sus contemporáneos, aunque normalmente el juicio de la historia no sea siempre placentero, tal como sucede con aquel Speraindeo de Cardona, de nombre premonitorio, del que se dice que fué «hombre capaz de cometer los mayores fraudes, de dejarse sobornar, de torcer la justicia en su práctica de abogado y de envenenar a su mujer para casarse con otra». No es que los historiadores no se puedan poner al servicio del poder, pero han logrado curarse en salud, haciendo correr la especie de que la historia la escriben los vencidos.

No son protagonistas, sino simples notarios de un pasado; y esto es válido en especial para los historiadores del derecho privado, ya que de ellos hablo, que ni son comprendidos y por ello son ignorados por los historiadores que aspiran a una historia total y sólo son soportados, con aire de superioridad, por sus colegas de la Facultad de Derecho.

Creo que el historiador del derecho debe asumir esta situación subalterna, aunque comprendo que cuando los políticos, es decir, aquellos que quieren hacer la historia, pretenden asumir también, como hoy sucede, el papel de intelectuales, los intelectuales aspiren a hacer la historia, pero creo que si es posible que ocupándome del pasado no puedo aspirar a ser más que un historiador burgués, al menos estoy seguro de seguir siendo un historiador, mientras que si aspiro a ocuparme del presente y pretendo hacer de la historia un arma, dudo mucho que obrando así asuma una actitud revolucionaria, aunque tenga garantizado el colocarme fuera del gremio de los historiadores.

Y a la vista del crítico lema de este «Incontro», terminaré también críptica y poéticamente:

El dixo non.

Ó engado das rulas coas suas rodas de namoros
e ás cristas dos galos cos seus esperós comandantes.

El dixo non.

Ós zoquiños lampos de todos los días
e á gaita da festa cos seus fleques de ouro.

El dixo non.

El dixo non caladamente
 á roda dos traballos do ano
 e ó sono longo da noite.
 El dixo non ós ditos graves dos que viven no seu
 e ós badueiros dos que andan polo mundo.
 El dixo non humildemente
 debaixo da figueira sin figos maldita
 á beiriña do mencer calado, aínda sin páxaros,
 na corda do can
 que pasóu ouveando toda a noite.
 Humildemente.
 Caladamente.
 El dixo non.

Barcelona 1-V/11-XI-1989.

Aquilino IGLESIA FERREIRÓS

EXCURSO PRIMERO
 (pp. 205 ss., 224 ss.)

Quizá no esté fuera de lugar dar aquí algunas indicaciones sobre los límites de este planteamiento. Si todavía hoy me causa sorpresa que se pueda seguir afirmando que el derecho es un medio para actuar la justicia, me causa todavía mayor sorpresa, que se sienta la necesidad de reiterar constantemente, venga o no a cuento, que el derecho es un medio de opresión de una clase por otra, y la única justificación que puedo encontrar a esta pertinaz obsesión, es que su repetición responde al deseo de hacer nacer la ilusión en las clases oprimidas de que llegará algún día en que dejarán de estarlo; creo que fueron mucho más sagaces los juristas romanos, que sin hacerse ilusiones sobre el papel del derecho, señalaban que lo justo era aquello conforme al *ius*, pero el *ius* se identificaba con aquello que fijaban los prudentes. Tal concepción nos conduce necesariamente a la relación que se establece, quiérase o no, entre derecho, fuerza y poder; el derecho poder ser imposición y por ello detrás del derecho

se encuentra siempre el poder, que no sería así más que la fuerza ordenada por el derecho.

Reconocer que la fuerza se convierte en poder, cuando se autolimita y se somete al derecho, que o ella misma crea o que reconoce como límite al atribuirle un carácter transcendental, no significa hacerse demasiadas ilusiones sobre el efectivo sometimiento del poder al derecho. Si los miembros de toda sociedad deben observar el derecho vigente, aunque ocasionalmente puedan no observarlo, también los titulares del poder y sus colaboradores deben observar el derecho vigente, aunque ocasionalmente puedan violarlo.

Mientras la regla sea la observancia del derecho y la excepción su violación, puede afirmarse la existencia de un ordenamiento jurídico, que funciona así como un límite de la fuerza y la legítima como poder. Cuando la relación así establecida se altera y la violación se convierte en regla, surgen aquellos períodos ambigüamente calificados de «anárquicos»; las sociedades que deben sufrir estas llamadas épocas «anárquicas» no desconocen el poder, sino que éste se presenta en su grado máximo convertido de nuevo en fuerza. Las verdaderas sociedades anárquicas no son sociedades sin derecho, sin ordenamiento jurídico, sino sociedades, como el término anarquía significaba en su origen, donde sus miembros no reconocen un jefe, no reconocen un poder; es decir, sociedades ordenadas en las que nadie impone su voluntad a los demás. Es posible que pueda afirmarse que una tal sociedad, que desconozca el poder, pero no el derecho, sea una sociedad utópica, pero esta afirmación no es suficiente para justificar el calificar de «anárquica» la sociedad donde reina la violencia, donde reina la fuerza, ni para concluir el carácter coercitivo del derecho y reconocer así al poder como elemento esencial de toda sociedad.

Donde se configura el poder como elemento esencial de la vida social, el derecho se presenta como manifestación de ese poder. El derecho se presenta así como un orden establecido por el poder, que responde a los intereses del poder y no a los intereses de los ordenados. Ya que no puede justificarse la sumisión de una persona a otra, se justifica que esa relación de sujeción no se establezca por la fuerza, sino por el poder. La diferencia esencial estriba en que mientras la fuerza es siempre arbitraria, el poder necesariamente tiene que actuar ordenadamente; el poder se encuentra en esa extraña

situación, acuñada ya por ejemplo por un Alfonso X, de tener que someterse a sus propias leyes, aunque no *por premia*.

Si el derecho es en primera instancia las conductas observadas en una determinada sociedad por deber observarse, es también derecho aquel medio técnico construido por los juristas al servicio del poder, para configurar conceptualmente ese orden deseado. Tan pronto se establece un ordenamiento jurídico, éste inmediatamente se convierte en una garantía para el poder que lo establece, pero también se configura al mismo tiempo como un límite del titular del poder, que sólo puede ejercerlo conforme a derecho; indudablemente el poder puede violar el derecho como cualquier particular, pero sólo de forma esporádica, nunca como regla general, ya que entonces desaparecería el derecho y el poder recobraría el aspecto de la nuda fuerza. La habilidad de los juristas consiste precisamente en dominar la técnica jurídica de tal forma que puedan justificar en cualquier ocasión la eventual transgresión del derecho por parte del poder, es decir, que logren que las transgresiones del derecho por parte del poder no sean sentidas como tales, sino como conductas dirigidas a defender el orden jurídico establecido amenazado.

Desde este punto de vista, independientemente de quien pueda ser el titular del poder, el poder se comporta siempre de la misma manera, ya que ningún titular de un poder, enseña Maquiavelo, puede olvidarse, si sigue queriéndolo tener, de los principios racionales — de la razón de Estado tal como se le conocerá en la época Moderna — que condiciona su ejercicio; los titulares del poder son, pues, personas fungibles y además son siempre las mismas, podría decirse; también podría decirse lo mismo de los juristas, con independencia de la función que realicen en el campo del derecho, con la única diferencia de que hay épocas en las que los juristas saben llevar a cabo de forma más adecuada su tarea y épocas en las que, carentes de la preparación técnica necesaria, creen que el poder y la fuerza son identificables. Así por ejemplo los jueces cuentan con muchos medios para alcanzar estos resultados, en especial cuanto mayor sea su preparación técnica. Aquí nos limitaremos a un ejemplo grosero, pero que causaba la consternación del Concilio XVII de Santiago de Compostela, en el siglo XIII, que alude a una práctica que, al parecer, también es habitual hoy.

«Cum non solum prouincia compostelana sed fere tota yspania propter falsitatem testium qui quasi iam pro nichilo habentur sit nimium infamata et etiam damnificata ultra modum remedium aliquid adhibeatur per quod falsitati ipsarum producentium et deponentium prouide resistatur. propter hoc rationabiliter duximus statuendum ut tam producentes quam deponentes quam etiam consulentes et subordinantes ipso facto sententiam incurrant excommunicationis, a qua absolui non possint nisi per papam nisi in articulo mortis et tunc recuperata sanitate in eandem ipso iure reducantur. et iterum a papa absoluantur. et hisdem nichilominus decedentibus sepultura ecclesiastica denegetur eisdem usque ad annum licet in morte fuerint ecclesie reconciliati. Tenebantur etiam dampna resarcire que per suum falsum testimonium intulerunt illis contra quos in testimonium fuerint producti. et hoc confessor eisdem iniungere teneatur, et hanc constitutionem statuimus et uolumus extendi quando per inquisiam uel inquisitionem fuerit producendus. et ad illos qui scienter uso falso fuerint instrumento» (LOPEZ FERREIRO V ap. 29 p. 77)

Aquello que de forma aproximada puede calificarse de derecho privado parece escapar de una forma más clara al posible control del poder y en este sentido puede decirse que sólo en la medida en que el poder necesita un determinado tipo de sociedad interviene en ese campo, dejando así una mayor libertad a las conductas sociales y a la labor de los juristas, que reflejan normalmente las necesidades del poder. Cobra así toda su importancia la noción romana de *lex privata, lex rei suae dicta*; los miembros de una determinada sociedad pueden disponer libremente de sus cosas, pero esta disposición libre no es absoluta, ya que «*ius publicum privatorum pactis mutare non potest*» (D. 2,14,38) o, como decía Ulpiano, «*privatorum conventio iuri publico non derogat*» (D. 50,17,45,1).

Esta relativa autonomía de la voluntad privada está en la base de esa distinción tradicional entre derecho legal y derecho consuetudinario, el cual puede desarrollarse libremente allí donde el poder político no interviene, sea porque deja la regulación de la vida social a la voluntad de los particulares, sea porque sufre que los particulares modifiquen el derecho público. ¿Por qué el poder puede permitir, puede sufrir esta última situación?

Debe tenerse presente que esta oposición entre el derecho legislado y el habitualmente llamado derecho consuetudinario es posible por existir ya una división del trabajo, al reconocerse a determi-

nados miembros de una sociedad la creación del derecho. Pero esta división del trabajo lleva también consigo que quienes establezcan las normas jurídicas sean diferentes de quienes las aplican. No se trata de afirmar que quien establece la ley necesariamente no pueda aplicarla, sino de algo más matizado: la titularidad del poder se limita, al menos en su ejercicio, a pocas personas, por la que no pueden éstas asumir, en sociedades desarrolladas, la aplicación exclusiva de ese derecho legal por ellos creado.

La necesidad de la existencia de lo que habitualmente llamamos jueces explica las dificultades para la equiparación habitual entre derecho vivido y derecho consuetudinario, pues éste sólo se configura por los jueces o los juristas, con las posibles desvirtuaciones, pero justifica igualmente el papel que juegan los jueces, en su tarea de permitir que el poder — político o social — sin violar formalmente el derecho vigente, no esté sometido al derecho. precisamente por ello, si el derecho es — se cree por alguno — lo que aprueban los jueces, éstos pueden reconocer como derecho aquello que formalmente se presenta como tal, pero que no es más que una simple violación del derecho.

La sumisión que toda relación de poder supone se trata de reforzar por medio del derecho, legitimando así a la fuerza. No es, pues, extraño que si no se siente una cierta sensibilidad por los lazos jurídicos y se presta atención exclusivamente a las consecuencias, pueda pensarse que en definitiva la descripción de Sieyès conserva todavía hoy su valor: «En todos los roces que sobrevienen entre un privilegiado y un hombre del pueblo, ¿no está éste seguro de ser impunemente oprimido, precisamente porque le es necesario recurrir — si se atreven a demandar justicia — a la justicia de los privilegiados? Sólo ellos disponen de todos los poderes, y ¿no es su primer movimiento mirar la demanda del plebeyo como una prueba de insubordinación? ¿Para quién son todos los privilegios en materia judicial, las atribuciones, las avocaciones, los aplazamientos, etc., con los cuales se descorazona o se arruina a la parte contraria? ¿Se benefician de estas ventajas los miembros del estado llano no privilegiados? ¿Quiénes son los ciudadanos más expuestos a las vejaciones personales de los agentes del fisco y de los subalternos de la administración? Los miembros del estado llano; bien entendido, del

verdadero estado llano, o sea, aquellos que no gozan de ninguna exención».

«Las mismas leyes que por su naturaleza deberían estar exentas de parcialidad, se muestran cómplices de los privilegiados. ¿Para quién parecen haber sido hechas? Para los privilegiados. ¿Contra quién? Contra el pueblo, etc. etc.» (SIEYÈS 126).

Pero si esta descripción es correcta y superficialmente adecuada para describir la situación actual, debe matizarse en un doble sentido. En primer lugar, la distinción establecida entre privilegiados y no privilegiados o estado llano es una distinción jurídica, mientras que en la actualidad ésta distinción encuentra un fundamento económico. Como recordaba Marx las diferencias económicas ajustaron pronto las cuentas con la pretendida igualdad formal ante la ley. En segundo lugar, si bien es cierto que los privilegios entendidos a la manera de Sieyès (SIEYÈS 22) no han desaparecido, no puede hablarse ya de personas privilegiadas como consecuencia de su nacimiento, sino de personas que pueden disfrutar de privilegios. Como agudamente había afirmado un humorista gallego en España el hijo del primer ministro tiene ya la condición de ministro desde que nace, pero no por nacer con un *status* privilegiado, sino por nacer dentro de un ambiente familiar que le facilitará la adquisición de privilegios.

Además en la descripción de Sieyès, al lado de determinados medios jurídicos que garantizaban la posición de los privilegiados, hay otros medios que logran mantener la sumisión de los no privilegiados a los privilegiados, que nada tienen que ver con el derecho. Esta extraña circunstancia — recuérdese el personaje de Benito Cereno de Melville — está encerrada en aquella interrogación, que conducía a una respuesta afirmativa, de Sieyès: «¿Quién ignora que los sirvientes se muestran más bravos y decididos para defender los derechos de sus amos que los amos mismos?» (SIEYÈS 94), es decir, estamos aquí ante lo que creo que hoy se llama falsa conciencia de clase. Ahora bien, Sieyès ya había subrayado el hecho de que «la causa del estado llano haya sido defendida con más ardor y fuerza por los escritores eclesiásticos y nobles que por los no-privilegiados mismos» (SIEYÈS 119) y había dado una explicación de esta paradójica situación (SIEYÈS 119-120); en definitiva, solemos pensar conforme a nuestra situación social. Precisamente esta circunstancia justifica

que las relaciones de poder no encuentren exclusivamente en el derecho el medio único para su conservación. Mientras en las capas sociales burguesas no hay inconveniente en asumir que todos aquellos profesionales relacionados con trabajos manuales son unos perfectos sinvergüenzas, capaces de engañar siempre en el trabajo a realizar y en el precio a cobrar, procuran alejar de sus pensamientos cualquier opinión semejante sobre los llamados profesionales libres, los que al parecer se llaman ahora obreros intelectuales, probablemente porque aquellas profesiones gremiales carecen del mito que las profesiones libres han sabido construirse, así por ejemplo el famoso juramento de Hipócrates, entre los médicos, que puede coexistir al parecer perfectamente con la invocación de la objeción de conciencia para no realizar un aborto en la seguridad social y sí en la consulta privada. Probablemente las capas sociales menos favorecidas no suelen tener una opinión tan halagüeña de estos profesionales, como éstos pretenden, pero tampoco tienen muchas posibilidades de exponerla. No debe extrañar, pues, que estas opiniones deformadas se den entre los jueces igualmente.

Se ha señalado que las pretensiones actuales de igualdad, justicia y democracia se reflejan en la idea de tener que ser la ley necesariamente una declaración de voluntad del pueblo, plasmada en una norma general y abstracta; pero esta pretensión choca con el hecho de que en la vida diaria no hay más que casos concretos y particulares. Siempre se ha sentido así la necesidad de armonizar la generalidad y la abstracción de la norma jurídica con el carácter particular y concreto de la vida, dándose de esta manera una mayor o menor libertad al juez; incluso en los ordenamientos jurídicos en los que se pretende convertir al juez en pura voz de la ley, tiene necesariamente que quedar un margen al arbitrio del juez; piénsese por ejemplo en la concesión o no de la libertad provisional, que depende en último término de los tópicos propios de su clase con los que juega el juez; si se piensa que un profesional libre, por serlo, tiene que ser un caballero, se le concederá la libertad provisional, fiándose de su palabra, mientras que si se juzga que la palabra de un delincuente habitual no es digna de tenerse en cuenta, no se la concederán; ahora bien, si el tópico que utiliza el juez está en relación con la mayor o menor facilidad para escapar al curso de la justicia, es evidente que se denegará al profesional libre la libertad provisional, ya que podrá escapar de

forma más fácil, gracias a sus conocimientos y conexiones, de la justicia; esto, como es natural, siempre y cuando admitamos que un profesional libre como un lord inglés puede cometer un delito. Puede pensarse en consecuencia que estos tópicos funcionan en todos los miembros de una sociedad, pero es indudable que sólo allí donde esa sociedad se encuentre fielmente reflejada en su variada condición en los tribunales es posible superar estos límites. No es preciso añadir nada a las palabras de Sieyès en torno a este argumento (SIEYÈS 135-136) y sería suficiente recordar que según la constitución española actual el poder judicial es un poder, pero un poder que no encuentra su legitimación en la voluntad popular, para obtener las oportunas conclusiones ante las pretensiones actuales del poder judicial.

Si tiene una importancia esencial contemplar estos medios que el poder tiene para consolidarse sin embargo no pueden atribuirse al derecho los mismos; tarea del historiador del derecho no es, pues, examinar estos medios, sino el derecho, a través del cual el poder trata de consolidarse. Indudablemente Sieyès mencionó otros recursos jurídicos, que no han desaparecido al parecer de nuestras democracias actuales, y que sí juegan un papel decisivo en anular el principio de igualdad ante la ley, como pueden ser la aparición de jurisdicciones especiales, las avocaciones a los tribunales superiores, siempre más dóciles, la lentitud bien utilizada que puede conducir a la prescripción de las acciones o de los delitos, la no ejecución de las sentencias o la declaración de inejecutabilidad de una sentencia, invocando una utilidad pública o un interés social. Indudablemente todos estos medios y muchos otros pueden utilizarse de forma más o menos adecuada y así puede lamentarse el recurso a la utilidad pública para no ejecutar una sentencia, ya que en buena lógica una tal circunstancia debería conducir a la abrogación de la ley, que puede obligar a los jueces a dictar sentencias injustas.

Ahora bien, dentro de todos estos recursos con los que el poder cuenta gracias a la colaboración de los jueces para escapar de su sumisión al derecho cabe hacer una distinción fundamental: hay recursos a los que el poder puede acudir, que suponen una violación del derecho vigente, aunque cuenten con la bendición de los jueces, y hay recursos que están reconocidos por el propio derecho. Mientras los primeros no se conviertan en regla, estaremos ante violacio-

nes del derecho vigente, que no anulan sin embargo su vigencia, de la misma manera que la circunstancia de quedar sin castigos determinado número de homicidios no impide que el homicidio continúe siendo penado por un determinado ordenamiento jurídico. Con respecto a los segundos recursos, es indudable que los mismos configuran el ordenamiento jurídico de un pueblo y desde este punto de vista este derecho es expresión de una determinada sociedad, que refleja precisamente por ello su *Weltanschauung* particular con respecto a otras sociedades; que ese ordenamiento jurídico es un medio a través del cual una minoría suele imponerse a una mayoría es algo que puede aceptarse sin mayores problemas, pero ni el derecho agota los medios a través de los cuales esa minoría ejerce su poder ni el derecho se limita a ser un medio de opresión de una clase por otra. Un simple ejemplo: la constitución catalana, que mencionaremos en el excursus tercero, que reduce la legítima a la cuarta parte de los bienes se dió para la defensa patrimonial de las grandes familias, pero favoreció también a los campesinos.

Teniendo presente estas circunstancias y la finalidad de esta ponencia, se comprenderá mejor que centremos nuestra atención en los problemas técnicos, en aquellos medios a los que tienen que recurrir los juristas para construir un orden jurídico sin contradicciones, abandonando los juicios sociales o políticos o morales a quienes aspiran a convertirse en jueces de la historia.

* * *

Al utilizar la terminología filosófica de realidad radical lo hacemos atribuyéndole una dimensión puramente analógica, pues ya se sabe que para Ortega la realidad radical, aquélla en la que se presentan todas las otras realidades, es la vida humana, la vida de cada cual (cf. p. ej. ORTEGA, XII 205) o, para recurrir a las fórmulas más apreciadas por Ortega, «lo que última y verdaderamente hay, es la coexistencia del yo con *lo otro* que yo — como dije aquí, en 1916; o bien, que la *realidad radical* soy yo y *mi circunstancia* — como dije ya en las *Meditaciones del Quijote*, de 1914» (ORTEGA XII 202-203). Y esta vida humana en la cual aparece, se presentan las otras realidades es un drama, un quehacer y entre estos quehaceres en que consiste la vida se encuentra el derecho; cuando decimos que

el derecho, en cuanto ordenamiento jurídico, en cuanto sistema de conductas observadas por deber observarse por los miembros de una determinada sociedad, es la realidad radical, queremos decir únicamente que la reflexión jurídica debe construirse sobre la misma, siendo su construcción más o menos fiel a esa realidad radical, ya que los hombres viven conforme a derecho. Pero el ser del hombre no es ser en cuanto éste se caracteriza por su identidad, sino que el hombre no tiene ser, sino historia, como tantos han dicho, es decir, el hombre es lo que ha sido y en cuanto el derecho es obra del hombre, el derecho es lo que ha sido; dicho con otras palabras, desde el primer momento, en el que el hombre reflexionó sobre el derecho dejó de ser inocente y por ello la realidad jurídica se presenta en primer lugar como las conductas observadas por los miembros de una determinada sociedad por deberse observar, donde se incorpora ya, formando parte de la misma, la reflexión del pasado.

BIBLIOGRAFÍA

- Antonio LOPEZ FERREIRO, *Historia de la Santa A.M. Iglesia de Santiago de Compostela* V (Santiago de Compostela, 1902).
- Emmanuel-Joseph SIEYÈS, *¿Qué es el estado llano?*, precedida del *Ensayo sobre los privilegios*. Prólogo de Valentín Andrés Álvarez. Versión castellana José Rico Godoy (Madrid, 1950).
- José ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas* XII (Madrid, 1983).

EXCURSO SEGUNDO

(p. 227-8)

El desarrollo del coloquio evidenció de forma clara la necesidad de llevar a cabo alguna matización en mis afirmaciones y aprovecho por ello esta ocasión para no dejar sin respuesta la amable intervención del Prof. Petit, que no pudo ser contestada debido a la premura de tiempo, evitando así que se pueda considerar mi silencio

como un desprecio hacia sus opiniones. Las objeciones opuestas a mi intervención parecen encontrar su origen en mis dificultades para lograr expresar con corrección mi pensamiento en castellano; podría imitar, si la memoria no me es infiel, a Unamuno y recordar que mi actividad literaria es un combate continuo con una lengua que no es mi lengua madre, aunque casi ya se haya convertido en ella: el castellano, en el que no suelo tener los mismos éxitos que Unamuno en su lucha diaria, lo que justifica, quizá, que no siempre se comprenda lo que quiero decir.

La intervención del Prof. Petit, motivada a lo que me pareció por un intento de defender ante un público formado mayoritariamente por profesores extranjeros, italianos especialmente, el honor de España y el de los investigadores españoles en el campo de la historia del derecho privado, tema sobre el que intervine yo, se redujo a mostrar el error fundamental de mi tesis principal, invocando precisamente la lectura de una comunicación, realizada en la misma sesión, por el Prof. Pacheco Caballero. El Prof. Tomás y Valiente apostilló amablemente y con grandes dotes diplomáticas dicha afirmación, invocando, si no recuerdo mal, mi propia intervención. Debo reconocer que no tengo gran sensibilidad para honores y prestigios, quizá, entre otras razones, porque pienso que cuando hay que defender un honor o un prestigio — no opiniones —, realmente no vale la pena realizar tal defensa, pues no existe ni tal honor ni tal prestigio. Cualquier observador, incluso distraído, de la actualidad hispánica podrá comprobar con meridiana claridad, que aquéllos que desde las páginas de los periódicos, como vírgenes violadas, se rasgan sus vestiduras en defensa de su honor y de su prestigio, suelen carecer de ambos. Nos quedan, pues, la comunicación del Prof. Pacheco y mi «relazione», y sería suficiente entonces subrayar que muy mala debe ser la situación de la historia del derecho privado en España, cuando, en el momento de mencionar alguna obra que permita mostrar su buena salud, se tiene que recurrir a dos trabajos, realizados expresamente para el «Incontro», trabajos además íntimamente relacionados entre sí, pues, en definitiva, el Prof. Pacheco Caballero es discípulo mio.

Pero esta respuesta sería una respuesta tramposa, aunque digna, y espero que nadie se incomode, de la objeción realizada. El cuadro trazado por mi puede ser aceptado o rechazado, pero sólo puede ser

rechazado, negando el planteamiento por mi realizado y no invocando algunos trabajos aislados, que no ofrecen además esa recuperación del derecho del pasado que propugno. En definitiva, afirmo que el derecho es una realidad previa a toda conceptualización, que debe identificarse sin más con las conductas observadas en una determinada sociedad por deberse observar; dicho con otras palabras, de la misma manera que Mr. Jourdain hablaba en prosa sin saberlo, los miembros de todas las sociedades vivimos conforme a derecho sin saberlo. Si queremos seguir manteniendo esta comparación con la lengua, es indudable que una lengua existe y es hablada por sus usuarios sin necesidad de su fijación en una gramática científica, de la misma manera que existe un ordenamiento jurídico — *ubi societas, ibi ius* —, aunque sus normas no estén fijadas por la actividad intelectual. Desde este planteamiento, si queremos descubrir ese ordenamiento jurídico vivido por los miembros de una determinada sociedad del pasado, tendremos que acudir a aquellas conceptualizaciones que de esa realidad han llevado a cabo aquellos que se ocupan del derecho — legisladores, jueces, notarios, juristas, para aludir brevemente a las llamadas fuentes de creación del derecho —, pero es necesario concluir que ley, costumbre, sentencia y jurisprudencia no se identifican sin más con la realidad radical, con el ordenamiento jurídico vivido por una determinada sociedad, sino que son simples testimonios, a través de los cuales podemos recuperar ese ordenamiento jurídico del pasado. Creo conocer bastante bien la obra del Prof. Pacheco Caballero, pues le he dirigido su tesis doctoral y le he aconsejado, que en su ulterior producción se centrara en la época de la Recepción y en el desarrollo posterior, pues lo juzgo mucho más dotado para el estudio de una época en la que el derecho se construye de forma científica que para una época donde es necesario construir, por así decirlo, un instrumental científico, del que carece el derecho de la época, para poderlo reflejar. Detrás de estas afirmaciones se esconde una realidad y es que Pacheco Caballero, como discípulo, sigue su propio camino, reelaborando por cuenta propia lo que ha podido aprender de mi; y en este sentido, y no puede ser paradójico, en toda su producción parece vincularse de forma decidida a la forma de trabajar del Prof. Otero, quizá con un mayor rigor por su dogmatismo más acusado, lo que se refleja probablemente en una menor sensibilidad histórica. Creo que nunca he ocultado la gran admi-

ración que siento por la actividad histórico-jurídica del Prof. Otero Varela, el cual en el campo de la historia del derecho privado sólo encuentra digno parangón en la península en la genial obra de Paulo Merêa, pero es indudable que, tal como ha quedado reflejado en el texto de la «relazione», esta actividad no colma esa mayor concreción en los estudios histórico-jurídicos que propugno. Y volvemos aquí a encontrarnos en la misma cuestión: si se acepta mi planteamiento, la conclusión es la ya establecida, que nada se sabe, pues no conozco trabajo alguno en ese campo del derecho privado que haya llevado a cabo — no sólo intentado — la tarea que planteo. Y esto nos lleva a esa fórmula que, para hacerla más incisiva, he pretendido acuñar, recurriendo a los títulos de dos obras, famosas por distintas razones. Nos referimos a la obra de Nicolás de Cusa y a la obra de Francisco Sanches. Esta elección no supone la adopción del pensamiento filosófico de estos autores, pero sus obras me sirven para llamar la atención sobre los distintos problemas que ofrece en su conocimiento el derecho en la península en las distintas épocas.

Nuestros conocimientos sobre el derecho privado romano en su última época en la península y sobre el derecho visigodo y altomedieval peninsulares pueden reducirse a una docta ignorancia; subrayo así, que nunca podremos llegar, salvo que aparezcan nuevas fuentes, a un conocimiento cabal del derecho de esas épocas. Sin pretender entrar en campo ajeno, me es suficiente recordar la frase de Nicolás Cusano, de que «el entendimiento finito no puedo entender con exactitud la verdad de las cosas mediante la semejanza» y recordar que de acuerdo con este pensamiento se ha afirmado «que nuestros conceptos de las cosas sólo son aproximadamente exactos, pudiendo siempre haber una serie de conceptos constantemente más aproximados a las cosas» (p. 31 y 10). Podemos pues acercarnos al conocimiento de ese derecho del pasado, pero sólo podemos aproximarnos al mismo, ya que esa realidad radical en que consiste el ordenamiento jurídico sólo se manifiesta a través de testimonios diferentes, de los cuales han llegado hasta nosotros sólo aquellos recogidos en las leyes, en un caso, y en los documentos de aplicación del derecho, en el otro.

Cuando decimos que nada conocemos del derecho privado, esta afirmación debe vincularse especialmente con el derecho bajo medieval y moderno; no llegamos, pues, a tener una docta ignorancia;

me limito en este caso a recordar el título de la famosa obra de Francisco Sanches, *Quod nihil scitur*. Podría decirse con este autor: «inatum homini velle scire: paucis concessum scire velle: paucioribus scire» (p. 1). Y este homenaje no es puramente externo, pues de la misma manera que Sanches criticó en su tratado los métodos habituales de hacer ciencia, cumpliendo así una tarea negativa y anunciando una tarea positiva, que no llegó a realizar, también, más modestamente, me propuse señalar que la investigación actual en el campo de la historia del derecho privado no colma la necesidad de conocer el derecho del pasado y apunto la necesidad de nuevos planteamientos. Este homenaje, repito, me sirve para subrayar que esa situación de ignorancia, y no docta, el no saber nada, es la situación actual en el período mencionado en el campo de la historia del derecho privado. No se trata, pues, de afirmar que no pueda conocerse nunca nada, sino de afirmar que nada conocemos en el momento presente, pues, contando con los medios necesarios para llegar a su conocimiento, los escasos intentos realizados, basados exclusivamente o en el estudio de la ley o en el estudio de la jurisprudencia (doctrina), no pueden ser valorados como intentos de aproximación al conocimiento de ese derecho, ya que tales intentos ni surgen como etapas preparatorias, que deben ser perfeccionadas para alcanzar la total identificación de ese derecho, ni surgen por la imposibilidad de ofrecer una visión más completa, sino que surgen con la intención de substituir ese conocimiento íntegro del derecho privado del pasado por un conocimiento parcial del mismo, identificando así o el derecho legislado o el derecho jurisprudencial, es decir, el derecho fijado en base a la ley o el derecho fijado en base a la doctrina de los autores con el derecho sin más, con el ordenamiento jurídico vivido en la península en los distintos reinos.

Sintetizando y, por ello mismo, simplificando, para hacer más gráfica la oposición — quiénes estén interesados en mayores detalles pueden acudir a mis *Lecciones* — mientras el ordenamiento jurídico de la época romana del Bajo Imperio en la península y de la época visigoda sólo podemos llegar a conocerlo de forma aproximada, al contar únicamente para su estudio con la legislación, desde el momento en que los mismos *iura* son fijados legalmente, el ordenamiento jurídico de la Alta Edad Media sólo puede ser conocido a través de los documentos de aplicación del derecho que han llegado hasta no-

sotros. Si intentar alcanzar una mayor concreción en los estudios histórico-jurídicos puede calificarse de tarea utópica, es evidente que esa mayor concreción es imposible en las épocas mencionadas y, precisamente por ello, estamos obligados a identificar su derecho con aquel que nos transmite la legislación — en la época romana y visigoda — y los documentos de aplicación del derecho — en la época altomedieval.

Esta situación cambia bruscamente al producirse la Recepción, ya que al lado de la realidad radical surge una reflexión intelectual sobre el derecho existente; podemos, pues, contar con la ley, con la costumbre, con las sentencias y con la jurisprudencia; si reducirse al estudio de la ley o de la costumbre, identificada en los documentos de aplicación del derecho, podía ser una virtud impuesta por la necesidad en las épocas anteriores, limitarse en el estudio del derecho de esta época que se inaugura con la Recepción a una de las tradicionales fuentes de creación del derecho puede ser ahora una necesidad impuesta por el método histórico-jurídico; pero esta necesidad no legitima el obtener las mismas conclusiones alcanzadas en las épocas anteriores: el estudio del derecho que se refleja en la obra de los juristas o en las leyes, etc., no puede identificarse sin más con el estudio del derecho en las mencionadas épocas. Para hacer más gráfica esta distinción — sin entrar ahora a examinar si la misma cumple o no estos requisitos propugnados — recordaré aquí la obra del Prof. Vismara, autor de una historia de los pactos sucesorios, pero autor también de trabajos dedicados a los pactos sucesorios en Cino, en Bártolo, en Baldo y en Paulo de Castro; el estudio de los pactos sucesorios, para seguir con el mismo ejemplo, en la jurisprudencia de la Baja Edad Media o de la Edad Moderna no supone sin más estudiar el papel jugado por los mismos en el derecho de las mencionadas épocas.

Si utilizamos la última edición de la obra de Lalinde, autor caracterizado por su capacidad clasificatoria, nos encontraremos que los autores señalados como «privatistas o investigadores del Derecho privado, sin especial relación a una época determinada», prescindiendo de aquéllos que se ocupan del derecho mercantil y de aquéllos cuya actividad ha sido saltuaria y ha sido abandonada desde hace tiempo, son Alfonso Otero Varela, José Martínez Gijón y Fernando Arvizu (LALINDE 18).

De estos tres especialistas, el primero ha dejado de ocuparse de la historia del derecho privado desde 1963, cuando apareció su monografía sobre la mejora; el segundo, si bien ocasionalmente se sigue ocupando del derecho privado, se ha centrado últimamente en el estudio del derecho mercantil; sólo el tercero continúa publicando, aunque no exclusivamente, trabajos en este campo del derecho privado, pero restringidos a Navarra.

Si completamos este panorama con la producción en el campo de la historia del derecho privado en los últimos veinte años, registrada por Lalinde en su manual citado, podrá constatarse fácilmente que su número es escaso y esta escasez es mayor, si prestamos atención a aquellos estudios dedicados a la época moderna. Y este panorama no se transforma, si acudimos a los números del *AHDE* surgidos con posterioridad a la aparición de la obra de Lalinde. Además esta literatura histórico-jurídica no escapa a las características apuntadas en mi relación. No se trata aquí de dudar del valor de estas contribuciones, porque mis afirmaciones nada tienen que ver con un juicio crítico; en último análisis, crítico únicamente que aquellas obras que se dedican al derecho privado de la Edad Moderna y que se basan exclusivamente en la obra de los juristas y en la ley se presenten como estudios de una institución en una determinada época y no como estudios de una institución en la jurisprudencia o en la ley. Estoy convencido, y ha quedado apuntado, que antes de poder trazar la historia del derecho privado en la Baja Edad Media y en la Edad Moderna es necesario trazar la historia de las distintas instituciones en la ley, en los documentos de aplicación del derecho, en las sentencias judiciales y en la jurisprudencia; únicamente cuando tengamos hechas estas historias parciales, podremos acometer el estudio del derecho en esas épocas (vid. también excursu 3º).

¿Qué es, pues, lo que queda? Si damos fe a las objeciones levantadas contra mi intervención, quedamos el Prof. Pacheco Caballero y yo. Pero para mi ha pasado ya el sol por delante de mi puerta, sobre todo si se tiene en cuenta que mi obra sobre la prenda contractual, donde trataba de acometer este estudio integral del derecho del pasado ha pasado desapercibida — así Lalinde no considera oportuno comentarla entre la literatura aparecida ni antes de 1978 ni con posterioridad a dicha fecha en su Manual, en sus ediciones segunda y tercera respectivamente y Almeida ha podido escribir en 1979 un

artículo que se ocupa de la prenda en el *AHDE* sin mencionarla — sin que se haya sacado ni siquiera provecho de la constatación registrada de un empleo perfectamente diferenciado de *pignorare* e *impignorare*: reservado el segundo verbo para la dación de prenda en base a un contrato y el primero a la aprehensión de una prenda, a la llamada prenda extrajudicial; y sería hacerle un flaco servicio al Prof. Pacheco el cargar sobre sus espaldas la responsabilidad de impulsar los estudios histórico-jurídicos privados, aunque se limitara a seguir por el camino transitado ya.

Y sería hacerle un flaco servicio, ya que todo parece indicar que los tiempos venideros no son muy favorables para el cultivo de la Historia del Derecho Privado, ni de la Historia del Derecho a secas. Todos aquéllos que quieren hacerse un hueco en la historia — aunque sea invocando los mismos méritos que el famoso incendiario de la Biblioteca Alejandrina — realizan, tan pronto llegan al poder, nuevos planes de estudios, comenzando o por el tejado, o por los pisos, o por los basamentos, según se tercié, ya que no se trata de acometer una reforma de la enseñanza, sino de conquistar un puesto en el panteón de varones ilustres, sin reparar muchas veces que todos aquéllos que tenemos que sufrir sus decisiones estaríamos dispuestos a hacerles tal hueco, no sólo en vida sino y sobre todo en vida, con tal que nos dejaran en paz.

Y como hay que justificar toda reforma el utilitarismo parece ser la filosofía — hoy cualquier cosa tiene su filosofía — preferida. Se trata, pues, de promover ahora una enseñanza práctica, una enseñanza dirigida a formar prácticos con desprecio absoluto por la teoría, sin darse cuenta de las consecuencias que en pocos años provocará este planteamiento. Y como estas consecuencias han sido ya señaladas de forma adecuada, es suficiente reproducir aquí las palabras de Ortega: «El número de hombres que hoy viven sólo puede subsistir merced a la técnica superior de aprovechamiento del planeta que las ciencias hacen posible. Las técnicas se pueden enseñar mecánicamente. Pero las técnicas viven del saber, y si éste no se puede enseñar llegará una hora en que también las técnicas sucumbirán» (ORTEGA XII, 23).

En el fondo lo que se pretende es consolidar legalmente algo que desde hace años se practica ya en la Universidad, aunque con escaso éxito, ya que hoy por hoy en la Universidad no puede enseñarse cien-

cia y ni casi puede hacerse, pero tampoco se logra formar prácticos, pese a que la enseñanza se encamina por ese camino. Desde la famosa reforma calificada del «calendario juliano», para buscar un momento decisivo de esta involución, no se asiste en la Universidad española más que a intentos repetidamente fracasados de los ministros del ramo, ansiosos de emular a Moyano y tener un nuevo plan al que dar su nombre; pero como sólo les mueve esa ansia, se comprende que en el fondo tanto da un ministro que otro, tanto da que ejerzan su mandato durante la dictadura que bajo la democracia, pues toda la actividad se reduce a un hacer y deshacer nervioso, mientras progresivamente la Universidad, ya desde un bajo nivel inicial, se va deteriorando progresivamente. Probablemente tengan razón aquellos que defienden que existe un plan para arruinar una Universidad, que nunca fue muy boyante, para construir sobre sus cenizas una nueva Universidad — privada, evidentemente —, tarea condenada al fracaso, ya que las Universidades no se improvisan, no surgen mediante leyes, aunque así se crea.

Y como la reforma que se avecina tiende a implantar un grosero utilitarismo, sus consecuencias las vemos ya hoy, porque, como siempre sucede, la costumbre va por delante de la ley: los prácticos comienzan a dominar las diferentes actividades jurídicas y prueba de ello lo encontramos en la propia labor reglamentaria vinculada al ministerio de Educación y Ciencia. Los responsables del mismo — callemos el nombre del responsable, no porque, como decía Mayans, no merezca ser citado, sino porque no queremos contribuir a su notoriedad — son incapaces de ser coherentes con sus pretensiones, por lo que respondiendo la creación de los Departamentos a razones — eso se dice — puramente científicas, su regulación desprecia las mismas al vincular estrechamente su creación a razones económicas y, además, son incapaces de establecer una regulación sin fallos técnicos evidentes, que obligan a constantes puestas al día, que se presentan como frutos de la experiencia. En realidad todo ello tiene muy poca importancia, ya que en España las leyes no se dan para ser cumplidas y de la misma manera que el ministro del ramo se niega a aplicar la sentencia del Tribunal Constitucional que declara anti-constitucional en algunos puntos la regulación de los Departamentos por el fácil trámite de negar la financiación necesaria a las nuestras muy autónomas Universidades, los Rectores se niegan a aplicar las

órdenes reguladoras de los concursos a profesores, ya que aceptan las renunciaciones de los miembros de las comisiones por razones personales y no por las causas legalmente establecidas.

Pero no es mi intención criticar aquí al ministerio del ramo, entre otras razones, porque su actividad no tiene entidad suficiente para merecer una crítica y además no vale la pena hacerlo, sino llamar la atención sobre las consecuencias que del estado actual de la Universidad se derivan para la investigación de la historia del derecho privado. Y no es tal mi intención, pues ya se sabe que al ser una reforma progresista la que se plantea — aunque no se sepa por qué —, cualquier crítica será tachada de corporativista por aquellos órganos de información (¿de publicidad?) que, casualmente, son premiados por el ministerio del ramo por sus iluminadas afirmaciones en materia de educación. Y como uno procura ser lo menos corporativo posible, se limita a señalar que nada tiene que decir sobre la reducción de los estudios de derecho a cuatro años y en torno a que estos estudios se basen en una enseñanza dirigida a formar prácticos, pero pediría coherencia con tal propuesta: que no perduren las partes generales de las disciplinas prácticas, surgidas para dar carácter científico al estudio del derecho y que no cumplan finalidad práctica alguna, que no se introduzca una materia dedicada a la «Teoría general del Derecho» y que no se haga tal reducción a costa de introducir nuevas materias, como puede ser una «Sociología electoral»; si el plan fuese coherente con sus propuestas los estudios de derecho podrían incluso reducirse a tres años. Uno sabe perfectamente que en las mencionadas decisiones no hay incoherencia alguna, pues detrás de cada decisión, detrás de estas aparentes anomalías hay un nombre propio — detrás de todos los desaguisados hay siempre un nombre propio, así sucedía en la época de la dictadura y así sigue sucediendo ahora —, que transforma en interés general lo que es su particular interés. El resultado será la desaparición, entre otras materias no prácticas, de la historia del derecho de los planes de estudio, haciéndose todavía más negro el futuro para quienes pretendan dedicarse a la historia del derecho privado. Si ya casi no hay dinero, al menos en la Facultad en la que me encuentro, para la compra de libros, esta carencia aumentará al dejar de ser la Historia del Derecho una asignatura del plan de estudios, y los investigadores tendrán que refugiarse en las ayudas; pero si tenemos en cuenta que

estas ayudas aparecen también indiciadas, el utilitarismo volverá a primar y las conmemoraciones centenarias de Carlos III y del descubrimiento de América no son las más adecuadas para lograr que se impulsen los proyectos centrados en el estudio del derecho privado; sinceramente convertir al Prof. Pacheco Caballero en mártir de la historia del derecho privado me parece hacerle una mala jugada.

BIBLIOGRAFÍA

Nicolás DE CUSA, *La docta ignorancia*. Trad. del latín, prólogo y notas de Manuel Fuentes Benot (2ª ed.) (Buenos Aires, 1961).

Jesús LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al derecho español* (3ª ed. actualizada) (Barcelona, 1983).

José ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas XII* (Madrid, 1983).

Francisco SANCHES, *Opera philosophica*. Nova edição, precedida de Introdução, en *Inedita ac rediuita*. Subsídios para a História da Filosofia da Ciência em Portugal, publicados por Joaquim de Carvalho V (Coimbra, 1955).

EXCURSO TERCERO

(pp. 217 ss., 227-8)

1. La práctica habitual de reducir el estudio del derecho en la época moderna a la legislación y, en especial, a los juristas ha encontrado incluso su teórico, Bartolomé Clavero. «En el material documental ha de fundamentarse nuestra exposición de la historia del mayorazgo durante la Baja Edad Media, dada la escasa significación de los otros tipos de fuentes para dicho período. A partir de las leyes de Toro, nos basamos esencialmente en la doctrina jurídica, para un primer momento, y en las disposiciones legales, desde la segunda mitad del siglo XVIII, lo cual no quiere decir, como podrá comprobarse, que renunciemos al recurso complementario de otras fuentes» (p. 6).

Si en la Baja Edad Media su atención se centra todavía en los documentos ha sido debido a la falta de las otras fuentes, pero ante su abundancia, se limita a ejemplos significativos; estos pueden ser re-ferendados «con otros del mismo tenor, pero no con magnitudes estadísticas que, dada la abundancia del material documental hubiese sido lo procedente, lo cual ha quedado vedado para mis posibilidades concretas de investigación» (pp. 36-37); «En la doctrina, además, hemos encontrado la fuente que, comprobada su incidencia, ofrece los datos generales que, de basarse en documentos, sólo podrían ser efecto de un trabajo de colección y estadística vedado para el investigador individual; estamos haciendo referencia a las fórmulas de fundación de mayorazgo ofrecidas por la doctrina cuya utilización hemos podido constatar» (pp. 6-7). Se confirma así lo que hemos afirmado en el texto de nuestra relación.

No es extraño, pues, que no ocupándose de la historia concreta de un mayorazgo no de mayor importancia a ciertas divergencias entre testimonios distintos (p. 42, n. 26) y que en base a estos diversos supuestos típicos de mayorazgo esté «en condiciones de inducir el proceso genético de la institución del mayorazgo» (p. 46) y así «debe constituir un fenómeno general la repetición de fundaciones en forma acumulativa en una sola línea de sucesión desde la segunda mitad del siglo XIV, como medio de ir integrando en la unidad patrimonial los diversos derechos que progresivamente se fuesen adquiriendo; los problemas se plantearían respecto a la articulación, dadas sus contradicciones, de las diferentes fundaciones sucesivas» (p. 47, n. 34), pero para un historiador del derecho un deber ser no se identifica con un ser y con datos del s. XVIII y XIX o con cifras arriesgadas de otros historiadores, en las que no se separan los mayorazgos de un tercio de los mayorazgos fundados sin respeto a las legítimas con autorización regia y, dentro de estos últimos, tampoco aquéllos de los señores de aquéllos otros que son el resultado de la necesidad de dinero por parte del rey y del ansia de los ricos por acceder a la nobleza, aunque fuese como hidalgos, no se confirma ese proceso (p. 118, n. 130).

Y como Clavero sólo expone la dogmática del mayorazgo en su momento de esplendor, el recurso a la doctrina aparece justificado; renuncia incluso a fuentes complementarias para realizar esta tarea, pues los juristas ofrecen una sistemática general adecuada de cual-

quier institución, con trazos nítidos y claros, que suelen perderse en los documentos de aplicación en los que la institución se encuentra reflejada. «Solamente en un caso hemos renunciado al recurso a fuentes complementarias de aquella en la que se basa la exposición; nos referimos a la parte segunda, la cual, haciendo excepción del breve capítulo dedicado a otros reinos peninsulares, lleva a cabo la exposición sistemática de la institución del mayorazgo. Sólo hemos prescindido, en el momento de la exposición de dicha parte, de los datos recibidos por documentos particulares tras haber comprobado la significación y suficiencia de la doctrina; la lectura de títulos de mayorazgos y memoriales de pleitos facilitó la investigación tanto como dificultaría, en este caso, la exposición» (p. 6). Como afirmará en otra ocasión «la historia del mayorazgo en la Edad Moderna será fundamentalmente la historia de la doctrina mayorazguista, en la cual, (...) tendremos que basarnos de continuo para la exposición de dicha institución; para si misma, la doctrina mayorazguista no era sino interpretación jurídica de las leyes del mayorazgo, pero en las formulaciones doctrinales sucesivas se efectuará un desarrollo jurídico en la institución que recogía, realizaba e imponía el desarrollo histórico material de la propiedad territorial feudal; la historia de ésta aparecerá, (...) en la historia de la doctrina mayorazguista, por muy inconsciente de su propia historia que ésta sea. La remisión doctrinal de la institución a la ley en general y a las leyes de Toro en particular, sería uno de los medios de realización de la apología ideológica del mayorazgo que, indisolublemente unida a la formulación jurídica y aun determinante de éste, encontraremos en los mayorazguistas» (pp. 123-124).

Este planteamiento nos ofrece una imagen cristalizada del mayorazgo, pese a que se puede contemplar su aparición, su desarrollo, su consolidación y su crisis, puesto que vemos siempre el mayorazgo como una propiedad feudal estática, cristalizada, que únicamente sabemos, porque se afirma, que ha estado sometida a un proceso constante de crecimiento; no podemos seguir otras posibilidades, pues junto a éstos que crecieron continuamente, «habrá, desde luego, multitud de mayorazgos que se constituyen, se revoquen, se renueven, se concedan, se modifiquen, se enajenen, se impugnen, se confiscan, etc., como habrá multitud de *derechos feudales* que, lejos de permanecer en un sólo mayorazgo en proceso de acumulación,

cambiarán de unos mayorazgos a otros; dichas oscilaciones de mayorazgos concretos vendrán acentuadas por la falta de indeterminación (*sic*) del régimen patrimonial del mayorazgo antes de la segunda mitad del siglo XV» (p. 50); es cierto que se refiere a los siglos XIV y XV, pero algunos de los testimonios son de finales del XV y principios del XVI (p. 50, n. 39) y muestran que algunas de aquellas características que justifican la permanencia y estabilidad de los mayorazgos dependían en última instancia de la voluntad del monarca.

Esta posibilidad de señalar tendencias a partir de testimonios significativos y de renunciar a los avatares encuentra su justificación teórica, pues ocupándose en su estudio de una relación social, subraya la existencia de una tierra de nadie entre la historia y la economía: «las relaciones sociales presentes desde la misma actividad de producción que, potenciando el desarrollo de las fuerzas productivas o abocándolo a la crisis, determinan, mientras permanecen sustancialmente inalteradas, la tendencia resultante a largo plazo» (p. 2). Se comprende, pues, que «el régimen de mayorazgo impone una forma específica a este dominio: tanto las fundaciones de 1380 como las de 1458 prohíben la constitución de *enfiteusis* y de arrendamiento por largo tiempo, es decir, cualquier modo de institución de un derecho real condicional o subordinado — *dominio útil* — en favor del colono de las tierras vinculadas» (p. 41). Estas características del mayorazgo en su época clásica se imponen, pese a que los mayorazguistas afirman, y Clavero recoge, que la voluntad del fundador es ley suprema del mayorazgo, puesto que «la fundación es un acto singular, sometido a una voluntad individual; la propiedad vinculada es un modo general determinado por una ley histórica; este modo de propiedad será, concretamente, introducida en el caso que estamos considerando por aquella voluntad, pero ésta no deja de encontrarse, a su vez, determinada por la ley histórica de imposición del régimen vincular que, como veremos en el apartado siguiente, puede llegar a establecerse con idéntico efecto sin la mediación de la voluntad individual; el problema actual reside en la determinación que a ésta le cabe en el caso de su intervención, es decir, en el mayorazgo instituido por medio de un título de fundación, punto en el que resulta decisiva la intervención de la doctrina en cuanto deduce el régimen general de vinculación formulado por ella

de la nuda aparición del término *mayorazgo*, reduciendo el régimen fundacional al establecimiento de modalidades particulares dentro de aquél» (p. 233). Y de esta manera el testimonio de las Cortes de 1551, al principio, sin embargo, del período clásico del mayorazgo castellano, que Clavero coloca entre el 1503 y el 1755 (p. 7), cuya petición 107 recuerda que los mayorazgos surgieron «para conservar la nobleza de España», por lo que sus bienes no podían enajenarse, y donde se pide «al rey que, al contrario de lo que viene haciendo, no de facultad “para que los mayorazgos, acensúen ni vendan ni se obliguen a dotes de mujeres e hijas”, a lo que el rey da igual respuesta evasiva» se constituye en un momento de ese configurarse del mayorazgo clásico (p. 133), pese a que el monarca siguió observando, como veremos, la misma política tras la aparición del mayorazgo castellano.

2. La mitificación de las prácticas conduce a considerar que los mismos ofrecen un panorama fiel del derecho vivido en el momento en que escriben, prescindiéndose muchas veces del carácter plenamente partidista de sus obras, de la misma manera que la mitificación de las recopilaciones ha conducido a ver en las mismas las obras donde se encuentran recogidas todas las leyes vigentes en el momento de su publicación olvidándose con ello la tortuosa historia que está detrás de las mismas.

Es suficiente recordar aquí, como piedra de toque, que los juristas bajomedievales catalanes suelen justificar el recurso al derecho común, antes de la aparición del capítulo de Cortes de 1409 bajo Martín el Humano — y aún después de su aparición — en el hecho de haberse establecido en las Cortes de 1289 por Alfonso II «la necesidad de que los juristas sean examinados por sabios» y en la circunstancia de haberse establecido «en las Cortes de Cervera de 1359 por Pedro III que los juristas deben tener los cinco libros de derecho civil» o al menos los ordinarios de derecho canónico (IGLESIA FERREIRÓS II, 414 y 377). Brocá, cuidadoso lector de las recopilaciones y de los juristas catalanes, recuerda, en su examen de los testimonios legislativos que hacen referencia al derecho común entre 1251 y 1409, ambas constituciones (BROCÁ I, 345 y 347). Cae así en el olvido un privilegio concedido a los ciudadanos de Barcelona, por el cual se establece que quienes quisieran desempeñar el oficio de

juzgar o de abogar tienen que haber escuchado durante cinco años lecciones y tener «omnes quinque libros textuales juris civilis cum apparatu ordinario» (13-II-1335).

Es siempre posible pensar que los prácticos castellanos fuesen más cuidadosos y no dejasen de dar cuenta de ninguna noticia importante, pero aun admitiendo este supuesto, no dejaría de ser peligroso acudir a los mismos, dado el carácter partidista con mucha frecuencia de sus exposiciones.

Recordaré aquí que Clavero menciona en diversas ocasiones la no aplicación de la pragmática de 1534 (vid. p. ej. pp. 102, 150-151, 216, 257, 258, nn. 103, 294), que establecía «un máximo de renta por encima del cual no podían unirse dos mayorazgos por efecto del matrimonio de sus poseedores», prohibición que podía incluso llegar a tener un carácter general (pp. 150-151); Clavero aclara inmediatamente que «los autores son unánimes respecto al hecho de que esta ley, aun incluida en las recopilaciones oficiales, no se puso nunca en cumplimiento ni siquiera para el caso particular que contemplaba de acumulación de mayorazgo» (p. 151). Recuerda, sin embargo, en una ocasión, ya en el siglo XVIII, un expediente sobre la acumulación de mayorazgos (p. 294), aunque el principio establecido es la no aplicación de aquella pragmática, pese a ser incluida en las recopilaciones (pp. 257-258), pudiendo reiterar así su conocida tesis de ser la propiedad territorial feudal algo impuesto al monarca, por lo que cualquier intento de limitación estaba abocado al fracaso.

Ahora bien, cabe preguntarse si tal aparente inaplicación es resultado de esta sumisión del rey a los intereses de la nobleza o si su posible no aplicación refleja el predominio de una determinada moral familiar, que imponía el respeto de los hijos hacia la decisión paterna; es decir, la mencionada pragmática podría dar lugar a conflictos entre los miembros de la nobleza, ya que el expediente mencionado de 1779, encuentra su origen en una «cuestión provocada por un recurso del duque de Veragua, residente en París, contra la forma cómo fué notificado en el pleito de propiedad movido por la pretensión del marqués de Monasterio a uno de sus mayorazgos» (p. 294).

Y uno cree volver a ver ese conflicto internobiliario en un momento anterior, cuando vivía según Clavero el mayorazgo su edad de

oro, que nos cuenta aquel jurista que cierra la misma, José Manuel de Roxas y Almansa (p. 7).

«Vidi enim in Regia Cancellaria Granatensi D. Emmanuelem de Toledo filium secundogenitum Comitis de Oropesa, actionem a nostra lege praestitam, proposuisse adversus D. Andream Ludovicum Fernandez Pacheco, Comitem Sancti Stephani de Gormáz, filium primogenitum Marchionis de Villena, Ducis de Escalona, tanquam Patrem, et legitimum Administratorem D. Mariae Annae Pacheco Fernandez de Cordoba, Comitis de Oropesa; intendebat praedictus D. Emmanuel ad se pertinere Comitatum de Alcaudete a D. Maria Anna possessum; nam iste Status cum Majoratu de Oropesa junctus erat, causa matrimonii olim contracti, inter D. Annam Monicam Fernandez de Cordoba, et D. Duarte de Toledo, Marchionem de Xarandilla, filium primogenitum Comitis de Oropesa, tempore, quo ipsa Statum de Alcaudete actu possidebat, ipseque immediatus successor inveniebatur Majoratus de Oropesa: cum autem praefatus D. Emmanuel ante litem contestatam in Urbe Viennae de Austria decessisset, disceptatio haec non fuit prosecuta; hujusque litis occasione inter Jurisperitos multum disputari agnovi, an lex nostra in usu esset, affirmantibus aliis, aliisque negantibus: qua de causa, et quia quaestiones illas, quae ad legem attinent, tractandas suscepi, hoc in loco praesentem pro viribus meis ex destinato agere decrevi» (DE ROXAS ET ALMANSA 420).

Recordemos que está en causa la pragmática de 1534 y que Roxas y Almansa es partidario de su no aplicación. Tras elencar todos aquellos juristas que afirman que la ley es justa y nunca dicen no estar en vigor, señala un argumento a favor de la vigencia de la ley:

«Secundo, quia aliqui ex eisdem Auctoribus testantur, legem in nostris Regiis ac supremis Tribunalibus vigere, atque in praxi esse: sic apparet ex D. Paz de Tenut. cap. 57 num. 199 ubi dicit: *Quibus accedit communis observantia, et intelligentia praedictae legis septimae; omnes enim ita opinantur, ut ejus decisio solum vigeat, quando tempore nuptiarum ab utroque conjuge Majoratus possideatur*; ubi notari debent verba illa, *communis observantia*. Idem docet Roxas part. 8. cap. 1. num. 35. *Ibid. Quia secundum hanc opinionem semper judicatum fuit*. Ecce enim quomodo isti duo Auctores de observantia dictae legis testantur, affirmando, quod semper juxta eam decisum est, modo, quo illíc explicant» (ROXAS ET ALMANSA 421).

No interesan aquí los otros argumentos, sino señalar que a continuación trata de probar, que pese a tales autoridades, la

opinión contraria — la no aplicación de la ley, posición que mantiene — es la verdadera. Dejando a un lado su afirmación de que una ley, para merecer tal nombre, tiene que ser aceptada por el pueblo, recuerda Roxas y Almansa que hay autores que no sólo sostienen que tal ley se aplicaba cuando la unión de mayorazgos se realiza por patrimonio sino también cuando es consecuencia de sucesión, citando a Parladoiro, Robles Salcedo, Castillo, Solórzano y Roxas, y continúa:

Atque in hac opinionum varietate est magis notatu dignum, quod cum sint tot, ac poene infiniti Majoratus, qui per viam successionis conjuncti inveniuntur, ex eo quod ascendentes possessorum matrimonia contraxerunt post dictae legis sanctionem; nullus filius secundogenitus adfuerit, qui actionem intentaverit, dicta lege, et opinione illorum gravissimorum Doctorum utens, ut Majoratus juxta legem dividantur: dixi, quod est admiratione dignum, tum, quia de hoc nullus adducitur casus ad Auctoribus nostris, qui in Tribunalibus agitatus fuerit; tum etiam quia quotidie nobis experientia demonstrat, quod tam Patres, quam Advocati in aliis quaestionibus lites, et actiones intentant, etiam cum minori auctoritate Doctorum; idcirco credo, legem nostram admisam non fuisse» (ROXAS ET ALMANSA 424-425).

Refuerza esta afirmación señalando muchos casos de matrimonios, que dieron lugar a la unión de mayorazgos, y remacha, con algo que nos interesa de nuevo:

«Quarto, quia simul agnovi, quod D. Ludovicus *Fernandez de Cordoba Marchionis de Priego, Ducis de Medina-Celi*, legitimus frater, cum nullum Statum, aut Majoratum haberet, et fratrem opulentissimum Statibus, et Majoratibus videret (siquidem praeter Ducatus *Medina-Celi* (...) alios multos Titulos, Marchionatus, et Comitatus possidet, quorum quilibet in reditu taxam a legem assignatam excedit) intentare voluit adversus ejus fratrem legis remedium; circa quod aliquos doctos, ac expertos Curiae Matritensis Jurisconsultos consuluit, a quibus praestitum fuit responsum, praedictam legem in usu, et praxi non esse; verum auctoritate mei Concivis Roxas loco supra citato moti, ei suaserunt, ut in Cancellaria Granatensi casus, casusve, qui juxta dispositionem legis septimae decisi essent, sicut Roxas ajebat, diligenter inquireret; et de facto ad quemdam Ministrum superiore illius Cancellariae litteras missit, enixe rogans, ut exemplaria ulla de legis praxi secreto investigaret; a praedictoque Ministro, omni cura adhibita, visis ac revisis Tabelaionatus de Camera Officiis, nullum fuit inventum, in quo lis aliqua judicata fuerit, nec pro, nec contra dispositionem dictae legis: qua-

propter praefatus D. Ludovicus ab ejus destitit intentione» (ROXAS ET ALMANSA 425).

No pretendo discutir aquí si tienen razón aquéllos que afirman que esta pragmática fue utilizada en la práctica o aquéllos que niegan que haya sido utilizada, aunque debo subrayar que no existe la unanimidad en la doctrina pregonada ya que la moral familiar reinante — amen de la práctica de fundar mayorazgos para los segundogénitos y dotar a las hijas — podría explicar su poco empleo y una cosa es que nunca se utilizara y otra cosa es que dejara de utilizarse, al considerarse con el paso del tiempo ridícula la tasa fijada (así Roxas y Almansa), pero pese a todos los argumentos ofrecidos por Roxas y Almansa es evidente que al menos en una ocasión se planteó un pleito, que tenía como telón de fondo la mencionada pragmática, aunque el pleito entablado no llegara a buen puerto, al morir el demandante y en otra ocasión se intentó invocar la mencionada pragmática.

Indudablemente una golondrina no hace verano y en este sentido una unanimidad puede pregonarse, allí donde existe una *communis opinio*. Pero siempre cabe preguntarse qué es más importante qué se de una *communis opinio* en la doctrina o qué se de en la judicatura.

«No es necesario insistir sobre la *irresponsabilidad* a que la doctrina, a lo largo del siglo XVI, ha llevado a los bienes del mayorazgo respecto a los derechos de los deudos del último poseedor: devolución de dote y gananciales de la viuda, dotes de las hijas, alimentos de los hijos; en un caso en que unos procuradores fueron a cortes con la instrucción de pedir la fijación de los alimentos en la mitad de la legítima que correspondería de no haber mayorazgo, ni siquiera, según vimos, llegó a acordarse la emisión de dicha solicitud; otras cortes pedirían, para no ser atendidas, que se fijara la cuota de participación de los herederos en las rentas pendientes del mayorazgo, y, en otras, un procurador reclamaría contra el peligroso precedente de una sentencia que no aplica la ley 46 de Toro a las costas de un pleito de mayorazgo; todo esto ya lo hemos visto» (p. 171. Vid. pp. 132 y 149).

Si es cierto que un procurador ha protestado por dicha sentencia, apuntando el peligro que pueda servir de precedente, no se recoge que su protesta haya tenido consecuencia alguna (p. 149) y de la

petición de una tasación de las rentas pendientes se dice que «en este contexto, la equívoca respuesta dada por el rey — «que los jueces hagan justicia» — adquiere un sentido defensor del régimen de mayorazgo», puesto que esta «petición tiene carácter restrictivo porque, por el juego de la ley 45 sobre la sucesión por mandamiento de la ley y de la 46 sobre la falta de derechos de los herederos en el mayorazgo mejorado, los frutos pendientes y las rentas feudales devengadas (...), muchos de cuyos tipos se pagaban anualmente, correspondían enteramente al sucesor del mayorazgo sin participación alguna de los herederos, los cuales hubieran sucedido en dichos frutos y rentas de haberse realizado en vida del predecesor» (p. 132). Tal conclusión merecería ser matizada, pues en nota se recoge que «la doctrina recogería el derecho del sucesor a las rentas pendientes, aunque luego ocurrieran pronunciamientos sobre la justicia de su división con los herederos. Así Pedro Nolasco de Llano, comentando la glosa de Gómez a la ley 46, donde éste dice que «más bien pertenecen al siguiente sucesor», corregirá en el sentido de que «no pertenecen absolutamente al sucesor ni tampoco a los herederos del último poseedor; antes deben prorratearse entre aquél y éstos según el tiempo en que hubiese muerto el dicho tenedor» (p. 132, n. 16).

Y es que, como vulgarmente se dice, cada tratadista barre para casa, configurando la institución estudiada con carácter expansivo. Y así mientras los mayorazguistas tienden a restringir la pretensión de alimentos y de dote, desde el momento en que el mayorazgo incluye igualmente las legítimas, afirmando que las dotes deben fijarse sobre las rentas y tasarse en base a las mismas rentas del mayorazgo, señalándose la equivocación de quienes afirman que deben ser ejecutados los bienes del mayorazgo para el pago de la dote, los juristas que se ocupan de la dote pueden afirmar: «Si mi padre funda a mi favor una primogenitura conteniendo en ella todos los bienes, de modo que no queden, para mi hermana, hija del fundador, alimentos de los cuales se pueda sustentar y obtener dote, ciertamente yo, su hermano, debo dotarla de los bienes del mayorazgo» (p. 231).

¿Qué razón hay para pensar que los mayorazguistas tengan razón frente a los dotistas?

También la cuestión de la confiscación de los bienes presentará

esta misma situación. Mientras los mayorazguistas — y volveremos sobre este punto — vienen a declarar inconfiscable los bienes del mayorazgo incluso en caso de *crimen laesae maiestatis*, un práctico del siglo XVI, Antonio de la Peña, señala que quienes cometen traición son infames, han de ser arrastrados por las calles, ahorcados y «pierden todos sus bienes para la Cámara de su majestad. Los hijos son privados de sus bienes y son infames y no pueden haber oficio y tienen otras penas establecidas contra ellos por derecho, pero los hijos de tales traidores habrán la cuarta parte de los bienes de su madre. Hoy conforme a la ley de Toro no pierde el marido por el delito de la mujer ni de sus hijos, ni la mujer ni sus hijos por el del marido, aunque sea de herejía, sus bienes propios que trajo al matrimonio, ni su mitad de gananciales»; añade que el noble no debe ser ahorcado, sino degollado y así termina su exposición (LOPEZ-REY 118-119).

No voy a ocuparme de otras diferencias entre las opiniones de los mismos mayorazguistas (cfr. p. ej. 237, n. 48), pero sí aludir a una constante en el planteamiento de Clavero, ya que, si la voluntad particular del fundador observa la ley histórica de formación del mayorazgo, otra cosa parece suceder con la voluntad del rey. Así se dice que «el régimen patrimonial del mayorazgo castellano será, (...) el que haya de definir con propiedad dicha institución, pero este régimen no es generalmente objeto de formulación por disposiciones de carácter general, sino que, en principio, es establecido en las fundaciones de carácter singular, imponiéndose a través de ésta, aun con la mediación decisiva de la doctrina; hemos visto, además, que el orden sucesorio del mayorazgo ha de buscarse primeramente en las fundaciones y no en la ley; el instituto deberá ser, por tanto, el verdadero punto de partida de nuestra exposición sistemática, como régimen singular de los mayorazgos de Castilla, de la misma forma que constituirá el punto de llegada el modo de propiedad privada definido por un determinado grado de vinculación, como régimen general de la institución del mayorazgo castellano» (p. 221).

Sin embargo debe reconocerse que esta voluntad del fundador está limitada. «Los límites impuestos a la voluntad del fundador diferirán respecto a las dos especies principales de mayorazgo castellano; el fundado en virtud de facultad real y el instituido sin ella, gracias a la apelación *de la ley 27 de Toro*; en el primero, los límites vendrán definidos por aquella (...); en el segundo, siempre existirá

la limitación ulterior del orden sucesorio por el que la ley 27 respeta el derecho de los beneficiarios de la mejora gravada por la fundación, aunque esta figura se verá, en último término, doctrinalmente compensada, como hemos visto, por la atribución a la misma de una mayor independencia respecto al arbitrio real que la del mayorazgo fundado por la mediación de éste» (p. 225).

Vemos, pues, que estas limitaciones son para Clavero en el fondo falsos límites y por ello podrá decir que «son ciertamente reducidos» (p. 225).

Aquí solo aludiremos al hecho de que esta licencia regia es necesaria para la constitución de un mayorazgo sin respeto de las legítimas, pero también para alterar las condiciones de las fundaciones realizadas por los fundadores (*vid. infra*), pues en definitiva la licencia o la confirmación regias eximían del régimen general, eran, pues, privilegios. En aras de esa voluntad suprema del fundador en las fórmulas de mayorazgo se prohíbe la enajenación de los bienes del mayorazgo en su sentido más amplio. «Y aunque sea teniendo para ello facultad real de Su Majestad. Y que por el mismo caso que cualquiera de los sucesores de este mi mayorazgo hiciere lo contrario o tratare de hacerlo o pidiere o impetrare facultad de Su Majestad para ellos, o usare de ella siéndole concedida por su Majestad, aunque sea de su propio motu, lo que hiciere sea en si ninguno y la sucesión de dicho mayorazgo pase al siguiente en grado, como si el tal sucesor fuere muerto naturalmente». Y aunque en este punto, con matices, coinciden las fórmulas de Molina, Villadiego, Monteroso, Melgarejo, Pérez y González de Villarroel (p. 266), el mismo Molina tiene que reconocer que el rey puede autorizar a realizar tales enajenaciones, aunque pretende restringir la voluntad del monarca exigiendo una justa causa (p. 266). Estamos, pues, aquí, ante una prueba clara de que los formularios (cfr. p. 6) no pueden substituir a las otras fuentes.

3. Uno que, como gallego, tiene que sufrir las consecuencias de aquella estúpida afirmación, tan difundida, de ser el gallego una persona a la que, si se encuentra en el descansillo de una escalera, nunca se sabe si sube o si baja, siente en este momento la necesidad de aclarar algunos puntos de mi intervención, ya que pueden ser malentendidos como determinadas reacciones pusieron de manifiesto,

pues uno es algo ingenuo o, como dirían en mi tierra, algo parvo, y le ocurre como a la chica del chiste que solo se daba cuenta de las malas intenciones después. Y uno, si peca de algo, es precisamente de ser demasiado claro, incluso cuando no debiera serlo; necesito por ello aclarar una vez más, aunque creía que había quedado bastante claro, un poco más mi posición frente a quienes confían en demasía en la literatura jurídica como fuente para recuperar el derecho del pasado. Y como uno a veces se siente orteguiano y puede considerarse en cierto sentido autorizado a serlo, desde el momento en que su pensamiento ha sido autorizado por el pensamiento socialista italiano, no tiene rebozo alguno en utilizar las palabras de Ortega, saliendo al paso de aquéllos que vieron en unos comentarios suyos, dedicados a un artículo de Unamuno, una crítica no sólo a su obra, sino también a su persona: «Sin embargo, algunas personas han querido ver en aquellos párrafos no sé qué invectiva contra el gran publicista que pretendían honrar y aplaudir. Tenemos el ánimo hecho a las admiraciones integrales y, exentos de hábitos críticos, toda continencia en el loor nos parece una censura general. Y es que alabamos o contradecemos con los nervios, los cuales son esencialmente irreflexivos y funcionan por descargas, brutalmente como un carrete Rumford» (ORTEGA I 117).

Dicho esto, aclaremos a continuación el alcance de esta disgresión. Afirmo que los trabajos que se ocupan del derecho privado durante la Edad Moderna, que se centran en el estudio de la jurisprudencia, es decir, de la doctrina de los juristas y de la ley y pretenden presentarse como el estudio histórico de una institución en la mencionada época sólo ofrecen un aspecto parcial del mundo complejo formado por el derecho vivido, y que este estudio sigue siendo parcial por mucho que se acuda a otras fuentes complementarias, ya que la recuperación del derecho del pasado no puede hacerse primando una u otra fuente y completando los resultados con los datos de las restantes, sino que tiene que hacerse necesariamente poniendo a contribución todos los datos existentes, a fin de tratar de extraer de los mismos la institución estudiada.

Teniendo este criterio como canon, examinemos desde este punto de vista la muy conocida y famosa obra de Bartolomé Clavero sobre el Mayorazgo castellano. Debiera ser innecesario añadir que el análisis que sigue a continuación no es una recensión de la obra, sino

la constatación, como ya ha quedado realizada en algún caso, que un estudio basado en la ciencia jurídica y en la ley no cumple el canon mencionado y ofrece así una visión deformada, por sugestiva que sea, de la institución estudiada. Y debiera ser innecesario señalar esto, pero lo señalo para todos aquellos que son duros de mollera y proyectan sus propias intenciones sobre planteamientos ajenos.

El título de la obra de Clavero es: «Mayorazgo, propiedad feudal en Castilla (1369-1836)», pero la misma se inicia de esta forma: «Es ésta una investigación de historia institucional, historia jurídica o historia del derecho, según el modo como quiera expresarse el trabajo de rendir cuenta histórica suficiente del régimen jurídico propio de una institución determinada; el mayorazgo castellano o constitución jurídica de la propiedad territorial laica en la Castilla bajomedieval y moderna en este caso» (p. 1; cfr. p. 2).

¿Es lo mismo propiedad feudal que propiedad territorial laica? Recordemos que «la articulación del *dominio eminente* — sea o no *directo* — sobre las tierras particulares y del *dominio señorial* — con o sin jurisdicción — sobre el conjunto de las mismas formará la *propiedad territorial feudal*, es decir, ésta habrá de ser entendida, de cualquier modo que sea calificada, como el derecho que, en el seno de la constitución social que la comprende, define la serie de condiciones que, frente o no a otros derechos dominicales de carácter subordinado, suponen una neta prevalencia jurídica de sus titulares» (p. 5).

Estas precisiones terminológicas parecen indicar que propiedad territorial laica y propiedad feudal laica no significan lo mismo. Hagamos algunas nuevas calas. «El Mayorazgo es una forma histórica de propiedad privada que en el reino de Castilla asumió una serie de importantes caracteres distintivos» (p. 21); aquí indudablemente la propiedad privada puede ser tanto feudal como no feudal, pero ya aparece algo más confusa la afirmación de que «con Luis de Molina el régimen de mayorazgo se consolida como modo general de propiedad de la formación social castellana» (p. 144).

En otras ocasiones se afirma: «a finales del siglo XIV el mayorazgo podrá imponerse como régimen de la propiedad patrimonial de los señores castellanos» (p. 26); «la constitución del mayorazgo se centra así en el ámbito de la propiedad patrimonial señorial,» (p. 36); «historicamente aparece la figura del *fideicomiso perpetuo* allí

donde las primogenituras feudales no alcanzan instituciones específicas, como la del mayorazgo castellano» (p. 54); «nuestro punto actual precisamente se encuentra en la continuidad del mayorazgo respecto al feudo» (p. 64); «Respecto a su margen de resistencia en los primeros tiempos de vigencia de éste, ha de tenerse en cuenta que ni el dominio útil ni el dominio eminente no anexo a dominio señorial — el derecho impropriamente calificado de «pequeña propiedad libre» — pueden recurrir, para su subsistencia, a la fundación de mayorazgo, institución sólo asequible al dominio señorial o al dominio eminente a él acumulado hasta la segunda mitad del siglo XVI — cuando, junto al título inmemorial y a la licencia real a los que sólo tendría acceso el señorío, se admita, para la adopción del régimen vincular la fundación sobre una determinada cuota del patrimonio —, circunstancia ésta de la que no dejará de resentirse la presencia de aquel dominio eminente no señorial — aparte la decadencia del dominio útil — en la distribución de los derechos dominicales de diverso grado sobre la tierra en Castilla, pues, como veremos, con la decadencia de la *mañería* y derechos señoriales afines no desaparecerán los expedientes de acumulación del dominio eminente en el señorial. La ecuación originaria — *señorío-mayorazgo* — resulta — tras este ligero, pero necesario, excursus en el ámbito del dominio eminente de la tierra — más ajustada de lo que el mismo Cárdenas, al afirmarlo hace un siglo pudiera sospechar» (p. 73). «La propiedad señorial es la relación social que va a recoger la institución del mayorazgo; desde que éste se impone, a finales del siglo XVI, dicha relación va a ser reproducida por el derecho vincular de mayorazgo; la cuestión estará, entonces, en determinar las instituciones que, antes del mayorazgo, realizaban esta relación social, dado que la relación señorial existe previamente a la institución del mayorazgo y ésta sólo supone un momento de su desarrollo» (p. 73).

Estas dudas parecen confirmar la idea que el desarrollo del mayorazgo lleva consigo la extensión de la propiedad feudal, de tal manera que en Castilla o se es señor — laico o eclesiástico — o se es cultivador de tierras ajenas, de tierras de un señor (cfr. p. 5).

Si, como hemos visto, el trabajo de Clavero parece confundir la historia de la propiedad laica en la historia de la propiedad feudal laica, tampoco la delimitación geográfica parece presentarse con una

gran claridad. Así desde el mismo título habla de la historia de la propiedad feudal castellana en el período que va desde 1369 a 1808. Ahora bien, ¿qué se entiende por Castilla en estos momentos? Dejando a un lado las veces en que el término Castilla aparece sólo, da la impresión de aludir, para entendernos, a Castilla en cuanto corona de Castilla, ya que de un lado ve en la obra de Molina la plena consolidación del mayorazgo, y de otro al estudiar la posible aparición del mayorazgo señala las distintas opiniones en las cuales se ha fijado su aparición por los diferentes autores, incluyendo entre otros testimonios los referentes a Galicia y a Vizcaya (p. 23, n. 2); y el Señorío de Vizcaya, junto con el del reino, le sirve como supuesto principal (p. 90 ss). Y esta idea se refuerza, si no olvidamos que centro de su atención son las leyes de Toro, reguladoras del mayorazgo. No desconozco que habla del reino de Castilla (p. 21) o de reino castellano (p. 69), pero no parece haber mayores problemas para identificar este reino de Castilla con lo que también habitualmente se califica de reino de Castilla-León, pues «el derecho general de Castilla es citado por la edición de *Los Códigos españoles concordados y anotados*» (p. 6). Además en una de estas ocasiones se invoca el reino castellano dentro del contexto de su alusión al apartado que piensa dedicar a la propiedad vinculada fuera de Castilla (p. 69) y en otra dentro de su alusión a lo que ocurre en el resto de Europa (p. 69). ¿Y cuáles son esos otros reinos peninsulares? «Las cuestiones de confluencia y confrontación hasta el siglo XVIII se plantean históricamente respecto a los vínculos de los reinos que, habiendo sido vencidos en la guerra peninsular de principios de dicho siglo, fueron sometidos jurídicamente a Castilla. Navarra queda desde un principio fuera, por tanto, de consideración; su derecho vincular aparece en la cuestión castellana como puede hacerlo cualquier otro derecho extranjero: presentándose como ejemplo, frente a “los abusos” de Castilla, alguna de sus disposiciones» (p. 280).

Tenemos, pues, los reinos de la Corona de Aragón y el reino de Navarra, como los reinos diferentes de Castilla, con lo que la configuración de ésta se nos aparece clara; pero, perdida en una nota en la página siguiente, encontramos esta afirmación: «Dado que nosotros nos hemos circunscrito al reino de Castilla propiamente dicho, con las anexiones del siglo XIII, también debería incluirse esta última (Galicia) en un adecuado capítulo comparativo: en la misma

mantiene vigencia general la relación enfiteutica por la constitución del foro “un *quid* — según se diría — entre feudos *emphiteusis* y arriendo”» (p. 281, n. 138).

Como una de las características del mayorazgo castellano es precisamente la desaparición de la enfiteusis según Clavero, en Galicia, pese a aplicarse las *Leyes de Toro*, al menos es eso lo que se suele decir, los mayorazgos allí existentes no serían mayorazgos, es decir, no serían el mayorazgo castellano; y si fuera cierto que en Galicia, ya antes de las *Leyes de Toro*, en virtud del juego dado por *F. Real* 3,5,9 y *P.* 5,5,44 se había desarrollado el mayorazgo del tercio y quinto (MURGUÍA 38 ss.), como parece confirmar la aparente equivalencia entre mejoría y mayorazgo (APONTE 40 ss.) (cfr. p. 37), tampoco estaríamos ante la propiedad feudal castellana, que conocemos bajo el nombre de mayorazgo, ya que ni afecta el tal mayorazgo a la legítima, al no afectar a la totalidad de los bienes — otra de las características, según Clavero, del mayorazgo castellano — ni anula la enfiteusis; es más, incluso los llevadores de foros pueden establecer un mayorazgo del tercio sobre los bienes que constituyen su dominio útil.

Debe además hacerse otra precisión: si la presencia del foro es lo que determina que Galicia merezca un capítulo comparativo, éste tendría que extenderse a Asturias y León, pues también se dice, al menos para combatir el reconocimiento de Galicia como región foral, que el foro fue conocido en León y Asturias, amén de Portugal.

Y sólo resta señalar que si Galicia merece ese estudio comparativo, probablemente no lo ha tenido, porque quizá los mayorazguistas tampoco le prestaban atención; y además, ya se sabe, estas particularidades gallega no son otra cosa que fraudes a la ley castellana.

4. Pasemos ahora a una nueva cuestión, máxime cuando, aparentemente, se han superado al parecer viejos demonios familiares y señalar la creencia en la que alguien se mueve, no significa ya su descalificación. No es necesario detenerse aquí en señalar aquélla en la que se encuentra Clavero (cfr. p. ej. p. 2, 310, 319-320, 322, 346, 368). Algunos pensarán que con esta afirmación no hago más que recaer en la habitual descalificación de tachar de pura ideología su labor, excluyéndola de la historia, cuando precisamente hablo de creencia para mostrar simplemente que estoy en otra creencia diferente.

Pero como ambos estamos en creencias diferentes, las mismas son para nosotros las que nos incitan a mirar la realidad de una forma determinada, independientemente de nuestras ideas, ya que tenemos las ideas, pero nos encontramos, estamos en las creencias; y desde este punto de vista, si la ideología supone una visión errada de la realidad, todas las creencias encierran ideologías y hay que ser muy ingenuo o muy dogmático para creer que somos los únicos que carecemos de creencias, que vemos la verdad, sin el tapaojos que toda creencia, que toda ideología representa.

No voy por ello a discutir los planteamientos o afirmaciones de Clavero desde mi creencia, aunque tenga que especificar cuál es el punto que nos separa. Parodiando a Berdiaeff podría decir que todo el planteamiento de Clavero es exacto, pero hay un punto que arruina toda su construcción; pero, porque afirmaciones semejantes suponen siempre una fuerte dosis de narcisismo intelectual, voy a recordar su mención ocasional de existencia de una ley histórica (p. 233).

En definitiva, para Clavero las relaciones sociales son aquellas que determinan las relaciones jurídicas existentes, mientras yo pienso que las relaciones sociales establecidas por la fuerza, cuando se someten al derecho, éste no es un reflejo mecánico de aquellas relaciones sociales, ya que las mismas tienen ahora necesariamente que ajustarse, de un lado, a las creencias fundamentales en las que se encuentra la sociedad que las ha establecido y, de otro, a los principios que rigen todo ordenamiento jurídico, construido siempre por los hombres, los cuales tratan siempre de legitimar su situación de poder, y al hacerlo se ven sometidos a aquel instrumento que han construido para legitimarlo: el derecho. Mientras, en consecuencia, Clavero cree que la propiedad territorial feudal, sus relaciones sociales, dió lugar a las reglas propias de sucesión del mayorazgo, creo por mi parte que esas relaciones sociales forzaron a buscar un determinado tipo de sucesión que, conservando la fama y nobleza de la estirpe (cfr. p. 25, 37, 40, 67-68), lograrse perpetuar aquellas relaciones sociales. No ha sido, pues, el mayorazgo, en cuanto propiedad feudal, el que dió lugar al sistema de sucesión por mayorazgo, sino que fue el sistema de sucesión por primogenitura el que engendró el mayorazgo como propiedad feudal.

El primer mayorazgo testimoniado, como veremos, de Mathe

muestra que genéticamente el mayorazgo se configura como un modo propio de sucesión, que da lugar — o puede dar lugar — a una propiedad especial. Recordemos que se pide autorización al monarca para algo: para la constitución de un mayorazgo con todos los bienes del peticionario y de su mujer, a fin de que unitariamente pasen al primogénito, que no podrá venderlo, donarlo, enajenarlo.

Apuntemos simplemente que podría la petición limitarse a que autorizase al fundador a transmitir íntegramente todos sus bienes a su primogénito, quedando en las manos de éste la responsabilidad de transmitirlo a su vez a su primogénito y así sucesivamente, estableciéndose todas las otras características que se predicen del mayorazgo y que mantienen su intangibilidad, configurándose de esa forma una propiedad feudal igualmente, sin que se vea el primogénito desposeído de su facultad de elegir a su vez su sucesor.

Tenemos, pues, volviendo al mayorazgo de Mathe vinculación, sucesión, dominio eminente y dominio señorial — presuntamente —, pero también suspensión de la legítima y, aunque expresamente no se diga, probablemente prohibición de dar en enfiteusis, si un jurista considera que la prohibición de enajenar se extiende a la enfiteusis, que es especie de enajenación.

¿Por qué no triunfa? porque la autorización del rey supone de un lado la suspensión del derecho de la esposa del fundador a recuperar la dote aportada — aunque aquí podía pensarse que estamos ante una explicación *a posteriori*, ya que la esposa había consentido en la fundación — y suspensión de la legítima; pero es evidente que la legítima es una institución puramente hereditaria, por lo que si se quiere configurar el mayorazgo, necesariamente aparece en un primer estadio como una institución hereditaria, que da lugar a una propiedad que se caracteriza por la vinculación, orden determinado de sucesión, indivisibilidad, inenajenabilidad e inconfiscabilidad. ¿Por qué? porque esta herencia se establece para mantener el nombre del linaje, lo cuál sólo se podrá conseguir si logra establecerse un sistema hereditario, que permita mantener la unidad del patrimonio, lo que se logra no frente a los otros no señores, sino a costa de los miembros de la familia señorial.

Esta característica de la suspensión de la legítima — en definitiva, el mayorazgo es un privilegio frente a la ley general que establece legítima en favor de los hijos — muestra esta vinculación a una

institución hereditaria, ya que una propiedad feudal, tal como la concibe Clavero, puede constituirse y reproducirse, allí donde no existen legítimas; tal sería el caso de un fundador, que tuviese un único hijo, que a su vez tuviese un único hijo y así sucesivamente. Pero como esto no es lo que sucede normalmente en la vida, se comprende que es necesario suspender el régimen general jurídico existente por medio de una licencia, que sólo puede conceder el creador del derecho: la licencia del rey se presenta así como un elemento esencial en la configuración de la sucesión por mayorazgo, pues sólo el rey puede suspender la legítima. El mismo Clavero reconoce esta primacía de la sucesión hereditaria, pues tras señalar las características esenciales del mayorazgo añade: «Siendo éstos los caracteres específicos del mayorazgo castellano, su presencia será el factor indicativo de la existencia de esta institución; ellos, por lo tanto, deben constituir el objeto de nuestra primera investigación, y no, en consecuencia, aquellas formas diversas de vinculación de la propiedad o de sustituciones sucesorias en tiempos anteriores a los del mayorazgo, aunque las mismas pueden presentarse documentalmente bajo la calificación de *mayorazgo*, término que, antes de designar una institución determinada, significó simplemente un orden de sustitución por vía de primogenitura» (p. 22). -

Es necesario precisar que una herencia caracterizada por la vinculación y los llamamientos sucesivos, que engendra una propiedad o dominio indivisible e inenajenable ha surgido antes del mayorazgo típico castellano de Clavero, pues gracias a las facilidades abiertas por *Fuero Real* y *Partidas*, en fraude o no de la ley, se habían establecido mayorazgos sobre el tercio y el quinto. Desde el punto de vista del mayorazgo castellano acuñado por Clavero no darían lugar a una propiedad feudal territorial laica, aunque tenga que terminar por reconocer que estos mayorazgos son equiparados a la propiedad territorial feudal laica desde fines del s. XVI. Pero su existencia muestra que la propiedad territorial no ha conformado el sistema sucesorio, sino que el sistema sucesorio es aquel que ha sentado las bases para la producción y reproducción de las relaciones sociales que constituyen el régimen jurídico del mayorazgo, para utilizar la terminología de Clavero.

De un lado, esta discusión recuerda aquélla que puede estable-

cerse con respecto a la prenda y a la hipoteca y, de otro, a la discusión sobre si primero fue el huevo o la gallina.

La prenda y la hipoteca son, en primer lugar, contratos y por ello se incluyen dentro del derecho de obligaciones, pero al ir dirigidos fundamentalmente al establecimiento de derechos reales de garantía sobre cosas ajenas, son también estudiados dentro de los derechos reales. El mayorazgo es, pues, en primer lugar un sistema hereditario, que debe ser estudiado por ello dentro del derecho de sucesiones, pero al mismo tiempo este sistema de sucesiones da lugar a un tipo especial de propiedad, por lo que debe estudiarse dentro del derecho de propiedad. «Al mismo tiempo, el mayorazgo se impone como régimen patrimonial y sucesorio de la propiedad señorial, en interés de la misma» (p. 47). Como se ve, inmediatamente surge la cuestión debatida: ¿Determina la propiedad feudal el sistema de herencia o influye el sistema sucesorio ideado en la propiedad especial que surge? Sería suficiente recordar que las características propias del mayorazgo en cuanto institución sucesoria: vinculación y orden predeterminado de sucesión son anteriores a las que determinan el mayorazgo como propiedad. «En la historia del derecho encontraremos la historia de la hegemonía de la nobleza, de la *propiedad territorial feudal*, a lo largo de los siglos XVI, XVII y XVIII; más aún, encontraremos la problemática específica de esta hegemonía, consecuencia de la *reacción jurídica* que ha quedado descrita en los capítulos anteriores. La historia del mayorazgo en la Edad moderna será fundamentalmente la historia de la doctrina mayorazguista». (p. 123-124). No se trata, pues, de que el dominio feudal territorial laico tenga necesidad del sistema hereditario del mayorazgo para reproducirse, sino que, tal como lo ha configurado Clavero, la propiedad feudal sólo puede constituirse a través del sistema sucesorio del mayorazgo.

Uno tiene la impresión que a los juristas, en el momento de idear el tipo de sucesión propio del mayorazgo: vinculación de los bienes y orden sucesorio, les faltó la capacidad para conceder personalidad jurídica al patrimonio así vinculado, pues éste, en el fondo, puede verse como una fundación.

En el fondo, lo que se está discutiendo es si pensamos determinados por las relaciones sociales derivadas del modo de producción o si pensamos condicionados por la sociedad en la que vivimos, pero

siendo capaces de trascender, aunque no siempre, tales condicionamientos.

5. Conviene fijar el concepto de mayorazgo construido por Clavero y para ello no hay cosa mejor que recoger sus propias palabras:

«Concluyendo el presente apartado, y con él tanto el capítulo dedicado al régimen patrimonial del mayorazgo como la consideración sistemática de dicha institución, podemos decir que el mayorazgo castellano habría de ser definido, de cualquier modo que ello se exprese, como aquella forma del modo de propiedad vinculada cuyo régimen concreto somete a las condiciones de la propiedad territorial feudal al colonato por medio de la prohibición de enfiteusis, a la burguesía gracias a la vinculación estricta y general, y a la corona mediante la inconfiscabilidad incluso en los delitos exceptuados, imponiendo, al mismo tiempo, en beneficio de las líneas principales de la clase feudal, un proceso de acrecentamiento y acumulación patrimonial» (p. 277-278).

Como toque de comparación quisiera recordar aquí la donación realizada en el 934 por Ramiro II a Santiago:

(...) Et ut nos cum eis in celo iungamus et in presentia malis tueamur te orante o sce. dei apostole. concedimus sacrosancto altario tuo pro concinnenda luminaria sanctis altaribus, ac tolerationem sacerdotum et pauperum ibi aduenientium, id est, commissum Pistomarcos ab integro secundum illud obtinuit Lucidus Vimarani, de Vlia in Tamare, ut omnis populus in eodem degens commissio, sancto loco tuo deseruiant, non ut serui, sed ut ingenui, quemadmodum gens eorum ibi persoluit regium census, ut fisco persolvere consueuerat» (LOPEZ FERREIRO II p. 120-121).

Nos encontramos aquí ante la concesión de un condado, es decir, de una antigua demarcación territorial del reino, encargado antiguamente a un noble, que ahora se concede a la Iglesia compostelana. Esta concesión supone que lo que hoy llamaríamos impuestos a pagar al rey, serían cobrados por el obispo santiagués, quien asumiría igualmente la jurisdicción y con ello los ingresos derivados de la misma. Finalmente podríamos pensar que los obispos santiagueses hayan logrado establecer determinados malos usos, los típicos derechos señoriales.

Recordemos que «el objeto típico del mayorazgo es el conjunto de «rentas, pechos y derechos» de un determinado lugar; estos derechos señoriales sobre una misma tierra constituían elementos patrimoniales autónomos, por lo que podía ocurrir que sólomente alguna parte de los mismos perteneciesen a un mayorazgo particular. En este sentido, Molina escribe que, si la «jurisdictio», las «gabellae» o las «tertia» de una villa eran adquiridas por el poseedor del mayorazgo que, aun versando sobre dicho lugar, no incluía tales derechos, los mismos no aceden al mayorazgo si no le son expresamente agregados; las *gabellae* pueden comprender las rentas propiamente señoriales; las *tertia*, aquellas que son detentadas por concesión de la corona; la *jurisdictio*, por su parte, no sólo denota una determinada potestas, cuyo ejercicio además de una garantía pudiera suponer una servidumbre, pues en la misma también quedan comprendidas una serie de rentas de carácter judicial; su detentación suponía, además, la competencia del mayorazgo para una serie de nombramientos o designaciones» (p. 262 cfr. 41).

Como el objeto típico de los mayorazgos son inmuebles, la propiedad territorial — así Molina: *illud antiquissima consuetudine observatum est, ut ex bonis immobilibus, non autem ex rebus mobilibus, instituantur* (pp. 261-262) — Clavero afirma que la jurisdicción es un elemento autónomo del dominio señorial con la doctrina. Y como la jurisdicción «pudiera suponer» una servidumbre, también «la jurisdicción presenta el carácter peculiar de que, desde un determinado momento histórico, pueda ser interés del mayorazgo su «reversión», según se califica, a la corona» (p. 263). No es la corona, pues, quien en ejercicio de su soberanía recupera la jurisdicción, sino que son los señores quienes facilitan su reversión. Ahora bien, estas afirmaciones no aparecen fundadas y además se expresan en subjuntivo, tiempo de la hipótesis y no de la tesis — pudiera, pueda — y el «subjuntivo no enuncia la acción del verbo como real y objetiva, sino como pendiente del elemento subjetivo por parte del que habla» (SECO 70 cfr. 60), por lo que debe entenderse que tales afirmaciones expresan únicamente la convicción subjetiva de Clavero.

Inmediatamente después de las afirmaciones recogidas, aparece la conclusión: «Por esta razón es lícito considerar la jurisdicción como un elemento aleatorio de la propiedad señorial, la cual puede juz-

garse enteramente incluida en un mayorazgo particular cuando éste, aun no poseyendo la jurisdicción de un lugar, detenta el conjunto de las rentas propiamente señoriales del mismo — *gabellae* en la cita de Molina —, del mismo modo que puede considerarse aleatoria para la calificación señorial su posesión de las rentas que se definen como regalías de la corona — *tertia* — en dicho lugar» (p. 263).

Ahora bien, como la concesión realizada por Ramiro II al obispo de Santiago, se ha realizado también por parte de los reyes a los señores, éstos no podrían constituir un mayorazgo sobre la misma, pues ya se sabe que la propiedad territorial feudal está formada por los derechos eminentes — directos o no — y los derechos señoriales, pero en este caso no hay derechos eminentes, porque, independientemente de que se llamen de una u otra manera, los habitantes del condado eran hombres libres, que disponían de sus tierras, sometidas, si se quiere, a la superioridad del rey, que será más tarde la superioridad del señor, pero tal superioridad no puede configurarse como dominio eminente; simplemente daría lugar a derechos señoriales. Quede pendiente esta afirmación para cuando veámos el problema de la mal llamada — así la califica Clavero (p. 73) — pequeña propiedad libre.

Recordemos aquí, para terminar, que si el objeto típico del mayorazgo es la propiedad territorial, terminaron configurándose mayorazgos exclusivamente sobre censos (vid. p. ej. p. 164, n. 67).

6. La definición del mayorazgo obliga a volver la vista atrás y determinar qué es lo que da lugar a esa aparición de la propiedad feudal territorial laica cuya constitución jurídica es el mayorazgo. Ni la presencia de una vinculación, ni la presencia de un orden de sucesión, ni la existencia de una propiedad feudal (dominio eminente y dominio señorial) son elementos suficientes para poder hablar de Mayorazgo, pues éste apareció únicamente cuando surgieron nuevos elementos (p. 22), que se reducen de un lado a la sumisión de la legítima — la dote de las hijas puede reducirse a la misma — a las reglas sucesorias del mayorazgo y la desaparición del dominio útil (p. 22).

En este momento, aunque sólo sea de pasada, debo señalar que estas dos características esenciales, cuya presencia se mencionan en otras ocasiones (vid. p. ej. pp. 278s, 280s, Cfr. 38, 48, 69, 96s, 143) presuponen otros elementos necesarios para su aparición; en primer

lugar la licencia real, que es la única que puede eximir de las leyes sucesorias vigentes a los fundadores de los mayorazgos, y, de otro, la vinculación estrecha entre mayorazgo y totalidad de bienes, pues sólo configurándose un mayorazgo sobre la totalidad de los bienes, se cumple el requisito de desconocer la legítima e incluso el derecho de la mujer a la recuperación de su dote.

Estas afirmaciones de Clavero le obligan a desechar todos aquellos testimonios anteriores a finales del s. XIV, cuando ha fijado el nacimiento del mayorazgo, por lo que el empleo de este término en época anterior no tiene valor alguno (pp. 23, 37, 40, 95). Es sintomático, en este sentido, su discusión del mayorazgo establecido por Juan Mathe de Luna, durante el reinado de Sancho IV, en 1291. Clavero viene a afirmar que el deseo de Juan Mathe «de que la totalidad de su patrimonio permaneciese indivisible en el hijo mayor, punto que constituirá posteriormente la función del mayorazgo, no alcanza cumplimiento ante las alegaciones de los derechos enfrentados a la vinculación, los cuales serán en el futuro suspendidos por la imposición de la institución del mayorazgo castellano» (p. 25). Si esto es cierto, no lo es menos que en 1291 se constituyó un mayorazgo, donde se incorporaban los bienes tanto del fundador como de su mujer, con la prohibición de vender, de enajenar en definitiva. Además este mayorazgo incorporaba la totalidad de los bienes del marido y de la mujer, presentes y futuros, y encontraba por ello su razón de ser en la autorización regia (p. 24).

7. Siendo, como es, la licencia elemento esencial del mayorazgo castellano, pues sin la misma no es posible establecer un mayorazgo sobre todos los bienes de un fundador, la misma no se resalta, ya que los elementos nuevos que se destacan, como hemos visto, para poder afirmar la existencia del mayorazgo castellano son la sumisión de la legítima a la fundación del mayorazgo y la desaparición de las relaciones enfitéuticas. Tampoco se menciona la licencia en el momento de definir el mayorazgo. Podría explicarse este hecho por dos tipos de razones diferentes: de un lado por la equiparación que a partir de mediados del siglo XVI se hace del mayorazgo del tercio al mayorazgo castellano (pp. 136, 146) y por el papel reconocido a la costumbre inmemorial en la fundación del mayorazgo castellano (p. 236 ss). Ahora bien, independientemente de que el régimen del

mayorazgo del tercio se haya equiparado al mayorazgo castellano, si somos fieles a la definición de Clavero tendría que ser excluido de los mayorazgos castellanos el mayorazgo del tercio, reconocido por la ley 27 de las *Leyes de Toro* con la colaboración de la doctrina, si se quiere seguir a Clavero en su interpretación.

Clavero a través de la idea de que sólo cuando se dieron las condiciones históricas para que se pudiera estimar la legítima fue cuando pudo plantearse el problema de la oposición legítima/mayorazgo, señala que «la cuestión, por tanto, no fue que en un momento determinado se aboliera, con el mayorazgo, el derecho de la legítima, sino que éste llegase a ser históricamente posible, planteándosele entonces a la propiedad territorial feudal el problema de que, a pesar de su vigencia y de su viabilidad, no alcanzase a cumplimiento tal derecho, lo cual, en último término, tendría su solución en la institución del mayorazgo. El hecho de que la novedad fuese la legítima y no su suspensión quedó reflejado en las primeras fundaciones de mayorazgos: se establece sin licencia real, apelando a la costumbre anterior y pide confirmación del rey “para que sea más firme é más seguro”» (p. 97). Aquí está hablando de los mayorazgos de finales de s. XIV, que es cuando sitúa la aparición de la propiedad territorial feudal laica cuya constitución jurídica es el mayorazgo. Precisamente frente a ello señala que para las «fundaciones del siglo XV se solicita licencia previa, no sólo en orden a la excusación de las anteriores que en su momento fueron confirmadas por los reyes, sino también para la obtención del privilegio de suspensión de todo “fuero e derecho”, siendo el más acuciante el derecho de legítimas» (pp. 47-48).

Dos circunstancias deben resaltarse. Al hablar del mayorazgo de Mathe, rechaza su existencia afirmando: «el hecho de que el mayorazgo no subsistiese en bien alguno parece también indicado por la comparación de las relaciones de tierras comprendidas en su establecimiento y en su restricción posterior; en todo caso, el dato histórico importante que encontramos en las vicisitudes de este temprano mayorazgo, del cual podrán hallarse casos análogos, es el de la prevalencia de los derechos hereditarios sobre el derecho vincular respecto a los bienes patrimoniales; la suspensión de los derechos de la viuda y de los hijos segundones por la propiedad vinculada marcará, en su momento, la imposición del mayorazgo como modo de propiedad específico, como régimen patrimonial de los dominios señorial y emi-

nente laicos de la tierra» (pp. 25-26). Dicho con otras palabras, la necesidad de respetar la legítima impidió la consolidación del mayorazgo de Mathe. Y si en 1292 había ya legítima y posibilidad de determinarla, a fines del siglo XIV la novedad estará en la suspensión de la legítima. Esta excepción al régimen general sólo podía realizarla el monarca y de aquí la necesidad de la licencia regia.

La necesidad de la licencia regia estribaba, pues, en la necesidad de contar con un privilegio que exceptuase de la regla general de reserva de legítimas; precisamente por ello es posible que se configurasen mayorazgos sobre todos los bienes de un fundador, cuando éste no tenía más que un hijo, pero precisamente por ello era necesario posteriormente la autorización regia para asegurar la permanencia de un mayorazgo así configurado. Ahora bien, sin la prueba del tres que supone la constatación documental, cualquier afirmación de este tipo se mueve exclusivamente dentro del cauce legal marcado por *F. Real* 3,5,9, y *P.* 5,5,44 y por la sucesión en favor del único hijo.

Son las *Leyes de Toro* las que establecen la licencia regia, aunque ahora a través de la ley 27 pudieran seguirse creando mayorazgos sin licencia sobre el tercio e incluso sobre todos los bienes, cuando el fundador tenía un único hijo, al menos según la interpretación realizada por la doctrina; al mismo tiempo las *Leyes de Toro* permitieron la aparición legal de un mayorazgo basado en la costumbre inmemorial, pero dentro de unos límites muy precisos, pues la ley 41 señalaba:

«é assi mesmo por costumbre immemorial probada con las calidades que concluyan los pasados haber tenido é poseido aquellos bienes por mayoradgo, es á saber, que los hijos mayores legítimos é sus descendientes subcedian en los dichos bienes por vía de mayoradgo, caso que el tenedor del dejase otro fijo ó fijos legítimos, sin darles los que subcedian en el dicho mayoradgo alguna cosa o equivalencia por subceder en él».

No es necesario insistir sobre los límites impuestos al reconocimiento de este tipo de mayorazgo, que necesariamente tenía que ser regular y tenía que darse en una familia, donde los primogénitos, al morir el fundador, contasen con hermanos, a los cuales no les reconocían sus legítimas. Tampoco es necesario insistir sobre los problemas que plantea la prueba de la costumbre inmemorial dentro de la

tradición del derecho común (cfr. p. 48, n. 35). Sería interesante, y la falta de prueba que suponen las ausencias de documentos y sentencias lo impide, constatar si aquellos mayorazgos, constituidos sobre todos los bienes, al no tener el fundador más de un hijo, solicitaban posteriormente la confirmación regia, para poder así mantenerse como tales mayorazgos, o bien se confiaba en la moral familiar, que permitía verle reconocido como tal mayorazgo, en base a la costumbre inmemorial, de un lado, y, de otro, si aquellos mayorazgos reconocidos — y si lo eran — por los jueces en base a una costumbre inmemorial buscarían, sea antes de este reconocimiento del juez, sea después del reconocimiento por parte del juez, el reconocimiento regio, la confirmación regia, como parecen probar algunos datos aislados ofrecidos por Clavero (p. 36 ss.; *vid. infra*).

Como hemos apuntado, las dudas entre si se está trazando una historia de la propiedad laica o una historia de la propiedad feudal laica resurgen de nuevo aquí con mayor fuerza, porque desde la identificación entre ambos tipos de mayorazgos — sobre la totalidad y sobre el tercio — y de ambas formas de establecer un mayorazgo — por licencia regia y por costumbre inmemorial — se entra en una especie de tierra de nadie, de donde sólo, de forma improvisada, parece surgir alguna iluminación.

No debe olvidarse que la licencia regia era un elemento decisivo, al establecer un régimen privilegiado frente al derecho general, que garantizaba al mayorazgo frente a las pretensiones de los legitimarios (cfr. pp. 225-226), sea que esta licencia se entienda como previa a la fundación, sea que se entienda como confirmación de un mayorazgo ya constituido.

Si ésta es la finalidad de la licencia, ésta está además estrechamente vinculada a la nobleza, hasta el punto de llegarse a identificar la licencia regia con los mayorazgos sobre la totalidad establecidos en favor de ésta, mientras se reserva el mayorazgo de un tercio a los que no son nobles (p. 227 y n. 26). Tiene este hecho, si pudiera constatare documentalente, una importancia decisiva, ya que muestra que la licencia regia era un privilegio reservado a la nobleza, mientras que la ley 27 abría camino a otras personas para acceder a una especie de mayorazgo, de menores dimensiones. Precisamente por ello, con el paso del tiempo, tiende a equipararse concesión de título y concesión de mayorazgo, convirtiéndose así la licencia para fundar

un mayorazgo en un medio para acceder a la nobleza en su rango de hidalguía (p. 227. Cfr. 49, n. 37). Y esta tendencia se vió favorecida por el monarca, ya que de esta forma aumentaba sus ingresos (p. 228). Siempre, pues, detrás de estas licencias regias se encuentra la política del rey, pero además estos hechos muestra lo peligroso de emplear documentos estadísticos del momento último — siglos XVIII-XIX —, en los que no cabe separar los mayorazgos sobre la totalidad de los mayorazgos sobre el tercio de los bienes.

Pero la licencia regia juega otro papel importantísimo, pese a la regla de los mayorazgos, en la que se establece que «en los mayorazgos todas las reglas ceden a la voluntad del fundador» (p. ej. p. 22), pues por medio de la voluntad del príncipe, a través de la correspondiente facultad, la indivisibilidad e inenajenabilidad del mayorazgo, establecida por la vinculación del fundador, puede desaparecer y desaparecer.

Indudablemente esta intervención regia no es posible cuantificarla, ya que Clavero no le presta atención (cfr. pp. 50, 42, n. 26), pero a través de estas licencias se vendieron bienes de los mayorazgos y se sometieron a censos, con lo que se plantea un problema, que veremos a continuación, con harta frecuencia (cfr. p. 163, n. 65; 164, n. 67).

No deja de tener su importancia recordar lo dicho por Clavero en una ocasión al hablar de las facultades del rey:

«Desarrollado hasta el punto que vimos en el capítulo anterior el *favor del mayorazgo*, los conflictos susodichos se resolvían o en los continuos pleitos de sucesión de mayorazgo que se dan en la Edad Moderna o en los expedientes en el Consejo de Castilla en orden a la obtención de licencia para vender o gravar con censo bienes del mayorazgo cuya causa real no se limitaría a la atención de los hijos, a pesar de la abundancia de su alegación. Respecto a estas facultades, ya vimos a las Cortes de 1551 representar contra su práctica sin ser atendidas por el rey: es función del estado feudal la resolución de estos conflictos, a favor del poseedor o del mayorazgo, a favor de los hijos excluidos o del inmediato sucesor, según las circunstancias. Los poseedores de mayorazgos principales utilizaron los medios a su alcance para, a través del sistema de facultades reales, gozar de mayor capacidad de disposición del mayorazgo que la definida en su régimen: la corona, en su caso, también haría uso de las mismas en su propio beneficio» (pp. 171-172).

Por el momento quede pues apuntado que la voluntad del fundador, ley suprema del mayorazgo, queda sometida a la del rey.

8. Y si este papel que juega la licencia regia tiende a desdibujarse por Clavero, otro tanto ocurre con el papel que ostenta el rey, que se encuentra protegido por el *crimen laesae maiestatis*, al que Alfonso X ha equiparado la traición. «La doctrina comprende también en la *prohibición de alienar* la “alienatio ex delicto (...)”. Ya hemos visto como esta calidad viene reconocida en las facultades reales y cómo éstas, generalmente, imponen una excepción: la traición y oposición armada al rey — crimen de lesa majestad humana — junto con la herejía — crimen de lesa majestad divina — y el “pecado” de homosexualidad».

«Las fundaciones, aun conteniendo esta excepción expresa en la facultad real, habilitan un expediente que evite su aplicación y que, por tanto, realice la inconfiscabilidad del mayorazgo en todo caso» (pp. 267-268).

«El principio dado por la doctrina se pronuncia porque los bienes del mayorazgo no pueden ser confiscados ni aun por causa de los delitos exceptuados si éstos no vienen expresos en la facultad singular del mayorazgo concreto; con ello, los bienes de mayorazgo fundado sin facultad real no son en ningún caso confiscables; y, respecto a los mayorazgos fundados con facultad real que exceptúa dichos delitos, llega a expresarse que, cometido el delito “por muy nefando y enormísimo que sea”, el mayorazgo “debe pasar al siguiente llamado y no al fisco” cuando existe la cláusula de exclusión del delincuente y sucesión del próximo llamado “como si éste (el delincuente) hubiera muerto una hora antes de cometer el crimen”, con lo cual se crea la ficción de que el poseedor del mayorazgo nunca puede cometer tales delitos» (pp. 268-269).

¿Era tan general esta doctrina? Se puede poner en duda su generalidad a través de las mismas notas ofrecidas por Clavero, pues si la obra de Molina es la fundamental y de ella beben todos los autores posteriores (p. 143 ss.), por lo que es citado con profusión por Clavero, sin embargo esta ficción de haber muerto el poseedor del mayorazgo una hora antes de cometer el delito, ficción que recuerda la establecida en Roma por la *lex Cornelia* para mantener el testamento del caído prisionero, se atribuye exclusivamente a Diego Pé-

rez (p. 269, n. 123). Es más, Molina subraya que en el mayorazgo establecido con licencia regia, donde se establece la confiscación de bienes por la comisión de los tres graves delitos, será confiscado por el fisco, si el poseedor comete alguno de estos delitos, añadiendo: «adeo ut non valeat aliquid eidem facultati contrarium disponere praecipiendo, quod statim ac possessor majoratus cogitaverit, vel tractave coeperit de crimine laesae Majestatis committendo, bona majoratus in sequentem successorem pertranseant, vel alio simili modo. Id namque esset Regiam facultatem eludere, atque adversus mentem Principis illam concedentis agere, prou supra (...) ostensum est» (MOLINA p. 675). Y Molina mantiene igualmente una posición muy equilibrada, cuando plantea el problema de la licencia concedida por el rey, donde no se hace constar que quedan exceptuados de la inconfiscabilidad los tres delitos mencionados (MOLINA 675).

Indudablemente frente a la afirmación tajante recogida en la definición de Clavero de la inconfiscabilidad de los bienes del mayorazgo puede ofrecerse la simplicidad de la respuesta de Peña, ya vista, pero ambas posiciones no dejarían de ser exageradas. Como hace Molina cabe distinguir tres tipos de mayorazgos diferentes para dilucidar la confiscabilidad o no de los mismos por causa de delito. O el mayorazgo ha sido establecido sin autorización regia o ha sido establecido con autorización regia o no consta si ha sido o no constituido por autorización regia. Si prescindimos de este último, pues las discusiones versan sobre si debe asimilarse al primero o al segundo supuesto, es necesario subrayar que Molina, que en líneas generales tiende a declarar su inconfiscabilidad (MOLINA 666), reconoce sin embargo la existencia de tres limitaciones a la misma, en los casos en los cuales el mayorazgo ha sido establecido sin licencia regia («Haec autem opinio, quam nunc tanquam probabiliorem eligimus, tripliciter limitari potest» (MOLINA 668), que son: 1ª cuando las cosas hubieran sido donadas por el príncipe a alguien y a sus descendientes en infinito *jure majoratus* (MOLINA 668); la segunda limitación se da cuando el siguiente sucesor es hijo o nieto del último poseedor del mayorazgo, que comete crimen de herejía o de lesa majestad, si era varón el último poseedor del mayorazgo o hijo si era hembra (MOLINA 670) y la tercera viene representada por los mayorazgos de aquellos que conspiraron contra Carlos I y su madre en el

año 1520, en aquellas sediciones que vulgarmente se llamaban las *Comunidades*. (MOLINA 671).

Antes de detenernos en este último supuesto, sería conveniente recordar la razón de estas dudas. No pretendo discutir que las argucias de los juristas iban todas ellas dirigidas a defender el mayorazgo contra la posibilidad de su confiscación, pero tal posibilidad surgía precisamente de la forma de configurarse el mayorazgo y por la posición en la que se encontraba el poseedor del mayorazgo. Precisamente por ello, aunque la regla general era que quienes cometían traición veían todos sus bienes confiscados, «nam cum in casu, de quo agimus, in bonis delinquentis non sit aliud, quam dominium quoddam temporale, atque ad ejus vitam restrictum, illud solum debet confiscari cum sua causa, nec confiscatio extendenda est ad dominium; quod ad alios transferendum est; alias namque non solum bona sua, sed etiam aliena fisco adiicerentur» (MOLINA 667).

Las palabras precisas de Clavero sobre esta cuestión son:

«El sucesor y poseedor del mayorazgo, según la doctrina mayorazguista, no es, como luego se le considerará, un mero usufructuario» (p. 249).

¿Por qué luego se le considerará un usufructuario? quizá porque «cabe la disposición fundacional, no usual, que constituya al poseedor del mayorazgo en usufructuario, declarando la propiedad del inmediato sucesor» (pp. 248-249), recogiendo la doctrina de Molina. Conviene fijarse en esa afirmación «no usual», porque ya sabemos que Clavero ha renunciado a establecer magnitudes estadísticas y el testimonio de Molina se limita a decir «ex dispositione institutoris potest maioratus possessor solum usufructuarius esse, non dominus» ¿Cuál es la razón por la que Clavero ha hecho tal afirmación? No niego que tenga razón Clavero, pero la historia no es cuestión de tener o no fe en la palabra de los autores. Y dicho sea de paso este tipo de mayorazgo en teoría haría inútil la licencia regia a vender o dar en censo los bienes del mayorazgo, si su poseedor no era propietario, sino simple usufructuario.

Si dejamos a un lado las disquisiciones sobre si en vida del delincuente lo que confiscaba el fisco era o el usufructo o simplemente las utilidades de los bienes del mayorazgo, lo que es claro es que en vida

del poseedor del mayorazgo, que había cometido un delito de traición, era el fisco quien disfrutaba de los frutos del mayorazgo, pues éste no pasaba al siguiente sucesor, hasta que muriese — de muerte natural o ejecutado — el poseedor delincuente. Precisamente por esta razón, el problema del mayorazgo no lo plantea Gregorio López en su glosa correspondiente a «e todos sus bienes deuen ser de la Camara del rey» (P. 7,2,2), sino en aquella parte de la ley donde se establecen las penas para los hijos: «nin puedan heredar a pariente que aya nin a otro estraño que los estableciesse por herederos: nin puedan auer las mandas que les fueren fechas»; la glosa que nos interesa es «mandas que les fueren fechas» con lo que se vuelve a subrayar la dimensión hereditaria que encierra el mayorazgo.

Dejando a un lado la posición del poseedor con respecto a los bienes del mayorazgo — recuérdese la afirmación de Molina — es evidente que el mayorazgo — y podría decirse de él lo mismo que se dice de la dote de la mujer — está entre los bienes del poseedor, pero así como la dote se reserva a la mujer, el mayorazgo se reserva al próximo sucesor. Gregorio López, que presta especial atención a si el mayorazgo va acompañado o no de dignidad y jurisdicción — recuérdese que los hijos de los traidores son infames — plantea así la cuestión:

«Sed quis si ille qui commisit prodicionem contra Regem, tenebat aliqua bona iure et titulo maioriae prouenientia ab antiquis progenitoribus, qui talia bona vinculo maioriae constrinxerant an in talibus bonis succedat eius filius maior? est quaestio quae versatur multotiens in regijs tribunalibus et satis intricata et dubia: dicam quod sentiam» (Gl. *mandas que les fueren fechas*. P. 7,2,2).

Dirá pues su parecer, pues la duda estribaba en si debía suceder el hijo u otro llamado al mayorazgo o el fisco y la solución se compliaba, porque, como se ve comunmente, estos mayorazgos tienen vasallos y tener vasallos es una cierta dignidad, a la cual se vincula la jurisdicción; termina así afirmando «et pro resolutione huius quaestionis, arbitror forte sic esse dicendum» (Gl. *mandas que les fueren fechas*. P. 7,2,2).

Aquí deben destacarse sean las dudas que le asaltan a Gregorio López al exponer su pensamiento, sean las decisiones de los tribunales, ante los cuales se planteaba esta cuestión compleja.

Más interesante que conocer la opinión de Gregorio López — al fin y al cabo una opinión más — sería conocer aquellas disputas judiciales, pero Clavero se ha contentado con dos, que mencionan los mayorazguistas. «Molina, y tras él varios autores, ofrecería dos ejemplos históricos de confiscabilidad de bienes vinculados: la confiscación de los bienes pertenecientes a los nobles que apoyaron a Pedro I frente al bastardo Trastámara y la de los bienes de los comuneros de Castilla; dos casos que pudieran parecer desde luego bastante dispares. Pero en la real cédula de 17 de diciembre de 1520 por la que se dispuso la confiscación de los bienes de los comuneros, aun después de las declaraciones de que la misma se ejecute, aunque sean de mayorazgos, se admite en la sucesión de éstos a los llamados en la fundación que no hubieran incurrido en traición; es decir, se aplica la cláusula que las fundaciones establecieron para evitar la confiscación aun en los delitos exceptuados» (p. 178).

Clavero guarda silencio sobre el primer testimonio y el mismo silencio guardaré yo, pero, dejando a un lado las interpretaciones a que dió lugar la mencionada pragmática por serlo, conviene detenerse en su parte dispositiva:

«condenando a las dichas personas particulares que han sido culpables en estos dichos casos como alevos, é traidores, é desleales á pena de muerte, é perdimiento de sus oficios, é confiscación de todos sus bienes, é en todas las otras penas asi civiles como criminales, por fuero é por derecho establecidas contra las personas particulares que cometen semejantes delitos, e ejecutandolas en sus personas é bienes, sin embargo que los tales bienes que las dichas personas tuvieren sean de mayorazgos e vinculados a restitución, é que en ellos ó alguno de ellos hay cláusula espresa en que se contenga que non puedan ser confiscados por crimen lesae Majestatis fecho é cometido contra su Rey é Señor, é Señor natural, que en los dichos casos para poder ser confiscados los bienes de las dichas particulares personas legas á mayor abundamiento si necesario fuere Nos por la presente de nuestro propio motu, cierta ciencia é poderio Real absoluto de que en esta parte queremos usar y usamos como Reyes y Señores naturales, habiendo aquí por espresos é incorporados letra por letra los dichos mayorazgos, los revocamos, casamos y anulamos, é declaramos por de ningun valor y efecto; é de la dicha nuestra ciencia e poderio Real absoluto, mandamos é ordenamos que los bienes en ellos contenidos, sin embargo de ello, é de sus cláusulas é firmezas que á esto sean contrarias, sean habidos por bienes libres é francos para poder ser confiscados por las dichas cláusulas, bien así é á

tan cumplidamente como si nunca hubieran seido puestos ni metidos en los dichos mayorazgos, nin vinculos, nin sujetos á restitución alguna de las sobredichas cláusulas, antes fueran espresamente ecetuados los dichos crímenes e delitos de lesae Majestatis: e otrosí, vos mandamos que declaredes por inhábiles é incapaces para poder succeder en los dichos mayorazgos a cualesquier persona por ellos llamadas, que fueren culpados en los sobredichos delitos, y entrar e deber succeder en su lugar en los dichos mayorazgos los otras personas llamadas que en ellos non han delinquido» (GONZALEZ VI, 476-477).

La conclusión de Clavero es: «En este caso ejemplar de lesa majestad, el estado feudal, tras haber aplicado la excepción de la inconfiscabilidad de los mayorazgos, acepta la condición formulada por éstos para la ineffectividad de la misma» (p. 178).

El problema se planteaba, pues, en aquellos mayorazgos donde existía la clausula de que los mismos no serían confiscados, incluso si sus poseedores cometían delito de *crimen laesae maiestatis*; pero el valor de esta cláusula dependía si se encontraba en una licencia regia, que necesita casar el rey, para equiparar estos supuestos a aquellos, en los que la licencia excluía precisamente de la inconfiscabilidad los tres mencionados delitos («antes fueran espresamente ecetuados los dichos crímenes e delitos de lesae Majestatis»). Recordemos de pasada, que desde Alfonso XI los monarcas no estaban vinculados a los privilegios concedidos por sus antepasados.

Sin entrar en las dificultades que en la práctica supondría la aplicación de la pragmática, es suficiente recordar el alcance de la fórmula invocada por Carlos I y la situación reinante en aquellos momentos, que le obliga a prometer «a todos los Alcaldes de fortalezas é casas fuertes é llanas de las villas é lugares que fueren personas legas, rebeldes, alevés, e traidores a los vecinos e moradores de ellos que por la dicha vuestra declaración fuese confiscados, que luego como les fuere notificado ó en cualquier manera de ello sopieren, se levanten por Nos, e por nuestra corona Real, y non obedezcan nin tengan dende en adelante por sus Señores a los dichos rebeldes e traidores», que les libraría de cualquier homenaje o juramento realizados, aun por razón de las mencionadas fortalezas y casas fuertes o llanas, asegurándoles ante un posible temor de que sean perdonados los traidores (GONZALEZ VI 478-479); se comprenderá que a esta misma finalidad iban dirigidos los llamamientos sucesorios, que tra-

taban de evitar la difusión del movimiento, haciendo perder a los comuneros posibles ayudas familiares. Si tenemos presente la fórmula invocada por Carlos I y la decisión de Felipe V derogando el derecho catalan y estableciendo de nuevo en base a su soberanía el derecho civil, penal, procesal y mercantil catalanes, comprenderemos que la afirmación de sumisión de la monarquía al mayorazgo a través de la inconfiscabilidad de los mayorazgos parece una interpretación cuanto menos algo forzada, sobre todo por la renuncia a examinar o aquellas sentencias o aquellas decisiones regias, que debieron declarar su confiscación, que solo cita de paso, para afirmar que no examinará estas vicisitudes (p. 50).

Subrayemos, para terminar, que ni la doctrina es tan unánime sobre este punto — véase a Gregorio López o al mismo Molina — de la inconfiscabilidad de los bienes de mayorazgo en todos los casos ni la inconfiscabilidad del mayorazgo puede predicarse en abstracto, al depender estrechamente de la vinculación de los bienes; así se comprende que si es el fundador del mayorazgo quien comete traición, entonces sus bienes son confiscados (Gl. *«mandas que les fueren fechas. P. 7,2,2»*).

9. Teniendo siempre presente como piedra de comparación la definición del mayorazgo ofrecida por Clavero, podemos constatar que las características del mismo parecen resentirse tan pronto se ponen a prueba con los mayorazgos existentes en la historia. Y no es sólo por ser la voluntad del fundador ley suprema, que sin embargo aparece en el fondo rebajada a ley histórica que se cumple en toda fundación concreta de mayorazgo, sino también por haberse minusvalorado la licencia regia, ya que en definitiva la posibilidad de la vinculación de los bienes encuentra su origen en la autorización concedida por la ley del rey y la suspensión de la legítima en la autorización del monarca. Contra esta afirmación no puede invocarse la costumbre inmemorial, ya que de un lado responde a la necesidad que tienen los linajes de ver confirmados por el rey mayorazgos, que independientemente que hayan nacido en su origen con base en una licencia regia o con base en la voluntad exclusiva del fundador — es difícil decidir cuando los documentos no escapan a las consecuencias de su destrucción por el paso del tiempo — necesitan verse confirmados por el rey para escapar a los posibles ataques de los he-

rederos legitimarios y, de otro, la característica propia del mayorazgo consiste precisamente en una situación privilegiada frente al derecho general, que reserva la legítima a los hijos, que sólo puede superarse a través de la gracia regia; la licencia regia no es así más que un privilegio concedido caso por caso, que exime de la ley general a aquellos que la alcanzan. Y este privilegio se reserva a la nobleza (*vid. supra*). No deja de ser sintomático que el primer intento de establecimiento de un mayorazgo encuentre su origen en una autorización regia en 1291.

La razón de este silencio y la sobrevaloración de la costumbre inmemorial salta a la vista inmediatamente, si ponemos en relación algunas afirmaciones de Clavero.

«La mayor parte de los señoríos que, aun gozando desde el siglo XIV de línea de sucesión continua, no otorgan fundaciones de mayorazgos hasta finales del siglo XV o más tarde, debieron tener estos comienzos como *mayorazgos de hecho* sobre unas tierras que habían sido recibidas «de por vida»; la facultad real para la fundación del mayorazgo sana los vicios de origen, dado que, aparte de ellas, parece que nunca hubo aceptación expresa por la corona de la conversión de las tenencias vitalicias en mayorazgos. Algunas facultades llegarán a dar licencia para fundar mayorazgos sobre bienes donados «de por vida». Los bienes provenientes de la corona se unirán en las fundaciones de mayorazgos a las tierras y derechos patrimoniales de los señores» (p. 35-36).

«En los casos expuestos, al final de la Edad Media aparece el patrimonio de la nobleza constituido en propiedad de mayorazgo por efecto, generalmente, de fundaciones otorgadas desde finales del siglo XIV, las cuales suelen repetirse a lo largo del siguiente para perfeccionar la formulación del régimen y el inventario de los bienes comprendidos; las fundaciones concurren al cumplimiento de esta conformación jurídica de la propiedad señorial, pero el proceso tendrá lugar aún para los casos en los cuales aquéllas no han sido otorgadas; la imposición del régimen de mayorazgo en la propiedad señorial, en la *propiedad territorial feudal*, se cumple generalmente a lo largo del siglo XV, aunque no medien fundaciones en supuestos determinados. En la segunda parte de este trabajo veremos cómo la doctrina mayorazguista recogerá este fenómeno mediante la construcción, sobre la ley 41 de Toro, de la figura de fundación de mayorazgo “por costumbre inmemorial” sin diferencia alguna de régimen con el mayorazgo de fundación expresa. En los mayorazgos constituidos “por costumbre inmemorial”, se otorgará generalmente fundación en la Edad Moderna, expresándose en la misma la razón del otorgamiento en la fijación, y no en la introducción

del régimen vincular; éstos se llegaban a proclamar, dado el presunto carácter “inmemorial” de su constitución, como mayorazgos más antiguos que aquellos que habían sido objeto de fundación en la Baja Edad Media» (p. 45).

Como hemos ya visto, para las fundaciones del s. XV «se solicita licencia previa, no sólo en orden a la excusación de las anteriores que en su momento fueron confirmadas por los reyes, sino también para la obtención del privilegio de suspensión de todo “fuero e derecho”, siendo el más acuciante el derecho de legítimas» (p. 48). Y en nota se aclara que Peláez impone a quien quiere hacer mayorazgo de nuevo la obligación de respetar los antiguos, «habiéndose de recurrir, si no constan sus fundaciones, “ad consuetudinem praeteritam et antiquam maioratus antiqui” o al “ius commune” (que, por cierto, en p. 49 se convierte en “un derecho común” de mayorazgo). Esta servidumbre podía, como veremos, evitarse con la licencia real previa» (p. 48, n. 35).

«A partir de este momento — el siglo XV — las fundaciones aparecerán como verdaderas constituciones del *régimen patrimonial del dominio señorial y eminente* de la tierra; en ellas se formulará extensamente el régimen de propiedad de mayorazgo: la unidad en el mismo de tierra y derechos geográficamente muy extensos; la estricta prohibición de enajenar comprendiendo cualquier disposición que pueda fundar derecho real de tercero sobre bien del mayorazgo (no sólo que no se pueda “vender ni trocar ni obligar ni dar ni donar ni enajenar”, sino tampoco “dar a censo ni a enfiteusis ni arrendar por largo tiempo”) definiendo alegaciones que no pueden aceptarse frente a esta vinculación (no sólo la legítima, sino tampoco “dotes ni arras ni donación propter nupcias”), extendiéndola a supuestos que sobrepasan la facultad de disposición del poseedor (imprescriptibilidad e inconfiscabilidad, en ocasiones sin excepción), para lo cual ya necesitaba, y obtenía, licencia previa de fundación, como también la necesitaba para dirimir de responsabilidad al mayorazgo frente a las alegaciones antedichas. Esta es la propiedad de mayorazgo, y ésta es la que, formándose desde los años setenta del siglo XIV, queda constituida en la segunda mitad del siglo XV; la misma será recogida por las leyes de Toro de 1505» (p. 48-49).

Es decir, hemos visto aquí determinadas afirmaciones que muestran el papel decisivo de la confirmación regia y de la licencia regia previa, y sin embargo «frente a la apariencia del carácter singular, objeto de privilegio concedido por el rey, del régimen de mayorazgo, éste, al final de esta época, se manifiesta como modo general de propiedad de los *dominios señorial y eminente laicos de la tierra*. La fundación puede intervenir en cualquier momento, pero también

faltar; en este caso, aquella propiedad va adoptando el desarrollo del régimen de mayorazgo como derecho de su especie» (p. 49).

Y dentro de estos mayorazgos que se fundan sin licencia regia no se duda en incluir al mayorazgo de tercio: «La práctica de fundar “mayorazgo” sobre el tercio de mejora, que luego se remitirá a la ley 27 de Toro, también aparece en Palacios Rubios en 1503: “Si alguien, en virtud de facultad real o de algún otro modo, hace mayorazgo diciendo: “dejo mis bienes o el tercio o el quinto de mis bienes a mi hijo mayor por vía de mayorazgo...”»; como vemos, dicha fundación podía hacerse “de algún otro modo” que “en virtud de facultad real” (p. 125); pero siendo evidente por qué en este caso no era necesario esa licencia, ya que no se ponía en peligro la legítima, la explicación se encuentra antes: “En la parte segunda expondremos la figura del mayorazgo sin fundación, establecido en virtud de “costumbre inmemorial”; ésta será la figura jurídica que defina la propiedad señorial que aparece en la Edad Moderna constituida en mayorazgo sin que dicho régimen sea el efecto de fundación particular» (p. 49).

De esta manera la necesaria licencia regia ha desaparecido frente al elemento decisivo en la difusión de la propiedad territorial feudal laica: la costumbre inveterada.

Esta minusvaloración de la licencia regia se acentúa, ya que nunca se plantean y se examinar las consecuencias que y se examinan las consecuencias que se derivan del recurso a la misma, para conseguir que la voluntad del fundador no se cumpla. La vinculación estricta del mayorazgo probablemente sea más teórica que real, ya que ocasionalmente se alude a licencias regias, que autorizan la venta de bienes que forman parte de un determinado mayorazgo (p. 42, 168, cf. 50). Si desde este punto de vista la afirmación de ser el mayorazgo «aquella forma del modo de propiedad vinculada cuyo régimen concreto somete a las condiciones de la propiedad territorial feudal (...) a la burguesía gracias a la vinculación estricta y general» parece algo discutible, más discutible parece señalar que igualmente somete «a la corona mediante la inconfiscabilidad incluso en los delitos exceptuados», puesto que ya se ha visto que esta inconfiscabilidad no es absoluta.

Tenemos una historia del mayorazgo, que, pretendiendo enraizarse en las relaciones sociales, se mueve en el cielo de las ideas, ya

que nos falta el desarrollo histórico concreto de los distintos mayorazgos, por lo que el mayorazgo así construido aparece en su intangibilidad roqueña, que únicamente se ve alterada al imponer, «en beneficio de las líneas principales de la clase feudal, un proceso de acrentamiento y acumulación patrimonial».

Y si hemos visto ya esa sumisión de la burguesía, sólo queda recordar aquella sumisión del colonato «por medio de la prohibición de enfiteusis».

Si uno va contando las veces en las que Clavero menciona esta prohibición de enfiteusis, nota de inmediato una variación terminológica, lo que no deja de tener su interés. Sin pretender agotar todas las adjetivaciones, podemos señalar que Clavero habla de prohibición de la enfiteusis, especialmente cuando esta prohibición aparece en escrituras de fundación (cfr. pp. 38, 41, 63, nn. 63, 69, 110), pero, otras veces, de forma más contundente, habla de «la abolición por el régimen de mayorazgo del dominio útil del colono» (p. 70; vid. pp. 69, 73, 302, 329). Esta abolición de la enfiteusis es quizá lo que justifique que por una vez Clavero le enmiende la plana a Molina, pues mencionando «la posibilidad jurídica de fundación de mayorazgo sobre el derecho enfiteútico puede también encontrarse en la doctrina mayorazguista castellana» (p. 282), apoyándose en Molina, siente en nota la necesidad de aclarar que «la fundación “ex bonis censualibus seu emphyteuticis” no podía darse en dicho reino (Castilla) por la comprensión de la enfiteusis en la “alienación” prohibida por el mayorazgo del dominio señorial y eminente, cuya significación también vimos entonces» (p. 282, n. 140).

Esta abolición se matiza ocasionalmente, al decir «tanto en las relaciones enfiteúticas, que no se dan generalmente en Castilla» (p. 108), que recibe una aclaración no demasiado clara para mí: «En la descripción del mayorazgo medieval castellano que efectuamos en el primer capítulo pudimos ver la forma de liquidación de este antagonismo en Castilla: en las fundaciones del siglo XV se prohibían «las enfiteusis y arrendamientos por largo tiempo», se comprendían estos contratos en los actos de disposición prohibidos por la vinculación; éstos eran los contratos que concedían el «dominium utile» de la tierra, derecho real, al colono. Con el régimen de propiedad de mayorazgo esta prohibición se generalizará para la propiedad territorial feudal castellana» (p. 110). Y subrayo que no es muy

clara para mí, ya que cabe preguntarse si fuera de esa propiedad feudal era posible la enfiteusis, dado de un lado la negativa a reconocer que sobre bienes enfiteúticos se pudiese constituir un mayorazgo, aun en su versión del tercio, y dadas las dudas apuntadas sobre el alcance de este empleo de propiedad feudal/propiedad laica.

¿Realmente acabó el desarrollo de la propiedad territorial feudal con la enfiteusis? No hubo nunca una prohibición legal de la enfiteusis, aunque los juristas de la época clásica del mayorazgo afirmaron que dentro de la prohibición de enajenar impuesto a los sucesores debía incluirse el dar en enfiteusis, especie de venta, así como los arrendamientos de largo tiempo. Toda enfiteusis concedida por un poseedor del mayorazgo sería, pues, nula.

Ahora bien, la desaparición de la enfiteusis sería en todo caso el resultado de un largo proceso, que no se apunta ni siquiera, ya que su constatación sólo podría hacerse a través de la documentación. Es suficiente recordar teóricamente que la enfiteusis — y dentro de esta denominación podemos colocar todas aquellas situaciones reales derivadas de la concesión por parte de los señores de tierra para poblar, independientemente de la terminología empleada, es decir, toda concesión de un dominio útil — pudo mantenerse en las primeras generaciones, ya que la configuración de un mayorazgo no suponía que las concesiones enfiteúticas existentes entre los bienes del mismo desapareciesen. Recordemos que en Galicia uno de los problemas planteados fue precisamente la extensión por los juristas de la calificación de enfiteusis a los antiguos foros, provocando la pérdida de la perpetuidad de los mismos y su sumisión a los plazos de reversión reservados a la enfiteusis desde la reforma justiniana (MURGUIA 159 ss.).

En segundo lugar, entre el momento de la fundación de un mayorazgo y la primera transmisión a su primer poseedor por muerte de su fundador podía transcurrir un plazo de tiempo más o menos largo, durante el cual el fundador podía conceder en enfiteusis bienes incluidos en el mayorazgo. Indudablemente la oposición entre la enfiteusis y el mayorazgo es clara, pero precisamente por ello mismo la cuestión jurídica que se planteaba Gregorio López era precisamente si aquella concesión enfiteútica anulaba o no el mayorazgo, decantándose por la segunda opinión: la enfiteusis era válida y no se anulaba el mayorazgo (Gl. *meioria* P. 2,15,2).

En tercer lugar, la licencia regia permitía dar en censo los bienes que formaban parte de un mayorazgo. Precisamente por ello Clavero hablando de los tres posibles tipos de censos — consignativo, reservativo y enfiteúutico — señalaba que únicamente era posible el censo consignativo (p. 166, n. 68), medio a través del cual los señores podían colocar los excedentes resultantes de la apropiación del trabajo ajeno, puesto que, en definitiva, el censo consignativo es un préstamo realizado por el censalista en favor del censatario, el cual lo pone por así decir sobre una tierra de su propiedad, para garantizar de esta forma el pago de una renta anual al censalista; si no cumple con la obligación del pago del censo, pasa entonces la propiedad de la tierra al censalista (p. 165).

Pero, como en otras ocasiones, Clavero vuelve a minusvalorar la licencia regia, que permitía a los señores recibir préstamos estableciendo censos consignativos sobre los bienes del mayorazgo. Ya no son ahora los señores los prestamistas, sino los deudores, que tienen por ello que colocar sobre tierras vinculadas los censos consignativos establecidos (cfr. p. ej. incidentalmente pp. 163, 164, n. 67).

10. Hay, además, otro punto sobre el que parece necesario insistir y que encuentra su origen en la misma argumentación empleada por Clavero para probar que los únicos censos que pueden darse en relación al mayorazgo son precisamente los censos consignativos en los que los poseedores de mayorazgo se presentan como censalistas. Moviéndonos en el mismo plano de abstracción y teniendo en cuenta el mecanismo de los censos consignativos es evidente que será necesario concluir de un lado que los señores castellanos se dedicaban al préstamo usurario por medio del recurso al censo consignativo durante todo el período estudiado y de otro que tendría que existir una propiedad territorial laica no feudal, ya que no puede enajenarse ni darse en censo, supuesto de enajenación como afirma Clavero, los bienes del mayorazgo.

Recordemos que Clavero se opone a Sánchez Albornoz y a su escuela. «A nuestro efecto, baste simplemente la indicación de la existencia histórica en Castilla de aquellas especies de derechos reales subordinados al dominio señorial antes de la imposición por el mismo de un régimen diverso mediante la institución del mayorazgo. En este contexto queda explicada la desconsideración hacia las

tesis de Sánchez Albornoz sobre la presunta prevalencia de «los hombres libres y la pequeña propiedad» en Castilla; queremos simplemente evitar la base arbitraria que suponen planteamientos como éste, que, desgraciadamente, viene representado por el mejor conocedor de las fuentes medievales castellano-leonesas» (p. 107). También afirma que «ni el dominio útil ni el dominio eminente no anexo a dominio señorial — el derecho impropriamente calificado de «pequeña propiedad libre» — pueden recurrir, para su subsistencia, a la fundación de mayorazgo, institución sólo asequible al dominio señorial o al dominio eminente a él acumulado hasta la segunda mitad del siglo XVI — cuando, junto al título inmemorial y a la licencia real a los que sólo tendría acceso el señorío, se admita, para la adopción del régimen vincular la fundación sobre una determinada cuota del patrimonio —, circunstancia ésta de la que no dejará de resentirse la presencia de aquel dominio eminente no señorial — aparte la decadencia del dominio útil — en la distribución de los derechos dominicales de diverso grado sobre la tierra en Castilla, pues, como veremos, con la decadencia de la *mañería* y derechos señoriales afines no desaparecerán los expedientes de acumulación del dominio eminente en el señorial» (p. 73).

Ya hemos señalado que el mayorazgo de tercio en cuanto forma de sucesión y en cuanto propiedad vinculada ha existido antes del s. XVI, y el mismo Clavero lo reconoce incidentalmente (p. 125), y debe subrayarse que la costumbre inmemorial se reconoce legalmente en las *Leyes de Toro*, quedando así el mayorazgo señorial vinculado estrechamente a la licencia o a la confirmación regias. Tampoco estaría fuera de lugar señalar que las características propias del mayorazgo señorial son obra de la doctrina, la cual sólo las desarrolla en toda su amplitud a partir de las *Leyes de Toro*.

Pero es otra la cuestión que interesa señalar aquí. Esta discusión en torno a la mayor o menor difusión de la pequeña propiedad libre es una típica discusión abstracta, que poco tiene que ver con la realidad histórica. Mientras no se intente señalar la extensión alcanzada por Castilla en dicha época y fijar la extensión de las tierras correspondientes a los señores, a la iglesia, y a esos llamados pequeños propietarios, será cuestión de gustos inclinarse por una u otra opción. Además la cuestión terminológica se hace desde una determinada perspectiva, muy legítima si se quiere, pero también muy par-

cial. Si la propiedad libre es la propia de la época burguesa, indudablemente en la época medieval no hubo propiedad libre en este sentido, pero si como modelo tomamos el *dominium ex iure Quiritario* como ejemplo de propiedad libre, puesto que ni siquiera estaba sometido al pago de impuesto, es claro que la propiedad libre burguesa no lo era, al máximo podía aspirar a configurarse como *possessio*, como la que se tenía sobre el *ager provincialis*, propiedad del pueblo romano.

«Con la expresión *dominio eminente* se significa la *propiedad* de una tierra particular cuando en este derecho concurre un grado de prevalencia jurídica frente a su *concesionario*, *arrendatario* o titular de un derecho real subordinado a la misma, derecho que se designa como *dominio útil*; en este último caso, en el cual son compatibles los derechos de ambos dominios — situación que se califica de *relación enfiteútica* —, el eminente es llamado *dominio directo*» (p. 5). Independientemente del nombre que se le quiera dar, propiedad alodial por ejemplo, es evidente que durante la Edad Media hubo situaciones en las que el dominio directo y el útil coincidían en una misma persona: cuando el titular del dominio eminente la cultivaba.

Tratar de señalar cuál predominaba es una manera como otra cualquiera de perder el tiempo y, sobre todo, no pueden utilizarse los datos del siglo XVIII-XIX para retrotraerlos a la época medieval; si las guerras púnicas, fundamentalmente, se dice que provocaron la desaparición de los pequeños propietarios, ¿no pudieron tener los mismos efectos las guerras de los Austrias y el descubrimiento de América en una desaparición acelerada de los pequeños propietarios medievales durante la Edad moderna?; si, como dice Clavero, el mayorazgo sólo surge a fines del siglo XIV y a través de su historia da lugar a un proceso de concentración, el punto de llegada no puede servir para aclarar el punto de partida (p. 118. Cfr. 99).

De la misma manera que la desaparición de la enfiteusis es algo a demostrar, pese a la incompatibilidad pregonada entre el mayorazgo entendido como propiedad territorial feudal y la enfiteusis, pues ésta pudo mantenerse, de un lado por existir ya entre los bienes de un mayorazgo, por establecerla el fundador sobre los bienes que sirven para fundar un mayorazgo, y por medio de la licencia regia, para no salir de la propiedad feudal laica, y, de otro, porque los mayoraz-

gos de un tercio dejaban desvinculada una masa de bienes, que por ello podían concederse en enfiteusis, también la práctica del censo consignativo tiene que probar la existencia de una propiedad desvinculada, salvo que queramos entender que tales censos se establecen sobre bienes de mayorazgo en virtud de autorización regia. Tanto en un caso como en otro, tanto mayor sea la importancia concedida a la difusión de los censos consignativos entre la nobleza, tanto mayor tendrá que ser o la tierra no vinculada — aunque no todos los censos recaigan sobre tierras — o la frecuencia de las autorizaciones regias, que harían esfumar entonces la inenajenabilidad de los bienes de mayorazgo.

Y queda todavía otro problema relacionado con la sumisión de la burguesía por medio del mayorazgo. Es evidente que el mayorazgo de autorización regia encuentra su fundamento en las dinastías señoriales. Son las dinastías más destacadas aquellas que tienen mayorazgos con autorización regia. Prescindo aquí de la equivalencia o no entre señores y nobleza. Y esto tiene su importancia, ya que de un lado nos encontramos ante los mayorazgos de un tercio, que desde fines del s. XVI según Clavero se equiparan a los mayorazgos señoriales en cuanto propiedad territorial, que no pueden ser fundados por los señores, pero que tampoco pueden ser fundados, desde el planteamiento de Clavero, por los colonos cultivadores de tierras ajenas, ya que la enfiteusis ha desaparecido. ¿Quiénes fundan entonces estos mayorazgos de un tercio?

Con el paso del tiempo, al convertirse la licencia regia para la fundación de mayorazgos en una fuentes de ingresos para el monarca (pp. 292, 294), el número de mayorazgos con licencia regia aumentó de forma desmesurada, extendiendo la vinculación de la tierra (p. 171. Cfr. 118, n. 130). ¿Quiénes son los fundadores de estos pequeños mayorazgos? Recuérdese que además la fundación de un mayorazgo se convierte en un medio de acceder a la hidalguía.

Si recordamos que las leyes que acabaron con las vinculaciones y mayorazgos fueron un medio ideal para que los señores se convirtieran en propietarios de tierras libres, con la terminología de Clavero, y que las leyes desamortizadoras sirvieron para que miembros de esta nobleza aumentaran sus propiedades, se comprenderá lo peligroso que es fiarse de las estadísticas del siglo XIX.

Clavero dice que se le escapa la posibilidad de magnitudes

estadísticas (pp. 36-37), pero pese a ello establece afirmaciones, de un alcance a veces decisivo, que no encuentran más fundamentación que su propia palabra. Aunque tenga menos valor que alguna otra ya mencionada, recordemos que hablando de las distintas clasificaciones de los mayorazgos afirma: «Dicho fundamento real se ofrece como un material clasificable según una serie de criterios generales (...) cuyos límites, para la determinación de categorías precisas, pueden ser comprobadas en sus mismas definiciones y en sus numerosas probabilidades de combinación en clases mixtas que serán los modelos históricamente predominantes» (p. 217).

11. Recordemos de nuevo el problema de la licencia regia y volvamos nuestros ojos a Cataluña. La famosa constitución «Zelant la conservatio» de 1585 (CYADC I, 6,5,2), dada en las Cortes de Monzón, presididas por el rey Felipe II, establece, en beneficio de las casas principales una reducción de la legítima, estableciéndola en la cuarta parte, independientemente del número de hijos. ¿La fuerza de las casas principales de Cataluña no fué lo suficientemente fuerte para lograr la creación de un mayorazgo sobre todos los bienes por medio de la licencia regia? Esta constitución está pensada en beneficio de las casas principales, como su mismo texto lo indica, pero los beneficiarios de la misma fueron todos los habitantes de Cataluña, especialmente los campesinos, pues si no hay ley alguna que lo determine, sin embargo el pequeño campesino que vive de su trabajo sobre la tierra que cultiva, tiende a no dividir la unidad de producción.

¿Por qué este distinto tratamiento con respecto a la nobleza castellana? El considerar que el mayorazgo es una propiedad feudal impuesta por los señores al monarca precluye el camino para una solución, que sería más fácil, si tuviéramos en cuenta que el rey castellano necesitaba de la nobleza, para poder administrar su reino sin desarrollar una administración propia, mientras la nobleza castellana tuvo que hacerse cortesana, para poder mantener su situación social. Indudablemente aquí estamos ya en el campo de las interpretaciones, y por ello es suficiente señalar que la nobleza catalana prefiere ver limitada su posibilidad de establecer mayorazgos a fin de evitar que el establecimiento de los mismos, dependiese de la licencia regia y con ello volvemos al punto de partida.

12. Si volvemos a tener presente ante nosotros la definición de Clavero, nos daremos cuenta que aquellas afirmaciones tajantes que aparecen en la misma, deben matizarse en la realidad histórica. Incluso la presunta irresponsabilidad de los mayorazgos se reduce al establecimiento de un procedimiento especial para el cobro de las deudas sobre las rentas de los mayorazgos, que en la descripción de Clavero hace pensar que no sería efectivo (p. 167 ss). Sería suficiente subrayar que los mayorazgos castellanos se endeudaron y que tuvieron que recurrir a la venta de sus bienes para pagar sus deudas, para tener que concluir que la presunta irresponsabilidad no ha existido.

La finalidad de este excursus era señalar simplemente que un estudio basado en la literatura jurídica y en la ley no es suficiente para hacernos recuperar el derecho del pasado. Pero ya que creemos haber mostrado como el silencio sobre sentencias y documentos autoriza teóricamente a construir una institución del mayorazgo que no es de este mundo, como conclusión me interesa llamar la atención sobre esa valoración de la licencia regia, tanto en la fundación del mayorazgo, como en su vida y en su desaparición. Esta minusvaloración no es accidental ni resultado de una distinta visión, sino una necesidad teórica dentro del planteamiento de Clavero. Si dentro del estado feudal en su terminología los señores imponen su voluntad al rey, es evidente que la licencia regia constituye siempre un límite a la misma: necesitan la licencia para constituir un mayorazgo, necesitan la licencia para poder disponer de sus bienes y finalmente el monarca puede confiscarles los mayorazgos invocando el delito de traición. ¿Cual es esa necesidad teórica? Es suficiente una pequeña indicación. «Al estudio de una relación social se dirige este trabajo dedicado a la exposición del proceso de génesis, desarrollo, consolidación, crisis y abolición de la constitución jurídica de la propiedad territorial laica en Castilla desde una reacción — 1369 — hasta una revolución — 1836 —, aunque más apropiado sería decir, a la luz de sus resultados, desde la reacción feudal hasta la revolución burguesa en Castilla» (p. 2). Si existe un modo de producción feudal ya existente cuando surge el mayorazgo y que permanece hasta la desaparición del mismo, tiene también que existir un estado feudal en la terminología de Clavero que dure el mismo tiempo; y la soberanía es, pues, un invento de Bodin, que nadie se creyó, ni siquiera los mismos monarcas, que la invocaban.

Recordemos las leyes históricas y las dudas que a Kula plantean, en el inicio de su teoría económica del sistema feudal las frases de Engels, por él recogidas, y su forma elegante de superar tal problema, subrayando la existencia de tesis generales de valor universal, entre las que menciona «la teoría sobre la mutabilidad y sucesión ordenada de las estructuras socio-económicas» (KULA 3). Esta constatación ya nos abre camino para alcanzar a fijar esta sucesión ordenada. «Desde el punto de vista teórico, lo es en razón de una sui generis universalidad del feudalismo (en el sentido marxista del término). En efecto, una u otra forma de feudalismo lo conocen todas las sociedades que hayan pasado la etapa de la comunidad primitiva. Mientras tanto, la falta de la universalidad del régimen esclavista es una verdad comunmente admitida por la ciencia marxista desde el triunfo logrado en esta materia por B.D. Grekow después de su homérica pugna con Pokrovski. El capitalismo surgió de manera “espontánea”, es decir sin que operase la influencia de algún capitalismo preexistente, y sólo una vez en la historia de la humanidad. Lo mismo se refiere al socialismo. En cambio, conocemos diferentes feudalismos en el mundo, surgidos en distintas sociedades y épocas, independientemente uno del otro» (KULA 6).

Es decir, fijémonos en las palabras de Kula, hay verdades que son comunmente admitidas por la ciencia marxista, pero, a sensu contrario, las mismas deben dejar indiferentes a quienes no participan de esa ciencia marxista, de la misma manera que las pruebas de la existencia de Dios dejan indiferentes a quienes no participan de tal creencia. El feudalismo castellano puede ser así diferente al catalán, pero tienen en común ambos tener que desembocar necesariamente en el modo de producción capitalista y hasta el momento en que la burguesía no triunfa, como el Estado no es más que una superestructura, no habra Estado en la península, sino simplemente estado feudal. Y como esto es un dogma, quien tiene fe lo cree y quien no, no lo cree.

BIBLIOGRAFÍA

Este excursus se ocupa con los límites en el mismo indicados de la obra de Bartolomé CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla 1369-1836*

(Madrid, 1974), a la que corresponden todas las citas que hacemos en el excursus con la única indicación de la página o páginas correspondientes.

Otra bibliografía consultada:

Vasco DE APONTE, *Recuento de las casas antiguas del Reino de Galicia*. Introducción y edición crítica con notas (Santiago de Compostela, 1986).

Guillem M. DE BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el código civil de España y la jurisprudencia I* (Barcelona, 1918. Reed. fotom. Barcelona, 1985).

(TOMÁS GONZALEZ), *Colección de privilegios, franquezas, exenciones y fueros, concedidos á varios pueblos y corporaciones de la Corona de Castilla, copiados del Orden de S.M. (...) VI* (Madrid, 1833).

Aquilino IGLESIA FERREIROS, *La creación del derecho. Una historia del derecho español*. Lecciones I-II (Barcelona, 1987-1988).

Witold KULA, *Teoría económica del sistema feudal* (Buenos Aires, 1974).

Antonio LOPEZ FERREIRO, *Historia de la Santa A.M. Iglesia de Santiago de Compostela II* (Santiago, 1889).

Manuel LOPEZ-REY Y ARROJO, *Un práctico castellano del siglo XVI (Antonio de la Peña)* (Madrid, 1935).

Ludovici DE MOLINA, *De primogeniorum hispanorum origine ac natura Libri quatuor*, Nova editio (...). Lugduni, Sumptibus Anisson et Posuel, 1727. Las citas proceden del libro IV, capítulo XI.

Manuel MURGUIA, *El foro* (Madrid, 1882).

José ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas I* (4ª ed.) (Madrid, 1957).

Josephi Emmanuelis de ROXAS ET ALMANSA, *Tractatus unicus de incompatibilitate, et repugnantia possidendi plures Majoratus, deque Natura, et Cognitione uniuscujusque speciei eorum* (...). In duos Tomos distributum (...) (Matriti, Antonius Marin, 1755). Las citas proceden del tomo I, disputatio tertia, quaestio nona.

Rafael SECO, *Manual de Gramática española* (Nueva edición revisada). Revisado y ampliado por Manuel Seco (Madrid, 1960).

Las citas de las glosas de Gregorio López a las *Partidas* se han hecho en base a su edición de 1555, reimpresa fotomecánicamente por el BOE en 1974. El documento de 1335 puede verse en *Privilegios Reales concedidos a la ciudad de Barcelona* (Barcelona, 1971) 120 (13-II-1335) 60. Aparece citado en IGLESIA II, 377 y al mismo parece referirse, aunque citando otra edición que no pudimos examinar para poder confirmar la identidad, José María FONT RIUS, *La recepción del derecho romano en la península ibérica durante la Edad Media*, en *Recueil Montpellier* 6 (1967) 96, n. 84.

NOTA FINAL Redactado ya este excursus Carlos Petit me informa de la aparición

de una nueva edición de la obra de Clavero, al parecer reimpresión de la primera acompañada de un apéndice sobre la primogenitura en el derecho común. También ha llegado a nuestras manos la obra de Ignacio ATIENZA HERNÁNDEZ, *Aristocracia, poder y riqueza en la España moderna. La casa de Osuna siglos XV-XIX* (Madrid, 1987). Pese a las dificultades que el empleo de este tipo de obras ofrece al historiador del derecho, conviene señalar que cita, al parecer, un pleito que tuvo que ser decidido en base a la pragmática de 1534, pues fue ganado por la hija frente a su padre, el duque de Osuna, que pretendía incorporar los mayorazgos aportados por su esposa, en los que sucedió por lo tanto la hija (p. 287); si hasta finales del siglo XVI la casa de Osuna funcionaba como prestamista por medio de censos consignativos (p. 207 ss.), desde el último cuarto del siglo XVI comenzó a recibir préstamos, cada vez más cuantiosos, por medio del establecimiento de censos consignativos sobre los bienes de mayorazgo (p. 338 ss.); sobre la existencia, al lado de arrendamientos de tres a siete años, de concesiones de por vida, aunque no se califiquen de enfiteusis también se ocupa esta obra (p. 300 ss.), a las cuales pueden añadirse otras prácticas, que muestran los medios con los que contaban los acreedores para no ser defraudados en sus expectativas (p. 306 ss.) que encontraban protección eficaz en las autorizaciones concedidas para proceder a la venta de bienes de mayorazgo (p. 285 ss.). Finalmente sobre la pretendida insumisión de la nobleza a la corona es suficiente señalar que «durante prácticamente todo el siglo XVII y parte del XVIII la Casa vio su *patrimonio intervenido por la Corona*, directamente por el Consejo, o a través de unos administradores que él mismo designaba» (p. 339).

EXCURSO CUARTO

(p. 227)

Una cosa es que pueda hacerse la crónica de los sucesos de la plaza de Tiananmen y otra cosa muy distinta es poder escribir la historia de estos sucesos. Si la historia se ocupa de las cosas del pasado, nuestro presente estaría constituido por un momento fugaz, pues deja de serlo, para convertirse en nuestro pasado, en el mismo momento en que afirmamos su existencia.

No es necesario recordar aquí la reflexión agustiniana sobre el tiempo; es suficiente recordar lo que dice Ortega: «El pasado confina con el futuro porque el presente que idealmente los separa es una

línea tan sutil que sólo sirve para juntarlos y articularlos. Al menos en el hombre, el presente es un vaso de pared delgadísima lleno hasta los bordes de recuerdos y de expectativas. Casi, casi pudiera decirse que el presente es mero pretexto para que haya pasado y haya futuro, el lugar donde ambos logran ser tales» (ORTEGA IX 350).

Si recordamos las explicaciones de los gramáticos tratando de diferenciar el empleo del pretérito perfecto de indicativo y del indefinido nos daremos cuenta que la separación entre presente y pasado no puede hacerse de forma neta y clara y que esta distinción no puede pasar por una fijación convencional de un momento cronológico fugaz que permite separar al pasado del presente, ya que ese momento cronológico ni sería fugaz ni sería, por ello, el mismo para todos los sucesores e historiadores. «La vida tiene siempre un pasado inmediato, que encuentra en sí misma bajo la especie de recuerdo y que no necesita averiguar por medio de la historia. Así hoy encontramos en nosotros, como fondo de pretérito sobre el cual emerge nuestra vida, el famoso siglo XIX. Ahora bien: ese pasado inmediato, único que tenemos sin un esfuerzo especial, tiende naturalmente a significar para nosotros todo el pasado. Lo que en él hubo y aconteció parecerá lo que ha habido y acontecido siempre. Esto es un error de óptica siempre funesto, porque no hay ningún siglo que pueda pretender asumir la representación adecuada de todos los demás. Pero en nuestro caso la ilusión visual es funestísima. Porque unos siglos son más normales que otros, o, si se prefiere, menos anormales. Mas el siglo XIX ha sido superlativamente anormal, uno de los grandes siglos críticos en el destino humano, sea dicho en su honor y en su vituperio. En él germina buena parte de nuestras manías y desmesuramientos. De aquí que necesitemos curar nuestro error visual pidiendo a la historia que nos salve de la falsa normalidad propuesta a nuestros ojos por esa centuria» (ORTEGA IV 79-80).

Si se concibe el presente como una línea sutil, que separa el pasado del futuro, es necesario entonces distinguir dos tipos de pasado, aquél que conocemos por medio de la historia y aquél que conocemos por medio del recuerdo. Sea que entendamos el presente como aquella parte de la vida humana que todavía se está haciendo, sea que entendamos el presente como una línea fugaz, que separa el pasado del futuro, en ambos casos nos encontramos con un pasado, que ha sido ya vivido por el hombre, y con un pasado que todavía se está ha-

ciendo. Y este pasado que todavía se está haciendo es el que llamamos normalmente presente y el que dificulta trazar la separación entre lo pasado y lo presente.

Esta circunstancia, sin embargo, nos lleva a preguntarnos por las razones que mueven a determinados historiadores a reivindicar el estudio de ese presente. No se trata o de afirmar que no hay más historia que la historia contemporánea, ya que el historiador se dirige al pasado desde su presente, o de afirmar, como hacía Bloch, la necesidad de comprender el pasado por el presente, sino de algo más radical: convertir el presente en objeto de la historia. Precisamente por ello es necesario plantearse las razones de esta afirmación y tratar de descubrir la creencia que sustenta una tal posición.

Este afán por el presente puede encontrar aparentemente su justificación en el hecho de que nuestro presente nos abre el camino hacia el futuro y «el futuro es precisamente lo problemático, lo inseguro, lo que puede ser o no ser; no lo *tenemos* sino en la medida que lo pronosticamos. De ahí el ansia permanente en el hombre, de adivinación, de profecía. Durante la época moderna se ha dado un gran paso en la facultad de adivinar: es la ciencia natural que predice con rigor no pocos acontecimientos futuros. Y es curioso notar que los griegos no llamaban conocimiento *sensu strictu* a un método intelectual como nuestra ciencia física que, según ellos, se contenta con “salvar las apariencias”» (ORTEGA IX 362).

La distinción actual entre la llamada física clásica y la llamada física contemporánea o física cuántica moderna — y seguimos de aquí en adelante a March — puede señalarse gráficamente aludiendo a la mayor abstracción alcanzada por ésta, que exige su formalización por medio del lenguaje matemático. No se trata de afirmar que la física clásica no fuera abstracta y sí la física contemporánea (p. 32), puesto que desde su origen la física se vió obligada a recurrir a nociones que escapaban de la comprensión general (p. 32), sino de mostrar que mientras la física clásica, aunque recurriendo a la abstracción, podía ofrecer una imagen concreta de los fenómenos que sucedían en el mundo macroscópico, la física contemporánea debe renunciar a una tal pretensión, debiendo «utilizar conceptos que, si tienen un sentido preciso en términos de símbolos matemáticos, no son ya interpretables en términos concretos» (p. 11-12). Y si probablemente la capacidad de

concreción de la física clásica se ha sobrevalorado, ya que nos hemos habituados a sus conceptos abstractos, lo que explicaría que se acuse a la física contemporánea de querer hacerse mas ininteligible de lo que realmente es, debe subrayarse sin embargo su imposibilidad de acudir a términos concretos y su necesidad de encontrar refugio en las fórmulas matemáticas (p. 36-37; 38-39; 60).

La física no pretende, sin embargo, explicar todos los fenómenos que se dan en el mundo, pues se refiere únicamente a un determinado campo de la realidad. El desarrollo de la física encuentra apoyo en dos afirmaciones fundamentales de Demócrito: «Nada es accidental, todo tiene una razón y una necesidad», fórmula que significa que todo fenómeno natural y temporal está rigurosamente determinado (p. 16) y «No existe nada más que el átomo y el espacio vacío, y todo el resto es comentario», afirmación que supone la descomposición del mundo aparentemente continuo y su substitución por la discontinuidad de unos elementos extremadamente pequeños, que ya no podían descomponerse y los cuales causaban todo lo que sucedía en el universo (p. 22-23).

Estas intuiciones de Demócrito no alcanzaron, sin embargo, un éxito inmediato, ya que frente a las mismas se alzó la autoridad de Aristóteles, quien de un lado le reprocha no haber tenido en cuenta las causas finales (p. 16) y de otro la contradicción existente en la segunda afirmación de Demócrito, pues si se atribuye una determinada dimensión a los átomos, que los convierte en cuerpos extensos, no se explica que sean indivisibles como afirmaba Demócrito (p. 24-26).

En definitiva, mientras Demócrito concebía el mundo de una forma mecánica, el planteamiento de Aristóteles brillaba por su sistema teleológico y antropomórfico, lo que explica que el triunfo de su planteamiento retrasara durante veinte siglos el desarrollo de la física (p. 28-29). Si Demócrito extendía su materialismo a un campo que no le era apropiado, Aristóteles extendía su planteamiento a un campo, la naturaleza, que no le era congenial. Había, pues, un enfrentamiento entre dos concepciones diferentes del mundo, una mecanicista, teleológica la otra y si bien, se reconoce, no puede decirse que la una sea verdadera y la otra falsa, debe reconocerse que la mecanicista se reveló adecuada para la física, no así la teleológica (p. 16-17), que nunca se mostró fructífera en este campo (p. 17).

Para que triunfase la visión mecanicista deberá esperarse a aquel momento en que la física descubre su principio fundamental metodológico, que se resume en la afirmación de que «la física es una ciencia experimental, todo lo que enuncia se apoya sobre la experiencia» (p. 15), siendo Galileo el primero en fundamentar la física en la experiencia y no en la especulación (p. 32-33).

Esta física clásica se apoyaba en los dos principios mencionados de Demócrito y entra en crisis cuando los mismos se ven sacudidos, de un lado por la aparición de las relaciones de incertidumbre de Heisenberg, que afecta al principio primero de Demócrito (p. 16) y de otro por la matización que supone reconocer, por una parte, al lado de los átomos, la existencia de campos y, por otra, por el hecho de que estos átomos antiguos son substituidos por las partículas elementales, indivisibles como lo eran teóricamente aquéllos, pero que carecen de dimensión (p. 27-28).

Estas matizaciones conducen a una separación entre al mundo macroscópico y el microscópico, que lleva a Planck a afirmar la existencia de un orden de la naturaleza con dos vías (p. 10), lo que origina la existencia de dos tipos de leyes diferentes. Y así la física clásica, centrada en el mundo macroscópico, establece leyes que reflejan una causalidad necesaria, mientras la física contemporánea, centrada en el mundo microscópico, establece leyes estadísticas (p. 17-20 cfr. 45, 70, 75, 77).

Esta diferenciación entre ambos tipos de leyes no alteran, sin embargo, el valor de la física, que reside precisamente en la posibilidad de prever el futuro, en la posibilidad de hacer previsiones (p. 17 ss.; 70), pero para alcanzar tal fin es necesario que «las nociones que utiliza la física deban ser claramente definidas, a fin de que el experimentador, encargado de verificar una proposición, no tenga duda de su significación», de tal manera que si se vincula a una magnitud mensurable, se indiquen los criterios necesarios para realizar tal medición (p. 26; 35; 66).

Y esto debe ser así, desde el momento en que el mundo consiste o está formado por una serie de partes, que no pueden ser comprendidas intersubjetivamente, por lo que no puede expresarse en leyes naturales; el físico, que tiene que establecer las leyes que permitan prever el futuro, debe recurrir a un proceso de abstracción, que al final reducirá el universo a aquella parte comunicable, que se identifica

con la mensurable, es decir, aquélla que puede expresarse en números (p. 38). Como se ha subrayado, las leyes naturales deben referirse necesariamente a lo que se conoce bajo el nombre de estructuras del mundo fenoménico. « La base estructural deducible del universo fenoménico constituye el objeto de la investigación en física» (p. 38; 66).

Estas afirmaciones no tienen un carácter meramente descriptivo, sino que pretenden destacar aquellas características que permiten la existencia de una ciencia física. «Una física sólo es, pues, posible, si se puede conducir lo que sucede en la Naturaleza a un cierto orden, descrito en leyes, y de tal manera que la posibilidad de una previsión sea dada» (p. 15-16; cfr. 17, 32, 43, 46, 47), que conduce automáticamente a una autolimitación del conocimiento científico; la física no puede conocer todo el universo, sino que tiene que limitarse necesariamente a una parte del mismo.

Esta autolimitación encuentra su origen en el fin que se pretende con la física, que, en definitiva, es prever el futuro; y ello explica que la física exprese con su finalidad el planteamiento de Demócrito y no él de Aristóteles (p. 16-17; cfr. 18, 37, 42), aunque tenga que reprocharse al planteamiento de Demócrito su carácter omnicomprendido, pues su fórmula de no existir más que átomos en movimiento y nada más, «no es válida más que con ciertas restricciones para los fenómenos espirituales» (p. 51). El físico debe reducir los fenómenos de la naturaleza a su estructura; debe así prescindir de todo aquello que no sea mensurable, es decir, expresable en números; permanecen entonces una o varias relaciones entre magnitudes mensurables, es decir, una ley aplicable a las magnitudes establecidas. El físico no tiene qué preocuparse de más, no debe preocuparse por saber las razones de aquellas relaciones, pues debe dejar a un lado todo aquello que no sea observable (p. 62-63; cfr. 57, 58, 63, 66, 79, 232).

En definitiva, nos encontramos aquí ante aquella bipartición del mundo, sobre la cual había llamado la atención Vico. De un lado existe el mundo creado por Dios, que los hombres pueden explicar, pero no comprender, y de otro lado el mundo creado por los hombres, que éstos pueden comprender, pero no explicar.

El triunfo de la física a partir del siglo XVI iba a poner de relieve algo, que no es ya propio de la física, pero que está vinculado a la misma: la utilización con fines prácticos de la capacidad de previsión

de la física (ORTEGA VII 925). Y así ha podido afirmar Ortega «aunque suene a paradoja, y siento no poder explicarla porque el tiempo se me acaba: la ciencia física no es un conocimiento de la propia realidad, sino sólo una hipótesis práctica para aprovechar su aplicación. La verdad de la física no está en ella misma sino en la técnica que de ella emana. La teoría científica (...) tiene su seriedad, no en sí misma sino en sus aplicaciones, en su práctica» (ORTEGA XII 232).

Esta misma circunstancia ha determinado, teniendo la física su campo acotado como cualquier otra ciencia particular, la aparición de aquel «terrorismo de los laboratorios», del que alguna vez ha hablado Ortega (ORTEGA V 541 y n. 1), que ha provocado que se tratara de juzgar de la científicidad, por así decir, de las restantes ciencias a partir de los criterios propios de la física y que el deseo de asemejarse a la física y de poder prever el porvenir haya conducido igualmente a muchos cultivadores de otras ciencias, incluso de aquellas que según Vico tenían la misión de comprender el mundo creado por los hombres y no explicar el mundo obra de dios, a tratar de descubrir causas y establecer leyes.

No hay, pues, duda alguna que esta metodología científica de la física se intenta extender fuera de su campo propio, de la misma manera que Aristóteles extendió su visión antropocéntrica al campo de la física, estableciendo así que el movimiento perfecto de un objeto abandonado a sí mismo sería el circular (MARCH 29).

El triunfo de la física durante la edad moderna y el terrorismo de los laboratorios, apuntado por Ortega, quizá puedan explicar que durante el siglo XIX se intente descubrir también la existencia de leyes en el mundo creado por los hombres. Recordemos el nombre de Marx y su descubrimiento de la «ley económica del movimiento de la sociedad moderna» (WOLFE 5) y unámoslo al de Freud, pues pueden aproximarse, no sólo porque «uno y otro se empeñan en de senmascarar la ilusión, el engaño, la mentira de la conciencia» (BERDIAEFF 70), sino también, probablemente por esa veta religiosa que también cree descubrirse en el pensamiento marxista, por la aparición, frente a los seguidores ortodoxos, de corrientes heterodoxas, pudiendo incluso calificarse de revisionistas, para utilizar la terminología oficial comunista, a los propios fundadores de las respectivas escuelas; si los ortodoxos estuviesen dispuestos a aceptar una tal blasfemia. Y así si frente a Freud, Adler primaba como causa

de la falsa conciencia una turbación del alma que encuentra su origen en la voluntad de poder (JUNG), también frente a Marx, aunque fuera ya de su pensamiento, se ha podido invocar una nueva *causa causarum* de la historia, hablándose así frente a una historia económica de una historia bélica, de una historia hidrológica e incluso de una historia sideral (ORTEGA V 413 ss., en especial p. 416 ss.).

Y así tras recordar la idea de Aristóteles de que «mandan los que combaten y participan del Poder los que tienen las armas», Ortega obtiene las conclusiones pertinentes de la gran reforma militar naval de Temístocles. «Cada nave — trirreme — necesitaba de 150 a 180 remeros: tres filas de a sesenta, más algunos soldados, capitán y pilotos. Los atenienses aprestaron hasta 127 naves. Esto supone un contingente de unos 25.000 hombres. Hasta entonces sólo habían combatido los hombres libres y nobles — los eupatridas — y la constitución ateniense se había mantenido en lo esencial dentro de los principios aristocráticos. Al necesitar para la flota movilizar toda la masculinidad hábil de Atenas, hubo que entregar las armas a los *thetes*, a la clase censataria inferior que no servía en la falange. Y he aquí que esta gran política imperialista, inspirada por Temístocles a Atenas, trae consigo por una necesidad de técnica militar, el establecimiento plenario de la democracia. A la ampliación del ejército bélico sigue automáticamente la extensión de la soberanía a las clases ínfimas, que ni siquiera eran libres. El hecho da en rostro a la interpretación económica de la historia, porque los *thetes* no conquistan el poder después de acaparar los instrumentos de producción y tráfico, sino que siguen siendo pobres y reciben los medios de influjo político por cesión de los ricos, que necesitan de ellos para una nueva organización de guerra. Vemos, pues, que el servicio militar generalizado y la democracia nacen juntos del apetito imperialista — exactamente lo mismo que aconteció en el siglo XIX. Fuera bueno que los «radicales» meditasen sobre la frecuencia con que en la historia el imperialismo ha sido un fruto democrático, y viceversa, la democracia una prenda del imperialismo» (ORTEGA II 531).

Late pues en el pensamiento de Ortega la idea de que toda interpretación unitaria es exagerada y artificial y que el pensamiento de Marx, adecuado para nuestra época, pierde sus valores al aplicar-

se a otras épocas. «La interpretación económica de la historia nacida en el siglo último ilumina bastante bien la realidad de nuestra época; pero, aplicada a otras, pronto advertimos su desdibujo. No; la historia no ha sido siempre gobernada autocráticamente por los medios de producción y tráfico, ni ha consistido monótonamente en una lucha económica de clases. Las clases sociales mismas no han sido en todo momento clases económicas. Tal vez no lo han sido completamente más que en las dos últimas centurias, que en este caso, resultarían ser una excepción histórica. Así, las clases indias no son económicas: la suprema, el brahman es pobre, no posee nada. El verdadero brahman es «el que ha comprendido», es el sabio por raza y divina prescripción. Weber ha mostrado en sus admirables estudios sobre sociología religiosa cómo, lejos de ser los credos meras consecuencias de la forma económica, influyen profundamente en ésta, bien que a su vez son influidos por aquélla» (ORTEGA II 527).

Pero Marx no se contentaba con interpretar, pues quería también prever, precisamente por ello explicaba la historia, como los físicos la naturaleza, contentándose con establecer leyes. Y si tenemos presente lo ya apuntado de su pensamiento, su aspecto religioso, comprenderemos por qué ese intento de previsión se ha calificado de profecía, lo que justificaría que haya podido crear una autentica iglesia, con su culto particular, sus sacerdotes y sus excomuniones.

Baste recordar aquí su afirmación de que «ningún orden social perece nunca antes de haber desarrollado todas las fuerzas productivas que tienen cabida en él», para darse cuenta de las dificultades de armonizar estos pensamientos vinculados a un materialismo mecanicista con aquellos otros que contemplan en la lucha de clases el motor de la historia; así se ha dicho que «una de sus leyes científicas» fue que «“el sentimiento revolucionario es natural en la clase obrera” y que “la actividad revolucionaria de los obreros es la máxima alegría de su vida”» (WOLFE 16 y 8).

En el fondo las críticas dirigidas a Marx no se enfrentan con lo que podríamos calificar sus análisis críticos de la economía de su época, sino con el afán de instaurar las leyes del movimiento económico. «Cuando Darwin comenzó a hacerse famoso, Marx presentó la modesta pretensión de ser el Darwin de las ciencias sociales, de deducir lo que *debe* ser de la ley del movimiento, que él pretende haber descubierto, como inherente a lo que *es*. Los utopistas van del «es»

al «debería ser». Marx pretende que va del «es» al «tiene que ser». Por consiguiente, su doctrina pretende ser una doctrina de lo inevitable. Los valores humanos son expulsados de las ciencias una vez más, y Marx identifica su teoría de la historia con la historia misma; en consecuencia, la historia pasa a ser el único juez, y la historia puede ser un juez cruel e inhumano de todas las cosas. Pero el «tiene que ser» descubierto dentro del «es» se convierte cómodamente en el «debería de ser» con el cual había comenzado Marx antes de pretender ser un científico. Marx pide a la historia que no haga más que lo que debe hacer, porque en las envolturas del «tiene que ser» de Marx se esconde la visión del «debería de ser» de Marx. Marx descubrió ese cómodo expediente en su controversia con Proudhon, socialista como el propio Marx (aunque algo anterior) y su predecesor en muchos aspectos, un socialista a quien Marx debía mucho y que era más humanista socialista que él» (WOLFE 8-9); precisamente por ello se dice que «Carlos Marx era grande como crítico social: no como científico, ni gracias a las leyes que él creía haber descubierto, sino a los valores que él pensaba realizar, valores que ahora ocultó en la verbosidad de la ciencia y de la inevitabilidad profética» (WOLFE 9) o, dicho con otras palabras, se subraya el carácter supuestamente científico de su obra y la dimensión profética de la misma, que ha convertido su doctrina en un «ismo», justificándose así su permanencia.

«El secreto de que el marxismo haya logrado sobrevivir al naufragio de todas sus profecías, estriba en el carácter intrínsecamente dual del marxismo. Por una parte, pretende ser una ciencia. Pretende haber hecho una ciencia a base de historia, sociología, economía, política y haber hecho con ellas lo que Darwin hiciera con las ciencias biológicas, y de hecho aún más: explicar el pasado y esclarecer el presente (como ya intentó Darwin) y prever y controlar el futuro (a tanto no se atreve Darwin). Pero cien años han tratado tan mal esas pretensiones que en el mundo occidental, donde uno es libre para interrogar, no hay ningún intelectual marxista que se atreva a mediar entre el marxismo y los incrédulos sin una buena dosis de concesiones y rectificaciones. En efecto, si se les acosa a preguntas, están dispuestos a desechar, una tras otra, todas las conclusiones obtenidas aplicando el método de Marx, y sólo insisten en la validez del método. De esta suerte se nos ofrece un espectáculo que habría

asombrado por igual a Bernstein y Kautsky. En la actualidad, todos los marxistas «ortodoxos» *in partibus infidelium* son al mismo tiempo «revisionistas», aunque a regañadientes. Si como ciencia el marxismo ha quedado reducido a un método que sólo ha obtenido conclusiones no valedaras, los poderes subsistentes del marxismo consisten en que éste es, además, un «ismo». No hay un lockeismo, un smithismo, un millismo, un weberismo, un durkheimismo, un micheletismo, un rankeismo, un gibbonismo, pero sí un marxismo, y eso es importante. El hecho de que el marxismo no sea una ciencia sino un «ismo», es lo que le da su fuerza (...) Es una ideología exactamente en el sentido en que Marx empleaba este término. Es un credo al que cabe adherirse con la fe cuando el intelecto pregunta y se rebela» (WOLFE 20).

No hay, pues, razón alguna para no aceptar todas las afirmaciones críticas sociales de Marx, aunque sea necesario subrayar la gran falsedad que encierra el marxismo, que arruina toda su construcción y que en el fondo supone negar su pretendidamente carácter científico y por lo mismo sus predicciones, que se reducen así a profecías. Y es que la historia no puede recurrir a experimentos para probar sus aseeraciones, por lo que necesariamente debe buscarse en el pasado los datos que permitan la confirmación de las leyes establecidas. Y así frente a la afirmación, hace poco recordada, de que «ningún orden social parece nunca antes de haber desarrollado todas las fuerzas productivas que tienen cabida en él», se ha podido escribir en 1965: «examinando esa aseeración, se ve que no resulta más explícita que cualquier otra de las vastas generalizaciones de Marx, ni más verdadera, como habían de demostrarlo las revoluciones rusa y china. Con singular perversidad, la historia había de dignarse hacer la revolución social en países atrasados en vísperas de su industrialización, y a negar las revoluciones sociales en sociedades industriales adelantadas que, según Marx, estaban maduras para la revolución» (WOLFE 16), pero en 1989, cuando la apertura informativa rusa ha dejado pasar la noticia de que Lenin en su lecho de muerte había confesado haberse equivocado, con lo que se justifica el proceso de aburguesamiento que ahora se desarrolla en algunos Estados socialistas, Schaff se apresure a afirmar: Marx tenía razón, con lo que se resuelven los años posteriores a 1917 en un simple problema teórico, que no aparece enturbiado por la sangre derramada.

Se trata de salvar la existencia de leyes históricas, que muchas veces son difíciles de encontrar pese a los grandes descubrimientos de Marx, por lo que en su cumplimiento acelerado puede incurrirse en errores, los cuales se salvan siempre, una vez que el capitalismo ha sido derrotado y se ha logrado conquistar el poder. Desde esa perspectiva puede fácilmente demostrarse con el pasado el cumplimiento ineluctable de tales leyes, como Lenin lo demostró en su «Izquierdismo. La enfermedad infantil del comunismo». Pero el pasado puede al máximo demostrar que en el pasado esas leyes, que se han deducido de ese mismo pasado, se cumplen, pero no que se cumplirán en el futuro; y si Marx tenía razón, como ahora dice Schaff, no debe olvidarse que para Marx la sociedad que analizaba «se dirigía a una catástrofe inminente» (WOLFE 11).

Hablando de las nuevas direcciones, sobre todo de aquellas que tratan de conectar el joven Marx y el existencialismo, se ha afirmado: «Casi no cabe en esta filosofía la noción de que la historia está sujeta a leyes inalterables y que pueden descubrirse, y una vez que esta creencia sea abandonada, una gran parte del pensamiento conocido como marxista tiene que ser revisado» (LICHTHEIM 34) e incluso se encuentra en Marx el remedio para este nuevo planteamiento. «El mismo Marx trazó una distinción sin reservas. Puede quizás decirse que si bien las circunstancias materiales circunscriben nuestra actividad, no la determinan; que la tarea humana en condiciones históricas dadas consiste en ampliar el ámbito de la libertad: y que esto en nuestra época puede únicamente ser llevada a cabo socializando los medios de producción. No puede haber ninguna objeción lógica a esta afirmación, pero el cambio de una determinación fortuita a una actividad consciente implica que el individuo tiene que enfrentarse con la posibilidad de un fracaso material» (LICHTHEIM 34).

En definitiva, se viene a reconocer que no existen leyes históricas y que no puede haberlas — ni necesarias ni estadísticas —, ya que la intervención del hombre hace que se alteren las condiciones iniciales de un proceso, por lo que no pueden alcanzarse nunca los mismos resultados, ni siquiera estadísticamente. Ahora bien, esta conclusión sirve sólo para subrayar la creencia en la que uno se encuentra y, por ello, no tiene valor alguno para quienes se encuentran en otra creencia, como ésta no tiene valor alguno para mí. Como se

ha escrito «los economistas teóricos del siglo XIX y Marx que era a la vez su discípulo y su crítico, trabajaban con un modelo abstracto de economía que, en parte deliberadamente y en parte sin advertirlo, prescindía de desviaciones como la intervención y reglamentación por parte del Estado, el fomento o restricciones estatales, la nacionalización, el proteccionismo, la intervención en la moneda, la influencia de los grupos organizados, las uniones legalizadas de empresas, la competencia legislada, el control por organismos públicos o semipúblicos de cantidades, calidades y precios, las cuotas de importación y prohibiciones, y los primeros gérmenes del Estado tutelar y la autarquía. Dicho de otro modo: prescindían de la intervención política del Estado en la economía, que es precisamente el fenómeno característico que luego se desarrolló y extendió hasta constituir en nuestra época la cúpula que corona el edificio de la economía» (WOLFE 22-23), pero estas afirmaciones suponen reconocer que los modelos económicos funcionan en un mundo deshumanizado, no en una sociedad humana, donde la intervención del hombre puede alterar su funcionamiento; precisamente por ello «tanto si el *laissez faire* se considera como una bendición que a la larga provoca armonías eternas — así lo habría sostenido Bastiat — como si se le tiene por maldición de la sociedad industrial que lleva directamente a la selva de la guerra civil, el modelo abstracto que cuando sus maestros escribían era una ficción conceptual útil y no demasiado forzada, había perdido toda utilidad y resultaba cada vez más desorientador cuando Marx comenzó a escribir *Das Kapital*. De ahí que el neomarxista ortodoxo se haya ido apartando cada vez más de la realidad, limitándose a exponer su doctrina tal como él la dejó o, citando una vez más a Luthy, «haciendo una exégesis de la historia del mundo en la medida en que constituye una desviación del esquema marxista». Así como Hayck y Roepke intentaron mantener vivo el sueño disipado de las eternas armonías de Bastiat, así también Hilferding, Luxemburgo, Lenin, Bujarin y Sternberg trataron de mantener vivas las eternas desarmonías del mundo de Marx, que era asimismo un sueño» (WOLFE 24).

Y si recordamos que pretensión de Marx fue poner el idealismo de pie, podemos entonces recordar las críticas de Jung a las teorías de Freud y Adler por su carácter unilateral (cfr. JUNG 58 ss.), pues corresponden a dos tipos psicológicos opuestos, los cuales dan lugar a

dos formas de pensamiento diferentes (JUNG 66), tipos a los cuales califica Jung de tipo introvertido a uno de ellos y de tipo extrovertido al otro, inclinándose el primero sobre si mismo y el segundo sobre las cosas (JUNG 66 s.). Según Jung estos dos tipos dan lugar a dos tipos diferentes de pensadores, la oposición entre los cuales puede contemplarse en la oposición trazada por Pierre Duhem entre dos clases de científicos en la Edad Media: «los unos al estudiar las apariencias estelares, buscan sólo averiguar cómo admitiendo un cierto supuesto o hipótesis, lograban hallar las reglas, el orden según el cual se sucedían las posiciones aparentes de los astros. Como Ptolomeo, aspiran sencillamente a hacer una tabla de los movimientos astrales. Se contentan, pues, con encontrar un orden o variación regulada entre los fenómenos. No queremos — decían repitiendo una frase de la escuela platónica — sino «salvar las apariencias». La ley según la cual aparecen, van y vienen es para nosotros su *causa*. Pero otros científicos les salían al paso con Aristóteles: según ellos sólo conocía los astros quien conocía el porqué de ese orden, la causa de las *apariciencias*. Que los astros se mueven de hecho según esta o la otra ley no es ciencia. La ciencia verdadera no es reconocimiento de hechos o facticidades sino conocimiento del *porqué* de los hechos. Y como el *porqué* tiene siempre un «porqué del porqué», sólo es ciencia plenaria de algo el descubrimiento de su ultimo por qué» (ORTEGA XII, 351).

Y como la ciencia moderna no admite que se puedan dar dos soluciones a un mismo problema, nos encontramos de nuevo ante la magna división de Vico: conocer históricamente no consiste en fijar las leyes del suceder histórico, sino en comprender los fines que los hombres trataron de alcanzar, el por qué de las acciones humanas. No se trata de afirmar que los hombres son libres para construir su vida, sino simplemente de señalar que desde la situación concreta en la que se encuentra cada hombre, es éste el que tiene que hacer su vida. Dicho de otra manera, «todo lo que pone en movimiento a los hombres debe pasar a través de su cerebro; pero la forma que asume en su cerebro depende mucho de las circunstancias» (ENGELS 40). A la vista de estas afirmaciones, se comprende perfectamente que no hay por qué renunciar a ninguna de las afirmaciones de Marx, como hemos ya recogido, sobre todo si a la afirmación recogida se añade la siguiente: «según la concepción materialista de la historia el factor

que en última instancia es determinante en la historia es la producción y reproducción de la vida real. De más no fue afirmado nunca ni por Marx ni por mi. Si ahora alguno confunde las cosas, afirmando que el factor económico sería el único factor determinante, transforma aquella proposición, en una frase vacía, abstracta, absurda» (ENGELS 63); una cosa es afirmar que en última instancia algo es determinante de la historia y otra que lo que pensamos depende mucho de las circunstancias y a esta última interpretación parece responder mejor la afirmación de que «la situación económica es la base, pero los diversos momentos de la superestructura — las formas políticas de la lucha de clase y sus resultados, las constituciones promulgadas por la clase victoriosa después de haber vencido la batalla, etc., las formas jurídicas, e incluso los reflejos de todas estas luchas reales en el cerebro de aquellos que participan en ellas, las teorías políticas, jurídicas, filosóficas, las concepciones religiosas y su evolución ulterior hasta constituir un sistema de dogmas — ejercitan también su influencia sobre el curso de la lucha histórica y en muchos casos determinan su forma preponderante» (ENGELS 63). Y sería todavía más comprensible esta afirmación, llevada hacia el pasado, si tenemos presente la indicación de Ortega, de haberse convertido la economía sólo en los dos últimos siglos en el elemento más importante de la vida social. El historiador, por lo tanto, no cumple su tarea señalando la ley que regula el movimiento histórico, sino identificando los motivos que han conducido a unos determinados fines.

Si esta tarea de fijar los fines puede realizarla el historiador a toro pasado, es decir, cuando los procesos históricos se han realizado, y puede así el historiador identificar los fines que los hombres han pretendido alcanzar, esta tarea deviene imposible, cuando es el propio historiador el que participa en un proceso histórica todavía en marcha, pues entonces trata de imponer los fines que, como persona, pretende alcanzar a los fines que como historiador trata de describir, trata de comprender, recayendo en el modelo de establecer leyes de la historia: la historia debe seguir por el camino que el historiador le traza, porque es el fin que como persona se propone, que como miembro de una determinada sociedad intenta conquistar.

El problema radica, pues, en determinar cuando termina el pasado y comienza el presente, cuando un proceso histórico se han cumplido y cuando un proceso histórico está todavía en marcha, teniendo

por ello que vivirlo también el historiador con la zozobra de no saber cómo terminará. Desde esta perspectiva puede afirmarse, quizá, que el imperio austrohúngaro está pasado y muerto, pero no así la división europea establecida al término de la segunda guerra mundial, aunque otra cosa se pretenda, o el llamado código civil español. Dicho de otra manera, no niego la posibilidad de que pueda historiarse el derecho privado español en aspectos parciales hasta la aparición del *Código civil* o hasta sus reformas últimas, pero niego que pueda hablarse de un derecho privado español, surgido a partir de las Cortes de Cádiz, recogido en un *Código civil*, reduciendo o a derechos forales o a fraudes a las leyes civiles, los derechos que son sentidos como tales por otras comunidades que, en cuanto comunidades, se afirman naciones a imagen y semejanza de la nación española, excluyéndose en definitiva de su conciencia nacional y afirmando, en consecuencia, un derecho nacional, que, independientemente de su mayor o menor semejanza, de su mayor o menor identificación con el llamado derecho español, con el derecho para evitar malas interpretaciones recogido en el *Código civil* de 1888-1889, se afirma, sin embargo, como un derecho nacional — sea gallego, catalán o vasco —, distinto y separado del derecho nacional español. Quien intente escribir esa historia, no la escribirá en el fondo, sino que la hará; pero escribir la historia no es lo mismo que hacerla.

Terminemos con una consideración incidental de Bloch, quien pretendía comprender el presente por el pasado y el pasado por el presente: «Sin embargo, para que el error de un testigo venga a ser el de muchos hombres, para que una observación equivocada se metamorfosee en falso rumor, es necesario que el estado de la sociedad favorezca esa difusión. Todos los tipos sociales no le son, ni mucho menos, igualmente propicios. Acerca de ello los extraordinarios avatares de la vida colectiva que nuestras generaciones han conocido constituyen otras tantas admirables experiencias. Las del momento actual, a decir verdad, son demasiado cercanas para permitir todavía un análisis exacto. Pero la guerra de 1914 a 1918 permite otra perspectiva» (BLOCH 85).

BIBLIOGRAFÍA *

- Marc BLOCH, *Introducción a la Historia* (4ª ed.) (México, 1965).
- Nicolás BERDIAEFF, *El cristianismo y el problema del comunismo* (7ª ed.) (Buenos Aires, 1953).
- (KARL MARX) - FRIEDRICH ENGELS, *Scritti sull'arte*, a cura e con un'introduzione di Carlo Salinari (Bari, 1967).
- C.G. JUNG, *Lo inconsciente en la vida psíquica normal y patológica* (2ª ed.) (Buenos Aires, 1955).
- George LICHTHEIM, *El nuevo marxismo de izquierda*, en *Panoramas* 15 (Mayo-Junio de 1965).
- Arthur MARCH, *La physique moderne et ses théories*. Traduit de l'allemand par Serge Bricianer (Paris, 1965).
- José ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas* (II (4ª ed.) (Madrid, 1957).
- *Obras Completas* IV (4ª ed.) (Madrid, 1957).
- *Obras Completas* V (4ª ed.) (Madrid, 1957).
- *Obras Completas* VII (Madrid, 1961).
- *Obras Completas* IX (Madrid, 1962).
- *Obras Completas* XII (Madrid, 1983).
- Bertram D. WOLFE, *Un siglo de Marx*, en *Panoramas* 15 (Mayo-Junio 1965).

(*) Recojo aquí unos excursos veraniegos con la bibliografía de ocasión utilizada como complemento de la «relazione».

CARLOS PETIT

DERECHO MERCANTIL: ENTRE CORPORACIONES Y CODIGOS

A José Martínez Gijón,
con el afecto de siempre

SUMARIO: Presentación. — I. El «derecho mercantil» corporativo: (i) *Usura*; (ii) *Universitas mercatorum*; (iii) *Iurisdictio*; (iv) *De mercatorum privilegiis*. — II. Últimas manifestaciones del sistema (siglo XVIII): (i) Polémicas tardías sobre usura; (ii) Consulados borbónicos. — III. El derecho mercantil liberal: (i) Derecho mercantil y Constitución (1812); (ii) Derecho mercantil y codificación (1829); (iii) Derecho mercantil y legislación (1848); (iv) Derecho mercantil y jurisdicción (1868): hacia un nuevo, y pronto viejo, Código.

PRESENTACION

Desde su génesis corporativa a su inserción especial y codificada en el sistema jurídico producto de la revolución burguesa, el derecho mercantil es probablemente el más histórico de los productos históricos en que se agota el mundo del derecho. No por evidente y sabida ⁽¹⁾ resulta ahora excusable proclamar la anterior afirmación:

⁽¹⁾ El lugar, al ser común y frecuentado por los especialistas en derecho privado actual, lo es de cita de una amplia bibliografía, de la que pueden recordarse ahora las páginas firmadas por Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La Constitución económica del Estado mercantilista y el derecho mercantil*, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España-Consejo General del Notariado, 1988, 349-367, que seguidamente se discutirán aquí desde los propios términos de su errático título; ya antes, menos llamativo para el historiador, Alberto BERCOVITZ, *Notas sobre el origen histórico del Derecho Mercantil*, en *Estudios en homenaje a Joaquín Garrigues*, I, Madrid, Tecnos, 1971, 1-44. Por eso no son extrañas, faltando para otras ramas de la enciclopedia jurídica, síntesis históricas debidas a dogmáticos: tras el ejemplo seminal de Levin GOLDSCHMIDT, que abrió el *Handbuch*

el historiador de las instituciones, remiso a aceptar la experiencia jurídica comercial del pasado como terreno propio de investigación ⁽²⁾, habrá de atender a la existencia misma de una historiografía elaborada por los mercantilistas como indicio de fenómenos de más calado que la simple afición o la moda de escuela.

Cual cereza de la que tiramos atrayendo el manajo entero, la consideración de la historicidad del derecho mercantil debe ser el arranque de las ulteriores reflexiones. Pues la conversión de un estatuto jurídico de raíz corporativa en sector, bien que especial, del derecho burgués privado — con código, jurisdicción y asignatura específicos en el panorama normativo y académico de ese derecho ⁽³⁾ — bien puede merecer, cuenta habida de la originalidad del dato, al-

des Handelsrechts con su conocida historia universal del derecho mercantil (1891), destaca contemporáneamente Francesco GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1976. Y se trata de obras tan conocidas que parece innecesario consignar sus traducciones; la misma razón exime de glosar la personalidad de sus autores, a lo que se dedicó alguna literatura: Wilhelm SILBERSCHMIDT, *Le droit commercial avant et après L. Goldschmidt*, en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 4e. série, 13 (1934), 643-699, en la que se registra la siguiente afirmación conclusiva: «L'histoire du droit commercial et le droit commercial en vigueur ne peuvent pas être séparés».

⁽²⁾ Vaya por delante un caso infrecuente: Jean HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986; ya elaboradas estas páginas me llegan novísimas e importantes referencias: Umberto SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti. Lezioni di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1989, y Romuald SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires et des institutions commerciales*, Paris, Les Cours de Droit, 1985, con edición posterior que no he manejado. Es claro que el discurso presente va referido a exposiciones de conjunto, pues contamos, y estas notas darán cuenta de ello, con tan abundantes como parciales monografías; al parecer no han bastado para destruir los tópicos persistentes que llevan a los mercantilistas (véase la nota anterior) a proyectar hacia el Antiguo Régimen no sólo la categoría política *Estado*, sino también una mucho más reciente *Constitución económica*, fantasma cuyo conjuro hace tiempo supo destruir Otto BRUNNER, *La casa grande y la oeconomica de la vieja Europa*, en *Nuevos caminos de la historia social y constitucional* (1968), trad. de Angel Francisco Rodríguez, Buenos Aires, Alfa, 1976, 87-123; recientemente el argumento ha sido desarrollado por Daniela FRIGO, *Il padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell'«Economica» tra cinque e seicento*, Roma, Bulzoni, 1985.

⁽³⁾ Siendo lo último, como se sabe, lo que perdura: la eliminación, allí donde tuvo lugar (como España), de una jurisdicción de comercio y la unificación, igualmente en su caso (como Italia), del derecho privado en un código civil, se enfrenta a una tradición resistente de singularidad universitaria, de no previsible superación.

guna atención, y tal argumento de estudio servirá aún para comprender la original posición del derecho mercantil en el seno del ordenamiento liberal, comenzando por el nada irrelevante punto del proceso de su configuración legislativa.

I. EL «DERECHO MERCANTIL» CORPORATIVO.

Ius mercatorum, lex mercatoria, jurisprudence des marchands, cambios y contrataciones de mercaderes..., sobre los orígenes corporativos de un «derecho mercantil», contemporáneamente identificado con términos del estilo de los que anteceden, no hace falta demasiada insistencia: de nuevo nos encontramos en lugar pacíficamente recorrido, no atreviéndose ya ni historiadores ni dogmáticos a trazar para este caso, *rara avis*, una genealogía jurídica de abolengo romano (4).

Pues el «derecho mercantil» nace en el seno de la organización feudal vigente en el occidente europeo durante los siglos medios y modernos, se desarrolla como estatuto jurídico particular de un sector social determinado y encuentra posición, como orden normativo de índole corporativa, en los términos delimitados por la jurisprudencia romanocanónica a efectos de una inserción conveniente de los mercaderes y sus actividades en el régimen de jerarquías sociales feudales al que sirve su proyecto jurídico.

Nadie mejor, entonces, para ayudarnos a una rápida descripción de este «derecho mercantil» de signo corporativo que un cualificado testigo de época; válganos, entre muchos posibles, un jurista castellano llamado Gil de Castejón, vinculado estrechamente a los

(4) Así el arranque de Vito PIERGIOVANNI en su aportación *Courts and Commercial Law at the Beginning of the Modern Ages*, en Vito PIERGIOVANNI (ed.), *The Courts and the Development of Commercial Law*, Berlin, Duncker und Humblot (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, hrg. von Helmut Coing und Knut Wolfgang Nörr, Bb. 2), 1987, pp. 11-21. Títulos como el de Paul HUVELIN, *Etudes d'histoire du droit commercial romain*, Paris, 1929, no debieran hoy otorgar beligerancia; pero preocupa, por ejemplo, Arnaldo BISCARDI, *Introduction à l'étude des pratiques commerciales dans l'histoire des droits de l'Antiquité*, en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 29 (1982), 21-44, cfr. especialmente p. 35, formulando la cuestión que interesa («Existe-t-il, ou n'existe-t-il pas, un droit commercial de l'antiquité?») mas esquivando respuestas contundentes.

círculos del poder y autor que fue de un conocidísimo diccionario publicado en la segunda mitad del siglo XVII ⁽⁵⁾. En esta obra, y bajo el epígrafe «mercatura, mercatores», aparecen descritas las cuestiones jurídicas que contemporáneamente preocupaban como propias del ámbito mercantil. Ante todo un principio general, cuya falta de evidencia para el lector del momento no dejará de resultar, ahora, de importancia: «mercaturae compendium, sive lucrum, iure canonico licitum est, et permisum», evocaba, de entrada, la competencia del *ius canonicum* para delimitar el ejercicio lícito de unas actividades comerciales, de esencia tampoco evidente: «mercatura, an semper sit, et praesumatur lucrosa». Tras el punto inicial de definición, la cuestión «de mercatoribus, et qui sint, et quid in officio suo servare debeant» introducía la preocupación por los protagonistas de aquellas actividades, de inmediato presentados en el cuadro corporativo que adelantábamos: «et de eorum corpore, seu collegio, et iure quo regitur». Y la pregunta por la corporación conducía seguidamente a la jurisdicción: «mercatorum causae, ubi sunt iudicandae, et quomodo in curia sua terminandae», «et an, eorum iudices, privativam, vel accumulativam iurisdictionem habeant». El interés inicial por la licitud misma del comercio, afectando potencialmente a todo el sistema de contratos, sólo aparecía en un supuesto particular: «pacta inrita inter mercatores, ne nisi certo precio res vendant, ne alios artes fiant, non valent». Aparte otros temas menores, la voz de Castejón se cerraba con indicación «de mercaturae, et mercatorum privilegiis» ⁽⁶⁾.

Resumamos: (i) una base canónica, determinante *ab initio* de la legitimidad de los tratos mercantiles; (ii) una corporación que agrupa a los mercaderes, personajes, por lo demás, de no fácil definición; (iii) una *iurisdictione* ejercida por aquélla, con las especialidades procesales del caso; resultando, en fin y fruto de todo ello, un estatuto ciertamente privilegiado (iv). Tal es, según orden que el lector de hoy no ha de aceptar como casual, el catálogo de tópicos que

⁽⁵⁾ *Alphabetum iuridicum, canonicum, civile, theoreticum, practicum, morale, atque politicum* I-II, Matriti, ex typographia Regia apud Ioannem García Infançon, 1678. Castejón era caballero de Alcántara y miembro de varios Consejos según la portada de esta edición.

⁽⁶⁾ *Alphabetum iuridicum*, II cit. (n. 5), pp. 164-165.

en el Antiguo Régimen podía interesar a un jurista plantearse o conocer en relación al comercio ⁽⁷⁾, y tales han de ser también los argumentos que deben ocupar al historiador del asunto jurídico que así queda descrito.

(i) *Usura*.

Frente a la consolidada tendencia de identificar el derecho mercantil anterior a la revolución burguesa como derecho corporativo, el cuadro definitorio trazado arranca de un *prius* a la misma realidad del gremio o corporación: la *base canónica* de la actuación mercantil, aportada, según es bien sabido, por el principio condenatorio de la *usura* ⁽⁸⁾. Partiendo de textos bíblicos y de una vigorosa tradición patrística, que no impidieron por cierto el enriquecimiento de las instituciones monásticas que ejercían de centros de crédito en el deprimido mundo altomedieval ⁽⁹⁾, la represión del beneficio económico

⁽⁷⁾ Siendo muy pocos los lugares que en la obra de Castejón (n. 5) ampliaban este somero cuadro: v. *cambia*, I, p. 120; en la v. *universitas*, II, pp. 663 y ss., no aparece asunto mercantil. Pero habrá de volverse a las noticias contenidas en las voces *usura*, II, pp. 680-683, e *interesse*, I, pp. 649-651.

⁽⁸⁾ Al respecto, y por lo que hace a la literatura española, la autoridad es Bartolomé CLAVERO, *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Madrid, Tecnos-Fundación Cultural Enrique Luño Peña, 1984, colección de trabajos anteriores; del mismo, *The Jurisprudence on Usury as a Social Paradigma in the History of Europe*, en Erk Volkmar HEYEN (Hrg.), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann (= *Ius Commune: Sonderhefte*, 26), 1986, 23-36. Clavero dará la bibliografía clásica; pero no me resisto a recordar la aportación reciente de Rodolfo SAVELLI, *Between Law and Morals: Interest in the Dispute on Exchanges during the 16th Century*, en Vito PIERGIOVANNI, *The Courts and the Development of Commercial Law* cit. (n. 4), pp. 39-102. Tampoco puedo silenciar Umberto SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1984, de interés fundamental para la historia del depósito irregular como alternativa a un mutuo no gratuito condenado como usurario; cfr. además el comentario de Paolo GROSSI, *Sulla «natura» del contratto. (Qualche nota sul «mestiere» di storico del diritto, a proposito di un recente «corso» di lezioni)* en *Quaderni fiorentini*, 15 (1986), 593-619.

⁽⁹⁾ Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *El «renovo». Notas y documentos sobre los préstamos usurarios en el reino asturleonés (siglos X-XI)* (1974), en *Estudios medievales de derecho privado*, Sevilla, Universidad, 1977, 392-426, analizando documentación de Celanova, Galicia. También Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Las*

— *usura*, en el sentido amplio que tuvo vocación histórica de prevalecer — por la normativa eclesiástica moldeó la jurisprudencia toda de contratos de un *ius commune* gestado y recibido en tiempos de su ya efectiva vigencia. Clavero ha recordado algunos datos e hitos: decisiones conciliares y *Liber Extra* de Gregorio IX como reglas de ámbito general; Partidas (1,13,9 y 5,11,31) y Ordenamiento de Alcalá (título 23), especialmente este cuerpo legal, como disposiciones castellanas de recepción de aquéllas; fuero aragonés *de usuris*, promulgado (1242) por pragmática para Cataluña, en la compilación de 1247 como vector oriental de la enemiga contra la usura; amejoramiento de 1330 como certificado de la condena del lucro en el reino pirenaico de Navarra ⁽¹⁰⁾.

Y la literatura jurídica moderna que más ha de importar desarrollará las tradiciones y las normas, comunes y propias, incorporándolas a los más diversos aspectos del derecho de contratos. Nuevamente basta con recurrir a Gil de Castejón como valor indicativo: varias nutridas páginas dedicaba a la voz «*vsura*», deduciendo de la proscripción inicial («*de vsuris, et quibus prohibita, et poena eorum*», cuestión que ocupa casi toda una columna con citas de autoridades) un régimen prohibitivo absolutamente amplio: «*vsura non in solo mutuo committitur*», y se preguntaba, por ejemplo, «*et an in caeteris contractibus bonae fidei committatur*», y también:

garantías reales en el derecho histórico español. I. La prenda contractual: desde sus orígenes hasta la recepción del derecho común, I, Santiago de Compostela, Universidad, 1977, sobre todo su capítulo sobre las prohibiciones papales (desde Alajandro III) del préstamo a interés y la prenda de usufructo. Y puede añadirse alguna aportación reciente para la práctica meridional de Francia: Maïte LESNÉ-FERRET, *Quelques coutumières meridionales en matière de prêt à intérêt*, en *Recueil de mémoires et travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, 14 (1988), 67-74 (= *Coutumes et libertés. Actes des journées internationales de Toulouse*, 4-7 juin 1987).

⁽¹⁰⁾ Bartolomé CLAVERO, *Usura* cit. (n. 8), pp. 39-41 y notas correspondientes; se acudirá además al repaso de la literatura canonística que efectúa, por supuesto insistiendo en los aspectos que promete su título, Paolo NARDI, *Studi sul banchiere nel pensiero dei glossatori*, Milano, Giuffrè (= *Quaderno di «Studi Senesi»*, 44), 1979, pp. 238-264: precisamente los decretistas elaboraron un concepto amplio de usura. Los datos del caso hispánico también en Marjorie GRICE-HUTCHINSON, *El pensamiento económico en España (1177-1740)* (1978), traducción castellana de Carlos Rocha, Barcelona, Crítica, 1982, pp. 47 y ss.

«dissoluta societate, quando lucrum competens, sit vsurarium»... Con hasta 38 registros de esta suerte, Castejón prestaba a la usura una atención similar a toda la materia de contratos ⁽¹¹⁾, indicándonos ahora dónde radicaba el núcleo fundamental del derecho de obligaciones de la época.

Resulta de primordial interés examinar los testimonios más específicamente mercantiles para contrastar, con ellos, la vigencia de estas condenas en unos tratos y contratos — cambios, préstamos, compraventas, sociedades, seguros — que no dejaron, a pesar de todo, de celebrarse. No conviene olvidar la advertencia de Clavero: la represión jurídica de la ganancia como usura fue compatible con una tolerancia de hecho de actividades ilícitas, difíciles de controlar y castigar por el embrionario aparato sancionador del Antiguo Régimen; la usura podía así situarse en el mismo terreno moral que la prostitución, pero la tolerancia había de encerrar aún cuestiones de mayor envidia jurídica: pensemos en el necesario revestimiento de unas prácticas condenadas bajo fórmulas que permitiesen la accionabilidad en juicio del pacto ilícito, o, también, en el recurso a figuras de garantía que pusieran a cubierto de su incumplimiento ⁽¹²⁾. Por lo demás, aparte la cuestión de las prácticas toleradas, la misma doctrina que se entretiene en establecer la regla prohibitiva permite limitadamente el ejercicio de negocios lucrativos, en términos que también conviene considerar.

Existió un género de obras doctrinales, dirigidas especial, pero no exclusivamente, al público mercantil, que generalizó la condena de la usura con descripción detallada de los tratos que podían incorporarla. Se trata de los tratados, sumas y manuales elaborados por confesores o personajes de preocupaciones afines en el ámbito de la teología moral. De entre los varios que registra el siglo XVI ⁽¹³⁾, po-

⁽¹¹⁾ *Alphabetum iuridicum* cit. (n. 5), II, v. *vsura*, pp. 680-683; I, v. *contractus*, pp. 210-215; pero el mayor número de páginas en este segundo caso se justifica por la amplitud de la voz (incluía los de buena fe, los de derecho estricto y los cuasicontratos).

⁽¹²⁾ Bartolomé CLAVERO, *Usura* cit. (n. 8), p. 41.

⁽¹³⁾ Una presentación general de los autores y las obras ofrece Marjorie GRICE-HUTCHINSON, *El pensamiento económico* cit. (n. 10), pp. 130 y ss. Bartolomé CLAVERO, *Usura* cit. (n. 8), añade en sus notas la más solvente bibliografía; cfr. sobre todo p. 89 y n. 17.

demos repasar las páginas de Luis Saravia de la Calle, autor de una *Instrucción de mercaderes muy provechosa* que ejerció particular influencia ⁽¹⁴⁾. El autor, que se firma doctor (lo sería en teología), era un clérigo ⁽¹⁵⁾ versado en la práctica mercantil de Medina del Campo, tratada con lujo de informaciones en su obra. El propósito didáctico que revela el título — una «instrucción» que quiere «enseñar a tratar» — choca realmente con el menosprecio del autor hacia la clase mercantil, literalmente vilipendiada en el prólogo ⁽¹⁶⁾,

⁽¹⁴⁾ Marjorie GRICE-HUTCHINSON, *El pensamiento económico* cit. (n. 10), pp. 131-132: la obra de SARAVIA DE LA CALLE, *Instrucción de mercaderes muy provechosa en la qual se enseñan como deven los mercaderes tratar, y de qué manera se han de evitar las usuras de todos los tractos de ventas e compras, assi a lo contado como a lo adelantado y a lo fiado, y de las compras del censo al quitar y tractos de compañía y otros muchos contractos. También hay otro tractado de cambios en el qual se trata de los cambios lícitos y reprovados*, Medina del Campo, Pedro de Castro, 1544, que utilizo por la edición moderna de Madrid, Joyas Bibliográficas, 1949, fue traducida al italiano (*Instituzione de mercanti che tratta del comprare et del vender... con un trattato de cambi*, a cargo de Alfonso de Ulloa, Venecia, 1561) e incluso plagiada en Italia (A.M. VENUSTI, *Compendio utilissimo di quelle cose, le quali a nobili e christiani mercanti appartengono*, Milán, 1561). Otra obra parecida también gozó de difusión en italiano: FRANCISCO GARCÍA, *De omnis generis contractibus mercatorum. Trattato di tutti i contratti che nei negotiū et commercii humani sogliono occorrere*, Brescia, 1589, 1594, 1596.

⁽¹⁵⁾ Al menos, él mismo se presenta predicando desde el púlpito contra los tratos ilícitos: *Instrucción* cit. (n. 14), p. 137 (prólogo del tratado de los cambios): «Determinado tenía no escribir en la materia de los cambios, así porque los exercitan particulares personas y tan determinadas en el ganar, que más se quieren informar de cómo harán sus tratos para acrecentar su dinero, que no cómo lo exercitan conforme a buena conciencia. Tengo larga experiencia desto, pues sé lo mucho que en los púlpitos he voceado y en particulares hablas he amonestado, y lo poco o nada que he aprovechado».

⁽¹⁶⁾ Luis SARAVIA DE LA CALLE, *Instrucción* cit. (n. 14), «exhortación» en pp. 8-40, llenas de condenas para los ricos y de advertencias para los comerciantes; vid. por ejemplo pp. 20-21: «No condeno yo el trato ni mercadería por pecado, por mala de suyo, por mortal, sino por peligrosa. Dicen los médicos y cirujanos de unas enfermedades y heridas que son mortales; de las cuales sin duda morirá el que las tiene; otras son peligrosas, de las cuales tienen duda, no saben determinar si vivirá o morirá el que las tiene, porque a un pequeño accidente es ido. Así es el trato: los que tratan mal, los que venden una cosa por otra, los que dan a mohatras, los que compran adelantado por menos y venden al fiado por más; los que dan la cosa por más de lo que vale: éstos son mortales. Los mercaderes que tratan bien, los que se precian de tratar verdad y tienen intención de vender al justo precio, y de contentarse con justa ganancia: éstos son peligrosos, puédense salvar y puédense condenar, mas viven en peligro, porque el amor de las cosas propias siempre turba la razón para que no se haga el tracto tan limpio como debe, y por la dificultad que

lo que se explica teniendo en cuenta el objetivo final del esfuerzo docente: se trata de «evitar las usuras de todos los tractos».

Con semejante objetivo arranca la obra considerando «la justicia conmutativa en las comutaciones y tratos humanos» — un orden objetivo al que deben subordinarse las acciones y opciones de los hombres — base de la teoría del justo precio (caps. 2 a 4), de las exigencias de calidad a la mercancía (cap. 5) y de la actividad toda de unos mercaderes a los que se advierte: «Pretender ganancia en los tratos resabio tiene de ganancia torpe y fea, aunque se puede honestar por algún buen fin, como es la gobernación de la propia persona y familia, o para dar limosnas... Mas aunque sea lícito tener intención de ganar en las mercaderías para los fines ya dichos, no es lícito al mercader comprar la cosa para luego la tornar a vender con ganancias sin que la cosa se altere o se mude el tiempo y lugar» (cap. 7, p. 69). El tratamiento de la usura en general (caps. 8-9) y de algunos tipos de contratos usurarios en particular (cap. 13: usura al comprar a lo adelantado; cap. 14: usura al vender al fiado; cap. 15: usura en la compraventa de juros y censos al quitar; cap. 16: usura en el arrendamiento; cap. 17: usura en la prenda; cap. 18: usura en la compañía) dan paso a un «tratado de los cambios» (con prólogo y catorce capítulos), de extensión probablemente motivada por las circunstancias de la contratación financiera al uso en Medina.

Otros libros de contenido similar comparten con la *Instrucción* el empleo de la lengua vernácula (Tomás de Mercado, Cristóbal de Villalón, Francisco García, Bartolomé de Albornoz, Diego del Castillo...), con vocación, entonces, de obtener un público alejado de los círculos especializados de expresión latina. Sobre el asunto ha llamado la atención Clavero ⁽¹⁷⁾, bastando el examen de los solos títulos en

hay en conocer el justo precio de las mercaderías: y siendo jueces en causa propia, córreles peligro de engañarse... Preguntarás cómo saldrás destes estorbos y peligros. Respóndote que dexando los tratos; porque para salir de los peligros no basta tratar bien, sino dexar los tratos». Raymond DE ROOVER, *The Scholastic Attitude toward Trade and Entrepreneurship*, en *Business, Banking and Economic Thought in Late Medieval and Early Modern Europe*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1974, 336-345, ofrece las referencias generales que componen la tradición en que Saravia se inserta.

⁽¹⁷⁾ En *Usura* cit. (n. 8), especialmente el trabajo recogido en pp. 60 y ss.

causa: «Quien se quisiere satisfacer de lo que este libro contiene», advertía en la portada de una de estas obras Bartolomé Albornoz (18), «y del vso que del pueden tener los Iuristas, Theólogos, Confessores, Escruianos, y Mercaderes, que dessean la saluación de sus ánimas, lea la Conclusión...»; huelga que me extienda en la identificación de los destinatarios naturales del escrito.

Y hay que observar que esta literatura en romance aportaba aún la novedad de enfrentarse a temas, como el de la usura, hasta entonces tan sólo abordados en el marco más amplio de las sumas teológicas y los tratados generales *de iustitia et iure*. El tratamiento monográfico de la usura, tan frecuente dentro y fuera de Castilla a mediados del siglo XVI, documenta así una necesidad social también nueva.

Con referencia a tres de tales tratados, John Reeder llega a hablar de «obras de circunstancias que nacen específicamente como respuesta a una situación concreta»: la afluencia de metales preciosos siguiente a la ocupación de las Indias y el salto cualitativo de las ferias castellanas, ante todo Medina del Campo, de ser ferias de mercancías a constituirse en ferias de cambios (19). La rápida explicación de Reeder, en mi opinión, si no falsa, resulta en cualquier caso aparente. De una parte, la existencia de obras de alcance similar en otros territorios europeos (20), obliga a plantear sobre me-

(18) Bartolomé DE ALBORNOZ, *Arte de los contractos*, Valencia, Pedro de Huete, 1573. El autor aparece humildemente como «estudiante de Talavera», con justificación conveniente en el prólogo («y el mayor título que en mi hay, es ser el menor delos Estudiantes y Discipulos de mis Señores y Maestros los Legistas»); pero el privilegio de impresión y la tasa nos aclaran que poseía la dignidad de doctor. La obra iba dedicada a Diego Covarrubias. Cfr. Bartolomé CLAVERO, *Usura* cit. (n. 8), p. 95 y n. 62, sobre la obra de Albornoz, de historia agitada.

(19) John REEDER, *Tratados de cambios y de usura en Castilla (1541-1547)*, en *Hacienda Pública Española*, 38 (1976), 171-177.

(20) Así, importante además por la personalidad laica de su polifacético autor, Thomas WILSON, *A Discourse uppon usurye. By the waye of Dialogue and orations, for the better varietye and more delite of all those that shall reade this treatise*, London 1572, que manejo en la edición, con importante introducción (pp. 1-172) pero mutilada de sus (pocas) notas, de R.H. Tawney (1925), New York, Augustus M. Kelley, reimp. 1963. En general esta literatura aparece elencada en Karl Otto SCHERNER, *Die Wissenschaft des Handelsrechts*, en Helmut Coing (Hrg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II/1, München, Beck, 1977, 797 y ss.,

jores bases las relaciones entre protestantismo y capitalismo, desde luego, pero sobre todo obliga a huir de la eventual singularidad de un caso hispano justificable por el alza de los precios y la riqueza americana. Estos factores económicos, de otra, no explican verdaderamente el género de los tratados romances de usura: la revolución de precios, los cambios en masa, los contratos mercantiles no serían causas de una renacida atención por la represión del beneficio mercantil, sino, más bien, síntomas de transformaciones sociales más profundas que, éstas sí, obligaban a relanzar y difundir en ámbitos más amplios las proscripciones tradicionales elaboradas y bien conocidas por teólogos y juristas.

La respuesta ha de venir desde la consideración misma del modelo social en que condena de la usura y factores de desarrollo mercantil venían a coincidir. Es sabido que dicho modelo descansa económicamente en la percepción de rentas por estamentos jurídicamente privilegiados; privilegiados no sólo bajo aspectos de rango o condición, sino, precisamente, por ser jurídicos los mecanismos situados en la obtención compulsiva de esas rentas. En un tal panorama la condena del beneficio económico jugó el papel de someter el derecho de contratos a un sólido régimen de indisponibilidad patrimonial y responsabilidad limitada a la renta, que subordinaba de esa forma el mercader al clérigo y al noble. La literatura que viene interesándonos parece, oblicuamente, acreditarlo: «De esta manera», proclamaba en 1541 Cristóbal de Villalón dirigiéndose a banqueros y cambiadores, «apocays y disminuys la nobleza de la república necesitándolos a todos con vuestras usuras, por las cuales se ponen en sumptuosidades y excessos demassiadados confiando que

sobre todo referencias de pp. 823-826, que me han facilitado el dato de las traducciones consignado en n. 14. Y para autores ingleses — ausentes del *Handbuch*, salvo indicaciones de pp. 858-863, que convendrá repasar al evidenciar la presencia de la cuestión de la usura en, por ejemplo, la *Lex mercatoria* de un Gerard Malynes (1586-1641) — preocupados, junto a Wilson, por la usura se acudirá a Joseph A. SCHUMPETER, *Historia del análisis económico* (1954), traducción castellana de Manuel Sacristán, Barcelona, Ariel, 1982, pp. 145-146, y sobre todo: Daniel R. COQUILLETE, *The Civilian Writers of Doctor's Commons, London. Three Centuries of Juristic Innovation in Comparative, Commercial and International Law*, Berlin, Duncker und Humblot (= Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, hrg. von Helmut Coing und Knut Wolfgang Nörr, Bd. 3), 1988, pp. 97 y ss.

por sus ynteresses vosotros sse los sustentareys; e no sienten los desventurados el veneno de vuestra maldad hasta que se veen comidos y que para pagaros es necessario vender sus mayorazgos propios y rentas que sus padres les dexaron» (21); «primeramente», nos enseña ahora Mercado, tratando del cambio seco, «los caualleros, y príncipes toman gran cantidad y libran en Nápoles, en Eneuers, o en Coymbra. Donde no tienen mas dinero, ni les ha de venir que en tablada, o solo por gozar del tiempo, dan vna primera de cambio para alguna persona que esta alla, y las mas de las vezes se finge, ni sale la letra del escritorio del cambiador hasta cumplido el término, y cumplido haze el otra en nombre de su fator, do dize, que no teniendo para aquel pagamento lo tomo a cambio a tanto por ciento. Y en seys meses de yda y buelta fingida le sale al cauallero el gasto de su fausto a veyte y cinco por ciento» (22); «And is not the common wea-

(21) Cristóbal DE VILLALÓN, *Prouechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes y reprobación de usura* Valladolid, 1546 (en rep. facs. de Valladolid, Universidad, 1945), fol. ix y vto. Es recogido por Bartolomé CLAVERO, *Usura* cit. (n. 8), p. 81 (cfr. p. 87 y n. 2, para las ediciones de esta obra), cuyo análisis de la cuestión me he permitido resumir en el texto; del mismo, «The Jurisprudence on Usury» cit. (n. 8), pp. 29-32. Y para el conocimiento de ese derecho patrimonial al que repugnaba constitutivamente la idea de beneficio mercantil resulta igualmente indispensable el mismo CLAVERO, *Mayorago. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*, Madrid, Siglo XXI, 1974 (2ª ed. 1989, con importante apéndice que no nos afecta), donde encuentra lógico tratamiento la braudeliana «traición de la burguesía»: cfr. pp. 102-121. Datos de interés (procedente de su tesis, inédita, *Trade and Business Community in Old Castile: Medina del Campo, 1500-1575*, University of East Anglia, 1982) ha consignado ahora Falah Hassan Abed AL-HUSSEIN, *El gran crédito*, en Eufemio Lorenzo SANZ (coord.), *Historia de Medina del Campo y su tierra. Auge de las Ferias. Decadencia de Medina*, II, Medina del Campo, Ayuntamiento de Medina et alii, 1986, pp. 93-122: en los 2.578 préstamos con ricsora localizados en el periodo 1515-1575, la mayoría de los prestatarios son, por este orden, negociantes y nobles (p. 95); la nobleza era un excelente cliente de los banqueros, que descontaban los elevados intereses a percibir del capital otorgado (pp. 109 y ss.; esos intereses era del 27.7% en 1535 y del 60% en 1547, p. 112); las relaciones feudoseñoriales aparecían en este contexto por la frecuencia en que los vasallos se aceditan como garantes de sus señores (p. 115); en fin, así se explicarían declaraciones como la de las Cortes de 1563 lamentando que los «grandes señores y gente principal del reino estén consumidos y destruidos» (p. 115).

(22) Tomás de MERCADO, *Tratos y contratos de mercaderes y tratantes discidados y determinados, por el Padre Presentado Fray Thomas de Mercado, de la orden de los Predicadores*, Salamanca, Matías Gast, 1569, p. 96 y vta.; es la primera edición de esta

le mucho worse», se preguntaba, algunos años después y por boca de uno de sus ficticios personajes, el jurista y político inglés Thomas Wilson, «when a landed gentleman of an auncient house perhaps is eaten up by an usurer, and so hys howse decayed for ever, and hys poore tenaunts racked and hayled with incumbes and fynes upon the usurers firste entrance and possession takynge of the land?» (23). La contradicción entre el creciente protagonismo de los nuevos operadores económicos y el tradicional privilegio de las viejas clases feudales se detecta, como vemos, en el terreno de un derecho de obligaciones diseñado para afirmar las segundas a despecho de los primeros.

Resta por ver la efectiva influencia ejercida por el género de los tratados de usura en el mundo mercantil. Se trata de un tema abierto, aunque nuclear en la antropología de la sociedad moderna (24), a cuya correcto desarrollo he de renunciar. No cabe, con todo, desconocer las informaciones ofrecidas por los autores de esos tratados, que revelan de entrada un cierto escepticismo. Algo incrédulo, por ejemplo, se nos presenta el ya citado Tomás de Mercado cuando, a propósito de definir la usura, opta por la brevedad, «no porque fue-

conocida obra, alterándose algo en las posteriores (de las que existen reproducciones facsimilares) título y contenido. Véase además Cristóbal de VILLALÓN, *Prouechoso tratado* cit. (n. 21), fol. xxvii, con su capítulo xvii «en el qual se tratan cambios que se hazen con caualleros y señores»: el realizado a la nobleza se presenta, pues, como especie dentro del género de los cambios, encontrándose aún sin estudiar una tal vía crediticia abierta a la propiedad feudal.

(23) *A Discourse upon usury* cit. (n. 20), p. 356, correspondiendo el pasaje a «the preacher's last oration». Sobre el endeudamiento de la nobleza inglesa contemporánea informa R.H. TAWNEY, pp. 31-42 de su introducción.

(24) Como supo ver Julio CARO BAROJA, *Las formas complejas de la vida religiosa. (Religión, sociedad y carácter en la España de los siglos XVI y XVII)*, Madrid, Akal, 1978, singularmente pp. 363 y ss. La envergadura que esta suerte de temas contienen para una mejor fundamen(ta)ción de la historia jurídica es caballo de batalla de Bartolomé CLAVERO: *Usura* cit. (n. 8), pp. 27-30, así como, en general, *Historia y Antropología. Para una epistemología del derecho moderno*, en Joaquín CERDÁ-Pablo SALVADOR (eds.), *I Seminario de Historia del Derecho Privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra (Barcelona), Universidad Autónoma de Barcelona *et alii*, 1985, pp. 9-35; cfr. mi reseña en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 56 (1986) 1096-1103. Recientemente Rodolfo SAVELLI, *Modelli giuridici e cultura mercantile tra XVI e XVII secolo*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 18 (1988), 3-24, plantea la cuestión, que enmarca la que ahora interesa, «delle relazioni intercorrenti tra le elaborazioni provenienti dal mondo del diritto e gli ambienti mercantili».

ra malo entenderlo», dice, «sino porque los tratantes en ella tienen tan poca voluntad de gastar un rato en leer y entender cuán malas son sus ocupaciones, cuanto suele tener poco deseo aun de buenos manjares el enfermo cuyo apetito está ya perdido y estragado» (25). Otros testimonios, en cambio, nos enseñan la eficacia del púlpito para influenciar en los tratos mercantiles (26). De todas formas, casos como el de los Scrovegni padovanos debieron ser frecuentes (27), aunque los remordimientos *in die illa tremenda* no dejaron, por desgracia, en el ámbito de la Monarquía Católica, ejemplares artísticos de importancia equiparable (28).

(25) *Tratos y contratos de mercaderes* cit. (n. 22), p. 141 vta.; ya se alegó un texto de alcance similar de Luis Saravia de la Calle. Pero MERCADO, que dedica su obra al Consulado de Sevilla, advierte que la compuso a ruegos de mercaderes interesados en conocer la moral de los contratos: no hace falta recordar que el autor pretende continuamente describir la práctica que tiene a la vista; cfr. por ejemplo p. 129 vta.: «mi intento es solo escriuir de lo que se vsa en mi tiempo, y en nuestra tierra».

(26) Rodolfo SAVELLI, *Between Law and Morales* cit. (n. 8), p. 66: Láinez informaba a — nada menos — Ignacio de Loyola que, de resultas de sus prédicas a los comerciantes genoveses, «ya algunos han deliberado comprar renta y dexar los cambios: otros de hazer mercaderías y no vivir de prestar». La «traición de la burguesía» de Génova consistía, como vemos, en subordinar el cambio (capital comercial) al censo (régimen patrimonial feudal).

(27) John REEDER, *Tratados de cambio* cit. (n. 19), p. 176, recogiendo los datos que aporta Carande sobre el mercader Alonso de Espinosa. Sobre los escrúpulos de Simón Ruiz ante la práctica de los depósitos de dinero retribuidos se ha hecho eco José MARTÍNEZ GIJÓN, *La comenda en el Derecho español*, I. *La comenda-depósito*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 34 (1964), 31-140, sobre todo pp. 99-100 con uso de su correspondencia comercial. Giovanni CASSANDRO, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1978, pp. 191 y ss., planteándose nuestra cuestión («Il diritto di usura nella pratica») desde el ángulo de los cambios, no desciende demasiado al terreno de lo concreto; tampoco encontraremos más datos en Hilary Dansey SMITH, *Preaching in the Spanish Golden Age. A Study of Some Preachers of the Reign of Philip III*, Oxford, University Press, 1978, cfr. p. 121 sobre sermones dirigidos específicamente a mercaderes, ni en Pedro GAN GIMÉNEZ, *El sermón y el confesionario, formadores de la conciencia popular*, en Carlos ALVAREZ SANTALÓ y otros (coord.), *La religiosidad popular. II. Vida y muerte: la imaginación religiosa*, Barcelona, Anthropos-Fundación Machado, 1989, 111-124.

(28) Interesará revisar Jesús PALOMERO PÁRAMO, *El retablo sevillano del Renacimiento: análisis y evolución (1560-1629)*, Sevilla, Diputación Provincial, 1983, pp. 9 y ss. sobre la «clientela y la financiación del retablo» (de que resulta que, con todo, la mayor

Y es que «the marchants themselves», además de papas y autoridades seculares y eclesiásticas, reclamaron durante todo el siglo XVI, según recuerda Savelli en un hermoso trabajo ⁽²⁹⁾, la opinión de juristas y teólogos acerca de la licitud de sus contratos: debate en las Universidades alemanas y en Bolonia sobre los intereses (1513-1515); promulgación de la bula *Inter Multiplices* (1515) relativa a montes de piedad; dictámenes de los doctores parisinos en materia de cambios (1517); recurso de la colonia mercantil española en Amberes a la Universidad de París en relación a lo mismo (1532); discusiones en la Génova de mediados de siglo sobre los cambios, con participación de teólogos, juristas y comerciantes ⁽³⁰⁾... Dentro de clima semejante se comprende que los mercaderes, ocasionalmente atormentados por escrúpulos de conciencia, consultasen a los mora-

inversión procede de los estamentos privilegiados: nobleza, un 29.5%; Iglesia, un total — Arzobispado, órdenes y clero — de 49.5% de los casos estudiados, que podían incrementarse en el 8% de confradías y hospitalares, todo ello frente al exiguu 1.25% de la burguesía: pero resta por ver qué entiende Palomero por tal), pp. 87 y ss. acerca de «la 'desmonetización' originada por la policromía»: según las estimaciones, forzosamente aproximativas, de Palomero los casi cien retablos mayores de la diócesis más los 146 colaterales equivalieron a 102.400 ducados; en la misma página, referencias a normas borbónicas prohibiendo, *pro moneta*, confección de retablos en madera dorada.

⁽²⁹⁾ Rodolfo SAVELLI, *Between Law and Morals* cit. (n. 8), pp. 45-46. Y no sirve para documentar estos aspectos Bruno AGUILERA-BARCHET, *Historia de la letra de cambio en España. (Seis siglos de práctica trayecticia)*, Madrid, Tecnos, 1988, que, no obstante su volumen, al no plantearse como cuestión central el problema de la usura, resulta una investigación desenfocada: cfr. especialmente pp. 122-124, pp. 410-426. Falah Hassan Abed AL-HUSSEIN, *Los cambios y el mercado del dinero medinense*, en Eufemio Lorenzo SANZ (coord.), *Historia de Medina del Campo* cit. (n. 21), I, pp. 67-92, orienta ese capítulo sobre letras desde la necesidad de sortear la prohibición de la usura, para ofrecer a continuación una nutrida serie de tablas con las cotizaciones de los cambios.

⁽³⁰⁾ Rodolfo SAVELLI, *Between Law and Morals* cit. (n. 8), pp. 58 y ss.; de la correspondencia entre Laínez y Loyola destacan las noticias sobre las medidas adoptadas por la república genovesa ordenando «que se junten algunos mercaderes a narrar sus contratos y proponer las razones que les parece que los justifican y también se junten a oír teólogos y juristas» (p. 61). Y permítaseme una referencia de fuentes: Francisco de Vitoria, «Disenciones del reverendo padre maestro fray Francisco de Vitoria sobre ciertos tratos de mecaderes», en edición de Vicente Beltrán de Heredia, Francisco de VITORIA, *Comentario al Tratado de la Ley*, Madrid, 1952, pp. 512-528; en pp. 517 y ss. la consulta de los mercaderes españoles de Flandes y respuesta de los doctores de París (según manuscrito romance de la Biblioteca Universitaria de Sevilla).

listas exponiendo, incluso, los libros de contabilidad al juicio del confesor ⁽³¹⁾.

Desde luego la virtualidad práctica de la represión de la usura siempre resultaría inferior al rigorismo de los teólogos y juristas que la condenaban, pero probablemente más amplia de lo que sus quejas permiten imaginar. De otro modo no se explica la aparición en el mundo de las prácticas comerciales de contratos aberrantes, imaginados precisamente para sortear la prohibición de principio bajo veste de licitud. Es famoso el contrato trino, sobre el que disponemos de las páginas de Alberto García Ulecia ⁽³²⁾. Este contrato (*contractus trinus, triplex*) combinaba un pacto de sociedad (entre capitalista y mercader que granjearía el dinero), otro de seguro (el mercader garantiza la devolución del capital, a costa de la renuncia por el inversor de una parte de sus ganancias) y un tercer acuerdo de venta (en que el inversor actúa como enajenante del resto de la ganancia esperada que le correspondiese, siendo el mercader comprador y la percepción de una suma fija el precio previsto en la operación); la extraña fórmula se difundió, según informa la doctrina ocupada en analizarla ⁽³³⁾, desde el siglo XVI, resultando así rigurosamente contemporánea de las obras contra usura que aquí se han utilizado. Teólogos moralistas y estudiosos del derecho de sociedades — en el que la atribución del riesgo del capital a su aportante era condición necesaria de licitud que otorgaba sede a las reflexiones sobre el contrato trino ⁽³⁴⁾ — protagonizaron respecto a su admisión

⁽³¹⁾ Rodolfo SAVELLI, *Between Law and Morals* cit. (n. 8), p. 49.

⁽³²⁾ Alberto GARCÍA ULECIA, *El contrato trino en Castilla bajo el Derecho Común*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 6 (1979), 129-185, preferible a Burckardt LÖBER, *El Derecho de Sociedades en la Escolástica Española* (1967), trad. y rev. de Antonio Pérez Martín, Granada, Instituto de Historia del Derecho, 1979, pp. 69 y ss. La fórmula se aplicó también para justificar los depósitos retribuidos de dinero: José MARTÍNEZ GIJÓN, *La comenda-depósito* cit. (n. 27), p. 103.

⁽³³⁾ Alberto GARCÍA ULECIA, *El contrato trino* cit. (n. 32), pp. 129-130, invocando la autoridad de Miguel Bartolomé Salón (s. XVI) y Daniel Concina (s. XVIII).

⁽³⁴⁾ Véase del mismo Alberto GARCÍA ULECIA, *Las condiciones de licitud de la compañía mercantil en Castilla bajo el derecho común*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 7 (1980), 39-94, singularmente pp. 51-72. El trabajo de García Ulecia se explica genéticamente en referencia a las investigaciones de José MARTÍNEZ GIJÓN, *La compañía mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737*.

un nutrido debate durante la edad moderna, cerrado tan sólo con la aparición en el primer tercio del siglo XIX — en el umbral por tanto de una nueva época — del *Tratado de la usura* de Marco Mastrofini, donde se admitía ya, y sin complejos, en términos de mutuo retribuido. Los famosos cambios fingidos (cambios secos) y las mohatras o baratas (falsa venta al fiado, seguida de una nueva venta al contado, por el precio que es la suma efectivamente prestada, al prestamista-primer vendedor) constituían otros expedientes imaginados desde antiguo para obtener ganancias del dinero ⁽³⁵⁾.

Si el contrato trino puede valer como ejemplo de los resortes prácticos a que habían de recurrir los comerciantes para escapar de la prohibición de la usura, ofrece intachable testimonio de su incidencia en el mundo de los negocios, la que cabe aún rastrear por otras vías. Una primera: la literatura que podemos considerar más despreocupadamente mercantil, por dirigirse a comerciantes y abordar la exposición de los problemas jurídicos que les eran propios. Si repasamos, en este sentido, la conocida *Curia Philípica* de Juan de Hevia Bolaño (1603), verdadero éxito editorial que gozó de gran influencia ⁽³⁶⁾, se comprobará que la materia de la usura hace su aparición estelar iniciando el libro segundo sobre comercio terrestre ⁽³⁷⁾, al

Legislación y doctrina, Sevilla, Publicaciones de la Universidad, 1979, que es una de las pocas monografías modernas sobre tema mercantil de que disponemos.

⁽³⁵⁾ Util la síntesis de Marjorie GRICE-HUTCHINSON, *El pensamiento económico* cit. (n. 10), pp. 63 y ss.

⁽³⁶⁾ Karl Otto SCHERNER, *Die Wissenschaft des Handelsrechts* cit. (n. 20), p. 864, enumera más de treinta ediciones hasta bien entrado en siglo XIX, entre ellas una latina (Florentiae 1702). Las obras de Benvenuto Stracca y Sigismondo Scaccia no tuvieron tantas, aunque los lugares de publicación correspondieron, al contrario que en el caso de Hevia Bolaño, que así acredita una proyección preferentemente hispánica, a los grandes centros editoriales europeos (Lyon, Venecia, Colonia, Frankfurt...). Y sobre Hevia (ca. 1570-1623), con datos biográficos y reparos a la autoría de sus obras, puede verse Guillermo LOHMAN VILLENA, *En torno a Juan de Hevia Bolaño. La incógnita de su personalidad y los enigmas de sus libros*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 31 (1961) 122-161.

⁽³⁷⁾ Utilizo la edición de Madrid, Ramón Ruiz, 1797: *Curia Philípica, primero y segundo tomo. El primero, dividido en cinco partes, en las que se trata breve, y compendiosamente de los Juicios civiles y criminales, eclesiásticos y seculares, y de lo que sobre ellos está dispuesto por Derecho, y resoluciones de Doctores: útil para los Profesores de ambos Derechos y Fueros, Jueces, Abogados, Escribanos, Procuradores y*

frente de una especie de parte general del «derecho mercantil» de obligaciones ⁽³⁸⁾ que allí encuentra tratamiento. La usura se nos muestra en su tradicional esplendor, desde la definición restrictiva que la vincula al mutuo ⁽³⁹⁾ hasta la extensión casuística del principio a todo tipo de pactos generadores de ganancia, si es «que debaxo de ellos haya empréstito mutuo encubierto» (n. 4). Usura aparece en el préstamo de moneda de calidad baja para ser devuelta en otra superior (n. 5), en diversos préstamos acompañados de condiciones no gratuitas (nn. 6 y 7), en la prenda de usufructo (n. 8), en la compañía cuando no se asumen los riesgos del capital (nn. 10 y 11), en la compra de créditos no vencidos por menos de su valor (n. 17), la de granos y frutos futuros por precio injusto o vil (n. 20 con otras observaciones; n. 25), en la venta al fiado para hacer barato (nn. 27 y 28; se refiere a las mohatras), en los arrendamientos de cosa con merced inferior a la renta que podría producir su precio, celebrados entre comprador y vendedor (n. 31), en el traslado de la responsabilidad por muerte fortuita del animal al que lo alquila (n. 34). Por el contrario otros contratos dudosos se aceptan como legítimos y no usurarios; bastará recordar aquí la insistencia de Hevia Bolaño en restringir la usura al mutuo y operaciones que sustancialmente lo suponen, en tanto se admite ganancia lícita en la compra de mercancías por quien financió originalmente su adquisición, al calificarse la relación subyacente de mandato (n. 19), o cuando se describen (con bastante torpeza) los censos (n. 29).

La presencia de la prohibición de la usura en la obra de Hevia Bolaño parece compensarse con la admisión de prácticas lícitas productoras de beneficio económico, pero seguimos así situados en el centro de un sistema contractual al que no repugna compatibilizar la

otras Personas. El segundo tomo distribuido en tres libros, trata de la Mercancía y Contratación de Tierra y Mar: útil, y provechoso para Mercaderes, Negociadores, Navegantes y sus Consulados, Ministros de los Juicios, y Profesores de Jurisprudencia.

⁽³⁸⁾ Usura, intereses, hipoteca, prorrogación (prórroga), novación, cesión, paga, libros, cuentas, finiquito, fallidos, prelación, revocatoria, compromiso y consulado eran los capítulos del tal libro; en el anterior se abordan los contratos en particular, estatuto del comerciante, auxiliares, etc.

⁽³⁹⁾ «Usura, es ganancia estimable a dinero, que se toma por razón de empréstito mutuo de cosas que consisten en número, peso o medida, claro, o encubierto», p. 346; en el texto iré citando por la numeración de los párrafos, según sumario de pp. 345-346.

condena general con todo tipo de salvedades circunstanciales. Es indiscutible, con todo, una mayor apertura hacia la sensibilidad mercantil en un Hevia que en un Saravia de la Calle o un Villalón ⁽⁴⁰⁾; pero tampoco es posible discutir que la obra de Hevia, con la obligada admisión del principio, reafirmaba su vigencia entre los mercaderes.

¿Cuál es el testimonio que ofrecen, a este propósito, las normas más directamente «mercantiles»? De la presencia de una legislación casuística contra la usura en los cuerpos del derecho territorial recopilado (castellano) obtenemos datos gracias al mismo Hevia Bolaño ⁽⁴¹⁾, pero en sus páginas falta toda alusión a esas ordenanzas consulares que reglamentaban específicamente los tratos del comercio y procedían de las corporaciones de negociantes que todavía habré de tratar (cfr. *infra* ii).

No obedece la omisión señalada a incuria o desconocimiento de Hevia. Las ordenanzas de los consulados de los siglos XVI y XVII, regulando preferentemente, como veremos, la corporación mercantil misma y la jurisdicción de sus órganos rectores, sólo se extienden en el seguro (marítimo), con inferior atención al derecho cambiario o a otros supuestos contractuales más próximos a la usura; y nuestros escasos conocimientos sobre la jurisprudencia creada por los consulados impide determinar qué papel jugó en los pleitos mercantiles la represión de la ganancia ilícita ⁽⁴²⁾. No carecemos, sin embargo, de

⁽⁴⁰⁾ Interesa recoger el siguiente pasaje (n. 35): «Aunque la usura es prohibida por todos derechos, natural y positivo, (como lo dicen dos leyes de la Recopilación, y en ellas Acevedo) si alguno hace algún acto, o contrato, que verdaderamente contiene usura, y comúnmente se tiene, y usa por lícito, y se cree no tenerla, no se dice el que le hace ser usurario, ni lo es, ni la comete, sino es que tenga ignorancia supina de ser obligado a saberlo, y no lo procuró saber, como por un texto, y otros derechos, y Autores que refieren, lo tienen Bártulo, y Cepola, diciendo que es muy notable para los Mercaderes, y otros, que cada día hacen muchos contratos semejantes a éstos, que aunque son usurarios comúnmente no se tienen por tales», p. 351.

⁽⁴¹⁾ En el capítulo de usura cita Nueva Recopilación 9,11,22 (n. 15, nota d; n. 28, nota i); 9,16,20 (n. 15, nota d); 5,25,14 (n. 20, nota d); 5,11,17 (n. 22, nota i); 8,6,4 (n. 26, nota b); 3,4,29 y 5,11,22 (n. 27, notas e-f; n. 40, nota d); 9,16,17-19 (n. 28, nota h); 9,11,20 (*ibid.*); 5,18,15 (n. 11, nota m; n. 36, nota h; n. 40, nota e); 4,21,1 y 8,6,1 (n. 36, nota h); 8,6,4 (n. 38, nota m). Se invocan también, pero con menos frecuencia, las Partidas (por ejemplo n. 36, nota i).

⁽⁴²⁾ Faltan, en otras palabras, trabajos de alcance similar al de Rodolfo SAVELLI, *Between Law and Morals*, repetidamente citado (n. 8); he aquí una de las grandes lagu-

datos aislados que demuestran la permeabilidad de las normas corporativas al principio general contrario a los lucros usurarios. Poco inocente resulta, por ejemplo, la calificación de «justo precio» que recibe la estimación de la prima en la fórmula oficial de póliza de seguros instituída por las Ordenanzas bilbaínas de 1531⁽⁴³⁾, pero más indicativo todavía de la recepción del régimen de la usura en la legislación mercantil resulta la ordenanza xxvi de las burgalesas de 1538, con la prohibición de las mohatras⁽⁴⁴⁾. De todas formas la

nas a cubrir, a lo que ayuda la conservación más que aceptable de los fondos documentales de los viejos consulados (al menos, Sevilla-Cádiz) y el manejo de los decisionistas de la Corona de Aragón (Tristany, Xammar, Cortiada, etc), sobre los que existe algún trabajo inédito de José Martínez Gijón. En relación a los fondos procesales de la nación castellana de Brujas ofrece información Santos M. CORONAS GONZÁLEZ, *Derecho mercantil castellano. Dos estudios históricos*, León, Colegio Universitario, 1979, especialmente pp. 100-102; la denuncia, en las mismas, de la pérdida de documentación judicial de Burgos y Bilbao deberá, en todo caso, matizarse considerando que, al menos en Bilbao, el Archivo de la Diputación de Vizcaya conserva documentación mercantil, que llegaba al corregidor como juez de apelaciones: alguna utilizó Carlos PETIT, *La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, 1737-1829*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad, 1980. Ultimamente viene interesándose por el estudio de estos materiales Adela MORA CAÑADA, en relación al Consulado de Valencia (s. XVIII): cfr. *El tribunal del Consulado de Valencia en el siglo XVIII: conflictos de competencia y legislación aplicable en los procesos*, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, II, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España-Consejo General del Notariado, 1988, 629-638; *Los principios del procedimiento mercantil del nuevo tribunal de comercio valenciano de 1762*, en *Homenaje al Doctor Sebastià García Martínez*, II, València, Conselleria de Cultura, Educació i Ciència, 1989, 355-366. En lo relativo a Mallorca Román PIÑA HOMS, *El Consolat de Mar, Mallorca 1326-1800*, Palma de Mallorca, Institut d'estudis baleàrics, 1985, p. 171, habla del «riquísimo fondo» procesal conservado que, por desgracia, el autor ha estado muy lejos de aprovechar mínimamente.

⁽⁴³⁾ Ed. Teófilo GUIARD Y LARRAURI, *Historia del Consulado y Casa de Contratación de Bilbao y del comercio de la Villa*, I, Bilbao, José de Astuy, 1913 (rep. facs. en tres tomos. Bilbao, Gran Enciclopedia Vasca, 1972), pp. 584-621, especialmente ordenanza xxiv, p. 600: «... el qual dicho riesgo vos tomamos y aseguramos por el justo precio y salario deste seguro entre nosotros concertado e igualado, que conoscemos haber tomado y rescibido en dineros contados...»

⁽⁴⁴⁾ Ed. Eloy GARCÍA DE QUEVEDO Y CONCELLÓN, *Ordenanzas del Consulado de Burgos de 1538 que ahora de nuevo se publican, anotadas, y precedidas de un bosquejo histórico del Consulado*, Burgos, Diputación Provincial, 1905, pp. 209-210: «Otro si que por evitar fraudes e daño de las consciencias y aun por que es perjuicio de la autoridad de la dicha universidad, que ninguno de la contratación della sea osado de vender ni

escasez de noticias en las ordenanzas — que todavía habríamos de valorar con entrada, por ejemplo, de su amplia regulación de las limosnas institucionales satisfechas por las universidades de mercaderes, explicables bajo el sentimiento de culpa que sembraban los moralistas (45) — no debe desorientarnos: se trataba de disposiciones de un

venta mercadería alguna de fardales ni de otras cosas a personas que lo quieran tomar fiado para vender el dinero el (*sic*) barato, so pena de cinco mil maravedís por fardel e al respecto de otras mercaderías, e para que esto se pueda saber, por que cada uno se guarde de lo no hacer, que la persona o personas de la universidad que las tales mercaderías vendieren fiadas, tomen juramento al que las comprare si las compra fiadas para las vender el dinero para barato, e ansi mismo tome juramento al corredor, si en ello interviniere, e ansi mismo se defiende que ningún corredor no pueda ni sea osado de intervenir en semejante trato, so pena de dos mil maravedís al corredor por la primera vez, e por segunda que no sea havido por corredor de la contracción de la dicha universidad».

(45) Ya se ha citado a LUIS SARAVIA DE LA CALLE; pero cfr. *Instrucción* cit. (n. 14), p. 68, permitiendo el ánimo de lucro por causa justa, como sería la limosna. Sobre la misma interesa la regulación contenida en las Ordenanzas burgalesas de 1538, ordenanzas iv, pp. 178-182; xxxvi, p. 225. Y no hace falta añadir que estas limosnas, destinadas a restablecer la justicia conmutativa que la negociación habitual no dejaba de alterar, presentan una importancia sustantiva desde la perspectiva de un derecho de contratos que reprimía como inmoral prácticamente cualquier ganancia; no me resisto a recoger el siguiente texto de Tomás de MERCADO, *Tratos y contratos* cit. (n. 22), p. 13 vta.-14: «Item deuen (se refiere a los mercaderes) ser muy limosneros como gracias a Dios lo son en extremo los destas gradas: porque demas de la obligación general que a ello tienen todos los fieles: corre en ello vna particular, conuiene a saber, que mercando y vendiendo a la continua no pueden tanto apurar el justo precio que no peque por carta de más a las vezes el que vende, o por de menos (quando ven algún lance) el que compra, do se incurren sin sentirlo dos mil carguillos de restitución: de los quales se descarga con la limosna»; cfr. aún Robert S. SMITH, *The Spanish Guild Merchant. A History of the Consulado, 1250-1700*, Durham (North Carolina), Duke University Press, 1940, que además de haber sido objeto de reimpresión (New York 1972) se ha traducido (por E. Riambau), en defecto de algo mejor, recientemente: *Historia de los Consulados de mar (1250-1700)*, Barcelona, Península, 1978; cfr., p. 139 y nota 68: 89.080 maravedís gastó el Consulado de Sevilla en limosnas en 1585, que bajaron, ¿tal vez acusando una contracción de la actividad comercial?, a 54.000 en 1606. Y ya que ha interesado Génova como elemento de comparación: Edoardo GRENDI, *La repubblica aristocratica dei genovesi. Politica, carità e commercio fra Cinque e Seicento*, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 303: un testimonio contemporáneo afirmaba «non esservi in Italia città alcuna ove tanto danaro si profonda in elemosine ed ove s'incontri copia maggiore di mendicanti che in Genova»; pero falta, sin embargo, en el trabajo de Grandi una mayor integración entre tales datos y la realidad mercantil de la plaza tirrena. Cfr. además el informe de Rodolfo SAVELLI, *Mécanismes institutionnels économiques à Genes*, en André STEGMANN (dir.), *Pouvoir et*

ius proprium corporativo que presuponía la vigencia de un más desarrollado *ius commune* en el que no había dudas, según se ha visto, sobre la relevancia de la prohibición de la usura.

Si prohibida estaba la usura, permitido, y bien permitido, lo estaba el *interesse* ⁽⁴⁶⁾. «Intereses son los que el acreedor de la deuda, mediante ella pierde de su hacienda, o ganancia que dexa de ganar, según un Jurisconsulto. Y lo mismo se lleva, por el riesgo, y peligro»: así definía Hevia Bolaño ⁽⁴⁷⁾, adaptando a la ortografía más común del castellano un término que venía conservándose en latín, lo que realmente aparecía como concepto jurídico superior a los de lucro cesante y daño emergente y se encontraba destinado a albergar la ganancia legítima mercantil que la prohibición de usura vetaba ampliamente. «Estos dos intereses de daño emergente, y lucro cesante», proseguía Hevia Bolaño, «lícitamente se pueden pedir, y llevar, concurriendo para ello los requisitos necesarios que se requieren, como lo tienen todos, según Navarro. Y se confirma por una Pragmática nueva, en que se dice, que no se pueda llevar el interés de dinero que se pusiere en poder de alguno, o se le prestare, aunque sea con color del daño emergente, o lucro cesante, u otro que no sea en los casos permitidos por derecho, y estos lo son; y así no prohíbe estos intereses siendo verdaderos, y legítimos, sino los fingidos, que no lo son. Y se pueden llevar estos dos intereses, aunque no se dé el dinero por fuerza, o antes de la tardanza, o culpa en la paga» (nn. 1 y 5). El tratamiento de los intereses que ofrece Hevia se resuelve a continuación en consideraciones de múltiples casos particulares, de los que cabe, con todo, extraer algún principio general que deberá aún entreteñernos (cfr. *infra*, ii).

Quisiera llamar la atención sobre la ubicación sistemática de este capítulo sobre intereses: se encuentra, siempre a la cabeza del libro sobre comercio terrestre, inmediatamente a continuación del capítulo de usura. Y es que el interés actuaba, respecto a la usura, como

institutions en Europe au XVIème siècle, Paris, Lib. Philosophique J. Vrin, 1987, 47-56, en italiano.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. en general Bartolomé CLAVERO, *Usura* cit. (n. 8), pp. 60-100.

⁽⁴⁷⁾ *Curia Philípica* cit. (n. 37), p. 353, correspondiente al capítulo segundo del (segundo) libro sobre comercio terrestre, como sabemos. Cfr. Rodolfo SAVELLI, *Between Law and Morals* cit. (n. 8), pp. 93 y ss., que interesan en más de un concepto.

reverso de la moneda: la represión de la segunda se dulcificaba con la admisión, por supuesto bajo condiciones, del primero; el tratamiento de la usura remite al interés, constituyendo ambos conceptos la base toda del sistema de contratos. Acudamos de nuevo a Castejón: «Et an, liceat mercatori pecuniam dare, vt cum ea negocietur, et quomodo, vide verbo *Interesse*» (48); reenvío inevitable de *usura* a *interesse*, que por encima de la anécdota concreta — bien representativa, por lo demás, de la consideración que merecía la licitud de los tratos según la condición mercantil de la parte financiada — evoca un panorama doctrinal y jurídico mucho más amplio. Y si el lector de Castejón que consulta las cuestiones de usura así puede llegar a saber de la existencia del *interesse*, comprobará aún que la problemática del nuevo concepto es considerablemente rica (49), componiendo, junto a la de la usura, un catálogo mucho más extenso que el contenido en la voz general de contratos.

La lógica conexión entre *usura* e *interesse* hará que la doctrina titubee, con frecuencia, en el uso de ambos términos, sobre todo cuando la compensación en que se resuelve el segundo fuera, más bien, una manera encubierta, por injustificada, de usura. El peligro a legitimar como *interesse* cualquier tipo de ganancia — *interés* — preocupaba hasta el extremo de evitarse, en algún caso, la adopción del cultismo latino, sin perjuicio de mantener en vigor los conceptos — lucro cesante, daño emergente — que encontraban en aquél su mejor expresión (50), pero, según ha sabido ver Clavero, la reluctancia ocasional ante el término no impediría la admisión de la teoría de su concepto, con el efecto sustancial de distinguir el régimen jurídico de la ganancia mercantil del propio de la renta señorial (51).

De esa manera el *interesse* fungía, según dijera — por supuesto a otro propósito — el Poeta, como arma cargada de futuro en las ma-

(48) *Alphabetum iuridicum* cit. (n. 5), II, v. *usura*, p. 680, n. 5.

(49) *Alphabetum iuridicum* cit. (n. 5), I, v. *interesse*, pp. 649-651, con 26 referencias. Preocupan, sobre todo, las cuestiones relativas a la prueba del *interesse*, lo que resulta muy lógico dada su naturaleza compensatoria.

(50) Bartolomé CLAVERO, *Usura* cit. (n. 8), pp. 69 y ss.; los cautelosos autores que orillan el empleo de *interesse* son Saravia de la Calle (p. 72) y Francisco García (p. 74).

(51) Bartolomé CLAVERO, *Usura* cit. (n. 8), pp. 69 y ss.; así como la más conclusiva p. 85.

nos de los mercaderes de la edad moderna, pero estos mercaderes disponían de algunas otras posibilidades para obtener beneficios considerados legítimos. La controvertida definición del concepto básico *usura* ⁽⁵²⁾ permitía, en primer término, tendencias a recluirlo en el contrato de mutuo (real o ficticio, según informaba, como hemos visto, Hevia Bolaño) y escapar, mediante las potencialidades ofrecidas por otra clase de figuras (cambios, sociedades, ventas), de la prohibición. Un fenómeno análogo observamos en el seno de la doctrina teológica sobre el justo precio: el rigorista Saravia de la Calle, no obstante su enemiga declarada a esos comerciantes que desea *instruir*, recoge de los clásicos de la Escolástica (cap. 4, «en qué consiste el justo precio») un concepto trinitario de justo precio de las cosas, estimando lícito que lo adquirido por el *justo precio piadoso*, o estimación objetiva a la baja, pueda revenderse por su *justo precio riguroso*, esto es, la estimación al alza ⁽⁵³⁾. La inversión de dinero mediante la compra de rentas usando al efecto la institución censual era otra opción abierta a los comerciantes, por más que supusiera el desplazamiento de la pura actividad comercial mediante

(52) Las perplejidades doctrinales en la definición de la usura ocuparon a Bartolomé CLAVERO, *Usura* cit. (n. 8), p. 66, para quien el lector de los tratados del siglo XVI asiste «a una especie de tensión entre la tendencia a canonizar la prohibición de la usura como principio que afecte potencialmente a todo tipo de contratación y aquella otra que, conectando mejor con una tradición jurídica más precisa y que en sus fuentes no había conocido con tal alcance dicha prohibición, la define limitadamente en el ámbito particular de un solo contrato». El famoso Doctor Navarro, Martín de Azpilcueta, encarnaba la orientación restrictiva (conexión usura y mutuo), por lo que no extrañará que sea principal autoridad de Hevia Bolaño: *Curia Philípica* cit. (n. 37), n. 1, p. 346 (texto reproducido *supra*).

(53) Luis SARAVIA DE LA CALLE, *Instrucción* cit. (n. 14), p. 57: «de una cosa se hallarán tres precios: el piadoso, el justo, el riguroso; porque si para estimar o tasar una cosa llaman muchos, no todos darán un precio: unos dirán que vale más. Otros que menos, otros terciarán en el medio. Así como si una cosa se pone en precio, unos la tasan en nueve, otros en once, otros en diez. Nueve será el precio piadoso; once el riguroso; diez el justo. Mas aunque el de diez se llama justo todos se llaman y son justo... y a cada precio de aquestos se puede comprar o vender la cosa y no en más de los once, ni menos de los nueve». Cfr. también pp. 68-70 (cap. 7, «de la intención que ha de tener el mercader y todo negociante»): «no es lícito al mercader comprar la cosa para luego la tornar a vender con ganancias... si no fuese en caso que comprase por el precio piadoso y vendiese por el riguroso, porque entonces sería lícito por no exceder de los términos del justo precio».

los tradicionales mecanismos de disfrute del trabajo ajeno vigentes en la sociedad feudal; y que no se trató históricamente de una mera posibilidad ideal de enriquecimiento lo demuestra la atención que otorga a los censos, como lícita y atractiva alternativa, nuestra ya conocida literatura de tratos y contratos (⁵⁴).

(ii) *Universitas mercatorum*.

Dentro de tal sociedad los mercaderes formaban una corporación distinta — *universitas* — con fines propios y la consiguiente autonomía — organizativa, normativa, judicial — que garantizaba su consecución (⁵⁵). Recordemos que Gil de Castejón,

(⁵⁴) Así Tomás DE MERCADO, *Tratos y contratos* cit. (n. 22), p. 126 vta. y ss.: es el capítulo final del tratado sobre cambios, allí inserto por el interés que había en la compra de rentas para la clase mercantil. Los censos y tributos, «vn contrato muy generalizado en España», gozaban de una injusta mala reputación: Mercado se dedica en esas páginas a deshacer equívocos y difundir la licitud de los censos, recordando la normativa pontificia que la declaraba; ya se ha visto que en la Génova de la Contrarreforma el capital mercantil se refugiaba en la compra de renta: Rodolfo SAVELLI, *Between Law and Morals* cit. (n. 8), p. 66. Falah Hassan Abed AL-HUSSEIN, *El crédito popular: los censos*, en Eufemio Lorenzo SANZ (coord.), *Historia de Medina del Campo* cit. (n. 21), II, pp. 128 y ss., ofrece ahora datos para el siglo XVI sobre la elevada participación de los mercaderes locales en el tráfico de censos, considerado una modalidad, entre otras, de sus inversiones.

Por lo demás, no falta en Mercado una especial atención a lo que puede ganarse lícitamente celebrando préstamos (cap. X del opúsculo sobre usuras, pp. 156 y ss.): el ejemplo de la obtención de privanza y familiaridad de príncipes seculares y eclesiásticos favorecidos por los préstamos (p. 156 vta.), evidenciando de pasada la sumisión del capital mercantil a la renta feudal, tenía un atractivo económico para los hombres del siglo XVI que aún hoy no es difícil imaginar.

(⁵⁵) No conozco mejor síntesis general que la ofrecida por António M. HESPANHA, *História das Instituições. Epocas medieval e moderna*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, pp. 205 y ss.; del mismo interesa aún «Répresentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration», en Erk Volkmar HEYEN (Hrg.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime: europäische Ansichten*, Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann (= Ius Commune: Sonderhefte, 21), 1984, 3-28, que trata en general de la *iurisdictio*. Otras recientes aportaciones sobre el concepto de *universitas* se dedican a meros problemas de cronología o consideran exclusivamente las corporaciones ciudadanas: respectivamente, Susan REYNOLDS, *The Idea of the Corporation in Western Christendom before 1300*, en J.A. GUY/H.G. BEALE, *Law and Social Changes in British History*

preguntándose «de mercatoribus, et qui sint», inmediatamente enfrenta a sus lectores con la corporación: «et de eorum corpore, seu collegio, et iure quo regitur». En el Antiguo Régimen, cuyo «derecho mercantil» se viene describiendo, conceptualmente no había comerciante sin colegio, no cabía una definición del primero sin precisar la condición y régimen del segundo.

«Mercaderes son», enseña Hevia Bolaño ⁽⁵⁶⁾, «los que compran, y venden las mercancías (mayormente en mercados) por ganar en ellas», invocando las Partidas (5,7,1); pero tan elemental definición se completa al consignar la condición mercantil de banqueros y cambiadores (n. 4) y al excluir de ella a otros personajes a los que no resulta ajena la compraventa: aparecen unos *negociadores* que nuestro jurista se resiste a definir con propiedad (n. 4: «son los que exercen negocios de mercancías suyos, o de otros») pero que, en todo caso, abarcan entre sus actividades las ventas al por menor (n. 7, sobre negociadores «regatones») y el alquiler de medios de transporte (n. 10). El mercader se distingue aún del artífice («el que compra las mercaderías, y cosas, y hace de ellas obras, y las muda en otra forma diversa de la que tenían quando las compró, y así las vende», n. 16) y, sobre todo, del que trata en bienes raíces, pues lo suyo es negociar con mercancías (n. 5). No resulta, con todo ello, excesivamente original nuestro jurista, que se limita a recoger el patrimonio *común* de la doctrina, preferentemente italiana.

Y en un sistema contractual represor, según se ha visto, del beneficio mercantil no había de resultar indiferente este punto de definición de quienes, profesionalmente, se dedican a lograrlo. El estudio de Rodolfo Savelli sobre la polémica de los cambios en la Génova de mediados del siglo XVI y la consiguiente jurisprudencia de la Rota local lo ha planteado en sus justos términos: de la condena de

ry, London, Royal Historical Society, 1984, 27-33; Joseph P. CANNING, *The Corporation in the Political Thought of the Italian Jurists of the Thirteenth and Fourteenth Century*, en *History of Thought*, 1 (1980), 9-32. Resultará de provecho ahora Cesare MOZZARELLI (a cura di), *Economia e corporazioni. Il governo degli interessi nella storia d'Italia dal medioevo all'età contemporanea*, Milano, Giuffrè, 1988, en especial trabajos de Ascheri y Mainoni para la edad media, destacando el de Frigo para la moderna.

⁽⁵⁶⁾ *Curia Philipica* cit (n: 37), n. 4, p. 262. Son citas del libro primero del comercio terrestre, capítulo primero.

la usura a la admisión de la retribución del dinero — cambio de paradigma, que diría Clavero — se recorrieron históricamente pasos diversos, interesando ahora la aceptación de la no gratuidad de los préstamos solicitados por unos comerciantes, resulta innecesario recordarlo, dedicados precisamente a hacer fructificar el dinero.

La virtualidad de una tal admisión en el panorama de la Génova del siglo XVI donde, según los jueces locales, *vivitur super interestibus*, suponía identificar la corporación ciudadana como (la propiamente inexistente) corporación mercantil, con la consiguiente extensión potencial del estatuto de mercader a todos los ciudadanos (57), pero ahora se trataba de invocar el ejemplo para subrayar el alcance que tuvo históricamente la llamada determinación subjetiva del «derecho mercantil» corporativo.

De Génova a Hispania (58), de su Rota a nuestra doctrina: válganos como exponente el tan citado Hevia Bolaño, sobre cuyas páginas de *intereses* conviene volver. «Para que el que pretende llevar el interés del lucro cesante, le pueda pedir, y haber, ha de probar tres cosas. La primera, que el deudor no le pagó al tiempo debido, y que por ello, o darle la pecunia, no lo pudo emplear en mercaderías. La segunda, que es Mercader acostumbrado a comprarlas. La tercera, que si tuviera aquella pecunia, la pudiera emplear en ellas, en que ganara verisimilmente, por haber ocasión cierta, y presente entre manos, en que lo poder hacer, porque sin ella no basta con ser Merca-

(57) Rodolfo SAVELLI, *Between Law and Morals* cit. (n. 8), pp. 85 y ss. sobre la admisión de la onerosidad del mutuo concertado con comerciantes; pp. 93 y ss. sobre la jurisprudencia rotal que daba todo su contenido al viejo adagio «*genuensis ergo mercator*».

(58) Cfr. José MARTÍNEZ GIJÓN, *La comenda-depósito* (n. 27), pp. 99 y ss., para el punto concreto de la retribución del dinero depositado en un comerciante; la legislación prohibitiva castellana, situada en la órbita de la pontificia, contaba con los antecedentes de la conciencia mercantil del siglo XVI: escandalizándose precisamente de la laxitud moral de los genoveses sobre los depósitos no gratuitos, Simón Ruiz escribía en una carta de 1569 que «si nos atrebiesemos a la conziencia como ellos bien lo sabríamos hazer y tan bien como ellos». Un suerte de raza distinta (justamente habla Rodolfo SAVELLI, *Between Law and Morals* cit. n. 8, p. 94, de la imagen rotal de los genoveses como «almost 'anthropologically' different») la de los habitantes de Génova en relación a los de Castilla: la moral, que no el color de la piel, marcaba en ese caso las diferencias.

der, y acostumbrado a ganar...» (59). Por encima de los problemas de prueba con que aquí se enfoca el interés, al fin y al cabo compensatorio, aparece claramente la condición mercantil como base para su reclamación; así se explica que, correlativamente, quienes no disfrutaban de esa condición sólo pudiesen reclamar intereses en concepto de daño emergente (60). Y si recordamos ahora la permisividad de algunos autores hacia el *interesse* en términos de ganancia, admisible tratándose de comerciantes (61), se apreciará la importancia de esta cuestión de definiciones.

Pero dentro del estamento mercantil había, según se ha visto, sus clases: frente al grupo más selecto de los *mercaderes*, tratantes al por mayor, unos *negociadores* o regatones, los minoristas, que ejercen oficio de inferior estima social (62). Las diversas categorías, que en

(59) *Curia Philippica* cit. (n. 37), libro II (comercio terrestre), cap. II, p. 354, n. 11.

(60) *Curia Philippica* cit. (n. 37), libro II (comercio terrestre), cap. II, p. 355, n. 15: «Aunque el que no es Mercader puede pedir, y llevar el interés del daño emergente, no lo puede empero hacer del lucro cesante, conforme una ley de Partida...»; el n. 16 permite con todo al no comerciante reclamar por el lucro cesante «quando proviene de delito, dolo o maleficio, o daño hecho en la cosa», y el n. 18 «quando por ley, o estatuto le fuere permitido, y tasado».

(61) Bartolomé CLAVERO, *Usura* cit. (n. 8), p. 73, con cita de Tomás de Mercado: «digo que en las mercadurías necesarias se ha de tener respeto principalmente al bien común y también, secundariamente, a la ganancia de los mercaderes, para que, con el cebo del interés y gusto, insistan y trabajen mejor en proveer la ciudad... Débese considerar lo que a ellos les cuesta, las costas que hacen..., el riesgo..., el tiempo que tienen en ello ocupado su dinero hasta que se saca, y, junto a esto, añadiendo un moderado interés, se hallará y porná el justo precio».

(62) Juan DE HEVIA BOLAÑO, *Curia Philippica* cit. (n. 37), libro I (comercio terrestre), cap. I, nn. 27 y 28, con cita aquí de Nueva Recopilación 6,1,4 y Partidas 2,21,2 y 25; la terminología *mercator* y *negociator*, en uso (en romance) por Hevia, distinguía en la edad media a quienes, comerciando, se encontraban afiliados al gremio (*mercatores probatos et descriptos in libris*) y quienes carecían de formal afiliación: Jean HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial* cit. (n. 2), p. 140. Véase también José MARTÍNEZ GIJÓN, *La compañía mercantil* cit. (n. 34), pp. 37-40, utilizando, entre otras autoridades, los textos de Hevia que aquí se han alegado, y sobre todo, al subrayar el alcance político de estas distinciones, la excelente aportación de Daniela FRIGO, *La «civile proportione»: ceti, principe e composizione degli interessi nella letteratura politica d'antico regime*, en Cesare MOZZARELLI (a cura di), *Economia e corporazioni* cit. (n. 55), 81-108. Algo más se dirá más adelante al tratar de los consulados borbónicos, pero conviene tener presente, aún a falta de la reflexión jurídica que les otorga verdadero sentido, los datos ofrecidos por Antonio-Miguel BERNAL y Antonio GARCÍA-BAQUERO,

estas líneas sólo convenía mencionar, desplegaban toda su eficacia al penetrar en el laberinto de las prohibiciones relativas para ejercer el comercio (permitida, en relación a ciertas personas, la actividad de mercader pero no de regatón) ⁽⁶³⁾, al fijar las matrículas según grupos de comerciantes e, incluso, configurar el propio gremio o corporación con la participación de unos (mercaderes) y la exclusión de otros (tenderos, minoristas) ⁽⁶⁴⁾ o, en fin, en relación a las diferentes obligaciones contables de mercaderes al por mayor y minoristas.

Junto a los comerciantes al por menor, la condición de *negociador* se encontraba atribuida a quien ocasionalmente se viese envuelto en algún acto de tráfico, pues se afirmaba como característica del *mercader* la nota de habitualidad (n. 11).

«Si no es que al único acto preceda haberse matriculado por Mercader en la matrícula de ellos, como lo dice Straca», advierte sin embargo Hevia (*ibid.*), deslizando al lector actual, que por lo demás ya venía avisado por su consulta de Gil de Castejón, en el mundo cor-

Tres siglos del comercio sevillano (1598-1868). Cuestiones y problemas, Sevilla, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación, 1976, pp. 53 y ss.

⁽⁶³⁾ Cfr. José MARTÍNEZ GIJÓN, *La compañía mercantil en Castilla* cit. (n. 34), pp. 86 y ss., referidas a la capacidad para contratar una sociedad mas con datos de interés general.

⁽⁶⁴⁾ Excluidos, por ejemplo, los minoristas de la Universidad de Cargadores a Indias de Sevilla: «Con próvida consideración se ordenó que en las personas capaces de votar en la elección de Prior, y Cónsules, concurriesen las calidades que se refieren en este capítulo, porque solamente deven gozar de los privilegios, e inmunidades de mercaderes, y comerciantes los que cargan, y venden por grueso, por lo qual algunos Autores los han llamado grossarios, y dicho que solo estos merecen el nombre de negociadores, porque cargan, y negocian en bien común, y pública utilidad, aunque de camino se siga la suya, y que por esto es honesta, y honrosa la ocupación, lo qual no sucede con los que estandose en sus casas, y tiendas venden por menudo, y vorean por sus personas, y assi justamente fueron excluidos deste Colegio, o universidad de cargadores a Indias», José de VEITIA LINAGE, *Norte de la contratación de las Indias Occidentales*, Sevilla, 1672, reimpr. Buenos Aires, Comisión Argentina de Fomento Interamericano, 1945 y rep. facs. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981 (que es la que utilizo), pp. 108-109; pero en Lima el consulado estaba abierto también a los tenderos, aunque no dejaron de ser restringidos sus derechos electorales: Encarnación RODRÍGUEZ VICENTE, *El tribunal del Consulado de Lima en la primera mitad del siglo XVII*, Madrid, Cultura Hispánica, 1960, p. 67. Cfr. en general Enrique GACTO, *Historia de la Jurisdicción mercantil en España*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad, 1971, pp. 41 y ss.

porativo efectivamente involucrado en el concepto mismo de comerciante.

Al respecto la edad moderna se inicia con una revitalización, o reutilización si se quiere, del modelo corporativo que los países de la Corona de Aragón habían conocido en la baja edad media ⁽⁶⁵⁾. Y si en Aragón la institución consular aparecía unida estrechamente a la corporación ciudadana, que elegía por ejemplo a los cónsules en algún caso, en Castilla la sumisión a la autoridad real, concretada, entre otros extremos, en la competencia de los delegados regios como jueces de apelaciones (el corregidor: Bilbao; un oficial de la Casa de Contratación: Sevilla; un oidor de la Audiencia: México), resultó determinante ⁽⁶⁶⁾. La creación del Consulado de Burgos en 1494, seguido después por los de Bilbao (1511) y Sevilla (propriadamente, Universidad de Cargadores a Indias) (1543) en la Península, México (1592) y Lima (1593) en las dos principales capitales administrativas de las Indias, determinó la puesta en circulación de aquel modelo, que todavía hubo de conocer un período de auge en la segunda mitad del siglo XVIII.

La técnica de erección siempre era la misma y consistía en la concesión real del privilegio de ejercer jurisdicción en asuntos de comercio al gremio mercantil (cofradía, universidad de cargadores...) que instaba un tal reconocimiento, frecuentemente alegando la conveniencia de ejercer un control efectivo sobre factores o representantes a los que había que obligar a rendir cuentas (Burgos en relación a Flandes, Sevilla respecto de las Indias); con ciertas particularidades según cada caso, el reconocimiento tenía lugar por la extensión de alguna norma anterior al nuevo consulado: la pragmática de Burgos a

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Arcadio GARCÍA SANZ, *La influencia de los consulados de mar de Barcelona y Valencia en la erección del Consulado de Burgos*, en *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, 45 (1969), 225-242, que documenta sobre todo, por encima de la adaptación genérica del modelo, bastantes diferencias; tampoco parece que la existencia de una jurisdicción marítima especial en la Sevilla de la baja edad media jugase papel de importancia como precedente: José MARTÍNEZ GIJÓN, *La jurisdicción marítima en Castilla durante la baja edad media*, en *Recueils de la Société Jean Bodin*, 32: *Les grandes escales (antiquité et moyen âge)*, I, 1974, 347-363.

⁽⁶⁶⁾ Los datos en ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ, *Historia de la Jurisdicción mercantil* cit. (n. 64), pp. 50 y ss., pp. 66-67: la interpretación en FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 2ª, ed. 1980, p. 360.

Bilbao y Sevilla, que a su vez fue el modelo para México y Lima... Así llegaron a destacarse unos cuantos focos importantes que irradiaban sus esquemas de organización y su derecho corporativo — las famosas ordenanzas consulares — por España y América, implantándose, dentro de la variedad, una cierta uniformidad en torno a tres polos fundamentales — el mediterráneo: Valencia/Barcelona; el cantábrico: Burgos/Bilbao; el atlántico: Sevilla/Cádiz — que ascendieron o se hundieron según la coyuntura económica de los siglos anteriores a la revolución burguesa.

Es poco lo que sabemos sobre estas instituciones, aunque no faltan, incluso abundan, los estudios parciales. El problema principal es la insensibilidad de la historiografía consular en España por la corporación mercantil en cuanto que tal, esto es, considerada como una de más de las *universitates* que componían la constelación política del Antiguo Régimen: así aparecen, desde luego, los gremios mercantiles entre los «*corps et colleges, estats et communautés*» sobre los que versa el capítulo séptimo del tercero de *Les six livres de la république* de Jean Bodin (67), cuya lectura detenida me permitiría recomendar a cuantos se vienen interesando o interesarán por las corporaciones de mercaderes.

En defecto de la misma, los trabajos existentes, aportando en ocasiones valiosos datos, no consideran el marco de referencia más amplio en que los mismos deben integrarse y encontrar sentido. La visión general, no sustituida aún después de medio siglo, se debe al erudito Robert S. Smith (68); antes que él ya habían recibido atención monográfica los consulados de Barcelona y Bilbao (69); después, y de-

(67) Jean BODIN, *Les six livres de la république*, Paris, Jacques du Puis, 1583, en reproducción facsímil de Aalen, Scientia, 1961, pp. 474-503. Cfr. ahora Antony BLACK, *Guilds and Civil Society in European Political Thought from the Twelfth Century to the Present*, London, Methuen and Co. Ltd., 1984, pp. 129 y ss. sobre los pertinentes lugares de Bodin. Black, como antes el estudio, ya clásico, de Pierre MICHAUD-QUANTIN, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le moyen-âge latin*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1970, persiste en su desconocimiento de Padoa Schioppa (cfr. n. 71).

(68) Robert SIDNEY SMITH, *Historia de los Consulados de Mar* cit. (n. 45).

(69) Para Barcelona el estudio clásico, aún insustituible, es el de Antonio DE CAPMANY Y DE MONPALAU, *Memorias históricas sobre la marina, comercio y artes de la antigua ciudad de Barcelona*, Madrid, imprenta de Antonio de Sancha, 1779-1792, rep.

jando para más adelante la literatura sobre los consulados de tiempos borbónicos, más extensa, los de Burgos, Sevilla, Lima y Mallorca, principalmente ⁽⁷⁰⁾. Pero se echa a faltar, insisto, un análisis institucional de los consulados desde las coordenadas del *ius commune* bajo cuya vigencia desarrollaron sus actividades ⁽⁷¹⁾, lo que supone tan-

fac. con algunos estudios introductorios y revisión de la colección documental, Barcelona, Cámara Oficial de Comercio y Navegación, 1961-1963; interesa en particular I, pp. 332 y ss., «de la policía pública del antiguo comercio de la ciudad de Barcelona». Para Bilbao, Federico de ZABALA Y ALLENDE, *El Consulado y las Ordenanzas de Comercio de Bilbao con breves noticias históricas acerca del comercio de esta Villa*, Bilbao, Editorial Vizcaína, 1907, que fue una excelente tesis doctoral en su momento, y sobre todo Teófilo GUIARD Y LARRAURI, *Historia del Consulado* cit. (n. 43). Edición de ordenanzas burgalesas en la obra ya citada (n. 44) de Eloy García de QUEVEDO Y CANCELLÓN, *Ordenanzas del Consulado de Burgos de 1538*; recientemente se ha publicado una reproducción facsímil de las Ordenanzas de 1538, 1572 y 1766: Valladolid, Lex Nova, 1988.

⁽⁷⁰⁾ Encarnación RODRÍGUEZ VICENTE, *El Tribunal del Consulado de Lima* cit. (n. 64); Manuel BASAS FERNÁNDEZ, *El Consulado de Burgos en el siglo XVI*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Escuela de Historia Moderna, 1963; Ana BARRERO GARCÍA, *La legislación consular en la Recopilación de Indias*, en Francisco DE ICAZA DUFOUR (coord.), *Recopilación de las leyes de los reynos de las Indias. Estudios histórico-jurídicos*, México, Porrúa, 1987, 477-496; José Joaquín REAL DÍAZ, *El Consulado de cargadores a Indias. Su documento fundacional*, en *Archivo Hispalense*, 147-152 (1968), 279-291; Antonia HEREDIA HERRERA, *Apuntes para la historia del Consulado de la Universidad de Cargadores a Indias en Sevilla y Cádiz*, en *Anuario de Estudios Americanos* 27 (1970), 219-279; Antonia HEREDIA HERRERA, *Las ordenanzas del Consulado de Sevilla*, en *Archivo Hispalense*, 171-173 (1973), 149-183; Eduardo TRUEBA, *Sevilla, tribunal de océanos (siglo XVI)*, Sevilla, 1988; Santos M. CORONAS GONZÁLEZ, *Derecho mercantil castellano* cit. (n. 42); Román PIÑA HOMS, *El Consolat de Mar, Mallorca 1326-1800* cit. (n. 42), propiamente antología de textos y pasajes ajenos. Conviene siempre repasar para Sevilla y sus secuelas americanas la vieja e informada obra de Joseph DE VEITIA LINAGE, *Norte de la contratación de las Indias Occidentales* cit. (n. 64).

⁽⁷¹⁾ Asombra el desconocimiento, incluso entre la literatura de mayor vocación histórico-jurídica, de un trabajo fundamental y no demasiado reciente: Antonio PADOA SCHIOPPA, *Giurisdizione e statuti delle arti nella dottrina del diritto comune*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 30 (1964), 179-234; cfr. pp. 214 y ss. para el punto, arriba examinado, de la adquisición de la condición mercantil. La situación tampoco es mucho mejor en el caso cercano de Francia: cfr. René ITHURBIDE, *Histoire critique des tribunaux de commerce*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1970; Jacqueline-Lucienne LAFON, *Les Députés du Commerce et l'Ordonnance de Mars 1673. Les juridictions consulaires: principes et compétence*, Paris, Cujas, 1979; id., *Juges et*

to como afirmar la unilateralidad de las fuentes con que los estudios en cuestión se vienen elaborando: el aprovechamiento de los documentos en los archivos requiere, en este caso más que siempre, un trabajo previo en las bibliotecas.

Así, resulta llamativa la poca utilización que ha merecido Hevia Bolaño, tan útil para informar del «derecho mercantil» corporativo según se viene comprobando ⁽⁷²⁾, pero aún lo es más el olvido frecuente de Acacio de Ripoll, autor de la única monografía que conozco sobre consulados publicada en el período que ahora interesa ⁽⁷³⁾. El autor, clérigo, profesor de leyes en Huesca y Barcelona y abogado de la lonja según sabemos por su propia obra, cataloga allí los problemas básicos del funcionamiento corporativo barcelonés: importancia y antigüedad de la *mercatura* y el consulado (cap. 1), honores de los magistrados (cap. 2), festividades solemnes en que han de intervenir (cap. 3), matrícula de comerciantes (cap. 4), provisión de cargos (cap. 5), jurisdicción del cónsul (cap. 6), procedimiento (caps. 7 a 19), cambios (cap. 20), seguros (cap. 21) y cuentas de la institución (cap. 22).

(iii) *Iurisdictio*.

Vida corporativa, justicia mercantil y contratos son, en resumen,

consuls. A la recherche d'un statut dans la France d'Ancien Régime, Paris, Economica, 1981.

⁽⁷²⁾ *Curia Philípica* cit. (n. 37), libro II (comercio terrestre), cap. 15 (que cierra toda la exposición), pp. 438-450, fundamentalmente una exposición de los puntos — definición, naturaleza y extensión de la jurisdicción, oficios consulares, principios de procedimiento — que contienen las principales normas reales de atribución del privilegio jurisdiccional, citadas, junto a diversas autoridades, por Hevia.

⁽⁷³⁾ Acacio de RIPOLL, *De magistratibus logiae maris antiquitate, praebementia, iurisdictione, ceremoniis servandis de causis, modis eas tractandis, et decidendis tractatus communis Civitatibus Romae, Acri, Maioricae, Minoricae, Pisae, Marciliae, Almeriae, Genuae, Brandi, Rodae, Moneae, Constantionopolis, Alemaniae, Messinae, Soriae, Valentiae, in quibus statuta Consulatus Logiae servantur tractatus*, Barcinonae, ex praelo Antonii Lacavallería, 1655. No he encontrado referencias sobre esta obra en los capítulos de argumento mercantil de Karl Otto SCHERNER, *Die Wissenschaft des Handelsrechts*, cit. (n. 20), pp. 890 y ss., y Sigbert LAMMEL, *Die Gesetzgebung des Handelsrechts*, en Helmut COING (Hrg.), *Handbuch der Quellen und Literatur* cit., II/2, München, Beck, 1976, pp. 571 y ss., en particular pp. 847-859.

los tres grandes temas en que se agota la relación anterior. La temática abordada por Acacio de Ripoll coincide así con el contenido habitual de los estatutos de gobierno de las corporaciones mercantiles, las famosas ordenanzas consulares tan abundantes en la España del Antiguo Régimen. Manifestación lógica de la *iurisdictio corporativa*, a la que dogmáticamente correspondía una *potestas condere statuta* ⁽⁷⁴⁾, estas ordenanzas eran elaboradas por los consulados para reglamentar su funcionamiento y establecer las reglas principales aplicables en el ejercicio de la justicia mercantil; pero como el derecho adjetivo, sobre todo tratándose de una jurisdicción especial en razón de la persona y la materia, presupone un derecho sustantivo que convenía determinar más allá de los usos no escritos de los comerciantes, las ordenanzas abordaban también cuestiones interesantes al derecho de contratos.

(74) ANTONIO PADOA SCHIOPPA, *Giurisdizione e statuti delle arti* cit. (n. 71), singularmente pp. 195-201 sobre el *ius statuendi*. Las normas reales que concedían la jurisdicción creando, como cuerpo político, los consulados nunca dejaron de contener la facultad de elaborar ordenanzas; cfr. por ejemplo la pragmática de 1494 para Burgos: «Y otro si queremos que los dichos Prior y Cónsules y cuatro mercaderes... cuando vieren que cumple hacer algunas ordenanzas perpetuas o por tiempo cierto; cumplideras a servicio de Dios y nuestro y al bien y conservación de la mercadería, que no sean en perjuizio de otros terceros, quellos lo fagan, y las ordenanzas que ansi fizieren las embien ante nos e no usen dellas hasta que sean confirmadas: que para todo lo susodicho, y lo dello dependiente, nos, por esta nuestra carta, damos poder cumplido a los dichos Prior e Cónsules e los mercaderes con todas sus incidencias e dependencias...» (ed. ELOY GARCÍA DE QUEVEDO Y CONCELLÓN, *Ordenanzas del Consulado de Burgos de 1538* cit. n. 69, p. 161; la pragmática, recogida desde luego por JUAN RAMÍREZ, *Libro de las bulas y pragmáticas de los Reyes Católicos*, ed. facsímil del Instituto de España, II, Madrid, 1973, fols. cccxix-cccxxiii, fue incluida en la Nueva Recopilación 3,13,1 y la Novísima 9,2,1). Tal inherencia de la *potestas statuendi* al disfrute mismo de jurisdicción, y no ya la inexistencia de normas de otra suerte reguladoras del comercio (según quiere Santos M. CORONAS GONZÁLEZ, *Derecho mercantil castellano* cit. n. 42, pp. 189-190, para el caso burgalés; ya antes Arcadio GARCÍA SANZ, *La influencia de los consulados de mar* cit. n. 65, p. 239) es lo que mejor puede explicar la aparición de las ordenanzas consulares: «la dicha Universidad por ser como hera colegio aprobado por disposición de derecho», se diría en Bilbao en 1531, «tenía facultad de hazer sus estatutos y hordenanças para la buena expedición de los dichos negocios e causas concernientes a la navegación e al trato e mercancia» (ed. de las Ordenanzas de 1531 en Teófilo GUIARD y LARRAURI, *Historia del Consulado* cit. n. 43, I, pp. 582-598, correspondiendo la cita a la primera).

En este punto la tendencia que se aprecia en los textos es favorable al desarrollo progresivo de las reglas de «derecho mercantil» sustantivo y, particularmente terrestre, lo que se puede ejemplificar en el caso de Bilbao: comenzando, en 1512, por una reglamentación de las elecciones de cargos corporativos, en 1517 se regula la avería (tasa sobre los productos transportados para el comercio, que nutría económicamente al Consulado), en 1520 ya se conocen reglas sobre el contrato de seguro y once años después se elaboran las primeras ordenanzas generales de Bilbao que acogían, junto a las materias propias de las normas anteriores, otras de derecho cambiario. En 1554, aprobada por Felipe II seis años más tarde, aparece una nueva versión de estas ordenanzas, considerablemente ampliadas con asuntos de derecho marítimo; en el siglo XVII, tras un relativo período de inactividad normativa del Consulado en sus dos primeros tercios, se redactan varias ordenanzas sobre letras, vales y libranzas, desembocando toda esta intensa creatividad jurídica corporativa en el famoso texto de ordenanzas de 1737, sobre el que volveré en el capítulo siguiente ⁽⁷⁵⁾.

De pasada ha quedado señalado un principio esencial: la iniciativa en la elaboración de las ordenanzas correspondía a los consulados, pero la validez de esos estatutos como normas jurídicas vinculantes quedaba supeditada a la aprobación de la autoridad real. Tal era la solución que llegó a ser habitual en la doctrina del *ius commune*, donde sin embargo no faltaron voces discordantes ⁽⁷⁶⁾, y fue bien recibida en una Castilla que, al adaptar de Aragón la organización consular, sometía desde luego a la potestad real la constitución de las mismas corporaciones ⁽⁷⁷⁾. Incorporada al derecho regio, es también la doctrina que recoge Hevia: «Pueden el Prior, y Cónsules, y Diputados del Consulado hacer Ordenanzas... aunque no pueden usar de ellas, hasta estar confirmadas por el Rey... Y esta

⁽⁷⁵⁾ Carlos PETIT, *Ordenanzas de Bilbao*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XVIII, Barcelona, Seix, 1986, 526-538, especialmente pp. 527-528.

⁽⁷⁶⁾ Antonio PADOA SCHIOPPA, *Giurisdizione e statuti delle arti* cit. (n. 71), pp. 200-201.

⁽⁷⁷⁾ Lo cual también tenía una historia común tras de sí: Antonio PADOA SCHIOPPA, *Giurisdizione e statuti delle arti* cit. (n. 71), pp. 184-186, destacando, frente a Bolonia, la doctrina de los juristas de Orléans, más restrictiva para con las universidades.

confirmación de Ordenanzas en las Indias, pueden hacer los Virreyes» (78).

Pero salvo la vigencia de la regla, muy poco es lo que sabemos sobre las relaciones del monarca y las universidades en la elaboración del derecho corporativo. Por supuesto, el lapso temporal que mediaba a veces entre la aprobación consular de las ordenanzas y la confirmación real obedecía a su tramitación a través de los poco ágiles Consejos, sobre cuyo funcionamiento al respecto no se ha alumbrado documentación (79); se desconocen, igualmente, las razones por las que algunas normas de los consulados nunca llegaron a tener fuerza de ley faltando la sanción real (80). La presencia de oficiales regios, normalmente los corregidores, cerca de las universidades mercantiles de cuño castellano para conocer en grado de apelación sería un importante medio de control de la exigida aprobación real de las ordenanzas, pero, con todo, algunos testimonios nos remiten a textos de consumo interno en el consulado (81), carentes de aprobación: qué validez tenían en la práctica es otro de los puntos oscuros que aquí solamente cabe denunciar.

El carácter fragmentario de la regulación mercantil contenida en las ordenanzas con anterioridad al extenso y completo texto de Bilbao de 1737 nos sitúa ante un nuevo problema carente de respuesta satisfactoria: el derecho aplicado por los tribunales de comerciantes. Las ordenanzas de los siglos XVI y XVII, en efecto, suelen contener disposiciones sobre seguros marítimos y cambios, pero otras importantes parcelas de la actividad de los mercaderes, como contratos de compañía, ventas, comisiones o el derecho de quiebras no gozaron de la atención normativa de sus corporaciones. De nuevo la escasez de nuestros conocimientos sobre la jurisprudencia de los consulados impone cautelas, pero me permitiría advertir que los comerciantes de

(78) *Curia Philípica* cit. (n. 37), libro II (comercio terrestre), cap. XV, p. 441, n. 10.

(79) A veces las mismas ediciones dan alguna noticia: cfr. ANTONIA HEREDIA HERRERA, *Las Ordenanzas del Consulado de Sevilla* cit. (n. 70), p. 150: fueron aprobadas en 1556, incorporando modificaciones sugeridas por el Consejo de Indias.

(80) Cfr. CARLOS PETIT, *Ordenanzas de Bilbao* cit. (n. 75), p. 527, con referencias a ordenanzas bilbaínas de finales del XVI, algunas bastante extensas, que al parecer no gozaron nunca de aplicación.

(81) Cfr. CARLOS PETIT, *Ordenanzas de Bilbao* (n. 75), p. 535 y notas 67-68.

la edad moderna no se sintieron tan incómodos, ante la situación de desregulación de sus tratos, como el jurista actual de mentalidad (con) formada sobre la experiencia jurídica presente en los códigos. Un cierto «derecho mercantil» contenían, desde luego, las Partidas, cuya base romano-canónica podía además desarrollarse por la doctrina moderna ⁽⁸²⁾, y de la presencia de normas reales recopiladas en el tratamiento de las cuestiones jurídicas de los comerciantes es buena prueba las abundantes notas de la *Curia Philípica* de Hevia. La práctica de la contratación de cada plaza imponía de hecho modelos a seguir ⁽⁸³⁾, resolviendo la actividad judicial corporativa, sin duda con sus propios precedentes, las diferencias que surgieran. El derecho de quiebras, donde tan íntima es la conexión de tramitación procesal y principios sustantivos, quedó en buena medida a lo establecido por la rutina de los tribunales consulares, con incidencia de la legislación real sólo en aspectos secundarios, casi — pudiera decirse — de orden público ⁽⁸⁴⁾. En resumen: no cabe olvidar que en

⁽⁸²⁾ El ejemplo mejor estudiado corresponde al derecho de sociedades: José MARTÍNEZ GIJÓN, *La compañía mercantil en Castilla* cit. (n. 34), pero este mismo autor viene aportando desde hace tiempo valiosos materiales: cfr. *La comenda-depósito*, cit. (n. 27); *La comenda en el Derecho Español, II. La comenda mercantil*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 36 (1966), 379-456, utilizando sobre todo contratos como fuente de información, prácticamente exclusivos ya en *La práctica del comercio por intermediario en el tráfico con las Indias durante el siglo XVI*, en el mismo *Anuario* 40 (1970), 5-83.

⁽⁸³⁾ Muy frecuentes en el caso de las pólizas de seguros, de las que se disponían ejemplares impresos con blancos para permitir a las partes introducir sus datos y cláusulas especiales: cfr. Manuel BASAS FERNÁNDEZ, *El seguro marítimo en Burgos (siglo XVI)*, Bilbao, Estudios de Duesto, 1963, particularmente pp. 37 y ss. con reproducción fotográfica de uno de esos textos.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. por ejemplo Mauel BASAS FERNÁNDEZ, *La quiebra del Banco Aragón-Aguillar, de Burgos, en 1557*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 82 (1961), 349-379: en p. 360 se contiene la referencia de archivo (Simancas) de la consulta real al Consulado de Burgos en 1582 sobre el procedimiento que seguía contra los quebrados. Sobre esta institución, en general, Juan Antonio ALEJANDRE GARCÍA, *La Quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad, 1970, con las referencias de las normas, esencialmente no corporativas antes de 1737, sobre quiebra; cfr. advertencia en p. 88: «Siendo realmente escasa la legislación castellana sobre la quiebra, puede decirse que la regulación de la misma es más obra de los juristas y de los jueces que de los legisladores, y entre aquéllos hay que señalar en un primer plano a Salgado». Se refiere, obviamente, a Luis SALGADO DE SOMOZA, *Laby-*

un sistema jurídico efectivamente *común* la actividad normativa real o corporativa fungía como *ius proprium* insertado en el marco genérico que ofrecía su doctrina, cuya vigencia entre los mercaderes, no obstante protestas de especialidad y peculiaridades de procedimiento, seguiremos teniendo ocasión de comprobar.

Porque al frente de la universidad mercantil se situaba, esencialmente, un tribunal. El concepto básico de *iurisdictio*, que ahora se viene estudiando desde la consideración de su ejercicio por aquélla, además de suponer la ya aludida *potestas statuendi*, desplegaba todavía su eficacia como fuero especial o justicia separada de la ordinaria. No puede así extrañar la definición de consulado que ofrece Hevia Bolaño: «Consulado es el Tribunal del Prior, y Cónsules, diputado para el conocimiento de las Causas de Mercaderes, tocantes a su mercancía»⁽⁸⁵⁾. Las autoridades a las que correspondía la representación de la corporación eran así los jueces de los comerciantes, elegidos por éstos en los términos del privilegio real de erección y encargados de resolver pacíficamente sus diferencias.

Se trataba de un organismo colegiado: de dos cónsules, según la tradición de los países de la Corona de Aragón, donde se distinguía entre el *cónsul militar* (miembro de la nobleza, doctores en Derecho o Medicina) y el *cónsul mercantil* (de la matrícula de comerciantes); de tres magistrados — un prior, de supremacía solamente honorífica, y dos cónsules; para Bilbao, y en una primera época, la terminología era fiel y diputados — en los consulados castellanos, imponiéndose tardíamente este mismo esquema para los mediterráneos. Los sistemas de selección, ciertamente complicados (elecciones directas muy excepcionalmente; elecciones indirectas e insaculación como regla, a veces combinadas), han sido bien descritos por Gacto⁽⁸⁶⁾.

rinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam, editado, según parece desde 1646, varias veces en los principales centros de producción de libros jurídicos europeos: cfr. Karl Otto SCHERNER, *Die Wissenschaft des Handelsrechts* cit. (n. 20), pp. 856-857 y p. 865. Otro autor castellano, Amador RODRÍGUEZ, *Tractatus de concursu et privilegiis creditorum in bonis debitoris*, Matriti 1616, editada también en repetidas ocasiones (cfr. Karl Otto SCHERNER, cit.), incluía fórmulas de solicitudes de quita y espera: Juan Antonio ALEJANDRE cit., pp. 200-201.

⁽⁸⁵⁾ *Curia Philipica* (n. 37), libro II (comercio terrestre), cap. XV, p. 439., n. 1.

⁽⁸⁶⁾ Enrique GACTO, *Historia de la Jurisdicción mercantil* cit. (n. 64), pp. 55 y ss.

La jurisdicción consular fue originariamente marítima (Sevilla, Valencia), pero en los tiempos que aquí interesan ya aparece consolidada como justicia de los comerciantes en razón de sus negociaciones («Causas de los Mercaderes, tocantes a su mercancía»); según la fórmula empleada en la concesión del privilegio a Burgos, que haría fortuna, «diferencias y debates que hubiere entre mercader y mercader y sus compañeros y factores y sobre el trato de las mercaderías, así sobre ventas, compras, cambios y seguros e quantas e compañías que hayan tenido e tengan e sobre afletamiento de naos e sobre las factorías que los dichos mercaderes huvieren dado a sus factores» (87). Los no comerciantes se encontraban, a veces, sometidos a esta jurisdicción en razón de su participación en determinados contratos, singularmente los cambiarios; con todo ello — negocios no mercantiles de los comerciantes, negocios mercantiles de los no comerciantes — la multiplicación de conflictos con otras jurisdicciones fue muy frecuente, por lo que se explica la práctica de incluir en las escrituras cláusulas de sumisión expresa a los jueces de los consulados (88).

Se explica también que los tratadistas del Antiguo Régimen dedicaran buena parte de su atención a la competencia judicial de los consulados (89), con frecuencia disputada o sometida a variadas cortapisas. Según Hevia Bolaño la de tales corporaciones es una jurisdicción ordinaria, ejercida mancomunadamente por los magistrados mercantiles en el lugar o territorio en que actúa la universidad (n. 7); al ser ordinaria, rigen las reglas generales en lo tocante a recusaciones (n. 8) e intervención de fedatarios públicos en la tramitación de los procesos (n. 9); pero se trata, al fin y al cabo, de una jurisdicción «odiosa, por quitar la ordinaria», «y así no puede

(87) Ed. de Eloy GARCÍA DE QUEVEDO Y CONCELLÓN, *Ordenanzas del Consulado de Burgos de 1538* cit. (n. 44), p. 157.

(88) Así Enrique GACTO, *Historia de la Jurisdicción mercantil* cit. (n. 64), pp. 100-101; sobre el caso concreto del contrato de compañía, Carlos PETIT, *La compañía mercantil* cit. (n. 42), pp. 245 y ss.

(89) Acacio de RIPOLL, *De magistratus logiae maris* cit. (n. 73), cap. VI: «De Jurisdiccione Magnificorum Consululm Logiae Maris»; Juan de HEVIA BOLAÑO, *Curia Philipica* cit. (n. 37), libro II (comercio terrestre), cap. XV: «Consulado», especialmente nn. 7-35. Destaca la mayor erudición doctrinal de Hevia sobre el testimonio, más directamente relacionado con la práctica de Barcelona, que ofrece Ripoll.

conocer, aunque sea entre Mercaderes, en lo que es fuera de mercadería» (n. 11); por supuesto el concepto de «causas de mercadería» abarca en Hevia la negociación principal y «todo lo demás que procediere de ello» (n. 15), como lo relativo a paga, graduación de créditos, quítas y esperas (n. 16), préstamos entre comerciantes, que se presumen en razón de mercancía (n. 17), negocios bancarios y cambiarios «ora sea entre Mercaderes, o entre los que no lo sean» (n. 18), seguros y otros contratos de riesgo (n. 19), así como contratos marítimos (n. 20); la competencia de la jurisdicción consular se extiende aún al conocimiento de las penas e intereses fijados en razón de la mercancía (n. 21). El no mercader puede demandar al que lo es ante el consulado, pero no al revés, pues ha de seguirse el fuero del reo (n. 22).

De esta selección de las noticias ofrecidas por Hevia conviene reflexionar sobre la definición de la justicia como jurisdicción ordinaria, pero odiosa, por tratarse de afirmaciones aparentemente contradictorias. La altura doctrinal no es, desde luego, un rasgo característico del autor, pero en este caso Hevia se hacía eco de una vieja tradición vigente en el *ius commune*, según la cual la jurisdicción colegial o corporativa era ordinaria al venir conferida por el consentimiento de los miembros asociados en *collegium*⁽⁹⁰⁾; ordinaria por origen, y opuesta en este sentido tanto a la *iurisdictio delegata* como a fórmulas de justicia privada que no eran ya las corporativas, resultaba odiosa por excepcional en relación a la jurisdicción real, también ordinaria, que era justicia no sólo pública, sino también común: lo ordinario, en esta segunda acepción, se oponía a lo especial, y especial por su contenido era la jurisdicción — ordinaria — de los consulados.

La concesión regia de jurisdicción a las universidades de merca-

(90) Antonio PADOA SCHIOPPA, *Giurisdizione e statuti delle arti* cit. (n. 71), pp. 189 y ss.: sobre la base ofrecida por CJ. 3,13,7, se interpretó que respecto a las corporaciones no regía la regla prohibitoria del establecimiento de jueces «privatorum consensus» (CJ. 3,13,3); la jurisdicción ordinaria, según la *Summa* de Azón, podía ser otorgada por el emperador, pero también «universorum consensus, licet confirmatione indigeat... item consensus eorum, qui sunt de eadem professione vel negociatione». Sinibaldo (Inocencio IV) aproximó el caso del colegio profesional a las asociaciones religiosas, siempre desde el punto de vista de la jurisdicción que ejercían.

deres tenía precisamente el alcance de reservar a sus jueces un ámbito de competencias ante el que cedía el de los tribunales comunes. La jurisdicción mercantil, que desde la Glosa hasta Stracca no tenía naturaleza exclusiva ⁽⁹¹⁾, se afirmó como privativa fuera del círculo de los comerciantes mediante concesión de la Corona. «Y así la jurisdicción del consulado», enseña Hevia (n. 29), «no es acumulativa ordinaria, sino privativa de ella, en que ella no se puede entremeter, sino solo él; en cuya conformidad el Consejo real, y reales Audiencias, y Chancillerías, Alcaldes de Corte, y de ellas, y otros Jueces ante quien estuvieren pendientes causas tocantes a esto, no pueden conocer más de ellas, y las deben remitir al consulado, el qual las ha de tomar en el estado en que estuvieren, y proceder, y determinar en ellas, conforme su orden, y forma» ⁽⁹²⁾. Precisamente, afirmada por la doctrina la naturaleza ordinaria de la jurisdicción consular, semejante inhibición de los tribunales comunes era el contenido propio del privilegio otorgado a los consulados.

La especialidad material y subjetiva del foro consular se tradujo en reglas igualmente especiales de procedimiento. No hace falta añadir, por cuanto algunos trabajos de Fairén Guillén lo dejaron suficientemente aclarado ⁽⁹³⁾, que la tradición procesal del *ius commune* contenía los elementos necesarios para elaborar esas especialidades, encaminadas, en resumen, a configurar un proceso ágil y breve, en el que el conocimiento plenario de la causa no resultara incompatible con la rapidez deseable en asuntos de mercadería. *Ratione urgentiae*

⁽⁹¹⁾ Antonio PADOA SCHIOPPA, *Giurisdizione e statuti delle arti* cit. (n. 71), pp. 207 y ss.

⁽⁹²⁾ Cfr. Eloy GARCÍA DE QUEVEDO Y CONCELLÓN, *Ordenanzas del Consulado de Burgos de 1538* cit. (n. 44), pagmática de 1494, p. 158: «Y por la presente advocamos a nos todos los pleytos que entre los dichos mercaderes de la dicha universidad e de los dichos factores sobre las cosas susodichas, estén pendientes, ansi ante los del nuestro consejo como ante al presidente e oydores de la nuestra audiencia e alcaldes de la nuestra casa e corte e chancillería, como ante otros cualesquier Corregidores e Jueces, a los cuales mandamos que no conozcan dellos y los remitan ante los dichos Prior y Cónsules, a los quales mandamos que los tomen en el estado en que están e vayan por ellos adelante y los libren e determinen según la forma desta dicha nuestra carta».

⁽⁹³⁾ Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos. (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, Barcelona, Bosch, 1953.

et necessitatis, entre otras, fue efectivamente una de las circunstancias que explicaban en derecho común la utilización de juicios «sumarios» civiles, cuya evolución, además, caminó en sentido favorable a una difusión generalizada⁽⁹⁴⁾. Las fuentes mercantiles se orientaron decididamente en esta dirección, sin llegar desde luego a monopolizarla; de manera que al habitual testimonio de esas fuentes, monocrorde en su exigencia de sumariedad y brevedad «según estilo de mercaderes»⁽⁹⁵⁾, debemos concederle audiencia dentro del contexto más amplio que históricamente conviene.

Este argumento se involucra realmente con la naturaleza y orígenes de la justicia mercantil, por cuanto un procedimiento sumario, apartado de los rigores del derecho y reacio a la postulación técnica fue el practicado por los jueces árbitros: «de plano et de bono et aequo et omni tempore et sine strepitu et figura iudicii», según la expresión de un texto local italiano, conocían los árbitros que proliferaron en *statuti* municipales influidos por aquellas nuevas fórmulas

⁽⁹⁴⁾ Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario* cit. (n. 93), pp. 6 y ss. José de Niño Español y Mur, autor de una de las escasas monografías de derecho mercantil de su momento (*Albarani, sive chiographi mercatoris analyseos*, Caesar-Augusta, ex Paolo Didaci Dormer, 1644), equiparaba, tratando del *pactum nudum*, el foro mercantil y el eclesiástico (pár. 3, nn. 6-7, pp. 26-27): «Ac per consequens, nec in curia mercatorum, nam aequiparatur curiae Ecclesiasticae, et de equitate canonica proceditur».

⁽⁹⁵⁾ Baste, entre legión, un solo ejemplo: Ordenanzas del Consulado de Burogos (1538), xvii: «Cosa muy clara y manifiesta es lo mucho que conviene a los personas desta universidad quitarse y escusarse, por todos los buenos medios, de pleytos e diferencias, por que es cosa muy contraria a la quietud y llaneza que requiere la contratación y comercio de la mercadería por que, por muy justos que sean parece que empece al crédito y estorva y embarga sus personas para que no se ocupen con la entereza que se requiere en el proveymiento y exercicio de sus negocios e por que muy gran dificultad se podria ebitar que unos con razón y otros con no tanta no tengan pleytos e diferencias, pero de nuestra parte se puede proveer para algún menor daño, que en los pleytos no haya dilación ni escriptos ni libelos de abogados, sino que con brevedad sean determinados, la verdad sabida y la buena fe guardada como nos lo mandan sus megastades por la dicha su pregmática sanción, por que para el dicho efecto fue pedida e suplicada por la dicha universidad...» (ed. Eloy GARCÍA DE QUEVEDO cit. n. 44, pp. 195-196); también resulta muy claro Juan de HEVIA BOLAÑO, *Curia Philípica* cit. (n. 37), libro II (comercio terrestre), cap. XV, n. 39 (*sic*, por 37), pp. 445-446. Cfr. en general Enrique GACTO, *Historia de la Jurisdicción mercantil* cit. (n. 64), pp. 122 y ss., con una útil exposición del proceso seguido en los consulados.

del proceso canónico ⁽⁹⁶⁾ e interesantes, en ocasiones expresamente, a las relaciones mercantiles ⁽⁹⁷⁾; semejante conexión entre institución arbitral y procedimiento sumario puede explicar, mejor que el habitual recurso a las exigencias de la mercancía, la difusión del segundo en la *universitas mercatorum*, si admitimos que la práctica del arbitraje entre comerciantes se sitúa en los inicios de su jurisdicción particular ⁽⁹⁸⁾ y en determinadas materias, como las societarias, llegó a ser obligatoria como alternativa a la misma justicia corporativa.

La íntima relación entre mecanismos judiciales privados, sumariedad procesal y jurisdicción mercantil permite, así, y no es habitual en la historiografía, concluir sobre la que se dio entre la última y unas formas de procedimiento que llegaron a ser su distintivo. Queda por enunciar, finalmente, otra cuestión: ¿podemos calificar la justicia consular, sobre la base anterior, de justicia iletrada? La tradición arbitral, resuelta en la presencia de unos magistrados corporativos que no eran juristas, como sabemos, obliga a una respuesta provisional positiva, explicándose así el rigor de las ordenanzas contra la intervención de abogados ⁽⁹⁹⁾ y la ironía de los técnicos frente a los jueces mercaderes ⁽¹⁰⁰⁾; pero conviene delimitar las distancias que separaron históricamente la justicia mercantil, asimilada por los juristas del *ius commune* e inserta en el discurso oficial del derecho y el

⁽⁹⁶⁾ Luciano MARTONE, *Arbiter-arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli, Jovene Editore, 1984, singularmente pp. 133 y ss. sobre el arbitraje *ex necessitate statuti*.

⁽⁹⁷⁾ Luciano MARTONE, *Arbiter-arbitrator* cit. (n. 96), pp. 151-152 y texto en nota 41 (arbitraje necesario en materia de compañías).

⁽⁹⁸⁾ Así Enrique GACTO, *Historia de la Jurisdicción mercantil* cit. (n. 64), pp. 24 y ss.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. Enrique GACTO, *Historia de la Jurisdicción mercantil* cit. (n. 64), pp. 123 y ss.

⁽¹⁰⁰⁾ «Nota contra idiotas mercatores», diría Paolo de Castro, «qui faciunt se magistris aequitatis et contemnunt legistas dicentes quod vadunt per cavillationes et ipsi per aequitatem; nam multo melius cognoscunt legistae quid sit aequitas quam ipsi cognoscunt quid sit rigor, qui est oppositum aequitatis: et unum contrarium melius cognoscitur per aliud ... Et habent notitiam tam per naturam quam etiam per artem, illi vero per naturam tantum; et proferunt aliquando multas iniquas sententias confidentes de se ipsis»; cfr. Antonio PADOA SCHIOPPA, *Giurisdizione e statuti delle arti* cit. (n. 71), p. 228 y nota 169.

poder, y aquellas bolsas de justicia no letrada, oblicuamente tratada por la jurisprudencia dominante, sobre las que debemos a António Hespanha páginas esclarecedoras ⁽¹⁰¹⁾. Las diferencias entre la primera y las segundas motivaron la creciente tecnificación de la práctica procesal mercantil, de la que conocían como sabemos, al menos en instancia de apelación, elementos de la organización de justicia común (corregidores); la presencia de expertos en derecho como asesores de los jueces y de la corporación, la actuación, también, mediante escribano, completaron su aproximación a la ordinaria.

Para atender los gastos de justicia, realizar las limosnas y actuaciones litúrgicas de ordenanza y, posteriormente, asumir el protagonismo que tuvieron reconocido en materia de obras públicas relacionadas con el comercio (construcción de puertos, caminos, etc.), los consulados disponían de un fondo especial, generalmente configurado como recargo *ad valorem* sobre el tráfico marítimo ⁽¹⁰²⁾. Los ingresos consulares resultaron particularmente atractivos para una Monarquía en crónico desbalance que sometió frecuentemente a las corporaciones a donativos y empréstitos obligatorios, compensados luego por autorizaciones para establecer nuevos tributos a favor de la caja consular, de manera que a finales del Antiguo Régimen una tupida y variada red de exacciones, que componían una suerte de sistema arancelario paralelo, era el resultado de esa experiencia secular ⁽¹⁰³⁾. Y no era ésta la única posibilidad de colaboración de la fiscalidad regia y los patrimonios mercantiles corporativos, pues los consulados actuaban frecuentemente arrendando impuestos reales (así, el

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. en especial *Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique*, en *Ius commune* 10 (1983), 1-48.

⁽¹⁰²⁾ Además de las noticias que sobre el asunto ofrecen las aportaciones dedicadas monográficamente a un consulado en particular, entre las que destaca el trabajo de Teófilo Guiard, ofrece un panorama general Robert S. SMITH, *Historia de los consulados de Mar* cit. (n. 45), pp. 84 y ss. para Aragón, pp. 114 y ss. para los consulados contábricos, pp. 138 y ss. para Indias. Si en lugar de cantidades y modalidades se buscan reflexiones sobre la vertiente fiscal de la *universitas* mercantil, es éste un argumento en total desatención.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. Carlos PETIT, *Arreglo de consulados y revolución burguesa: en los orígenes del moderno derecho mercantil español*, en *Historia. Instituciones, Documentos* 11 (1984), 255-312; y especialmente *Los derechos consulares en el Trienio*, en *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, Valencia, Universidad, 1989, 773-782.

asiento de la alcabala y el almojarifazgo concertado con el de cargadores a Indias) y como intermediarios de la Hacienda y los mercaderes.

(iv) *De mercatorum privilegiis.*

Sin ocuparse de acumular datos sobre la cuestión, Gil de Castejón remitía en este punto a Velasco: «De mercaturae, et mercatorum privilegiis, Velasc. *de Priv. paup. par. 3. quaest. 14*»⁽¹⁰⁴⁾, donde, efectivamente, considerando que la incidencia de la fortuna en la negociación mercantil — la consiguiente facilidad para arruinarse — merecía dispensar al negociante el tratamiento jurídico de pobre o miserable, se elencaban algunos privilegios; pero en su relación aparecían como tales especialidades procesales de la jurisdicción mercantil (la sumariedad de las causas: n. 17; la falta de rigor formal en las demandas: n. 20; la relajación de normas tradicionales sobre prueba: n. 26, admitiendo el único testigo, nn. 42-46, sobre la contabilidad y su eficacia) y su posición particular en relación al *interesse* (nn. 29-30, con remisiones internas)⁽¹⁰⁵⁾.

Al lector actual resultará muy escaso epígrafe tan prometedor, pero una reflexión mínima sobre cuanto antecede permite cobrar la perspectiva. La pregunta por los privilegios mercantiles nos ha enviado a la consideración misma del estatuto propio de los comerciantes que venimos analizando⁽¹⁰⁶⁾; más que *derecho*, esto es, mejor que en los términos de un derecho objetivo sectorial distinto en razón del

⁽¹⁰⁴⁾ *Alphabetum iuridicum* cit. (n. 5), II, v. *mercatura, mercatores*, pp. 164-165, n. 9.

⁽¹⁰⁵⁾ Gabriel ALVAREZ DE VELASCO, *De privilegiis pauperum et miserabilium personarum ad legem unicam: Cod. Quando imperator inter pupillos, et Viduas, aliasque miserabiles Personas cognoscat. Tractatus in duas partes distributus...*, editio secunda, Lvgdvni, sumptibus Horatii Boissat, et Georgii Remevs, 1663. Las referencias que interesan en ii, xiv, pp. 159-163.

⁽¹⁰⁶⁾ Sin que en el ámbito hispánico, como por demás en Italia o Francia, se registre durante el Antiguo Régimen ningún esfuerzo intelectual de contruir sistemáticamente el «derecho mercantil» a partir de la categoría del privilegio, como, para el mundo germánico, realizó Marquard: Heinz MOHNHAUPT, *Jura mercatorum durch Privilegien. Zur Entwicklung des Handelsrechts bei Johann Marquard (1610-1668)*, en Gerhard KÖBLER (Hrg.), *Wege europäischer Rechtsgeschichte. Karl Kroeschell zum 60.*

contenido, el «derecho mercantil» del Antiguo Régimen ha de comprenderse como régimen peculiar de una corporación y sus miembros. La relación existente — propia del ordenamiento liberal — entre el régimen común y los regímenes especiales, entre código civil y código de comercio en nuestro caso, no servirá desde luego para rendir cuentas de la posición jurídica de los mercaderes en los siglos anteriores a la revolución burguesa: precisamente la implantación de un tal régimen *general*, respecto del que lleguen a decantarse *especialidades*, por encima del sistema de privilegios está en el centro de su concepto ⁽¹⁰⁷⁾.

II. ULTIMAS MANIFESTACIONES DEL SISTEMA

No sólo por adaptación a nuestra historia de la habitual división que distingue una «alta edad moderna», o austríaca, y una «baja edad moderna», borbónica, corresponde separar, en capítulo propio, la exposición relativa al siglo XVIII. Desde el punto de vista de la articulación toda del derecho contractual mediante la represión de la usura, en esa centuria asistimos a una tardía y poco determinante polémica sobre la licitud de ciertos tratos, que anuncia la inmediata circulación de un nuevo paradigma (i). Considerando la ordenación corporativa del mundo mercantil (ii) la singularidad del siglo XVIII la ofrece la multiplicación de los consulados en España y sus Indias, bien por concesión de nueva planta a instituciones tradicionales pero decaídas (Burgos, Barcelona, Sevilla...), bien al erigirse corporación, también en este caso por iniciativa de la Corona, allí donde no existía (Alicante, Málaga, Veracruz, Habana, Buenos Aires, La Laguna...). La principal novedad, además, que se registra en la historia de las fuentes jurídicas mercantiles es la aparición de las ordenanzas del Consulado de Bilbao en 1737, texto cuyo interés y repercusión aconseja igualmente otorgar a su centuria un tratamiento diferenciado.

Geburtstag dargelegt von Freunden, Schülern und Kollegen, Frankfurt/Main etc., Verlag Peter Lang, 1987, 308-323.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. Bartolomé CLAVERO, *Derecho y privilegio*, en *Materiales* 4 (1977), 19-32.

(i) *Polémicas tardías sobre usura.*

En el proyecto de un *Mercurio de comercio*, debido a la iniciativa de Francisco de Paula Enríquez en 1799, y en la relación de las «noticias que había de comprender» figuraba aún un punto, quinto, «de las decretales, bulas y otros impresos publicados sobre cambios, usuras, vales reales y obligación a la restitución en materia de contrabandos» ⁽¹⁰⁸⁾.

Este dato nos sitúa correctamente ante los términos en que la cuestión de la usura, capital como se ha visto en la conformación de la práctica mercantil anterior, acabó siendo tratada en el siglo XVIII. Una cierta sensibilidad hacia el valor de la moral y el derecho canónico como fundamento de los contratos alentaba aún en la consideración de la usura, hasta el extremo de informar sobre su régimen a los destinatarios de un periódico económico, pero la pérdida de individualidad de la vieja condena — un elemento más entre cambios, vales reales y restitución por causa de contrabando — indica que ya había pasado la hora de su radicación como clave del sistema de las obligaciones.

En esto, como siempre, hay precursores. La España del siglo XVII conoció la publicación de una pequeña obra de Fray Felipe de la Cruz Vasconcillos, *Tratado único de intereses, sobre si se puede llevar Dinero por prestallo* (1637), única monografía en materia de interés que registran las bibliografías especializadas de la época ⁽¹⁰⁹⁾. Aquí resulta significativo el mismo cambio ortográfico que ha llevado de *interesse* a *interés*: la completa castellanización del término varía su sustancia jurídica, pues lo que designaba una prestación de naturaleza reparadora ahora, abiertamente, es un producto del dinero, estimado lícito moral y canónicamente. Para llegar a este resultado final, Vasconcillos desarrolla en su tratado un motivo que ya vimos en Mercado, y que remitía al beneficio, en términos de agradecimiento,

⁽¹⁰⁸⁾ Luis Miguel ENCISO RECIO, *Prensa económica del XVIII: el Correo Mercantil de España y sus Indias*, Valladolid, Universidad-C.S.I.C., 1958, apéndice ii en pp. 93 y ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Felipe DE LA CRUZ VASCONCILLOS, *Tratado único de intereses, sobre si se puede llevar Dinero por prestallo*, Madrid, Francisco Martínez, 1637. Su autor declara serlo también de un *Norte de confesores* (fol. 4).

a que es acreedor quien otorga un préstamo a algún pobre necesitado, monarcas incluidos; ahora el agradecimiento toma cuerpo, bien como intereses voluntariamente pactados y que cual manifestación de amistad accede a pagar el deudor ⁽¹¹⁰⁾, bien como oficio o beneficio eclesiásticos obtenidos al «mover el ánimo», mediante préstamos, del concedente ⁽¹¹¹⁾. De la deuda de amistad, que obliga naturalmente, se admite aún una más exigible «deuda de justicia»: la proclamación del principio en cuya virtud el dinero de presente vale menos que el de futuro, conduce sin complejos al interés en el préstamo ⁽¹¹²⁾; pues la moneda tiene su precio, «de la cual doctrina... se aprovechan muchos y graves Doctores, y usan los mercaderes, tratantes, y todos los comercios».

La laxitud de Vasconillos contrasta con los rigores de la centuria anterior, que no dejan de influir todavía en el XVIII, y prelude la tolerancia generalizada que lo caracteriza. La comparación de los dos tratados de derecho cambiario aparecidos en el Setecientos ilustra significativamente estos tiempos de transición. El primero, compuesto por Domínguez Vicente y publicado en 1723, resulta desde su

⁽¹¹⁰⁾ «En dos modos, y maneras se pueden llevar réditos justos, o por vía de agradecimiento, o por débito de justicia» (fol. 1 vto.); «el que presta a otro algún dinero puede recibir algo, no como ganancia del dinero, sino como agradecimiento desta buena obra» (fol. 2), y esta obligación de «ley natural, y divina» de gratitud llega a admitirse como «obligación civil»: «así puede el que da prestado imponer alguna obligación civil (aunque otros tengan lo contrario) a la persona que se le da, de que lo a de acudir con algún agradecimiento... porque la amistad, que pretende tener con aquel a quien presta, se la debe dar de ley natural, la cual nos manda azer bien a quien nos le aze... Y yo añado, que si la tal promesa la iziere por escrito libremente, y aviendola aceptado quien dio el dinero, lo podrá después cobrar por justicia; y detenello con sana conciencia» (fol. 2 vto.). Amplia concepción de la causa obligatoria de la promesa («...y en propios términos tratando de las promessas, dize mercado, como regla general se suele dezir, que todo prometimiento es deuda..., que cualquier cosa prometida, es tan necesario dalla, como si se debiera», fol. 5 vto.) que contrasta con el mayor rigor de otros sistemas jurídicos: cfr. P.S. ATTYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

⁽¹¹¹⁾ «Tampoco será usura el azer pacto, que en pago de lo que se a de satisfacerse, dará algún oficio, o beneficio Eclesiástico: porque esto no se da en pago, sino que solo es un mover el ánimo, y facilitallo a que sea agradecido» (fol. 3).

⁽¹¹²⁾ «Si la obligación de no bolver a pedir — *lo prestado* — es por mucho tiempo, se puede mui bien estimar con precio, y por razón de aquella obligación se puede mui bien llevar el precio justo sin usura ninguna...» (fol. 7 vto.).

misma presentación un libro tradicional: *in folio*, con censuras, dedicatoria y aprobaciones; aparece de nuevo la justificación del uso del romance para «un trabajo, que por ser dependiente de la Ciencia Legal... debiera averse vertido en el Latino, que por la profesión se requiere» (113); mantenimiento de la grafía *interesse* desde el propio título... Pero son sus autoridades (con una cierta predilección por Covarrubias) y contenido lo que confirma las primeras impresiones: la vulgarización de la doctrina cambiaria realizada por Domínguez Vicente sería bienvenida, según la aprobación del tratado, porque «explicando la esencia de el contrato, advirtiendo las principales circunstancias, que le constituyen en el ser de tal, y previniendo las que pueden viciarle, para precaver el pernicioso contagio de la usura en que fácilmente se puede incidir con el abuso, hallen los Professores de el Comercio, fácil expedición en las dudas que puedan ocurrirles»; en consecuencia el «Índice de las proposiciones más notables» registra una treintena larga de entradas bajo la voz *usura*, que ocupa el papel central de la discusión sobre la licitud y justicia de los cambios, «dificilísima, y célebre cuestión, en la qual nos parece está el escollo de toda la dificultad en la materia de cambios» (114). No pretendo ahora perseguir el pensamiento de Domínguez Vicente, permisivo finalmente de una ganancia económica mediante el giro de letras (115), cuanto mostrar el contexto teórico de su tratamiento del derecho cambiario, absolutamente tradicional (116).

(113) José Manuel DOMÍNGUEZ VICENTE, *Discursos jurídicos sobre las aceptaciones, pagas, intereses, y demás requisitos, y qualidades de las letras de cambio*, Madrid, Herederos de Juan García Infanzón, 1732. Las palabras citadas corresponden a la aprobación de Andrés Díaz Navarro.

(114) *Discursos* cit. (n. 113), lib. 1, disc. 12 («Si el contracto de cambio contiene en sí justicia; y si es lícito, especialmente en el Fuero de la Conciencia»), p. 117.

(115) *Discursos* cit. (n. 113), lib. 1, disc. 6, p. 54: «Igualmente es cierto, que el que da a Cambio, da siempre con el fin, o por lo menos muchas vezes, de conseguir alguna ganancia de este género de negociación; esto es, hablando de el Cambio regular, cuya ganancia adquieren las más de las vezes, y aun quasi siempre, pero no por ésto se puede dezir con razón, ni que se comete usura, ni que es contracto tal de mutuo; porque si admitiéramos esta proposición, diríamos, que qualesquiera contractos celebrados por los Mercaderes, con esperanza de conseguir ganancia, sería usurario, lo que no se puede proferir sin que se note de absurdo». Cfr. también lib. 1, disc. 12, p. 107 (n. 88), p. 110 (n. 109).

(116) Así, correctamente, Bruno AGUILERA-BARCHET, *Historia de la letra de cambio*

Medio siglo más tarde aparecía el *Tratado legal, teórico y práctico de las Letras de Cambio* de Manuel Gerónimo Suárez ⁽¹¹⁷⁾. Su tomo primero, teórico, arrancaba con citas de Pothier, faltando cualquier referencia a la usura; el segundo contenía una amplia colección legislativa sobre cambios, según relación alfabética de las principales plazas comerciales españolas y extranjeras. El ya recordado Robert J. Pothier, de cuya obra viene a ser una adaptación la de Suárez, y J. Dupuy de la Serra ocupan el lugar que en Domínguez Vicente estaba todavía reservado a los moralistas; la legislación consular, en especial la de las ordenanzas bilbaínas de 1737, se estudia y comenta al puesto de breves y bulas pontificias.

Dos mentalidades y dos mundos diferentes; el primero, ya rancio en las manifestaciones que legaba al siglo XVIII, se cancelaba definitivamente a lo largo de esa centuria. Pero las normas represivas seguían teóricamente en vigor y no faltaron voces para recordarlo. En ámbitos en que la recuperación económica de la segunda mitad de siglo animó los tratos mercantiles la licitud de los préstamos con intereses suscitó aún alguna atención. La información es abundante ⁽¹¹⁸⁾, pero son suficientes algunos ejemplos. El caso más representati-

cit. (n. 29), p. 130, pero apoyando su juicio en razones técnicas (p. 256, n. 746: desconocimiento del endoso).

⁽¹¹⁷⁾ Manuel Gerónimo SUÁREZ NÚÑEZ, *Tratado legal, teórico y práctico de Letras de Cambio*, I-II, Madrid. Joseph Doblado, 1788-1789; el autor era un ilustrado, miembro de varias sociedades, y buena parte de su obra estuvo destinada a vulgarizar adelantos técnicos para la industria y agricultura; el contraste con Domínguez Vicente, conocido sobre todo como adionador de la tradicional *Curia Philipica* de Hevia Bolaño, resulta nuevamente llamativo.

Suárez no resultaba *rara avis* en su momento; cfr. Christian BERGFELD, *Essai d'établissement de la théorie du droit du change à partir du droit romain*, en AA.VV., *Confluence de droits savants et des pratiques juridiques*. Actes du Colloque de Montpellier (12-14 décembre 1977), Milano, Giuffrè, 1979, 265-296, p. 273, referente a HEINECCIUS, *Elementa iuris cambialis*: «montre qu' entretemps en matière de lettres de change, les juristes s'étaient libérés de la tutelle exercée par les théologiens».

⁽¹¹⁸⁾ Y basta el manejo de algún repertorio para comprobarlo: por Francisco AGUILAR PIÑAL, *Bibliografía de autores españoles del siglo XVIII*, IV, Madrid, C.S.I.C.-Instituto de Filología, 1986, he localizado Francisco Manuel DE HERRERA, *Reglas de comercio lícito, libre del contagio de la usura y que, como importantes a la instrucción de jueces, confesores y comerciantes de todas clases, salen reimpresas. Haviéndolas formadas el señor Don...*, Madrid, 1735 (ref. 3065) y Benito Ramón DE HE-

vo lo constituye la polémica sobre los depósitos retribuidos de la Compañía de los Cinco Gremios de Madrid, desatada por los sermones de un dominico, Fray Antonio Garcés, en el reinado de Carlos III (119). Los Gremios representaron al rey exhibiendo dictámenes de juristas y teólogos favorables a unos contratos cuyo moderado interés (dos y medio y tres por ciento al año) sólo podía entenderse en retribución de la inmovilidad de los capitales impuestos durante el tiempo pactado (120); la respuesta real, enteramente favorable a los

REDIA, *Espíritu de el Derecho Divino, Eclesiástico, Natural y de Gentes. Verdadera tradición de la Iglesia acerca de la usura. Demonstración Canónica-crítica de la legitimidad de los intereses en el Préstamo de comercio y de la justicia de el Decreto de S.M. de 10 de Julio de este año de 1764, que autoriza los Contratos que se hacen con los Gremios de esta Corte...*, ms. M-22 de la Biblioteca Universitaria de Santiago (ref. 2972). Como diría algo después Joseph María DE URÍA NAFARRONDO, *Aumento del comercio con seguridad de la conciencia, Obra que para beneficio común y particular escribía... presbítero, y capellán penitenciario de la Iglesia de San Ignacio de Loyola, y Real Congregación del mismo título en esta Corte*, Madrid, Joaquín Ibarra, 1785, «después de aquella célebre disputa, que por el año de 1763 se movió en España por lo que predicó aquel Apostólico y Venerable varón el P. Mro. Fr. Antonio Garcés, condenando el contrato que yo defiendo, es infinito lo que entonces se escribió sobre la materia; y si yo diese a mi Obra un título, que oliese algo de aquellos tiempos, movería a náusea» (pp. xxvii-xxviii).

(119) Cfr. Miguel CAPELLA-Antonio MATILLA TASCÓN, *Los Cinco Gremios Mayores de Madrid. Estudio crítico-histórico*, Madrid, 1947, pp. 260 y ss.; también José MARTÍNEZ GIJÓN, *La comenda-depósito* cit. (n. 27), pp. 104-105, y Alberto GARCÍA ULECIA, *El contrato trino* cit. (n. 32), pp. 171-173. Entre los testimonios de época, Joseph DE URÍA NAFARRONDO, *Aumento del comercio con seguridad de la conciencia* cit. (n. 118), pp. 204 y ss., resulta especialmente prolijo (así la noticia de la junta congregada de orden real, en 1763, por el Marqués de Esquilache para estudiar el asunto).

En Barcelona hubo también una sonada disputa, en esta ocasión por los préstamos marítimos: cfr. Archivo de la Corona de Aragón (Barcelona), Serie Audiencia, Registro de órdenes y representaciones del Consulado, 1791, leg. 5/3, ff. 1-58. El protagonista del suceso dio a la estampa sus opiniones: Eudaldo CORRIOLS, *Tractatus de mutuo et usura et de contractibus qui cum mutuo frequentibus uniuntur, vel in ipsum aliquando certis conditionibus adjectis convertuntur. Opusculum ad modum utile non modo confessariis, sed etiam advocatis, notariis, et mercatoribus, ad contractus labe usurae infectos cognoscendos. Ad forman cathecismi dispositum*, Romae, S. Baldassari, 1792.

(120) Juan Antonio DE LOS HEROS y Francisco DE GUARDAMINO, *Representación hecha al Rey N.Sr. por los Diputados Directores de los cinco Gremios mayores, sobre lo que predicó contra sus contratos el Rmo. P. Mtro. Fr. Antonio Garcés, solicitando se declarase este punto en justificación del honor, conducta y conciencia de los mismos cinco Gremios*, en *Semanario Erudito* de Antonio de Valladares de Sotomayor, 27

Cinco Gremios, vino por Real Cédula de 10 de julio de 1764 (*Novísima Recopilación* 10,1,23).

El *affaire* de los Cinco Gremios fue lejano motivo también de una obra publicada en 1785 por José Uría, sacerdote que se decía muy vinculado al Consulado de Bilbao, al que iba dedicada ⁽¹²¹⁾. Tardío desagravio por los insultos de Saravia, la estima por la profesión mercantil aparece desde el prólogo: «Las conciencias de los Comerciantes en su profesión son tan delicadas como la del más arreglado cristiano; tratarlos de usureros y ladrones, es una injuria de las más clásicas, es atreverse a poner manchas en el mismo Real Solio; hasta el mismo Rey es comerciante; mira si es honrada esta carrera» (pp. xxi-xxii), y la obra toda, en buena medida comentario de la encíclica de Benedicto XIV (1 de noviembre de 1745) sobre contrato trino, que se edita (pp. 350-377), demuestra con múltiples argumentos la licitud de este contrato «a intereses, distinto del préstamo» (pp. 38 y ss.), resultando el tal interés legítimo bajo el original título de *lucrum adveniens* (pp. 57-58); la permisividad llega a las siempre llamativas cuestiones terminológicas, aunque la expresión *préstamo a intereses* pudiera seguir suscitando animosidades ⁽¹²²⁾.

En relación a este escrito se ha dicho que su postura «parece la más generalizada en su tiempo y, sobre todo, en las décadas siguientes

(1790) 240-244; sigue (244-277) el *Dictamen de los Reverendísimos Padres Maestros Fr. Francisco Freyle, Fr. Ignacio Andrés de Moraledo, Fr. Juan García Picazo y Fr. Joseph García, del orden de San Francisco de observantes de esta Corte. Sobre si se puede llevar o no, lícitamente interés del dinero tomado a daño por los Gremios, y si éstos en caso de prestar a otras casas de Comercio algunos caudales sin seguridad, podrán llevar el interés regular y corriente de medio por ciento al mes, según práctica: concluyendo en uno y otro asunto, que pueden lícitamente llevar los intereses que contienen los puntos.*

⁽¹²¹⁾ Se trata del ya referido Joseph de URÍA NAFARRONDO, *Aumento del comercio con seguridad de la conciencia* cit. (n. 118). Pero esta obra era la traducción y libre adaptación de un anónimo *Traité de l'usure, et des interêts*: cfr. pp. xxiv-xxv.

⁽¹²²⁾ «En fin no disputemos de nombres. Si quieres, se puede llamar compañía particular con algunas condiciones: si quieres, lo llamaremos como los Escolásticos *contrato trino*: si quieres, *préstamo a intereses*: aunque por no dar lugar a equivocarse, y a que se alboroten algunos al oír *préstamo*, y luego la coleta *a intereses*, no quisiera lo nombrases así; pero por mí llámalo si quieres, porque yo voy a observar su naturaleza, no su fe de bautismo». Joseph URÍA NAFARRONDO, *Aumento del comercio con seguridad de la conciencia* cit. (n. 118), pp. 242-243.

tes... El contrato trino parece que ha dejado de preocupar a la mayoría de los teólogos y sólo en algunas obras de cierta amplitud o en tratados sobre la usura se le menciona, pero de forma somera y refiriéndose a su controversia como algo perteneciente al pasado» (123). Pero hay que observar que el paso a la admisión incondicionada de la ganancia mercantil transcurría por una suerte de manifestaciones doctrinales que, al enfrentarse dialécticamente con la condena de la usura, acreditaban su tardía actualidad. El mismo Uría, al final del tratado, se creía en la obligación de precisar: «tan lejos estoy de seguir el grosero error *de que ya no hay usura en el mundo*, que antes bien detesto de todo mi corazón muchos pactos usurarios» (p. 305).

Queda por ver si en esta discusión iba ya deslizándose un cambio semántico en el viejo y manido concepto, significante ahora de intereses desorbitados. El extremo se encuentra por determinar; me limitaré aquí a recordar que tanto en los alegatos y dictámenes presentados por los Cinco Gremios como en la obra misma de Uría el argumento del módico interés aparecía con insistencia. La determinación de una tasa legal del interés convencional (124) sería, así, el eslabón que permitiera enlazar el régimen prohibitivo del *ius commune* con la supresión de toda intervención en la materia, lo que tuvo lugar en España, como veremos, en 1856.

(ii) *Consulados borbónicos.*

Si durante el siglo XVI la realidad corporativa tradicional se mantiene en la erección de los consulados, el reformismo borbónico, de amplia incidencia en este terreno como es sabido, contribuye a desnaturalizar las viejas instituciones. Ya no se trata de privilegiar organismos de creación espontánea, reconociéndose por parte de la

(123) Alberto GARCÍA ULECIA, *El contrato trino* cit. (n. 32), p. 182.

(124) Cfr. Joseph URÍA NAFARRONDO, *Aumento del comercio con seguridad de la conciencia* cit. (n. 118), p. 30, donde se anota una Real Cédula de 16 de noviembre de 1784, mandando pagar un 6% de intereses por dilaciones en el saldo de las deudas contraídas con artesanos, jornaleros, criados y acreedores de posada y semejantes; el interés máximo, que tenía tras de sí amplia tradición, en esa cuantía aparecía aún en el Código de comercio de 1829 (art. 358).

Corona su ejercicio de jurisdicción; la filosofía resulta otra: intervención en las actividades económicas con asunción de una política encaminada al fomento de la riqueza. A los nuevos consulados vienen además a equipararse algunos tradicionales, reorganizados ahora con arreglo a los mismos presupuestos.

La bibliografía existente abunda, más como biografía institucional de consulados en concreto y edición de documentos que a título de presentación general. Si en este último sentido sólo cabe citar las obras de Enrique Gacto, Pere Molas y Roberto Fernández ⁽¹²⁵⁾, en el primero se sitúan, principalmente, las de Arcila Farías (Caracas), Bejarano (Málaga), Capillas de Castellanos (Montevideo), Dias (Caracas), Guillamondegui (Buenos Aires), Figueras Pacheco (Alicante), Heredia (Sevilla-Cádiz), Martín Palma (Manila), Ortiz de la Tabla (Veracruz), Quesada (Buenos Aires), Ruiz Pablo (Barcelona), Smith (Guatemala), Tjarks (Buenos Aires), Villaseñor (Guadalajara en Jalisco) ⁽¹²⁶⁾, pudiendo recordarse aún obras de contenido más

⁽¹²⁵⁾ Enrique GACTO FERNÁNDEZ, *Historia de la Jurisdicción mercantil* cit. (n. 64), pp. 37 y ss.; Pere MOLAS, *La burguesía mercantil en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, Cátedra, 1985; Roberto FERNÁNDEZ DÍAZ, *Burguesía y consulados en el siglo XVIII*, en T. MARTÍNEZ VARA (ed. al cuidado de), *Mercado y desarrollo económico en la España contemporánea*, Madrid, Siglo XXI-Junta del Puerto de Santander, 1986, 1-39, con ulteriores referencias.

⁽¹²⁶⁾ Eduardo ARCILA FARIAS, *Documentos del Real Consulado de Caracas*, introd. de... y selección de Ildefonso LEAL, Caracas, 1964; Eduardo ARCILA FARIAS, *El Real Consulado de Caracas*, Madrid, 1957; FRANCISCO BEJARANO, *Historia del Consulado y de la Junta de Comercio de Málaga*, Madrid, C.S.I.C., 1947; AUFORA CAPILLAS DE CASTELLANOS, *Historia del Consulado de comercio de Montevideo*, en *Revista Histórica* (Montevideo), 32 (1962), 1-380 y 35 (1964), 1-412; Manuel NUNES DÍAS, *El Real Consulado de Caracas (1793-1810)* (1968), trad. Jaime Tello, Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1984; FRANCISCO FIGUERAS PACHECO, *El Consulado marítimo y terrestre de Alicante y pueblos del obispado de Orihuela*, Alicante, 1957; Julio César GUILLAMONDEGUI, *La justicia consular en Buenos Aires (1794-1810)*, en *Boletín de la Academia Nacional de la Historia* (Buenos Aires), 32 (1962), 48 pp. (separata); Antonia HEREDIA HERRERA, *Reglamentos y ordenanzas del Consulado de Cádiz en el siglo XVIII*, en *Andalucía y América en el siglo XVIII. Actas de las IV Jornadas de Andalucía y América*, I, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1985, 59-77; ead., *El Consulado Nuevo de Sevilla y América*, en *V Jornadas de Andalucía y América*, I, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1986, 287-301; ead., *Inventario de los fondos de Consulados (sección XII) del Archivo General de Indias*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1979; ead., *Sevilla y los hombres del comercio (1700-1800)*, Sevilla, Edi-

amplio, como la de Guiard sobre Bilbao, que se extienden a este período. Muchos de estos trabajos responden a una erudición local estimable, pero desconocen el marco jurídico de las corporaciones mercantiles, acentuándose las carencias que hubo ocasión de señalar en relación a la historiografía sobre consulados en el siglo XVI. Por lo demás, el recurso a fuentes contemporáneas, singularmente las vastas obras de Eugenio Larruga y Boneta ⁽¹²⁷⁾, resulta imprescindible.

En todos estos casos destaca el protagonismo de la Monarquía en la creación y gobierno de los consulados. El precedente más inmediato venía representado por el fallido Consulado de la Corte, un intento mercantilista de Olivares que no dejó, a lo que parece, otras secuelas que la presencia en las recopilaciones de la normativa correspondiente (pragmática de 9 de febrero de 1632, *Novísima Recopilación* 9,2,4); entre otros extremos de interés, se concedía licencia real a la creación de nuevos consulados en ciudades (pero de realengo: cfr. n. 4) con «número bastante de mercaderes».

Una similar declaración, contenida en una norma bastante posterior, llegaría a tener efecto a finales del siglo XVIII. Se trata del *Reglamento y aranceles reales para el comercio libre de España a*

toriales Andaluzas Unidas, 1989; M^a Teresa MARTÍN PALMA, *El Consulado de Manila*, Granada, Universidad, 1981; Javier ORTIZ DE LA TABLA DUCASSE (ed. y estudio preliminar), *Memorias políticas y económicas del Consulado de Veracruz (1796-1822)*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1985; Héctor C. QUESADA (dir.), *Consulado de Buenos Aires. Antecedentes. Actas. Documentos*, I-IV, Buenos Aires, 1936-1937; Angel RUIZ Y PABLO, *Historia de la Real Junta Particular de Comercio de Barcelona (1758 a 1847)*, Barcelona, Henrich y Cía., 1919; Robert S. SMITH, *Origins of the Consulado of Guatemala*, en *The Hispanic American Historical Review* 26 (1946), 150-161; Germán TJARKS, *El Consulado de Buenos Aires y sus proyecciones en la historia del Río de la Plata*, Buenos Aires, Universidad-Facultad de Filosofía y Letras, 1962; Rubén VILLASEÑOR BORDES, *El mercantil Consulado de Guadalajara*, Guadalajara, 1970.

⁽¹²⁷⁾ Tanto su *Historia de la Real y General Junta de Comercio, Moneda y Minas, y dependencias de extranjeros, y colección íntegra de los Reales decretos, Pragmáticas, Resoluciones, Ordenes y Reglamentos que por punto general se han expedido para el gobierno del comercio y manufacturas del Reino*, 1789, ms. 12 vols., Biblioteca del Ministerio de Hacienda (Madrid), nn. 39-50, como los cuarenta y cuatro tomos de las *Memorias políticas y económicas sobre los frutos, comercio, fábricas y minas de España*, Madrid, 1787-1800.

Indias de 12 de octubre de 1778 ⁽¹²⁸⁾, en cuyo art. 53 declaraba el monarca: «Encargo para la formación de Consulados en los Puertos donde no los huviere. — Como la mira principal que he tenido en esta amplia concesión, se dirige dignamente a restablecer la industria y felicidad de mis Vasallos, y que a este intento regulo por importante y utilísimo, que en todos los Puertos habilitados de España ⁽¹²⁹⁾ donde no huviere Consulados de Comercio, se formen ahora con arreglo a las Leyes de Castilla e Indias, encargo y cometo privativamente a mis Ministros de Estado, Indias y Hacienda el formal establecimiento de estos Cuerpos Nacionales, para que protexidos eficazmente de mi Real autoridad, y auxiliados de las Sociedades económicas de sus respectivas Provincias, se dediquen a fomentar la Agricultura y Fábricas de ellas, y también a estender y aumentar por quantos medios sean posibles la navegación a mis Dominios de América». En el *Reglamento* no se preveía expresamente la erección de consulados en tales dominios, pero desde su promulgación y circulación comenzaron a proliferar las propuestas americanas ⁽¹³⁰⁾.

Aparte la reordenación de corporaciones tradicionales periclitadas (Barcelona, 1758; Valencia, 1762; Burgos, 1766), el éxito de la política borbónica de creación de consulados, precedida por las

⁽¹²⁸⁾ Manejo la edición facsímil, a cargo de Bibiano TORRES y Javier ORTIZ DE LA TABLA, de Sevilla, Facultad de Filosofía y Letras-Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1978.

⁽¹²⁹⁾ Estos puertos serían Sevilla, Cádiz, Málaga, Almería, Caratagena, Alicante, Alfarques de Tortosa, Barcelona, Santander, Gijón, Coruña, Palma de Mallorca y Santa Cruz de Tenerife (art. 4).

⁽¹³⁰⁾ Javier ORTIZ DE LA TABLA DUCASSE, *Memorias políticas* cit. (n. 126), pp. xv y ss.; Bernardino BRAVO LIRA, *Notas sobre el Reglamento de comercio libre de 1778 y el régimen jurídico del comercio indiano*, en *Actas del III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1973, 1013-1044; Julio César GUILLAMONDEGUI, *La repercusión inmediata del Reglamento de Comercio Libre de 1778. Una solicitud de creación del Consulado de Buenos Aires*, en *Actas del III Congreso* cit., 985-1011; Pablo-Emilio PÉREZ-MALLAÍNA BUENO, *Comercio y autonomía en la intendencia de Yucatán (1797-1814)*, Sevilla, Escuela de Estudios-Hispanoamericanos, 1978, pp. 149 y ss. En el caso americano la creación de nuevos consulados podía responder al intento metropolitano de estrechar su cerco a la economía colonial, entonces floreciente: D.A. BRADING, *Mineros y comerciantes en el México borbónico (1763-1810)* (1971), México, Fondo de Cultura Económica, segunda reimpr. 1985, pp. 160 y ss.

experiencias realizadas en Nápoles ⁽¹³¹⁾, se concentra en torno a los años 1784 y 1793. En el primero fue organizado el llamado Consulado Nuevo en Sevilla, cuya cédula de erección (24 de noviembre de 1784, parcialmente recogida en *Novísima Recopilación* 9,2,14) constituyó el modelo aplicado a Málaga, Coruña, Santander y Alicante (1785) y San Cristóbal de la Laguna (1786); en 1793 tuvo lugar la erección del Consulado de Caracas, luego extendida a La Habana y Buenos Aires (1794), Veracruz, Cartagena de Indias, Santiago de Chile y Guadalajara (Jalisco) (1795). Ya en el siglo siguiente se autorizaron, entre otros, los consulados de Palma de Mallorca (1800), Sanlúcar de Barrameda (1806) y Madrid (1827).

En este contexto el orden corporativo tradicional resultaba muy alterado. Continuando el ejercicio de jurisdicción en manos profesionales, que eran las autoridades elegidas por los inscritos en la matrícula ⁽¹³²⁾, la participación de letrados en la administración de la justicia mercantil quedaba garantizada por los asesores del tribunal consular (art. 10 de la Real Cédula de Sevilla, Málaga etc.), aunque se mantenía la prohibición de la asistencia técnica a las partes (ib., arts. 27 y 29). A la variedad y dispersión de normas y prácticas de funcionamiento, características de los consulados históricos, sucedía una elevada uniformidad en la organización de los borbónicos, derivada de la generalización de plantillas uniformes; expresión de las nuevas orientaciones y de la presencia del poder real, en ellas los magistrados consulares aparecían adornados de los atributos y honores de los jueces ordinarios. Y en lo que hace al derecho sustantivo aplicado el éxito de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737 fue total, colaborando la Corona, por diversos medios ⁽¹³³⁾, en la difusión universal de sus preceptos ⁽¹³⁴⁾.

⁽¹³¹⁾ Cfr. Cesare Maria MOSCHETTI, *Il Codice Marittimo del 1781 di Michele di Jorio per il Regno di Napoli. Introduzione e testo annotato*, I-II, Napoli, Giannini Editore, 1979, especialmente I, p. xx-xxii: creación de un *Supremo Magistrato di Commercio* y de un *Consolato di Mare e di Terra* (1739), cuyas competencias se extenderán a toda la Campania al año siguiente, en que se erigen otros dos consulados.

⁽¹³²⁾ Pero en el primer establecimiento de las nuevas corporaciones el monarca solía designar, generalmente a propuesta de los que intervenían en la gestión del consulado, los cargos de prior, cónsules y consiliarios.

⁽¹³³⁾ Así otorgando especialmente algunos de los preceptos de Bilbao a determinadas corporaciones, como a Cádiz y Valencia en materia de requisitos formales del contrato de sociedad (cfr. Carlos PETIT, *La compañía mercantil* cit. n. 42, pp. 10-107) y a Buenos

Pero la naturaleza particular de los nuevos consulados aparece en las previsiones sobre matrícula, que era en principio libre, y acceso a la corporación. En la línea ilustrada de otras disposiciones, las cédulas de erección establecían organismos mixtos, abiertos a terratenientes y nobles ⁽¹³⁵⁾, además de comerciantes, fabricantes y navieros; los cargos consulares se repartían entre las diferentes clases de matriculados ⁽¹³⁶⁾. Las corporaciones mercantiles borbónicas se

Aires en relación a la quiebra (cfr. Julio César GUILLAMONDEGUI, *La justicia consular* cit. n. 126, p. 29), y, sobre todo, al establecerse como derecho supletorio, en lo no previsto por la cédula de erección y leyes generales de Castilla e Indias, el de Bilbao (art. 44 de Málaga, Alicante, Coruña, Santander y La Laguna; art. 35 de Sanlúcar; art. 2 de Caracas, La Habana, Buenos Aires, Cartagena de Indias, Veracruz, Guadalajara y Santiago; art. 5 del Rgto. de 1828 para Manila; art. 34 de Madrid).

⁽¹³⁴⁾ Que tuvo, además, gran influencia como fuente de las ordenanzas redactadas con posterioridad a su aprobación: así San Sebastián (1766; cfr. José María DE EIZAGUIRRE, *Las ordenanzas de comercio del Consulado de San Sebastián*, en *Boletín de estudios históricos de San Sebastián*, 1 (1967), 79-103), Burgos (1766; ed. de Eugenio LARRUGA Y BONETA, *Memorias políticas y económicas* cit. n. 127, 29, Madrid, 1793, pp. 91-184), consulado nonnato de Soria (1777; Eugenio LARRUGA Y BONETA, *Memorias políticas y económicas* cit., 21, Madrid, 1792, pp. 170-193), proyecto de Sevilla (1794; su texto en Archivo General de Indias, Sevilla, Indiferente General, leg. 1985), proyecto de Santander (1794; una copia obra en el Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, Codificación mercantil, leg. 1).

⁽¹³⁵⁾ Cfr. por ejemplo art. 22 de Málaga: «Será facultativo y muy propio de todos los caballeros y demás personas ilustres naturales o connaturalizados para estos reinos y los de Indias, avendados en el distrito del consulado, con el caudal y demás cualidades prevenidas, matricularse en cualquiera de sus clases, sin perjuicio del goce, prerrogativas y exenciones correspondientes a su estado noble, antes bien me será muy grato, y les servirá de mérito particular la aplicación personal a la agricultura, comercio, fábricas y navegación» (R.C. de 18 de enero de 1785, ed. José Juan GARCÍA ESPAÑA, *Documentos para la historia económica y mercantil de Málaga. Siglos XVIII y XIX*, en *Historia. Instituciones. Documentos* 2 (1975) 43-188, pp. 48-59). Sobre el problema de las actividades mercantiles de la nobleza y la composición plural de las nuevas corporaciones, Pere MOLAS, *La burguesía mercantil* cit. (n. 125), pp. 113 y ss.; Roberto FERNÁNDEZ DÍAZ, *Burguesía y consulados* cit. (n. 125), pp. 16 y ss.; William J. CALLAHAN, *Honor, Commerce and Industry in Eighteenth-Century Spain*, Boston (Mass.), Harvard University Press, 1972; J.Q.C. MACKRELL, *The Attack on «Feudalism» in Eighteenth-Century France*, London/Toronto, Toronto University Press, 1973.

⁽¹³⁶⁾ R.C. de 18 de enero de 1785 para Málaga cit. (n. 135), art. 2: «Habrán un prior, dos cónsules, ocho consiliarios; conviene a saber, dos de la clase de hacendados, dos de la de comerciantes, dos de la de mercaderes, uno de la de fabricantes, y otro de la de navieros...».

apartaban así de la tradición anterior, no especialmente favorable a la presencia de la nobleza entre los comerciantes, y en todo caso excluyente de los fabricantes y artesanos, que antes integraban un estatuto separado ⁽¹³⁷⁾. Todas estas categorías se añadían ahora a la vieja clasificación de mercaderes y negociantes, distinguiéndose — no siempre con claridad — entre comerciantes (por mayor y por menor), hacendados, cargadores a Indias (en su caso), cosecheros, dueños de buques y fabricantes. Y las nuevas normas, que en ocasiones venían precedidas por una práctica favorable, resultaron eficaces a juzgar por los datos conocidos: Antonia Heredia ha documentado la presencia de nobleza titulada y hábitos de órdenes militares en la matrícula de Sevilla, hasta un 6,4% del total de comerciantes identificados ⁽¹³⁸⁾, y poseemos alguna noticia aislada, pero coincidente con las sevillanas, de Málaga ⁽¹³⁹⁾ y Caracas ⁽¹⁴⁰⁾. Parece ser que en términos cuantitativos la dedicación mercantil de la nobleza fue reducida ⁽¹⁴¹⁾, pero aquí interesaba enfocar la cuestión desde el punto de vista cualitativo, que resulta indiscutible.

Síntoma de las transformaciones que iban sacudiendo el mundo consular, la acción de la Corona se hacía aún presente en dos estratos importantes. De una parte, la aparición de órganos de gobierno de las actividades económicas con competencia sobre los consulados, como la Junta de Comercio, la Balanza de Comercio, la Junta de Comercio y Navegación o la Dirección de Fomento ⁽¹⁴²⁾; de otra, la reivindicación

⁽¹³⁷⁾ Cfr. Juan de HEVIA BOLAÑO, *Curia Philipica* cit. (n. 37), lib. I del comercio terrestre, cap. i, n. 16 (p. 263).

⁽¹³⁸⁾ Antonia HEREDIA HERRERA, *Sevilla y los hombres del comercio* cit. (n. 126), p. 264; años antes Antonio-Miguel BERNAL y Antonio GARCÍA-BAQUERO, *Tres siglos de comercio sevillano* cit. (n. 62), pp. 73 y ss., llegaron a resultados similares. Pero un estudio existente sobre Cádiz no ha podido cuantificar la participación nobiliaria en el gremio mercantil: Julián B. RUIZ RIVERA, *El Consulado de Cádiz. Matrícula de comerciantes, 1730-1823*, Cádiz, Diputación, 1988.

⁽¹³⁹⁾ Francisco BEJARANO, *Historia del Consulado* cit. (n. 126), p. 13.

⁽¹⁴⁰⁾ Manuel NUNES DÍAS, *El Real Consulado de Caracas* cit. (n. 126), cuadro de p. 219.

⁽¹⁴¹⁾ Antonio-Miguel BERNAL y Antonio GARCÍA-BAQUERO, *Tres siglos de comercio sevillano* cit. (n. 62), pp. 90 y ss.

⁽¹⁴²⁾ Careciéndose de una moderna monografía sobre estos organismos, para la que resultará indispensable la inmensa colección preparada por Larruga, ya citada, no faltan acercamientos: Pere MOLAS, *La Junta general de Comercio y Moneda. La institución y*

por el rey de la capacidad para establecer un «derecho mercantil» unitario, que late en las iniciativas privadas y públicas de elaborar un Código o unas «ordenanzas generales de comercio» (véase *infra*, III, ii). La reacción corporativa ante la primera amenaza a su autonomía — que tenía tras de sí una amplia corriente teórica favorable a la asunción, por el príncipe y junto al tradicional *gobierno político*, de un *gobierno civil y económico* que «riguarda l'economia, e la ricchezza de sudditi per mezzo delle arti, delle industrie, e dell'agricoltura» ⁽¹⁴³⁾ — habría que perseguirla mediante el estudio de los numerosísimos conflictos de competencia planteados; su respuesta a la segunda condujo a la elaboración de esos proyectos extensos de ordenanzas que no faltan a finales del siglo XVIII e inicios del XIX (en Sevilla, Santander y, sobre todo, Cádiz y Málaga) ⁽¹⁴⁴⁾ y a la recopilación local de las leyes y los estilos al uso en el tribunal consular ⁽¹⁴⁵⁾.

los hombres, en *Cuadernos de Historia. Anexos a la revista Hispania*, 9 (1978) 1-38; del mismo, *De la Junta de Comercio al Ministerio de Fomento*, en *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1983, 529-556.

⁽¹⁴³⁾ Son palabras del cardenal DE LUCA, *Il principe cristiano pratico*, Roma, 1680, estudiadas por Daniela FRIGO, *La «civile proportione»*, cit. (n. 62), p. 104; cfr. también Raffaele AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976, pp. 359 y ss., sobre la obra de Broggia y las actividades de gobierno de Carlos III en Nápoles, «che costituiva il banco di prova dell'assolutismo in tutta l'Europa» (p. 371).

⁽¹⁴⁴⁾ Véanse referencias *supra* nota 134. El proyecto malagueño (sobre el que existe algún estudio particular, de escasa envergadura: Mercedes CORDONES RAMÍREZ-Adolfo AURIOLES MARTÍN, *La quiebra en las ordenanzas consulares de Málaga*, Málaga, Universidad-Cámara de comercio, 1987) ha sido publicado por José Juan GARCÍA ESPAÑA, *Documentos* cit. (n. 135). Para el proyecto de Cádiz, que ha dejado abundante rastro documental (Archivo General de Indias, Biblioteca de la Universidad de Sevilla, Archivo de la Comisión General de Codificación), véase el trabajo ya citado (n. 126) de Antonia HEREDIA HERRERA, *Reglamentos y ordenanzas del Consulado de Cádiz*. En relación a Buenos Aires sabemos, al menos, que la Junta consular, considerando «la necesidad que hay de la formación de unas ordenanzas adecuadas a las circunstancias de estos países, sus usos, y costumbres en el giro», decidió en 1803 «que se debía pedir licencia a S.M. para trabajar con todo ahinco, este particular... Así mismo acordaron que debían formarse unas ordenanzas particulares para gobernarse este cuerpo, así en el tribunal como en el de Alzadas» (cfr. Germán O.E. TJARCS, *El Consulado de Buenos Aires* cit. n. 126, II, pp. 909-910).

⁽¹⁴⁵⁾ Es el caso de La Coruña: *Método de libros de comercio, de fábricas y*

La aparición de las grandes compañías privilegiadas es otra muestra del intervencionismo oficial en la economía y de las cortapisas que suponía a los consulados. Estas compañías contaban con un elevado capital dividido en acciones para fomento del comercio y producción manufacturera interiores y del tráfico comercial con las posesiones ultramarinas ⁽¹⁴⁶⁾, tratándose de entes públicos, frecuentemente por la iniciativa de su formación y los capitales suscritos, y siempre por los privilegios comerciales exclusivos, otorgados por la real cédula de erección, que gozaban en sus actividades. Su régimen privilegiado conducía al establecimiento de reglas particulares sobre la libre transmisión de la condición de socio mediante venta de las acciones (con lo que, tímidamente, se apunta hacia la idea de una responsabilidad patrimonial limitada que, como tal, no es regla formulada de manera expresa) ⁽¹⁴⁷⁾ y a un peculiar y complejo sistema de gobierno, to-

compañías, y algunas circunstancias que deben observar las personas que los establezcan... conforme acuerdo del Excmo. Sr. Prior y Sres. Cónsules y Consiliarios con el Sr. Asesor titular del R. Consulado de La Coruña, Santiago 1790, que cita y usa Luis Alonso ALVAREZ, Comercio colonial y crisis del Antiguo Régimen en Galicia (1778-1818), Coruña, Xunta de Galicia, 1986; en el Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 2, se conserva un impreso del consulado coruñés con todo tipo de legislación y usos locales: Colección de los reglamentos, reales órdenes y acuerdos a que se arreglan las Juntas generales y de Gobierno del Real Consulado de la Coruña, y su tribunal de justicia, formada por disposición del mismo Cuerpo, Santiago, Ignacio Aguayo, 1811. Similar el supuesto de Veracruz, donde el secretario del Consulado realizó una suerte de compilación del derecho corporativo, basado en Bilbao: José María DE QUIRÓS, Guía de negociantes. Compendio de la legislación mercantil de España e Indias, introducción y revisión del texto y notas de Pedro Pérez Herrero, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

⁽¹⁴⁶⁾ Una visión general suministra ahora María Jesús MATILLA QUIZA, *Las compañías privilegiadas en la España del Antiguo Régimen*, en Miguel ARTOLA (dir.), *La economía española al final del antiguo Régimen. IV. Instituciones*, Madrid, Alianza, 271-401. Los aspectos más jurídicos fueron abordados por José MARTÍNEZ GIJÓN, *Las Sociedades por Acciones en el Derecho Español del Siglo XVIII*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* (Buenos Aires) 9 (1968), 64-90 (antes, en italiano, aparecido en *Economia e Storia*, 1964).

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. José MARTÍNEZ GIJÓN, *Las Sociedades por Acciones* cit. (n. 146), pp. 85-89. Sus conclusiones no han sido aceptadas por Raquel RICO LINAGE, *Las Reales Compañías de comercio con América. Los órganos de gobierno*, Sevilla, Diputación-Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1983, pp. 16-18, sin mayores pruebas: «la li-

do lo cual configuraba una corporación nueva y separada, dependiente del monarca, que no era reputada contemporáneamente como asociación de índole mercantil ⁽¹⁴⁸⁾ ni se encontraba sometida a la jurisdicción de los consulados ⁽¹⁴⁹⁾, sin perjuicio de que éstos, en de-

mitación de responsabilidad es evidente al examinar la normativa de las compañías y su funcionamiento», escribe Rico en p. 18, pero no justifica el silencio de las cédulas de erección en este llamativo punto; es cierto que las previsiones de transmisión de las acciones revelan una tendencia favorable a la responsabilidad limitada, mas queda en pie el problema de las reglas que se aplicarían respecto a los accionistas actuales en el supuesto de un desequilibrio patrimonial grave; cfr. también María Jesús MATILLA QUIZA, *Las compañías privilegiadas* cit. (n. 146), pp. 340 y ss., en las que la autora, reconociendo que se carece de datos, concluye a favor de esa regla, citando sendos preceptos de las cédulas de creación de la Compañía Marítima (1789) y de la Compañía de Seguros Marítimos (1800); pero el primero contiene propiamente antes una regla de liquidación de resultados que un pronunciamiento a favor de la limitación («Todas las empresas y negocios de la compañía se han de contar por años, de Resurrección a Resurrección, liquidando para fin de cada año sus cuentas, por cuenta y riesgo de las acciones, que entraron a su capital»), indudable ya en el segundo («El fondo capital de esta compañía será de pesos setecientos cincuenta mil de 128 cuartos cada uno, repartidos en 2500 acciones de a 300 pesos en vales reales, y sin más responsabilidad en los accionistas que la del número de acciones en que se halla interesado»): aunque tratándose de una compañía asegurativa, respecto de las que era habitual la previsión de una responsabilidad ilimitada, tendría toda su lógica que se estableciera con claridad el principio contrario. Por lo demás, el régimen de la responsabilidad de las sociedades por acciones tampoco estuvo muy claro en la práctica coetánea: cfr. para Francia Henri LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII et XVIII siècles*, Paris, 1938, Domat-Montchrestien, pp. 242-249; para Inglaterra H.A. SHANNON, *The Coming of General Limited Liability* (1931), en E.M. CARUS-WILSON (ed.), *Essays in Economic History*, I, London, E. Arnold Ltd., reimp. 1966, 358-379; para Suecia Claes PETERSON, *Juristische Person und Begrenzte Haftung der Aktionäre. Ein Beitrag zur Geschichte des Aktienrechts in Schweden*, en *Quaderni fiorentini* 11/12 (1982-1983): *Itinerari moderni della persona giuridica*, I, 521-587, especialmente pp. 532 y ss.; para Italia, y tratándose ya del diseño de un derecho mercantil codificado de sociedades por acciones, Antonio PADOA SCHIOPPA, *Le società commerciali nei progetti di codificazione del Regno Italico (1806-1807)*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, III, Firenze, Leo S. Olschki, 1977, 1015-1067, pp. 1033 y ss.; como escribe el mismo Padoa Schioppa, p. 1028, convendría «riproposi il problema della genesi della responsabilità limitata nel diritto commerciale moderno: un tema di grande rilievo, ben meritevole di nuove ricerche». No las ha realizado Raquel Rico.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. Henri LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés* cit. (n. 147), pp. 42-43.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. Real Cédula de 25 de septiembre de 1728, Compañía de Caracas, art. vii;

terminados casos, se situaran detrás de la promoción de tal clase de instituciones.

De todo lo anterior conviene destacar que la normativa de contenido comercial, tanto orgánica como sustantiva, había dejado de ser monopolio de las instituciones gremiales afectadas, mientras que el poder real intensificaba su presencia en el establecimiento de un derecho ya sólo corporativo por destino ⁽¹⁵⁰⁾. Pero no parece legítimo radicalizar los efectos del fenómeno, que aún se presentaba como tendencia. Pues siendo cierto que la Monarquía ilustrada aumentó considerablemente la producción central de normas y los esfuerzos codificadores y recopilatorios, nos situamos todavía muy lejos de la creatividad legislativa del Estado liberal: cuantitativamente, porque el veloz ritmo de legislación se presenta mucho más sosegado cuando lo contemplamos en términos relativos; y cualitativamente, ya que las nuevas leyes reales funcionaban como declaraciones simbólicas o paradigmáticas, como índice de las aspiraciones de aquella Monarquía, sin llegar a desarrollar propiamente sus potencialidades reguladoras positivas ⁽¹⁵¹⁾. El cuadro sería completo considerando, respecto a uno y otro aspecto de la cuestión, la oposición feudal a la legislación de la Corona, que se hacía sentir en esta materia del comercio ⁽¹⁵²⁾.

En resumen, aun con asaltos y transformaciones el «derecho mer-

Real Cédula de 18 de diciembre de 1740, Compañía de La Habana, art. xxiii; Real Cédula de 4 de mayo de 1755, Compañía de Barcelona, art. xxiv y ordenanzas de 11 de abril de 1756, arts. lxxxiv-lxxxvii. Ed. de Raquel RICO LINAGE, *Las Reales Compañías de comercio* cit. (n. 146), *Documentos* en pp. 263 y ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Lo que era moneda corriente en la Europa de las Luces: cfr. para el caso de Milán Cesare MOZZARELLI, *La riforma politica del 1786 e la nascita delle camere di commercio in Lombardia*, en Cesare MOZZARELLI (a cura di), *Economia e corporazioni* cit. (n. 55), 163-192.

⁽¹⁵¹⁾ Me aprovecho del análisis de António Manuel HESPANHA, *A Perspectiva Histórica e Sociológica*, en Autores Varios, *A feitura das leis. II. Como fazer leis*, Lisboa, Instituto Nacional de Administração, 1986, 59-81.

⁽¹⁵²⁾ Es significativa la exclusión de la iniciativa de creación de consulados de las tierras de abadengo y señorío en la pragmática referida de 1632; por lo demás, el Banco de San Carlos obtuvo el privilegio de proceder contra patrimonios amayorazgados: Pedro TEDDE DE LORCA, *El Banco de San Carlos (1782-1829)*, Madrid, Banco de España-Alianza, 1988, p. 68. Para la contestación señorial a las reformas carolinas en Nápoles, cfr. Cesare Maria MOSCHETTI, *Il Codice Marittimo del 1781* cit. (n. 131), I, pp. xxi-xxii.

cantil» permanece en manos corporativas a lo largo del siglo XVIII. La prueba más eminente la ofrece el caso de Bilbao. Este Consulado, que había ido ganando importancia ante el declinar de Burgos, iniciaba el Setecientos contando con una normativa abundante, pero parcial y de conflictividad acreditada en lo relativo al gobierno corporativo. En 1725 comenzó un proceso de reforma que dio unos primeros frutos seis años más tarde, aunque estas ordenanzas ni resolvieron los habituales conflictos electorales ni presentaban la riqueza de contenido deseada. La comisión encargada de la reforma del derecho de Bilbao («vecinos y comerciantes de dicha villa y de los de primer celo e inteligencia») continuó sus trabajos y al cabo de poco más de un año, el 14 de diciembre de 1736, culminó su obra; tras la revisión consular y la confirmación de la autoridad real, que introdujo alguna reforma en materia de quiebras (cap. 17, n. 54), a finales de 1737, aunque con la fuerte oposición de las colonias de extranjeros ⁽¹⁵³⁾, entró en vigor el que sería texto principal del «derecho mercantil» antes de la Codificación ⁽¹⁵⁴⁾.

Divididas en 29 capítulos y éstos en leyes, hasta un total de 723, las Ordenanzas de 1737 son una reelaboración de disposiciones corporativas anteriores, pero acusan también una profunda influencia francesa, vehiculada por las dos ordenanzas colbertianas (*pour le commerce*, 1673; *pour la marine*, 1680) e, incluso, las opiniones doctrinales de Jacques Savary ⁽¹⁵⁵⁾. Sus primeros capítulos (i-viii) tra-

⁽¹⁵³⁾ Las ediciones de las Ordenanzas incluyen una Real Provisión de 10 de diciembre de 1740 «mandando observar, cumplir y guardar en todo y por todo las Ordenanzas... sin embargo de la oposición de diferentes Comerciantes extrageros, que declaró S.M. no ser partes legítimas ni competentes»; en su extenso texto se relata pormenorizadamente el incidente y los motivos de oposición esgrimidos (por lo común, contra los requisitos formales de determinados actos y su control por el Consulado).

⁽¹⁵⁴⁾ Federico de ZABALA Y ALLENDE, *El Consulado y las Ordenanzas de comercio de Bilbao* cit. (n. 69), pp. 53 y ss.; Carlos PETIT, *Ordenanzas de Bilbao* cit. (n. 75), pp. 528 y ss.

⁽¹⁵⁵⁾ Así la ley 12 del capítulo 10, sobre compañías, tratando de la aportación social en créditos, recoge un criterio de imputación de pagos sugerido por Savary: cfr. Carlos PETIT, *La compañía mercantil* cit. (n. 42), pp. 138-139. Y la influencia francesa, en general bien conocida, ha podido ser analizada en algún punto concreto: José MARTÍNEZ GIJÓN, *El capítulo X de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737* (*De las compañías de*

tan los aspectos orgánicos y jurisdiccionales de la corporación: jurisdicción y proceso consular, designación de cargos y retribuciones, elecciones, juntas, derecho de averías, síndico consultor; los siguientes diez capítulos (ix-xviii) regulan instituciones de derecho mercantil terrestre y concursal: libros, sociedades, compraventa, derecho cambiario, intermediación, quiebras; al marítimo se dedican los capítulos xviii-xxiv: fletamento, naufragios, averías ordinarias y gruesas, seguro, préstamo marítimo y personal del buque; finalmente, un bloque de cinco capítulos (xxv-xxix) reúne una serie algo heterogénea de preceptos sobre la actividad portuaria y los astilleros. En términos de estilo las disposiciones de 1737 resultan algo prolijas y explicativas, revelando en ello un cierto apego a la tradición; no son raras las definiciones, de técnica defectuosa (cfr. cap. 13, n. 1), ni las exigencias de requisitos de forma (cfr. cap. 10, nn. 3-5), en cuyo cumplimiento se mostró muy celosa la corporación.

Como se ve, las Ordenanzas bilbaínas de 1737 se separaban de las anteriores por su amplio contenido. Con ellas tenían por fin regulación especial figuras de indudable importancia, como las sociedades de comerciantes, el derecho concursal o la contabilidad. Aportaban además la novedad de contemplar en un mismo cuerpo legal el derecho terrestre y el marítimo, que constituían en la época materia normativa diferenciada ⁽¹⁵⁶⁾, pero aquí probablemente jugó un papel decisivo el modelo ofrecido por la *Curia Philípica* de Hevia Bolaño, donde se abordaban conjuntamente; esa circunstancia hubo

comercio, y de las calidades y circunstancias con que deberán hacerse') y el título IV de la 'Ordonnance sur le commerce' de 1673 ('Des sociétés'), en *Revista de Derecho Mercantil*, 175-176 (1985), 171-188.

⁽¹⁵⁶⁾ Sobre todo en Francia, en relación a cuyas ordenanzas (no solamente mercantiles) puede acudir a Walter WILHELM, *Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert*, en *Ius commune* 1 (1967), 241-270. También en Italia, donde, como en el Nápoles de Carlos III, aunque no faltasen declaraciones oficiales a favor de «uno speciale Codice, nel quale... saranno da Noi stabilite e pubblicate tutte le leggi appartenenti, così alla buona ed utile Navigazione, come al felice Commercio», sólo se llegó, y en tiempos de Fernando IV, a la recopilación fracasada del derecho marítimo: Cesare Maria MOSCHETTI, *Il Codice Marittimo del 1781* cit. (n. 131), I, pp. xxxii y ss.; el contexto general lo ofrece Raffaele AJELLO, *Arcana juris* cit. (n. 143), pp. 29-108. Para la Italia napoleónica Alberto SCIUMÈ, *I tentativi per la codificazione del diritto commerciale nel Regno Italico (1806-1808)*, Milano, Giuffrè, 1982.

de favorecer la difusión de las Ordenanzas en unos consulados que, como los creados en la España del siglo XVIII, desde su mismo nombre oficial proclamaban una vocación marítima y terrestre. La práctica local, por su parte, se mostró satisfecha del nuevo texto, de cuya aplicación exacta poseemos abundantes testimonios (157).

III. EL DERECHO MERCANTIL LIBERAL

Unico de los derechos corporativos que se inserta en el ordenamiento liberal, el derecho mercantil sufrió, en el proceso, profundas transformaciones. Su viejo papel histórico como soporte de la autonomía del cuerpo separado — *universitas mercatorum* — al que debía su origen fue sustituido, tras la consolidación de una sociedad burguesa, por la misión de servir de marco jurídico uniforme a un nuevo y nacional mercado. Importantes elementos funcionales hubieron de modificarse: (i) extinción de los consulados a expensas del Estado en trance de constitución, que asumía como propias sus tareas, ahora *administrativas*; (ii) derogación de privilegios y ordenanzas por efecto de un Código de leyes generales; (iii) aparición de normas específicas, requeridas por el desarrollo económico rápido de aquella sociedad y su renovación tecnológica; (iv) surgimiento de una jurisdicción mercantil allí donde antes operaba la justicia corporativa, tan especial como ésta pero más tecnificada y concebida como una de las demás ramas, hasta su extinción (1868), de la justicia del Estado.

La complejidad de estas principales cuestiones se agrava ante la falta de estudios previos, que conviene quede señalada desde ahora (158). El intento de ofrecer al lector un cuadro mínimamente informa-

(157) Cfr. Carlos PETIT, *La compañía mercantil* cit. (n. 42), pp. 100 y ss.

(158) No cubre la laguna Karl Otto SCHERNER, *Spanien*, capítulo sobre el derecho mercantil codificado en Helmut COING (Hrg.), *Handbuch* cit. (n. 20), III/3, München, Beck, 1986, 3473-3493. Tampoco servirá, a pesar de su pretencioso título, José María DE EIZAGUIRRE, *El derecho mercantil en la Codificación del siglo XIX, ¿Bilbao?*, Universidad del País Vasco, 1987; mejor introducción ofrece Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Autonomía económica liberal y codificación mercantil española*, en AA.VV., *Centenario del Código de Comercio. I: Estudios*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1986, 45-82, en un volumen que habrá ulteriormente de interesar.

do de la construcción del derecho mercantil español a lo largo del siglo XIX resulta arduo, cuando, como es el caso, carecemos incluso de los datos más importantes y la síntesis deseada obliga a una previa labor por todo tipo de bibliotecas y archivos. Esa labor no se ha rehusado, pero se trata de un primer esfuerzo, obligadamente incompleto, que pretende sólo estimular futuros trabajos; bastará recordar el estudio de la publicística de tema jurídico-mercantil o el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en asuntos de comercio ⁽¹⁵⁹⁾ como ejemplos de lo mucho, aquí excluído, que queda aún por hacer.

(i) *Derecho mercantil y Constitución (1812).*

La Constitución de la bihemisférica Nación española, promulgada en el Cádiz resistente de 1812, siendo la tercera gran experiencia constitucional occidental, tras Norteamérica y Francia, no dependía desde luego de sus posibles modelos en la regulación de la economía. En el primero, el norteamericano, el texto de Filadelfia dispensaba al mercado una atención casi equivalente a la reservada a la nueva forma de gobierno federal. Todo un programa de construcción jurídica del mercado burgués alentaba en la Constitución: la reserva al Congreso de las competencias para regular el comercio internacional impidiendo de esa forma luchas económicas entre los Estados, la fijación uniforme de pesos y medidas y el control exclusivo de la moneda, la materialización de los intercambios mediante el sistema federal de correos y caminos, la promoción de las invenciones útiles gracias a la protección dispensada por las patentes y derechos de autor, la intervención en la patología empresarial representada por la quiebra, materia confiada igualmente a la legislación federal... componían extremos de definición constitucional de amplio futuro (art. I, sec. 8). Junto a ello — bajo los poderes del Congreso, si se prefiere — las legislaturas estatales podían ejercer, en un marco más desregulado, competencias tradicionales de la Corona, el Parlamento y los tribunales de *common law* asumidas por el mismo hecho de

⁽¹⁵⁹⁾ Para lo que es de ayuda capital Pedro ESTASÉN, *Repertorio de la jurisprudencia mercantil española*, Barcelona, Penella y Bosch, 1894, que ofrece, en orden alfabético de materias, sumarios de sentencias desde 1838. La obra de J. PASTOR, *Recopilación de la jurisprudencia mercantil del Tribunal Supremo*, Zaragoza, 1867, no ha sido localizada.

la Revolución; pero la carta federal limitaba aún su ejercicio (art. I, secs. 9 y 10), con prohibiciones tan significativas a nuestros efectos como, por ejemplo, la de alterar legislativamente los términos de obligaciones nacidas de contrato ⁽¹⁶⁰⁾.

Esta profusión de normas relevantes a un derecho mercantil que así encontraba en la ley política las bases para su desarrollo no había de tener, como es sabido, un paralelo europeo. Aquí la previsión constitucional de unos códigos materializaron las reglas más generales del texto americano, que encontró en los jueces su mejor vía de precisión ⁽¹⁶¹⁾; antes de esos códigos, leyes del ciclo revolucionario inicial fueron sentando las bases para un nuevo régimen jurídico del mercado, con eliminación, en lugar muy destacado, de las cortapisas heredadas del Antiguo Régimen.

Resulta obligado un excursus sobre el caso francés, pero ha de ser breve, más que por la índole de las presentes páginas, por la penuria de estudios específicos ⁽¹⁶²⁾. Cabe recordar que la *Déclaration des*

⁽¹⁶⁰⁾ He resumido la exposición de James Willard HURST, *Law and Markets in United States History. Different Modes of Bargaining Among Interests*, Madison (WI), The University of Wisconsin Press, 1982, pp. 10 y ss. La Constitución ha sido manejada en la edición de Edward Conrad SMITH, *The Constitution of the United States. With Case Summaries*, New York etc., Barnes & Noble, 11 ed. 1979.

⁽¹⁶¹⁾ Véase Lawrence M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, New York, Touchstone-Simon & Schuster, 2ª ed. 1985, pp. 258 y ss., que servirá para documentar la inhibición legislativa incluso en materia concursal; también Morton J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, pp. 160-210, 211-252.

⁽¹⁶²⁾ Junto a la síntesis apreciable de Jean HILAIRE, *Introduction historique* cit. (n. 2), pp. 85 y ss., Antonio PADOA SCHIOPPA, *Frankreich. Handelsrecht*, en Helmut COING (Hrg.), *Handbuch* cit. (nn. 20 y 158), III/3, pp. 3154 y ss. De muy escasa entidad René ITHURBIDE, *Histoire critique des tribunaux de commerce* cit. (n. 71), con algunos materiales pero deficiente análisis; mejor narración ya ofrecía H.F. RIVIÈRE, *Etude sur les tribunaux de commerce*, Paris, Marescq Aîné, 1865 (= *Revue Pratique de droit français*, 20, 1865), al sintetizar la historia de los tribunales mercantiles antes de plantear su doctrina sobre el derecho vigente. Sobre la disolución de las corporaciones François OLIVIER-MARTIN, *L'organisation corporative de la France d'ancien régime*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, pp. 521 y ss., pp. 552 y ss., no ha sido superado por Ulrich HINKMANN, *Die Korporationen des Handels und Handwerks in Frankreich vor der Abschaffung durch die Revolution*, Bern/Frankfurt am Main, Lang, 1972. Para los textos constitucionales me he servido de *Les Constitutions de la France depuis 1789*, présentation par Jacques GODECHOT, Paris, Flammarion, 1979.

droits de l'Homme et du Citoyen, al privar de autoridad a los *cuerpos* que no ejercieran la de la Nación, ya podía entenderse contra las corporaciones mercantiles de Antiguo Régimen, no obstante su exclusión de la famosa discusión de agosto de 1789 ⁽¹⁶³⁾; los gremios fueron efectivamente disueltos y así podía proclamarse constitucionalmente «Nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens» (Const. 1793, art. 17), formal reconocimiento de una libertad mercantil que veía en el de la civil (*Déclaration*, art. 3) y en la definición del sacrosanto e imprescriptible derecho de propiedad (*Déclaration*, art. 17) ⁽¹⁶⁴⁾ sendos pilares de su aplicación.

Pero en Francia la subsistencia de una justicia mercantil siguió a la disolución de los viejos consulados, precediendo, a lo que parece pacíficamente, a una codificación separada del derecho de los comerciantes, que allí como aquí encontró en la tradición ordenancista del Antiguo Régimen un factor poco despreciable de identidad. Jurisdicción y código mercantiles carentes, *ab initio*, de su apoyatura corporativa y así aceptables en el programa revolucionario en tanto que manifestaciones de una participación popular en la administración de justicia — no hace falta insistir en la vieja conexión entre arbitraje, ahora constitucionalizado, y justicia mercantil ⁽¹⁶⁵⁾ — que se potencia en campos diversos. La necesidad de

⁽¹⁶³⁾ Albert MATHIEZ, *Les corporations ont-elles été supprimées en principe dans la nuit du 4 août 1789?*, en *Annales historiques de la Révolution française*, 8 (1931), 252-257; así como François OLIVIER-MARTIN, *L'organisation corporative* cit. (n. 162), pp. 545 y ss.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. ahora Naoki KANAYAMA, *La Révolution et la prescription: La naissance du principe de l'imprescriptibilité de l'action en revendication en droit français*, en *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?*, actes du colloque d'Orléans (11-13 septembre 1986), II, ¿Orléans?, P.U.F. (Collection Université d'Orléans), 733-742.

⁽¹⁶⁵⁾ Datos ofrecen Guy-Robert IKNI, *La loi du dix juin 1793 et la sentence arbitrale: une procédure d'expropriation révolutionnaire*, en *La Révolution et l'ordre juridique privé*, II cit. (n. 164), 417-427; también Claudine BLOCH-Jean HILAIRE, *Nouveauté et modernité du droit révolutionnaire: la procédure civile*, *ibid.*, 469-482. Los preceptos constitucionales franceses sobre arbitraje han sido puestos en relación con los gacitanos por Antonio MERCHÁN ALVAREZ, *La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz*, en Juan CANO BUESO (ed.), *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, Parlamento de Andalucía-Tecnos, 1989, 465-479, pero el estudio está vol-

desmontar alguna de las piezas del entramado político anterior, cual las competencias judiciales de los Almirantazgos, a favor de la nueva jurisdicción comercial ⁽¹⁶⁶⁾; el compromiso de satisfacer las aspiraciones de la triunfante burguesía, unánime en su apoyo a tal jurisdicción según lo que sabemos de los *cabiers de doléances*, pueden, al menos provisionalmente, servirnos como claves explicativas de su mantenimiento en la génesis del Estado surgido tras 1789.

Entre la regulación constitucional americana y la francesa, donde el derecho mercantil liberal en germen hace su aparición de manera dispersa en la legislación revolucionaria, España puede clasificarse en el modelo francés. La Constitución de 1812 poco contiene en relación a la economía, salvo el general reconocimiento del derecho de propiedad, que «la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas», en el art. 4, del que se derivaban lógicamente limitaciones a los poderes del rey para atentar contra ese derecho, atribuído además a *particulares y corporaciones* (arts. 172, décima y art. 173) y la exigencia de su titularidad en quienes deben desempeñar cargos como diputados a Cortes (art. 93) o miembros de las diputaciones provinciales (art. 330); la prohibición de la pena de confiscación (art. 304) o la legalidad tributaria ⁽¹⁶⁷⁾ se añadirán como límites impuestos por la propiedad.

Más específicamente el asunto mercantil aparece, como en Estados Unidos, en la regulación de las facultades de las Cortes, pero el repaso de las normas correspondientes delimita las distancias: junto a la atribución en general del poder legislativo (art. 131, 2ª), que supondría eventualmente la promoción y fomento «de toda especie de industria» (*ibid.*, 21ª) mediante las oportunas leyes, la potestad más particular de aprobar los «tratados... especiales de comercio» hace aparición (*ibid.*, 7ª); se encuentra también la previsión encaminada a una futura fijación de monedas, pesas y medidas uniformes

cado hacia el pasado de la institución, que mereció atención monográfica del mismo Merchán.

⁽¹⁶⁶⁾ Véase ahora Yannick GUIN, *La raison en proie au tangage: le droit maritime intermédiaire*, en *La Révolution et l'ordre juridique privé*, II cit. (n. 164), 743-760.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. sin embargo la exégesis de Francisco ESCRIBANO LÓPEZ, *Poder legislativo y competencia financiera en la estructura constitucional de 1812*, en Juan Cano Bueso (ed.), *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812* cit. (n. 165), 235-251.

(*ibid.*, 19ª y 20ª). Dentro de la misma nota de generalidad e inconcreción cabe consignar lo establecido en el escueto catálogo de derechos del art. 4 («La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen») o en la descripción de las competencias de ayuntamientos y diputaciones provinciales en los arts. 321 («Estará a cargo de los ayuntamientos:... Noveno. Promover la agricultura, la industria y el comercio según la localidad y circunstancias de los pueblos, y cuanto les sea útil y beneficioso») y 335 («Tocará a estas diputaciones:... Quinto. Promover la educación de la juventud conforme a los planes aprobados, y fomentar la agricultura, la industria y el comercio, protegiendo a los inventores de nuevos descubrimientos en cualquiera de estos ramos»).

El precepto fundamental que ahora interesa recordar prometía la elaboración de un código mercantil: «El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes» (art. 258). Su tenor, tras la experiencia codificadora francesa y las promesas del Estatuto de Bayona ⁽¹⁶⁸⁾ (arts. 96 y 113), resulta fácilmente explicable, aunque otra cosa fuera, y ya lo veremos, la ejecución práctica del programa legislativo así enunciado.

Pero frente a Francia (Decreto sobre organización judicial de 16 de agosto de 1790; Constitución del año III, art. 214; *Code de commerce* arts. 615 y ss.) y frente a Bayona (Constitución de 1808, arts. 113 y 114) ⁽¹⁶⁹⁾, en la España gaditana la mención constitucional de

⁽¹⁶⁸⁾ Estatuto de Bayona (1808), art. 96 («Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales») y 113 («Habrà un solo Código de Comercio para España e Indias»). Ed. de Diego SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones y otras Leyes y Proyectos Políticos de España*, I, Editora Nacional, Madrid, 1969. El Código mercantil francés fue traducido y repetidamente publicado en España, añadido de notas (por lo general, con el derecho de Bilbao): *Código de comercio de Francia con los discursos de los oradores del Consejo de Estado y del tribunalado. Traducido al castellano con varias notas relativas a nuestra legislación y usos mercantiles, y un plan de una escuela de comercio*, Madrid, imprenta de la calle de la Greda, 1808 (otra edición: Valencia, 1812).

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. Angel Rojo, *José Bonaparte (1808-1813) y la legislación mercantil e industrial española*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 143-144 (1977), 121-182.

una codificación mercantil separada no se vio acompañada por un pronunciamiento paralelo sobre la jurisdicción mercantil, extendiéndose lógicamente este silencio a los gremios y consulados; la discreción del texto de 1812 contrastaba, desde luego, con la fuerte dependencia de las Constituyentes respecto del poderoso Consulado de Cádiz, inspirador, y es tema que requiere general consideración ⁽¹⁷⁰⁾, de muchas de sus medidas.

De entrada, la Constitución no parecía resultar incompatible con unas corporaciones cuya extinción nadie planteaba inicialmente ⁽¹⁷¹⁾; los decretos de las Cortes, en especial el de libertad industrial de 8 de junio de 1813, tampoco llegaron a la total abolición de las agrupaciones gremiales, que así se mantuvieron bajo su régimen ⁽¹⁷²⁾. Con todo ello la puerta abierta por el art. 278 de la Constitución («Las leyes decidirán si ha de haber tribunales especiales para conocer de determinados negocios») condujo a la aceptación — «por ahora» y «según se hallan» — de unos consulados que veían salvadas sus competencias judiciales en el importante Reglamento de las Audien-

⁽¹⁷⁰⁾ No falta alguna aportación aislada: Michael P. COSTELOE, *Spain and the Spanish American Wars of Independence: the Comisión de Reemplazos, 1811-1820*, en *Journal of Latin American Studies*, 13 (1981), 223-237, ilustrativo de la dependencia militar.

⁽¹⁷¹⁾ La conocida *Consulta al País* realizada en 1809 por la Junta Central en preparación de las Cortes no contiene, a juzgar por los testimonios parciales publicados (cfr. Miguel ARTOLA, *Los orígenes de la España contemporánea*, II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976), manifestaciones contrarias a la justicia consular, existiendo alguna favorable a su extensión: «El comercio, que tiene su tribunal llamado del Consulado, sirve para conocer en las diferencias de lo que se gira por mayor y aunque parecería más propio la comparecencia en él de solos los comerciantes matriculados, como de esto podría resultar algún inconveniente, pues no lo son en todas las ciudades, para evitar los inmensos gastos que algunos reos sufren, citados por el actor en el único tribunal, que se halla en algunas de las provincias, podrían establecerse tribunales inferiores de consulado en todas las ciudades o villas que se reputan de comercio» (informe del Cabildo de Tortosa, p. 275). A la vista del régimen constitucional posterior no pueden directamente entenderse en tal sentido aquellas respuestas favorables a la unificación de fueros, en ningún caso muy numerosas (cfr. informe del Obispo de Cartagena, pp. 159 y 161; informe del Obispo de Menorca, p. 210; informe del Ayuntamiento de Cádiz, p. 288; informe de Pedro Alcántara Corrales, pp. 467-468).

⁽¹⁷²⁾ Cfr. Carlos PETIT, *Amos, sirvientes y comerciantes. Algo más sobre el primer modelo constitucional*, en Carlos PETIT (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1990, 87-122.

cias y Juzgados de Primera Instancia de 9 de octubre de 1812 ⁽¹⁷³⁾. No se dijo en su momento, pero incidentalmente, en los días del Trienio, se expuso la razón de una tal situación normativa: «Cuando la comisión que extendió el proyecto de Constitución meditó sobre este punto, vio lo imposible que era en aquellas circunstancias reducir a las Cortes extraordinarias a decidir si debían o no existir los consulados, y se contentó sólo con insertar en la Constitución un artículo para evitar que se creyese como una contradicción la subsistencia de los Consulados en España con la base general de la abolición de los fueros; y así hay un artículo que dice que las Cortes decidirán si ha de haber tribunales especiales para determinados negocios» ⁽¹⁷⁴⁾.

La provisionalidad legal de este mantenimiento habría de resolverse mediante las disposiciones del Código de comercio previsto en el art. 258 de la Constitución, pero el Código, como se sabe, no llegó, avanzándose por el contrario en sentido favorable a la consolidación de las corporaciones mercantiles. Su subsistencia obligaba a plantearse el previo problema del arreglo constitucional de los consulados, y a una tal cuestión orgánica y procesal quedó subordinada la más sustantiva de elaboración del propio Código.

Los textos que interesan no pasaron de proyectos, pero a los mismos debemos alguna atención: las circunstancias anormales en que se gestó y gozó de vigencia el texto de 1812 explican el fracaso de aquéllos mejor que la existencia de verdaderas alternativas contemporáneas o una oposición interna al programa que incorporaban.

Marginando ahora algunos ensayos, procedentes de diputados y

⁽¹⁷³⁾ Cap. II, art. 32: «No debiendo haber, según lo dispuesto en la Constitución, más fueros privilegiados que el eclesiástico y el militar, cesarán en el ejercicio de jurisdicción todos los demás Jueces privativos de cualquiera clase, y cuantos negocios civiles y criminales ocurran en cada partido, se tratarán ante el Juez letrado del mismo y los Alcaldes de los pueblos, como se previene en esta ley. Exceptuándose sin embargo los Juzgados de Hacienda pública, los Consulados y los Tribunales de Minería, que subsistirán por ahora según se hallan hasta nueva resolución de las Cortes».

⁽¹⁷⁴⁾ Son palabras del discurso de Agustín de ARGÜELLES en el debate sobre la fiscalidad consular: Diario de Sesiones (1822-1823), II, 9 de diciembre de 1822, p. 929, donde se invoca también el caso francés. En lo que hace a la documentación parlamentaria y salvo otra advertencia, utilizo la edición habitual: imprenta (Viuda e Hijos de) J.A. García, Madrid.

de vocación ciertamente parcial ⁽¹⁷⁵⁾, los proyectos fueron dos, coincidentes con las dos fases principales de aplicación de la Constitución de 1812. El primero ⁽¹⁷⁶⁾, elaborado por encargo de la Regencia en 1814, surgió directamente del Consulado de Cádiz: sus redactores materiales fueron un conocido comerciante local, que en ocasión anterior había acreditado cierta inquietud teórica por asuntos más financieros que mercantiles, y un profesor de la academia consular gaditana, catedrático de «Jurisprudencia del Comercio» y al servicio del Consulado desde hacía tiempo. El proyecto en cuestión se componía de ocho capítulos y un total de 138 artículos, regulando, en la línea temática de las normas de erección de los consulados borbónicos y sus ordenanzas, la composición de la corporación mercantil, su fondo, funciones y empleados y el derecho procesal comercial en primera, segunda y tercera instancia. Como novedades de un texto generalmente conservador cabe citar la radical proclamación de libertad mercantil contenida en su art. 1 («Todo ciudadano español de ambos hemisferios podrá ejercercitarse libremente en el comercio»), la inexistencia de matrícula gremial (art. 2: «Se considerarán comerciantes los que lo practiquen, excepto los vendedores por menor de comestibles») y la delimitación objetiva de la materia, con el criterio del acto de comercio (art. 6: «Se declaran por atribuciones y facultades de los Consulados: primero, la jurisdicción especial contenciosa y privativa para dirimir las controversias en contratos de comercio...»); art. 72: «Toca a los tribunales de comercio el conocimiento en todos los contratos dirigidos por negociación al lucro y no a la individual decencia o comodidad de la persona»; art. 73: «Les pertenecerán también los pactos del giro y sus acacimientos, a saber: 1., los seguros marítimos y terrestres; 2., las cantidades

⁽¹⁷⁵⁾ Dí cuenta de ellos en *Arreglo de Consulados y revolución burguesa*, cit. (n. 103) pp. 265-267; se trata de las proposiciones de los diputados Leiva y Beye de Cisneros, coetáneas a la aprobación de la Constitución. No destaqué entonces que uno y otro eran diputados americanos: ya anteriormente se apuntó la importancia de la creación de consulados en los años de Carlos III y Carlos IV como factor activo del control metropolitano de la floreciente economía americana, por lo que resulta probable la aparición de una sensibilidad especial hacia estas instituciones, en cuya reforma coincidirían intereses de envergadura.

⁽¹⁷⁶⁾ Para lo que sigue, Carlos PETIT, *Arreglo de Consulados y revolución burguesa* cit. (n. 103), *passim*.

contratadas a la gruesa ventura o dadas a riesgo; 3., las letras de cambio o remesas de dinero en virtud de ellas, y los vales y libranzas; 4., los fletamentos y cualquier trata relativa a navegación en el orden de tráfico y sus transportes; 5., las compañías de comercio; 6., los juicios de concurso por quiebras, esperas y quitas»). Pero se mantenía el actual mapa consular, fruto de siglos de evolución y desentendido de la división territorial constitucional reclamada por la Carta de 1812 (art. 5: «Subsistirán los Consulados establecidos hasta ahora así en la Península como en Ultramar, y no se podrá suprimir alguno ni crearse de nuevo sino por la autoridad de las Cortes»), y la naturaleza híbrida, judicial y gubernativa, de estas corporaciones: un «fondo del comercio» compuesto por el tradicional derecho de avería, «propiedad de la Corporación» (art. 11), soportaría, junto a los gastos del aparato de justicia en lo mercantil, «los actos económico-gubernativos a beneficio de la comunidad» que el art. 6 señalaba como atribuciones de los nuevos consulados (cfr. arts. 43 y ss.).

Con todo ello el proyecto pretendía armonizar las viejas corporaciones con la vigencia del régimen constitucional: «Todo se combina con la Constitución Política de la Monarquía y decretos de las Cortes», señalaban, en discurso preliminar, sus autores; según ha indicado Clavero⁽¹⁷⁷⁾, en la Constitución gaditana cabían efectivamente las corporaciones, junto a las personas individuales, como sujetos de derecho, señalándose allí un conjunto de garantías procesales en respeto de la libertad del individuo (Constitución de 1812, arts. 286 y ss.) que también latan en esta regulación especial de la justicia mercantil (proyecto de 1814, art. 104: «Por deuda puramente civil ningún español puede ser arrestado», salvo en caso de quiebra: art. 105). La incidencia de la Constitución en la jurisdicción de comercio llevaba también a reconocer la competencia del nuevo Supremo Tribunal de Justicia para conocer de recursos de nulidad contra las sentencias consulares (art. 135) y de conflictos con otros tribunales (arts. 111 y 112). Pero el mantenimiento de las atribuciones económico-gubernativas de los consulados, a ejercerse mediante unas Juntas

(177) Bartolomé CLAVERO, *Origen constitucional de la codificación civil en España. (Entre Francia y Norteamérica)*, en Carlos PETIT (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa* cit. (n. 172), 53-85; del mismo, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1989, p. 38.

de Gobierno donde estaban presentes también los jueces consulares (arts. 32 y ss.), dotaban a este ramo judicial de una profunda peculiaridad frente a la justicia ordinaria cuyos jueces, según precepto constitucional (art. 245), «no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado». Ni siquiera quedaba establecido un cauce de comunicación de las Juntas consulares con los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales, instituciones a las que la Constitución de 1812 atribuía importantes competencias de intervención económica y fomento (arts. 321, noveno, y 335, quinto).

Nada, en el proyecto, hablaba del código mercantil prometido por la Constitución (art. 258) y que no llegó a elaborarse. La iniciativa normativa de mayor envergadura estribó, precisamente, en este texto fracasado sobre consulados, planteando la existencia intangible de las corporaciones de comercio la necesidad de anteponer su regulación al mismo código. El pie forzado en que la codificación mercantil quedaba situada resulta evidente: la determinación misma de su ámbito escapaba a la tarea del codificador, así, necesariamente, devaluada.

No puede extrañar que la preocupación por la legislación adjetiva relegara el interés por la regulación sustantiva del comercio, en unos años, además, de intensa agitación política. Antes de la entrada en vigor de la Constitución las Cortes se limitaron a legislar saltuariamente, por lo común a instancias de diputados americanos y sin demasiado éxito, con el objetivo de liberalizar el comercio de algunos productos en concreto: el azogue (decreto XXVI, 26 de enero de 1811), el aguardiente (decreto XLI, 12 de marzo de 1812, limitado a México), los naipes (decreto XCVIII, 26 de septiembre de 1811), los granos (decreto XLV, 22 de marzo de 1811), y determinadas actividades productivas: libertad de cultivos en América (decreto XXXI, 9 de febrero de 1811, art. 2), libertad del buceo de la perla y la pesca de la ballena y otros cetáceos en las Indias (decreto LVI, 16 de abril de 1811); después de aprobado el texto constitucional la medida más importante adoptada en materia mercantil fue la supresión de la adscripción obligatoria a los gremios mediante el llamado decreto de libertad de industria (decreto CCLXII, 8 de junio de 1813) que, sin embargo, no llegó a eliminar estas corporaciones.

La caída del régimen gaditano en 1814 supuso el abandono del

proyecto sobre los consulados, que subsistieron sin cambios de alcance en los años de gobierno absoluto de Fernando VII ⁽¹⁷⁸⁾; la entrada en vigor de la Constitución en 1820 fue la ocasión de un nuevo intento de arreglo constitucional de las corporaciones mercantiles, igualmente fracasado y carente de tramitación ⁽¹⁷⁹⁾.

En la memoria leída por Agustín de Argüelles, secretario de la Gobernación, ante las Cortes en 1820 se trazaba la línea de actuaciones: «El comercio y la navegación, como cualquier otro linaje de la industria, necesita de la protección del Gobierno; pero de una protección que se ciña a asegurar la propiedad y la libertad que se el alma del comercio». El Código, en este contexto de derechos, hacía su aparición: «Todo lo que el Gobierno debe a estos importantes ramos es un sabio código marítimo y mercantil», pero de nuevo la reforma transcendental del derecho sustantivo cedía ante la existencia de los consulados y sus competencias judiciales: «En la época pasada la Regencia del Reino dispuso que una comisión formase un proyecto de Ordenanza General de Consulados, compatible con la Constitución política de la Monarquía; y el Gobierno no perderá de vista este asunto para consultarlo después oportunamente al Cuerpo legislativo».

Las Cortes respondieron con diligencia. Una comisión de «Comercio, Industria, Caminos y Canales», a la que se añadieron expertos de fuera de la Cámara, elaboró, con los antecedentes remitidos por el Gobierno, un «Dictamen... sobre las corporaciones gremiales y consulados de comercio, agricultura y artes», fechado a 2 de marzo de 1821 ⁽¹⁸⁰⁾. Nuevamente las Cortes mantenían las corporaciones, pero ahora se trataba de agregar a los consulados las clases industriales y agricultoras, mezclando el arreglo de los tribunales mercantiles

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. Carlos PETIT, *Arreglo de Consulados y revolución burguesa* cit. (n. 103), pp. 276-278.

⁽¹⁷⁹⁾ Para lo que sigue, Carlos PETIT, *Amos, sirvientes y comerciantes. Algo más sobre el primer modelo constitucional*, en Carlos PETIT (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa* cit. (n. 172).

⁽¹⁸⁰⁾ Además de la edición realizada en Madrid, Imprenta especial de las Cortes por D. Diego García y Campoy, 1821 (manejo el ejemplar que obra en el Archivo del Congreso de los Diputados, Madrid, serie Impresos, leg. 8, n. 62), el texto se encuentra en el Diario de Sesiones (1821), II, 8 de mayo de 1821, pp. 1471-1487.

con el de los gremios: la jurisdicción de comercio tradicional se extendía así a todas las actividades productivas. El proyecto, muy extenso (186 artículos), proclamaba las libertades de contenido económico de que carecía expresamente la Constitución, no habían establecido por punto general las Cortes y aún no se encontraban desarrolladas por un Código (art. 4: «El ejercicio de todas y de cualesquiera clases de producción o de trabajo en los ramos referidos será enteramente libre a los españoles y a los extranjeros de ambos sexos, en todos los países de la Monarquía española; art. 13: «Serán igualmente libres en las compras de semillas, de materias primas, de instrumentos y de cuanto necesiten, así como lo serán también en las ventas de sus frutos, artefactos y de cuanto les pertenezca»; art. 12: «Cualquier individuo de todas las clases productivas referidas... siempre será libre para trabajar de su cuenta o de cuenta de otro y aprovecharse de sus trabajos cómo, cuándo y dónde quiera, sin que pueda convenirse entre los trabajadores de mancomún cosa alguna contra esta libertad»; art. 17: «Cualquiera persona ya sea o no profesora o práctica de agricultura, de comercio o de artes podrá establecer y dirigir haciendas, ingenios, fábricas, talleres, obradores, expediciones de comercio terrestre o marítimo, pesquerías y empresas de todas clases, empleando por medio de contratos libres los profesores, maestros, oficiales, aprendices y cuantos inteligentes y trabajadores quiera»); con esta suerte de declaraciones la dimensión constitucional del segundo proyecto de consulados, que además subsanaba omisiones del de 1814 al configurarlos como brazos ejecutores de la política de fomento de Diputaciones y Ayuntamientos (cfr. arts. 38, 47, 85, 86, 91, etc.; de ahí que se previese la existencia de un consulado por provincia en «la nueva división del territorio español»), estaba fuera de dudas.

La composición de los organismos consulares reflejaría la reunión de clases productivas que aspiraba operar. El proyecto establecía la inscripción obligatoria en unas listas, a modo de matrícula, de quienes ejercieran los «tres ramos de la riqueza pública» (arts. 5 y 69), necesarias para formar el tribunal de tres cónsules (y prior, designado por la Diputación: art. 38) (arts. 35 y 101) y la junta de fomento general (art. 30) a cuyo cargo quedaba la gestión administrativa de los consulados, pero necesarias también a

efectos fiscales y para el ejercicio de una libertad de desplazamientos muy limitada con la exigencia de pasaportes (arts. 26 y ss.).

El proceso mercantil, objeto de los arts. 101 y ss. del proyecto, pretendía realizar los ideales de rapidez de actuaciones con plazos cortos y perentorios y limitación de la apelación a mayor cuantía. La regulación de la conciliación previa (arts. 114 y ss.) y la expresa mención del arbitraje (art. 112) acusaban el deseo constitucional de intervención popular en la justicia; al mismo objetivo respondía la curiosa previsión de la reunión de magistrados consulares y seis individuos designados *ad hoc* como jurado calificador del supuesto fáctico criminal apreciado en causas conocidas por los tribunales mercantiles (arts. 145 y ss.).

El derecho material aplicable era fijado en el art. 111: «Las decisiones de los tribunales consulares se arreglarán a las disposiciones de los códigos, o a las leyes y ordenanzas que refieren los artículos 104 y 105; y en los casos en que no haya regla fija, legal, escrita, aplicable a la cuestión, decidirá el tribunal según práctica y buenos usos, a juicio de buen varón, la verdad sabida y buena fe guardada». Hacen aquí aparición unos códigos, en plural, que la remisión precisa: «La competencia de los tribunales especiales de los consulados», establecía el art. 104, «comprenderá los casos prescritos en los nuevos códigos mercantil, rural y fabril, y a todo lo relativo a tratos de comercio, agricultura e industrias de tierra o de mar, que sean objeto de negocio o de ganancia por alguno de los contratantes, y no limitadamente para uso propio de unos, y de comodidad o de necesidad de los otros». La previsión constitucional de un Código de comercio ha cedido, en un proyecto que reúne corporativamente comerciantes, industriales y agricultores, al diseño de tres códigos diferentes, mercantil, fabril y rural, que ordenaran materialmente la economía; en su defecto el art. 105 declaraba provisionalmente en vigor «las leyes y ordenanzas vigentes relativas a este objeto». Con tal dispersión de la regulación sustantiva se subrayaba la primacía de la ley adjetiva de consulados, cuyo rango superior se deducía además de la cumplida declaración de derechos y libertades de contenido económico (libertad de industria y comercio, libertad de iniciativa empresarial, libertad de trabajo y su contratación) que el proyecto incorporaba.

El proyecto se abandonó y con él los códigos así previstos; la consulta pertinente a las instituciones afectadas y los problemas políticos

del Trienio fueron probablemente factores de su fracaso. Un futuro, ya presente en sucesos como la quema de fábricas de Alcoa en 1821, de conflictos entre trabajo y capital condenaba la proyectada agremiación conjunta de trabajadores y empresarios a una rápida obsolescencia.

La indefinición del engarce de los consulados en el sistema constitucional hubo de acarrear igualmente un resultado negativo para el proyecto. Durante el Trienio, y esta vez como derecho positivo vigente, los consulados quedaron seriamente afectados en su configuración tradicional cuando la entrada en vigor del reglamento de aranceles en octubre de 1820 planteó la subsistencia de los tributos consulares con tintes de problema ⁽¹⁸¹⁾. Leyendo los oportunos Diarios de Sesiones aparece la discusión sobre la continuidad de los consulados en época constitucional que faltó en 1812. Algunos, más radicales, denunciaban en el Congreso que «los consulados son un estado dentro del estado... el Gobierno absoluto nunca tuvo más firme apoyo para saquear al comercio que el que encontró en los consulados», estimando la impropiedad de sus poderes fiscales bajo la Constitución: «La primera consideración que se presenta es que en una Monarquía constitucional éstas son corporaciones anómalas con derecho para exigir contribuciones, que por cualquier aspecto que se miren, siempre han de recaer sobre objetos de consumo, cuando en nuestro sistema político está marcado de una manera fija y terminante cuál ha de ser el modo de recaudar las contribuciones, y quién es el único que puede imponerlas...» ⁽¹⁸²⁾; otros, por ejemplo Agustín de Argüelles, reaccionaron asumiendo la defensa de los consulados con el argumento de las funciones útiles que desempeñaban. Pero la actitud de las Cortes fue adversa a la fiscalidad consular, que el decreto XXI, 8 de enero de 1823, redujo considerablemente y cuyo resultado se atribuyó, junto con la iniciativa del gasto, a las Diputaciones. Si de nuevo resultaron tímidas las Cortes en el arreglo de los consulados, aceptados a título provisional no obstante algunas violentas quejas contra sus competencias judiciales, no dejaba de ser

⁽¹⁸¹⁾ Y de nuevo puedo remitir a páginas propias: *Los derechos consulares en el Trienio* cit. (n. 103), *passim*.

⁽¹⁸²⁾ Discurso de Francisco de Istúriz, en Diario de Sesiones (1822-1823), 14 de noviembre de 1822, p. 614.

coherente con la Constitución la intervención de la administración provincial, de tanta potencialidad en el texto gaditano (183), en la gestión de fondos que perdían su tradicional condición corporativa.

Y aunque el retorno al absolutismo en 1823 impidió la eficaz puesta en marcha de estas reformas, la hora de los consulados había sonado: pronto se elevarían voces al Rey absoluto en contra de los tributos consulares y la sustitución de las viejas corporaciones por unos nuevos tribunales de comercio, carentes de competencias gubernativas, llegaría en 1829 de la mano del Código mercantil que no pudo elaborar el régimen constitucional.

Si se elaboró, según es sabido, un Código penal (1822), cuya observancia, cierta aunque erizada de dificultades (184), pronto afectó a las corporaciones mercantiles en un punto concreto. El artículo 758 del capítulo sobre el delito de quiebras remitía, en efecto, al inexistente Código mercantil para la calificación de fraudulencia, aunque en su defecto bastara la previsión de lo dispuesto en las «leyes de comercio»: «La quiebra que con arreglo al código o leyes de comercio fuere declarada fraudulenta, será castigada con la pena de diez a veinte años de presidio, y el quebrado será infame. Si la quiebra fraudulenta fuere hecha por corredor, cambista, comisionado o factor, será deportado el reo», conteniendo el art. 765, en represión de cómplices, idénticas remisiones; a falta de Código especial surgieron dificultades para aplicar la nueva regulación penal: sabemos que el Consulado de Cádiz consultó en 1823 al Supremo Tribunal de Justicia, encargado por la Constitución para dirigirse a las Cortes en petición de declaraciones interpretativas de leyes dudosas (art. 262, 10) (185), sobre el orden jurisdiccional y determinados aspectos pro-

(183) Bartolomé CLAVERO, *Manual* cit. (n. 177), pp. 32-33.

(184) Sobre la vigencia del Código penal de 1822, aquí utilizado en la edición de Juan Francisco LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española. 5. Codificación penal*, II, Madrid, Ministerio de Justicia, ¿1988?, se mostró escéptico *ex silentio* José Antón ONECA, *Historia del Código Penal de 1822*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 18 (1965) 263-278, pp. 274-275; a favor de su aplicación algún dato en Alicia FIESTAS LOZA, *Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822*, en *Revista de Historia del Derecho* (Granada), II/1 (1977-78) 55-77. Las referencias documentales que recojo (cfr. n. 186) permiten ciertamente afirmarla.

(185) Cfr. ahora Marta LORENTE SARIÑENA, *División de poderes e interpretación*

cesales a seguir en el caso. El dictamen del Supremo, limitado a recordar que las aclaraciones solicitadas «dependen del código de procedimientos y mercantil, que aún no se han formado», poco resolvía, pero se llegó a la aprobación por las Cortes de un decreto (31 de julio de 1823, pendiente de sanción real) terminante en su afirmación de la justicia ordinaria como instancia única para conocer de la criminalidad de las quiebras, con inhibición de los consulados⁽¹⁸⁶⁾. El desarrollo de la codificación, en esta ocasión la del derecho penal, se acreditaba así necesariamente anticorporativo, y nos muestra las contradicciones del diseño constitucional gaditano, compatible con las corporaciones como sabemos, en relación a su misma articulación normativa.

(ii) *Derecho mercantil y codificación (1829)*.

Suele estimarse que la idea de codificar el derecho mercantil no resulta novedad revolucionaria. El precedente brindado por las ordenanzas colbertianas, de una parte, la vigencia — de hecho o de derecho — universal que en la Monarquía católica lograron las de Bilbao de 1737, de otra, configurarían una tradición normativa ya en el Antiguo Régimen acreditada en términos de racionalidad superior en relación a otros sectores o ámbitos del derecho contemporáneo. La consecución de una codificación mercantil en el primer tercio del siglo XIX sería, pues, la culminación de un proceso de reformas iniciado — al menos — en la España ilustrada.

Lo anterior es cierto en sus líneas generales, pero no cabe perder de vista la realidad de un «derecho mercantil» corporativo de fuentes no menos fraccionadas y dispersas que las insertas en las voluminosas recopilaciones. En éstas, desde luego, se encontraba también un buen cúmulo de normas procedentes del mundo mercantil (*Novísima Recopilación* 9,2: «De los Consulados marítimos y terrestres», con diez y ocho leyes; cfr. aún *Nov. Rec.* 9,3: bancos y cambios, 9,4: mercaderes y negociantes y sus contratas, etc.), donde

de la ley, en Juan CANO BUESO (ed.), *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812* cit. (n. 165), 401-420.

⁽¹⁸⁶⁾ Archivo del Congreso de los Diputados (Madrid), Serie General, leg. 45, n. 3.

se buscaba, a la hora de resolver un litigio, la norma aplicable indistintamente en los cuerpos jurídicos generales — derecho regio y Partidas — o en las ordenanzas de índole gremial, interpretadas en ocasiones a la luz de las disposiciones de los textos, españoles o no, que le hubiesen servido de modelo ⁽¹⁸⁷⁾. La coexistencia en zonas próximas de normas corporativas diferentes; la superposición de ordenanzas de diversa fecha y contenido; la existencia de una indudable actividad legislativa regia, destinada a regular la actividades de comercio... componían un panorama en que se singularizaban escasamente las normas mercantiles.

Para su más primera ordenación, que no a efectos propiamente codificadores, a finales del siglo XVIII se suceden varios intentos de reducir a cuerpo único esas normas del comercio. El asunto fue caro a los arbitristas ilustrados, constituyendo motivo recurrente en sus propuestas: Campomanes, Jovellanos... solicitaron la elaboración de unas ordenanzas generales para España y América o, alternativa-mente, la promulgación con ese alcance oficial de las de Bilbao, que tanta aceptación encontraban en la práctica ⁽¹⁸⁸⁾; el ataque a la organización corporativa, consustancial al sistema todo del «derecho mercantil» del Antiguo Régimen, la conveniencia de promover una industria y un comercio que se deseaba dinamizar también, constituía el contexto de tales propuestas racionalizadoras.

Algún eco encontraron en la esfera de poder de la Monarquía. En diversas ocasiones hubo voces reclamando la realización de una recopilación de leyes mercantiles, con frecuencia al hilo de intentos de reforma de la Junta General de Comercio para convertirla en un «Tribunal Supremo de Comercio»; y esa recopilación incluso tuvo

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. Jesús RUBIO, *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, C.S.I.C., 1950, pp. 104-105; Carlos PETIT, *Ordenanzas de Bilbao* cit. (n. 75), p. 529.

⁽¹⁸⁸⁾ Es cómodo consultar las referencias en Jesús RUBIO, *Sáinz de Andino* cit. (n. 187), pp. 107 y ss. Pero Rubio no ofrece todas las posibles: en el *Correo Mercantil* de 1803 se demandaba también un código («En España tenemos una urgentísima necesidad de un código de comercio. Las causas mercantiles fluctúan entre una multitud de rutinas, de costumbres diversas y de leyes que por su ancianidad no convienen al estado presente: así en su decisión reina muy comúnmente la arbitrariedad»); años más tarde, en 1807, el mismo periódico publicaba los discursos que acompañaron al código francés en su presentación a las cámaras. Cfr. Luis Miguel ENCISO RECIO, *Prensa económica del XVIII* cit. (n. 108), pp. 47-48, pp. 110-111.

parcial realidad, como proyecto que no llegó a culminar (189). En 1797 se ordenó a la mencionada Junta General la formación de un código mercantil, iniciativa que involucró, probablemente, la del Consulado de Cádiz al elaborar un extensísimo proyecto de ordenanzas que nunca fue sancionado por considerarse la posibilidad de elevarlo a la condición de ley general que se deseaba (190). Y esa línea de (moderados) esfuerzos de los años finales del Antiguo Régimen fue continuada, no obstante la cancelación absolutista de la Constitución gaditana y del mandato codificador que incorporaba su art. 258, en la España de Fernando VII, hasta dar fruto final en 1829.

Pero detengámonos un momento en 1797. Todo parece indicar que la comisión real a la Junta de Comercio trajo causa de una propuesta elevada a Godoy, entonces Secretario de Estado, por Ramón María Zuazo, abogado madrileño y activo miembro de la Academia jurídica de Santa Bárbara (191): he podido localizar una segunda instancia dirigida por Zuazo a Godoy cuatro años más tarde, quejándose de que el traslado del expediente del caso de Estado, donde se inició, a Hacienda hubiese supuesto el incumplimiento del compromiso asumido por el favorito real de tenerle en cuenta a la hora de elaborar el código sobre cuya necesidad había representado (192). Y también he localizado el texto de una de las dos memorias presentadas por Zuazo a Godoy con su escrito inicial: perdida, al menos por ahora, la referente al código mercantil cuya elaboración

(189) Datos en María Jesús MATILLA QUIZA, *El sistema capitalista español en la época liberal*, tesis doctoral, Facultad de Filosofía y Letras (Universidad Autónoma de Madrid), 1986, pp. 397-412. La recopilación fracasada fue obra de José Antonio Ortiz, que actuó por encargo cursado por Real Orden de 1794; al parecer no se ha logrado dar con el (primer) volumen realizado (en 1800).

(190) Se trata del proyecto de Quintanilla, terminado en 1800; cfr. sobre su elaboración Antonia HEREDIA HERRERA, *Reglamentos y Ordenanzas del Consulado de Cádiz en el siglo XVIII* cit. (n. 126).

(191) Lo que ha podido documentar Antonio RISCO, *La Real Academia de Santa Bárbara de Madrid (1730-1808)*, I-II, Toulouse, Université de Toulouse-Le Mirail, 1979.

(192) Archivo Histórico Nacional (Madrid), Estado, leg. 3197, n. 28, año 1801. Incluye también alguna instancia al sustituto de Godoy en Estado, Cevallos, sobre el mismo asunto.

proyectaba (escrito vinculado al concurso que convocó la Academia de Santa Bárbara en 1797 ⁽¹⁹³⁾), la memoria que se conserva, de orígenes igualmente académicos (un premio particular, esto es, reservado a los miembros de la Academia), es relativa a la jurisdicción consular y se encuentra llena de interesantes observaciones ⁽¹⁹⁴⁾.

Los consulados y la jurisdicción que ejercen se presentan aquí como resultado necesario de la historia y la geografía, apareciendo, como sucederá luego en la época constitucional, el argumento comparativo y el histórico a la hora de defender una justicia mercantil separada. La principal novedad que aporta el escrito de Zuazo es, sin embargo, la concepción objetiva de esa justicia: su base o razón de existir no será, según podía desprenderse de una primera lectura de los privilegios y ordenanzas históricos, la concesión de beneficios especiales a los comerciantes, sino la conveniencia, y hasta necesidad, de dotar de singularidad orgánica y procesal a las cuestiones que afectan a la prosperidad de la nación. La realización de negocios y contratos, teniendo un alcance superior o de interés general, determinará la competencia de la justicia consular con independencia de

⁽¹⁹³⁾ Antonio Risco, *La Real Academia de Santa Bárbara* cit. (n. 191), I, pp. 433-434: en la línea del (premiado) plan para unas instituciones de derecho español de Juan Pablo Forner se explicaría el argumento del premio (medalla de oro) convocado en 1797 sobre un «Plan para la formación de un código mercantil, en que se reúnan todas las leyes relativas al comercio y navegación, que se hallan dispersas en los códigos generales y en las ordenanzas consulares, y se propongan los verdaderos principios de la jurisdicción mercantil, con relación al derecho español y al convencional de las naciones»; cfr. además II, p. 786, donde se da como fecha de convocatoria 1796. Sabemos que ningún estudio se presentó al premio (RISCO, II, p. 438), no en último lugar por defectuosa gestión de Zuazo, por entonces secretario (1796, RISCO, II, p. 754) y fiscal (1797, RISCO, II, p. 755) de la institución; probablemente sus intereses en monopolizar estos estudios y ofrecerse a título de codificador serían la explicación.

⁽¹⁹⁴⁾ Antonio Risco, *La Real Academia de Santa Bárbara* cit. (n. 191), I, p. 466: el escrito de Zuazo fue disertación presentada a la Academia en 1795 (cfr. p. 653) y no considerada inicialmente digna de premio; una reforma reglamentaria le valió, a posteriori, la medalla de plata por otra disertación sobre «Origen y objeto de la magistratura», propiamente dedicada a estudiar la figura del corregidor (p. 468). La que ahora nos interesa se conserva en la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, manuscrito signatura 331/218, 166 ff.; cfr. para su descripción Arcadio CASTILLEJO BENAVENTE, *Manuscritos jurídicos de la Biblioteca Universitaria de Sevilla*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad, 1986, n. 77 y p. 147.

las personas que los ejerciten; la circunstancia de que habitualmente esas personas sean los comerciantes no debe desorientar hasta el punto de estimar el fuero mercantil jurisdicción privilegiada.

Se apunta con todo ello a la idea del acto de comercio sobre la que se sustentará la especialidad de un código mercantil durante el siglo XIX, pero ahora interesa recordar que la memoria de Ramón María de Zuazo contenía algunas alusiones a la elaboración de tal código, de tanta mayor importancia cuanto, como se advirtió, perdido el escrito referido monográficamente a esta cuestión. La misma aparece allí donde se trata de las competencias económico-gubernativas de los consulados, pues se consideraba que «la empresa primera y la más digna de que los Consulados apliquen a ella su autoridad y poder, es la formación de un código mercantil, tal y tan perfecto cual propuse en otro lugar, porque el cimiento de una buena administración de justicia es sin duda el que haya buenas leyes y que estén unidas en una colección con método y claridad. Y como en España no hay esta colección, ni aún leyes proporcionadas para la dirección del comercio en todas sus relaciones y extensión, mal podrán los juzgados consulares seguir un sistema uniforme y constante en su administración pública» (fols. 141 v., 142). Los consulados deberían solicitar al rey, según la propuesta de Zuazo, la convocatoria de un premio para el mejor plan de código mercantil, fallando su concesión los mismos consulados o bien una junta designada por la Corona; un nuevo premio recompensaría a quien se ofreciera a desarrollar convenientemente ese plan, pero se recomendaba alternativamente la creación de una nueva junta encargada de la redacción del código planeado, correspondiendo en cualquier caso al rey la revisión del trabajo y su promulgación como ley (fol. 144 y v.).

Confección del código a cargo de un jurista premiado o bien por una junta de designación real como opciones técnicas que, es suficientemente conocido, tuvieron realidad histórica en el reinado de Fernando VII. Ya hemos visto la orientación que siguieron los trabajos relacionados con la legislación mercantil en los períodos de vigencia de la Constitución de 1812: el intento de establecer sobre nuevas bases la jurisdicción comercial a cargo de los consulados impidió, en 1814 y en 1821, centrar los esfuerzos en la codificación. A reservas de algún (poco probable) hallazgo documental que aporte datos desconocidos sobre la labor realizada por las diferentes comisiones par-

lamentarias a cuyo cargo oficialmente estuvo, la mercantil, a diferencia de la civil y la penal, nada debió a los años constitucionales. Fue durante la Década de gobierno absolutista de Fernando VII que tuvo lugar la promulgación del primer Código de comercio.

El autor material de su texto fue un antiguo afrancesado, muy vinculado a la Administración en diversos cargos técnicos y épocas: el gaditano Pedro Sáinz de Andino. Perteneciente al grupo reformista del Secretario de Hacienda Luis López Ballesteros, en cuyo haber caen las iniciativas, si no las mejores, sí las menos malas de la política fernandina ⁽¹⁹⁵⁾, Sáinz de Andino se dirigió al monarca por conducto de su mentor exponiendo a fines de 1827 sobre la necesidad de elaborar un código mercantil, a cuya confección se ofrecía ⁽¹⁹⁶⁾.

Eran éstos unos años en que los sectores más reformistas de la administración de Fernando VII estaban decididos a marchar hacia la formación del Estado, comenzando por la necesaria modificación de la legislación. Además del código mercantil, que fue el único finalmente realizado, se gestó un código penal — con procedimiento similar al de aquél, incluso la intervención de Pedro Sáinz de Andino —, fracasado por la oposición de los elementos más reaccionarios, y se pensó también en elaborar un código civil ⁽¹⁹⁷⁾. En todos estos trabajos participaba Sáinz de Andino, que aún redactó algunas leyes importantes, como la de enjuiciamiento mercantil (24 de julio de 1830), reclamada por el Código, la de creación de la Bolsa en Madrid (10 de septiembre de 1831) y el Reglamento del Banco de San Fernando (1829).

Tras el estudio de Jesús Rubio, que exhumó bastantes documentos, no procede considerar con detenimiento los particulares de redacción del Código del 29 ⁽¹⁹⁸⁾. Debe recordarse, con todo, la exis-

⁽¹⁹⁵⁾ Emilio GONZÁLEZ LÓPEZ, *Luis López Ballesteros (1782-1853), ministro de Hacienda de Fernando VII*, Coruña, Fundación «Pedro Barrié de la Mazá, conde de Fenosa», 1986.

⁽¹⁹⁶⁾ La exposición, de 29 de noviembre de 1827, es publicada por Pablo AVECILLA, *Diccionario de la legislación mercantil de España*, Madrid, Severiano Omaña, 1849, v. «Código de comercio», pp. 76-78.

⁽¹⁹⁷⁾ Cfr. Jesús RUBIO, *Sáinz de Andino* cit. (n. 187), p. 49; José Ramón CASABÓ RUIZ, *El Proyecto de Código criminal de 1830*, estudio preliminar y edición, Murcia, Universidad, 1978.

⁽¹⁹⁸⁾ Jesús RUBIO, *Sáinz de Andino* cit. (n. 187), pp. 110 y ss.

tencia de un esfuerzo codificador paralelo, el personal de Sáinz de Andino, destinado al éxito tras la aceptación real, y el institucional, representado por el proyecto que elaboró una comisión oficial, formada (en 1828) por Bruno Vallarino, que era su presidente, y Ramón López Pelegrín, Cesáreo María Sáenz, Manuel María Cambronero y Antonio Porcel; el mismo Sáinz de Andino actuó de secretario, aprovechando probablemente para su propio proyecto los materiales allegados por la junta o puestos a su disposición, y con seguridad los trabajos de sus colegas. El texto articulado resultante, más breve (887 artículos) que el Código, ha sido editado por Rubio, pero se conoce — al menos — un manuscrito con sistemática parcialmente diversa ⁽¹⁹⁹⁾.

Es muy poco lo que sabemos sobre la tramitación, si la tuvieron, de ambos textos en el engranaje de Consejos de la claudicante Monarquía Absoluta. Los esfuerzos por localizar alguna consulta han sido vanos ⁽²⁰⁰⁾; tan sólo conozco la rápida noticia que suministra el acta de la sesión del Consejo de Estado correspondiente al 23 de febrero de 1828 sobre un informe en relación al código procedente de «la época llamada constitucional», de cuyo paradero se dudaba ⁽²⁰¹⁾. Así, en defecto de asesoramiento conocido y aceptando como

⁽¹⁹⁹⁾ Cfr. Arcadio CASTILLEJO BENAVENTE, *Manuscritos jurídicos* cit. (n. 194), n. 42, p. 111.

⁽²⁰⁰⁾ Pero hubo, al menos, una consulta del Consejo de Indias, elevada al rey en junio de 1831, sobre el modo de introducir el nuevo Código en Cuba, Puerto Rico y Filipinas: cfr. Reales Cédulas de 1 de febrero de 1832 (Cuba), 17 de febrero (Puerto Rico) y 26 de julio (Filipinas), donde se menciona la consulta y establecen las alteraciones en el Código requeridas por la situación de estas colonias (ed. Pedro GÓMEZ DE LA SERNA-José REUS Y GARCÍA, *Código de comercio, arreglado a la reforma decretada en 6 de diciembre de 1868...*, Madrid, Revista de Legislación, 5ª ed. 1869, pp. 477-482).

⁽²⁰¹⁾ Archivo Histórico Nacional (Madrid), Estado, libro 38 (actas, 1828-1829), fols. 39-39v: «Dio cuenta el infraescrito de una Real Orden comunicada por el Secretario del Despacho de Hacienda en la que dice que habiéndose verificado en 25 de enero próximo la instalación en esta Corte de la Comisión que S.M. se sirvió crear por Real Orden de once del mismo mes para que redacte y exponga los motivos de un Código mercantil para toda la Nación Española o unas ordenanzas generales de Comercio terrestre y marítimo, ha tenido a bien mandar S.M. que se pase a aquel Ministerio para remitir inmediatamente a la Comisión un informe que acerca de los objetos indicados dio el Consejo de Estado de la época llamada constitucional, y se acordó pasar el citado informe si

hipótesis que su superioridad técnica no tenía porqué ser apreciada por el monarca, es difícil saber las razones que le llevaron a preferir el proyecto de Sáinz de Andino sobre el de la comisión; probablemente la mayor extensión del primero y la opinión de López Ballesteros, responsable, desde Hacienda, de este ramo de legislación, serían algunas razones que jugaron a favor del futuro Código ⁽²⁰²⁾.

Su texto se dividía en 1219 artículos, a lo largo de cinco libros; considerablemente más extenso que su directo modelo, el Código francés, por una cierta proclividad a multiplicar disposiciones reglamentistas (especialmente en el libro III, derecho marítimo) ⁽²⁰³⁾, recogía además abundantes elementos de las ordenanzas consulares, en concreto las de Bilbao (1737). Más que resumir su contenido, para lo que no faltan trabajos ⁽²⁰⁴⁾, interesa ahora subrayar algunas importantes omisiones, que contribuían a otorgarle un aire rancio en exceso y casi contemporáneamente desfasado. Así el derecho bursátil (que interesaba, en defecto aún del tráfico de acciones, para la contratación de títulos de la Deuda), poco después regulado con la asistencia técnica del mismo Sáinz de Andino; el contrato de seguro, representado pobremente en las figuras del seguro de transporte terrestre (arts. 417-425) y marítimo (arts. 849-929) ⁽²⁰⁵⁾; las sociedades, con una escueta normación de las anónimas cuando, al menos como proyectos, circulaban ya planes e intentos para establecer grandes

existiese en el Archivo del Consejo». Los libros de actas carecen de más noticias al respecto.

⁽²⁰²⁾ «Del Código de comercio <de> Ballesteros» hablaba el contemporáneo Arias Teijeiro, reflejando la opinión del círculo de Calomarde: Ana María BERAZALUCE (introducción y notas), *Documentos del reinado de Fernando VII. III. Arias Teijeiro. Diarios (1828-1831)*, III, Pamplona, Universidad de Navarra-C.S.I.C., 1966-1967, p. 117 (18 de abril de 1831).

⁽²⁰³⁾ Con lo que Sáinz de Andino no se apartaba de las orientaciones de su época: Alberto SCIUMÈ, *I tentativi* cit. (n. 156), pp. 105 y ss.

⁽²⁰⁴⁾ Cfr. Ascensión FORNIÉS BAIGORRI, *La vida comercial española, 1829-1885. Instituciones, doctrina y legislación mercantil*, Zaragoza, Institución «Fernando el Católico», 1968, pp. 59-108.

⁽²⁰⁵⁾ Ya en esos años preocupaban otros tipos, como los seguros contra incendios: cfr. *Boletín de comercio*, 15 de febrero de 1833, reproduciendo un artículo aparecido en Barcelona sobre mutuas contra incendios; idem, 4 de junio de 1833, dando cuenta de la Real Orden que autorizaba en Sevilla una mutua contra incendios de casas.

compañías de obras públicas, mineras y de crédito territorial ⁽²⁰⁶⁾; o las instituciones industriales, como el derecho de patentes (objeto de una previa disposición en 1826), en lo que coincidía el texto español con el *Code*. Por contra, el arcaísmo del Código aparecía en su vieja previsión de compañías por acciones privilegiadas (art. 294, estableciendo para el caso la necesaria aprobación real), en el mantenimiento del requisito de la distancia local en el derecho cambiario (art. 429) y el olvido (frente a las Ordenanzas de Bilbao) de la función crediticia de las letras, en el régimen, aún en vigor, de corredurías enajenadas (arts. 72-74) o en la previsión de una tasa del 6% al año en el interés convencional de los préstamos mercantiles (art. 398; se trataba del interés legal: art. 397). El concepto de comerciante combinaba la inscripción en una matrícula con el ejercicio habitual del comercio, pero en suponerlo resultaba decisiva la condición de matriculado (arts. 1, 11 y 17); sistema peligroso, pues la huída de la matrícula para escapar del régimen de la quiebra fue problema generalizado en los años de vigencia del Código ⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁶⁾ *Gaceta de Madrid*, 30 de noviembre de 1830, p. 484: «Con el fin de la explotación de minas, y particularmente para beneficiar la de plata en Sante, y de plomo en Riotorto, provincia de Mondoñedo, se ha establecido en la misma ciudad de Santiago una sociedad de accionistas, señalando para capital 1000 acciones de a 4000 reales cada una. De estas sólo 300 debían emitirse, y en 7 de Agosto último había 131 colocadas ...»; *Boletín de comercio*, 27 de noviembre de 1832, «Del espíritu de asociación»: «ya que se va extendiendo entre nosotros el gusto y afición a las empresas útiles con el auxilio de sociedades o compañías que el Código de comercio designa con el nombre de *anónimas*»; idem, 10 de mayo de 1833, D.J.D.J., «Asociación mutua en fomento y circulación de la propiedad territorial a beneficio de la riqueza general del reino, dedicada a las clases laboriosas y a los amantes de la prosperidad de España»; idem, 17 de mayo de 1833, J.M. de O., «Bancos provinciales»; idem, 28 de mayo de 1833, «Necesidad de fomentar el espíritu de sociedad mercantil»: «También se necesita ahora como al principio que el gobierno proteja tales sociedades (*anónimas*), no ya con privilegios exclusivos y prohibitivos, sino cortando las trabas y removiendo los estorbos que oponen las antiguas instituciones ... Asociaciones mercantiles fundadas sobre la buena fe y la confianza mutua deberían emprender la ejecución de las carreteras, canales, explotación de las minas y abastecimiento de las grandes poblaciones ...»

⁽²⁰⁷⁾ Cfr. art. 1004: «El que no tenga la calidad de comerciante no puede constituirse ni ser declarado en quiebra»; interesa al efecto F.F. (¿Francisco FORNER?), *Observaciones sobre la Real Orden de 10 de octubre de 1862, acerca de las matriculas de comerciantes*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 28 (1866), 198-203. Por lo demás, hay que recordar que algún proyecto contemporáneo de Código Penal asumía la

Siguiendo la práctica de la época, el Código no fue inserto en la colección legislativa oficial, que recogió simplemente el decreto que ordenaba su entrada en vigor el primero de enero de 1830 (Real Decreto de 5 de octubre de 1829). La extensa ley fue editada oficialmente por el mismo Sáinz de Andino, «quedando responsable de la pureza y exactitud del texto» ⁽²⁰⁸⁾ y con las manos en un negocio que debió reportarle probables beneficios económicos. También una franca hostilidad en los ambientes reaccionarios de Gracia y Justicia: «S.M. dando cortes de mangas. Ultimamente los ha dado a Andino, que ha perdido allí su concepto. Este anda en mil tramoyas con la impresión del *Código mercantil*, que debe tener la fecha del día de S. Fernando. ¡Qué tal! Pelegrín dice que si es distinto del que él autorizó, como cree, hace una exposición al Rey. Pero son lobos de una camada» ⁽²⁰⁹⁾; desconozco si tal suspicacia se debía a la comprobación contemporánea de errores que tergiversaban el entendimiento de pasajes legales, como pronto se denunció en relación al art. 131 (responsabilidad del comisionista).

Renunciando a ofrecer más detalles de su contenido y a una comparación del Código con el proyecto de la comisión, para lo que Jesús Rubio presta información suficiente, bastará con señalar que aquél era fruto de un pensamiento jurídico y político encaminado a la construcción del Estado; así se explica su vigencia, no obstante los intentos de reforma motivados por su rápido desfase técnico, a lo largo del siglo XIX. Se explica también que Sáinz de Andino continuase ocupando cargos y gozando distinciones, hasta su fallecimiento en 1863, al amparo del moderantismo, que tuvo en este jurista un precursor convencido.

Varios de sus escritos e informes incorporan ese pensamiento y

regulación mercantil de la quiebra a la hora de fijar los tipos delictivos: cfr. Proyecto de Código criminal de 1831 (proyecto de Sáinz de Andino), arts. 1059-1061; los proyectos de 1830 (elaborado por la comisión en que también estuvo presente Sáinz de Andino) y de 1834 carecían de remisiones específicas al Código de comercio: cfr. edición de Juan Francisco LASSO GAITE, *Crónica* cit., (n. 184), pp. 159, 327-328 y 425.

⁽²⁰⁸⁾ Real Orden de 22 de julio de 1829, en Archivo Histórico Nacional (Madrid), Consejos, leg. 2187, n. 12: «Expediente formado de real orden, previéndose el modo de imprimir el Código de Comercio aprobado por S.M. en 30 de Mayo de 1829».

⁽²⁰⁹⁾ Es el cáustico comentario de ARIAS TEIJEIRO: *Diarios* cit., (n. 201), I, p. 236 (6 de octubre de 1829).

prefiguran soluciones que fueron derecho vigente al recogerse en el texto promulgado como Código de comercio. Así el *Dictamen legal sobre el plan electoral propuesto por el Consulado de Madrid* (1828) ⁽²¹⁰⁾, donde Sáinz de Andino tiene ocasión de revisar la práctica consular de elección de los jueces mercantiles. «Considero yo el sistema de elección popular generalmente establecido en la provisión de las plazas de los Tribunales de Comercio», estimaba el autor en relación con la determinación corporativa de los magistrados consulares, «esencialmente opuesto a los principios seguros y fijos del Gobierno Monárquico»; se proponía, tras invocar en una rápida historia todo tipo de autoridades (desde el Deuteronomio a Rousseau), que fuese el rey, a propuesta del Consejo de Hacienda, quien nombrara a prior y cónsules. Lo que importa destacar es que la medida proyectada no ha de ser interpretada tanto a título de manifestación del trasnochado absolutismo fernandino, cuanto como superación de la dispersión política en que las *universitates*, en nuestro caso las mercantiles, gozaban de la autonomía necesaria para escoger sus dirigentes.

La ruptura con la lógica corporativa era fruto de la concentración de poderes, como la justicia, en un soberano que será el Estado; pero la alteración del estatuto de los consulados que proponía Sáinz de Andino abarcaba otros aspectos de interés. «El Consulado ejerce dos géneros de atribuciones: unas administrativas, que se desempeñan por la Junta de Comercio, y otras judiciales que son peculiares del Tribunal Consular compuesto del Prior y Cónsules. Como cuerpo administrativo», proseguía, «no debe tener el Consulado otro concepto que el de una diputación del Comercio, sin carácter de Magistratura, y puesta sólo para proponer y pedir al Gobierno las medidas que puedan contribuir a su fomento y prosperidad. Cualquiera otra gestión es irregular, impropia y heterogénea de esta especie de corporaciones, y su resultado inmediato y necesario es la involucración y trastorno en el orden de la administración pública (...) Bajo el concepto de Tribunal, no debe intervenir en sen-

⁽²¹⁰⁾ EN FEDERICO SUÁREZ y ANA MARÍA BERAZALUCE, *Documentos del reinado de Fernando VII. V. Pedro Sáinz de Andino. Escritos*, I, Pamplona, Universidad de Navarra-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1968, pp. 239-257.

tido alguno el voto de los comerciantes en el nombramiento de los que, a nombre del Rey y por delegación del Rey, han de administrar Justicia».

Diseción de las competencias consulares, manifestaciones añejas del único, aunque complejo y denso, concepto de *iusdictio*, como paso necesario para calificar de impolítico e irregular la función de gobierno asumida por los consulados. En puertas de su definitiva construcción, resultaba un «trastorno en el orden de la administración pública» que las corporaciones mercantiles, autogobernadas, gestionasen fondos, construyeran puertos, acondicionaran caminos... parecieran, en definitiva, concurrentes del Estado.

Y el Código mercantil sería el mecanismo para eliminar esas corporaciones incompatibles con la institución estatal: «la reforma de éste y de los demás defectos de nuestra Jurisprudencia mercantil actual debe ser obra del nuevo Código de Comercio, cuyo proyecto se dignó el Rey Nuestro Señor confiar a mis débiles luces». Sin perjuicio de la subsistencia de una jurisdicción mercantil profesional, lo que permitió, como es sabido, ese Código, su misma existencia actuaría como palanca revolucionaria. Aunque no se promulgara en época constitucional, que las formas políticas más aparentes sólo son un factor, y no de los más fieles, para comprender las transformaciones sociales que están en el origen de la sociedad contemporánea ⁽²¹¹⁾.

El libro quinto del Código, con su regulación de la justicia de comercio, organizaba unos tribunales en la línea del dictamen referido, donde los jueces, aunque mercaderes profesionales, eran de total designación por parte del poder público (art. 1189); normas dispersas posteriores acentuaron la judicialidad de estos magistrados y de sus actuaciones ⁽²¹²⁾. El Código precisaba también que las activida-

⁽²¹¹⁾ ANTÓNIO M. HESPAÑHA, *La Revolución y los mecanismos del poder (1820-1851)*, en CARLOS PETIT (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa* cit., (n. 172), 15-52.

⁽²¹²⁾ Así, una Real Orden de 16 de diciembre de 1832 (*Decretos de Fernando VII*, 17, Madrid 1833, pp. 294-295) establecía en relación a los tribunales mercantiles que «teniendo éstos jurisdicción, deben disfrutar sus individuos, mientras la ejerzan, de las preeminencias y exenciones concedidas a los demás juzgados». Algo después se extendía el uso de papel sellado en escrituras y testimonios a los tribunales de comercio,

des administrativas de los consulados eran cosa pasada, ordenando que los nuevos tribunales se limitaran a la administración de justicia (213). Con todo ello quedaban eliminados los consulados, cuya existencia, según vimos, había obstaculizado la formación de un código uniforme en los años del Trienio.

Un escrito coetáneo al Código contenía ya este principio: se trata de la famosa *Exposición... sobre la situación política del Reino*, que presentó Andino al monarca el 22 de julio de 1829 (214). En las páginas, largas, sobre Hacienda, Sáinz de Andino representaba contra los tradicionales recursos fiscales de los consulados, que «no son por la esencia de su institución cuerpos administrativos, ni deben manejar fondos algunos y mucho menos el Gobierno se los debe dar de sus propios recursos». Con ataques, que recuerdan los pronunciados en el Trienio, a los establecimientos docentes de los consulados — símbolo de sus actividades de fomento no judiciales — la solución propuesta pasaba por la conversión de la vieja universidad en un nuevo tribunal concebido como un elemento más de la justicia estatal. «Retírese pues Señor toda administración a los cuerpos consulares, sujétense al presupuesto recibiendo del Tesoro Real lo que el Gobierno crea que deben gastar bajo el sistema de economía tan justamente adoptado por todos, y agréguese sus escuelas a los Colegios Reales, poniéndoles bajo la dependencia de la Dirección de estudios, y vengan los fondos que están percibiendo al mismo tesoro real, como procedentes de rentas e impuestos que emanando de la Corona, son parte de su dotación y deben invertirse en la masa de sus necesidades» (215).

De nuevo hay que precisar que el programa político de este escrito fue realidad al incorporarse al Código, cuya verdadera exposición

como a los demás del Reino (Real Orden de 26 de octubre de 1835, *Decretos de Isabel II*, 20, Madrid 1836, pp. 502-503).

(213) Art. 1204: «Los tribunales de comercio se ceñirán a las atribuciones judiciales que les están declaradas en este, y no ejercerán funciones administrativas de especie alguna».

(214) Además de la edición de Suárez en los *Documentos del Reinado de Fernando VII*, modernamente ha reproducido este importante texto José María GARCÍA MADARÍA, *El pensamiento administrativo de P. Sáinz de Andino, 1829-1848*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1982, pp. 53-268.

(215) Ed. de José María GARCÍA MADARÍA cit., (n. 214), p. 187.

de motivos deberá, así, rastrearse en las propuestas elaboradas por Sáinz de Andino y que ahora he venido citando. Resultó la realidad estatal del Código caballo de batalla del mundo corporativo aún subsistente, que no dejó de reaccionar con tenacidad en contra de su entrada en vigor. Las corporaciones mercantiles aceptaron generalmente su extinción, a cambio de la seguridad jurídica derivada del nuevo orden normativo y de la jurisdicción especial que el Código contemplaba ⁽²¹⁶⁾, pero otro tipo de corporaciones, las territoriales, hubieron de reaccionar ante lo que consideraban un grave atentado a su sistema político propio. Pues el Código, además de eliminar la sustancia corporativa consular como sabemos, incluía todo un arsenal de reglas de intervención estatal (formación de la matrícula, elaboración de listas de candidatos a jueces, designación regia de éstos, control a cargo de los intendentes, etc.) que no resultaron de pacífica aceptación en territorios forales ⁽²¹⁷⁾.

El mecanismo del pase foral funcionó, en efecto, para paralizar la entrada en vigor del Código de comercio en las Provincias Vascongadas, en unos años en que va gestándose, según ha demostrado hace poco José María Portillo ⁽²¹⁸⁾, el régimen jurídico particular del País

⁽²¹⁶⁾ Véase por ejemplo la exposición al Rey del tribunal mercantil de Barcelona (11 de enero de 1830), publicada en la *Gaceta de Madrid* correspondiente al 20 de febrero (p. 95): «Con él — el Código — han desaparecido, Señor, la confusión en los juicios, las dudas y perplejidades en la aplicación de las leyes, y la inconsecuencia y monstruosidad de verse condenado tal vez en un mismo tribunal lo que antes se había absuelto. El estudio y el conato para la buena aplicación de las leyes era tan infructuoso a los jueces que debían aplicarlas como a los que debían observarlas, y así se arriesgaba casi siempre que lo vago y arbitrario tomase el lugar de la equidad y la justicia»; en la citada *Gaceta* se incluye también un escrito similar de la junta de comercio y agricultura de Valencia, mucho más breve. El testimonio que ofrece Arias Teijeiro contra el Código, *Diarios* cit., (n. 202), I, p. 264 (19-21 de octubre de 1829): «Los comerciantes rabian con quitar plazos a las letras, se prohíben (*sic*) a los Jueces ser comerciantes, y no a los Capitanes Generales. En fin, no me gusta ni la división de libros y títulos», se explica por el odio de los reaccionarios de Gracia y Justicia contra los viejos afrancesados de Hacienda; cfr. aún *Diarios* cit., I, p. 189 (18 de julio de 1829): «¡Un Andino, echado por malo de la misma Francia! En todas partes están estos infames, y en donde están, por lo mismo y por su soberbia, todo lo mandan pues todos les temen».

⁽²¹⁷⁾ Para lo que sigue me sirvo de mi trabajo *Oposición foral al Código de comercio* (1829), a publicarse en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59 (1989).

⁽²¹⁸⁾ José María PORTILLO, *Los poderes locales en la formación del régimen foral*.

Vasco en su formulación contemporánea; la oposición foral a la creación de una Superintendencia de Policía ⁽²¹⁹⁾ o a una legislación general en materia de minas ⁽²²⁰⁾ son prueba de una tenaz actitud desarrollada también frente al Código de 1829.

En todos los informes, dictámenes y exposiciones elaborados por el Señorío de Vizcaya, las Provincias de Guipúzcoa y Alava y los consulados afectados, aparecen unos puntos de oposición a la entrada en vigor del nuevo Código, que sólo se consiguió modificando sustancialmente alguna de sus previsiones. En general puede decirse que la regulación mercantil sustantiva no preocupó excesivamente a las instituciones vascongadas: «No es por cierto», decía el Consulado de Bilbao al Rey en una exposición de noviembre de 1829, «ni la equidad evidente que se demuestra en los artículos del Código para el fallo de los juicios mercantiles, ni la vasta extensión de las ideas hermosas de que está lleno, ni el admirable mecanismo con que se hallan entrelazados el todo y todas sus partes, ni la sabia provisión con que se abrazan todas las materias y casos, ni en fin son los principios luminosos que alcanzan y se dirigen a una pronta resolución aun para las transacciones y combinaciones imprevistas; todo esto, que es lo que hace la parte esencial, el fondo constitutivo y el alma del Código, no es por cierto en lo que la Diputación del Señorío ha encontrado reparo alguno que poner. Todo ello se halla en perfecta inteligencia con los fueros de este Ilustre solar». Era cuanto el Código preveía de intervención pública lo que suscitaba la reacción de Vascongadas. Así, su regulación de la matrícula de comercio, estimada contraria a la libertad natural para comerciar que gozaban los vascos desde tiempos inmemoriales; así, también, la segunda instancia en asuntos mercantiles, que a tenor del Código pasaría a las Audiencias y Chancillerías contraviendo el principio de que los vascos se someterán a los jueces de la tierra ⁽²²¹⁾. El sistema de

Guipúzcoa (1812-1850), ¿Bilbao?, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, ¿1987?

⁽²¹⁹⁾ José María PORTILLO, *Los poderes locales* cit. (n. 218), pp. 45-54.

⁽²²⁰⁾ Joseba AGUIRREAZKUÉNAGA, *Vizcaya en el siglo XIX (1814-1876): las finanzas públicas de un Estado emergente*, ¿Bilbao?, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, ¿1987?, pp. 84-90.

⁽²²¹⁾ Siendo éste un punto en que la posición de Alava, carente de consulado, difería a

selección de los magistrados de comercio, las funciones que el Código otorgaba a los intendentes y la separación de las actividades administrativas de los consulados, junto con la pérdida de los recursos que para su ejercicio recaudaban, cerraban el catálogo de cuestiones desafortunadas señaladas en la nueva ley mercantil uniforme.

La corporación territorial defendía, alegando sus fueros — unos fueros identificados con la costumbre y los buenos usos mejor que con las colecciones impresas de privilegios, un tanto escuálidas y, sobre todo, mucho más precisas que los anteriores — y la particular naturaleza, histórica y geográfica, de las Provincias, la corporación mercantil condenada a la extinción: su autonomía organizativa, concretada en la designación de los cargos consulares; su autonomía funcional, en el aspecto determinante de los tributos y obras públicas a cargo de los consulados. Como ha escrito Portillo, en palabras que bien pueden referirse a las *universitates* que ahora interesan, «lo que se estaba imponiendo, al fin y al cabo, era la vigencia de unos órdenes corporados frente a la acción que para con ellos ha de desarrollar, en condiciones normales, la forma absoluta de la monarquía» (222).

Al final, como siempre en esta historia no resuelta, llegó la transacción. Una Real Orden de 29 de enero de 1830, insistiendo en la obligatoriedad de la matrícula («supuesto que no se opone a los fueros... la formación de la matrícula») y en la designación real de los jueces mercantiles según los arts. 1189-1191 del Código («los cuales... no hacen otra cosa que revocar una concesión gratuita de que gozaban los antiguos consulados... sin que en esta materia puedan alegarse los fueros del Señorío, pues no hay en ellos una expresión relativa a tales oficios»), permitía («por ahora») que las atribuciones de los intendentes en el Código fueran asumidas por las Diputaciones y — sobre todo — «que subsistiendo la supresión de

la de Vizcaya y Guipúzcoa; como reconocía un dictamen sobre el Código elaborado por los licenciados López, Angulo y Samaniego a petición de esa provincia en febrero de 1830: «Hallamos ... que esta Provincia se encuentra en situación muy diferente de las otras dos ... Aquí no hay consulado como en ellas; el sistema orgánico del tribunal de comercio en todas sus instancias queda con el Código del mismo modo que estaba sin él ...».

(222) José María PORTILLO, *Los poderes locales* cit. (n. 218), p. 70.

los juzgados de alzadas, vayan las apelaciones de los tribunales de comercio de las Provincias Vascongadas a los tribunales que según el régimen foral conocen de las apelaciones de los negocios comunes». Alterado así, sin que sepamos hasta cuándo ⁽²²³⁾, el diseño orgánico de la justicia mercantil en Vascongadas y reforzados los poderes de las Diputaciones con todas las competencias de los delegados regios en el control de las actividades de comercio, el Código, finalmente, obtuvo el pase; las corporaciones mercantiles quedaban desarticuladas, pero las territoriales, dominadas por campesinos y gentes del interior en oposición, a veces violenta, a los comerciantes de las ciudades ⁽²²⁴⁾, avanzaban por el camino de su consolidación como entidad federal vergonzante. En este caso, a costa del Código de comercio.

Por eso, si un conocido jurista de la segunda mitad de siglo opinaba en relación a aquel Código que «antes de su aparición no había una legislación mercantil general y uniforme, y después de él quedó fijado el derecho que no puede estar incierto y vacilante en las relaciones a menudo de corta vida que engendra el comercio» ⁽²²⁵⁾, el investigador actual, y no simplemente por los datos antes alegados, debe poner en cuestión semejantes afirmaciones. Afectando al punto decisivo de la organización judicial mercantil las salvedades para Vascongadas eran importantes, pero aún se conoció un similar

⁽²²³⁾ Cfr. Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, *Estado de la codificación al terminar el reinado de Doña Isabel II*, en *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, 39 (1871), 284-300, p. 292: se habla, desconociendo esta historia, de «la circunstancia especial de que fuera el único Código que regía por igual en todos los pueblos a que se extendió la dominación española»; pero más grave aún podía resultar la omisión de referencias al régimen especial de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, donde el Código sólo entró en vigor tras alteraciones de transcendencia (por ejemplo, respecto a La Habana, la creación de un tribunal mercantil de apelaciones), reflejadas en disposiciones que fueron recopiladas precisamente por el propio Gómez de la Serna (en su edición, con José Reus y García, del *Código de comercio, arreglado a la reforma decretada en 6 de diciembre de 1868* ... cit. n. 200, pp. 477-482).

⁽²²⁴⁾ Destaca el caso de San Sebastián en el seno de Guipúzcoa: José María PORTILLO, *Los poderes locales* cit. (n. 218), pp. 76 y ss.; también Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *La crisis del Antiguo Régimen en Guipúzcoa, 1766-1766-1833. Cambio económico e historia*, Madrid, Akal, 1975.

⁽²²⁵⁾ Manuel DURÁN Y BAS, *Fuentes del derecho mercantil español. Juicio crítico de nuestro Código de comercio*, en *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, 28 (1866) 292-304, p. 303.

ámbito de especialidad — de quiebra de las previsiones del derecho codificado — en relación a las posesiones coloniales: en ellas el Código de 1829 sólo entró a regir algo más tarde y en los términos de la pertinente Real Cédula de promulgación, con diferencias según «las particulares circunstancias» de esos territorios (Cuba, Puerto Rico y Filipinas) y respecto a los de la Península ⁽²²⁶⁾.

Así se reducía el valor del Código como herramienta de unificación jurídica, pero en otro sentido su vigencia contribuyó a uniformar el derecho privado español. En línea con el carácter «excepcional» del derecho mercantil, Sáinz de Andino multiplicó referencias al «derecho común» vigente, singularmente en materia de contratos (cfr. por ejemplo arts. 3, 173, 234, 264, etc.); «derecho común» o civil cuyas soluciones debían dar juego configurando las instituciones de las que la legislación comercial se apartaba sólo en detalles, pero también como solución jurídica en defecto de norma particular. En un Estado como el español, donde subsistía aún una pluralidad de derechos civiles territoriales, el alcance de las remisiones a un «derecho común» no había de resultar, en principio, de entendimiento unitario; la imposición de una interpretación unívoca corrió a cargo de una jurisprudencia que pronto supo identificar ese derecho común con el civil de Castilla ⁽²²⁷⁾, lo que, siempre a falta de un estudio específico de la cuestión, hemos de suponer afectó a la vigencia de derechos contractuales diferentes del castellano. Y cabría reflexionar sobre determinados preceptos del Código (v. gr. el art. 378, rechazando el remedio de la rescisión por lesión en las ventas mercantiles) que podían afectar a esos derechos y favorecer, de nuevo, la unificación del régimen de las obligaciones en las partes más conexas con un tráfico económico que a nadie interesaba dificultar desde posiciones forales.

⁽²²⁶⁾ Cfr. *supra* n. 200.

⁽²²⁷⁾ Ya desde el siglo XVIII las leyes de Castilla se entendían derecho común (frente al *ius commune* histórico, contra el que, en sus momentos de crisis, se reaccionaba), en tanto los demás derechos civiles españoles aparecían conceptuados como «leyes municipales». Cfr. para el caso catalán los trabajos de Josep María Gay y de Encarna Roca en este mismo «Incontro».

(iii) *Derecho mercantil y legislación (1848).*

Renovador desde el punto de vista de las tecnologías del poder, bajo el aspecto técnico-jurídico nuestro Código pronto lo fue menos. Aureliano Linares Rivas (1841-1903) — un versátil político gallego que llegó a la poltrona de Gracia y Justicia con los liberales, ocupando la de Fomento con los conservadores — al prologar una edición de circunstancias del Código de comercio de 1885 ⁽²²⁸⁾, saludaba la nueva legislación mercantil con una declaración de agradecimientos por los servicios prestados por el entonces viejo Código de 1829. «A pesar de su deficiencia», advertía Linares, «nacido en una época de tristísima recordación, bajo todos los conceptos, y en unas circunstancias en que la atonía más completa imperaba de un ámbito a otro de la Península, bien puede decirse que fue una singularidad dichosa, una excepción feliz de que debemos congratularnos». El cuadro que trazaba a continuación de la España fernandina, cargado de tintes románticos pero muy exacto, reforzaba su menos que moderado entusiasmo por el Código de 1829.

Pero ese Código estaba «lleno de defectos y de imperfecciones», resultando contemporáneamente «atrasado ya, si no con relación a las necesidades de aquella sociedad y de aquel comercio, sin duda alguna con relación a las exigencias que la sociedad y el comercio europeo revelaban con harta claridad»: un Código atrasado para una España atrasada, que tuvo desde luego la indiscutible virtud de «regularizar y satisfacer en el orden legal todos los actos mercantiles que hasta entonces no tenían una pauta fija a que atemperarse, y se regían por innumerables disposiciones esparcidas aquí y allá en leyes especiales o en nuestras caóticas recopilaciones».

El proceso de transformaciones irreversible que sigue a la muerte de Fernando VII ofrecía, según nuestro prologuista, un nuevo marco social y económico en el que se situaba incómodamente el

⁽²²⁸⁾ *El nuevo Código de comercio comparado con el antiguo, con notas y aclaraciones para su mejor inteligencia. Precedido de un prólogo del Excmo. Sr. Aureliano Linares Rivas, por D. Manuel Domingo López y Díaz, Madrid, León Pablo Villaverde, 1886. No he podido localizar, desconociendo por tanto el sentido de su crítica al Código, la obra del magistrado gallego Pedro BERMÚDEZ DE CASTRO VILLAR, *Cinco observaciones al Código Mercantil de España dirigidas a su mayor perfección*, Santiago de Compostela 1834.*

Código de 1829. El cambio «lo reclamaban imperiosamente el vuelo y la amplitud que ha tomado el comercio en nuestra patria desde que se ha inaugurado en ella el régimen constitucional; desde que las sociedades de crédito, los medios de locomoción, la movilidad de los valores, el desarrollo de la industria, la multiplicación de los agentes comerciales y las nuevas ideas de derecho, hacían incompatible el Código de 1829 con una sociedad que no era la suya, con unos intereses que no cabían dentro de sus estrechos moldes, con unas aspiraciones y unas exigencias que se desbordaban por todos lados, que lo llenaban todo y que sólo eran atendidas por disposiciones especiales, a las que muchas veces faltaba el debido engranaje, y que era urgentísimo sujetar a la medida, a la unidad y al concierto de un Código».

¿Puede estar más claro el veredicto? Un código aceptable para la España de Fernando VII, donde aún resaltaría por encima de la mediocridad oscurantista de los empeños oficiales en todos los campos, pero ya obsoleto a los pocos años de su vigencia. Pues las modificaciones registradas tras 1833 suponían el salto cualitativo de la revolución burguesa, con «régimen constitucional», con desarrollo de las sociedades financieras y los transportes modernos, con la aparición de «las nuevas ideas de derecho». La obsolescencia del Código de Sáinz de Andino, «en una sociedad que no era la suya», obligó a la aparición de una legislación especial (para esas sociedades financieras, para esos medios de transporte..., e incorporando «nuevas ideas de derecho») que permitió compaginar el viejo Código con la atención jurídica reclamada por la España liberal.

Vaciado de contenido, el Código pudo continuar; aportaba al menos a esa «sociedad que no era la suya» algunas reglas técnicas y principios que habían de resultar de utilidad en defecto de un Código civil que tardaría en llegar, pero aportaba especialmente el ideal de un cuerpo de derecho codificado en que encontrasen «el debido engranaje», según expresión de Linares, la normativa especial de circunstancias que pronto, y sustancialmente, lo derogó. El solo dato de su existencia, con la supresión del mundo corporativo que estructuraba la actividad mercantil en el Antiguo Régimen, era suficiente para configurar un nuevo marco para el derecho de la economía, dentro de la erección del Estado como único centro de po-

der; técnicamente anticuado, conservaba sin embargo un valor sustancial en la España burguesa.

¿Cómo tardó tanto la realización de un Código adecuado a las circunstancias? Para Linares, igualmente lúcido en sus opiniones al respecto, la magnitud de las transformaciones revolucionarias imprimió un ritmo particular a sus realizaciones, algunas de las cuales hubieron de demorarse: «al salir de las tinieblas a la luz; al querer conquistar todo en poco tiempo... al tener que constituirnos cual si antes apenas no existiéramos en el orden político, en el orden religioso, en el orden económico... en todas las manifestaciones de la vida, claro está que esta ebullición asombrosa había de traer consigo transtornos y quebrantos...».

Cabía, desde luego, alabar el viejo Código y justificar, como también hacía Linares, su superación por mor de las circunstancias: una innominada revolución industrial que, todo lo modesta y limitada que se quiera ⁽²²⁹⁾, actuaba así relegando el código fernandino. «El *Código de Comercio* de 1829», se escribía en este sentido, «obra de gran renombre y reconocidísima importancia, ha concluído su misión legal, y como monumento jurídico ha pasado a ocupar en la historia el merecido lugar que le corresponde... Si con posterioridad a la publicación del *Código de Comercio* de 1829 han surgido tantas y tan maravillosas fuerzas económicas, desconocidas para el historiador, para el filósofo, para el legislador y aun para el gobernante... ¿quién será el osado que achaque a miopía del legislador lo que es debido al desarrollo científico y a la cultura del siglo? Si hubiere alguno, será quien ignore que en los cincuenta años antedichos han corrido siglos» ⁽²³⁰⁾.

⁽²²⁹⁾ JORDI NADAL, *El fracaso de la Revolución industrial en España, 1814-1913* (1975), Barcelona, Ariel, 8ª reimp. 1987, que no introduce en sus parámetros el legislativo.

⁽²³⁰⁾ J. SERRANO Y OTEIZA, *Novísimo Código de Comercio, anotado con la jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia hasta el presente año inclusive...*, Madrid, Alvarez Hermanos, 1885, pp. VII-IX. Años antes Manuel Durán y Bas, «*Fuentes del derecho mercantil español* cit. (n. 225), valoraba matizada pero positivamente el Código de 1829: «... como uno de los primeros códigos de su clase que se han publicado en nuestro siglo, son sus defectos de método, de redacción y de desenvolvimiento de las instituciones de derecho harto disculpables; como Código especial en medio de una legislación civil poco ordenada, bien merece alabanza por haber incluido sus disposiciones

Quienes, en línea semejante, defendían discretamente el Código de 1829 señalando su aceptable adaptación a las circunstancias vigentes al momento de su promulgación alegaban aún la buena acogida que la doctrina extranjera le había dispensado ⁽²³¹⁾. Pardessus, ensalzándolo respecto al francés, lo proclamaba el más perfecto de cuantos se habían elaborado; sus únicas críticas se centraban en la regulación procesal mercantil, y probablemente no hubieran sido formuladas de resultar posteriores a la promulgación de la ley de enjuiciamiento de 1830. Foucher y Saint-Joseph, autor el segundo de una conocida tabla de concordancias de legislación mercantil, opinaron como Pardessus a favor de un código que, cual el español, venía a ser considerado un descendiente fiel de la ley propia, a la que así cabían alguno de los elogios tributados al primero; pero el lector actual de las alabanzas ya sabe de sobra que el *Code de commerce* de 1807 resultaba, en términos absolutos, una pieza muy modesta en la política normativa napoleónica, perdiendo además, relativamente, en el cotejo con el texto español, elaborado teniendo en cuenta las críticas efectuadas a su modelo francés y los progresos de la jurisprudencia y la exégesis doctrinal del país vecino. Otras opiniones contemporáneas, mucho más matizadas en su entusiasmo por el Código de 1829, seguramente por dificultades idiomáticas no encontraron similar difusión ⁽²³²⁾.

Desconocidas, como hipótesis, éstas y poco valoradas aquéllas,

algunas que, aunque de derecho civil, han servido para fijar el derecho si no en todas a lo menos en las controversias originadas con motivo del cumplimiento de los contratos mercantiles; y como ley que satisfizo una necesidad social, es necesario reconocer que lo consiguió, pues antes de su aparición no había una legislación mercantil general y uniforme, y después de él quedó fijado el derecho que no puede estar incierto y vacilante en las relaciones a menudo de corta vida que engendra el comercio» (p. 304).

⁽²³¹⁾ Cfr. en particular, representativo de una amplia corriente de juicio que llega a nuestros días, Lorenzo ARRAZOLA y otros, *Enciclopedia española de derecho y administración, o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias*, IX, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1856, s.v. (sin firma, según regla de esta Enciclopedia) «Código de comercio», 304-318, pp. 313 y ss.

⁽²³²⁾ Así los artículos descriptivos de MITTERMAIER, *Das spanische Handelsgesetzbuch*, en *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* 2 (1830), 482-488; 3 (1831), 74-88; etc. Del mismo, *Das spanische Handelsgesetzgebung*, en *Kritische Zeitschrift* 6 (1834), 381-409, resumen en alemán de la ley de la Bolsa (1831).

lo cierto es que muy pocos años después de la entrada en vigor del Código comenzó un serio movimiento para su reforma ⁽²³³⁾.

Serio pero lento. Desde 1834 se sucedieron varias comisiones y trabajos encaminados a sustituir el Código de 1829 o al menos a lograr su reforma en los aspectos que la reclamaban más urgentemente, pero el nuevo Código no llegó hasta 1885, existiendo proyectos que jamás fueron aprobados. El dato fue esgrimido en la época como muestra de la innecesariedad de una alteración tan temprana en el derecho mercantil ⁽²³⁴⁾, lo que dudosamente cierto para la década de los 30, resulta aún menos ajustado para los años inmediatos, cuando la aparición del ferrocarril y sus exigencias de financiación, junto al inicio de actividades industriales y crediticias de corte moderno, convertía en marco jurídico anticuado la regulación ordenancista debida a Sáinz de Andino. En pocas palabras: la expansión y transformación económicas de que hablaba Linares Rivas pronto justificaron los intentos renovadores, pero la dificultad de llevarlos a buen puerto aconsejó la elaboración de las leyes especiales importantes (sociedades anónimas y de crédito, bolsa, ferrocarriles, minas...) que prepararon la transición hacia el nuevo cuerpo legal de 1885.

Aunque aceptáramos desde la consideración técnico-jurídica que preocupaba a los autores de la *Enciclopedia Española de Derecho y Administración* que en los años posteriores a la muerte de

⁽²³³⁾ Sobre el que informaron, cuando aún no se había concluido con la aparición de un nuevo código mercantil, Lorenzo DE ARRAZOLA y otros, *Enciclopedia* cit. (n. 231), s.v. «Código de comercio», pp. 314-318. Prologando el nuevo código, la mejor exposición del *iter* que condujo hasta él es la de Vicente ROMERO GIRÓN, *Código de comercio. Concordado con nuestra legislación anterior y con la extranjera, anotado con la jurisprudencia, exposición de motivos del proyecto y debates en la Comisión y en el Parlamento*, Madrid, Revista de los Tribunales, 1885, introducción en pp. 3-21; también Federico SOLER Y CASTELLÓ, *Código de comercio, comentado según las disposiciones del derecho civil y la jurisprudencia ... Precedido de una introducción histórica por ...*, Madrid, nueva imprenta y librería de San José, 1885, pp. xi-xxiv. En esta ocasión se atenderá preferentemente a la documentación conservada en el Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, legs. 9 y 10.

⁽²³⁴⁾ Lorenzo DE ARRAZOLA y otros, *Enciclopedia* cit. (n. 231), s.v. «Código de comercio», pp. 315-316.

Fernando VII no «estuviera justificada la necesidad de reformar el Código de comercio», hay que admitir, con todo, la incidencia de varias causas reunidas para demandar una revisión en profundidad del Código de Sáinz de Andino. Ya en fecha tan temprana como 1832 un órgano periódico de la burguesía madrileña señalaba en el Código graves omisiones, apuntando a un horizonte de reformas: «para que se tenga presente cuando se trate de adicionar la legislación mercantil y de introducir en ella algunas mejoras» (235).

Por eso, no es de extrañar que por Real Decreto de 13 de junio de 1834, primera medida dictada a tal objeto, se designara a Juan Gualberto González, Juan Alvarez Guerra, Angel Fernández de los Ríos y (como secretario) Salustiano de Olózaga como miembros de una comisión encargada de examinar el Código de 1829 y proponer un nuevo texto; la confianza en la rápida promulgación del Código civil, objeto de los trabajos de Cambroner y, tras la muerte (1834) de éste, de una comisión (29 de enero de 1834) integrada por Tapia, Vizmanos y otros (236), justificaba entonces la introducción en la legislación mercantil de cuantas modificaciones reclamase la codificación general.

A ese razonamiento confesado por el legislador se añadían otros, menos evidentes. En primer lugar, la virtualidad de las medidas liberalizadoras que pronto comenzaron a adoptar los gobiernos de la Reina Regente (237): libertad en el comercio de géneros de comer, be-

(235) *Boletín de comercio*, viernes 14 de diciembre de 1832, artículo (sin firma) «Cuestión comercial».

(236) Johannes Michael SCHOLZ, *Spanien*, importante capítulo sobre codificación civil en Helmut COING (Hrg.), *Handbuch* cit. (n. 20), III/I, München, Beck, 1982, pp. 491 y ss., especialmente pp. 494 y ss.

(237) Cfr. en general los datos y observaciones que ofrece Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *La obra legislativa y el desmantelamiento del Antiguo Régimen*, 143-193, en *Historia de España*, fundada por Ramón MENÉNDEZ PIDAL, dirigida por José María JOVER ZAMORA, XXXIV: *La era isabelina y el sexenio democrático (1834-1874)*, Madrid, Espasa-Calpe, 1981, particularmente pp. 181-187 sobre «la liberalización del tráfico económico».

ber y arder ⁽²³⁸⁾; arreglo de las asociaciones gremiales ⁽²³⁹⁾; libertad en el tráfico de granos ⁽²⁴⁰⁾ y de barrilla ⁽²⁴¹⁾; extinción de la Real Compañía de Filipinas y sus tradicionales prerrogativas ⁽²⁴²⁾; libertad en el comercio de vinos, con extinción de gremios de cosecheros ⁽²⁴³⁾. A estas medidas iniciales se unían otras ya conocidas, que ganaron nueva vigencia en los meses de fugaz restablecimiento de la Constitución de 1812: decreto de las Cortes doceañistas sobre libre establecimiento de fábricas y ejercicio de cualquier industria útil ⁽²⁴⁴⁾; orden facultando al Gobierno para permitir la celebración de ferias y mercados ⁽²⁴⁵⁾. La entrada en vigor del Código de comercio no había acarreado la cancelación del sistema previo de privilegios, que fue lográndose como vemos a golpe de decreto y paso a paso: «No quiero decir que se multipliquen las ordenanzas y los reglamentos», escribía un articulista en 1833, «sino que bastaría una ley dero-

⁽²³⁸⁾ Real Decreto de 20 de enero de 1834, en *Decretos de Isabel II*, 19, Madrid, 1835, pp. 28-30, con referencia en su art. 7 al Código de comercio: gozarían del estatuto legal de comerciantes, a todos los efectos, quienes traficasen en estos géneros.

⁽²³⁹⁾ Real Decreto de 20 de enero de 1834, en *Decretos cit.* (n. 235), pp. 26-28; tras abolir fueros privilegiados el art. 1, el art. siguiente salvaguardaba la integridad de la jurisdicción de comercio: «Esta disposición no es aplicable a las obligaciones mercantiles entre partes, de las cuales, con arreglo al Código de Comercio, conocerán los Tribunales del ramo, donde los haya». Cfr. aún *Boletín de comercio*, 25 de junio de 1833, «Sobre corporaciones gremiales»: a la industria «sólo le conviene una libertad absoluta, conforme a su naturaleza». La abolición de los gremios es capítulo final de Pedro MOLLAS, *Los gremios barceloneses del siglo XVIII. La estructura corporativa ante el comienzo de la Revolución industrial*, Madrid, Confederación Española de Cajas de Ahorro, 1970, pudiéndose cotejar nuestro caso con otros: Andreas BARYLI, *Konzessionsystem contra Gewerbefreiheit. Zur Diskussion der österreichischen Gewerbe-rechtsreform, 1835 bis 1860*, Frankfurt/Main etc., Peter Lang, 1984.

⁽²⁴⁰⁾ Real Decreto de 29 de enero de 1834, en *Decretos cit.* (n. 238), pp. 40-43.

⁽²⁴¹⁾ Real Orden de 6 de marzo de 1834, en *Decretos cit.* (n. 238), p. 130.

⁽²⁴²⁾ Real Decreto de 6 de septiembre de 1834, en *Decretos cit.* (n. 238), pp. 374-376; ya en el Trienio sufieron los privilegios de la Compañía: cfr. Carlos PETIT, *Amos, sirvientes y comerciantes cit.* (n. 179).

⁽²⁴³⁾ Real Decreto de 25 de febrero de 1834, en *Boletín de comercio*, 25 de febrero de 1834. Su art. 3 suprimía los impuestos que percibían las hermandades de cosecheros.

⁽²⁴⁴⁾ Real Decreto de 6 de diciembre de 1836, en *Decretos de Isabel II*, 21, Madrid, 1837, p. 563.

⁽²⁴⁵⁾ Decreto de las Cortes de 29 de mayo de 1837, en *Decretos de Isabel II*, 22, Madrid, 1837, p. 276.

gatoria de los particulares privilegios, de las compañías exclusivas, y que dejase amplitud para crear recursos nuevos... He aquí los pocos y esenciales elementos que la industria necesita para salir de su languidez: seguridad en las personas, respeto a las propiedades, libertad de negociar, y moderados derechos. Desgraciado el pueblo que no logra este bien incomparable, y feliz aquel que deba estos cuidados a la previsión de su gobierno» (246).

Mas no sólo como respuesta necesaria a un panorama cambiante, bajo el signo del liberalismo económico, a comienzos del reinado de Isabel II podía reclamarse el remozamiento o la sustitución del Código. Más que por esta clase de normas, que en su fragmentación ya tenían precedentes a finales de la Década absolutista (247), la muy crítica opinión de los interesados recomendaba reformar el Código de comercio. En efecto: instalada, en el Ministerio de Gracia y Justicia, la comisión revisora, una Real Orden de 16 de julio de 1834

(246) Artículo sin firma «Protección de la industria», en *Boletín de comercio*, 21 de mayo de 1833; idem, 28 de mayo de 1833, «Necesidad de fomentar el espíritu de asociación»: «si el gobierno deja a la clase industriosa en libertad de negocios y de obrar sin perjuicio de tercero; si hace que se dé a cada uno lo que es suyo pronto y de buena fe; si se fomenta el espíritu de asociación para que hermanados los capitales e intereses de muchos puedan abrazar grandes empresas; y si hace desaparecer los privilegios especiales, y deroga las necias pretensiones de los que aspiran al monopolio y exclusivo provecho; el genio emprendedor, ya bastante animado, se desarrollará más y más ...»; idem, 21 de junio de 1833, «Sobre la utilidad de los Bancos»: «... las corporaciones privilegiadas no sólo no son ya necesarias para objeto alguno de utilidad común, sino que deben ser altamente injuriosas a todas las clases y en especial a la mercantil. Lo que ésta necesita para florecer no son ciertamente privilegios exclusivos, sino por el contrario, imparcialidad en el depositario de las leyes; aquella protección que éstas deben dispensar al derecho de propiedad ...»; idem, 1 de marzo de 1833, con una exposición dirigida por Miguel Bravo, de Madrid, a Fernando VII, quejándose del defectuoso servicio de la compañía privilegiada de las diligencias a Andalucía: conviene no olvidar, pues resaltará su arcaísmo en el contexto aportado por estos testimonios, que el Código de comercio conocía aún la vieja figura de la sociedad favorecida con privilegios, estableciendo para tal caso la aprobación real (art. 294). Cfr. además Javier DE BURGOS, *De la libertad del comercio*, en *Revista de Madrid*, 3ª serie, 1 (1841), 28-43, pero sin referencias al Código.

(247) Real Orden de 14 de enero de 1831, declarando libre el comercio de limones y naranjas en todo el Reino; Real Orden de 5 febrero de 1831, declarando vigente el Real Decreto de 30 de julio de 1816, sobre libre venta de vinos en el Reino. Ambas medidas en *Decretos de Fernando VII*, 16, Madrid, 1832, pp. 6-7 y 105.

establecía que los tribunales mercantiles hiciesen llegar sus observaciones sobre el Código de 1829 y los problemas prácticos seguidos de su aplicación. Con más o menos retraso — Pamplona se quejaba de la incidencia de la guerra carlista; Valencia y Zaragoza, del cólera morbo — las respuestas fueron acumulándose en manos de las sucesivas comisiones y hoy nos son conocidas en el Archivo de la Comisión General de Codificación ⁽²⁴⁸⁾; su lectura nos confirma la escasísima estima en que las instituciones consultadas tenían el Código con el que cotidianamente trabajaban. A pesar de sus méritos, opinaba por ejemplo el tribunal mercantil de Alicante en 1835, «no dejan de encontrarse, ya principios abstractos que pueden dejar abierta la puerta al arbitrio judicial, ya algunas contradicciones, ya finalmente artículos coercitivos que sin utilidad del comercio ni de la severidad de la disciplina mercantil, atacan la libertad de la benemérita clase que se dedica a esta profesión de disponer de la parte de su fortuna sin perjuicio de tercero». El juzgado mercantil de Barcelona preparó en su contestación (de 29 de julio de 1835) un ataque en toda regla: varias comisiones e individuos considerados expertos, amén del letrado consultor, trabajaron el asunto; hasta llegaron a remitirse unos «Materiales que preparaba el Asesor del Real Consulado de Barcelona, D. Juan Ferrer y Albareda, para un proyecto de código de comercio». Como Alicante, Barcelona se dolía de la prolijidad y vocación reglamentista del Código de 1829 («El Código de Comercio debiera limitarse a los casos más esenciales y generales, y a los actos más precisos de lo contencioso, sin mezcla de cosa alguna puramente reglamentaria», «el ejercicio del comercio por su esencia es el que requiere mayor libertad en los ramos útiles y permitidos, y el Código de que tratamos pudiera más bien llamarse Código penal que Código de Comercio»), descendiendo además a una multitud de observaciones particulares que ahora no nos interesan; muy duro era también el juicio que merecía en Barcelona la ley procesal mercantil («Según ha acreditado la experiencia, la actual ley de enjuiciamiento es el golpe más fatal que ha recibido el comercio de buena fe, y debe derogarse en todas sus partes, supliéndola con otra ley más sencilla y expedita que esté en armonía con el Código reformado») y

(248) Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, legajo 9.

el dictamen sobre el libro de obligaciones y contratos, aunque en este supuesto la crítica señalaba el defecto de código civil («la mayor parte» — de los artículos 361 y ss. — «pertenecen al Código civil, no debiendo ser objeto del de comercio sino las diferencias que importen las ventas mercantiles; otros son reglamentarios y tampoco deben formar parte del Código»).

Junto a la prolijidad del legislador de 1829, que se traducía en fallos de técnica, excesos ordenancistas y falta de libertad para los comerciantes, dos cuestiones de ámbito general aparecen con frecuencia en los informes. La obligatoriedad de la matrícula de comercio era uno de esos puntos tachados de inconvenientes; en las reglas correspondientes, se decía, brillaba la obsesión policial con que Sáinz de Andino había elaborado su Código. Era el tradicional motivo de queja de Bilbao ⁽²⁴⁹⁾; pero la crítica a la matrícula presentaba contenidos diversos: en Barcelona se proponía por «algunos individuos de su matrícula» una complicada solución de resabios antiguos, consistente en clasificar a los comerciantes en cuatro clases, relegando absolutamente a los minoristas; aunque el tribunal mercantil se oponía más decididamente a la matriculación («cualquier persona que a tenor de éstas» — las leyes civiles — «se halle con capacidad legal o en libre ejercicio de sus derechos, no debiera quedar privado de comerciar ni sujeto a inscribirse en matrícula alguna»).

La segunda observación de alcance general, ahora con tonos más uniformes, iba referida a la jurisdicción de comercio. La implantación desigual de los juzgados mercantiles, con la consiguiente competencia de los ordinarios en su defecto (respuesta de Jerez de la Frontera, 4 de noviembre de 1834) y las apelaciones a la justicia ordinaria previstas por la ley (art. 1180 del Código) («en lugar de pasar las 2^{as} y 3^{as} instancias a las Chancillerías y Audiencias», opinaba Barcelona, «sería oportuno que en los mismos tribunales de comercio se erigieran salas de 2^a y 3^a instancia en los de primer orden, donde

(249) Interesa la exposición del Consulado (que así sigue titulándose el tribunal de comercio de la villa cantábrica) a la reina María Cristina, de 28 de noviembre de 1832. Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 9. El texto, junto con la ya aludida documentación sobre el pase foral al Código, lo publico en *Oposición foral al Código de comercio (1829)* cit. (n. 217).

podrían pasar las apelaciones de los de 2^o y 3^o orden»; «El art. 1180», para Zaragoza en su escrito de 24 de diciembre de 1834, «conceptúa el Tribunal que es tal vez el que más variación exige»), eran puntos que recibieron unánime repulsa.

La regulación del derecho cambiario y del concursal fue, en fin, nuevo caballo de batalla para unas instituciones que llegaron a proponer como deseable la rápida sustitución de un Código apenas vigente hacía sólo cinco años. En palabras del licenciado Luis María de la Sierra, evacuando dictamen a petición del tribunal de Santander (30 de mayo de 1835): «Sólo diré que es indispensable formarle (el nuevo código mercantil), porque no basta rectificar el formado, tan lleno de defectos que apenas tiene un artículo que más o menos no pueda ser justamente censurado... No propongo mejoras, porque lo considero inútil, demostrando los errores».

Tras lo anterior caben pocas dudas de que si los redactores de la *Enciclopedia Española...* consideraban, en 1856, precipitada la reforma iniciada en 1834, en esos años 30 responsables del panorama jurídico e institucional de España a lo largo del siglo XIX — los años detonantes de la revolución burguesa, con desamortización, desvinculación y construcción administrativa del Estado — el aprecio por el Código era inexistente. Su técnica defectuosa y su filosofía rigorista parecían obsoletas a un lustro de haber entrado en vigor.

La comisión de 1834, instalada en el Ministerio de Gracia y Justicia, sometió el Código a una minuciosa lectura, anotando un sinfín de correcciones en los no demasiados meses que duró su funcionamiento (se celebraron sesiones desde el primero de julio de ese año hasta el 17 de noviembre de 1835).⁽²⁵⁰⁾ En la cambiante Administración de la época era todo menos infrecuente el baile de ministerios y el paso de oficinas de una a otra secretaría⁽²⁵¹⁾, resintiéndose con ello su funcionamiento; pero podían jugar además, para obstaculizar el trabajo regular de los juristas asesores, razones de mayor peso, como la inicial indefinición del procedimiento a seguir

⁽²⁵⁰⁾ Copia de las actas de la comisión en Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 9.

⁽²⁵¹⁾ Cfr. los datos de José María GARCÍA MADARIA, *Estructura de la Administración Central (1808-1931)*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1982, pp. 95 y ss., pp. 300 y ss.

en la elaboración y tramitación parlamentaria de las grandes leyes que se necesitaban, aunque pronto, y de manera decisiva, la solución gaditana — participación de las Cortes en la confección de los códigos — cedió el protagonismo a la iniciativa gubernamental y al sistema de comisiones de técnicos ⁽²⁵²⁾.

La que ahora nos interesa cesó por Real Orden de 31 de mayo de 1836. De nuevo la referencia oficial a un Código civil, con cuyo contenido convenía armonizar la reforma del de comercio, fue esgrimida para disolver la comisión y enviar sus papeles a la Sección de Comercio y Ultramar del Ministerio de Marina, donde por Orden de 29 de noviembre de 1837 otra comisión se encargó de los trabajos. Utilizando la intensa labor realizada desde 1834 y las propuestas de tribunales y juntas de comercio llegó a elaborarse un proyecto de código en 429 artículos, que fue publicado ⁽²⁵³⁾. Por los papeles que dejó este

⁽²⁵²⁾ Cfr. en general FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Aspectos generales del proceso de codificación en España*, en *Códigos y Constituciones (1800-1978)*, Madrid, Alianza, 1989, 9-30; el testimonio de la época en LORENZO DE ARRAZOLA y otros, *Enciclopedia*, IX cit. (n. 231), s.v. «Codificación», especialmente pp. 263 y ss. Contra la elaboración parlamentaria de los códigos escribía en esos años JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *Códigos. Su formación. Su discusión*, en *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, 1 (1836), 115-121. Y para un ejemplo transatlántico, relacionado precisamente con el derecho mercantil: VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad e ideas jurídicas*, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad (Instituto Ricardo Levene), 1977, pp. 330-332.

⁽²⁵³⁾ *Proyecto del Código mercantil de España, formado por la Comisión nombrada en real orden de 1 de diciembre de 1837*, Madrid, Imprenta de Ferrer y Compañía, 1839; aparecen firmando este proyecto, como comisionados, Pedro de la Puente, Conde de Casa-Puente (comerciante, presidente), Félix Ruiz de Fortuni (capitán de fragata), Juan Miguel de los Ríos (catedrático de Jurisprudencia Mercantil en la Universidad de la Corte) y Manuel Gastero Serrano (abogado, secretario). En el Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 9, n. 9, existe un manuscrito titulado «Proyecto de Código Mercantil. Redactado por la Sección de Comercio y Ultramar del Ministerio de Marina al tenor de lo que aparece de los acuerdos o actas de una Comisión nombrada a este efecto por Real Decreto de 13 de Junio de 1834 la cual no concluyó este trabajo por haber sido suprimida en virtud de Real Orden de 31 de Mayo de 1836. Año de 1837»; otro ejemplar en el leg. 10. Se trata una primera versión en 452 artículos, redactada en el Ministerio y luego revisada por el grupo de Casa-Puente, Ruiz de Fortuni, de los Ríos y Gastero (en el Archivo cit., leg. 10, se conservan las actas de sus sesiones, desarrolladas de 9 de diciembre de 1837 a 4 de mayo de 1838), que difiere bastante de la publicada: si a veces se trata de una simple diversa re-

intento sabemos que los recientes cambios políticos actuaban como motivo constitucional; la Reina Gobernadora, en cualquier caso, había prometido presentar el nuevo texto a las Cortes en el discurso de apertura de sesiones de 19 de noviembre de 1837 ⁽²⁵⁴⁾.

No me atrevo a valorar la sinceridad con que se afirmaba que el régimen representativo, ya definitivo en España, obligaba a reformar profundamente leyes del reinado absoluto de Fernando VII; con toda probabilidad se esgrímía el tópico de los cambios necesarios para presentar innovaciones legislativas cuyas causas, según se ha visto, se encontraban en otras instancias que las políticas. Salvo en el supuesto particular de los juicios de conciliación, en que se planteó, resolviéndose a favor de la Constitución de 1812 (Decreto de 28 de mayo de 1837), el choque entre su art. 282 (conciliación ante los alcaldes) y el art. 1206 de Código de comercio (conciliación ante prior, o comerciante allí donde no hubiera tribunal mercantil) ⁽²⁵⁵⁾, el

dación, en otras ocasiones — así el mantenimiento del sistema de autorización de las anónimas a cargo de los tribunales de comercio (art. 86), o la eliminación de tales tribunales a favor de la justicia ordinaria (art. 444: «El conocimiento de las causas y negocios mercantiles toca en primera instancia a los jueces de partido dentro de su respectivo territorio, y en la segunda y tercera a las Audiencias a que los mismos pertenecen», con el consiguiente desajuste respecto al citado art. 86; el asunto provocó debates desde las primeras sesiones de la comisión revisora: acta de 8 de enero de 1838) — las diferencias son notables. Aquí utilizo preferentemente el proyecto impreso en 1839.

⁽²⁵⁴⁾ Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 10. En consulta que eleva el Ministro de Marina, Xavier de Ulloa, a la Reina Gobernadora a 29 de noviembre de 1837, expone la necesidad de «la formación de un nuevo código mercantil análogo a nuestras actuales instituciones, pues el que rige fue sancionado en 30 de Mayo de 1829».

⁽²⁵⁵⁾ Diario de Sesiones (1837), 30 de abril de 1837, p. 3115; V. 27 de mayo de 1837, pp. 3678-3685; la norma aprobada en *Decretos de Isabel II*, 22, Madrid, 1837, pp. 276-277. La referencia más directa a la relación entre Constitución y Código, además de un juicio no muy positivo sobre el segundo, la dio Olózaga — como se sabe, uno de los comisionados de 1834 — en un discurso favorable al mantenimiento de los jueces avenidores previstos en el art. 1206: «Cuando se publicó la Constitución del año 12 en el mes de Agosto anterior (...) ¿Se quiso acaso que ya que existía un Código, aunque con faltas notables y bien conocidas de alguno de los señores que en este momento me escuchan, dejase de existir dicho Código, que al menos tiene la ventaja de estar ordenado metódicamente y de formar un todo capaz de ser estudiado y entendido por los comerciantes y los que no lo son, que tengan interés en conocer las leyes mercantiles?», p. 3679. Sobre este punto puede verse aún FRANCISCO FORNER, *De los juicios de*

texto constitucional y el de comercio presentaban pocos lugares de encuentro, ajustándose uno y otro a los fundamentos de la sociedad burguesa que se consolidaba. Pero la crítica de las instituciones judiciales mercantiles, entre otras voces que reclamaban la reforma, se encontraba presente; también, un proceso profundo de desamortizaciones que iniciaba un panorama de transacciones económicas con las que pronto desentonaría el Código.

Faltando, como es ya habitual para estos temas, análisis y reflexiones sobre el proyecto publicado en 1839, sólo procede ahora presentar algunas líneas con su más general descripción. Desde el punto de vista sistemático, el proyecto sigue fielmente el modelo ofrecido por el Código de 1829, respetando su división en libros y las mismas rúbricas de éstos, de sus títulos y secciones, sin otras modificaciones que las exigidas por la refundición, en un mismo título o sección, de varios de los apartados originales; la identidad sistemática lleva a la omisión de materias que faltaban en el texto de 1829 y podían, diez años más tarde, haberse tenido en consideración, como lo referente a la Bolsa, regulada en 1831 (cfr. art. 8 del proyecto, remitiendo a un reglamento especial), seguros de vida e incendio y sociedades industriales.

El número de artículos de uno y otro texto es muy desigual, presentando el proyecto menos de la mitad que el Código de Sáinz de Andino; la refundición aludida, la supresión de las definiciones negativas frecuentes en ese Código (que establece tanto quién puede ejercer el comercio como quién está inhabilitado para hacerlo; quién puede ser corredor y quién no, etc.) y la eliminación, mediante remisiones a futuros reglamentos (cfr. art. 46, arts. 414 y 425 del proyecto), de los preceptos más directamente organizativos en el tratamiento de algunas instituciones permitieron en 1837-1839 corregir la extensión considerable de nuestra primera ley comercial. La proximidad con que se veía oficialmente la promulgación de un Código ci-

conciliación sobre negocios de comercio (consulta), en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 16 (1860) 334-338, un dictamen sobre los arts. 7 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil y 204 de la civil; al decreto de mayo de 37 se critica que no contuviese normas derogatorias de la primera, con lo que «se hubieran evitado los conflictos a que se ha dado lugar en algunos casos, y más ahora con la publicación del Código de procedimientos civiles» (pp. 334-335)

vil facilitaba además la reducción de artículos, al suprimirse del proyecto todo aquello que debiese ser materia del derecho común codificado ⁽²⁵⁶⁾.

El punto fundamental de la matrícula diferenciaba Código y proyecto: mientras el primero establecía su existencia y obligatoriedad, dependiendo, en buena medida, de la inscripción la adquisición de la condición mercantil, el segundo seguía más decididamente el sistema objetivo, al no recoger la matriculación en la definición legal de comerciante ⁽²⁵⁷⁾. Las reglas sobre formación y llevanza de la matrícula desaparecen, así, del proyecto, sin que su previsión de un padrón general de comerciantes, carente de otros efectos que los necesarios para la designación de los magistrados mercantiles, tuviese tal alcance ⁽²⁵⁸⁾.

La supresión de la matrícula no se traducía en alteraciones a la hora de delimitar la mercantilidad de los contratos, pues el proyecto

⁽²⁵⁶⁾ Singularmente, la reducción afectó al título sobre obligaciones mercantiles: los arts. 234-263 de 1829 pasaron a ser sólo tres (arts. 75-77) diez años más tarde. También se eliminaban los prolijos artículos (arts. 196-202) destinados a regular la relación entre factores y comerciantes, mediante remisión a las leyes «que el derecho civil establece para los domésticos» (art. 60 del proyecto).

⁽²⁵⁷⁾ «Son comerciantes los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se ocupan ordinariamente en actos mercantiles» (art. 1); «el ejercicio habitual del comercio se supone para los efectos legales desde que la persona que se dedica a la profesión mercantil se ocupa realmente en actos de esta misma especie» (art. 2). Y recordemos lo establecido en 1829: «Se reputan en derecho comerciantes, los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes, y tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando en él su estado político» (art. 1); «el ejercicio habitual del comercio, se supone para los efectos legales, cuando después de haberse inscrito la persona en la matrícula de comerciantes, anuncia al público por circulares, o por los periódicos, o por carteles, o por rótulos permanentes espuestos en un lugar público, un establecimiento que tiene por objeto cualquiera de las operaciones que en este Código se declaran como actos positivos de comercio, y a éstos anuncios se sigue que la persona inscrita se ocupa realmente en actos de esta misma especie» (art. 17).

⁽²⁵⁸⁾ Proyecto de Código mercantil, art. 7: «En cada provincia se formará un padrón general de los individuos que se dediquen en ella al comercio, del cual se publicará una copia auténtica y otra se circulará a las demás». Cfr. art. 421: «Los tribunales de comercio se compondrán de un Prior, cuatro Cónsules y dos Sustitutos de Cónsules, todos españoles, mayores de treinta años, comerciantes por mayor, inscritos en el padrón general de comercio y con tres años de vecindad».

aceptaba la fórmula híbrida del legislador de 1829 (invocación de la profesión mercantil de las partes y de la mercantilidad objetiva del acto). Pero en esta materia contractual (libro II), además de la drástica disminución del número de artículos originales, se registraban importantes novedades. En lo que se refiere a sociedades, el proyecto mantenía los tipos consagrados en el Código, pero se apartaba de su regulación fijando un original régimen de responsabilidad de los socios en la colectiva ⁽²⁵⁹⁾; faltaba la previsión de las comanditarias por acciones (cfr. arts. 78 y 83), admitidas sin embargo por Sáinz de Andino (art. 275); y sobre todo: en 1837-1839 se guardaba un silencio total sobre el sistema de autorización de las sociedades anónimas (cfr. arts. 85 y 86 del proyecto), que, sin embargo, no habrían de resultar de libre creación cuando el art. 13, de la sección sobre registro mercantil, ordenaba que «en la inscripción y publicación de las compañías anónimas se insertarán a la letra los reglamentos aprobados por la autoridad competente para su régimen y gobierno». La compraventa mercantil aumentaba considerablemente su ámbito al omitirse el catálogo de exclusiones contenido en el art. 360 de 1829 ⁽²⁶⁰⁾. En materia de préstamos desaparecía la tasa del interés aún presente en el Código de Sáinz de Andino (art. 398: un 6%); la regulación cambiaria era una versión resumida del sistema anterior, con inclusión eventual de reglas que no recogió el codificador de 1829 ⁽²⁶¹⁾.

⁽²⁵⁹⁾ Art. 82: «Solamente podrán hacer operaciones en nombre de la compañía mercantil colectiva los socios que lleven la firma, o los espresamente autorizados, todos los cuales quedarán obligados *insolidum* a las resultas que produzcan: los demás socios lo estarán únicamente con el haber que hayan puesto en ella», en relación al art. 267 de 1829: «Todos los que formen la sociedad mercantil colectiva, sean o no administradores del caudal social, están obligados solidariamente a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la sociedad, bajo la firma que ésta tenga adoptada, y por persona autorizada para la gestión y administración de sus negocios». Cfr. Carlos PÉRRIT, *La compañía mercantil* cit. (n. 42), p. 203.

⁽²⁶⁰⁾ La única exclusión expresa aparece en el art. 101 del proyecto, *in fine* (añadido al tenor del art. 359 del Código de Sáinz de Andino, allí reproducido): no será mercantil la compraventa efectuada por los artesanos del producto de su trabajo.

⁽²⁶¹⁾ Así, se elimina la prohibición de girar letras sobre la misma plaza de emisión contenida en el art. 429 del Código; Bruno AGUILERA-BARCHET, *Historia de la letra de cambio* cit. (n. 29), p. 443, considera que el proyecto mantenía las exigencias del art. 429, pero, a la vista del apéndice legislativo que incluye en pp. 948-955, la confusión es

En el libro (III) del comercio marítimo el proyecto presentaba la innovación de todo un título (el quinto, «de la prescripción en las obligaciones peculiares del comercio marítimo») ⁽²⁶²⁾; el dedicado al derecho concursal (IV), la de simplificar la clasificación de los quebrados, con desaparición de la suspensión de pagos y el alzamiento (art. 351, en relación al 1002 del Código); pero mayores modificaciones correspondían al libro final, «De la administración de justicia en los negocios de comercio». Recogiendo una de las críticas fundamentales al Código del 29, la competencia de los tribunales de comercio se extendía a la segunda y tercera instancia (art. 416), a cuyo efecto aumentaba a cuatro el número de cónsules que los compondrían (art. 421, en relación al art. 1183 de Sáinz de Andino); mayor margen se concedía además a la institución del arbitraje (arts. 412 y 413). Nada estaba dispuesto sobre la presencia de consultores y escribanos, pero ésta sería materia del reglamento de tribunales mercantiles que se alude en los arts. 414 y 425. Y una diferencia final: si en 1829 la ley procesal mercantil se pensaba con carácter provisional, es decir, en tanto no fuera promulgado un código de procedimientos que se extendiera *también* a los asuntos de comercio, en 1839 la codificación separada de los procedimientos mercantiles resultaba un dato irreversible ⁽²⁶³⁾.

debida a que el autor conoce el texto que obra en el Archivo de la Comisión General de Codificación, diferente — como ya sabemos — al finalmente adoptado y publicado (cfr. para este punto art. 128, versión recogida por AGUILERA-BARCHET, pp. 948-949, y art. 123 ed. de 1839). También falta en el proyecto la previsión subjetiva del art. 434 del Código de comercio («No siendo comerciantes los libradores o aceptantes de las letras de cambio se considerarán éstas en cuanto a los que no tengan aquella cualidad simples pagarés, sobre cuyos efectos serán juzgados por las leyes comunes en los tribunales de su fuero respectivo, sin perjuicio del derecho de los tenedores a exigir el importe de estas letras, conforme a las reglas de la jurisprudencia mercantil de cualquiera comerciante que haya intervenido en ellas...»).

⁽²⁶²⁾ Por cierto, del proyecto desaparecía el título con «Disposiciones generales sobre la prescripción de los contratos mercantiles» del Código de Sáinz de Andino (arts. 580-582).

⁽²⁶³⁾ Art. 420: «Una ley especial de sustanciación de los juicios mercantiles arreglará las actuaciones de éstos, que serán siempre breves y sumarias, fundándose en las bases de verdad sabida y buena fe guardada»; art. 1219 del Código de Sáinz de Andino: «En cuanto al orden de instrucción y sustanciación en todos los procedimientos e instancias que tienen lugar en las causas de comercio, se estará a lo que prescriba el Código de en-

En resumen, se trataba de una puesta a punto del Código de 1829, que no hubiera reportado muchas ventajas. La extensión de la jurisdicción de comercio y la modificación del régimen de matrícula son los principales aspectos positivos, pero frente a ello el balance en materia contractual, singularmente societaria, es muy pobre. El cotejo detenido de Código y proyecto, aquí improcedente, confirmará con seguridad mis impresiones.

Las dudas existentes sobre la tramitación parlamentaria de los códigos, explicables (oficialmente) por la bisonñez del sistema representativo, aconsejó que al tiempo de impulsarse el proyecto que queda presentado se fuera elaborando una ley de medidas urgentes en reforma del Código de 1829. «Convencida Su Majestad», se diría contemporáneamente ⁽²⁶⁴⁾, «de que sería muy difícil que éstas (*las Cortes*) se puedan dedicar a la discusión del gran número de artículos de que necesariamente se compone, lo que requiere mucho tiempo, y conviniendo a los intereses del comercio que no se dilate la rectificación y aclaración que con urgencia necesitan varios artículos del código vigente, tuvo a bien mandar por Real Decreto de 24 de octubre de 1838 ⁽²⁶⁵⁾ que una comisión se encargase de hacer un proyecto de ley que contuviese las indicadas variaciones que fuesen urgentes». Esa comisión, integrada por el Conde de Casa Puente, Manuel Alonso Viado, Antonio Guillermo Moreno, Francisco Acebal y Arratia y Francisco López Olavarrieta, algunos de los cuales no aceptaron el cargo, se demostró además poco activa, por lo que la Real Orden de 26 de agosto de 1839 creó otra con los mismos Moreno y Acebal, más Manuel Careaga, letrado consultor del tribunal mercantil de Bilbao, y Carlos Espínola, del Ministerio de Marina, elaborándose efectivamente el proyecto legislativo deseado ⁽²⁶⁶⁾.

juiciamiento, rigiendo entre tanto una ley provisional que promulgaré sobre esta materia».

⁽²⁶⁴⁾ Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 10. Es la minuta de un oficio, dirigido al Ministro de Gracia y Justicia, dando noticias sobre los pasos dados en la reforma de la legislación mercantil; está fechada a 26 de febero de 1840.

⁽²⁶⁵⁾ *Decretos de Isabel II*, 24, 2ª ed., Madrid, 1846, pp. 550-553.

⁽²⁶⁶⁾ La documentación pertinente en el legajo citado en la nota 264; el proyecto, que no era directamente conocido, queda recogido como apéndice a continuación de estas

A la razón parlamentaria aludida se unía la generalidad de las quejas contra el Código vigente para reclamar su reforma provisional. La revisión de ese Código inauguró una catarata de agravios de las instituciones consultadas, «aprovechada entonces la oportunidad para quejarse todos amargamente y clamar por la más pronta cesación de los daños y perjuicios que sentía el comercio, por los defectos que la experiencia había demostrado en el Código mercantil de 30 de Mayo de 1829»⁽²⁶⁷⁾.

La ley proyectada abarcaba 24 artículos, el último propiamente una disposición derogatoria. Su lectura es interesante, pues se apartaban, a veces llamativamente, de las reglas contenidas en el proyecto de Código mercantil contemporáneo, revelando al especialista actual una situación de perplejidad, de confluencia de varias líneas de reforma, que no contribuyó desde luego al éxito final del intento. Así, la ley provisional mantenía la matrícula de comercio (y a cargo de los tribunales mercantiles) (arts. 1 y 2), cuando el proyecto de 1837-1839 venía a eliminarla, o suprimía la necesidad de la conciliación en lo mercantil (art. 21), recogida sin embargo en aquél. En otras ocasiones, como en materia cambiaria (arts. 7: eliminación de la distancia local; art. 8: definición objetiva de los actos cambiarios), las previsiones del proyecto de ley se situaban en la línea del articulado del proyecto de código; lo mismo sucedía en los preceptos sobre la competencia funcional de la jurisdicción de comercio (arts. 19 y 20, extendiéndola a la segunda y tercera instancia). Las coincidencias entre la ley de reforma provisional y el Código mercantil llegaban en algún caso a ser literales (art. 23 de la primera en relación al 417 del segundo).

A la espera de los informes pertinentes — consultas elevadas a otros Ministerios, al Tribunal Supremo y a los juzgados y juntas de comercio — los dos proyectos, ley y código, fracasaron en su camino

páginas. Sobre las reformas en cuestión se muestran bien informados los autores de la *Enciclopedia* cit. (n. 231), s.v. «Código de comercio», pp. 316-317.

⁽²⁶⁷⁾ Legajo 10 cit. Del oficio de remisión del proyecto de ley provisional de reforma, a 6 de diciembre de 1839. Por cierto, el texto del proyecto está datado a 6 de diciembre de 1840; se trata de un error material (¿de algún copista posterior?), pues en el oficio citado de 1839 se alude a la creación de la comisión «por Real Orden de 26 de agosto último», es decir, el mismo año 1839.

hacia las Cortes; no obstante la impresión favorable que causó en los interesados el fruto de estos intentos de reforma del Código de 1829 ⁽²⁶⁸⁾, el inicio de la década moderada contribuyó a sepultar una iniciativa impulsada por los progresistas.

A partir de los años 40 la imposibilidad práctica de renovar el Código, cada vez menos adecuado — diría Aureliano Linares — a una sociedad «que no era la suya», vino a resolverse en la proliferación de grandes leyes especiales. La legislación mercantil extravagante era, a un tiempo, garantía de permanencia del Código y certificado de su inadecuación, pues motivada por lo segundo, alejaba al menos la necesidad de sustituir el viejo Código por otro. Así, el valor simbólico del Código se mantenía: el sistema de derecho mercantil elaborado por una muy discreta doctrina, que no aspiró siquiera a su verdadera exégesis ⁽²⁶⁹⁾, pudo basarse en el texto de Sáinz

⁽²⁶⁸⁾ Estos informes, fechados entre 1841 y 1844, en Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 10. Las opiniones eran favorables, limitándose los consultados con frecuencia a salvar meros errores en la redacción del proyecto publicado en 1839. Así, un tribunal mercantil de importancia, cual el de Bilbao, opinaba en 1841: «...Corto es el plazo que ha tenido el tribunal para un examen de tanta importancia, pero afortunadamente ha encontrado el proyecto libre de las torpezas y hasta indecorosas obligaciones que exige el Código vigente, las cuales nunca fueron bien recibidas por los hombres de probidad dedicados a esta profesión, pues dominando en muchas leyes suyas un espíritu de desconfianza y recelo, no trataron éstas tanto de precaver abusos, como de presentar a la clase mercantil con decidida inclinación al fraude y al engaño. El proyecto del nuevo Código no sólo es más mercantil y justo, sino más practicable...».

En el mismo Archivo, leg. 14, se conserva el informe (26 de noviembre de 1841) del Tribunal Supremo sobre el proyecto de ley de reforma parcial del Código; este proyecto era enjuiciado críticamente, opinándose que resultaba preferible impulsar la aprobación por las Cortes del nuevo Código a introducir momentáneas y parciales alteraciones en el antiguo: «Por lo que queda, pues, manifestado, el dictamen del Tribunal Supremo es en resumen que no debe tratarse más del proyecto de ley provisional que se le ha remitido y devuelve; que lo que conviene es promover con toda eficacia la más pronta aprobación o provisoria plantificación del nuevo proyecto de Código mercantil que se halla ya preparado; y que en el caso de que el Gobierno, sin embargo de este parecer, estimase necesario o conveniente proponer a las Cortes dicha ley provisional, sea ésta reducida a los artículos 4, 6, 7, 12, 13, 17 y 24 en los términos que el Tribunal deja expuestos». Autorizada opinión que influiría en el fracaso de la iniciativa.

⁽²⁶⁹⁾ Gerónimo FERRER Y VALLS, *Tratado elemental, teórico-práctico de relaciones comerciales, arreglado a lo prevenido en el Código de comercio*, Madrid, Tomás

de Andino, mientras la jurisdicción mercantil especial, activa y eficaz a lo que sabemos, contribuía a apuntalar el Código al que debía su misma existencia. Adicionalmente, el retraso en la codificación civil y de los procedimientos hubo de favorecer al sector mercantil en su configuración normativa vigente.

De esa legislación destaca la ley de sociedades de 1848, que implanta ente nosotros el control gubernamental en la constitución de sociedades anónimas ausente, como se sabe, del Código de Sáinz de Andino. La medida estuvo precedida de unos años de fiebre especuladora que desembocaron en la crisis de 1846-1847. La adversa coyuntura financiera, generalizada en una Europa que se acercaba al

Jordán, 1833; Eugenio DE TAPIA, *Elementos de jurisprudencia mercantil*, I-II, (Valencia-) Madrid, José García, 1838; D.A.B., *Tratado del derecho mercantil de España*, I-II, Barcelona, Benito Espona, 1840; Damián SOGRAVO Y GRAIBE, *Elementos del derecho mercantil español, o Biblioteca del comerciante*, Madrid, P. Madoz y L. Sagasti, 1846; Estaquiuo LASO, *Elementos del derecho mercantil de España, formados con arreglo al programa de tercer año de jurisprudencia*, Madrid, Calleja, 1849; José VICENTE Y CARAVANTES, *Código de comercio extractado, con la exposición, al pie de cada artículo, de los fundamentos de sus disposiciones*, Madrid, S. Omaña, 1850; Pablo GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de derecho mercantil*, I-III, Madrid, González, 1853-1856; Ramón MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones del Derecho mercantil de España*, Barcelona, J. Verdaguier, 3ª ed. 1859 (con adiciones, a partir de la cuarta edición, de Manuel Durán y Bas); Mariano CARRERAS Y GONZÁLEZ, *Elementos del derecho mercantil de España*, Madrid, José de Rojas, 1860. Alguna de estas obras, como la de Ferrer y Valls, además de una sucinta exposición del contenido del Código, cuenta con las tablas, cuadros y nociones mercantiles de los tradicionales manuales de comerciantes; todas se limitan a la reproducción del texto legal, en su caso con ligeras variantes sistemáticas, y a la cita breve de la normativa posterior que lo modificaba, de manera que el autor de algún estudio de derecho mercantil podía justificar su esfuerzo por «el convencimiento de lo poco cultivados que se hallan en España los estudios relativos a la legislación, doctrina y jurisprudencia mercantiles, desconociéndose una obra clásica comprensiva de esta rama importantísima del derecho, siendo casi siempre necesario consultar sobre ellas los libros extranjeros»: Domingo RIVERA, *De la compañía en comandita*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 19 (1861), 209-250, p. 212.

Otro aspecto de la cuestión, que aquí solamente quedará apuntado, es el de la consolidación de un *Derecho mercantil* como asignatura de los estudios jurídicos universitarios; aparecida ya en 1836 pero sin sustantividad propia, ésta vendría de la mano del Plan de 1850, para cuya aplicación se compusieron algunas de las obras citadas (así, la de González Huebra). Cfr. Antonio ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad española contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1972, pp. 378, 386, 396.

segundo ciclo revolucionario (1848) ⁽²⁷⁰⁾, se agravó en España por la facilidad con que venían constituyéndose sociedades por acciones sin capital real adecuado a sus objetivos empresariales. Poseemos la divertida descripción de un protagonista contemporáneo: «Cuando creció esta manía (*sc. la fundación de anónimas*) hasta un punto febril fue desde 1845 al 48, en términos que no bajaron de ciento las sociedades improvisadas con un capital fabuloso y con objetos diferentes aplicados a todo género de industria, de minería, de agricultura, de riego, de caminos, de construcción, de fábricas, de consumos, de abastecimientos de aguas, de granos, de pescados, de gas y hasta de hojaldre y caramelos... Los programas más fantásticos, los emblemas más poéticos, los títulos mitológicos y alegóricos quedaron, puede decirse, agotados en aquellas sublimes asociaciones; y los proyectos más gigantescos ofrecidos bajo su consigna al país atónito hicieron que éste se creyera en vísperas de verse transformado mágicamente en un paraíso terrenal. Pero desgraciadamente llegó el caso de hacer efectivas aquellas risueñas perspectivas, y se disiparon como cuadros disolventes, o resolvieron en humo los Iris y Auroras, los Fénix, las Ceres, Previsora, Fertilizadora, Publicidad, Fomento, Perseverante, Ilustración, Armiño, Fuego, Mercurio, Probabilidad, Comercio, Villa de Madrid, Hispano-filipino, Grande Antilla, Confianza, Regeneradora, Fortuna, Proveedora, Esperanza, Felicidad y demás virtudes teologales, dones del Espíritu Santo y Deidades olímpicas» ⁽²⁷¹⁾. Y del relato satírico a los datos estadísticos: entre 1844, fecha de acceso de los moderados al poder, y 1847 fueron creadas en Madrid unas cincuenta sociedades por acciones (destacando las de seguros: 7, bancos y sociedades de préstamos: 11, comercio al

⁽²⁷⁰⁾ Siempre será interesante releer un trabajo sobre el caso de Inglaterra: C.N. WARD-PERKINS, *The Commercial Crisis of 1847* (1950), en E.M. CARUS-WILSON (ed.), *Essays in Economic History*, III, London, E. Arnold Ltd., reimpr. 1966, 263-279.

⁽²⁷¹⁾ Ramón MESONERO ROMANOS, *Nuevo manual*, Madrid, 1854, pp. 555-556, que cito por la interesante antología de fuentes de Angel BAHAMONDE MAGRO y Julián TORO MÉRIDA, *Burguesía, especulación y cuestión social en el Madrid del siglo XIX*, Madrid, Siglo XXI, 1978, pp. 200-201. Una reciente investigación ha permitido identificar los protagonistas de estas fundaciones, cuyos nombres, resonantes en la vida política de la época, aún hoy evocan ideas de grandeza y poder: Alfonso OTAZU, *Los Rothschild y sus socios en España, 1820-1850*, Madrid, Oh. S. Ediciones, 1987, singularmente cuadro de pp. 313-327.

por mayor: 9, transportes: 8) con un capital nominal aproximado de 3.649.000.000 reales de los que sólo se encontraban desembolsados 927.247.250, es decir, poco más de la cuarta parte ⁽²⁷²⁾; los proyectos fabulosos, que pretendían mover muchos más cientos de millones, tampoco faltaron.

El fracaso de estas expectativas se relaciona con la desproporción entre los capitales nominales y la capacidad real del país para suscribirlos, cuando su desarrollo económico era muy modesto y faltaban aún instituciones crediticias que permitiesen la canalización del ahorro hacia las inversiones en compañías de todo tipo, pero ahora interesa destacar las premisas jurídicas que posibilitaron una tal situación: conscientes, los contemporáneos, de que el régimen en exceso liberal del Código vigente había permitido la aparición de sociedades fantasmas, la reacción a la crisis se tradujo en medidas legislativas restrictivas — propiamente, la primera regulación específica de las sociedades anónimas en España — derogatorias del derecho codificado.

Ya conocemos, en síntesis, las soluciones que ese derecho aportaba: «Es condición particular de las compañías anónimas que las escrituras de su establecimiento y todos los reglamentos que han de regir para su administración y manejo directivo y económico, se han de sujetar al examen del Tribunal de Comercio del territorio en donde se establezca; y sin su aprobación no podrán llevarse a efecto» (art. 293), régimen de práctica libertad de constitución ⁽²⁷³⁾ inusual en su momento: el desarrollo legislativo de la sociedad anónima hubo de remontar una primera fase de desconfianza pública frente a entes carentes de tradición, no bien configurados jurídicamente y de impor-

⁽²⁷²⁾ Sumo los datos de Angel BAHAMONDE MAGRO y Julián TORO MÉRIDA, *Burguesía, especulación y cuestión social* cit. (n. 270), p. 198, elaborados a partir del Diccionario de Pascual Madoz. Cfr. María Jesús MATILLA QUIZA, *El sistema capitalista español en la época liberal* cit. (n. 189), pp. 816 y ss., añadiendo a los datos de Madoz noticias de la *Colección legislativa* (decretos de autorización, tras la ley de 1848, de sociedades que fueron creadas antes de esa fecha): de las anónimas creadas en los años '40, un 80% lo fue entre 1845 y 1847, destacando 1846 en cuanto a la cifra de fundaciones (el 50% del total) (pp. 821-822).

⁽²⁷³⁾ Se ha considerado justamente que la intervención autorizadora de los tribunales de comercio tenía más bien un carácter registral: Jesús RUBIO, *Sáinz de Andino* cit. (n. 187), pp. 158-159.

tancia potencial tal que se temían competidores del propio Estado; la exigencia normativa de limitación del objeto social y de la duración de la sociedad y, sobre todo, de autorización pública a su constitución serían las principales cautelas establecidas en la legislación europea de la primera mitad del siglo XIX (274).

Frente a esas cautelas, que encontraron en la regulación del *Code de commerce* su modelo expansivo (art. 37: «La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du Gouvernement, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue; cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique»), la opción liberal de Sáinz de Andino fue consciente. Se decantaba contra la posibilidad de aceptar el sistema francés, que había surgido con fuerza en el seno de la comisión oficial que preparó el proyecto de código de 1828 finalmente no sancionado (275), en la confianza de que la ausencia de trabas administrativas favorecería la difusión en España de unos instrumentos jurídicos necesarios para su desarrollo económico: «¿Y por qué en el Código de Comercio no se reservó al Poder Real la autorización que para su creación debiera

(274) Cfr. H.A. SHANNON, *The Coming of General Limited Liability* cit. (n. 147); del mismo, *The Limited Companies of 1866-1883* (1933), en E.M. CARUS-WILSON (ed.), *Essays in Economic History*, III cit. (n. 270), 380-405; Paolo UNGARI, *Profilo storico del diritto delle anonime in Italia. Lezioni*, Roma, Bulzoni Editore, 1974, pp. 29 y ss.; Bernhard GROSSFELD, *Die rechtspolitische Beurteilung der Aktiengesellschaft im 19. Jahrhundert*, en Helmut COING-Walter WILHELM (Hrg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, IV: *Eigentum und industrielle Entwicklung. Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrecht*, Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann, 1979, 236-254; Antonio PADOA SCHIOPPA, *Le società commerciali nei progetti di codificazione del Regno Italico (1806-1807)* cit. (n. 147); Claes PETERSON, *Juristische Person und Begrenzte Haftung der Aktionäre* cit. (n. 147); Anne LEBEVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX siècle. Du Code de Commerce à la loi de 1867. Histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985; así como los capítulos correspondientes al derecho de sociedades de Wolfgang WAGNER (Alemania, Austria), Norbert HORN (Francia), Filippo RANIERI (Italia), Ernst HOLTHÖFER (Bélgica, Holanda) publicados en Helmut COING (Hrg.), *Handbuch* III/3 cit. (n. 158).

(275) Jesús RUBIO, Sáinz de Andino cit. (n. 187), pp. 160 y 241: mientras el anteproyecto de López Pelegrín exigía la aprobación real, el art. 63 logró una redacción final («La sociedad anónima no puede establecerse sino por instrumento público, previo conocimiento del Tribunal de Comercio del territorio») próxima a la del Código (ar. 293).

(*sic*) impetrar las sociedades anónimas, y se concedió esta facultad a los Tribunales de Comercio?», se preguntaba, en un discurso ante el Senado en 1847, el mismo Sáinz de Andino. «Cuando se formó el Código de Comercio vigente se encontraba nuestro tráfico mercantil en una postración y languidez lamentables: sus vías ordinarias, que anteriormente eran las colonias americanas, habían desaparecido, y no se hacía más tráfico que el de surtir nuestros propios mercados para el consumo interior... El espíritu mercantil, podía decirse con razón, que estaba muerto entre nosotros, sucediendo otro tanto con el industrial, y de aquí la necesidad de adoptar cuantos medios pudiesen contribuir a despertar en los españoles la afición a las grandes empresas mercantiles e industriales, que rápidamente se formaban en otros países...». Aunque no faltaron tampoco razones políticas circunstanciales («añadiase también la consideración de que por la situación política de la monarquía en aquella época y los trastornos que la había conmovido, respiraban algunos actos de su Gobierno cierta intolerancia que tenía intimidados los ánimos, alejándolos de toda operación en que hubiese de intervenir directamente la acción del Poder Supremo, y por eso se creyó que inhibiéndose éste completamente de toda participación en la formación de las sociedades anónimas se disiparían aquellos temores y podrjan éstas formarse, concurriendo a ellas propios y extraños, con toda confianza y seguridad») (276), la argumentación justificativa de tan autorizado senador tenía sus fisuras: se olvidaba de que la solución francesa simultaneaba la autorización de las anónimas con la libertad en la constitución de comanditarias por acciones, que efectivamente desarrollaron el papel deseado de impulso industrial y mercantil aunque fueran, con frecuencia, terreno de toda clase de abusos (277).

Si la ausencia, en el Código, de un procedimiento de autorización revelaba la falta de controles efectivos del establecimiento de las anónimas (278), otros artículos insistían en la misma dirección.

(276) Discurso ante el Senado, 22 de diciembre de 1847; lo recoge Jesús RUBIO, *Sáinz de Andino* cit. (n. 187), nota 23 en pp. 224-226.

(277) Cfr. Jean HILAIRE, *Introduction historique* cit. (n. 2), pp. 216-221; Paolo UNGARI, *Profilo storico* cit. (n. 273), pp. 41-50.

(278) Sobre este punto, y en general sobre la regulación de las anónimas por Sáinz de Andino, recientemente José GIRÓN TENA, «Las sociedades mercantiles en el Código de

Eran admitidas sociedades con objetos sociales amplísimos (de «uno o muchos objetos, que den nombre a la empresa social» habla el art. 264, 3) y no se consignaban limitaciones en cuanto a la duración (por más que aquí regía la regla general del art. 286: la escritura pública que formalizaba el contrato social debía contener «la duración de la sociedad, que ha de ser necesariamente por un tiempo fijo, o para un objeto determinado»). Pero el escaso desarrollo de las normas sobre funcionamiento institucional de la compañía anónima (arts. 277, 309, etc.) indicaba más una falta de arraigo de este tipo social y de experiencia, que inhibición respetuosa del legislador ante la voluntad de las partes.

Frustrada la elaboración de un nuevo Código antes que la proliferación de las anónimas obligase a dotar la figura de una más cumplida regulación, la crisis especulativa de los años '40 desembocó en la aparición de una legislación especial al respecto. Por las mismas fechas, en toda Europa se iba haciendo patente la necesidad de ordenar *in concreto* una institución poco abordada en los primeros Códigos o verdaderamente extravagante allí donde no existían.

En el caso español la ley de sociedades por acciones fue sancionada el 28 de enero 1848, pero ya antes, en los peores momentos de la crisis, una Real Orden de 9 de febrero de 1847 mandaba a los tribunales de comercio que se abstuviesen de autorizar nuevas sociedades mientras se elaboraba una ley en reforma del sistema vigente; solución provisional, que consolidó un Real Decreto de 15 de abril siguiente facultando al Gobierno para autorizar la constitución de sociedades por acciones en tanto proseguía su tramitación en las Cortes el proyecto de ley presentado poco antes por el Ministro Roca de Togores (27 de febrero de 1847) ⁽²⁷⁹⁾. Sancionada la ley el 28 de enero de 1848, poco después se dictó un extenso reglamento para su aplicación (Real Decreto de 17 de febrero de 1848).

Comercio», en AA.VV., *Centenario del Código de Comercio* cit. (n. 158), 169-209, pp. 186 y ss.

⁽²⁷⁹⁾ En enero de 1846 el Ministro Armero presentó un proyecto sobre sociedades ante el Senado, que fue retirado después tras una renovación del gabinete: cfr. María Jesús MATILLA QUIZA, *La regulación del sistema capitalista en España (1829-1923): la constitución de las sociedades por acciones*, en *Estudios de historia social*, 38-39 (1986), 7-56, especialmente pp. 16-17.

Los materiales parlamentarios de la ley de 1848, cuyo paso por las Cortes se prolongó casi un año, han sido bien analizados por María Jesús Matilla ⁽²⁸⁰⁾. Menos conocidos son dos trabajos sin firma, pero de Francisco de Cárdenas, publicados, uno, en defensa del Real Decreto de abril de 1847 y, otro, a propósito del proyecto ministerial ⁽²⁸¹⁾. En general, tanto las propuestas de Cárdenas como el proyecto de ley y el decreto de abril eran coincidentes en el objetivo número uno de la reforma (introducción de un sistema de autorización de las sociedades por acciones), aceptado sin problemas por la opinión mayoritaria del Congreso hasta constituir el núcleo de la ley aprobada (art. 1: «No se podrá constituir ninguna compañía mercantil, cuyo capital se divida en todo o en parte en acciones, sino en virtud de una ley o de un Real decreto»; cfr. arts. 18 y ss. relativos a las sociedades ya existentes) y del reglamento para su ejecución (arts. 9-26). El telón de fondo, recurrente en las argumentaciones de Cárdenas, el Gobierno y los miembros de las Cortes, era la inadecuación del Código de Sáinz de Andino (procedente de un tiempo, escribía Cárdenas, «en que el capital nacional crecía lenta y pesadamente, en que se necesitaba más bien promover el tráfico por todos los medios posibles que cuidarse del abuso que pudiera hacerse de ellos») a la nueva situación de capitales abundantes, fruto del triunfo de la revolución burguesa («...así ha sucedido en España. Merced a la desamortización civil y eclesiástica, a las reformas hechas de quince años a esta parte y al impulso violento que ha dado la revolución a las ideas, a las costumbres y a todos los elementos de nuestra civilización, el capital nacional ha recibido un aumento rápido»). Las sociedades por acciones se entendían unánimemente sometidas a un régimen de responsabilidad patrimonial excepcional por lo limitado (por más que ni el Código ni la legislación especial definiese el tipo social con entrada de esa regla), de manera que el carácter privilegiado connatural a su institución obligaba a restringir

⁽²⁸⁰⁾ María Jesús MATILLA QUIZA, *La regulación del sistema capitalista en España* cit. (n. 279), pp. 17 y ss.

⁽²⁸¹⁾ (FRANCISCO DE CÁRDENAS), *Examen del proyecto de ley sobre sociedades por acciones*, en *El Derecho moderno, Revista de jurisprudencia y administración*, 1 (1847), 126-145; del mismo, *Legislación actual sobre sociedades por acciones*, *ibid.*, 256-268. Cárdenas era redactor y responsable de esta revista.

al máximo la formación de tales sociedades, salvaguardando además un terreno de operaciones para las actividades comerciales menores (y de ahí las cautelas contra el riesgo de monopolio en el tráfico de productos de primera necesidad: art. 4 de la Ley). Y aunque no faltó quien criticase la regulación especial, proponiendo ya en 1849 la solución que se ha dado en llamar sistema normativo de configuración de las sociedades anónimas ⁽²⁸²⁾, la idea de intervención pública resultaba hegemónica.

Aunque hubiera sus matices a la hora de configurar jurídicamente las soluciones nuevas. Un punto de opiniones encontradas fue el del alcance de la intervención pública en la autorización de las sociedades: las normas provisionales dictadas por el Gobierno, su proyecto y el dictamen parlamentario base de la discusión se referían siempre a las sociedades anónimas y a las comanditarias por acciones, lo que se tradujo en la fórmula final del art. 1 de la ley (aprobación las compañías «cuyo capital en todo o en parte se divida en acciones»), pero algunos diputados progresistas (Ordax AVECILLA) lucharon por exonerar a las comanditarias de los requisitos legales de autorización. El derecho comparado apoyaba, en parte, esta posición, que no fue demasiado compartida, considerándose deter-

(282) Es el caso de Pablo AVECILLA, *Diccionario de la legislación mercantil de España* cit. (n. 196), s.v. «Compañía anónima», pp. 97-115, especialmente p. 154: «El gobierno, en nuestra humilde opinión, como hemos indicado, no ha hecho bien en reformar el Código; su jurisprudencia estaba más en armonía que las leyes posteriores, con el espíritu de la época que tiende completamente a la libertad de comercio, y más aún a la libertad individual para dar el curso comercial que guste a sus capitales. ¿Que se ha abusado de las sociedades, que a su sombra se han cometido robos y estafas escandalosas, que el gobierno debe proteger los intereses de los ciudadanos? Sí, el gobierno debe proteger los intereses de los ciudadanos, pero sería dándoles una legislación fuerte y activa, que les asegurase contra el crimen, y no haciéndose tutor y guardador de los mayores de edad, ahogando el espíritu de asociación, y dificultando o imposibilitando la aglomeración de capitales y entorpeciendo la circulación y por lo tanto el comercio... Hubiera bastado al gobierno para las sociedades creadas, dar omnipotencia a las juntas generales, y activos y eficaces derechos al accionista para poder penetrar en las operaciones, en el corazón de las sociedades, y revestirle de acciones eficaces en juicio, y todo hubiese sido preferible a entrometerse en los pactos privados, y a encadenar para lo sucesivo el espíritu creador y comercial... Serán erróneos nuestros juicios, pero proclamaremos siempre la mayor libertad en las sociedades, en las operaciones de Bolsa, en todas las transacciones comerciales. Los gobiernos... no deben poner traba alguna al espíritu comercial».

minante la existencia de acciones, hasta el extremo de mutar — en términos prácticos — la naturaleza de la comanditaria en anónima. No tuvo mayor eco la opinión de Cárdenas, que proponía desde su revista la adopción de un límite de capital a partir del cual fuese necesaria la autorización de las comanditarias por acciones (200.000 duros), con lo que se perdió una solución intermedia que hubiese favorecido el desarrollo de esta fórmula societaria, de tanta importancia en otros países y en la época.

La exclusiva competencia del Gobierno en la aprobación de las sociedades fue un segundo punto de controversia. Esta era la posición del proyecto ministerial y del decreto de abril de 1847, pero el texto aprobado en las Cortes, aceptando la forma de decreto para autorizar sociedades como regla, preveía la autorización por ley en ciertos casos (art. 2: bancos de emisión, ferrocarriles, construcción de carreteras y canales), manteniéndose, con la formulación parlamentaria exigida por la implantación del sistema constitucional, la concesión de privilegios reservada a la ley que latía en el viejo art. 294 del Código de comercio. Intentos progresistas de aumentar las competencias del Legislativo en esta materia fueron superados por los argumentos gubernamentales y la holgada mayoría moderada de las Cortes.

A la aprobación por ley o por decreto seguían otros requisitos. Propia de la fase histórica de configuración de las sociedades por acciones en que la reforma española se situaba, la obsesión legal por la definición estricta del objeto de las sociedades subrayaba la naturaleza excepcional que se les atribuía y el carácter causal — una utilidad pública que justificara, con la aprobación, el ejercicio de la empresa mercantil bajo el peculiar régimen de la responsabilidad limitada (art. 4 de la Ley; art. 13,2 del Reglamento) — de la autorización (Ley de 1848, art. 5: «Toda compañía por acciones, se constituirá precisamente para objetos determinados...»; Reglamento de 1848, art. 1: «Las escrituras de fundación de las compañías mercantiles por acciones han de contener necesariamente: 3. El objeto o ramo de industria o de comercio a que exclusivamente ha de dedicarse la compañía»). La determinación del objeto social habría de funcionar también como garantía de los accionistas frente a los gestores, a quienes la Ley, permitiendo sin embargo negocios de descuento y préstamos, declaraba solos responsables de operaciones *ultra vires* (art.

16; art. 31 del Reglamento). Las voces elevadas en las Cortes (Gonzalo Morón, Armendáriz) para excluir del ámbito de las sociedades por acciones algún ramo específico de comercio (artículos de consumo ordinario y abastecimientos) no prosperaron, pero el Gobierno se comprometió a no autorizar las que pudiesen atentar contra la prohibición de monopolios.

La disciplina del capital reflejaba los temores ante compañías ficticias o con inversiones desproporcionadas a su objeto. Era requisito para tramitar la autorización que constase la suscripción de al menos la mitad del capital (art. 7 de la Ley; art. 9 del Reglamento) mediante cartas de pedidos de acciones — de no superar ese límite las acciones de los promotores — cuya naturaleza jurídica obligatoria precisaba el Reglamento (art. 10). La conciencia de la crisis había llevado a pensar en la disolución automática de la sociedad cuando de sus balances se dedujera pérdida del 60% del capital ⁽²⁸³⁾, pero la Ley no contenía esa norma, contentándose con el establecimiento de una inspección sobre las sociedades (art. 17), que podía llevar hasta la suspensión o anulación de la autorización concedida (art. 30 del Reglamento).

A tales efectos y, en general, para todos los trámites de autorización el Reglamento atribuía al jefe político funciones decisivas. Sus informes eran el primer paso en el *iter* hasta la aprobación (arts. 13 y 14); lograda que fuera, el Estado seguía interviniendo en la vida de las sociedades por las facultades inspectores de que el mismo Reglamento adornaba a los jefes políticos (arts. 37 y 38).

La regulación societaria del Código quedaba subsistente en lo no previsto en la nueva Ley. El Reglamento contenía incluso remisiones expresas al texto de 1829 (v. gr. art. 8: nulidad de pactos secretos; art. 1, 14: balances anuales; etc.), pero, muy pobre la parte dedicada por Sáinz de Andino a las sociedades, su configuración institucional avanzó ciertamente por la vía de esta legislación especial. En

⁽²⁸³⁾ (Francisco de Cárdenas), *Examen* cit. (n. 280), p. 145: «Cuando la pérdida ascienda al 60 por 100 del capital, se disolverá de derecho la compañía, y los gerentes o administradores son responsables personalmente respecto a los terceros interesados de las obligaciones que contrajeran, después que tuvieron o debieron tener conocimiento de la pérdida». El mismo Cárdenas proponía dar publicidad, incluso mediante anuncios en la *Gaceta*, a la pérdida de la mitad del capital (*ibid.*).

este sentido interesa recordar el art. 2 del Reglamento que establecía: «Será condición esencial y común en todas las sociedades mercantiles por acciones, que los socios tendrán iguales derechos y participación en los beneficios de la empresa, distribuyéndose proporcionalmente al número de acciones que posea cada socio...», configurando de esta forma una *par condicio sociorum* que gana toda su dimensión si consideramos que algunas propuestas abogaban por la admisión de una categoría especial de acciones («acciones industriales») para el caso de inversión en patentes o del propio trabajo⁽²⁸⁴⁾. Otra regla sustantiva contenía el art. 33 del Reglamento precisando las condiciones para la transmisión de las acciones, que siempre serían títulos nominativos (cfr. art. 12 de la Ley; el art. 15 prohibía radicalmente la emisión de documentos al portador, salvo autorización legal).

En resumen, la legislación de 1848 introdujo en España el sistema de autorización de las sociedades por acciones en unos términos rigurosos, pero no insólitos en el panorama de la época. Por eso es difícil calibrar si la regulación moderada de las anónimas favoreció o no el acceso del ahorro popular a las actividades industriales y comerciales mediante esta figura jurídica. Estableciendo una ecuación entre facilidades para la constitución de compañías de responsabilidad limitada y afluencia de capitales, Gabriel Tortella estima que el régimen de 1848, vigente hasta 1868 (Decreto de 28 octubre, que volvía al sistema del Código «interín no se legisla sobre la materia», art. 3), fue responsable del escaso índice de inversión en sociedades industriales que se detecta en la España de la segunda mitad del siglo XIX⁽²⁸⁵⁾; la existencia de un favor legislativo a las compañías ferroviarias a partir de 1855 orientó masas de capitales a ese sector, con detrimento de la más controlada inversión en actividades manufactureras e industriales. Contra una tal reflexión, basada en estadísticas firmes sobre el total del capital social de compañías industriales, se ha alegado que la inversión en ferrocarriles era un medio indirecto, pero poderoso, para estimular la industria⁽²⁸⁶⁾, por

⁽²⁸⁴⁾ (FRANCISCO DE CÁRDENAS), *Examen* cit. (n. 280), pp. 137-138, 144-146.

⁽²⁸⁵⁾ Gabriel TORTELLA CASARES, *El principio de responsabilidad limitada y el desarrollo industrial de España: 1829-1869*, en *Moneda y Crédito* 104 (1968), 69-84.

⁽²⁸⁶⁾ Cfr. ANTONIO GÓMEZ MENDOZA, *Transportes y crecimiento económico*

más que los abusos en las concesiones de exención arancelaria a los bienes necesarios para construir la red sean hartamente conocidos. La divergente valoración de unos mismos datos impone una actitud de prudencia, y hasta de inhibición cuando se trata de una discusión centrada en los efectos económicos de las leyes.

A pesar del trabajo doctoral de María Jesús Matilla, un estudio sistemático de las normas de autorización siguientes a la Ley de 1848 se encuentra por hacer. A nuestros efectos no interesa tanto la evolución de las sumas totales de capital social comprometido e invertido ni el ramo de producción a que se dedicaban; se echa en falta, principalmente, el análisis de los decretos (y leyes) de autorización como expediente configurador del derecho de sociedades por acciones tan escasamente tratado en el Código y tampoco mucho más en la legislación especial examinada. Falta, en una palabra, determinar si el trámite de autorización generó una doctrina mercantil sobre las sociedades similar a la jurisprudencia francesa del Consejo de Estado ⁽²⁸⁷⁾. La ciencia jurídica española contemporánea, según es habitual, no sirve demasiado como fuente de información ⁽²⁸⁸⁾.

Si la aparición de una legislación especial supuso, como viene aquí repitiéndose, el abandono de la idea de promulgar un nuevo Código de comercio, las comisiones técnicas que la habían desarro-

(1830-1930), en Nicolás SÁNCHEZ-ALBORNOZ (comp.), *La modernización económica de España, 1830-1930*, Madrid, Alianza, 1985, 102-120. Y el análisis de las sociedades fundadas con arreglo al Código de comercio no resultará demasiado concluyente: los datos en María Jesús MATILLA QUIZA, *El sistema capitalista español en la época liberal* cit. (n. 189), pp. 823-827.

⁽²⁸⁷⁾ Estudiada especialmente por Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *L'intervention de l'Etat dans la constitution des sociétés anonymes*, en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 4^a série, 59 (1981), 383-418.

⁽²⁸⁸⁾ La obra de título más interesante es de Nicolás DE CABANILLAS, *Manual de las sociedades mercantiles*, Madrid, Higinio Reneses, 1859; pero se trata de la traducción de las normas principales francesas y belgas, sin elaboración doctrinal de la materia; nada comparable, en resumen, al caso cercano de José FERREIRA BORGES, *Jurisprudencia do contracto mercantil de sociedade*, Lisboa 2^a ed. 1844. Cfr. en general, por lo que hace a la ciencia jurídica del siglo XIX, Mariano PESET, *Cuestiones sobre la investigación de las Facultades de Derecho durante la segunda mitad del siglo XIX*, en Joaquín CERDÁ y Pablo SALVADOR (eds.), *I Seminario de Historia del Derecho Privado* cit. (n. 24), 327-396; Bartolomé CLAVERO, *La gran dificultad. Frustración de una ciencia del derecho en la España del siglo XIX*, en *Ius commune*, 12 (1984), 91-115.

llado no participaron, al parecer, en la elaboración de aquella legislación. Los papeles del Archivo de la Comisión General de Codificación guardan silencio hasta 1855, y una ligero examen de los tomos correspondientes de Diarios de Sesiones y Colección Legislativa confirma, en efecto, la impresión que tras la regulación de las sociedades por acciones no hubo innovaciones especiales en el derecho mercantil español antes del Bienio.

Este corto y nuevo período de predominio progresista profundizó en la vía ya iniciada de multiplicar la legislación mercantil extravagante, que afectó a importantes cuestiones ⁽²⁸⁹⁾. De una, la reforma — incluso llegó a plantearse su supresión — de la justicia mercantil, se tratará más adelante (cfr. iv). Otras, que sí deben ser abordadas en este epígrafe, permiten completar los datos anteriores sobre sociedades, al referirse a leyes sectoriales sobre determinadas modalidades de compañías por acciones, como las de crédito y ferrocarriles. Pero la legislación mercantil del Bienio interesó además a materias más generales de las obligaciones, como la abolición, por una ley de 1856, de la tasa del interés para los préstamos.

Estas innovaciones legislativas se vieron acompañadas por la creación de una nueva comisión técnica con competencias en lo mercantil. Un Real Decreto de 8 de agosto de 1855 ponía en pie la Comisión Revisora de las Leyes Mercantiles, presidida por Gómez de la Serna, con lo que las leyes del comercio se situaban definitivamente al margen de la Comisión de Codificación, también reorganizada durante el Bienio ⁽²⁹⁰⁾. La Comisión Revisora, que tuvo larga vi-

⁽²⁸⁹⁾ La intensa labor legislativa del Bienio se encuentra por estudiar; anuncia un trabajo al respecto Isabel CASANOVA AGUILAR, *Aproximación a la Constitución nonnata de 1856. Presentación general y primera publicación del texto íntegro*, Murcia, Universidad-Facultad de Derecho, 1985, p. 7, obra cuyos materiales ya pueden interesarnos (*infra*, iv). Para el período, la aportación más reciente se debe a José Ramón DE URQUIJO Y GOITA, *La Revolución de 1854 en Madrid*, Madrid, C.S.I.C., 1984.

⁽²⁹⁰⁾ Real Decreto de 8 de agosto de 1855, en *Colección legislativa de España*, 65, Madrid, 1855, pp. 622-624. El art. 2 establecía su composición: además de Pedro Gómez de la Serna, por entonces fiscal del Tribunal Supremo, que la presidía, eran designados Laureano Figuerola (catedrático y diputado), Pascual Bayarri (diputado y magistrado), Cirilo Alvarez (diputado), Luis Díaz Pérez (abogado madrileño), Ramón Martí de Eixala (ex-diputado, catedrático de Barcelona), Antonio Guillermo Moreno (banquero), Domingo Villasante (vicepresidente de la Junta de comercio de Madrid) y Vi-

da para lo que se estilaba por entonces ⁽²⁹¹⁾, se demostró activa, elevando consultas varias al Gobierno, elaborando proyectos (destacadamente, en materia de jurisdicción mercantil) y estudiando las representaciones e informes que remitían los tribunales y juntas de comercio sobre las materias de sus atribuciones.

Precisamente uno de esos proyectos iba referido a la legislación de sociedades ⁽²⁹²⁾. Elaborado (1856) por encargo gubernamental en años de frecuentes cambios políticos no llegó a discutirse, aunque dejó algún rastro en las instituciones interesadas ⁽²⁹³⁾. Participando del principio de autorización, el análisis de la Ley y Reglamento de 1848 efectuado por la Comisión le llevaba a proponer un régimen más liberal que pasaba por la posibilidad de otorgamiento de autorizaciones provisionales, eliminación del requisito de suscripción de al menos la mitad del capital y admisión de acciones al portador; el Reglamento también era revisado, suprimiendo alguna norma superflua o anticuada.

La propuesta mantenía un régimen unitario para el derecho de sociedades por acciones, pero la legislación del Bienio abandonó este modelo a favor de la promulgación de leyes específicas para las sociedades de ferrocarriles (ley de 3 de junio de 1855), las de crédito

cente Soto (abogado madrileño) en funciones de secretario. La Comisión dependía de Fomento, separándose así, incluso administrativamente, la reforma de la legislación mercantil de la Comisión de Códigos, que funcionaba en Gracia y Justicia (Real Decreto de 1 de octubre de 1856, en *Colección legislativa* cit. 70, Madrid, 1857, pp. 4-6).

⁽²⁹¹⁾ La norma principal que afectó a su funcionamiento fue el Decreto de 20 de septiembre de 1869 (manejo la edición del *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 31 (1869), 485-493), texto importante, por contener las bases de redacción del futuro y aún vigente Código de comercio de 1885.

⁽²⁹²⁾ El texto, que edito como apéndice al final de este trabajo, en Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 12.

⁽²⁹³⁾ A ese proyecto se refería, por ejemplo, una consulta del Consejo de Estado (16 de abril de 1862), que se conserva en el Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 11. Cfr. en general Ignacio MIQUEL, *Reformas legislativas de 1856*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 9 (1857), 126-137: «Esta comisión (*sc. Revisora de las Leyes Mercantiles*) va adelantando en sus trabajos, y en 1856 presentó al Gobierno ya terminada la Ley de sociedades anónimas» (p. 135).

y los bancos de emisión (leyes ambas de 28 de enero de 1856) ⁽²⁹⁴⁾, supuestos todos que la Ley de 1848 reservaba, en cuanto a constitución de la compañía, al Legislativo. Algunas de las medidas propuestas por la Comisión Revisora en 1856 eran derecho positivo en las nuevas normas ⁽²⁹⁵⁾, pero en general las disposiciones especiales expresaban más la idea de fomentar y controlar las inversiones en sectores económicos estratégicos que desarrollar los dogmas del derecho mercantil de sociedades. La vía de la legislación especial, definitivamente abandonada tras el triunfo de la Revolución de 1868 y la vuelta provisional al régimen del Código, aún fue puesta en práctica por una ley de 1859 reguladora de las sociedades mineras (6 de julio de 1859) ⁽²⁹⁶⁾.

No sólo a lo anterior se limitaron las innovaciones del Bienio. La vieja polémica sobre los préstamos retribuidos, que alentaba todavía en el establecimiento de una limitación a los intereses convencionales en el Código de comercio (6%), fue olvidada por fin al abolirse en 1856 todo tipo de tasa del interés contractual. Ya desde la década anterior algunas voces denunciaban la obsoleta regulación del derecho codificado, que no se estimaba compatible con el nuevo derecho de contratos y sí un tímido paso hacia la deseable libertad de las partes en

⁽²⁹⁴⁾ Sobre estos textos, María Jesús MATILLA QUIZA, *La regulación del sistema capitalista en España* cit. (n. 279), pp. 31-49, y Gabriel TORTELLA CASARES, *La evolución del sistema financiero español de 1856 a 1868*, en Pedro SCHWARTZ GIRÓN (coordinador), *Ensayos sobre la economía española a mediados del siglo XIX*, Madrid, Banco de España, 1970, 17-145 más encartes.

⁽²⁹⁵⁾ Así la autorización provisional de las compañías ferroviarias, decisiva según Gabriel TORTELLA CASARES, *El principio de responsabilidad limitada* cit. (n. 285), pp. 74-75, para canalizar inversiones hacia este sector (pero cfr. María Jesús MATILLA QUIZA, *La regulación del sistema capitalista en España*, cit. n. 279, pp. 36-37), o la condición de acciones al portador que tendrían las de sociedades de crédito (art. 6, Ley de 1856).

⁽²⁹⁶⁾ Cfr. María Jesús MATILLA QUIZA, *La regulación del sistema capitalista en España* cit. (n. 279), pp. 29-31. También F.S.M., *Sobre la ley de sociedades mineras*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 22 (1863), 113-124; resulta significativo de la mentalidad de la época y su valoración de estas disposiciones que el artículo en cuestión fuese relacionado en el índice de materias del volumen bajo la rúbrica «Derecho administrativo». Y Manuel MALO DE MOLINA, *Sobre sociedades mineras*, en *Revista* cit. 23 (1863), 126-136.

la contratación del préstamo ⁽²⁹⁷⁾. En 1855 una proposición presentada por Figuerola ante las Constituyentes permitía la liberalización de los intereses, convirtiéndose en ley, por cierto (otros eran los tiempos) casi sin debate, al año siguiente (14 de marzo de 1856) ⁽²⁹⁸⁾.

A la intensidad de los trabajos parlamentarios en la determinación de esta ley y de las anteriores (sociedades especiales) correspondió una muy discreta actividad de la Comisión Revisora, al menos desde el punto de vista de los proyectos que lograron el éxito. Se preguntó en el Parlamento por el estado de los estudios sobre un nuevo Código, pero la vaga respuesta del Ministro competente indicaba la inmadurez del asunto ⁽²⁹⁹⁾. En efecto: los papeles de la Comisión adscribibles a esos años contienen sólo algunos borradores de artículos, que no forman un texto coherente; existe también un proyecto incompleto, pero particular (debido al mercantilista González Huebra) y que sólo fue uno más entre sus materiales de trabajo ⁽³⁰⁰⁾. Todo indica que la Comisión Revisora de las Leyes Mercantiles concentró sus esfuerzos en la reforma de la jurisdicción especial de comercio, asunto que debe ser tratado separadamente.

(iv) *Derecho mercantil y jurisdicción (1868): hacia un nuevo, y pronto viejo, Código.*

La entrada en vigor de nuestro primer código procesal civil (Ley de enjuiciamiento de 1855) y la planta que los progresistas querían

⁽²⁹⁷⁾ Antonio RODRÍGUEZ DE CEPEDA, *Sobre las leyes que ponen tasa al interés de los préstamos*, en *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, 1 (1842), 311-326.

⁽²⁹⁸⁾ Los textos parlamentarios en *Diario de Sesiones (1854-1856)*, IX, 17 de octubre de 1855, p. 7209; XII, 8 de febrero de 1856, 10567-10571; 13 de febrero de 1856, p. 10729; XIII, 7 de marzo de 1856, 11386-11388. El único punto controvertido fue el art. 8, referente a la fijación anual del interés legal por el Gobierno, provisionalmente fijado en el tradicional 6%. Cfr. además Norberto SANTARÉN, *Sobre la reclamación de intereses en el contrato civil de préstamo*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 27 (1865), 314-319.

⁽²⁹⁹⁾ *Diario de Sesiones (1854-1856)*, II, 26 de enero de 1855, p. 1626. La pregunta fue formulada por Egozcue; contestó Luxán, de Fomento.

⁽³⁰⁰⁾ Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 14. El proyecto de González Huebra abarca 325 artículos, esto es, el libro I completo y una parte del II (comisión mercantil).

dar a la administración de justicia plantearon la reforma de la justicia mercantil con caracteres de urgencia, aunque el Bienio acabó sin novedades al respecto. Pero antes (desde comienzos de siglo propiamente) y después (hasta la Revolución de 1868) la ordenación de la jurisdicción de comercio constituyó una de las cuestiones debatidas y que más intentos diferentes de regulación conocieron en el laborioso proceso de construcción de una administración de justicia estatal liberal en la España del siglo XIX.

Una vez más el esfuerzo de síntesis que justifica estas páginas debe dar paso a la indicación de datos y referencias, faltando, como es el caso, la información más indispensable sobre la cuestión. Los trabajos de Gacto y Scholz constituyen un punto de arranque, exonerándonos, el primero, de la tarea de mostrar la regulación procesal mercantil de 1829-1830 ⁽³⁰¹⁾, y permitiéndonos, el segundo, apreciar en su complejidad histórica la implantación de una justicia comercial desvinculada de los viejos consulados, en tanto que tecnología jurídica operativa en el momento de aparición del Estado ⁽³⁰²⁾. Sobre tal base, la consulta de los fondos de la Comisión Revisora de las Leyes Mercantiles, de las colecciones parlamentarias y de la principal literatura especializada de la época ha permitido ilustrar un historia abigarrada de proyectos, críticas e intentos, que encuentran en el Bienio y en los primeros años '60 el pico de su evolución.

No se trata de realizar concesiones a la erudición de archivo. La regulación de la justicia mercantil tuvo en su momento importancia decisiva: en primer lugar porque se trataba de convertir la jurisdicción corporativa tradicional en una rama especializada de la justicia del Estado, único foco de jurisdicción; en segundo término porque la aceptación de una justicia mercantil en el Estado liberal funcionó inicialmente como base de la especialidad toda reconocida

⁽³⁰¹⁾ Enrique GACTO FERNÁNDEZ, *Historia de la Jurisdicción mercantil* cit. (n. 64), pp. 159-178.

⁽³⁰²⁾ Johannes Michael SCHOLZ, *La constitution de la justice commerciale capitaliste en Espagne et au Portugal*, en Miriam HALPERN PEREIRA y otros (coord.), *O Liberalismo na Península Ibérica na primeira metade do século XIX*, II, Lisboa, Sa da Costa Editora, 1982, 65-86. De este autor interesará también su aportación sobre derecho procesal mercantil en Helmut COING (Hrg.), *Handbuch* cit. (n. 20), III/2, München, Beck, 1982, 2430-2442.

al derecho del comercio, su formulación legislativa en código particular inclusa. Por lo demás, esa justicia puede servir ahora de ejemplo para mostrar la complejidad de la configuración de un aparato judicial nuevo en la España burguesa, el reto principal, probablemente, de juristas y políticos a lo largo del siglo XIX ⁽³⁰³⁾.

En un principio fue el *Code*. Un texto que, según vimos, se tradujo y publicó repetidas veces, difundiéndose así en España su sistema definitorio del ámbito mercantil: el derecho del comercio como especialidad reguladora de los actos de comercio ⁽³⁰⁴⁾. La determinación de ese ámbito en tales términos («sistema objetivo», mas, como se sabe, no totalmente indiferente a la condición profesional: cfr. art. 437) exigía la precisión de los actos jurídicos que habían de ser tenidos por mercantiles, lo que el *Code* realizaba en sede jurisdiccional: una justicia especial, tanto por la indole de los asuntos que le estaban sometidos cuanto por la provisión de las autoridades que la ejercían y las reglas de procedimiento, para conocer de la litigiosidad causada entre comerciantes (los ciudadanos que profesional, y no ocasionalmente, ejercían actos de comercio: art. 1) y entre todo tipo de personas a propósito de ciertas actividades legalmente calificadas como mercantiles (art. 613): muy sintéticamente, operaciones de intermediación con ánimo de lucro, actividades pro-

⁽³⁰³⁾ Afortunadamente ya se anuncian investigaciones: Johannes Michael SCHOLZ, *Projekt: Spanische Justiz im 19. Jahrhundert*, en *Ius commune*, 15 (1988), 209-229. Y repásense las páginas de Jesús Vallejo sobre historiografía procesal, interesantes muy en particular al siglo XIX, en este mismo «Incontro».

⁽³⁰⁴⁾ La literatura es amplia; me limito a recordar, para Francia, Jean HILAIRE, *Introduction historique* cit. (n. 2), pp. 147 y ss.; en relación a Alemania, Gerhard KÖBLER, *Die Wissenschaft des gemeinen deutschen Handelsrechts*, en Helmut COING-Walter WILHELM (Hrg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* cit. (n. 174), I, Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann, 1974, 277-296, que remitirá a P. RAISCH, *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert*, 1962, al que no he podido acceder. Y para un ejemplo de la asunción de la regulación francesa en el establecimiento de tribunales mercantiles pueden repasarse Gian Savino PENE VIDARI, *Tribunali di commercio e codificazione commerciale Carloalbertina*, en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 44-45 (1971-1972), 27-124, y Livio ANTONELLI, *Le camere di commercio napoleoniche. La Repubblica e il Regno d'Italia*, en Cesare MOZZARELLI (a cura di), *Economia e corporazioni* cit. (n. 55), 193-236.

ductivas de bienes y servicios, negocios cambiarios y financieros (art. 632) y actos relacionados con el tráfico marítimo (art. 633) ⁽³⁰⁵⁾.

Así se convertía en derecho positivo codificado un criterio delimitador de lo mercantil que ya había hecho su aparición a finales del Antiguo Régimen ⁽³⁰⁶⁾, pero más que semejante constación, lógica teniendo en cuenta el carácter transicional del siglo XVIII, importa destacar que la sistemática del codificador francés revelaba, antes que los defectos de técnica de que ha sido con frecuencia acusado, el interés que aún conservaba la jurisdicción especial para delimitar el derecho del comercio: la regla sobre la competencia de la primera era propiamente cuanto dotaba de contenido al segundo, y no a la inversa.

Que ésto fuera así se debía a la necesidad de insertar la vieja justicia corporativa en la nueva sociedad liberal. Se jugaba con el concepto de jurisdicción, expropiado a las universidades mediante un proceso de estatalización que aquéllas pagaron con su existencia. Sólo más tarde, realizada ya la revolución burguesa (indiscutido, si se prefiere, el monopolio de poder en manos del Estado), los códigos mercantiles (el alemán de 1865, el italiano de 1882) fueron situando la definición de los actos de comercio al comienzo de su regulación: triunfaban como definiciones de una realidad difícilmente aprehensible, pero acotada — *ex natura rerum* — con carácter previo a la fijación de la competencia material de los tribunales de comercio allí donde subsistían.

Muy vinculado al modelo del *Code* por razones obvias, el primer intento no corporativo de regular la justicia mercantil en España se debe a José I Bonaparte. El proyecto constitucional bonapartista contenido en el llamado Estatuto de Bayona (1808) preveía, como sabemos (cfr. *supra*, i), un código y un aparato judicial especial para el comercio; faltando el primero, no dejó, sin embargo, de diseñarse el segundo, por obra de un Real Decreto de 14 de octubre de 1809 de

⁽³⁰⁵⁾ Cfr. además de las referencias en nota anterior, Joaquín GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, I, Madrid, Imprenta Aguirre, 7ª ed. revisada con la colaboración de Alberto Bercovitz, 1976, pp. 137 y ss.

⁽³⁰⁶⁾ Entre nosotros interesa recordar el escrito de Ramón María ZUAZO cit. (n. 194); para Francia, Jacqueline-Lucienne LAFON, *Les Députés du Commerce et l'Ordonnance de Mars 1673* cit. (n. 71), pp. 90 y ss.

muy dudosa vigencia ⁽³⁰⁷⁾. La justicia mercantil allí regulada se presentaba con los caracteres de profesionalidad que eran tradicionales, previéndose que una norma posterior, no promulgada, estableciese «el modo con que haya de hacer el Comercio en lo sucesivo estas elecciones» de jueces especiales (tit. i, art. iii), pero el Decreto incorporaba una definición de los «actos de comercio o de tráfico» para precisar el ámbito de la jurisdicción comercial similar a la del *Code* aunque más decididamente objetiva (tit. ii, art. ii); la novedad resalta cuando se considera que el Decreto de 1809 nada decía sobre el mundo corporativo compuesto por los consulados, que subsistirían — hay que entender — aunque despojados de las competencias judiciales asignadas a los nuevos tribunales; en todo caso, provisionalmente subsistirían sus ordenanzas (tit. v, art. i), pero el derecho procesal mercantil sería el previsto por el mismo Decreto (tit. iii, «Del modo de proceder en los tribunales de Comercio»). Las apelaciones, como en el derecho francés, se llevarían ante la justicia ordinaria («por ahora», tit. iv, art. i).

En otra ocasión tuve oportunidad para resaltar la desajustada regulación que contenía este Decreto ⁽³⁰⁸⁾, pero ahora basta subrayar que, con todo, incorporaba un proyecto de construcción estatal nada despreciable y desde luego no superado por los esfuerzos normativos de los patriotas gaditanos. Sabemos que el arreglo de consulados intentado en 1814 y 1821 mantenía respetuosamente unas corporaciones mercantiles no incompatibles *prima facie* con la Constitución; la justicia que aquellos esfuerzos les atribuían aún distaba de configurarse con la nota de especialidad no corporativa que reclamaba la acogida dispensada al sistema objetivo de los actos de comercio ⁽³⁰⁹⁾,

⁽³⁰⁷⁾ El texto y su comentario en Angel ROJO, *José Bonaparte (1808-1813)* cit. (n. 169), pp. 137-150 y apéndice primero.

⁽³⁰⁸⁾ Carlos PETIT, *Arreglo de Consulados y revolución burguesa* cit. (n. 103), pp. 260-261.

⁽³⁰⁹⁾ Proyecto de 1814, art. 72: «Toca a los tribunales de comercio el conocimiento en todos los contratos dirigidos por negociación al lucro y no a la individual decencia o comodidad de la persona»; art. 73: «Les pertenecerán también los pactos peculiares del giro y sus acaecimientos, a saber: 1., los seguros marítimos y terrestres; 2., las cantidades contratadas a la gruesa ventura o dadas a riesgo; 3., las letras de cambio o remesas de dinero en virtud de ellas, y los vales y libranzas; 4., los fletamentos y cualquier trata relativa a navegación en el orden de tráfico y sus transportes; 5., las compañías de comercio; 6.,

pues — también lo sabemos — de haber triunfado estos proyectos los nuevos consulados hubiesen continuado en el ejercicio de competencias administrativas, recaudando tributos y funcionando autónomamente bajo el régimen del texto constitucional de 1812.

La reforma llegó con el Código. Su libro V, «De la administración de justicia en los negocios de comercio» (arts. 1178-1219), poseía la carga revolucionaria que antes se destacó (cfr. *supra*, ii), concretada en la supresión del derecho mercantil corporativo. El Código se alineaba con el francés al aceptar predominantemente la concepción objetiva del derecho mercantil como derecho regulador de los actos de comercio, pero, al igual que su modelo, la aceptación ocasional del principio subjetivo le atribuía un carácter híbrido; las diferencias con el *Code*, sin embargo, eran palpables, pues, renunciando a un catálogo de actos situado al frente del mismo Código o en sede de justicia mercantil, la competencia de los tribunales especiales se fijaba con remisión a las definiciones de actos de comercio dispersas por todo su articulado (art. 1199: «La jurisdicción de los Tribunales de Comercio es privativa para toda contestación judicial sobre obligaciones y derechos procedentes de las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles que van comprendidas en las disposiciones de este Código, teniendo los caracteres determinados en ellas para que sean calificadas de actos de comercio»). El dato previo de los consulados importaba al convertirse éstos en los nuevos tribunales (art. 1178: «...en todos los pueblos donde hay actualmente consulados»), ya que, al igual que en derecho francés (art.

los juicios de concurso por quiebras, quitas y esperas»; art. 74: «La naturaleza, cualidad, estado y circunstancias del individuo no eximen de la autoridad de los tribunales de comercio, y quedará sujeto a ellos cualquiera, sea militar, extranjero, transeúnte u otro privilegiado en las negociaciones que haga o celebrando algún contrato de los que van citados en los artículos que preceden».

Proyecto de 1821, art. 104: «La competencia de los tribunales especiales de los consulados, comprenderá los casos prescritos o que se prescribirán en los nuevos códigos mercantil, rural y fabril, y a todo lo relativo a tratos de comercio, agricultura e industrias de tierra o de mar, que sean objeto de negocio o de ganancia por algunos de los contratantes, y no limitadamente para uso propio de unos, y de comodidad o de necesidad de los otros»; art. 105: «Entretanto que no se promulguen dichos códigos, regirán para la competencia de los tribunales del fomento general en los consulados las leyes y ordenanzas vigentes relativas a este objeto».

640 del *Code*), «donde no haya Tribunal de Comercio conocerán de los negocios judiciales mercantiles los jueces ordinarios en sus respectivos territorios jurisdiccionales» (art. 1179); se aceptaba también la regla francesa que atribuía la apelación al tribunal ordinario del territorio (art. 644 del *Code*; art. 1189 del Código de 1829).

Hemos de comprobar que la combinación de una justicia especial mercantil con la justicia ordinaria, actuante allí donde la primera no llegaba por criterios territoriales o funcionales, constituyó uno de los puntos más criticados del esquema orgánico incorporado al Código, pero ahora es necesario resaltar que esa solución aparentemente incongruente con el dato de la especialidad comercial tenía todo su sentido en la época. De una parte, se trataba de eliminar cualquier resto corporativo, lo que lograba mejor la extensión de la competencia funcional de Audiencias, Chancillerías y Consejos (luego Tribunal Supremo) que la previsión de segundas y terceras instancias tan especiales como la primera. De otra, y en contra de las apariencias, la regulación judicial del Código contenía el principio de una especialidad mercantil estrictamente material, no interferida ni apoyada en la intervención de una jurisdicción especial que, como vemos, no era la única encargada del conocimiento de las causas mercantiles.

Coincidiendo con los textos anteriores de 1809, 1814 y 1821, el Código acompañaba la previsión de una justicia comercial con el establecimiento de reglas, también especiales, de procedimiento. En Francia la existencia previa de una codificación del proceso pudo limitar al máximo las normas procesales del *Code* (cfr. arts. 642 y ss.), pero el singular adelanto de la codificación mercantil en España obligaba a una regulación provisional de los procedimientos (art. 1219: «En cuanto al orden de instrucción y sustanciación en todos los procedimientos e instancias que tienen lugar en las causas de comercio, se estará a lo que prescriba el Código de enjuiciamiento, rigiendo entre tanto una ley provisional que promulgaré sobre esta materia»). Tal regulación llegó con la Ley de enjuiciamiento sobre los negocios y las causas de comercio, obra del mismo Sáinz de Andino al que debemos el Código, sancionada el 24 de julio de 1830 y en vigor (en la Península e islas adyacentes) desde primero de octubre siguie-

nte⁽³¹⁰⁾. A la unificación de la legislación sustantiva que suponía, con sus limitaciones (cfr. *supra*, ii), el Código se añadía la uniformización en las prácticas procesales mercantiles, con derogación definitiva de lo que aún quedase vigente de las antiguas ordenanzas. Pero los principios que inspiraron su normativa procesal se encontraban incorporados a la Ley de enjuiciamiento de 1830: el proceso mercantil se deseaba ante todo breve y preciso, esto es, económico por previsible⁽³¹¹⁾; al efecto las causas de cuantía inferior a 1000 ó 500 reales se ventilaban oralmente (arts. 416 y ss.; arts. 1209 y 1210 del Código), y la fase de pruebas era regulada con limitaciones al término para su práctica, previsto ordinariamente en un máximo de 80 días (art. 130). Tradicional también era el favor dispensado a la conciliación ante avenidores (arts. 1 y ss.; art. 1205 del Código) y al arbitraje (arts. 252-304), que era forzoso, al igual que en el derecho de las ordenanzas, tratándose de sociedades (art. 255; arts. 323 y 345 del Código).

Propia de una etapa ya superada, en la Ley de enjuiciamiento mercantil no aparecía la reluctancia a la intervención de letrados junto a las partes habitual en los textos del derecho mercantil corporativo (cfr. art. 38); en ciertos casos se exigía incluso su presencia (art. 40). Pero se mantenía la prohibición de realizar alegatos prolijos con citas doctrinales (art. 45), lo que podía ahora cumplir la tarea de nacionalizar el derecho mercantil, que encontraba en el Código su expresión legislativa, frente al discurso *común* del período anterior. Ese mismo alcance tenía la permisividad del legislador ante la alegación de leyes, comunes y especiales, por escrito u oralmente (art. 44).

Mayor interés a nuestros actuales efectos reviste la previsión, contenida en el art. 1195 del Código de comercio, que situaba en los

⁽³¹⁰⁾ Real Decreto de 30 de agosto de 1830, señalando el día en que ha de principiar a regir la ley sobre acciones e instancias en negocios mercantiles; ese día era el primero de enero de 1831 para los dominios ultramarinos. Se publicó en la *Gaceta de Madrid* correspondiente al 9 de septiembre de 1830.

⁽³¹¹⁾ Johannes Michael SCHOLZ, *Spanien. Handelsprozessrecht* cit. (n. 302), p. 2439. También Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *Estudio histórico externo de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855* (1955), en *Temas del ordenamiento procesal. I. Historia. Teoría general*, Madrid, Tecnos, 1969, 21-111, particularmente pp. 64-71.

nuevos tribunales, además de un escribano, un consultor letrado para dictaminar sobre puntos de derecho (art. 1197). La profesionalidad de la justicia mercantil, encomendada parcialmente a jueces comerciantes como sabemos (arts. 1183 y ss. del Código), se reducía en la práctica por la presencia del letrado en los procesos; aunque su opinión no era teóricamente vinculante (art. 55 de la Ley de enjuiciamiento) el establecimiento de reglas de responsabilidad por un fallo injusto (arts. 56 a 58) convirtió al consultor en el verdadero juez de comercio ⁽³¹²⁾: sabemos, por ejemplo, que el tribunal de Barcelona falló en 1856 cuarenta y cinco causas, en las que nunca se apartó del parecer de su consultor ⁽³¹³⁾. Junto con la intervención de la justicia ordinaria en negocios de comercio, la cuestión del consultor letrado fue una de las más debatidas mientras subsistió en España la jurisdicción especial mercantil, pero conviene retener que la regulación del Código y de la Ley de enjuiciamiento, tecnificando de este modo una justicia comercial que nuevamente se acreditaba al margen de su pasado corporativo, realizaba con todo ello una de las metas esenciales de la revolución burguesa.

Al poco de su entrada en vigor Código mercantil y Ley de enjuiciamiento merecieron duras críticas, sucediendo varios intentos para su sustitución por un cuerpo legal adecuado a las circunstancias siguientes a la muerte de Fernando VII (cfr. *supra*, ii). Baste recordar que muchas de esas críticas iban referidas a la regulación orgánica y procesal de Sáinz de Andino y más en concreto a la mezcla de instancias de la justicia especial y la ordinaria; pero el proyecto que más cerca estuvo de convertirse en ley, aunque recogía efectivamente aquellas críticas regulando segunda y tercera instancias mercantiles, fracasó definitivamente en 1839.

En los años posteriores se mantuvo la normativa de 1829-1830,

⁽³¹²⁾ Así lo destacaba Emilio LANGLE, *La jurisdicción mercantil en el Código de 1829*, en *Boletín de la Universidad de Granada*, 2 (1930), 75-107, p. 87.

⁽³¹³⁾ Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 12; es una respuesta al cuestionario remitido por la Comisión Revisora al hilo de sus trabajos en reforma del proceso mercantil. Y allí aparecerán datos que permiten una valoración provisional de la justicia del comercio: frente a esas cuarenta y cinco sentencias del año 1856, quedaron en Barcelona 545 pleitos pendientes.

con alguna innovación de detalle ⁽³¹⁴⁾ poco significativa. Se echó en cara al Código y a la ley procesal que de su regulación se encontrase ausente la actividad industrial, pensándose al parecer en una instancia represora de anormalidades laborales ⁽³¹⁵⁾, pues no planteó contemporáneamente demasiados problemas residenciar asuntos industriales ante la justicia de comercio ⁽³¹⁶⁾. Y aunque era conocido el derecho holandés, que desde 1835 había suprimido una tal jurisdicción ⁽³¹⁷⁾, no se registran propuestas con ese alcance, si bien

⁽³¹⁴⁾ Así la intervención del ministerio fiscal en los juzgados mercantiles, prevista por Real Decreto de 1 de mayo de 1850 que, junto a esa medida (art. 2), suprimía los tribunales de comercio de Burgos, Murcia, Sanlúcar, Pamplona y Zaragoza (art. 1); consulto el texto en *El Foro Español. Periódico de jurisprudencia y administración*, 3 (1850), 255-258. La medida, adoptada ocupando la poltrona de Comercio Manuel Seijas Lozano, pronto se derogó, por lo que su promotor se vio obligado a razonar en su favor: Manuel SEIJAS LOZANO, *Tribunales especiales de comercio*, en *El Faro Nacional. Revista de jurisprudencia, de administración, de tribunales y de instrucción pública*, 2/1 (1852), 145-147, 217-219, 241-242, 297-299, 337-339.

⁽³¹⁵⁾ Manuel SEIJAS LOZANO, *Tribunales especiales de comercio* cit. (n. 314), p. 337: «A dos clases de juicios pueden reducirse los que se ventilan en los tribunales de comercio: a saber: los que tienen por objeto el cumplimiento de alguna obligación mercantil, y los de quiebras ... Debemos hacer notar, ante todo, que ni el Código de comercio, ni la ley de enjuiciamiento, se ocuparon absolutamente de la industria fabril, teniéndola para todos los efectos como un ramo del comercio al cual creyerón aplicables todas sus disposiciones. Este fue un error de gran tamaño, cuyas funestas consecuencias están pesando sobre la industria ... En casi todas las naciones europeas ... se han creado esas jurisdicciones limitadas, pero importantísimas, que aseguran al fabricante la protección de que necesita, al paso que el derecho ha previsto todos los casos en que la malicia pudiera hacer cesar o entorpecer la fabricación, arruinando a los industriales y privando al país de una riqueza importante».

⁽³¹⁶⁾ En la exposición del tribunal de Barcelona cit. (n. 313) se alude a tal extremo: «De las cuestiones sobre ventas y préstamos a sociedades fabriles, ha costumbre conocer este Tribunal por la sencilla razón de que un fabricante que trabaja por su cuenta tiene el doble carácter de comerciante, supuesto que adquiere las primeras materias en grande cantidad y los géneros que con ellas produce los vende también a provecho suyo por mayor y por menor, distinguiéndose del mero fabricante que por un precio convencional elabora los géneros por cuenta ajena con los materiales que al efecto se le entregan. No obstante ser tan obvia la razón expuesta no pocas veces se ha disputado al Tribunal de Comercio su jurisdicción, promovándosele competencias por la ordinaria y decidiéndose en algún caso a favor de ésta ... de manera que para evitarlo en lo sucesivo sería muy conveniente aclarar bien el sentido de los artículos 2 y 1125 del Código, en términos que la opinión particular de los jueces no pudiese contrariarlo».

⁽³¹⁷⁾ Sobre cuya base pudo proponerse científicamente la eliminación de la

se denunciaron los vicios de la jurisdicción mercantil sobre todo en la tramitación de las quiebras ⁽³¹⁸⁾.

Al igual que en lo referente al derecho de sociedades, la renovación se acometió durante el Bienio, continuando los intentos, incluso tras la caída de Espartero, bajo el restablecido régimen de 1845. Ya llamé la atención sobre las dos principales razones que justificaron los movimientos de reforma: (i) una nueva ordenación de la administración de justicia, donde convenía precisar la posición e índole de la mercantil, y (ii) la aparición de la ley procesal ordinaria (Ley de enjuiciamiento civil, 1855) en cuyo defecto Sáinz de Andino había regulado provisionalmente el procedimiento de comercio. A estos dos motivos, orgánico y procesal, pudo unirse un tercero, de naturaleza técnica: la creación, por Real Decreto de 8 de agosto de 1855 como ya sabemos (cfr. *supra*, iii), de la Comisión Revisora de Leyes Mercantiles, que continuó sus trabajos durante los gobiernos de O'Donnell.

Y, en efecto, para los juristas que vivieron los acontecimientos que aquí interesan fue la tarea desarrollada por esa Comisión en relación a la organización de la justicia del comercio cuanto de sus actividades podía destacarse ⁽³¹⁹⁾. Otras medidas legislativas adopta-

jurisdicción de comercio: Dr. ASSER, *Bemerkungen über die Handelsgerichte im Allgemeinen und über deren Aufhebung in den Niederlanden insbesondere*, en *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, 9 (1837), 451-465. Acredita entre nosotros alguna información sobre el derecho holandés Manuel SEIJAS LOZANO, *Tribunales especiales de comercio* cit. (n. 314), pp. 297-299.

⁽³¹⁸⁾ Manuel SEIJAS LOZANO, *Tribunales especiales de comercio* cit. (n. 314), p. 339: «Por esa organización defectuosa de nuestros tribunales de comercio, ni la administración de la quiebra puede estar vigilada, ni se ha combinado un interés moral en la celeridad de la terminación y distribución, ni la investigación y fiscalización de los actos anteriores puede ejercerse debidamente: puesto que se comete a compañeros de todo estímulo para desempeñar funciones odiosas».

⁽³¹⁹⁾ Federico SOLER y CASTELLÓ, *Código de comercio* cit. (n. 233). Y hay que consignar que a veces los publicistas se mostraban escépticos sobre la laboriosidad de las comisiones técnicas de legislación; puede verse Tomás M. MOSQUERA, *Reforma de la legislación mercantil*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 29 (1866), 169-173: «¿Qué pasa en las interioridades de estas y otras reuniones semejantes de personas respetabilísimas, para que no den sino muy raras veces el resultado apetecido?» (p. 173); cfr. además Francisco BERGAMÍN Y GARCÍA, *Ensayos históricos de Derecho*

das, como la ordenación bursátil (Ley orgánica provisional para la Bolsa de Madrid, de 8 de febrero de 1854, con su Reglamento aprobado por Decreto de 11 de marzo), no pasaron por la Comisión.

Además de recoger materiales y servir, a ese propósito, de canal de comunicación entre las instituciones judiciales mercantiles y el Gobierno, un proyecto de ley de organización de los tribunales de comercio que circuló en 1857 fue su obra principal. En cierto sentido este texto era resultado de la discusión sobre la justicia que tuvo lugar en las Constituyentes durante los primeros meses de 1856: una de las grandes leyes previstas entonces, junto al texto de la Constitución (y como «acta adicional» con su mismo rango), para conformar la ordenación del Estado era la de Bases de la Ley Orgánica de Tribunales, en desarrollo del título X de aquélla que, según se sabe, venía a reproducir los preceptos de la Constitución de 1837⁽³²⁰⁾. El dictamen de la Comisión parlamentaria competente (14 de febrero de 1856), donde coincidían algunos conspicuos miembros de la Revisora de Leyes Mercantiles (Gómez de la Serna y Cirilo Alvarez), propuso a las Cortes, entre otros, dos preceptos que alteraban sustancialmente la actual situación de la justicia mercantil. «La jurisdicción ordinaria será la competente para todas las causas civiles», establecía la base 17; «En las causas de comercio la cuestión de hecho será calificada por un Jurado especial» (base 18). Y se argumentaba una tal supresión de la jurisdicción especial comercial en-

Mercantil, Málaga, tipografía del Semanario La Fe, 1875, p. 112: «Muchas reformas han tratado de hacerse en este Código (*de 1829*) y al efecto se han creado comisiones ... pero ... ninguna ha dado resultado práctico y sus obras han ido a descansar en los archivos sin que el país se haya apercebido siquiera de su existencia». Preguntas y críticas que, en ocasiones, encontraron autorizada respuesta: Pedro Gómez de la Serna, *Estado de la codificación al terminar el reinado de Doña Isabel II* cit. (n. 223), particularmente p. 285: «Desgracia ha sido que algunas de estas Comisiones hayan tenido que luchar con obstáculos insuperables, sacando el triste convencimiento de que sus esfuerzos fueran casi siempre impotentes, y sus tareas inútiles, porque cuando llegaban a punto de ser leyes, se conjuraban en su daño intereses mal entendidos, privilegios incompatibles con nuestras instituciones políticas, hábitos envejecidos y preocupaciones arraigadas que venían a fortalecerse por el miedo pueril de poner mano en instituciones añejas que requerían grandes cambios, si habían de corresponder al espíritu y a las necesidades de nuestra época».

⁽³²⁰⁾ Cfr. Isabel CASANOVA AGUILAR, *Aproximación a la constitución nonnata de 1856* cit. (n. 289), pp. 76 y ss., texto en pp. 173-178.

tendiéndola como fórmula para permitir verdaderamente la intervención profesional de los comerciantes en los pleitos que les afectaban y que el derecho vigente, con su favor al protagonismo de los consultores letrados y a la heterogeneidad de las instancias, desconocía ⁽³²¹⁾.

Ese dictamen no se aprobó. Dentro y fuera del Congreso se formó un frente cerrado a favor de la jurisdicción mercantil, inesperadamente amenazada en la discusión constitucional sobre la justicia. El Diario de Sesiones acusa frecuente recibo de exposiciones ⁽³²²⁾ en-

⁽³²¹⁾ Diario de Sesiones (1854-1856), XII, 15 de febrero de 1856 (apéndice tercero), pp. 10794-10795: «En los negocios mercantiles no ha podido desentenderse la Comisión de lo que sucede hoy, de lo que en su concepto no puede menos de suceder en la actual organización y forma de las actuaciones en los tribunales de comercio. Ha creído que consulta bastante mejor a los intereses mercantiles estableciendo jurados especiales que conozcan de los hechos que exijan conocimientos de comercio, y dejando el fallo a la jurisdicción ordinaria. Así, y sólo así, en su concepto, habrá verdad en la intervención de los comerciantes en estos negocios: así, y sólo así, se evita la desigualdad de que en unos puntos los asuntos de comercio sean fallados por tribunales especiales y en otros por los ordinarios: así, y sólo así, desaparece la anomalía de los jueces de alzada, es decir, los que por regla general fallan sin ulterior recurso, sean ordinarios, y especiales los de primera instancia».

⁽³²²⁾ Diario de Sesiones (1854-1856), XII, 18 de enero de 1856, p. 9989 (Junta de comercio de Madrid); 15 de febrero de 1856, p. 10785 (Junta de comercio de Alicante); XIII, 19 de febrero de 1856, p. 10866 (Junta de comercio de La Coruña); 22 de febrero de 1856, p. 10991 (Junta de comercio de Valencia); 6 de marzo de 1856, p. 11375 (Junta de comercio de Ferrol); 11 de marzo de 1856, p. 11534 (Junta de comercio de Vigo); XIV, 18 de marzo de 1856, p. 11759 (Junta de comercio de Barcelona); 26 de marzo de 1856, p. 11762 (Junta de comercio de Jerez); idem, p. 11767 (Junta de comercio de Málaga); idem, p. 11786 (Junta de comercio de Sanlúcar de Barrameda); 2 de abril de 1856, p. 12007 (Junta de comercio de Bilbao); 8 de abril de 1856, p. 12154 (Junta de comercio de Cartagena; idem de Sevilla); 15 de abril de 1856, p. 12917 (Junta de comercio de Granada).

En la documentación del Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 15 (antes 17), se conservan dos de esas representaciones. La de la Junta de Madrid (17 de enero de 1856), tras razonar con argumentos históricos a favor de la jurisdicción especial de comercio, exponía: «Procurará (*la Junta*) desvanecer una opinión que por falta de examen anda valedera entre muchas personas. Se cree que la jurisprudencia mercantil es un fuero o privilegio concedido solamente a los que, ateniéndose a las prescripciones de la ley, se llaman comerciantes. Error grave. Los Tribunales de Comercio no constituyen fuero de ninguna especie. En los negocios mercantiles interviene el militar, el eclesiástico y el que no sea

viadas por las juntas de comercio a favor del mantenimiento del fuero mercantil, en lo que algún cronista de la época llegó a definir como «clamor general contra esta importante reforma» ⁽³²³⁾, y hubo enmiendas proponiendo una redacción de la base 18 favorable a

comerciante ... Trátase de establecer en el proyecto de reforma la creación de un jurado que intervenga en las cuestiones o hechos de pericia comercial. ¿Y qué otra cosa es hoy la facultad concedida a los Tribunales de Comercio y de la cual usan con frecuencia, nombrando cuando las circunstancias lo reclaman, tasadores de efectos, apreciadores de averías, etc.?»; la Junta terminaba suplicando (nada menos) «a las Cortes constituyentes tengan a bien desestimar las bases 16 y 17 presentadas por la comisión, y acordar que el Código y la ley de Enjuiciamiento mercantil sean reformados especialmente en la sustanciación de las demandas, poniendo en práctica con las modificaciones indispensables, lo establecido en la Real Cédula de erección del consulado de Madrid fecha 26 de Agosto de 1827, por ser así más conforme con la justicia, la naturaleza de los asuntos comerciales, la protección que merecen sus legítimos intereses, y la brevedad con que importa terminar los procedimientos». La Junta de Valencia, en un representación de 19 de febrero de 1856, llegaba a críticas similares (faltando sin embargo la pintoresca referencia madrileña al extinto consulado) con el argumento central del carácter no privilegiado de la justicia mercantil.

⁽³²³⁾ Ramon DE SOLANO ALVEAR, *Sobre la organización de los tribunales de comercio*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 29 (1866), 192-202: «Apenas se anunció en las Cortes Constituyentes el pensamiento de suprimir ... los tribunales mercantiles, hubo de levantarse un clamor general contra esta importante reforma» (p. 199); lo recordaba también la Comisión Revisora al presentar otro proyecto de ley organizativa de los tribunales de comercio (1863): «Cuando en las últimas Cortes constituyentes se trató de las bases de las leyes orgánicas de los Tribunales, creyó la Comisión nombrada para formularlas y presentarlas al examen del Parlamento que era llegado el día de llevar a la jurisdicción ordinaria los negocios mercantiles, pero estableciendo al propio tiempo que en ellos la cuestión de hecho fuera calificada por un jurado especial de comerciantes. Profunda era la convicción de aquella Comisión como se infiere del preámbulo que precedía a su dictamen, y sin que embargo, tuvo ceder, sin esperar el debate, ante el clamor general que se levantó contra la reforma. Las Juntas de comercio acudieron a las Cortes pidiendo la conservación de la jurisdicción especial; la clase mercantil manifestó su repugnancia a que se la privase de una institución secular que consideraba como una garantía para el ejercicio de su profesión, y entre las demás clases no encontró tampoco mejor acogida la reforma, considerada tal vez como una innovación peligrosa» (ed. de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 23 (1863), 431-495, pp. 436-437). El «clamor general» de 1856 sería invocado por quienes defendieron en 1868 la jurisdicción especial mercantil: véase discurso ante el Senado del conde de Fabreuer (sesión de 21 de febrero), reproducido, entre otros, en la *Revista* cit., 32 (1868), 371-400, 435-512 y 572-618, en especial pp. 488-489, sobre el que hemos de volver.

aquél ⁽³²⁴⁾. Al final la Comisión cambió su dictamen, presentando una nueva redacción de la controvertida base 18 («Para los pleitos que versen sobre materias mercantiles habrá Tribunales de comercio organizados en la forma que determinen las leyes») ⁽³²⁵⁾ que fue el texto definitivamente aprobado en las Cortes ⁽³²⁶⁾. Y aunque se alegó que «según la primera redacción, aceptaba la Comisión el pensamiento del Jurado comercial, lo cual era una idea progresista», en tanto que «según la redacción nueva, acepta el establecimiento de un tribunal excepcional, lo cual era una idea de retroceso» ⁽³²⁷⁾, la sugerente posibilidad de eliminar la jurisdicción especial pero creando un jurado profesional de comerciantes, que podía haber servido de experiencia de cara al establecimiento del jurado en cuestiones civiles ⁽³²⁸⁾, no llegó a convertirse en derecho positivo. Ya lo advirtió,

⁽³²⁴⁾ Diario de Sesiones (1854-1856), XIV, 29 de marzo de 1856 (apéndice), p. 11925: «Para la decisión y fallo de los negocios de comercio habrá tribunales especiales compuestos de comerciantes, los cuales decidirán por sí solos las cuestiones de hecho, oyendo para decidir las de derecho, si lo creen conveniente, a un letrado que podrán nombrar bajo su responsabilidad. Palacio de las Cortes, 27 de Marzo de 1856. Joaquín Carrias. A. de Udaeta. Lorenzo de Cuenca. Pedro Forgás y Puig. G. López de Mollinedo. T. Jaén. J. Blanco del Valle».

⁽³²⁵⁾ Diario de Sesiones (1854-1856), XIV, 4 de abril de 1856 (apéndice primero), p. 12081. Y esta redacción, intencionadamente abierta (discurso de Cirilo Alvarez, Diario cit., XV, 23 de abril de 1856, p. 12692), hubiese tenido al menos la virtud de suprimir tácitamente otras jurisdicciones especiales, como la de Hacienda, no salvadas en la ley de bases: Isabel CASANOVA AGUILAR, *Aproximación a la constitución nonnata de 1856* cit. (n. 289), p. 77.

⁽³²⁶⁾ Con una mera reenumeración, que lo convertía en base 19.

⁽³²⁷⁾ Discurso de Gil en Diario de Sesiones (1854-1856), XV, 23 de abril de 1856, p. 12689.

⁽³²⁸⁾ Diario de Sesiones cit. (n. 327), p. 12689 (Gil Sanz): «En la base primitivamente redactada por la Comisión había la ventaja de ensayarse la idea del Jurado, que pudiera después hacerse extensiva a los demás asuntos civiles si el resultado correspondía a nuestras esperanzas»; p. 12690 (Carrias): «El Sr. Gil Sanz reconoce que convendría que los hombres prácticos, que los hombres comerciantes entendiesen en las cuestiones de hecho, y S.S. insiste en la conveniencia del Jurado. Yo no puedo menos de decir a S.S. que para que fuese admisible el Jurado para esta clase de asuntos, era preciso marcar las reglas de su elección; porque si se adoptaba la práctica generalmente establecida del sorteo, pudiera suceder que fuesen a fallar sobre asuntos de grande importancia personas que no fuesen competentes por sus cortos estudios y los reducidos conocimientos que adquieran en su pequeña esfera mercantil». Y no sirve para ilustrar estas posibilidades la investigación de Juan Antonio ALEJANDRE, *La justicia popular en España. Análisis*

algo amargamente, un cronista contemporáneo: «Pero todas estas innovaciones, que hace tiempo demanda el estado de la ciencia, y el singular anacronismo que presenta la organización de los tribunales especiales, han quedado sólo en proyecto con la no publicación de la Constitución que elaboraron las mismas Cortes» (329).

Por eso no debe extrañar que, clausurado el Bienio, los trabajos de la Comisión Revisora fuesen respetuosos con la jurisdicción mercantil. Aceptada su continuidad, las quejas al defectuoso sistema de 1829-1830 quisieron superarse mediante el proyecto de ley sobre tribunales de comercio publicado en 1857 (330). Se trata de un texto relativamente breve (siete capítulos y disposiciones transitorias, con un total de 39 artículos), que satisfacía viejas aspiraciones de reforma: se regulaba por fin una segunda instancia mercantil (art. 1: «La jurisdicción en los negocios de comercio estará a cargo de Tribunales especiales, así en la primera, como en la segunda instancia»), a cuyo efecto los arts. 6 y ss. preveían una composición para los juzgados mercantiles inspirada en el proyecto de Código de 1837-1839, suprimiéndose desde luego la tercera instancia ante la definición vigente de competencias de Tribunal Supremo (art. 4: «Contra ellas — *sc. las sentencias definitivas* — sólo se dará el recurso de Casación... en los casos y forma establecidos en la Ley de Enjuiciamiento civil»); aparecía la figura del fiscal, singularmente en juicios concursales (art. 5); se subrayaba la profesionalidad de los nuevos tribunales, reduciéndose el protagonismo tradicional de los consultores (art. 3: «Los Jueces de Comercio serán responsables por sus fallos, ya se conformen o no con el dictamen del Letrado Consul-

de una experiencia histórica: los tribunales de jurados, Madrid, Universidad Complutense, 1981, que se centra en el jurado penal; cfr. para los años que interesan p. 106, donde sólo aparece el jurado en relación a delitos de imprenta. A efectos comparativos se cuenta ahora con ANTONIO PADOA SCHIOPPA, *La giuria all'Assamblea Costituente francese, 1700-1900*, ANTONIO PADOA SCHIOPPA (ed.), *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700-1900*, Berlin, Duncker und Humblot (= Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, hrg. von Helmut COING und Knut W. NÖRR, Bd. 4), 1987, 75-163, con referencias al jurado civil (p. 103 y n. 174).

(329) Ignacio MIQUEL, *Reformas legislativas de 1856* cit. (n. 293), p. 129.

(330) En *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 8 (1857), 6-8 y 10-11.

tor») ⁽³³¹⁾; finalmente, novedades en la demarcación y número de los tribunales de comercio eran anunciadas en el art. 1, párrafo segundo, del proyecto, que remitía a una ley futura el desarrollo de estos extremos ⁽³³²⁾.

No se contenían en el proyecto normas de índole procesal, requeridas ciertamente por la vigencia de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855 ⁽³³³⁾, pero las meras modificaciones orgánicas ya merecieron una respuesta entusiasta de los tribunales y juntas de comercio. Con la única excepción de la Junta de Gijón, que insistía en la fórmula del Bienio (supresión de la jurisdicción especial compensada por el establecimiento de un jurado mercantil) ⁽³³⁴⁾, la opinión más com-

⁽³³¹⁾ Lo que también había salido a relucir en la discusión de las bases del Bienio: «Tengo que hacer ahora una indicación sobre un punto que he indicado ya al principio de mi pequeño discurso, y es, que no comprendo la conveniencia de los asesores o consultores letrados que se ponen al lado de los Tribunales de comercio, siempre que se les dejen las atribuciones que hoy día se les dan, es decir, que los jueces no pueden separarse del parecer del letrado sin incurrir en responsabilidad; porque no hemos de querer suponer en todos los hombres el carácter suficiente para que una vez que comprendan en su buen juicio comercial cuál deba ser la resolución del negocio, si el parecer del letrado es otro, quieran separarse de él, exponiéndose a la responsabilidad que entonces puedan tener, cuando del otro modo se eximen completamente de ella» (Diario de Sesiones cit. n. 327, discurso de Carrias, p. 12691).

⁽³³²⁾ Cfr. Archivo de la Comisión de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 12, donde se conservan algunos papeles sobre el costo económico (1.329.900 reales) de la prevista implantación de nuevos tribunales mercantiles; existe también un borrador de «Real Decreto de creación y dotación de los nuevos tribunales de comercio», a cuyo tenor se referían las estimaciones.

⁽³³³⁾ Archivo de la Comisión de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 12: borradores de algunos artículos para una ley procesal mercantil, realizados probablemente por Cirilo Alvarez, a quien se encargó de la revisión de la Ley de 1830; se trataba, en resumen, de adaptar al máximo la sistemática y el contenido de la Ley de enjuiciamiento civil al procedimiento de comercio.

⁽³³⁴⁾ Archivo de la Comisión de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 10: «Dificultad suma encuentra la Junta de Comercio de Gijón al evacuar el informe que en uso de sus atribuciones se ha servido pedirle esa Comisión sobre el proyecto de organización de tribunales. Ocurren en esta plaza tan pocas ocasiones de controversia en los negocios objeto del tráfico y es tan poco conocida la tramitación de los juicios de comercio por los mismos que lo ejercen, que no les es fácil apreciar las ventajas del proyecto que se les somete. Sin tribunal hasta el día y confundidos estos especiales negocios en su tramitación con todos los del juzgado, no se ha echado de menos sino en muy pocos casos la necesidad de tribunal especial ... Limitadas las

partida aplaudía la reforma de 1857, sugiriendo ocasionalmente modificaciones que nunca desvirtuaban el diseño de la justicia mercantil establecido por la Comisión ⁽³³⁵⁾.

Con las respuestas acumuladas — sobre el proyecto y sobre algunos cuestionarios mediante los que la Comisión Revisora seguía el pulso de la jurisdicción mercantil en la práctica ⁽³³⁶⁾ — fue elaborado un segundo y considerablemente más extenso proyecto, listo a finales de 1861 ⁽³³⁷⁾. Se trata del texto que, con ligeras variantes, hizo suyo el Gobierno y elevó al Senado en 1863, acompañado de una extensa exposición de motivos de la Comisión Revisora ⁽³³⁸⁾, en unos tiempos que acreditaban serias preocupaciones por modernizar las

diferencias de esta plaza comercial a tal o cual contestación con motivo de averías en los transportes marítimos ..., un contrato mal entendido o una sociedad mercantil en vía de disolución por mala inteligencia concluyen por avenencia o arbitraje cuando las partes se cansan de diligencias judiciales. La Junta de Comercio de Gijón considera que los principios de justicia en general, la tramitación y el país ganarían en tener un solo juez y un solo fuero común, cuidando el Gobierno de hacer jueces a los que verdaderamente deben serlo y hayan pasado por las pruebas convenientes para que tengan prestigio, merezcan respeto y sean tenidos en toda consideración posible. Y con una jurisdicción común y general pudiera existir dignamente un jurado de calificación de hechos mercantiles compuesto por comerciantes aptos, los que sacados a suerte en cada litigio dieran al juez un informe razonado y concienzudo según su leal saber y entender, sobre el hecho objeto de la disidencia y sobre todos sus incidentes y circunstancias».

⁽³³⁵⁾ Estas respuestas en Archivo de la Comisión de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, legs. 10, 12 y 13, especialmente el último. Algunas de las contestaciones llegaron a publicarse: la del tribunal y la junta de comercio de Málaga como *Informe sobre el proyecto de ley de organización de los tribunales de comercio*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 11 (1857), 311-323; la del tribunal y la junta de Alicante por José REUS (ed.), *Enjuiciamiento mercantil*, en la misma *Revista*, 13 (1858), 118-132, 266-295.

⁽³³⁶⁾ En el Archivo de la Comisión de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 12, se conserva un extracto de las contestaciones a cuestionarios de 1857 y 1861.

⁽³³⁷⁾ En el mismo legajo citado en nota anterior se conserva este proyecto impreso. Aparece firmado por el presidente (Gómez de la Serna) y el secretario de la Comisión (Vicente de Soto), con la fecha 27 de diciembre de 1861.

⁽³³⁸⁾ Los materiales aparecieron en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 23 (1863) cit. (n. 323); se conservan en el Archivo de la Comisión de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 16.

jurisdicciones especiales bajo el signo de la máxima uniformidad posible respecto a la justicia ordinaria ⁽³³⁹⁾.

La lectura conjunta de esa exposición y del articulado (125 artículos, once títulos) nos enseña que el proyecto permanecía en la orientación del de 1857, cuyos puntos esenciales mantenía. La extensión de la justicia mercantil se lograba al aumentar territorialmente su competencia (art. 21 del proyecto) los tribunales especiales definidos en el art. 20 (Alicante, Badajoz, Barcelona, Bilbao, Cádiz, Cartagena, Coruña, Logroño, Madrid, Málaga, Oviedo, Palma de Mallorca, Salamanca, San Sebastián, Santa Cruz de Tenerife, Santander, Sevilla, Tarragona, Valencia, Valladolid, Vigo y Zaragoza), con el resultado de suprimir las atribuciones judiciales mercantiles que el Código de 1829 reservaba para la justicia ordinaria a falta de tribunal de comercio ⁽³⁴⁰⁾; pero la jurisdicción mercantil acentuaba también su especialidad funcionalmente, al establecerse una segunda instancia a cargo de tribunales especiales que existirían en Barcelona, Coruña, Madrid y Sevilla (arts. 23 y 24). El proyecto de 1863 avanzaba así en relación a la versión circulada en 1857, dando acogida a algunas de las propuestas de los tribunales de comercio poco entusiastas de reservar la demarcación de los juzgados mercantiles a una ley posterior ⁽³⁴¹⁾. La supresión de la tercera instancia y la admisión de casación (art. 4) eran soluciones ya adoptadas en 1857, que la Comisión justificaba ahora por la incidencia de la Ley de enjuiciamiento de 1855 ⁽³⁴²⁾.

Como en 1857, se garantizaba la presencia del ministerio fiscal en la justicia mercantil (arts. 99-108) y desaparecía la exoneración de responsabilidad de los jueces que aceptaran el dictamen del consultor letrado (art. 64); estos jueces serían de designación real, entre las

⁽³³⁹⁾ *La Revista* 23 (1863) cit. (n. 323) publicaba otros proyectos, igualmente presentados al Senado, sobre la jurisdicción militar y el fuero de marina.

⁽³⁴⁰⁾ Sólo los asuntos de cuantía inferior a 600 reales pertenecían a la justicia ordinaria: art. 2.

⁽³⁴¹⁾ Así Málaga en su *Informe* cit. (n. 335), pp. 312-313.

⁽³⁴²⁾ Exposición de motivos cit. (n. 323), pp. 440-443, que teorizaban sobre la naturaleza del recurso de casación para rechazar la eventual acusación de dar entrada en pleitos mercantiles a un órgano judicial, como el Tribunal Supremo, no especializado.

ternas de mayores contribuyentes del comercio y la industria elevadas por los mismos tribunales (art. 44) ⁽³⁴³⁾.

Pero el proyecto de 1863 presentaba también sus novedades. El art. 6 contenía un catálogo de los actos de comercio que delimitaban materialmente la competencia de la jurisdicción mercantil, con lo que tardíamente se aceptaba la formulación del *Code* en derecho español ⁽³⁴⁴⁾. De pasada quedaba resuelto el eterno problema de la ineficacia de las previsiones codificadas sobre la matrícula, pues el art. 9 del proyecto consideraba comerciantes a quienes «halléense o no inscritos en la matrícula... teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedicaren a él habitualmente». Estas normas configura-

⁽³⁴³⁾ Punto en que la Comisión también aceptó las observaciones del tribunal y junta de comercio de Málaga: *Informe* cit. (n. 335), pp. 319-320.

⁽³⁴⁴⁾ Art. 6: «Corresponderá exclusivamente a la jurisdicción mercantil, sean o no comerciantes los interesados, el conocimiento: 1., De las acciones nacidas de actos que con arreglo al Código de Comercio sean mercantiles; 2., De las que procedan de letras de cambio, vales, libranzas, o pagarés a la orden; 3., De las negociaciones sobre efectos públicos o valores al portador emitidos por el Estado, por las corporaciones administrativas o por las compañías para ello autorizadas; 4., De las diferencias entre las compañías de comercio y sus socios, o de éstos entre sí en los negocios a ellas referentes; 5., De las acciones nacidas de las operaciones de corretaje; 6., De las acciones de los comerciantes contra sus factores y mancebos en los asuntos concernientes a sus cargos; 7., De las acciones que sobre pago de salarios deduzcan los factores, mancebos, o cualesquiera otros dependientes de comercio; 8., De las acciones nacidas de los ajustes de la gente de mar; 9., De las quiebras de los comerciantes, y de las de sus testamentarias o abintestatos». En relación a este precepto había expuesto la Comisión (ed. cit. n. 323, pp. 450-451): «Si los actos de comercio estuvieran bien definidos en nuestro Código, cosa fácil sería determinar la extensión, y los límites de la jurisdicción mercantil. Pero ni esa definición completa existe, ni es de esperar tampoco, que en la redacción del Código reformado se encuentre una fórmula concreta y bastante comprensiva que abrace todos los actos mercantiles, y que señale la línea de diferencia que hay entre ellos y los puramente civiles. Y tampoco es de extrañar, porque las operaciones de comercio tienen tantos puntos de contacto con los negocios comunes de la vida civil, que raya casi en lo imposible señalar con exactitud matemática la línea que los separa y los caracteres que dan a los actos el carácter de mercantiles. Con esta dificultad han tropezado también todos los Códigos extranjeros, y la ciencia no alcanza aún a allanarla. Así es que la enumeración que en aquellos se hace de los actos de comercio, es más demostrativa que limitativa... No corresponde esta determinación a la Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Comercio, y debe quedar íntegra para el Código; pero al fijar la competencia de la jurisdicción mercantil, no podía la Comisión prescindir de adoptar algunas reglas que le sirvieran de base para el desenvolvimiento de su obra».

ban un ámbito exclusivo para la justicia mercantil con inhibición de cualquier otro tribunal (art. 14) y algún recelo frente al tradicional arbitraje, cuyas manifestaciones forzosas (por ejemplo en materia de contratos de sociedad) se suprimían (art. 5), pero no se olvidaba que la mercantil era jurisdicción excepcional y, por tanto, estrictamente limitada al conocimiento de los casos definidos bajo su competencia (art. 12). Sin embargo el pretendido sistema objetivo que la precisaba tenía, como en 1829, sus quiebras, pues la profesión mercantil era relevante para atribuir a los tribunales de comercio las testamentarías y abintestatos de los comerciantes (art. 6,9) o para residenciar ante la jurisdicción especial sólo a aquella parte en cuya relación fuese mercantil el acto en litigio (art. 8).

Estas últimas indicaciones plantean la vieja cuestión del adelanto de las reformas orgánicas y adjetivas respecto a las del derecho material codificado, cuya futura versión hubiese estado condicionada, en las definiciones legales decisivas de comerciante y de los actos de comercio, por el pie forzado contenido en el texto proyectado en 1863, pero de nuevo se trataba de un intento fracasado. Un nuevo cambio de gabinete retiró el proyecto del Senado (Real Orden de 28 de enero de 1864) ⁽³⁴⁵⁾, donde no había iniciado su tramitación y, según afirmó más tarde Gómez de la Serna, «suscitóse la duda de si debería o no existir la jurisdicción mercantil; estuvo algunos años pendiente este punto, produciendo naturalmente la paralización de los trabajos de la Comisión» ⁽³⁴⁶⁾.

La sempiterna cuestión de la organización de los tribunales arastraba la discusión en torno a la justicia de comercio. Algunos se

⁽³⁴⁵⁾ Referida en la Real Orden de 28 de julio de 1864, Archivo de la Comisión de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 11, por la que el Ministro de Fomento, Ulloa, solicitaba al presidente de la Comisión Revisora el dictamen sobre arreglo de la justicia mercantil que recojo *infra* n. 349.

⁽³⁴⁶⁾ Cfr. Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, *Estado de la codificación al terminar del reinado de Doña Isabel II* cit. (n. 223), p. 294; líneas arriba informaba del estado del proyecto de 1863 en el Senado: «La Comisión nombrada al efecto hizo serios y detenidos estudios, presentó al Gobierno y éste lo hizo a las Cortes el proyecto de organización judicial: no salió del Senado. En este Cuerpo colegislador la Comisión al efecto nombrada no llegó a dar dictamen». Cfr. para lo último (Juan FRANCISCO LASSO GAITE), *Crónica de la codificación española. I. Organización judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, p. 86.

manifestaban a favor de la misma, pero cerrando el paso a la tradicional judicatura mercantil y proponiendo unas instancias especializadas atendidas por jueces letrados ⁽³⁴⁷⁾; otros proponían al Congreso la supresión de los tribunales de comercio ⁽³⁴⁸⁾; la Comisión Revisora, interrogada al respecto por el Gobierno (Real Orden de 28 de julio de 1864), se pronunció por su parte recordando los defectos del sistema vigente, que combinaba tribunales de comercio con la justicia ordinaria y una segunda instancia ante las audiencias, con quiebra del principio mismo de la especialidad ⁽³⁴⁹⁾. Se alegaba muy especialmente que ello contradecía la Constitución vigente, conteniendo un principio de privilegio a favor de los territorios donde existían juzgados de comercio ⁽³⁵⁰⁾, pero el argumento no tenía más valor que el del mismo texto constitucional, situado en

⁽³⁴⁷⁾ RAMÓN DE SOLANO ALVEAR, *Sobre la organización de los tribunales de comercio* cit. (n. 323), p. 202: «La jurisdicción mercantil en la primera instancia debe ejercerse por Jueces especiales *dedicados exclusivamente* a la sustanciación y decisión de estos pleitos. Pero aquellos jueces han de ser *letrados*, porque sólo así conocerán el derecho... Opinando que la circunstancia de estipular y prometer a cada hora del día no es, ni indicio probable de competencia para juzgar en primera instancia sobre los derechos y obligaciones que nacen de los contratos, claro es que no hemos de discurrir de diverso modo a propósito de la organización de la segunda. Subsistiendo ésta en la forma actual, podría encargarse a una Sala en las Audiencias territoriales».

⁽³⁴⁸⁾ Diario de Sesiones (1866-1867), II, 19 de abril de 1867, p. 869: petición de Luis Paje, socio director de la fábrica de hilados y estampados de algodón en San Fernando, sobre supresión de tribunales de comercio y en especial el de Madrid. Se acordó que pasara al Ministerio de Fomento.

⁽³⁴⁹⁾ Su dictamen, de 23 de enero de 1865, en Archivo de la Comisión de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, legs. 11 (borrador) y 16 (texto definitivo).

⁽³⁵⁰⁾ Leg. 11 cit. (n. 349): «A estas consideraciones que ha aceptado el Gobierno, debe añadir la Comisión otras de tanto peso que con su dictamen no permiten siquiera dudar de la necesidad de reformar lo existente, que sobre ser contradictorio e insostenible, no cabe, como ya se ha expuesto, dentro de la Constitución de la Monarquía, la cual, si bien no rechaza la existencia de jurisdicciones especiales, repugna que éstas existan por consideración a personas, corporaciones o poblaciones determinadas. Si la exención es necesaria o conveniente al menos, debe alcanzar a todos los que se hallan en iguales condiciones... concederse a unas poblaciones la jurisdicción especial que... se niega a otras, es contrario al principio de igualdad sobre que están basadas nuestras leyes fundamentales».

una fase histórica que no asumía realmente su contenido normativo ⁽³⁵¹⁾.

La Comisión terminaba el dictamen con referencia al «clamor general» contra la base supresora de la jurisdicción mercantil de 1856 profetizando «que desde el momento en que se presume que pueda ser suprimida por regla general, de nuevo se alarmarán los mismos intereses y se levantarán las mismas voces que hicieron retroceder en 1856 a la Comisión de las Cortes Constituyentes», pero lo cierto es que los tiempos parecían maduros para eliminar una jurisdicción que no se llegaba a dotar de planta a la altura de las circunstancias. Otra vez la reforma general de la organización de los tribunales fue la ocasión para incidir en la justicia del comercio. Estamos a comienzos de 1868. El Ministro de Gracia y Justicia presentó al Senado un proyecto de ley de reforma orgánica de los tribunales y del procedimiento criminal, cuyo art. 2 sentaba, como una de las cinco bases que debía desarrollar el Gobierno en tanto no presentase la futura ley de tribunales, la «supresión de los Juzgados especiales de Hacienda y Tribunales de comercio, devolviéndose el conocimiento de los pleitos y causas en que hoy entienden a la jurisdicción real ordinaria» ⁽³⁵²⁾. La discusión de esa base fue muy detenida ⁽³⁵³⁾, hasta el extremo de constituir el punto principal en debate de lo que acabó siendo ley de 11 de abril de 1868 ⁽³⁵⁴⁾.

La sede normativa (no específicamente mercantil) en que se proponía la supresión — una ley «para formar la orgánica de tribu-

⁽³⁵¹⁾ Bastará, a los efectos presentes, remitir a la intervención de Pedro Cruz Villalón en las páginas de este mismo «Incontro».

⁽³⁵²⁾ El proyecto fue publicado en el *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 28 (1868), 44-47 (texto gubernamental), 107-112 (texto dictaminado, con añadidos que afectaban a la inamovilidad de jueces y magistrados). Cfr. (Juan Francisco LASSO GAITE), *Crónica de la codificación española* cit. (n. 346), pp. 93-94. Al parecer los argumentos constitucionales de la Comisión Revisora en su dictamen de 1865 eran ahora esgrimidos por el Ministro de Gracia y Justicia para razonar «que ante la ley, ante la igualdad y ante el derecho no tienen razón de ser los Tribunales de Comercio, que nada justifica hoy su existencia» (discurso del conde de Fabréquer cit. n. 323, p. 486).

⁽³⁵³⁾ Publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 32 (1868) cit. (n. 323), en especial pp. 480-512 y 572-618.

⁽³⁵⁴⁾ La publicó el *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 28 (1868), 449-451.

nales y la del procedimiento criminal» — había sido elaborada técnicamente por la Comisión de Códigos y no, según lo fueron los proyectos de 1857-1863, por la Revisora de Leyes Mercantiles; el Gobierno — el marqués de Roncali, en Gracia y Justicia — había contado en esta ocasión con el asesoramiento de un grupo de expertos que, aparte su parcial coincidencia en ambas Comisiones (Gómez de la Serna y Cirilo Alvarez), no se encontraba vinculado a los trabajos realizados antes en arreglo de la jurisdicción mercantil. Se recordó en los debates la fluctuante opinión de Alvarez y Gómez de la Serna, que suscribían un texto supresor tras haber figurado entre los autores materiales del texto reformador de 1857-1863, pero la aparente contradicción fue aclarada por el mismo Roncali: «Por esto es por lo que, salvando el Sr. Gómez de la Serna sus antecedentes con la delicadeza que le distingue, antecedentes que trajo a la Comisión codificadora, dijo: si la mayoría quiere esto, yo estoy al lado de la mayoría, y en el mismo caso se encuentra el Sr. Alvarez... Se trató del principio de la jurisdicción mercantil, dijeron: estos son los antecedentes, tenemos estos trabajos hechos; pero llega el caso de unificar los fueros: nosotros creemos que esto es bueno, y dejando a salvo todos los antecedentes lo vamos a sostener» ⁽³⁵⁵⁾; los afectados, por boca de Cirilo Alvarez, añadieron que su papel como comisionados les había costreñado a estudiar cuestiones propuestas por el Gobierno y elaborar proyectos ateniéndose, y así el de 1863 respetuoso para con la justicia mercantil, a sus directrices ⁽³⁵⁶⁾.

La identidad de unos mismos juristas tras los más variados momentos de reforma — Gómez de la Serna y Alvarez figuraron también, como sabemos, en la comisión de las Constituyentes (1854-1856) que dictaminó las bases orgánicas de la justicia — justificaba estas argumentaciones, indicándonos por cierto la conveniencia de conocer mejor la personalidad, carrera y obras de gentes tan importantes ⁽³⁵⁷⁾, pero quedó claro en el Senado que la opinión minis-

⁽³⁵⁵⁾ Discurso de Roncali, ed. cit. (n. 323), p. 599.

⁽³⁵⁶⁾ Discurso de Cirilo Alvarez, ed. cit. (n. 323), pp. 583-584.

⁽³⁵⁷⁾ Sobre lo que faltan, no es necesario recordarlo, modernos estudios. El interesado sólo cuenta con biografías de época y notas necrológicas; existen trabajos recientes, pero tan limitados en sus informaciones y objetivos que poco aclaran. Cfr. por ejemplo

terial favorable a la unificación de fueros encontraría en la cámara tan poca resistencia como en la Comisión de Codificación. Los puntos a reformar en 1863 — discontinuidad territorial de los juzgados mercantiles; intervención decisiva del letrado consultor; inexistencia de una segunda instancia especializada — eran las razones oficiales para la eliminación del fuero comercial que, con todo ello, se acreditaba poco operativo: si el sistema de justicia mercantil creado, sobre modelo francés, en 1829-1830 tuvo la virtud de configurar una especialidad dentro de la justicia estatal, ya no corporativa (cfr. *supra*), superado el pasado consular sus virtudes iniciales resultaban un lastre insalvable que manchaba de incongruencia la ordenación vigente de los juzgados de comercio.

Dos discursos destacaron en contra de la base segunda: los del Conde de Fabrequer, que defendió una enmienda en salvedad de los tribunales de comercio ⁽³⁵⁸⁾, y del senador gallego Vázquez Queipo, interviniente en la discusión del articulado ⁽³⁵⁹⁾. El peso de los antecedentes históricos alegado por el primero motivó una contundente respuesta del comisionado Francisco de Cárdenas, en la que se identificaba pasado corporativo y jurisdicción especial, ya carente de justificación «ante la grande autonomía del Estado» lograda por la revolución; la aptitud profesional de los jueces letrados para resolver asuntos de comercio y la unificación procesal operada por la Ley de 1855 («calcada en la ley de Enjuiciamiento comercial, lo cual demuestra claramente que el mismo procedimiento de unas causas, es aplicable a otras») completaban las palabras de Cárdenas en contra de la enmienda ⁽³⁶⁰⁾. A Vázquez Queipo, centrado en la historia más reciente de reformas de la jurisdicción mercantil, respondieron con cierta acritud el Ministro Roncali y Cirilo Alvarez: ni el «clamor general» de las instituciones afectadas, similar al sentido durante el

Juan Francisco LASSO GAITE, *Los Presidentes de las Comisiones de Códigos*, en *Anales. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 19 (1988), 153-225.

⁽³⁵⁸⁾ Ed. cit. (n. 323), pp. 482-490 y 501-503.

⁽³⁵⁹⁾ Ed. cit. (n. 323), pp. 503-512 y 572-580.

⁽³⁶⁰⁾ Ed. cit. (n. 323), pp. 490-501. Cárdenas deslizo algunas referencias a la posibilidad de un jurado de comerciantes que había hecho aparición en 1856 (cfr. pp. 494-495), pero fue un argumento, avanzado también por Cirilo Alvarez (cfr. pp. 592-593, p. 596), carente de reflexiones.

Bienio, ni la pretendida conveniencia de residenciar los pleitos mercantiles ante un juez especial apoyaban, según ellos, el mantenimiento de fuero para el comercio ⁽³⁶¹⁾.

El proyecto de ley fue aprobado por 92 votos a favor y dos en contra, suprimiéndose en teoría la jurisdicción mercantil en España. En teoría, pues el breve texto legal necesitaba de desarrollo para precisar la suerte de los pleitos iniciados ante los extintos juzgados mercantiles. La Comisión de Codificación elaboró dos proyectos de decreto con soluciones de derecho transitorio ⁽³⁶²⁾: el primero se limitaba a fijar el plazo (30 días: art. 1) en que debían pasar las causas seguidas en los suprimidos juzgados mercantiles, de Hacienda, Guerra y Marina a la justicia ordinaria, fijando además reglas de competencia (art. 2); transitoriamente se permitía su resolución con arreglo a los procedimientos anteriores (art. 6); las juntas de comercio recibirían los géneros depositados en los antiguos juzgados (art. 8) y los libros de agentes de bolsa y comerciantes quebrados (art. 10), poniéndolos a disposición del tribunal ordinario al que pasaban las causas. El segundo decreto, del que fue ponente Gómez de la Serna, iba referido solamente a los pleitos mercantiles: señalaba el nuevo ámbito competencial de la justicia ordinaria (art. 1), remitía a la regulación procesal común (art. 2) con derogación de las partes correspondientes del Código y de la Ley de 1830 (art. 3), establecía algunas excepciones, sobre todo en materia de quiebras (art. 4), y daba nueva redacción a los artículos del Código afectados por la reforma (art. 13), ordenando la preparación y publicación de textos refundidos de ese Código (art. 17) y de la Ley procesal de 1855, incrementada en los libros V y VIII de la de enjuiciamiento de causas de comercio (art. 19). Finalmente, se dejaba la puerta abierta al jurado en lo mercantil al disponer el art. 20 que «Un Real decreto especial determinará los casos y la forma en que hayan de intervenir los comerciantes en los litigios que versen sobre negocios mercantiles».

⁽³⁶¹⁾ Ed. cit. (n. 323), pp. 580-583, pp. 583-596, pp. 598-601.

⁽³⁶²⁾ Los publicó Francisco DE CÁRDENAS, *Apéndices a la memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 40 (1872), 97-111. Cfr. (Juan Francisco LASSO GAITE), *Crónica de la codificación española* cit. (n. 346), pp. 95-97.

No conozco el destino de estos proyectos ⁽³⁶³⁾, que darían juego sin embargo meses más tarde. Seguramente el destronamiento de Isabel II en septiembre de 1868 impidió su aprobación y entrada en vigor, pero ya es sabido que la llamada Revolución Gloriosa no supuso un paso atrás en la unificación de jurisdicciones impulsada por los últimos gobiernos moderados de la reina. Dando cumplimiento a una reforma que no llegó, a lo que conocemos, a tener efectos prácticos ⁽³⁶⁴⁾, el Decreto llamado de unificación de fueros de 6 de diciembre de 1868 insistía en la supresión de los fueros especiales y en concreto (art. 1, 8) el de comercio; algunas reglas, a veces literalmente tomadas de los proyectos de decreto en desarrollo de la ley de 11 de abril de 1868, arriba presentados, precisaban la expansión de la regulación procesal común (Ley de enjuiciamiento civil de 1855) a los pleitos de comercio (art. 11), con supresión de la vieja tercera instancia y consiguiente admisión de la casación (art. 15): en general, el proyecto de decreto de Gómez de la Serna, con su amplia relación de normas derogatorias y nueva redacción de artículos del Código y las Leyes de enjuiciamiento, se recogía en el título V del texto revolucionario («De la supresión de los Tribunales de Comercio, y reforma del procedimiento actual en los juicios que pasan ante esta jurisdicción»). El plazo de treinta días para remisión de las causas iniciadas a los juzgados comunes era recogido por una disposición transitoria del Decreto (1, 3).

Se ha destacado que el Gobierno provisional dio así cumplimiento a la aspiración unificadora que incorporaban los programas de las

⁽³⁶³⁾ Nada al respecto he encontrado en FRANCISCO DE CÁRDENAS, *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación, suprimida por decreto del Regente del Reino de 1 de Octubre de 1869, escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente... vocal de ella*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 38 (1871), 5-185, particularmente pp. 136-138.

⁽³⁶⁴⁾ Y de ahí que haya sido totalmente olvidada, a expensas del Decreto de diciembre posterior: cfr. Enrique GACTO FERNÁNDEZ, *Historia de la Jurisdicción mercantil* cit. (n. 64), pp. 179-180; Johannes Michael SCHOLZ, *Spanien. Zivilprozessrecht. Handelsprozessrecht*, cit. (nn. 20 y 302), pp. 2426 y 2426-2427. El texto del Decreto en *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 29 (1868), 731-749; la Orden de 17 de diciembre de 1868, que lo ~~ejecutaba~~ en lo relativo a los tribunales de comercio, en el mismo *Boletín* cit. 926-927.

juntas revolucionarias ⁽³⁶⁵⁾, pero suele olvidarse que las propuestas contrarias a las jurisdicciones especiales tenían como telón de fondo la limitación de la justicia de la Iglesia (art. 1, 1). La supresión de los juzgados de comercio, hacienda, etc. sería, entonces, un segundo aspecto de la reforma; en principio menos conflictivo, sin perjuicio de su importancia como factor de uniformidad jurídica, orgánica y procesal.

Así se explica que la extinción de la jurisdicción mercantil resultase una conquista definitiva, aunque no faltasen agoreros que anunciaron una marcha atrás en el logro unificador ⁽³⁶⁶⁾. En el congreso jurídico nacional de 1886 una abrumadora mayoría se manifestó en contra del restablecimiento de los tribunales mercantiles; más compartido aún fue el rechazo del jurado de comerciantes ⁽³⁶⁷⁾, que aún contaba con sus partidarios ⁽³⁶⁸⁾. La unificación de jurisdicciones

⁽³⁶⁵⁾ Johannes Michael SCHOLZ, *Spanien. Zivilprozessrecht* cit. (nn. 20 y 302), p. 2426.

⁽³⁶⁶⁾ Discurso de Vázquez Queipo en la discusión de la ley de 11 de abril de 1868, ed. cit. (n. 323), p. 505: «No hay, señores, como el tiempo para hacer triunfar la razón y la verdad: hoy toca a los Tribunales mercantiles. Pues bien; yo os anuncio desde ahora que si este proyecto llega a ser ley, como yo lo deseo, y si el Sr. Ministro de Gracia y Justicia hace uso en esta parte de la autorización que se le concede... no solo no se pasarán los treinta años que hoy han sido necesarios para que triunfases los buenos principios de las preocupaciones del siglo, sino que ni siquiera pasarán veinte sin que el Gobierno de S.M. venga de nuevo al Senado a pedir, en nombre de los intereses del comercio, el restablecimiento de sus Tribunales».

⁽³⁶⁷⁾ Johannes Michael SCHOLZ, *Spanien. Handelsprozessrecht*, cit. (nn. 20 y 302), p. 2440.

⁽³⁶⁸⁾ Francisco BERGAMÍN Y GARCÍA, *Ensayos históricos de Derecho Mercantil* cit. (n. 319), p. 114: «Para evitar este mal podía concedérsele al comerciante una participación en los procedimientos sin que por eso se atacase la unidad de fueros, pues fácil sería admitir una especie de tribunal de comercio que a manera de Jurado resolviese en la cuestión de hecho y ante la jurisdicción ordinaria se ventilase la cuestión de Derecho». Cfr. además Francisco SILVELA, *Proyectos de reforma de nuestra legislación mercantil, penal y civil*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 65 (1884), 294-311, que fue discurso de apertura de los tribunales como Ministro de Gracia y Justicia: «Tan sólo se propone el Gobierno obtener todavía algunas mayores facilidades para el principio de la libertad de asociación y uso del crédito..., y dejando abierto el camino y preparada la ley por si se creyera en su día oportuno, al plantear reformas en el Enjuiciamiento, organizar de algún modo la jurisdicción especial de Comercio, con participación

había supuesto el triunfo definitivo del monopolio del discurso jurídico a favor de los jurisconsultos profesionales y los comerciantes, maniatados como jueces según el régimen del Código por la presencia del consultor letrado, no llegaron seriamente a disputarlo ⁽³⁶⁹⁾. Se trata de una hipótesis a comprobar, pero tengo para mí que las acusaciones tradicionales a la justicia mercantil en la tramitación de las quiebras señalaban un importante factor de inseguridad que afectó en especial a los hombres del comercio, poco entusiastas, en fin, de una jurisdicción que la codificación del procedimiento civil común en 1855 convertía en lenta y cara.

Las medidas revolucionarias en reforma del derecho mercantil anterior no se limitaron a la supresión de los tribunales mercantiles. Poco antes del Decreto de diciembre de 1868, otro de 28 de octubre derogaba la Ley de sociedades por acciones de 1848 entre protestas de fervoroso liberalismo ⁽³⁷⁰⁾. El Decreto tenía una decidida vocación provisional (art. 3: «Las Sociedades anónimas se someterán para su organización y manejo a las prescripciones del Código de Comercio, interín no se legisle sobre la materia»), que pronto pudo ser relacionada con la confección de un nuevo Código de comercio. La libertad de creación de Bolsas (Decreto de 12 de enero de 1869) ⁽³⁷¹⁾, la derogación de las leyes de 1856 sobre bancos, sociedades de crédito y concesionarias de obras públicas (Ley de 19 de octubre de 1869) ⁽³⁷²⁾ y la regulación singular de las quiebras de las compañías ferrovias-

en el juicio de la misma clase mercantil, al menos para ciertos asuntos y determinadas plazas» (p. 296).

⁽³⁶⁹⁾ En el siglo XX, al agitarse las aguas de una posible reforma de la legislación orgánica y de procedimientos, aún se oyeron voces a favor del restablecimiento de los tribunales de comercio, que no lograron mayor eco: Ricardo ESPEJO DE HINOJOSA, *Tribunales de comercio, con unos apéndices sobre legislación mercantil española*, Valencia, Diario de Valencia, 1921; AUTORES VARIOS, *16 personalidades opinan sobre la restauración de los Tribunales de Comercio*, Barcelona, Librería Catalonia (ed. del Diario del Comercio), 1934.

⁽³⁷⁰⁾ Se recogió en *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 29 (1868), 630-633. Cfr. María JESÚS MATILLA, *La regulación del sistema capitalista en España* cit. (n. 279), pp. 49-56.

⁽³⁷¹⁾ Pedro GÓMEZ DE LA SERNA-José REUS GARCÍA, *Código de comercio* cit. (n. 200), pp. 541-543.

⁽³⁷²⁾ En la que un artículo adicional ordenaba que «Se procederá inmediatamente a la revisión del Código de Comercio con el objeto de modificarlo en el sentido de la más

rias (Ley de 12 de noviembre de 1869), asunto del mayor interés para los revolucionarios instalados en el Gobierno ⁽³⁷³⁾, componían una panoplia de novedades legislativas que convirtieron el Código de 1829, muy afectado ya por la derogación de su libro V, en un texto prácticamente inservible a esa altura de siglo ⁽³⁷⁴⁾.

Había unanimidad en que la transitada vía de la legislación especial debía considerarse agotada, procediendo la redacción de un nuevo Código de comercio. «Si se quiere legislar de una manera estable y dar unidad y armonía al conjunto de disposiciones que reconocen como fuente y origen un todo homogéneo donde radica el fundamento mercantil que las determina», había ya expuesto el Consejo de Estado en 1862, el medio de solución «no es ni puede ser otro que el de un Código» ⁽³⁷⁵⁾. Dirigiéndose, algo después, al Gobierno y sus tareas en relación a la legislación mercantil recomendaba un publicista de la época: «Una cosa le encarecemos, y es que no preste oídos a la idea que abrigan algunos espíritus superficiales de remediar los males existentes con nuevas medidas o disposiciones aisladas. La reforma sólo será útil, fecunda y practicable, siendo científica y estando comprendida en el Código de comercio y encadenada con

amplia libertad de los asociados para constituirse en la forma que tengan por conveniente, y a fin de ponerlo en consonancia con los adelantos de la época»; cfr. José MONTERO Y VIDAL, *La Bolsa, el Comercio y las Sociedades Mercantiles* (1881), Madrid, Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, 4ª ed. 1884, pp. 110-225, que componen un nutrido apéndice de textos legales sobre sociedades.

⁽³⁷³⁾ Cfr. Justino F. DUQUE DOMÍNGUEZ, *La modificación del derecho concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la ley de 12 de noviembre de 1869 sobre quiebra de las compañías de ferrocarriles*, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, EDERSA, 1981, 113-181, con abundante uso de documentación parlamentaria; ya antes Josep FONTANA, *Cambio económico y crisis política. Reflexiones sobre las causas de la revolución de 1868* (1971), en *Cambio económico y actitudes políticas en la España del siglo XIX*, Barcelona, Ariel, 1973, 97-145.

⁽³⁷⁴⁾ Ahora contamos con un estudio general de estas medidas y sus circunstancias: Antón COSTAS COMESAÑA, *Apogeo del liberalismo en la «Gloriosa». La reforma económica en el Sexenio liberal (1868-1874)*, Madrid, Siglo XXI, 1988, en especial pp. 128 y ss.

⁽³⁷⁵⁾ Dictamen del Consejo de Estado de 16 de abril de 1862, cit. (n. 293).

las demás disposiciones del mismo» ⁽³⁷⁶⁾. «La reforma del Código de Comercio», se escribiría, en fin, ya en la década de los '70, «es de pocos años a esta parte motivo preferente de discusión, no sólo entre los individuos de la clase mercantil... sino en el estadio mismo de la prensa, por cuyo medio se manifiestan las varias aspiraciones de la opinión pública, tan pronto como llegan a condensarse. Quiénes consideran el Código promulgado en 1829 como un monumento de sabiduría, inmortal e inalterable, especie de arca santa que no puede tocarse sin profanación y sacrilegio; quiénes le critican acerbamente, olvidando con notoria ligereza que fue en su día la compilación más hábil y práctica de los conocimientos y reglas existentes sobre derecho mercantil... El pecado del Código de Sáenz (*sic*) de Andino no era suyo, sino de la época en que le formuló... Todavía no han pasado cincuenta años, y sin embargo, si no asistiéramos a la fecha, parecería que ya habían transcurrido siglos; tal ha sido desde entonces la renovación general de las ideas y el influjo que en todo orden han tenido los maravillosos descubrimientos de la ciencia» ⁽³⁷⁷⁾.

La Revolución proveyó a la sentida necesidad de un nuevo Código por Decreto de 20 de septiembre de 1869 ⁽³⁷⁸⁾. Se trataba de disolver la ya vieja Comisión Revisora de las Leyes Mercantiles (art. 1) y sustituirla por otra destinada, «teniendo en cuenta por una parte los trabajos de la anterior y por otra los decretos del Gobierno provisional (hoy leyes) y los proyectos presentados en las Cortes, a la redacción de un proyecto de Código de Comercio y de Enjuiciamiento mercantil» (art. 2). A tal efecto el art. 3 precisaba las siete bases a las que la nueva comisión ajustaría sus trabajos. Muy sintéticamente, el Gobierno deseaba un proyecto orientado hacia la total libertad en el ejercicio de actividades económicas, individualmente o en asociación (base 1), con restricción de requisitos de forma en los contratos en aras de la autonomía de las partes (base 2), supresión de

⁽³⁷⁶⁾ Tomás M. MOSQUERA, *Reforma de la legislación mercantil* cit. (n. 319), p. 173.

⁽³⁷⁷⁾ J. DE CARVAJAL, *Reforma de la legislación vigente sobre quiebras*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 52 (1878), 129-148, 257-270, 398-414, 532-552; 53 (1878), 52-82. La larga cita en pp. 129-130 del tomo 52.

⁽³⁷⁸⁾ En *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 31 (1869), 485-493.

cualquier límite «para el ejercicio de las profesiones comerciales» (base 3) — con la consiguiente modificación del régimen de matrícula (base 5, segunda) — y de toda exigencia de agremiación (base 4); finalmente se indicaba la necesidad de incorporar las nuevas realidades del tráfico — una práctica desarrollada de seguros (base 5, sexta), compañías (base 5, quinta), títulos valores (base 5, séptima) y navegación a vapor (base 5, octava) — y de asumir la unificación de fueros con la consiguiente reforma del derecho concursal y el procedimiento (bases 6 y 7) ⁽³⁷⁹⁾.

Cambiaban las comisiones, pero se mantenían sus componentes. La creada en 1869 tenía a Pedro Gómez de la Serna como presidente y a Laureano Figuerola, Cirilo Alvarez y Luis Díaz Pérez, todos ellos de la Revisora, entre sus integrantes ⁽³⁸⁰⁾. Antiguos y modernos, los juristas comisionados fueron ya realizando pausadamente sus trabajos, de manera que de nuevo se cruzaron denuncias sobre la inactividad de la Comisión ⁽³⁸¹⁾, pero esos trabajos resultaron decisivos al constituir la base del Código de comercio de 1885. En el Archivo de la Comisión General de Codificación, muy desordenado en los fondos que aquí interesan, se conservan unos extensos borradores sin fecha, aunque probablemente de los años inmediatos al Decreto de 20 de septiembre ⁽³⁸²⁾. El más completo presenta un texto dividido

⁽³⁷⁹⁾ En la base 7 el Gobierno encomendaba seriamente el estudio del jurado mercantil: «En el procedimiento mercantil se acudirá a los métodos más rápidos y expeditos, estudiando con especial esmero la institución del Jurado en sus aplicaciones a los litigios mercantiles».

⁽³⁸⁰⁾ El resto de vocalías correspondió inicialmente a Luis María Pastor, Manuel Alonso Martínez y Joaquín Sanromá; para la secretaría se designó a Francisco Camps (Decreto cit. n. 378). Cfr. Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. A (antes 19), que conserva varios papeles sobre nombramiento de nuevos vocales y algunos borradores de artículos para el Código (contratos y derecho marítimo).

⁽³⁸¹⁾ J. DE CARVAJAL, *Reforma de la legislación vigente sobre quiebras* cit. (n. 377): «Hizo más aquella Asamblea (Constituyente de 1869): convencida de la urgencia de reformar el Código de Comercio, lo acordó así el 19 de octubre de 1869, y principió con gran actividad los trabajos... El espíritu sereno y patriótico que lamentaban estas disposiciones, se tumbó en la contienda de los elementos políticos..., el sentido democrático y liberal se amortiguó en las regiones del poder, y no se ha vuelto a hablar de la modificación del Código mercantil».

⁽³⁸²⁾ Codificación mercantil, leg. B (antes 18).

en cuatro libros según la sistemática del Código de 1829, con la única alteración exigida por la extinción en 1868 de la jurisdicción de comercio (antiguo libro V), y un total de 862 artículos. Su lectura remite necesariamente al nuevo, y pronto viejo, Código de 1885 ⁽³⁸³⁾, ante el que intencionadamente se detienen estas páginas.

⁽³⁸³⁾ Cfr. AA.VV. *Centenario del Código de Comercio* cit. (n. 158); Enrique GACTO FERNÁNDEZ, *El Código de Comercio de 1885*, en José Luis GARCÍA DELGADO (ed.), *La España de la Restauración: política, economía, legislación y cultura*, Madrid, Siglo XXI, 1985, 401-412.

APENDICE DOCUMENTAL

I

Proyecto de ley provisional para la reforma de varios artículos del Código de comercio promulgado en 30 de mayo de 1829. Madrid, 6 de diciembre de 1839.

Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 14, exposición de motivos remitida al Ministro de Marina; leg. 10, texto articulado.

Excmo. Sr.

Tenemos el honor de presentar a V.E. el adjunto proyecto de ley provisional que para las reformas de más perentoria urgencia en el Código mercantil vigente, se dignó S.M. confiar a nuestro buen deseo por Real Orden de 26 de Agosto último: y si rectificado o mejorado con las enmiendas que el juicio de V.E. estimase convenientes, llegase a merecer la real aprobación, quedará más sobradamente compensado un trabajo todo material, como reducido a coordinar los que ya resultaban hechos. Desde nuestra primera reunión, consultado el objeto que según el Real decreto de 24 de Octubre del año pasado claramente se proponía el Gobierno de S.M., convinimos unánimes que sólo nos debiéramos ocupar de las más oportunas observaciones con que los Tribunales y Juntas de Comercio de todo el Reino correspondieron a la invitación que se les hizo por una circular, cuando fue creada la comisión primera para entender en el nuevo código, de cuya necesidad urgente nadie dudaba. Aprovechada entonces la oportunidad para quejarse todos amargamente y clamar por la más pronta cesación de los daños y perjuicios que sentía el comercio, por los defectos que la experiencia había demostrado en el Código mercantil de 30 de Mayo 1829, no era difícil acertar con la regla más segura de conocer cuáles fuesen de preferir, tratándose de calificar los que con más premura piden remedio; porque la absoluta

generalidad y la muy notable mayoría de las mismas quejas y clamores de los interesados están marcando el orden de preferencia.

Decididos a ésto y persuadidos de la sencillez de las operaciones, tocamos muy luego el inconveniente de que cuanto más avanzáramos en las reformas, sería tanto mayor la extensión del proyecto de la ley provisional, y por consiguiente, también muy temible, que no pudiendo las Cortes dedicar el tiempo necesario a su examen y discusión, se frustrase tal vez el pensamiento del mencionado Real decreto de 24 de Octubre del año último.

Por este temor, nos hemos limitado a lo que opinan más esencial los mismos Tribunales de Comercio, en cuyo sentir abundamos nosotros, que por no molestar sin necesidad la atención de V.E. omitimos la esplanación de los fundamentos, por obrar en los expedientes que hemos examinado; y entre tanto, animados de los mejores deseos, al paso que confiando en el celo de V.E. nos atrevemos a recomendar por de la mayor importancia para la administración de justicia en las causas y negocios mercantiles la reforma que hace relación al libro quinto del Código vigente.

Dios guarde a V.E. muchos años. Madrid, 6 de Diciembre de 1839. Excmo. Sr. — Antonio Guillermo Moreno. Carlos de Espínola. Francisco de Acebal y Arratia. Manuel de Careaga. Excmo. Sr. Secretario del Despacho de Marina, Comercio y Gobernación de Ultramar.

Artículo 1º. Los tribunales de comercio auxiliados por los Gobiernos políticos, las Intendencias de Provincia, Ayuntamientos, Juntas y Comisiones de Comercio quedan encargados de formar dentro del término de dos meses desde la publicación de esta ley, la matrícula de comerciantes de sus respectivos distritos, con distinción de clases de por mayor y por menor *. Copia de dicha matrícula autorizada por el

(*) Cfr. Real Orden de 29 de octubre de 1838 (*Decretos de Isabel II*, 24, 2ª ed., Madrid, 1846, p. 579) «mandando formar una matrícula de cuantos ejerzan la profesión del comercio». Motivada por una reclamación procedente de Cádiz, donde funcionaban las llamadas «matrícula antigua» y «moderna», establecía el cumplimiento del art. 11 del Código a cargo de las juntas de comercio. La Orden estaba fechada precisamente el mismo día en que un Real Decreto nombraba la comisión encargada de proponer el

Escribano de actuaciones, se fijará en los estrados de audiencia de los mismos tribunales, para conocimiento del comercio.

Artículo 2º. La falta de inclusión del comerciante en dicha matrícula, que no hubiese sido reclamada en los 15 días siguientes a la exposición de las listas en los estrados del Tribunal, se considerará como una renuncia voluntaria de los derechos que a los Comerciantes confiere la legislación especial, y cederá siempre en daño de los mismos, sujetándolos a lo gravoso, sin opción a lo útil.

Artículo 3º. El registro público de comercio establecido según los artículos 22 al 31 inclusive, del libro 1º, tít. 2º sección 1ª del Código de comercio, estará a cargo de los Escribanos de los tribunales de comercio.

Artículo 4º. El artículo 131 del lib. 1º, tít. 3º, sección 2ª del Código de comercio, cuya redacción varía en sus diferentes ediciones**, se leerá y entenderá en los términos siguientes:

«En cuanto a los fondos en metálico que tenga el comisionista pertenecientes al comerciante, será responsable de todo daño y extravío que en ellos sobrevengan, aunque sea por caso fortuito, o por efecto de violencia, a menos que no proceda pacto expreso en contrario».

Artículo 5º. Fuera de los casos en que por la legislación especial de comercio se establecen determinadamente las formas y solemnidades de los contratos, los comerciantes son libres para contratar y obligarse:

1º por escritura pública

2º con intervención de corredor, extendiéndose por éste póliza escrita del contrato o refiriéndose a la fe del asiento de su registro

proyecto de ley de reforma urgente del Código de comercio que ahora se publica (*Decretos*, pp. 550-553).

(**) Ya observó el error material Mittermaier en sus trabajos divulgadores sobre el Código. En el Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 14, se contienen diversos papeles sobre el expediente instruido a raíz de la exposición de Pedro Vilar, de Barcelona, en que se quejaba ante las Cortes del diferente tenor que presentaba el art. 131 del Código según sus ediciones.

3º por contrato privado, formado por los contratantes o testigos a su ruego y en su nombre

4º por correspondencia epistolar

5º de palabra y viva voz.

De cualquiera de dichos modos que los comerciantes contraten quedan obligados, y se les podrá compeler en juicio al cumplimiento de las obligaciones que contrajeron.

Artículo 6º. Los acreedores particulares de un socio que lo fuesen por créditos y obligaciones posteriores a la escritura de sociedad no pueden extraer de la masa social los fondos que en ella tenga su deudor, y sólo les será permitido embargar la parte de interés que a éste corresponda en la liquidación de la sociedad para percibirlo en el tiempo que el deudor podría verificarlo. Los acreedores por contratos u obligaciones anteriores a la escritura de sociedad, si después de perseguidos los demás bienes que el deudor tuviese separados de la masa social no fuesen suficientes para obtener su reintegro, podrán dirigir su acción contra los fondos que su deudor tenga en la sociedad, en cuyo caso quedará ésta disuelta y se procederá a su liquidación para que los acreedores puedan reintegrarse con el haber que resulte corresponder a su deudor; si la misma sociedad no prefiriese pagar las deudas particulares de su socio.

Artículo 7º. Las letras de cambio giradas y pagaderas en el mismo pueblo de su fecha, no tendrán diferencia alguna en sus efectos con las demás que se girasen a pagar en otro punto distinto.

Artículo 8º. Son actos mercantiles sujetos a los efectos del artículo 1200 del libro 5º, tít. 3º, del Código de comercio todas las operaciones que tengan por objeto girar, endosar o aceptar letras de cambio, libranzas y vales o pagarés a la orden, y también el suscribir cualquier papel de obligación que admita endosos y pueda tener curso y negociarse en las plazas de comercio.

Artículo 9º. Las libranzas y los vales o pagarés a la orden producirán las mismas obligaciones y efectos que las letras de cambio.

Artículo 10. El artículo 737 del libro 3º, tít. 3º sección 1ª del Código

de comercio queda adicionado en la 10ª circunstancia en los términos siguientes:

«Los términos convenidos para la carga y descarga, y si se han de contar o no los días laborables solamente».

Artículo 11. Para declarar de cuarta clase a un quebrado, bastará que concurra en él una sola de las circunstancias que expresa el artículo 1007 del libro 4º, título 1º del Código de comercio.

Artículo 12. El acreedor legítimo aun cuando no lo sea por título que lleve aparejada ejecución o que siéndolo no pudiese obtener de pronto la expedición del mandamiento para presentar el testimonio que exige el artículo 172 de la ley de enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio de 24 de julio de 1830, tiene derecho para solicitar la declaración de quiebra del deudor, sin que preceda su manifestación espontánea, siempre que haga constar en debida forma que se halla su deudor en alguno de los casos que determina el art. 1025 del lib. 4º título 2º del Código de comercio y que puede ocasionarle perjuicio la condescendencia, inacción o disimulo de los demás acreedores, cuyos créditos no hayan sido satisfechos a su vencimiento conforme a las condiciones del contrato.

Artículo 13. El artículo 1040 del libro 4º, tít. 3º del Código de comercio queda reformado en los términos siguientes:

«También se comprenden en las disposiciones del artículo anterior las donaciones entre vivos que no tengan el carácter de remuneratorias, otorgadas después del último balance, si de éste resultaba que el quebrado debía más de lo que tenía. Si tal balance no existiese, se estará a lo que resultase en el tiempo en que debiera haberse hecho, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 36 y 38, libro 1º, tít. 2º, sección 2ª del Código de comercio».

Artículo 14. La convocación de los acreedores del quebrado a la primera junta general que en el acto de hacerse la declaración debe proveerse por el Tribunal con arreglo al artículo 1044 del libro 4º, tít. 4º, no exige señalamiento del día en que haya de celebrarse, lo cual corresponde al Juez Comisario, según y en la forma que lo prescriben los artículos 1062 y 1063 de los mismos libro y título del Código de comercio.

Artículo 15. Corresponderá a los acreedores en Junta general fijar el número y nombrar los síndicos que hubieren de entender en la quiebra, según la calidad y extensión de los negocios de la misma.

Artículo 16. El nombramiento de cada síndico se verificará por la mayoría de los votantes, que será la mitad y uno más de su número total. Puede recaer el nombramiento de síndico no sólo en acreedor por derecho propio, sino también en quien lo fuere en representación de otro y con su poder, teniendo las circunstancias de ser comerciante matriculado, corriente en su giro, mayor de 25 años y con residencia habitual en el pueblo. El nombramiento de síndico se hará en persona determinada y no colectivamente en sociedad de comercio.

Artículo 17. Todo quebrado que haya cumplido las disposiciones de los artículos 1017 y 1018 del Código de comercio, recibirá una asignación alimenticia únicamente durante el tiempo del procedimiento sobre la quiebra. Su cuota será graduada por el tribunal de comercio oyendo el informe de Juez comisario, con relación a la clase del quebrado, al número de personas que compongan su familia, al haber que resulte del balance general y a los caracteres que se presenten para la calificación de la quiebra. Si los síndicos tuviesen por excesiva la asignación hecha al quebrado, podrán hacer al tribunal las reclamaciones que estimen convenientes a los intereses de la masa.

Artículo 18. Las proposiciones del quebrado se discutirán y pondrán a votación, formando resolución el voto de un número de acreedores que compongan la mitad y uno más de los concurrentes, siempre que el interés de ellos en la quiebra cubra las tres quintas partes del total de créditos de los mismos votantes.

Artículo 19. La administración de justicia sobre causas y negocios mercantiles en la primera, segunda y tercera instancia (si tuviese lugar) estará a cargo de los tribunales especiales de comercio en todos los pueblos donde se hallen establecidos y en los demás en que se estableciesen por decretos particulares. El territorio de estos tribunales será el del partido judicial de los pueblos donde los haya.

Artículo 20. El número de jueces de comercio se aumentará en consideración a que deberán ser siempre distintos en todas las instancias. Entretanto se suplirá la falta con los jueces que lo hubie-

sen sido los años anteriores, llamando a los del año último por orden de antigüedad, primeramente a los que fueron Cónsules y enseguida a los sustitutos de cónsules. Los Priors cesantes serán llamados también por el mismo orden para conocer y presidir en la segunda y tercera instancia. La misma regla se observará en todos los demás casos en que por cualquier motivo llegase a faltar el número necesario de jueces para conocer en alguna de las instancias.

Artículo 21. En las causas y negocios mercantiles no habrá necesidad de intentar en juicio de avenencia o conciliación, siempre que resulte de ello diligencia perjudicial, en vez de ser útil y beneficioso tanto al demandante como al demandado. Queda a cargo y bajo la responsabilidad de los Tribunales de Comercio estimar en vista de la demanda o solicitud del actor, la oportunidad de hacer comparecer a las partes, antes o después de acordar otras providencias y que tenga efecto el juicio de conciliación, que se celebrará en las Salas de audiencia por testimonio del Escribano de actuaciones que extenderá y autorizará el acta.

Artículo 22. En las causas de menor cuantía cuyo interés no sea mayor de tres mil reales en los tribunales de comercio y de dos mil en los juzgados ordinarios, causan ejecutoria sus respectivas sentencias.

Artículo 23. La tercera instancia no tendrá lugar en las causas de comercio sino cuando en grado de apelación se hubiese revocado en todo o en parte la sentencia de primera instancia. Siendo revocatoria en parte, será únicamente objeto de la tercera instancia el punto o puntos de la revocación.

Artículo 24. Quedan derogados como contrarios a las disposiciones precedentes que sustituirán a los siguientes artículos del Código de comercio de 30 de mayo de 1829.

11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 del libro 1º, título 1º.

131 de dicho libro 1º, tít. 3º, sección 2ª.

235, 236, 237, 238 libro 2º, tít. 1º.

296 de dicho libro 2º, tít. 2º, sección 1ª.

371 dicho libro 2º, tít. 3º, sección 2ª.

429, 434 dicho libro 2º, tít. 2º, sección 1ª.

558, 560, 566, 567 dicho libro 2º, tít. 10.

592 libro 3º, tít. 10.

1040 libro 4º, tít. 3º.

1068, 1069, 1070 dicho libro 4º, tít. 5º.

1098 dicho libro 4º, tít. 6º.

1153 dicho libro 4º, tít. 10.

1178, 1180 libro 5º, tít. 1º.

1205, 1206, 1207, 1212 y 1214 del libro 5º, tít. 4º.

Madrid, 6 de diciembre de 1840 (*sic, por 1839*). Antonio Guillermo Moreno. — Carlos de Espínola. — Manuel de Careaga. — Francisco de Acebal y Arratia. Es copia (rubricado).

II

*Borrador manuscrito de un dictamen de la Comisión Revisora de las Leyes Mercantiles sobre sociedades por acciones (¿1856?) **.

Archivo de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia (Madrid), Codificación mercantil, leg. 12.

La Comisión revisora de las leyes mercantiles, en vista de la real orden de diciembre último comunicada por el antecesor de V.E. y sin perjuicio de llevar adelante la revisión del Código de Comercio y ley de enjuiciamiento, con la circunspección que reclama un trabajo de tanta importancia, se ha dedicado al examen y discusión preferente de las reformas que a consecuencia del vigor con que de nuevo

(*) El texto, en ocasiones muy difícil de leer, carece de fecha; un dictamen del Consejo de Estado (16 de abril de 1862), conservado en el leg. 11 del mismo Archivo, cita un proyecto de la Comisión Revisora de las Leyes Mercantiles en materia de sociedades por acciones, del 1 de julio de 1856. Probablemente se trata del que edito a continuación, al que correspondería, así, la fecha últimamente recogida; tenemos algún indicio que suministra su mismo texto: el dictamen se elabora por la Comisión a partir de una Real Orden en tal sentido «de diciembre último comunicada por el antecesor de V.E.», pero el caso en los años centrales del siglo XIX de cambio en la cartera de Fomento a fines o principio de año corresponde al tercer gobierno progresista de Espartero: de 6 de junio de 1855 a 15 de enero del siguiente tuvo la poltrona Alonso Martínez, sustituido por Francisco de Luxán desde esa segunda fecha (cfr. José María GARCÍA MADARIA, *Estructura de la Administración Central* cit. n. 251, p. 317); la Real Orden cuya fecha no se precisa sería elaborada por Alonso Martínez y el dictamen sobre sociedades, dirigido a su sucesor Luxán, de 1856. Otra posible cronología (gobierno de Armero, de 13 de octubre de 1857 a 14 de enero de de 1858, con Pedro Salaverría en Fomento, luego desplazado, en el gobierno de Leopoldo Istúriz, por Ventura Díaz y Joaquín Ignacio Mencos: José María García Madaria cit., p. 319) nos situaría dos años más tarde (1858), pero a rechazar esta posibilidad me mueve (i) no sólo la conveniencia de adscribir al Bienio un escrito sobre cuestión, el derecho de sociedades, objeto de debates e importantes modificaciones legislativas en esa época; (ii) también la circunstancia de que el gobierno Istúriz duró hasta fines de junio, lo que no encaja con la referencia del Consejo de Estado en 1862 a un proyecto presentado en el mes de julio.

se manifiesta el espíritu de asociación en nuestro país, puedan ser convenientes desde luego, a fin de no malograr esta tendencia vivificadora de todos los agentes de la riqueza pública.

Las sociedades por acciones son en efecto hoy día el primer elemento de la vida mercantil y motor imprescindible, atendida la dirección y marcha que lleva la sociedad moderna. Ellas han venido a resolver un problema que estaba planteado desde el momento que el individuo, sintiéndose fuerte en su derecho y apoyado por la ciencia, intentó llevar a cabo empresas de las que parte se reservan los gobiernos, parte se realizaban por grandes corporaciones de carácter forzoso, y parte se condenaban por imposibles.

El problema era sacar sinceras <?> fuerzas productoras, reunir capitales crecidos que habían de ser su base, de manera que la asociación que los produjera, dándoles verdad y existencia permanente, no limitara la libertad de los asociados. Era menester en una palabra <ilegible> las obras de la creación donde la unidad resalta en medio del cambio continuo y la sucesión no interrumpida de los fenómenos.

Y las sociedades por acciones no sólo han dado soluciones al problema en el interés del desarrollo espontáneo del individuo y facilitando la aplicación de los descubrimientos portentosos de la ciencia y del arte; sino que han conducido a multiplicar el servicio de unos mismos capitales, de suerte que, dada esta potencia, se calculan mal las fuerzas de un pueblo para las grandes empresas si se miden por su solo capital en numerario.

Pero aquí se observa una cosa parecida a la que se presenta <en> la industria, donde a medida que se multiplican las funciones de las máquinas es preciso que crezcan a la par la habilidad del constructor y la vigilancia del que las gobierna. Con efecto, desde los actos comerciales practicados en nombre particular hasta los que parten de una sociedad sin nombre y que no ofrece responsabilidad personal, se encuentra una complicación progresiva, y de ordinario el aumento también progresivo de potencia mercantil; y análoga es la progresión en las precauciones que ha tomado el derecho de cuasi todos los pueblos comerciantes.

Las sociedades por acciones debían ser pues y han sido objeto especial de la acción tutelar de la ley. En ellas, además del interés de los acreedores privados de la garantía que ofrecen el arraigo y honor

de persona o personas determinadas que dieran su nombre a las obligaciones contraídas, hay comprometido el porvenir de muchas familias, y en ciertas épocas la tranquilidad pública y la confianza general, sin la que no vive el comercio.

Cabe en verdad dejar en este punto completamente libre a los intereses individuales, esperando que avivada su inteligencia y educados por una experiencia más o menos costosa, den el mismo resultado que la acción protectora de la ley y del Gobierno; y así se ha procedido en gran parte en grado eminente. Pero lo que es admisible en abstracto y puede ser aceptable tratándose de un pueblo sin tradiciones, que nada exige del Gobierno fuera de la seguridad en el libre ejercicio de los derechos individuales, y donde la vida pública trae consigo experiencias no interrumpidas; lo que allí, decimos, podrá no ser aventurado, se rechaza por los pueblos de nuestro continente.

Así lo comprendieron indudablemente los autores de nuestro Código de Comercio, pues que exigen una autorización especial para constituir la sociedad anónima; pero se les ocultó que no determinan condiciones precisas para solicitar esta autorización, y someter la facultad de otorgarla a los tribunales de comercio equivalía en la práctica a dejar de todo punto libres dichas sociedades.

Latente entonces el espíritu mercantil en nuestro país, no era posible que desde luego se dejaran sentir los funestos resultados de sus arriesgadas disposiciones. Empero poco después de la guerra civil se aviva aquel espíritu, que en los pueblos modernos es inseparable del de asociación; toma por instantes una actividad asombrosa, parte de aquella energía que en todos los dominios del hombre siembran con bruscos sacudimientos las revoluciones, en compensación de los desastres que causan; y en aquella época vimos a la mala fe, llevada hasta la imprudencia, valerse de la facilidad de la asociación económica para hacerse con el caudal ajeno, así como al proyectista comprometer la fortuna de gran número de personas que en malhora participaron de su entusiasmo y ligereza.

El desenlace de este drama fue lastimoso: en el ánimo del comerciante introdujo la desconfianza; en la plaza, la crisis monetaria que no es más que el retraimiento del crédito; y en todas las personas honradas excitó un sentimiento profundo de indignación.

El Parlamento de 1848 hizo un gran bien al país con la ley de 28 de enero; pero viva aún la impresión de la catástrofe que la promovió

y en toda su fuerza los sentimientos nobles que excitara, se trató de cerrar todas las avenidas a nuevos conflictos, cual si fuese posible asentar sobre terreno de todo punto sólido aquellas instituciones que estriban todas en la inteligencia y actividad del individuo. En ellas debe cuidarse de no llevar las prevenciones hasta tal punto que se sofoque el fuego que las anima.

Es menester no perder de vista el carácter especial del desenvolvimiento de los pueblos modernos. En ellos, los portentos que a cada paso admiramos son producto de la multiplicidad de elementos impulsados por fuerzas individuales, y por esta causa la sociedad se halla expuesta con frecuencia a perturbaciones parciales, pero que no alcanzan a desviar la civilización de su curso; perturbaciones a cuya posibilidad es forzoso resignarse en parte, si no se quiere renunciar a la acción fecunda de aquellas fuerzas.

Partiendo de estos principios, y tomando en cuenta de una parte que algún recuerdo ha de quedar de la costosa experiencia pasada, para hacer más cauto al capital; y de otra, y como obrando en sentido distinto, nuestra historia, es decir, los hábitos seculares de tutela gubernamental, y que el carácter que estas impresiones en el individuo no se borran en un día; la Comisión procedió al examen detenido de la ley de 28 de enero y del reglamento para su ejecución, a fin de proponer las modificaciones que siendo favorables al espíritu de asociación, puedan adoptarse sin temor inconsciente (>), inconveniente (>) de nuevas crisis.

La Comisión se ha fijado ante todo en aquellas disposiciones que no conducen al objeto que se propusieron sus autores.

Tal es en primer término la del art. 2, que prescribe la necesidad de una ley especial para determinadas sociedades por acciones, a saber, aquéllas cuyo objeto está fuera del alcance de la industria privada mientras una ley no lo autorice. Aquí se confundió la sociedad con su objeto; no se advirtió que después de haber decidido sobre de éste el Parlamento, no había razón por que el Gobierno dejara de estar facultado para autorizar la sociedad que se propusiera dicho objeto, al igual que las demás; y dejó de cuenta también que admitiendo esta distinción se respetaban los buenos principios que eliminan del terreno de los Parlamentos las cuestiones personales o de otra suerte concreta.

Carece igualmente de objeto la prohibición absoluta de extender

las acciones o sus cédulas al portador. Cuando por hallarse desembolsado todo su valor ha concluído la responsabilidad del accionista, para nada se necesita, fuera del caso extraordinario de robo o falsificación, conocer las personas por cuyas manos vaya pasando la cédula en lo sucesivo, y por consiguiente no hay motivo bastante para impedir al comercio que transmita este papel cual los billetes de banco al efecto de multiplicar con más facilidad sus operaciones.

Considera también la Comisión como careciendo de resultado práctico, además de ser embarazoso, el tener que extenderse en papel y forma especiales, las acciones que los directores han de tener en depósito. Con prescribir que éste se verifique en determinado establecimiento público y que no pueda levantarse sin la intervención de la autoridad, se logra tan efectiva como es posible la garantía que la ley quiso exigir a los administradores de la compañía, que, dicho sea de paso, no deben confundirse con el gerente o gerentes.

En segundo término se ha presentado una disposición que no compensa con el bien que en determinadas circunstancias puede producir el mal resultante de los obstáculos que opone a la asociación en su nacimiento. Se refiere la Comisión al art. 7 de la ley, donde se dispone que no se dé curso a la solicitud cuando de los pedidos de acciones no conste la suscripción de una mitad por lo menos del capital de la compañía. Como no se trata de la autorización definitiva y sí sólo de la aprobación de la escritura, estatutos y reglamento, con la declaración de considerarse de utilidad pública la empresa, ha creído la mayoría de la Comisión que nada se arriesgaba con suprimir la necesidad de dicha suscripción, toda vez que si la empresa estaba mal calculada o no merecían confianza sus promovedores, no lograrían éstos la suscripción en la parte que se considera indispensable para obtener la aprobación definitiva; y decimos en la parte, porque la misma mayoría ha creído que para el efecto de dicha aprobación bastaría exigir la suscripción de los dos tercios del capital social, con el fin de dar más facilidad a las grandes empresas.

Por fin, necesitan de alguna enmienda o modificación los arts. 4, 15 y 17 de la misma ley. El art. 4, porque si las palabras *cuyo objeto sea de utilidad pública* se toman en sentido lato contienen una condición inútil, al paso que si se prefiere la significación rigurosa hacen punto menos que imposible la asociación por acciones, de lo

que proviene (?) cierta jurisprudencia que unos la calificarían de extensiva y otros la tacharían de arbitraria.

El art. 15 reclama alguna aclaración, atendido que su letra ha dado margen a que las compañías autorizadas por una ley especial pretendieran no venir comprendidas en la prohibición que el mismo artículo contiene.

El art. 17 exige variación en una de sus partes, porque no es justo que cuando una compañía hace necesaria la inspección detallada y real con la intervención de un delegado del Gobierno en los actos sucesivos, cargase el Estado con el gravamen de retribuir a este delegado especial que en tales casos nombre en interés de los accionistas y de los acreedores de la sociedad. Este delegado, como se concibe fácilmente, no pasará en la mayoría de los casos de un mero inspector o revisor, pero si de la inspección resultan cargos graves contra la administración y el temor de que comprometa los intereses comunes, el mismo delegado u otro que nombre el Gobierno ha de tomar el carácter de interventor, presidiendo los actos sociales.

Tales son las modificaciones de que en concepto de la Comisión es susceptible la ley de 28 de enero, y que pasa a formular redactando la ley tal como debería quedar si dichas modificaciones fuesen aceptadas. La Comisión ha añadido además la prohibición absoluta de amortizar acciones, porque esta facultad concedida a las compañías está ocasionada a gravísimos riesgos, como con las precauciones que para impedir su abuso se tomaron con la real orden de 31 de mayo de 1834 **.

1. Toda compañía cuyo capital en todo o en parte se divida en acciones, necesita de la autorización del Gobierno para constituirse.

2. Cuando la compañía se propone un objeto que por su naturaleza o por las condiciones bajo las cuales se ha proyectado corresponde al poder legislativo, no podrá obtener el real decreto para constituirse mientras una ley no autorice dicho objeto de explotación. No obstante, el Gobierno podrá permitir la constitución provisional de la compañía para el solo objeto de llenar las condiciones indispensables para obtener la concesión.

(**) Los artículos transcritos a continuación están tachados.

3. La autorización sólo podrá concederse a las compañías cuyo objeto sea de utilidad o conveniencia pública a juicio del Gobierno.

4. No es menester acreditar suscripción alguna de acciones para que se dé curso a la solicitud y al solo objeto de obtener la aprobación y declaración de *«que»* habla el artículo 9 de la ley de 28 de enero. Para obtener la aprobación definitiva de la compañía no se exigirá que conste mayor suscripción que la de los dos tercios del capital social.

5. Las cartas de pedidos de acciones constituyen obligación con arreglo a las prescripciones del derecho común y especiales del mercantil.

6. Las acciones en que se divida el capital de la compañía podrán convertirse en títulos al portador luego que esté desembolsado el valor que representan.

7. Las acciones que deben tener en depósito los directores de las compañías y de que habla el art. 13 de la ley de 28 de enero podrán extenderse en igual forma y papel que las demás. El depósito se verificará en la caja de este nombre o su sucursal, y no podrá levantarse sin la autorización y formalidades que prescriba el reglamento.

8. Para que una compañía pueda emitir billetes, pagarés, abona-rés u otros documentos al portador es necesario que esté autorizada por una ley al efecto.

9. El Gobierno ejercerá sobre las compañías por acciones la inspección que conceptúe necesaria para afianzar la observancia estricta y constante de la ley y reglamentos, nombrando en los casos que sea menester delegados especiales a costa de las mismas compañías.

10. Ninguna compañía podrá amortizar parte de sus acciones, aunque a este objeto destine exclusivamente beneficios líquidos.

11. Queda subsistente la ley de 28 de enero en cuanto no se opona a las disposiciones de la presente.

A la luz de los mismos principios la Comisión ha revisado el reglamento. Los acuerdos que produjo una discusión detenida y a veces empeñada va a consignarlos clara y sencillamente con la indicación de los motivos que la ilustración de V.E. apreciará en su caso, omitiendo empero la Comisión hacer mérito de aquellos artículos del mismo reglamento que deben suprimirse o modificarse, según la nueva ley salga de la deliberación de las Cortes.

Art. 1 del Reglamento, pár. 2. Podría concebirse en esta forma: «*El punto del reino donde se proponga fijar su domicilio*». La Comisión ha creído conveniente dar por sentado que el domicilio sería en territorio español, al paso que ha considerado prudente no expresarlo en forma de mandato para que no se creyera que se hubiesen resuelto aquellas «?» cuestiones de derecho internacional cuya decisión es de la competencia del tiempo y del concurso de todas las naciones otras «?». Puntos hay en efecto que el derecho internacional consuetudinario ha fijado ya y que según se concibiera el artículo podían creerse decididos en sentido distinto; tal es el de la capacidad que se reconoce en una sociedad establecida en el extranjero para adquirir bienes muebles o inmuebles en el país para tomar una empresa.

Pár. 4 del mismo artículo. Su redacción será más propia de este modo: «La denominación, si es anónima, y la razón comercial junto con la denominación, si fuera comanditaria por acciones. En ambos casos la denominación quedará «?» conformidad».

Art. 3. El avalúo definitivo no puede hacerse antes del tiempo que señala este artículo, porque de otra suerte para un acto tan delicado carecerían de importancia los intereses sociales. Es verdad que «*al*» proyectar la compañía y extender la escritura social será preciso verificar un avalúo que más tarde podrá no estar conforme con el definitivo, pero la dificultad que de aquí podía originarse en el supuesto de resultar el segundo avalúo más bajo que el primero se salva con añadir al artículo que *si verificado el avalúo definitivo no resulta suscrito el número de acciones que prescribe la ley, quedará la autorización sin efecto*.

Arts. 21 y 22. No están ciertamente de acuerdo con la ley, conforme se indica en la nota pasada por el Ministerio. En dichos artículos se confundió una Real Orden de trámite con el Real Decreto de autorización.

Art. 31. Al prescribirse en este artículo que las compañías no pudiesen prestar bajo otra cuantía que la del papel de la deuda consolidada, se tuvo en cuenta indudablemente que éste era el único que no podría sufrir una depreciación tal que pusiera en riesgo los capitales de la sociedad dados a préstamo. Empero, existiendo otras clases de papel con interés y que proporcionalmente dan la misma garantía que

la que se denomina consolidada, parece que a todas podría hacerse extensiva la disposición del artículo.

Art. 32. En este artículo sería tal vez conveniente suprimir la cita que en él se hace del 300 del Código de Comercio, cuidando de expresar al fin que *si vendidas las acciones no alcanza su producto a cubrir los dividendos adeudados, el accionista responderá de lo que faltase con todos sus bienes, sea cual fuera la época en que se hubiese constituido la compañía*. De esta suerte se evita el tener que verificar el trabajo de aplicación del citado art. 300, completado con el 327, a la naturaleza particular de las sociedades por acciones, al paso que se hace desaparecer la duda que se quiso suscitar acerca de si la disposición de que se trata comprendía así a las sociedades anteriores como a las posteriores a la ley de 1848.

Art. 34. Previene este artículo algo más de lo que suelen practicar los gobernadores de provincia, quienes se limitan por lo general a manifestar al Gobierno que los balances están conformes con los libros. Lo que el reglamento encarga también es que el delegado del Gobierno se cerciore de la exactitud o inexactitud del balance, de aquí el que todo lo más que pudiera añadirse en concepto de la Comisión es que el Gobernador de la provincia, al remitir el balance el balance *(sic)* al Gobierno, acompañe un informe sobre el estado de la sociedad.

Art. 44. Indudablemente la disposición de este artículo debe comprender todos los casos de liquidación, no existiendo motivo de diferencia en este punto entre la que se practica por haber la sociedad tocado al término convenido o dado fin a la empresa y la que sobreviene por algún accidente que determina la disolución. Lo único que a juicio de la Comisión importa variar en este artículo es la parte relativa a la comunicación periódica del estado de la liquidación que debe hacerse al Gobernador de la provincia. Bastaría que los liquidadores tuviesen obligación de comunicar dicho estado cada tres meses. Mandarlo *(?)* cada mes es punto menos que imposible, y motivo bastante para que la disposición no tenga cumplimiento.

La Comisión había pensado dejar resueltas en cuanto le fuera posible todas las cuestiones que puedan sobrevenir no sólo en los casos de disolución y liquidación, sino también en la administración de las sociedades sobre las que por la citada real orden se la consulta; pero ha resuelto dar aquí por terminada su tarea por dos razones podero-

sas. La primera, que las cuestiones o preguntas que le fueron dirigidas por el Gobierno naturalmente han de recaer sobre las dificultades que ha señalado el despacho de los expedientes y que por lo mismo son las únicas que requieren solución pronta. La otra consideración es que un trabajo completo sobre sociedades por acciones destacado del total de revisión del Código estaba expuesto a tener que experimentar <?> en su día retoques y variaciones muy sustanciales.

ENRIQUE GACTO

APROXIMACION A LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL

I. La organización judicial. — II. El procedimiento criminal. — III. Características del Derecho penal y procesal penal. 1. Carácter doctrinal y judicial. 2. Desigualdad ante la ley. 3. Primacía del interés público sobre las garantías defensivas del reo. 4. Filosofía de las penas. — IV. La realidad criminológica.

Hay dos obras en la moderna historiografía jurídica española que se han planteado el estudio global del Derecho penal y del ordenamiento que constituye su indispensable complemento, el procesal penal, ambas referidas a Castilla: me refiero a *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, de Francisco Tomás y Valiente y a *El Proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)* de María Paz Alonso Romero ⁽¹⁾; ambos libros, y el conjunto de monografías sobre tema penal y procesal que ha ido publicando el profesor Tomás y Valiente serán obligado punto de referencia para la mayor parte de las materias de las que voy a ocuparme ⁽²⁾.

⁽¹⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*. Madrid, 1969; M.P. ALONSO ROMERO, *El Proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca, 1982.

⁽²⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Teoría y práctica de la tortura judicial en las obras de Lorenzo Matheu i Sanz (1618-1680)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 41 (1971), pp. 439-487; *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, en *Anales de la Universidad de la Laguna*. Facultad de Derecho (1963-1964); *Derecho y proceso penal a finales del siglo XVIII: La crítica de Beccaria*, prólogo a la edición de C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, ed. Aguilar, Madrid, 1969, pp. 9-53; *La tortura judicial y sus posibles supervivencias*, en *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 125-142; *La tortura en España. Estudios históricos*. Ed. Ariel. Salamanca, 1973, reúne los anteriores trabajos; Vid., además, *El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano (siglos XVI-XVII-XVIII)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 31 (1961), pp. 55-114.

Como digo, la problemática penal y procesal penal para al reino de Castilla se encuentra muy bien tratada en estas aportaciones básicas, centradas en los siglos que van desde la baja Edad Media hasta el fin del Antiguo Régimen. Pero hay que decir enseguida que para los restantes territorios jurídicos de la Península Ibérica no existen investigaciones comparables con ellas, ni aún en el propósito, con lo que ya de entrada es preciso dejar constancia de esta importante carencia historiográfica, que afecta de forma señalada a los territorios de la Corona de Aragón.

Una especie de anuncio o promesa de estudio del Derecho penal valenciano dejó anotada el propio Tomás y Valiente en la introducción de su libro ⁽³⁾, sin que hasta el momento se haya hecho realidad, aunque en los numerosos trabajos que ha publicado sobre esta temática abundan las alusiones al ordenamiento jurídico del Reino de Valencia.

La laguna historiográfica se amplía si volvemos la atención a lo que hoy llamaríamos «Parte especial» del Derecho penal: ninguna aportación de conjunto ni estudios sobre las distintas categorías de delitos, sino, únicamente, aportaciones aisladas de valor muy desigual, a algunas de las cuales me iré refiriendo a lo largo de esta intervención.

Por mi parte, no voy a plantear una exposición lineal que ni cabría en estas sesiones ni creo tampoco que respondiera a lo que se pretende con ellas sino que he creído preferible destacar, un poco por vía de reflexión sobre lo que se ha publicado (en especial sobre las dos obras citadas al principio), los rasgos más sobresalientes de esta parcela de la Historia del Derecho español. Esto, y una breve referencia a los aspectos que, en mi opinión, deberían ser mejor estudiados, es lo que voy a exponer a continuación.

I. LA ORGANIZACION JUDICIAL.

Y voy a empezar con una brevísima alusión a la organización judicial del Antiguo Régimen y al orden de proceder observado en los asuntos criminales.

Recientemente Benjamín González Alonso ha ofrecido una rigu-

⁽³⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...* p. 14.

rosa síntesis del panorama organizativo de la administración de justicia (4), aspecto estudiado a fondo por María Paz Alonso Romero para Castilla (5) y bastante menos conocido en la Corona de Aragón y Reino de Navarra, donde sólo las monografías de Lalinde y Salcedo proporcionan algunas conclusiones sólidas (6).

A muy grandes rasgos, los tribunales castellanos se articulan, en el nivel inferior, sobre la figura clave del Corregidor, consolidado desde los Reyes Católicos como juez ordinario y común en los municipios, según ya destacó en su día el propio González Alonso (7).

Los Alcaldes Mayores, en el nivel intermedio, se mantienen como órganos residuales que sobreviven al oscurecimiento de los Adelantados y conservan una jurisdicción no bien conocida, al parecer de ejercicio itinerante probablemente reducida a conocer en primera instancia de los asuntos criminales de su lugar de residencia ocasional y cinco leguas del entorno.

En la cúspide de la organización, la Sala de Alcaldes de Corte y Chancillería o Alcaldes del Crimen, de cuyas sentencias sólo cabe recurso de suplicación ante ellos mismos y, más arriba aún, en inmediata contigüidad física con la persona del rey, la Sala de Alcaldes de Casa y Corte y el Consejo Real, que Salustiano de Dios ha estudiado a fondo (8).

Paralelamente a la jurisdicción ordinaria y común que asumen estos tribunales hay un variado despliegue de jurisdicciones especiales, inevitable consecuencia de una sociedad organizada sobre bases estamentales, y frecuentes injerencias de la jurisdicción extraordinaria o delegada, a través de los nombramientos, por el Consejo Real, de jueces comisarios y pesquisadores, de actuación muchas veces incontrolable y siempre gravosa para los administrados.

María Paz Alonso destaca, entre otras, las siguientes caracte-

(4) B. GONZALEZ ALONSO, *La Justicia*, en *Enciclopedia de Historia de España II*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1988; para esta cuestión, pp. 384 y ss.

(5) M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 106 y ss.

(6) J. LALINDE ABADIA, *La jurisdicción real inferior en Cataluña («Corts, veguers, batlles»)*. Barcelona, 1966. J. SALCEDO IZU, *El Consejo Real de Navarra en el siglo XVI*. Pamplona, 1964.

(7) B. GONZALEZ ALONSO, *El Corregidor castellano (1348-1808)*. Madrid, 1970, pp. 104 y ss.

(8) S. DE DIOS, *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*. Madrid, 1982.

rísticas de una organización judicial como la que acabamos de diseñar:

En primer lugar, carácter acumulativo, derivado de la coexistencia de diversos organismos procedentes de épocas históricas muy distintas, que superponen sus competencias sin una planificación unitaria que salve el confusionismo.

En segundo lugar, señala el principio de justicia retenida por el rey, es decir, la falta de competencias específicas atribuidas con carácter exclusivo a los tribunales vinculados a la esfera personal del monarca (Alcaldes de Casa y Corte y Consejo Real), que pueden avocar a sí cualquier causa. Y, por otra parte, la facultad de este último organismo (el Consejo Real) para nombrar discrecionalmente jueces pesquisidores, cuya presencia inhibe a los órganos ordinarios.

En tercer lugar, el principio de control jurisdiccional jerárquico, que permite a los tribunales superiores conocer de asuntos que, en principio, eran competencia de los inferiores, bien por vía de retención de causas o por la de presentación de los reos.

Todos estos cauces generan falta de rigidez en la organización, interferencias continuas en los niveles inferiores y, como resultado, una enorme inseguridad que impide al justiciable saber con exactitud cuál es el órgano que va a juzgarle ⁽⁹⁾.

II. EL PROCEDIMIENTO CRIMINAL

En cuanto a la dinámica procesal, María Paz Alonso llega en su libro a la conclusión de que, a partir del siglo XV, se perfilan en Castilla dos tipos de procedimiento que van a coexistir, prácticamente, hasta el siglo XIX: el que dicha autora denomina «orden complejo», un proceso técnico, farragoso y lento, y el que llama «orden simplificado», más rápido y, por ello, más eficaz, pero en el que las garantías procesales del reo, ya bastante desvaídas en el «orden complejo», terminan por desaparecer ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 137 y ss. F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, p. 199 enumera las que, a su juicio, constituyen notas principales del proceso penal castellano. B. GONZALEZ ALONSO, *La justicia...*, 399 ofrece un «Decálogo» comprensivo de los rasgos más acusados de la justicia del Antiguo Régimen.

⁽¹⁰⁾ M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 159 y ss.

Uno y otro orden pueden ser calificados de «mixtos» en cuanto dan acogida a principios tomados del proceso acusatorio medieval, pero también, y de forma dominante, a los del inquisitivo.

Y los dos procesos se configuran al margen de la ley: el «complejo» sobre una base doctrinal que la práctica observa y el «simplificado» sobre el estilo de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, justificado después por los autores. Aunque este último es el que tiende a imponerse, nunca llegaría a desplazar por completo al «orden complejo» (11).

Parece que no hubo ningún criterio definidor de en qué casos o ante qué tribunales debía seguirse uno u otro procedimiento (con la excepción ya señalada de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte). En realidad — nos dice Maria Paz Alonso — el órgano judicial elegía libremente, lo que vino a introducir un factor más de confusiónismo e inseguridad (12).

La doctrina jurídica distinguió tres fases teóricas en el llamado orden o procedimiento «complejo»:

1) En primer lugar, la fase sumaria, que se inicia de oficio o a instancia de parte, por querrela verbal o acusación escrita. Es una etapa preparatoria en la que el juez abre información secreta para aclarar las circunstancias del delito, identificar a los autores, etc., y adopta las medidas cautelares precisas para asegurar el resultado del juicio: prisión del reo, sobre todo, y secuestro de sus bienes; en esta fase la práctica introdujo el uso de tomar una primera confesión al sospechoso y, muy a menudo, la de aplicarle el tormento.

2) La segunda fase es la del juicio plenario, que se desdobra en dos momentos: el primero, de fijación de la litis, en el que se dan los cargos al reo y éste presenta sus excepciones y responde a la acusación. Cuando el proceso se sigue de oficio, esta fase del plenario concluye aquí; pero si hay parte acusadora o intervención fiscal, es preciso darles traslado de la respuesta del reo para que el acusador conteste en réplica y ésta se notifica al acusado para que, a su vez, alegue en dúplica.

Se abre con ello el segundo momento del plenario, el período probatorio, con escrito de alegaciones, lista de testigos e interrogatorio y

(11) M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 161, 168, 173.

(12) M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, p. 173.

alegación de tachas en el acto de presentación y juramento de testigos. A la ratificación de los que declararon en la fase sumaria sigue la deposición de los ahora propuestos, con publicación y traslado y, por fin, el escrito de bien probado en el que el acusador, si estimaba que no había suficiente prueba, pedía auto de tormento. Como ha quedado dicho, en la práctica, el reo era interrogado y sometido a tormento casi siempre en la sumaria, de oficio por el juez, de manera que a estas alturas del proceso solía ser ya un trámite innecesario. El pleito quedaba así dispuesto para sentencia, a la que a veces precedía una vista oral con informe de los letrados.

3) Por último, la tercera fase, que era la de sentencia, dictada tras el examen de las actas o la lectura de una síntesis por el relator. El reo es condenado o absuelto sin que, en Castilla, la sentencia se motive con ninguna fundamentación expresa de hechos o de Derecho ⁽¹³⁾.

En cuanto al «orden simplificado», no es más que una versión sintética del «complejo», en el que la confesión del reo pasa a la fase plenaria y ésta, a su vez, queda reducida al máximo.

Una vez finalizado el período sumarial (que no presenta variantes con respecto al «orden complejo»), la Sala cita a las partes para un plenario en el que no hay división en fases, procediéndose sucesivamente a la toma de confesión, ratificación de los testigos de la sumaria, acusación y respuesta, presentación e interrogatorio de los testigos y citación de las partes para la sentencia.

En este orden de proceder el acusado sólo puede defenderse de los testimonios incluidos en la sumaria, que se le trasladan en acusación; pero, al no haber comunicación de la prueba, desaparece la posibilidad de replicar a los testigos que la acusación presente ⁽¹⁴⁾.

Así, si el procedimiento «complejo» presentaba ya un predominio evidente de la fase sumaria (inspirada en los principios del proceso inquisitivo) sobre la plenaria (que acoge las inspiraciones del acusatorio), esta importancia del sumario llega a ser decisiva en el «orden simplificado». Queda consagrada de este modo la situación de inferioridad absoluta del acusado — casi de indefensión — en cuanto no puede, como he dicho, rebatir los testimonios alegados en

⁽¹³⁾ M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 163-168.

⁽¹⁴⁾ M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 168-173.

la fase probatoria. Las garantías del reo quedan reducidas, pues, a poco más de una mera ilusión.

Hay que decir, además, que no faltan ejemplos, bien documentados por María Paz Alonso, de que un mismo tribunal, en un mismo proceso, ajuste sus actuaciones unas veces al «orden complejo» y otras al «simplificado», lo que indica hasta qué punto existió indeterminación y falta de criterio firme en la manera de proceder ⁽¹⁵⁾.

Junto a estos dos procedimientos ordinarios hubo, por fin, un tercero, rápido y extraordinario, que no se ajustaba ni siquiera a la tramitación abreviada del «orden simplificado», utilizado sobre todo por los jueces pesquisidores, ante el que la doctrina se manifestó bastante reticente y al que haremos alguna referencia más adelante ⁽¹⁶⁾.

III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL-PENAL.

Una organización y una praxis judicial como las que acabo de esbozar sintonizaron a la perfección con las orientaciones del Derecho penal sustantivo que los tribunales aplicaban. El resultado de esta confluencia fue un horizonte jurídico-penal caracterizado por los siguientes rasgos:

1. *Carácter doctrinal y judicial.*

Cabe decir que, hasta el siglo XIX, la ley no constituyó la única, ni siquiera la más importante fuente del derecho penal y procesal, sino que compartía esta condición con la literatura jurídica y con el estilo judicial. Autores y jueces, en efecto, no tienen reparo en criticar ni en apartarse de lo legalmente establecido, proponiendo y aplicando soluciones alternativas. A veces, el estilo judicial se pliega a las sugerencias doctrinales, pero en otras ocasiones se aparta también de el-

⁽¹⁵⁾ M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, p. 174.

⁽¹⁶⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla (c. 1547 - c. 1605). Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 45 (1975), pp. 224 y ss. M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 290 y ss., especialmente la 293.

las y abre una tercera vía de actuación, igualmente apartada de la ley y de las recomendaciones de la doctrina.

Significativo resulta a estos efectos que los textos básicos en los que se fundamenta el sistema jurídico penal vigente en la Edad Moderna sean dos Códigos medievales: *Fuero Real*, cuyo régimen procesal ha estudiado en profundidad Jesús Vallejo, y *Partidas*, sobre los que la legislación moderna introdujo sólo ligeros retoques. No existe ningún intento de actualizar las leyes, sino más bien una especie de tácito conformismo con la realidad social y jurídica que el legislador acepta ⁽¹⁷⁾.

Tomás y Valiente ha destacado multitud de supuestos de esta labor creadora de la doctrina penal: por ejemplo, dentro de lo que hoy llamaríamos teoría general del delito, los autores desarrollaron el concepto de delito incompleto hasta perfilar las nociones de tentativa, desistimiento y frustración donde la ley únicamente hablaba de conato. O precisaron las nociones de dolo, culpa, caso fortuito y preterintencionalidad que los textos sólo apuntaban ⁽¹⁸⁾.

Sobre las circunstancias subjetivas que concurren en el agente, la doctrina completó también las indicaciones legales acerca de las condiciones que debía reunir la legítima defensa (estudiada en sede de homicidio), con especial atención a los requisitos de proporcionalidad y de necesidad en el rechazo de la agresión, como ha puntualizado García Marín ⁽¹⁹⁾.

Manifestaciones de la aportación integradora de los Doctores son además la inclusión del sonambulismo y de la sordomudez en el supuesto legal de la locura, el tratamiento de ésta cuando es sobrevenida, la propuesta de una compleja escala de edades sobre las previstas por la ley, a efectos de apreciar circunstancias atenuantes, y la acuñación, por ejemplo, del concepto de decrepitud, que incorpora la idea de cierto deterioro físico o mental al más genérico criterio legal de la vejez ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ J. VALLEJO, *La regulación del proceso en el Fuero Real. Desarrollo, precedentes y problemas*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 55 (1985), pp. 495-704.

⁽¹⁸⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 280 y ss y 295 y ss.

⁽¹⁹⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 334 y ss. J. GARCÍA MARÍN, *La legítima defensa en el Derecho castellano de los siglos XVI a XVII*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 57 (1987), p. 762.

⁽²⁰⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 336-341.

Por fin, en el mismo campo, la apelación a un conjunto de situaciones que justifican un moderado tratamiento penal del delincuente, sobre una mínima apoyatura legal de las *Partidas*: la buena fama, el tener muchos hijos, la previa provocación de la víctima, la concurrencia de anteriores méritos en el reo, su rusticidad (por donde penetra alguna indulgencia hacia las mujeres), etc. Son circunstancias todas estas, como digo, de creación doctrinal, que encuentran positivo reflejo en la praxis cotidiana, como más detenidamente puede verse en el libro de Tomás y Valiente (21).

Este mismo autor primero, y después más largamente García Marín, han señalado cómo en la vertiente de algunos delitos concretos la literatura jurídica vino también a superar las insuficiencias legales; por ejemplo, el cómputo estimativo de la posible vivificación o no del feto, que los tratadistas resolvieron sobre la tradición canónica, a efectos de determinar el alcance de la sanción aplicable al delito de aborto (22).

O, en los delitos contra la moral sexual, la inclusión a todos los efectos, dentro del concepto de sodomía, del trato carnal habido entre dos mujeres, así como el mantenido entre ellas, o entre hombre y mujer a través de mecanismos artificiales; procesalmente, la derogación de ciertas garantías probatorias que facilitarían la sanción del pecado nefando se extendió por analogía a estos casos considerados afines, así como al de bestialidad. Testimonios como el de Antonio Gómez no permiten dudar de que estas consideraciones doctrinales tuvieron, efectivamente, amplio reconocimiento en los tribunales (23).

Hubo también casos de limitación doctrinal del alcance de la norma penal: así, en el tratamiento del perdón de la parte, legalmente previsto para todos los delitos susceptibles de ser castigados con pena corporal, pero que la doctrina restringió (y los tribunales acomodaron su práctica a esta orientación) únicamente a los delitos contra

(21) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 351-352.

(22) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, p. 204. GARCÍA MARÍN, *El aborto criminal en la legislación y la doctrina. (Pasado y presente de una polémica)*. Madrid, 1980, pp. 48-69 y 89-91.

(23) A. GÓMEZ, *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*. Madrid, 1780, leyes 80, 81 y 82, nn. 18 y 34, pp. 700-701 y 706-707. Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, p. 228.

las personas; en la vertiente procesal la literatura jurídica consideró — y el estilo judicial discurriría una vez más en el mismo sentido — que la obtención del perdón de la parte no implicaba *ipso facto* la paralización del procedimiento, sino que el juez podía proseguir de oficio en la causa, con la sola excepción del delito de adulterio ⁽²⁴⁾.

En una interpretación analógica favorable al reo se impuso también el criterio de que el perdón excluía la aplicación de cualquier pena corporal, pese a que una norma de las *Partidas* reconocía tal efecto excluyente sólo sobre la pena capital y la de mutilación; de acuerdo con tal directriz se procedió en Castilla hasta la Pragmática de Felipe II que autorizaba la condena a galeras incluso en los supuestos de previo perdón de la parte. Hasta aquí el papel de la doctrina como fuente de integración del Derecho penal castellano ⁽²⁵⁾.

Por lo que respecta a la importancia de la práctica forense, no resultó inferior a la alcanzada por la literatura jurídica. Castillo de Bobadilla dejó bien manifiesta la frecuencia con que los jueces sentenciaban en contra de la expresa disposición de las leyes, y si lo justificaba en los tribunales superiores, en la inteligencia de una presunta aprobación tácita por el rey, criticó en cambio con bastante dureza la imitación de tal práctica por los jueces inferiores, muchos de los cuales «... con poca christiandad y los más por ignorancia, porque aún no saben gramática, dexan de juzgar por las leyes y jûzgan las más vezes por su parecer y alvedrío, y otras vezes so color y pretexto de estilo y costumbre...» ⁽²⁶⁾.

Como queda dicho, bastante tuvo que ver en esta disonancia entre ley y práctica judicial la literatura jurídica, en cuyos postulados los jueces letrados basaban sus fallos. Pero hubo materias también en las que se produjo el fenómeno inverso, y es la doctrina la que nos informa (alabándolo unas veces y criticándolo otras) de cómo el estilo judicial se aparta de la ley.

Efectivamente, la praxis se inclinó en alguna ocasión hacia una benevolencia moderadora de sanciones legales formuladas con toda claridad, actitud que mereció con frecuencia el aplauso de la literatura jurídica; ejemplar es la apostilla con que Gregorio López se refiere

⁽²⁴⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El perdón...*, p. 62, y *El Derecho penal...*, pp. 81-82.

⁽²⁵⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, p. 84.

⁽²⁶⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, p. 378.

a la ley del *Fuero Real* que impone la pena de muerte al ladrón que hurta por segunda vez: «Illa lex... non vidi neque credo de consuetudine servari, quia videtur dura dispositio...» (27). La alternativa por la que optan los jueces castellanos (cortarle las orejas al reincidente) era la pena subsidiaria prevista para el primer hurto en los supuestos en los que el delincuente no pudiera hacer frente a la pena de las «novenas». Caso inequívoco, pues, de afianzamiento de un estilo judicial *contra legem* en tema penal (28).

En líneas generales, como vengo diciendo, los juristas teóricos tienden a respaldar esta suavización arbitraria de algunas penas. Juan Antonio Alejandro ha puesto de relieve que la ley del talión, aplicable al convicto de falso testimonio, no se ejecutaba en los casos más graves, en que acarreaba la imposición de pena capital o de otras corporales, como el quebrantamiento de dientes o la marca en el rostro (29). En este sentido, Tomás y Valiente fija alrededor de la mitad del siglo XVI el momento en que dejan de ejecutarse las mutilaciones, acaso coincidiendo con las Pragmáticas que permitieron al juez la conmutación de cualquier otra pena por la de galeras (30). En cuanto a la muerte en la hoguera, una mitigación judicial temprana (anterior en todo caso a 1532, fecha en que el Reino suplica que se proceda así en los delitos de Hermandad), generalizó la costumbre de agarrotar previamente al reo incurso en ella. Otro tanto cabe decir de la pena del «culeum», que conserva su ceremonial externo hasta el mismo siglo XIX, previa siempre la muerte por estrangulación del parricida (31).

En el sentido de benevolencia que estamos viendo, aunque ya con un cauce más lógico para la interpretación del juez, dada la imperfecta formulación de la norma, se concretó el castigo del marido que prostituyera a su mujer. La pena señalada por la ley era la misma con que se sancionaba al adúltero, que consistía en abandonarlo en

(27) *Partidas* 7.14.18, *Glosa 5 matar nin cortar miembro*.

(28) *Fuero Real* 4.5.6.

(29) J.A. ALEJANDRE GARCÍA, *El delito de falsedad testimonial en el Derecho histórico español*, en *Historia. Instituciones. Documentos*. 3 (Sevilla, 1976), pp. 113-117.

(30) F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 387 y 390.

(31) F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 385-386; E. GACTO, *La pena de muerte. Cuadernos. Historia* 16, n.º. 134, p. 20.

poder del marido ofendido, por lo que para este caso resultaba de imposible aplicación. Ciertamente, el marido podía disponer del adúltero con entera libertad, hasta para darle muerte, de modo que bien hubiera podido interpretarse le ley en el sentido de considerar adecuada la pena capital; no obstante, los tratadistas nos informan, sin asomo de crítica, de que los jueces solían condenar al marido alcahuete a la más llevadera pena de los azotes y de la vergüenza pública (32).

Por lo que respecta al procedimiento penal, hemos visto ya que María Paz Alonso demuestra la implantación en Castilla de un proceso mixto que fue producto de una evolución *contra legem*, obra de la doctrina en el caso del «orden complejo» y del estilo judicial en el del «simplificado». Así mismo, innovaciones sustanciales comunes a uno y otro tienen el mismo origen: por ejemplo, la práctica de adelantar la confesión del reo (cuyo tiempo procedimental era al final de la fase sumaria o en el plenario) a la fase indagatoria, inmediatamente después de la prisión, sin perjuicio de repetirla después, en su momento, dotándola ya de pleno valor probatorio (33).

Lo mismo cabe decir de la tortura, inexistente en Aragón, como es sabido, y regulada en Castilla a través de la doctrina, sobre un leve soporte normativo de las *Partidas*. La ley la había concebido como una prueba subsidiaria para realizar después del plenario, cuando a juicio del juez fuera preciso completar o disipar indicios, sospechas o pruebas semiplenas, pero la doctrina justificó su uso en la fase sumaria, en el momento de la primera toma de confesión, antes de haber oído al acusado en el plenario (34).

Reseñado el origen extralegal del procedimiento, hay que dejar constancia también de que en determinados aspectos surgieron discordancias entre la doctrina y la práctica, casi siempre resueltas en favor de la última: así, el embargo y secuestro de bienes, que según los autores sólo debía utilizarse para asegurar el cumplimiento de las sentencias que impusieran pena de confiscación o pecuniaria, se solía imponer para garantizar el pago de las costas procesales (35). Y lo

(32) F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 75-76.

(33) M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 92 y ss. Además, 209 y 228.

(34) F. TOMAS Y VALIENTE, *La Tortura en España*, pp. 216-227. M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, 250 y ss.

(35) M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, p. 205.

mismo se practicó en la prisión de los reos, prevista en los casos de condena a pena corporal, que los jueces hicieron extensiva a los acusados que debieran satisfacer penas pecuniarias, como medio de presión para obligarles a que las hicieran efectivas ⁽³⁶⁾.

Entre las causas que permitieron este sistemático incumplimiento de los preceptos legales pudieran destacarse dos: por un lado, la costumbre de los tribunales castellanos de no motivar sus sentencias, lo que liberaba al juez, en la práctica, de las ataduras de la ley, sin riesgo inmediato de revocación del fallo, ante la extremada dificultad de demostrar el quebrantamiento de la norma, con mucha frecuencia ambigua ⁽³⁷⁾. Y, en segundo lugar, el inadecuado mecanismo de exigencia de responsabilidades judiciales, que discurre casi siempre por la vía administrativa de la «visita» o del «juicio de residencia», como han resaltado Benjamín González Alonso y Salustiano de Dios, lo que suponía muy escasa garantía para el justiciable, que en muchos casos no podría obtener satisfacción hasta que el juez hubiera agotado el tiempo de ejercicio del cargo ⁽³⁸⁾.

Aún hay otra clara manifestación del arbitrio judicial llevado a límites extremos: la introducción de un plenario rápido sobre el modelo de la clementina «Saepe contingit», en el que el juez decide «simpliciter et de plano ac sine strepitu nec figura iudicii», usado en Castilla, como dije, en bastantes procesos comisariales y de Hermandad ⁽³⁹⁾.

Sobre estos presupuestos parece claro, pues, que el Derecho penal y procesal del Antiguo Régimen ha de ser concebido, tanto o más que como un ordenamiento legal, como un Derecho judicial y doctrinal.

⁽³⁶⁾ M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, p. 197; y *Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 55 (1985), p. 51.

⁽³⁷⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 181 y ss. M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, 260-261. B. GONZÁLEZ ALONSO, *La Justicia...*, 398.

⁽³⁸⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla...*, pp. 214 y ss. B. GONZÁLEZ ALONSO, *El Corregidor castellano...*, pp. 97-100, 181-196 y 271-273. S. DE DIOS, *El Consejo Real...*, pp. 379-383.

⁽³⁹⁾ Cfr. nota 16.

2. *Desigualdad ante la ley.*

Otro rasgo del Derecho penal histórico, suficientemente reseñado también por Tomás y Valiente a lo largo de toda su obra, es el de estar recorrido por el principio de desigualdad personal ante la ley, principio general, como es sabido, a todo el Derecho del Antiguo Régimen, aunque es el campo penal donde encuentra, quizás, alguna de sus manifestaciones más espectaculares ⁽⁴⁰⁾.

Aparte de los privilegios procesales de que enseguida hablaré y que muchas veces conducirían a la impunidad de noble y burgueses, en el ámbito del Derecho penal sustantivo la discriminación por motivos de pertenencia a una clase social privilegiada queda exteriorizada en la naturaleza de las penas aplicables, desde que las *Partidas* dejaron establecido el principio general de que debe castigarse con más dureza al esclavo que al libre y al hombre vil que al hidalgo, y que al reo insigne por su ciencia o por otros méritos hay que ejecutarlo menos «aviltadamente» que a los demás hombres e incluso — se sugiere — perdonarle la vida ⁽⁴¹⁾.

En efecto, los nobles quedaron exentos de las penas corporales que llevaran incorporada la nota de infamia: azotes, galeras, vergüenza pública y mutilación; en vez de ellas, se les impusieron penas pecuniarias, destierro, servicios militares en presidios y fortines, etc., y la pena capital se les administraba mediante garrote o decapitación ⁽⁴²⁾.

Aunque en los delitos contra la propiedad, según deja apuntado Tomás y Valiente, es donde mejor se aprecia el principio de desigualdad social, en parte porque los perjudicados suelen ser, precisamente, los burgueses y nobles, y en parte también porque los reos casi siempre son plebeyos, los efectos del principio se proyectan de forma indiscriminada por todo el panorama jurídico penal ⁽⁴³⁾.

Por otra parte, el poder económico y el ascendiente social de la nobleza halla reflejo, como ha hecho notar el citado autor, en la frecuente imposición de penas ridículas, trasunto de la virtual impuni-

⁽⁴⁰⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 317 y ss.

⁽⁴¹⁾ *Partidas* 7.31.8.

⁽⁴²⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 318 y ss.

⁽⁴³⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, p. 248.

dad a que conducían las influencias de los poderosos y sus presiones sobre el juez. Y, de modo ya más jurídico, en el socorrido recurso al indulto regio o al perdón de la parte y del rey, mecanismos de utilización directamente proporcional al poder económico del delincuente (44).

Naturalmente, el principio de desigualdad cede cuando entra en colisión con otros más importantes, como el de la defensa de la monarquía y de la religión, por lo que los privilegios de clase no se respetan, o no se respetan del todo, en presencia de delitos como el de lesa majestad humana y divina, o del pecado por antonomasia, el pecado «nefando» (45).

En el ámbito procesal, la discriminación aflora ya en el comienzo mismo de la información sumaria, en la que el juez está facultado para decretar la prisión preventiva; la ley la ordenaba sólo en los delitos sancionados con pena de muerte o corporal, pero la doctrina justificó su imposición generalizada cuando existían indicios de culpabilidad, es decir, prácticamente en todos los casos (46).

Lógicamente, la apreciación de los indicios quedó encomendada al arbitrio judicial, y los juristas teóricos aleccionaron a los jueces en el sentido de que debían considerar como criterio para graduarlos, entre otros, el de la condición social del indiciado, que iría o no a la cárcel según fuera plebeyo o noble. Todavía cuando no hubiera dudas sobre la conveniencia de la prisión, la dureza de ésta sería muy diferente para unos y otros: caballeros e hidalgos disponían de cárceles propias, o se instalaban en los aposentos del alcaide, o quedaban recluidos en sus casas o, incluso, se les daba toda la ciudad por cárcel (47).

Así mismo, en el momento de la sentencia, si las pruebas no hubieran arrojado suficiente luz sobre los hechos, el juez podía absolver sin más al reo que fuera persona honrada, pero al hombre vil (y las *Partidas* equipararon con él al plebeyo), al procesado vil que se hallara en las mismas circunstancias, normalmente le solía imponer pena extraordinaria (48).

(44) F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp 326 y ss. y 397 y ss.

(45) F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 325-326.

(46) M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 197 y ss.

(47) M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, p. 198.

(48) *Partidas* 7.30.3. Cfr. G. MARTINEZ DIEZ, *La tortura judicial en la legislación histórica española*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 32 (1962), p. 257.

Se manifiesta, en fin, la presencia del principio de desigualdad legal en otra institución, estudiada también monográficamente por Tomás y Valiente: el perdón de la parte ofendida, cuestión que, como se apresura a indicar el autor, ante la escasa regulación de que fue objeto, se abre camino por la vía de la praxis, bajo la dirección orientadora de la doctrina ⁽⁴⁹⁾.

En los límites que la literatura jurídica le señaló (el de los delitos contra las personas), terminaría por convertirse en un importante recurso para la impunidad porque, aunque muchas veces no interrumpía el proceso, funcionaba como un mecanismo bastante seguro para obtener el indulto real; pero éste, en su modalidad quizás más frecuente, la de «al sacar», no siempre estaba al alcance de las clases modestas, como se desprende de los datos aportados por Inmaculada Rodríguez Flores ⁽⁵⁰⁾.

La situación podría retratarse con esta certera frase de Tomás y Valiente: «Cuando en los autos de cualquier proceso el reo lleva un «don» delante de su nombre, antes de leer la sentencia se puede adivinar el resultado final, sin duda favorable al reo, por muy clara y grave que fuera su culpa» ⁽⁵¹⁾.

3. *Primacía del interés público sobre las garantías defensivas del reo.*

Hasta el siglo XIX, el Derecho penal y procesal presenta una orientación hostil al reo, cuya condena y castigo se persiguen como metas prioritarias. Esta falta de imparcialidad, que se advierte en todo el sistema, es una consecuencia del progresivo desplazamiento del concepto medieval del delito como asunto de índole privada, y de la consiguiente consolidación del Derecho como instrumento al servicio de la autoridad política para la salvaguarda del orden social.

El concepto de vindicta pública se convierte ahora en referencia clave hacia la que se polariza la ley penal; y el poder político (salvo supervivencias excepcionales como pudieron ser el delito de adulterio

⁽⁴⁹⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *El perdón...*, pp. 57 y ss.

⁽⁵⁰⁾ M.I. RODRÍGUEZ FLORES, *El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca, 1971, pp. 130 y ss.

⁽⁵¹⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, p. 328.

o, en cierto modo, el perdón de la parte ofendida) se erige en protagonista interesado en la represión de todas las conductas susceptibles de constituir una amenaza para la paz pública. Ahí está el origen del poder eminente de la Administración en el ámbito penal.

De este modo, el orden jurídico penal, condicionado por la finalidad represora que lo preside, introduce un claro desequilibrio en cuanto la responsabilidad que nace del delito no es exigida ya por el perjudicado en un nivel de cierta igualdad con el delincuente, sino por el mismo poder político, que es a la vez fuente de la norma.

El enfoque represivo se radicaliza, como es lógico, frente a aquellos actos que pueden resultar más lesivos para el poder; por ello, el concepto de delito de lesa majestad se hipertrofia (abarcando supuestos como el de falsificación de moneda, sellos y documentos reales), las penas se recrudecen y se vulneran principios de reconocimiento bastante general, consagrándose la imputabilidad de los menores, la transmisión de la infamia a los descendientes, la ejecución de penas sobre los cadáveres, etc., etc. ⁽⁵²⁾.

La instrumentalización política del Derecho penal se refleja también en la promulgación de leyes dirigidas a conseguir objetivos de naturaleza económica, o de política social: así la prohibición de vender que impuso Felipe II en 1588 a los gitanos que no tuvieran tienda fija y pública, so pena de ser castigados «como si real y verdaderamente constase haber hurtado lo que vendieren», disposición que conduce — como ha resaltado Tomás y Valiente — a la posibilidad de sancionar, y sancionar muy rigurosamente, sobre una simple presunción, incluso cuando no se hubiera cometido delito ninguno, por lo que podríamos denominar una simple infracción de policía ⁽⁵³⁾.

La postergación de los derechos del delincuente frente al imperio del interés público se registra, por ejemplo, dentro del capítulo de las penas, en la costumbre de las prórrogas forzosas del servicio de los galeotes que, habiendo cumplido condena, a menudo no son licenciados sino obligados a reengancharse *sine die* en calidad de remeros voluntarios ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 271-278.

⁽⁵³⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, p. 296.

⁽⁵⁴⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, p. 391.

Procesalmente, la primacía del interés público explica la importancia que cobra la fase sumarial, en la que se parte de la presunción de culpabilidad del sospechoso. Y está presente en el carácter coactivo de la prisión preventiva y en principios doctrinales como el que justifica la imposición de penas extraordinarias cuando existen pruebas semiplenas, o el de considerar prueba plena la concurrencia de varias incompletas ⁽⁵⁵⁾. También, en la implantación del ya citado juicio plenario rápido, previsto para los delitos «atrosos», que coloca al reo en unas condiciones de casi total indefensión ⁽⁵⁶⁾. En efecto, sobre la cláusula «la verdad sabida», los jueces prescindían de las formalidades procedimentales ordinarias para fallar a su arbitrio, ateniéndose a lo deducido en la fase sumarial; para Tomás y Valiente este paso significó la total absolutización del proceso inquisitivo, precisamente en aquellos delitos en los que, por la enormidad de las penas, más debieran haberse extremado las garantías defensivas de los acusados ⁽⁵⁷⁾.

Resulta también muy revelador el tratamiento que recibe la tortura judicial, en la que se consagró el abuso de impedir la apelación contra el auto que la decretaba, mediante el ardid de no incorporarlo a los autos del proceso hasta después de haberlo leído al reo en la misma sala del tormento; o la corruptela, ya señalada, de aplicarla en la fase sumarial, cuando el acusado no tenía conocimiento no ya de los cargos, pero ni siquiera de los indicios que habían determinado su detención ⁽⁵⁸⁾.

Castillo de Bobadilla reconoce que él utilizó siempre estas prácticas y que de ellas jamás le resultó ningún problema serio, y bastantes años después, Matheu i Sanz seguía justificando este estilo sobre la base de su eficacia represora, pues «gracias a él — escribe — se han evitado no pocas atrocidades» ⁽⁵⁹⁾. Estremecedora resulta

⁽⁵⁵⁾ M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 193, 225 y ss, 234 y ss.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. nota 16; además, ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 232 y 302 y ss.

⁽⁵⁷⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla...*, p. 230; F. TOMAS Y VALIENTE, *Teoría y práctica de la tortura...*, pp. 480 y 483, donde habla de «absolutismo judicial»; M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 302 y ss.

⁽⁵⁸⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *Teoría y práctica de la tortura...*, pp. 465-466 y 476-478; F. TOMAS Y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla...*, p. 248.

⁽⁵⁹⁾ J. CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para Corregidores y señores de vasallos*. Amberes, 1750. Libro 5, cap. 3, n. 16; F. TOMAS Y VALIENTE, *Teoría y práctica de la tortura...*, pp. 477-480 y 484; M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, p. 250.

la afirmación de María Paz Alonso de que en todos los procesos por ella estudiados el tormento se dió siempre en esta primera fase indagatoria, antes de que se formulara la acusación ⁽⁶⁰⁾.

Con todo esto se desvanece el carácter subsidiario de la tortura, como se desvanece también desde el momento en que los jueces la imponen, contra lo establecido en la ley, a los convictos, para hacerles confesar y cerrarles así el camino al recurso de apelación ⁽⁶¹⁾.

Contra al reo se vuelven, por fin, el subterfugio de suspenderla para reiterarla en sucesivas sesiones, burlando la prohibición legal de repetirla más de tres veces, y el principio doctrinal impuesto en Castilla de que sólo hacía prueba cuando su resultado fuera contrario al que la había sufrido ⁽⁶²⁾. A diferencia de lo observado en Cataluña y en Valencia, donde se le reconoce efecto purgativo, el juez castellano, en efecto, podía imponer penas arbitrarias al torturado negativo, sobre la base de las pruebas incompletas y de los indicios que justificaron la aplicación del tormento ⁽⁶³⁾.

A la hegemonía de este enfoque represivo y a la consecuente mayor indefensión del reo concurre, junto con el interés público, otra circunstancia que se resuelve también en abierta hostilidad hacia el acusado: la parcialidad del juez, interesado en el desenlace condenatorio del proceso.

Tomás y Valiente y María Paz Alonso han insistido en el efecto incentivador de la represión que ha jugado el sistema de penas pecuniarias, en las que el juez participa directa o indirectamente al menos hasta el siglo XVI ⁽⁶⁴⁾. Pero aún después, en la medida en que estas sanciones constituyeron una fuente importante de autofinanciación del aparato judicial, siguió latente la idea de que el bienestar

⁽⁶⁰⁾ M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 250-251.

⁽⁶¹⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *Teoría y práctica de la tortura...*, pp. 471-472; F. TOMAS Y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla...*, pp. 219-220; M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, p. 252.

⁽⁶²⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *La tortura en España...*, pp. 136-137; F. TOMAS Y VALIENTE, *Teoría y práctica de la tortura...*, pp. 467-473; M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 254-256.

⁽⁶³⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *La tortura en España...*, pp. 219-223; F. TOMAS Y VALIENTE, *Teoría y práctica...*, pp. 456 y 466-473; M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, p. 255.

⁽⁶⁴⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal...*, pp. 163 y ss.; M.P. ALONSO ROMERO, *Aproximación al estudio de las penas pecuniarias...*, pp. 27 y ss.

económico de los funcionarios de la justicia estaba en directa relación con el volumen de las penas pecuniarias impuestas; de ahí abusos como el de negar la apelación, para conseguir el efecto de cosa juzgada, o el de mantener en prisión, y no otorgar la libertad bajo fianza, a los condenados solamente a penas de esta naturaleza ⁽⁶⁵⁾.

4. *Filosofía de las penas.*

El análisis de la filosofía que alienta en la concepción jurídica de la pena contribuye también a trazar el perfil del Derecho penal del Antiguo Régimen.

Ante todo, parece clara la idea de que la sanción penal persigue un fin vindicativo e intimidatorio: castigar al culpable por su conducta insolidaria y, al mismo tiempo, producir un efecto disuasorio en el resto de los miembros de la sociedad, considerados como delinquentes en potencia ⁽⁶⁶⁾.

A) En primer lugar, pues, *ejemplaridad*. Desde ella se explica la insistencia de la doctrina en resaltar la publicidad de la ejecución como algo consustancial a buena parte de las penas (ejemplo paradigmático era la vergüenza pública), o como circunstancia importante en otras muchas, como en la de azotes, administrados casi siempre de forma itinerante por las calles acostumbradas, o en la muerte, concebida, en palabras de Tomás y Valiente más como un espectáculo que como un acto procesal ⁽⁶⁷⁾.

Expresión suprema de esta concepción fueron los Autos de Fe del Santo Oficio, diseñados con la idea de rentabilizar al máximo su efecto propagandístico, fomentado la asistencia multitudinaria, para lo cual se programaba su celebración al aire libre y en días festivos, en plazas o parajes despejados y sobre altos tablados, de modo que quedara asegurada una densa concurrencia y una perfecta visibilidad ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁵⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 165-168; M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 197-198; M.P. ALONSO ROMERO, *Aproximación al estudio de las penas pecuniarias...*, pp. 31-32 y 38-48.

⁽⁶⁶⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 355-356.

⁽⁶⁷⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, p. 368.

⁽⁶⁸⁾ Vgr., J. SIMANCAS, *De Catholicis Institutionibus Liber, ad praecavendas et stirpandas haereses admodum necessarius*. Roma, 1575, tít. 46, n. 86, p. 375; *Instruc-*

La dimensión ejemplarizante late también en esos testimonios ambulantes de la justicia de la fe que eran los penitentes ataviados con el sambenito, y en la exhibición posterior y perenne de éstos en las iglesias, en donde debían ser periódicamente renovados, con el rótulo indicativo de quiénes fueron sus portadores, cuando el paso del tiempo los hubiera deteriorado, para que — escribe un autor — «tales signos permanezcan perpetuamente, como monumentos de la impiedad, y los demás hombres, ante un espectáculo de infamia tan horrendo, aborrezcan la comisión de tan atroz crimen» (69).

Está presente, en fin, este efecto disuasorio de la pena en la exhumación de los huesos de los herejes difuntos, en la condena a la hoguera en efígie de los ausentes y en la práctica aconsejada por los autores de demoler las casas de los heresiarcas y dogmatistas (lo mismo que las de los reos de lesa majestad humana) y levantar en los solares monumentos conmemorativos que sirvan a las generaciones venideras para recordar el escarmiento (70).

Ciertamente que algunas veces el efecto buscado con estas representaciones plásticas resultaba contraproducente, y no faltaron voces que se levantaran para denunciar los desórdenes y delitos que se cometían en estas aglomeraciones públicas, y el efecto negativo producido en las masas por la actitud, con frecuencia displicente y altanera, de los reos, conscientes de la popularidad póstuma que, como un sucedáneo del heroísmo, les depararía su aparente desprecio a la muerte. Pero, al parecer, sólo la Inquisición adoptó medidas que aseguraran el cumplimiento de todos los fines del montaje, y hacía subir al tablado a los reos impenitentes con mordazas en la lengua, para

ciones del Inquisidor Don Fernando de Valdés, cap. 77; C. CARENA, *Tractatus de Officio Sanctissimae Inquisitionis et modo procedendi in causis fidei...* Lugduni, 1669, II tít. 1, n. 191, p. 65.

(69) F. PEÑA, en sus Comentarios a N. EYMERICH, *Directorium Inquisitorum*. Roma, 1587, III. Com. 54, n. 195, p. 510, y n. 196, p. 507; SIMANCAS, *De Catholicis...*, tít. 47, nn. 11-14, pp. 380-381.

(70) J. SIMANCAS, *De Catholicis...*, tít. 18, n. 5 y ss., pp. 128 y ss.; J. ROJAS, *Singularia iuris in favorem fidei heresisque detestationem*. Venecia, 1583, S. 134, n. 10, p. 101; F. PEÑA, en sus Comentarios a N. EYMERICH, *Directorium...*, III, Com. 92, pp. 574 y 575; C. CARENA, *Tractatus...*, II, tít. 19, nn. 11 y ss., pp. 251-252; P. AMIGANT, *Decisiones et enucleationes criminales, seu praxis Regii criminalis Concilii Cabaloniae*, I, Dec. 22, n. 4, p. 527.

que no desmoralizaran a los espectadores con blasfemias o discursos subversivos (71).

B) La imposición de las penas en el Antiguo Régimen estuvo también presidida por el *utilitarismo*. La política de hacer compatible el castigo del delincuente con la obtención de algún provecho que beneficie a la comunidad se manifiesta, por ejemplo, en la generalización de la pena de galeras a partir de la Pragmática de 1566, con el evidente fin de dotar de remeros a los barcos que debían invadir Inglaterra. Eran enviados a ellas los ladrones (incluso por el primer delito), rufianes, vagabundos, testigos falsos y blasfemos, y la duración de la condena quedó determinada conforme a criterios de rentabilidad laboral que nada tienen de jurídicos; efectivamente, razonaba un autor, las sentencias nunca debían ser inferiores a tres años, porque «de otro modo se seguiría al Fisco regio más daño que provecho, pues los primeros dos años los penados no hacen otra cosa que aprender a remar, y si sirvieran por un período inferior al trienio, sería mayor el gasto que producen que el rendimiento que de ellos se obtiene» (72).

En el marco de una mentalidad como ésta encuentra explicación también el auge continuo que experimentaron las penas pecuniarias, convertidas, como hemos apuntado, en una saneada fuente de ingresos para el erario público, así como la tendencia, perceptible sobre todo a partir del siglo XVIII, a sustituir la pena de galeras, carente ya de sentido, por la de trabajos forzados en obras públicas, puertos y arsenales, o por años de servicio militar en las plazas fuertes de Africa (73).

C) En tercer lugar, las sanciones se determinaron muchas veces en función de criterios de *oportunismo*, lo que introdujo la posibilidad de que fueran graduadas en atención a un elemento objetivo

(71) Hace esta recomendación, por ejemplo, F. PEÑA, en N. EYMERICH, *Directorium...*, II, Com. 65, p. 331; F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 368 y ss., sobre todo, 372.

(72) F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 84, 252, 358 y 387; La cita está en D. GARCÍA DE TRANSMIERA, *De polygamia et poliviria... ubi non solum quae ad polygamiae delectum pertinet verum etiam multa ad praxim Santissimi Tribunalis in omnibus materiis utilia et practicabilia tractantur*. Panoemi, 1638. III, *Quaestio* 8, nn. 32-33, p. 265.

(73) Cfr. notas 64 y 65; F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 391-392.

externo al delincuente, tomando como fundamento circunstancias de conveniencia ajenas a la responsabilidad del reo. Con ello, la pena podía graduarse por razones de congruencia con una determinada política criminal. Así, la respuesta ordinaria frente a la frecuencia en la comisión de un determinado delito fue la de agravar la pena, haciéndola extensiva, además, a autores, cómplices y encubridores; esto produjo como consecuencia una carrera sin fin hacia la severidad represiva (hacia la crueldad) y una habitual desproporción entre la gravedad moral o social de las conductas delictivas y el rigor de la sanción correspondiente, como se constata en el extraordinario endurecimiento de la legislación en los delitos contra la propiedad, de que es ejemplo la Pragmática con que Felipe V reprimió, en 1734, los hurtos cortesanos; una política, dicho sea de paso, del todo contraproducente, en cuanto la misma enormidad de las penas se tradujo en práctica impunidad (74).

El derecho penal de la Inquisición nos proporciona más ejemplos de este planteamiento oportunista; así, el distinto trato que se dispensa al reo del delito de bigamia cuando procede «ex gente mahometanorum» o de las provincias luteranas, casos en los que se le considera sospechoso «de vehementi», sobre la presunción de que el pecado procede de la depravación del intelecto y no, como en los casos en los que el reo no ha salido de España, de inflamación lujuriosa o de avidez por la dote, es decir, de la fragilidad humana (75).

A veces, en el Santo Oficio, este oportunismo se legitima previamente mediante un soporte normativo *ad hoc*, como ocurrió en el caso de Agustín de Cazalla y de sus cómplices, en el que se obtuvieron de Roma Breves especiales que, derogando el Derecho ordinario, permitieran la ejecución de los acusados (a pesar de no ser relapsos ni impenitentes) en atención a la pretendida gravedad de la situación, que Carlos V consideró alarmante (76).

E incluso, en alguna ocasión, esta incidencia de factores de oportunidad extrajurídica se materializó en una mitigación de la pena. Así

(74) F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 253-254 y 360.

(75) E. GACTO, *El delito de bigamia y la Inquisición española*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 57 (1987), p. 484.

(76) C. CARENA, *Tractatus...*, III, tít. 13 párr. 1, n. 14, p. 357; D. CANTERA, *Quaestiones criminales tangentes iudicem, accusatorem, reum, probationem, punitionem-que Delictorum*. Salamanca, 1589, pp. 432-433.

hay que entender la política seguida en la represión de todos los delitos cometidos por sacerdotes, en especial el de solicitación, castigado de forma casi vergonzante por el Santo Oficio, para evitar que los herejes utilizaran estos casos como ejemplos corroboradores de los argumentos que esgrimían en contra de la confesión auricular; y para evitar también, de cara al interior, el desprestigio del sacramento entre los propios fieles (77).

D) Otro de los caracteres que presentan a menudo las penas en la Edad Moderna, y que suele también traducirse en ineficacia, fue el de su *inadecuación*. Tomás y Valiente lo ha ejemplificado al valorar los efectos de la pena de destierro impuesta a los reos de hurto y robo, o de la obligación de desposar o dotar a la novia en el delito de estupro, semillero de fraudes como el que inspiró a Vélez de Guevara la trama de su novela *El Diablo Cojuelo* (78).

E) Por fin, y ha quedado ya apuntado con anterioridad, predominio de las penas extraordinarias, no sólo en los supuestos en los que la norma confiaba su determinación al libre arbitrio judicial sino también en los delitos que la tenían legalmente señalada. De este modo, el estilo de los tribunales se impone al margen de la ley, agravando o disminuyendo el rigor de ésta, según los casos. En principio pudiera concluirse que la consecuencia de esta realidad fuera una mayor inseguridad jurídica del justiciable que, en efecto, se daría en muchos casos; pero conviene advertir que la reiterada insistencia de los tribunales en la imposición de las mismas penas arbitrarias tuvo como resultado, en bastantes otros supuestos, que, por el juego de este estilo judicial, en la práctica, tales penas se convirtieran en ordinarias (79).

La situación que he venido analizando no experimenta variaciones legislativas con el cambio de dinastía del siglo XVIII. Por el contrario, el sistema se prolonga y aún se endurece en algunos aspectos durante el reinado de Felipe V, como en la represión de los delitos contra la propiedad, que alcanza cotas desconocidas por el Derecho anterior.

(77) J. SIMANCAS, *De Catholicis...*, tít. 47, nn. 74-76, p. 391; ROJAS, *Singularia iuris...*, S. 33, nn. 1-2, p. 41; D. CANTERA, *Quaestiones...*, pp. 425-426.

(78) F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 361-365.

(79) F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 375 y ss.

Tomás y Valiente, en su brillante estudio preliminar de la obra de Beccaria, ha dejado constancia de que concepciones como la de desigualdad social ante la ley o la instrumentalización oportunista de ésta mantienen plena vigencia, así como el principio de libérrima arbitrariedad judicial, que experimenta ahora un abierto giro hacia la interpretación benévola y moderadora de la norma, lo que provoca un definitivo desajuste entre el sistema legal, que mantiene su orientación hostil al reo, y la práctica de los tribunales, de tendencia favorable al delincuente, que, como es lógico, termina prevaleciendo (80).

Antón Oneca, Tomás y Valiente y Bermejo Cabrero, entre otros, han señalado cómo a partir del tercio final del siglo se advierte ya en la literatura jurídico-penal española y en la actitud de los órganos superiores de la administración de justicia la influencia de autores como Montesquieu, Rousseau, Beccaria, Servant o Brissot de Warville, de modo que el pensamiento de Lardizábal, Cabarrús, Jovellanos, Juan Pablo Forner, Meléndez Valdés, Foronda o Sempere y Guarinos se desenvuelve ya en el contexto de unos esquemas mentales que distan mucho de corresponderse con los del Barroco (81).

Aparecen entonces, como tópicos constantes de una doctrina jurídica insatisfecha, la abierta defensa del fin correctivo de la pena (con la recomendación de abrir establecimientos de trabajo en los que el delincuente encontrara alguna esperanza de regeneración); la crítica a las sanciones desproporcionadas, por coherencia con su finalidad retributiva pero también por razones de eficacia penal; la reivindicación del principio de responsabilidad personal, con el rechazo de la confiscación y de la infamia; la oposición, cada vez más extendida, al principio de desigualdad personal ante la ley, al empleo de la tortura y a la tramitación secreta del sumario; la menor sensibi-

(80) F. TOMAS Y VALIENTE, *Introducción a C. BECCARIA, De los delitos y de las penas*. Ed. Aguilar. Madrid, 1976, pp. 27-28 y nota 5 al cap. III, en pp. 192-193; F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 321 y ss., 343 y 365 y ss.

(81) J. ANTON ONECA, *El Derecho penal de la Ilustración y don Manuel de Lardizábal*, en *Revista de Estudios Penitenciarios* 174 (1966), pp. 597 y ss.; F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 103 y ss.; F. TOMAS Y VALIENTE, *Introducción a C. BECCARIA, De los delitos...*, pp. 38 y ss.; J.L. BERMEJO CABRERO, *Tormentos, apremios, cárceles y patíbulos a finales del Antiguo Régimen*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 56 (1986), pp. 684 y ss.

lidad hacia los aspectos morales de delito y la mayor atención al daño social que produce, etc. (82).

Y es ahora también, en el último tercio del XVIII, cuando se constatan las primeras inquietudes de la Monarquía ante la realidad jurídico-penal española (83).

A la postre, como es sabido, de todo esto no se iba a seguir ningún resultado concreto, pero no cabe duda de que todo ello es sintomático de un cambio de mentalidad para cuya materialización habría que esperar aún a la desaparición del Antiguo Régimen.

Estos son los resultados que ofrece hoy la historiografía jurídica española en tema penal. Como dije al principio, dos aportaciones básicas (las de Tomás y Valiente y María Paz Alonso) y algunos estudios aislados sobre delitos concretos o sobre cuestiones procesales en territorios no castellanos, pero muy poco más.

IV. LA REALIDAD CRIMINOLÓGICA.

Acerca de cómo se tradujo en la práctica la vigencia del sistema jurídico-penal no conozco entre la producción historiográfica española ninguna investigación comparable a la que Antonio Espanha ha realizado para el centro y sur de Portugal en los siglos XVII-XVIII (84).

Tomás y Valiente afirma en más de un pasaje de su libro que los datos disponibles resultan insuficientes para intentar en Castilla una aproximación general a la sociología criminal del Antiguo Régimen (85), no obstante lo cual, en su obra afronta el panorama de la delincuencia más frecuente (homicidio, bandolerismo, robo y hurto), sobre todo para las décadas de mitad y finales del XVII, con gran riqueza de datos sobre procesamientos, sentencias, ejecución de pe-

(82) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 230, 234-235, 237-238, 324, 365-367, 379, 394-395; F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España...*, pp. 145-156; F. TOMÁS Y VALIENTE, *Introducción a C. BECCARIA, De los delitos...*, pp. 44 y ss.; M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 317 y ss.

(83) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pp. 107-108; F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura...*, p. 156; M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 332-335.

(84) A. ESPANHA, *Da «iustitia» à «disciplina». Textos, poder e política penal no Antigo Regime*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 57 (1987), pp. 493-578.

(85) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, p. 243.

nas y tramitación de indultos y perdones. La índole de sus fuentes es muy variada: desde las más autorizadas (fondos de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte y de la Hermandad Vieja), hasta las más o menos fidedignas de los cronistas y corresponsales cortesanos (Cabrera de Córdoba, Pellicer, Barrionuevo, González, Chacón, etc.). El resultado es una visión de conjunto que nos permite vislumbrar, yo creo que con bastante aproximación, lo que debió ser la realidad penal cotidiana sobre todo en la Corte, pero también en las ciudades y despoblados del Reino.

De lo allí expuesto, me parece que se puede extraer ya una primera conclusión: la de que no existe apenas coincidencia entre la realidad portuguesa que Espanha ha puesto de manifiesto (donde un principio de benevolencia neutraliza la aspereza normativa) y la práctica castellana, que se correspondió mejor con la dureza cruenta y represiva de la legislación⁽⁸⁶⁾. Se diría que faltó aquí esa estrategia que en Portugal equilibró la figura del monarca justiciero y terrible templándola con la imagen paternalista del rey-pastor, que no niega la clemencia ante el delito consumado. En Castilla, por el contrario, no hubo apenas lugar para la piedad desinteresada, sino frío rigor, sobre todo con quienes carecían de medios para obtener el perdón.

A mí me parece que debería intentarse una profundización en esta línea de búsqueda de la realidad penal española en la Edad Moderna; por ejemplo, aparte de las manejadas por Tomás y Valiente y por María Paz Alonso, a través de fuentes como las que utilizó Herrera Puga, con una proyección preferentemente sociológica: el manuscrito del Padre León (en el que vierte sus casi cuarenta años de experiencias en el mundo de la delincuencia sevillana, con un registro de hasta 309 ajusticiados) y otros testimonios complementarios, como los *Sucesos* de Francisco Arño, los *Anales* de Ortiz de Zúñiga, la *Historia de Sevilla* de Alonso Morgado, la *Relación de la Cárcel de Sevilla*, de Cristóbal de Chaves, y hasta media docena de manuscritos sobre *Noticias*, *Sucesos*, *Efemérides*, *Casos* y *Relaciones*. Sobre todos estos materiales ha podido aventurar un cálculo

(86) A. ESPANHA, *Da «iustitia»...*, pp. 517-519 y 522-526; *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, ábrase por donde se abra, muestra bien a las claras el contraste con la áspera realidad castellana. De ahí la desoladora reflexión con que TOMÁS Y VALIENTE cierra su libro, en p. 409.

estadístico que cifra en 570 las penas de muerte ejecutada, sólo en Sevilla, ente 1578 y 1616, esto es, una media de 15 ejecuciones por año. La inmensa mayoría de los reos murió en la horca, pero abundan también los quemados (sólo 6 herejes frente a 71 sodomitas) y los asae-teados por la Hermandad, sin que falten los nobles agarrotados o degollados y los parricidas, sobre cuyos cadáveres se aplicó el ritual del *culeum* ⁽⁸⁷⁾.

Creo que con un enfoque parecido no sería difícil obtener resultados de este tipo y, por supuesto, completar los de Herrera. Para ello, sería indispensable la investigación en los Archivos de las Chancillerías castellanas y de las Audiencias aragonesas, en los del Consejo Real y Tribunal de la Corte de Navarra, en los del Archivo del Reino de Valencia o en los del Consejo Supremo de Aragón, para Valencia y Mallorca.

Información valiosa encierran también Archivos como los Históricos de la Armada, por ejemplo, el de la Zona Marítima del Mediterráneo, sobre cuyos fondos Francisco Javier Guillamón y Jesús Pérez Hervás han procesado los datos de cerca de 7000 rematados a galeras ⁽⁸⁸⁾.

Algo parecido cabría iniciar sobre cuestionarios como el de Simancas que ha descrito Valentina Fernández Vargas, donde se contienen las respuestas de los Tribunales castellanos al remitido por Felipe II en 1572 y 1573 solicitando información acerca del número de galeotes que esperaban en prisión el momento de empezar a cumplir su condena ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁷⁾ P. HERRERA PUGA, *Sociedad y delincuencia en el Siglo de Oro. Aspectos de la vida sevillana en los siglos XVI y XVII*. Granada, 1971, pp. 293-298.

⁽⁸⁸⁾ F.J. GUILLAMON ALVAREZ y J. PEREZ HERVAS, *Los forzados de galeras en Cartagena durante el primer tercio del siglo XVIII*, en *Revista de Historia Naval*. Año V, n. 19 (1987), pp. 63-75.

⁽⁸⁹⁾ V. FERNANDEZ VARGAS, *Noticias sobre la situación penal en León en 1572 y 1573. Un documento para la historia de la penalidad en España*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 38 (1968), pp. 629-634.

BIBLIOGRAFÍA

- J.A. ALEJANDRE GARCIA, *Estudio histórico del delito de falsedad documental*, en «AHDE» 42 (1972) 117-187.
- *El delito de falsedad testimonial en el derecho histórico español*, en «HID» 3 (1976) 9-140.
- M.P. ALONSO ROMERO, *El Proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)* Salamanca 1982.
- *Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, en «AHDE» 55 (1985) 9-94.
- J. ANTON ONECA, *El Derecho penal de la Ilustración y don Manuel de Lardizábal*, en «Rev. de Est. Penit.» 174 (1966) 595-635.
- J.L. BERMEJO CABRERO, *Tormentos, apremios, cárceles y patíbulos a finales del Antiguo Régimen*, en «AHDE» 56 (1986) 683-727.
- A.M. ESPANA, *Da «iustitia» à «disciplina». textos, poder e política penal no antigo regime*, en «AHDE» 57 (1987) 193-578.
- V. FERNANDEZ VARGAS, *Noticia sobre la situación penal en León en 1572 y 1573. Un documento para la historia de la penalidad en España*, en «AHDE» 38 (1868) 629-634.
- J. GARCIA MARIN, *El aborto criminal en la legislación y la doctrina. (Pasado y presente de una polémica)* Madrid, 1980.
- *La legítima defensa en el Derecho castellano de los siglos XVI a XVII*, en «AHDE» 57 (1987) 759-771.
- B. GONZALEZ ALOSO, *La Justicia*, en «Enciclopedia de Historia de España» vol. 2. Alianza editorial. Madrid, 1988.
- F.J. GUILLAMON ALVAREZ/J. PEREZ HERVAS, *Los forzados de galeras en Cartagena durante el primer tercio del siglo XVIII*, en «Revista de Historia naval» año V, n. 19 (1987) 63-75.
- P. HERRERA PUGA, *Sociedad y delincuencia en el Siglo de Oro. Aspectos de la vida sevillana en los siglos XVI y XVII*. Granada, 1971.
- J. LALINDE ABADIA, *La Gobernación General en la Corona de Aragón*. Madrid, 1963.
- *La jurisdicción real inferior en Cataluña («corts, veguers, batlles»)*. Barcellona, 1966.
- G. MARTINEZ DIEZ, *La tortura judicial en la legislación histórica*, en «AHDE» 32 (1962) 223-300.
- M.I. RODRIGUEZ FLORES, *El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca, 1971.
- J. SALCEDO IZU, *El Consejo Real de Navarra en el siglo XVI*. Pamplona, 1964.
- F. TOMAS Y VALIENTE, *El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano (siglos XVI-XVII-XVIII)*, en «AHDE» 31 (1961) 55-114.

- *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)* Madrid, 1969.
- *La tortura en España. Estudios históricos.* Barcelona, 1973.
- J. VALLEJO, *La regulación del proceso en el Fuero Real. desarrollo, precedentes y problemas*, en «AHDE» 55 (1985) 495-704.

UNIVERSITÀ DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

promossa e diretta da PAOLO GROSSI

VOLUME TRENTAQUATTRESIMO /
TRENTACINQUESIMO

HISPANIA

ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES

ATTI DELL'INCONTRO DI STUDIO
FIRENZE - LUCCA 25, 26, 27 MAGGIO 1989

a cura di BARTOLOMÉ CLAVERO, PAOLO GROSSI,
FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE

Tomo II



Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-02376-X

*Pubblicazione realizzata con il contributo
del Consiglio Nazionale delle Ricerche*

© Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano
La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo
(compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica,
sono riservati per tutti i Paesi.

(1990) Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

INCONTRO DI STUDIO
SU

«HISPANIA
ENTRE DERECHOS PROPIOS
Y DERECHOS NACIONALES»

*

ATTI

Comunicazioni

ENCARNA ROCA TRIAS

EL CÓDIGO CIVIL, DERECHO SUPLETORIO

1. El proceso de Codificación en España no produjo la unificación del Derecho civil, a diferencia de lo que había ocurrido en todos los países europeos. Siguieron manteniéndose los sistemas históricos a la espera de un Código único que no llegó jamás.

¿Cuáles son las razones que llevaron a una solución de este tipo? Existen ciertamente muchas explicaciones, entre las que destaca aquella que hace derivar la situación de un auge del nacionalismo, gracias a la pujanza económica de Cataluña durante el siglo XIX, lo que la hace defender los denominados «signos identificadores» de la nacionalidad, es decir, el derecho y la lengua ⁽¹⁾. El derecho suple-

(1) La identificación entre lengua y derecho es propia de las reivindicaciones nacionalistas de Cataluña. El derecho catalán se usa como signo de identidad; así, PRAT DE LA RIBA en *La nacionalitat catalana*. Barcelona, ed. 62, 1978, p. 75, decía que «El Dret és el fruit de la consciència del poble, pel que fa semblança seva i segons les seves necessitats; és un producte de l'esperit nacional, font de la vida tota del poble... Cada poble té el seu Dret, que és l'únic que s'emmotlla a les seves necessitats i respon a la idiosincràsia del seu temperament... allà on hi ha sistemes jurídics diferents, hi ha també diferents pobles, diferents nacionalitats. La nacionalitat, és, doncs, també un criteri o sentiment jurídic original» (La obra fue publicada por primera vez en 1906).

Pero esta identificación no aparece aisladamente en el político PRAT DE LA RIBA; existía ya en las obras de DURAN I BAS. *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*. Barcelona, 1883, XXXIX de la introducción; MANCOMUNITAT DE CATALUNYA. Oficina d'estudis jurídics. *El Dret català i la Codificació*. Barcelona, 1919, 11 y aparece en discusiones parlamentarias de la Generalitat republicana en boca de diputados de la Lliga, cuando al pedir el diputado Sr. Sol la aprobación del Apéndice propuesto para el Derecho catalán decía que «El Dret civil és potser la substància viva de la naturalesa característica d'un poble, perquè és allà on es tradueix la manera d'ésser i de concebre la vida de cada país» (PARLAMENT DE CATALUNYA. Diari de sessions, divendres 24 de febrer de 1933, 406).

Més modernament, Fernández DE VILLAVICENCIO. Presentació de la ponència de

torio de los diversos ordenamientos españoles (si es que se nos permite usar esta palabra moderna para identificar una situación muy distinta), era diverso según se tratara de uno u otro sistema: Aragón, con reservas, Cataluña, Baleares y Navarra tenían como supletorio el Derecho común formado por los Derechos romano y canónico; el País Vasco tenía como supletorio el Derecho de Castilla, después de su incorporación a la Corona de Castilla en el siglo XV ⁽²⁾. La pérdida de los derechos supletorios propios, como se había intentado ya en el siglo XVIII ⁽³⁾ hubiera comportado claramente la destrucción del

la Secció I del II Congrés Jurídic català. *Llibre del II Congrés Jurídic català*. Barcelona, 1972, 67.

La reforma de la Compilación catalana resultó una nueva ocasión para la repetición de los mismos argumentos; así CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA. *Dictamen 84 sobre la proposició de llei de la Compilació del Dret civil de Catalunya*. 14 de febrero de 1984. Butlletí oficial del Parlament de Catalunya, n. 181, 7701 y la propia Exposición de Motivos de la Ley de reforma de la Compilación catalana (Ley 13/84, de marzo, D.O.G.C. n. 420, de 28 de marzo) declararía que el Derecho civil constituye juntamente con la lengua «una de les produccions culturals més importants del poble català, un dels principals exponents de la seva identitat com a poble i, per tant, un dels punts de referència essencials a l'hora d'identificar Catalunya com a producte d'un procés històric específic».

⁽²⁾ Ver por todos E. ROCA TRIAS, *El Código civil como supletorio de los Derechos Nacionales españoles en Anuario de Derecho civil*, 1978, 227 y ss.

⁽³⁾ Este problema se había planteado en la obra de Martínez de Olano. *Concordia et nova reductio antinomiarum iuris communis*, publicada en Burgos en 1575. En esta obra se planteaba la cuestión de si el Derecho común era o no supletorio en Navarra y se concluía que «Ius commune in Regno Navarrae non habet vim, nec auctoritatem leges (par. XIII), añadiéndose que «Et cum leges Regni Castellae sint nostri Catholici Regis, et ipse, si vellet, posse eas dare Navarris, iustissimeque sint, et hac sola ratione ius commune ipsi sequantur, quod iustum eis videatur ¿quis quaeo non videt maiori et incomparabili ratione ius Regni nostri sequi et amplecti eos debere?» (Párrafo XXIV del prefacio). Téngase en cuenta que esta obra se publicó un año antes de que las Cortes de Navarra aprobaran que en defecto de Fuero y leyes, se juzgase por el Derecho común (Cortes de Pamplona de 1576, ley 9 del cuaderno I, inserta en el libro 1, tít. 2, ley IV de la Novísima Recopilación de las leyes de Navarra).

Esta obra fue utilizada más tarde por Antonio Pérez y López, quien en su *Teatro de la Legislación universal de España e Indias*, publicada en Madrid en 1791 declararía que en Navarra no se aplicaba el Derecho romano sino el de Castilla y en el Aragón «en defecto de ley particular de estas provincias no debe recurrirse al romano, según quieren algunos autores; sino al Real de Castilla» (Prólogo, par. 18, pp. XI y XII).

Sobre el problema en Cataluña, véase la comunicación de Gay Escoda, Josep. M. en este mismo volumen.

derecho territorial concreto, tributario de normas externas, dado que la actividad legislativa en materias de Derecho privado (único vigente a partir de los Decretos de Nueva Planta) de las Cortes de los distintos Reinos fue muy escasa, por lo que se podía calificar a las normas autónomas como *ius municipale* frente al *ius commune*, único general en la Europa del momento ⁽⁴⁾.

La construcción de España como estado moderno implicaba la necesidad de eliminar los sistemas que persistían a pesar de los intentos de unificación del XVIII. Las Constituciones del siglo XIX se ocuparán sucesivamente de proclamar de forma reiterada que un único Código debía regir las relaciones civiles en España. El principal mecanismo de la unificación se introdujo, pues, a nivel constitucional, donde se diseñaba la estructura del Estado; desde la Constitución de 1812, con alternativas diversas y en el complejo contexto político del XIX español, las diferentes Constituciones se ocuparán de proclamar la necesidad de la unidad de Códigos ⁽⁵⁾ y de añadir una excepción a la proclamada necesidad de un único Código civil: así, el art. 75 de la Constitución de 1876, vigente en el momento de la Codificación, declararía que la necesaria unidad debería realizarse «sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes» ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Sobre la cuestión de las relaciones entre *ius municipale* y *ius commune*, véase, entre otros, A. IGLESIA FERREIROS, *La creación del derecho. Una historia del Derecho español. Lecciones*. Fascículo 2. Barcelona, 1988, 411 y ss. y Egea FERNÁNDEZ-GAY ESCODA, *Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al Decret de Nova Planta* en *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 3, 1979, 513 y ss.

⁽⁵⁾ El art. 258 de la Constitución de Cádiz (1812) establecía que «El Código civil i y criminal, y el del Comercio, serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». En el mismo sentido se pronunciaron los arts. 91 de la Constitución de 1869 y 75 de la Constitución de 1876.

No contenían el último inciso los arts. 4º de la Constitución de 1837, que establecía que «Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales; 4º de la Constitución de 1845; 5º de la Constitución no promulgada de 1856; en el Proyecto de Constitución republicana de 1873, un artículo sin numerar atribuía a «los poderes públicos de la Federación» la competencia para promulgar «Códigos generales», sin mayores concreciones.

⁽⁶⁾ Resulta sumamente oscuro el origen de la excepción recogida en el art. 258 de la Constitución de 1812. REGLA en la obra *Història de Catalunya*, Barcelona, 1972, T. II,

La vigencia de este artículo provocaría que durante la discusión de la Ley de Bases del Código civil, el entonces Ministro de Gracia y Justicia, Silvela, pudiera defender ante el Parlamento la propuesta de mantener un sistema plural en el que se codificara sólo el Derecho civil de Castilla, se mantuvieran intactos los distintos sistemas regionales y se introdujera el Código civil como nuevo supletorio de estos

p. 211, dice que los diputados catalanes en las Cortes de Cádiz «van alçar la veu, amb moltes precaucions, en ésser discutit el projecte de l'article 527 (definitivament, 258), referent a la unificació legislativa del país. L'article esmentat fou aprovat en aquests termes, després d'intervenir-hi activament Dou i Aner»; transcribe el texto definitivo y añade que «amb aquestes matisacions van considerar-se satisfets». Esta interpretación se compagina mal con dos datos: el primero lo proporciona CASTRO en *Derecho civil de España. Parte general*. Madrid, 1949, 220, al citar una instrucción de la Junta Suprema del Principado de Cataluña, dando instrucciones a los diputados catalanes representantes en las Cortes de Cádiz; en ella se decía que «deben reconocerse las ventajas políticas que resultarían de uniformar la legislación de los derechos de todas las provincias de la Monarquía para que no quede ésta después de la actual crisis, hecho un cuerpo compuesto de partes heterogéneas», aunque se añadía que caso que esto no fuese posible porque «no pensase así la pluralidad o cuando insuperables obstáculos se opusiesen a la realización de esta medida saludable», Cataluña debía recuperar los fueros y privilegios de que gozaba durante el Reinado de los Austrias.

El siguiente dato lo proporciona el discurso preliminar de la Constitución de 1812 leído en las Cortes al presentar el Proyecto de Constitución la Comisión nombrada al efecto el 24 de diciembre de 1811; en el párrafo XLIV se lee lo siguiente: «La igualdad de derechos proclamada en la primera parte de la Constitución en favor de todos los naturales originarios de la Monarquía, la uniformidad de principios adoptada por V.M. en toda la extensión del vasto sistema que se ha propuesto, exigen que el Código universal de leyes positivas sea uno mismo para toda la Nación: debiendo entenderse que los principios generales sobre que han de estar fundadas las leyes civiles y de comercio, no pueden estorbar ciertas modificaciones que habrán de requerir necesariamente la diferencia de tantos climas como comprende la inmensa extensión del Imperio español y la prodigiosa variedad de sus territorios y producciones. El espíritu de liberalidad, de beneficencia y de justificación ha de ser el principio constitutivo de las leyes españolas. La diferencia, pues, no podrá recaer en ningún caso en la parte esencial de la legislación. Y esta máxima tan cierta y tan reconocida no podrá menos de asegurar para en adelante la uniformidad del Código universal de las Españas». Ello indica que las excepciones vienen referidas a los territorios ultramar y no a la península y más si se tiene en cuenta que en el párrafo XXXIV, la Comisión había declarado que «no puede por menos de esponer que la falta de enlace y uniformidad de los diferentes Códigos de nuestra legislación, que están hoy en día en observancia, demuestra hasta la evidencia la necesidad de establecer un sistema de legislación, sin el cual son inútiles e ineficaces las mejores leyes civiles y criminales». Ver SAINZ DE BARANDA. *Colección de Leyes fundamentales*. Zaragoza, 1957, 50 y 54.

sistemas, con lo que la Codificación cumpliría la exigencia constitucional de ser única (7).

Planteadas las cosas en estos términos y desechada por antipolítica la propuesta de desaparición de los derechos denominados «forales» como efecto normal de la promulgación de un Código civil único (8), el sistema del Derecho civil se planteaba sobre la base de la conservación de los derechos territoriales, a lo que se sumaba el compromiso de codificación de los mismos en un apéndice que contuviera las «instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen» (art. 6º Ley de Bases de 1888) para que sirviera de base a una futura y definitiva codificación unitaria del Derecho español (9).

(7) Cuando en 1885, Silvela presenta al Senado el Proyecto de Ley de Bases, el Senador Marqués de Seoane planteó que podría considerarse inconstitucional mantener los sistemas territoriales (Senado, 26 de febrero de 1885. Diario de sesiones n. 72, 1380). Silvela respondió que el mandato del art. 75 de la Constitución de 1876 «se ha de cumplir en dos etapas... Primera etapa, el Código civil, en el cual no hay variación, sino la más absoluta unidad, formado en el cumplimiento de la primera parte del precepto, para que sea ley en 40 provincias españolas, que están dispuestas a recibirlo como tal. Segunda etapa: cuando tratemos de las provincias forales, si hay que introducir una o varias modificaciones en el Código perfectamente uniforme que hoy se discute, entonces será oportuno que invoque el Gobierno la facultad que le concede el artículo de la Constitución en su segunda parte. No se trata, pues, señor Marqués de Seoane, de la variación que hagamos en el Derecho castellano: todo el Código ha de contener las reformas que en un momento dado sean necesarias en las instituciones. Antes era preciso que todas, absolutamente todas las instituciones rigieran de igual suerte en las 49 provincias de España y esto mismo ha dicho la Constitución de 1876 al disponer que unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía. Pero añade: salvo las variaciones que en algunas instituciones determinen las leyes. Así, cuando vengamos aquí con las reformas necesarias en la legislación foral; cuando hagamos uso de la segunda parte de este artículo constitucional (porque lo que presentamos ahora es un Códigos que ha de regir únicamente en 40 provincias hemos establecido cumpliendo la primera parte de este artículo), si vemos que hay una, dos o tres instituciones que en esas provincias forales deben conservarse, entonces habrá llegado la hora de invocar, repito, la segunda parte del precepto constitucional» (Senado. Diario de sesiones n. 72. Sesión de 26 de febrero de 1885, 1380-1381).

(8) Sobre las características y consecuencias de la Codificación en general, ver G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. T.: I. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna, 1976. Introduzione — *in totum*.

(9) El Congreso de Derecho civil, celebrado en Zaragoza en 1946, concluyó que «la realidad y los problemas a que se refieren las anteriores declaraciones hechas por este Congreso, aconsejan una solución que debe ser inmediatamente abordada y que

El problema del derecho supletorio de los distintos derechos territoriales españoles, cuya problemática se recogerá a continuación,

tendría como finalidad la elaboración de un Código general de Derecho civil que recogiera las instituciones de Derecho común, de los Derechos territoriales o forales y las peculiaridades de algunas regiones, teniendo en cuenta su espíritu y forma tradicional, su arraigo en la conciencia popular y las exigencias de la evolución jurídica y social.

La elaboración del Código civil general supone el siguiente proceso:

a) La compilación de las instituciones forales o territoriales, teniendo en cuenta, no sólo su actual vigencia, sino el restablecimiento de las no decaídas por el desuso y las necesidades del momento presente. Tales compilaciones podrían hacerse en base de los actuales proyectos de Apéndices convenientemente revisados.

b) Publicadas las compilaciones y tras el periodo suficiente de su divulgación, estudio y vigencia, se determinaría el modo material como han de quedar recogidas en el futuro Código general del Derecho civil español las instituciones a que se refiere el párrafo primero»...

Dice LACRUZ que éste fue un hábil recurso que «eludió la cuestión de si este Código había de ser totalmente único, o bien con secciones especiales para las regiones, o bien con Apéndices, o si se trataba de un Código de principios generales, como propuso la sección de Cataluña». Verla en LACRUZ BERDEJO. *Estudios de Derecho civil*. «El Congreso nacional de Derecho civil de 1946». Barcelona, 1958, 11 y 13.

Consecuencia de este Congreso fue el Decreto de 23 de mayo de 1947, que regulaba las Comisiones de juristas para el estudio y ordenación de los derechos forales. En su Exposición de Motivos se decía que «La coexistencia en España de diferentes ordenamientos civiles, reveladores en su misma variedad de la riqueza de nuestra tradición jurídica, ha planteado al legislador, desde época ya remota de la Codificación, un problema todavía no resuelto satisfactoriamente, no obstante lo preceptuado en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, y a pesar de que su solución justa y armónica debe ser preferente tarea para un estado que tenga plena conciencia de la unidad de sus destinos y de la altura y trascendencia de los fines que está llamado a cumplir. Recogiendo el Gobierno estas conclusiones (las del Congreso de Zaragoza) en lo que tienen de esencial, para dar muestra una vez más de su sensibilidad ante las realidades nacionales, inicia por el presente Decreto la preparación de dicho Código general, mediante un proceso de elaboración cuya primera etapa ha de ser la compilación de las instituciones forales, lo que dará lugar a la comunicación de los distintos derechos hispánicos, en busca de aquellos principios comunes en los que se asentó el espíritu cristiano y nacional de nuestra unidad, nuestra libertad y nuestra grandeza».

El art. 3 del Decreto establecía que «Los anteproyectos de compilaciones de las instituciones forales o territoriales... podían hacerse tomando por base los actuales proyectos de Apéndices para llegar a una sistematización adecuada de las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades y exigencias del momento presente, adaptándose a la sistemática del Código civil y evitando coincidencias y repeticiones».

El proceso de redacción y elaboración de la Compilación del Derecho civil de Cata-

quedaba definitivamente zanjado en el art. 5º de la Ley de Bases de 1888, donde se establecía que «Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan solo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales», artículo que sería reducido en el art. 12 del primer título preliminar del Código, en su párrafo 2º y que permitió la subsistencia en España de la doctrina del derecho supletorio, desaparecida por inútil en el resto de los países de Europa, una vez conseguida la unificación del Derecho.

2. En la época de la Codificación, el problema del derecho supletorio se plantea desde dos puntos de vista distintos: por una parte, se examinaba la necesidad de unificar el Derecho civil en España, lo que llevaba a la conclusión de que un primer paso para ello era la proclamación del futuro Código civil como único supletorio de los derechos territoriales subsistentes una vez promulgado el citado Código. Por otra parte, desechada la idea de un Código único, por antipolítica, la persistencia en la necesidad de unificar el Derecho hacía que se llegara a la imposición de un nuevo derecho supletorio a los derechos nacionales.

A) *El Proyecto de Ley de Bases de Alonso Martínez (1881).*

La primera posibilidad era la que expresaba Alonso MARTÍNEZ en el Proyecto de Ley de Bases de 1881, cuya base 17 toleraba la conservación de los derechos territoriales, siempre que éstos aceptaran como único supletorio el futuro Código civil. Así se decía: «Para aproximarse a la uniformidad de la legislación en todo el Reino, se

luña, de 1960, puede consultarse en P. SALVADOR CODERCH, *La Compilación y su historia. Los presupuestos políticos y culturales de la Compilación del Derecho civil de Cataluña en La Compilación y su historia. Estudios sobre la Codificación y la interpretación de las leyes*. Barcelona, 1985, 210 y ss. En un sentido parecido para la Compilación del Derecho civil de Aragón, DELGADO ECHEVERRÍA. Comentario al art. 1 de la Compilación en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*. Dirigidos por J.L. Lacruz. Zaragoza, 1988, 132 y ss.

trasladarán al Código civil en su esencia, las instituciones forales que por su índole pueden y deben constituir con ventaja común, el derecho general de los ciudadanos españoles... En consecuencia con lo dispuesto en párrafos anteriores, con la publicación del Código civil quedarán derogados los Códigos romanos y las Decretales en las provincias donde hoy se aplican como derecho supletorio». La idea del pacto sobre la conservación del derecho a cambio de admitir como único supletorio al Código aparecía claramente expresada en la Exposición de Motivos de este proyecto cuando Alonso MARTÍNEZ decía que «aquellas instituciones jurídicas que en cada provincia de régimen foral deban conservarse por ahora, a *condición de que aquel Código constituya en adelante su derecho supletorio*, en lugar de las Decretales y Códigos romanos».

El Proyecto de 1881 no llegó a discutirse, pero hay que poner de relieve alguna intervención de los representantes catalanes en defensa de la subsistencia del derecho supletorio propio. Así el Senador Marqués de Monistrol, presentó al Senado una Exposición de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona y de los propietarios de fincas rústicas y urbanas de Cataluña, en la que se ponía de relieve la necesidad de conservar el derecho supletorio propio de Cataluña ⁽¹⁰⁾.

B) *El Proyecto de Ley de Bases de Silvela (1885) y la discusión en el Senado y el Congreso de la definitiva Ley de Bases del Código civil.*

La necesidad de la Codificación se planteó de nuevo en la siguiente legislatura. El propio Rey, en el discurso de la corona de 20 de mayo de 1884, resaltaba la necesidad de codificar el «Derecho de Castilla», sin aludir naturalmente, a otras cuestiones técnicas. Quien planteó un nuevo estilo en la consideración oficial de los derechos fue Silvela entonces Ministro de Gracia y Justicia, quien propuso una fórmula de transacción con los representantes de la denominadas regiones forales en el art. 5º del Proyecto de Ley de Bases, presentado el 7 de enero de 1885 al Senado. Dicho artículo decía lo si-

⁽¹⁰⁾ Senado, 28 de marzo de 1882. Diario de sesiones n. 78, p. 1460 y sesión de 16 de marzo de 1882. Diario n. 100, p. 2034.

guiente: «En las provincias y territorios en que subsiste derecho foral seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones legales, usos y costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del derecho común de Castilla, de suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, teniendo éste tan sólo el carácter de derecho supletorio en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el Derecho romano y el canónico». En cuanto a la explicación que se daba en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley en cuestión, hay que decir que se intentaba suavizar esta imposición porque en la aplicación como supletorio del Código «no es de temer tampoco dificultad grave, pues las instituciones y materias en las que el actual derecho supletorio completa la legislación foral positiva, son bien conocidas y estudiadas y el Código tendrá muy escaso empleo, quedando sólo como doctrina que pueda resolver algún caso raro, puesto que el pensamiento de la Ley no es alterar nada de lo existente, substituir ninguna fórmula legal o consuetudinaria que hoy se respete o aplique por otra distinta, sino llenar algún vacío, suplir alguna deficiencia en aquello que no contradigan el régimen actual; no se trata, pues, de que desaparezcan el Derecho romano y las Decretales en cuanto ellos contemplan instituciones forales o desenvuelven en armonía de principios su sentido, sino de que el nuevo cuerpo legal se admita también para suplir los vacíos que esas legislaciones no hayan llenado ya» (11). Pero no es la redacción del art. 5º que hemos transcrito más arriba, la que pasó a la discusión del Senado, sino la que propuso la Comisión nombrada al efecto para el estudio de la Ley de Bases. Decía el art. 5º del Proyecto redactado por la Comisión del Senado que «las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio» (12). Sobre esta redacción, pues, se plan-

(11) Senado. Proyecto de Ley facultando al Gobierno para publicar un Código civil con sujeción a las condiciones y bases que en dicho proyecto se establecen. Diario de sesiones. Apéndice al n. 54. 12 de enero de 1885, 1-8.

(12) Proyecto presentado por la Comisión del Senado el 14 de febrero de 1885. Esta obra compuesta por Fco. Cárdenas, Presidente. Manuel Silvela, Salvador de Albacete, Manuel Colmeiro y Benito Gutiérrez, Secretario. Se cita de la obra de FABIE. *Disertaciones*

teó la discusión en el Senado, en los siguientes términos: los senadores se hallaban divididos entre los partidarios de conservar el régimen jurídico de los derechos territoriales íntegro, es decir, con su propio derecho supletorio, y los que se mostraban partidarios de introducir el Código civil, porque este era un medio para lograr de forma paulatina la unificación del Derecho civil en España. Incluso dentro de los miembros de la propia Comisión senatorial dictaminadora, que había redactado el art. 5º conservando la integridad del régimen foral, se observaba que la tendencia era suprimir este régimen.

Coronado, catedrático de Derecho romano, después de decir que el que se denomina Derecho común de Castilla no era tal, sino que Derecho común era sólo el Derecho romano, concluía que «así como yo quiero y deseo, y creo que será un bien, quede un derecho común supletorio al que pueda acudirse en defecto de las disposiciones legales del nuevo Código que se forma, así también creo debe quedar un derecho supletorio de la legislación foral, y que si merece respeto ese derecho foral y hay consideraciones de gran peso hoy por hoy, para conservarlo *se deje como supletorio en esas provincias el que realmente lo es, el Derecho romano*. Así lo han pedido los catalanes y no pueden menos de pedirlo las demás provincias que se encuentran en ese caso» (13). Evidentemente se manifestaba a favor de la conservación de los ordenamientos romano y canónico como supletorios el Senador catalán MALUQUER, apoyando el proyecto del Ministro de Gracia y Justicia en contra del de la Comisión, porque «no conteniéndose como Derecho supletorio el romano ni el canónico, con cuya supresión se echa abajo, se mata por completo el Derecho foral de Cataluña». SILVELA, por su parte, tranquilizaba a MALUQUER cuando, afirmaba que «se deja por ahora en toda su integridad el actual régimen jurídico de las provincias que tienen legislaciones especiales. Por manera que, si en esas provincias rigen como supletorios el Derecho canónico y el romano, no por ser canónico o romano, sino por estar en las tradiciones jurídicas de esas provincias, quedarán allí regiendo» y continuaba de forma muy clara que «en este artículo que tanto ha alarmado a S.S. entendemos dejar en

jurídicas sobre el desarrollo histórico del derecho sobre las bases del Código civil y sobre la organización de los tribunales. Madrid, 1885, 145.

(13) Senado. 20 de febrero de 1885. Diario de sesiones n. 67, 1258-59.

toda su integridad las instituciones de que gozan las provincias y conservarles su régimen foral sin alteraciones de ninguna especie. ¿Tienen como supletorio el Derecho canónico y el romano? Pues continúan teniéndolos, porque en respeto a la tradición y a los intereses de estas provincias, seguirán rigiendo supletoriamente, si bien no como legislación extranjera, porque no puede admitirse que una parte de España tenga derecho a regirse por una legislación extranjera; pero si los usos y costumbres de Cataluña, por ejemplo, la admiten vigente, toda vez que si la dejamos su régimen jurídico y ese Derecho supletorio, forma parte de — él, claro es que ha de continuar» (14).

En las palabras de SILVELA se planteaba una cuestión que ciertamente tenía una cierta importancia desde el punto de vista político: la consideración de la legislación romana y canónica como legislación extranjera. Esta afirmación de SILVELA se basaba en el argumento según el que si el Derecho supletorio romano y canónico se aplicaba como derecho extranjero, entonces la soberanía española no lo podía admitir, porque hubiera supuesto el reconocimiento de la ingerencia de una soberanía extranjera en la ordenación de las relaciones jurídicas de una parte de los ciudadanos españoles; pero que si ello se basaba en la aceptación por el ordenamiento jurídico catalán de la supletoriedad de estos ordenamientos, esta aceptación los convertía en derechos nacionales y, en consecuencia, podían ser aplicados sin ningún recelo.

El Senado aprobó, finalmente, el mantenimiento de la aplicación de los Derechos canónico y romano como supletorios, siempre que para aquellas materias no reguladas por éstos, se aplicara el futuro Código civil. Esta fue la argumentación que se utilizó en la Exposición de Motivos del dictamen de la Comisión del Congreso, relativo al proyecto de Ley de Bases presentado por el Senado (15) que decía textualmente: «Cree la Comisión que el Gobierno de S.M. guiado por los importantes estudios de los que le han precedido y por incesantes trabajos de la Comisión general de Codificación y de

(14) Sesión de 20 de febrero de 1885. Diario de sesiones n. 67, p. 1268.

(15) Proyecto de Ley de Bases dictaminado por la Comisión del Congreso en 6 de junio de 1885. Dicha Comisión estaba compuesta por Alonso Martínez, como Presidente. Germán Gamazo, Rafael Conde y Luque, Manuel Durán y Bas, Rodríguez de San Pedro, Canalejas y Santiago de Liniers, como Secretario. Se cita de FABIE, 175 y ss.

sus individuos correspondientes, ha conciliado ambas tendencias; pues si, por una parte, el proyecto de Código civil respeta en toda su integridad el régimen jurídico de las provincias forales, como al mismo tiempo adopta en puntos de derecho muy controvertidos soluciones intermedias, y acepta por base de algunas instituciones el principio de libertad de contratación, y regulariza aquellas otras que no presentan diferencias esenciales entre las legislaciones que rigen en España, no cabe duda de que así prepara por medios prudentes y adecuados la unidad de derecho, de la que sólo las relaciones comunes y la mútua conveniencia han de ser con el transcurso del tiempo, eficaces e interesados agentes.

No hará, pues, el Gobierno de S.M. en virtud de tales principios, variación alguna en el régimen general vigente en algunas provincias del Reino, respetando así en tiempo y ocasión en que la unidad y aún la uniformidad van, como forzadamente, imponiéndose, lo que es digno de respeto como rasgo de individualidad vigorosa y característica en aquellos pueblos y razas que vienen desde hace siglos, para nuestra común fortuna, participando en la obra gloriosísima de la unidad nacional».

En consecuencia, según este proyecto de Ley de Bases, el art. 5º quedaría redactado de la siguiente forma: «Las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación de este Código, que regirá tan solo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código civil en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino».

En esta redacción aparecía un elemento nuevo que no surgía en las anteriores leyes de Bases: la imposición de una parte del futuro Código como de aplicación general y directa, como lo sería el Título preliminar «en cuanto determina los efectos generales de las leyes y de los estatutos» y las reglas generales para su aplicación».

En el Congreso, durante la legislatura 1884-1885 se plantearon discusiones en torno al mantenimiento del derecho supletorio propio de los derechos territoriales y concretamente, el importante voto particular de Alonso MARTÍNEZ en contra de los propuesto en el art.

5º del proyecto de Ley de Bases, presentado en el Congreso el 8 de junio de 1885, firmado por el propio Alonso MARTÍNEZ, German GAMAZO y José CANALEJAS ⁽¹⁶⁾. El texto del voto particular diría lo siguiente: «Los Diputados que suscriben, individuos de la Comisión elegida por el Congreso para dar dictamen sobre el proyecto de Ley de Bases para la publicación de un Código civil, profundamente convencidos de que el interés de la Codificación civil disminuye, si no desaparece, mediante las soluciones que propone la mayoría de la Comisión, con el sentimiento de discrepar de sus dignos y respetables compañeros, tienen el honor de someter a la aprobación del Congreso el siguiente Voto particular sobre el art. 5º del proyecto de ley aprobado definitivamente por el Senado, facultando al Gobierno para publicar un Código civil. Art. 5º. Sin perjuicio de lo que dispone en la Base 1ª, en las provincias en que subsiste derecho foral se conservarán por ahora en toda su integridad aquellas instituciones que por estar muy arraigadas en las costumbres no puedan suprimirse sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad o al estado de la familia.

En consecuencia, con la publicación del Código civil quedarán derogados los Códigos romanos y las Decretales en las provincias en que hoy se aplican como derecho supletorio».

El paralelismo entre este voto particular y la base 17 del Proyecto de Ley de Bases de 1881 es evidente: Alonso MARTÍNEZ seguía pretendiendo suprimir una parte del sistema de los derechos nacionales españoles para introducir como derecho supletorio un cuerpo extraño (éste sí verdaderamente extranjero para el derecho territorial de que se tratase), cuya aplicación debería ir dirigida a conseguir la unidad jurídica en materia civil, por una vía indirecta; conservando totalmente algunas instituciones forales, se pretendía destruir el sistema, ya que no otra cosa hubiese sucedido de suprimir los ordenamientos supletorios, introduciendo el Código civil.

El problema de los legisladores de la época era la consideración de los ordenamientos canónico y romano como verdaderos derechos extranjeros y de ahí todo el empeño de SILVELA en demostrar que no lo eran y así en el discurso que, como Ministro de Gracia y Justicia, pronunciaba en el Congreso el 13 de junio de 1885, antes de la

(16) Verlo en FABIE, *Disertaciones*, 195-196.

discusión de los votos particulares de Alonso MARTÍNEZ Y DURAN Y BAS, volvía a insistir sobre lo que anteriormente había dicho ya en el Senado y refiriéndose concretamente al voto particular de Alonso MARTÍNEZ, decía que cuando se lograra la codificación del Derecho foral, «en esa codificación se comprenderá todo lo que haya de Derecho romano y de Derecho canónico vivo y existente en la vida jurídica actual de esas provincias, y desaparecerán, por tanto, como Derecho supletorio el Derecho canónico y el Derecho romano, y quedará únicamente el Código foral en lo que represente las diferencias del Código general en todo lo demás», pero además añadía que cuando se produjera, no existirá ningún problema de derecho supletorio, puesto que «se habrá incorporado y quedará estando al lado de ese derecho indígena la parte de derecho romano y de derecho canónico que constituyen con él un solo todo, mas no con el propósito que sería verdaderamente funesto para aquellas provincias, de mutilarlo sólo por el diferente origen de sus leyes y de sus preceptos, que aceptado por aquellas provincias, aunque lleven el nombre de Derecho romano y de Derecho canónico, son verdaderamente Derecho indígena y Derecho foral libremente aceptado, no mutilando lo que al fin y al cabo representa un todo orgánico y armónico» (17).

El discurso de SILVELA planteaba en realidad muchos más problemas de los que parecía resolver; en efecto, si tenemos en cuenta que no todos los derechos territoriales españoles aceptaban al *ius commune* (romano-canónico) como derecho supletorio, sino que existía el grave problema del Derecho aragonés, que sólo por aproximación lo admitía (lo cual justificará la actitud de Gil BERGES (18) podríamos decir que en algunos sistemas territoriales sí eran Derecho extranjero los ordenamientos romano y canónico, porque su legislación positiva no los había refrendado como supletorios, al contrario de lo que había ocurrido en Cataluña y Navarra. Por otra parte, las afirmaciones de SILVELA, (19), dirigidas a demostrar la uni-

(17) Congreso. 13 de junio de 1885. Diario de sesiones n. 172, p. 5037.

(18) La situación del derecho supletorio en Aragón era bastante confusa, lo que provocó la petición, por parte del Colegio de Abogados, de la clarificación en base a la introducción del Código civil como derecho supletorio, como afirma Delgado ECHEVERRÍA en *Comentarios* 112-113.

(19) SILVELA en sesión del Congreso de 16 de junio de 1885, Diario de sesiones n.

dad interna de los sistemas forales, conducían a otra conclusión, que suponía un grave peligro para la substancia de estos sistemas una vez publicado el Código civil: ello era que se considerase que las disposiciones positivas autóctonas y los supletorios reconocidos por estas disposiciones positivas formaban un todo orgánico, de tal manera que subsistía así el derecho supletorio propio de los derechos territoriales no como un elemento integrador del sistema, sino formando parte del mismo e introduciendo a continuación el elemento integrador, que era el Código civil. Con esta concepción se conseguía la supletoriedad del Código en segundo grado que no hubiera tenido razón de ser si se hubiese continuado considerando a los supletorios como verdaderos supletorios y no como partes integrantes del sistema.

Pero sigamos con la discusión parlamentaria de la Ley de Bases del Código civil; el diputado Rodríguez DE SAN PEDRO, en la discusión del voto particular a que se ha hecho referencia, después de admitir que se producirían dos codificaciones paralelas, la del Código civil y la de los derechos territoriales, que no podían realizarse al mismo ritmo, decía que, al plantearse este punto, si bien existía en la Comisión el deseo de que todas las legislaciones forales tuvieran el mismo supletorio, es decir, el futuro Código civil, «apreciando la cuestión bajo el punto de vista de la realidad y del estado histórico actual de esas mismas legislaciones forales, no han podido menos de reconocer que allí existen el Derecho canónico y el Derecho romano, y que verdaderamente carecerían de sentido y explicación en la actualidad muchas de las instituciones forales, si no

174, p. 5085 dice las siguientes palabras, que confirman nuestra interpretación en el texto: «¿Por qué los jurisconsultos y los hombres todos que se ocupan de las cuestiones de Cataluña muestran un empeño decidido en que se respete su derecho supletorio, canónico y romano, y no le siguen los jurisconsultos aragoneses y navarros? Pues es por la sencilla razón de que en el Derecho de Cataluña esta legislación supletoria no merece verdaderamente este nombre; es porque la mayor parte de las disposiciones del Derecho canónico y del Derecho romano forman un todo completo, un todo armónico, y el desmembrarlo constituye una verdadera mutilación en aquellas leyes; al paso que en el aragonés, no ocurre nada de esto, sin que pueda tacharse ni a los jurisconsultos ni a los hombres que de estos particulares se ocupan de Navarra, de menos celosos, de menos interesados por sus fueros, ni de menos entusiastas por ellos que los catalanes» y sigue diciendo que «lo que unas y otras provincias defienden y mantienen es la integridad de la vida jurídica».

encontrasen su autorizado comentario en las disposiciones del Derecho canónico y del Derecho romano» (20).

El voto particular lo defendió GAMAZO quien, después de equivocarse al hablar del Derecho supletorio del catalán (21) y de establecer cuáles eran los distintos supletorios en los distintos derechos territoriales (22) entiendo que debía unificarse el Derecho supletorio de los forales y pedía que «desaparezca el Derecho supletorio, que desde luego no haya más Derecho supletorio que el de la Nación». GAMAZO utilizaba argumentos demasiado partidistas para basar sus afirmaciones y así después de decir que en Aragón y Vizcaya iba a

(20) Congreso. 13 de junio de 1885. Diario de sesiones n. 172, p. 5038.

(21) GAMAZO dice en su discurso que poco tiempo después del Decreto de Nueva Planta, «el rey Carlos III resolvía una cuestión nacida precisamente del decreto de su padre y la resolvía declarando que el Derecho supletorio de la legislación foral en Cataluña, era el Derecho español, el Derecho de la Península». Suponemos que se debe aludir al problema planteado por DOU en su obra sobre Derecho público, acerca de la aplicación de la Ley del C. 10.32.24, pero la cita de GAMAZO es tendenciosa, puesto que precisamente Carlos III resuelve lo contrario de lo que se dice en el discurso. En realidad todo el discurso en defensa del voto particular que había presentado conjuntamente con Alonso MARTÍNEZ es tendencioso, puesto que se utilizan en él verdades, que pueden demostrarse históricamente en forma contraria a la utilizada en el discurso. Sin embargo, el propio discurso demuestra el profundo conocimiento del autor sobre la materia, aunque la ofrezca tergiversada. Sesión y diario cits. p. 5040.

Para que pueda comprobarse la idea de GAMAZO sobre el Derecho foral, reproducimos un fragmento de su discurso: «Lo que no se ha dicho nunca, lo que nadie ha pensado es, Sres. Diputados, que se pudiera por unas Cortes españolas, en una forma más o menos directa, al concluir el siglo XIX, proclamar como legislación de España un Código escrito a retazos por la autoridad eclesiástica en un idioma extraño, en la mayor parte de las cosas inútil para los asuntos civiles, y otro Código en que amontonaron las sentencias de muchos sabios en un idioma también extraño y de pocas personas conocido. No, a nadie se le ha ocurrido y nadie lo podía esperar; contra esto se subleva mi conciencia, y contra esto creo ha de sublevarse también la ciencia y la rectitud del Sr. Ministro de Gracia y Justicia, aunque crea, engañado por su espejismo que yo procuraré desvanecer, que todo lo que hace lo exigen las necesidades de la vida, confundiendo, a mi modo de ver, dos cosas que son completamente distintas; la vida y la preparación para la muerte; la afirmación del principio del Derecho y la abdicación completa del Derecho». Diario y sesión cits. en nota 20, p. 5041.

(22) En la sesión de 16 de junio de 1885 (diario n. 74), GAMAZO da muestras de conocer el tema a fondo, por cuanto habla de Derecho supletorio del vasco, cuando dice que con el art. 5 de la Ley de Bases «se entendía que derogáramos el Derecho castellano para todos sus efectos; es decir, para la región que disfruta ese Derecho como único y para la región que lo aplica como supletorio» (p. 5080).

existir otro Derecho supletorio distinto a partir de la publicación del Código civil, puesto que al ser el Derecho castellano supletorio del Código en estos ordenamientos, quedaba sustituido por el nuevo Código, formulaba un razonamiento en el que se hallaba implícita una declaración de privilegio para ciertas regiones y así decía que para Aragón y Vizcaya «concluirá el Derecho supletorio, mientras que se mantenía ese Derecho supletorio, Derecho extraño además en Catalunya y Navarra». Esto no era cierto en absoluto, puesto que lo que ocurrió en Aragón y Vizcaya no era que el Derecho supletorio concluyera, sino que siendo como era el Derecho castellano supletorio en estos ordenamientos (con dudas en Aragón), quedaba sustituido por el nuevo Código ⁽²³⁾. Esta última afirmación enlaza con el voto particular de Gil BERGES el 19 de junio de 1885, en el que se pedía que se declarase la aplicación inmediata del Código civil en Aragón y que el art. 7º de la Ley de Bases se redactase en la forma siguiente: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código civil empezará a regir como supletorio en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas». Este voto particular podía haber conducido a un grave problema, porque podría haberse interpretado en el sentido de la renuncia al régimen foral por parte de Aragón; por ello Alonso MARTÍNEZ, después de hacer un repaso a todos los suplementarios de los Derechos nacionales ⁽²⁴⁾, propuso la siguiente redacción, que pasó prácticamente a ser la definitiva; «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código civil empezará a regir en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquellas disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente están vigentes» ⁽²⁵⁾; con ello se salvaba el pro-

⁽²³⁾ El argumento utilizado fue el siguiente: «consideración que sería igualmente decisiva a mis ojos para mantener el Derecho de Castilla como supletorio en Aragón y Vizcaya, puesto que mantenemos el Derecho canónico y romano en Cataluña o Navarra; porque no veo que sean ciertamente más armónicos el Derecho romano y el Derecho canónico con el Derecho foral de Cataluña y Navarra, que lo son el Derecho nacional y el Derecho foral de Aragón y de Vizcaya. Seamos, pues, lógicos; lo uno o lo otro: si ese argumento de que desarmonizamos el conjunto no basta para detenernos ante la derogación del Derecho supletorio en Aragón y en Vizcaya, tampoco debe ser causa de que nos detengamos en la derogación del Derecho canónico y del Derecho romano en Cataluña y Navarra». Diario de sesiones n. 74, p. 5083.

⁽²⁴⁾ Sesión de 19 de junio de 1885. Diario de sesiones n. 177, p. 5230.

⁽²⁵⁾ Esta redacción plenamente aceptada en la legislatura 1884-85, es matizada en la

blema de la posible renuncia a la foralidad, puesto que sólo se aplicaría el Código civil como supletorio en lo que no se opusiese al régimen jurídico aragonés ⁽²⁶⁾.

Alonso MARTÍNEZ es plenamente consciente de que en algunos puntos de España el Código civil empezaría a regir directamente como Derecho supletorio y así, en la legislatura de 1887-1888, cuando se aprueba definitivamente el proyecto de Ley de Bases en el Congreso, afirma: «Tengo la opinión de que publicado el Código civil, aunque por de pronto no hayan de regir la mayor parte de sus artículos en las regiones forales, cuando vean un Código sencillo especie de cartilla de los derechos y deberes que tienen los ciudadanos españoles, así respecto de la familia como de la propiedad y de la contratación, por la fuerza de las cosas, ese Código se irá imponiendo a las regiones forales. Pero ocurre además que dentro del proyecto de ley aprobado por el Senado y por el Congreso, y que es materia de debate, hemos dado una solución razonable a la cuestión; hemos fijado un plazo de cuatro años para traer leyes especiales a estas regiones forales, y cuando se hagan estas leyes el Código civil, el Derecho común será el Derecho supletorio en las provincias de régimen foral. Aparte de que en Aragón y Vizcaya empezará a regir como supletorio desde el momento mismo de su publicación» ⁽²⁷⁾.

Pero resulta altamente significativo observar que incluso aprobada la Ley de Bases, cuyo artículo 5º mantenía la integridad del sistema, aceptando el Derecho supletorio propio de los sistemas territoriales se siguiera hablando en los Cuerpos legislativos de este problema. Ello arranca ya del texto de la Exposición de Motivos del dictamen de la Comisión del Senado, encargada de estudiar la adecuación

legislatura 1888-89 por el propio Gil BERGES, quien dice que «Aragón ha la manifiesta siempre tendencia a acercarse en cuanto sea posible a la unificación del Derecho. Con este fin patriótico tuve el honor en 1885 de presentar una enmienda, por encargo de las corporaciones, enmienda que luego fue artículo y que conmigo suscribieron otros compañeros. ¿Sabeis para qué? Para que el futuro Código rigiera allí inmediatamente en cuanto se compadeciera con las disposiciones *forales y consuetudinarias*, actualmente vigentes, respetadas ya por el art. 5º en toda su integridad». Sesión de 2 de abril de 1889. Congreso. Diario de sesiones n. 84, p. 2247.

⁽²⁶⁾ Sobre la interpretación de las discusiones parlamentarias en este punto puede consultarse el trabajo de Jerónimo LÓPEZ. *La conservación de los regímenes forales y las leyes generales anteriores al Código civil en Anuario de Derecho civil*. 1951, 184.

⁽²⁷⁾ Senado. 14 de abril de 1888. Diario de sesiones n. 86, p. 1714.

del texto articulado del Código civil a lo dispuesto en la Ley de Bases. En dicho texto se reprochaba la conservación de los derechos forales diciendo que «Reconoce la Comisión como todo el mundo, la necesidad imperiosa de metodizar y unificar la legislación diluida en Código, y compilaciones y leyes sin cuento; lamenta o por lo menos alguno de sus miembros lamenta, que esta obra no resulta positiva y real, una vez que se dejan subsistentes las llamadas legislaciones forales, cuya conveniencia total no considera debida y suficientemente demostrada, cuyo mantenimiento no lo estima provechoso a los fines sociales ni adecuado a los sanos principios de la política del derecho»⁽²⁸⁾ y en otras intervenciones esporádicas se hacía referencia a esta supletoriedad de derechos canónicos y romano, con preferencia al Código civil, como en el discurso de Hernández de La Rúa, en el Senado, contestando a Maluquer⁽²⁹⁾, el de Paso y Delgado refiriéndose al Derecho supletorio en Navarra⁽³⁰⁾ y el de Durán y Bas⁽³¹⁾.

(28) Exposición de Motivos del dictamen de la comisión de la Ley de Bases para la publicación del Código civil. Apéndice n. 1 al diario de sesiones del Senado n. 305, p. 406. La comisión estaba formada por TELESFORO MONTEJO Y ROBLEDO, como Presidente, Vicente ROMERO y GIRÓN, Vicente HERNÁNDEZ DE LA RUA, Nicolás DE PASO Y DELGADO, José DE ALDECOA, José DE LA TORRE GARCÍA DE VILLANUEVA, Secretario.

(29) Hernández de La Rúa, en sesión del Senado de 9 de febrero de 1889, Diario de sesiones n. 41, p. 614, dice refiriéndose a este punto que «ya las constituciones catalanas parte del Rey Felipe V, que es el que estableció allí, si bien no la unificó en un mismo y solo cuerpo; de manera que cuando son tantas las fuentes del derecho, cuando son tantos los libros que hay que consultar, cuando hay que ir al Derecho canónico, cuando hay que estudiar el Derecho romano, ¿qué es lo que en suma produce este cúmulo de legislaciones para poder venir al verdadero conocimiento del derecho? Pues una gran confusión».

(30) PASO Y DELGADO. Sesión del Senado de 15 de febrero de 1889. Diario de sesiones n. 46, p. 723, contestando algunas dudas planteadas por el senador navarro Escudero, dice: «Decía S.A. ¿Será el Derecho supletorio de Navarra este Código civil? ¿Es que dice el Código en su artículo 12 que en defecto de leyes forales entra el Código civil general como supletorio? No; terminantemente se dice que conservarán en toda su integridad sus fueros las indicadas provincias, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación de este Código, el cual regirá como supletorio. ¿Cuándo? ¿En qué forma? En defecto del que lo sea allí, en defecto del Derecho supletorio que tengan esas provincias.

Si, por ejemplo tiene Navarra como Derecho supletorio el romano; si esa o cualquier otra provincia tiene las Decretales, este Derecho supletorio lo seguirá siendo, y sólo en defecto de él, del supletorio, será admitido el Código con tal carácter.

(31) La actuación de DURAN I BAS en las discusiones parlamentarias de la Ley de Ba-

Evidentemente, la conservación de los supletorios propios de cada uno de los derechos territoriales, va ligado el problema de la conservación de la integridad del sistema y así, sin referirse directamente al Derecho supletorio, sí que se hicieron numerosas alusiones al mantenimiento de esta integridad, ya en la discusión de la Ley de Bases ⁽³²⁾ pero quizá de forma más rotunda una vez publicado el texto articulado del Código civil, por cuanto muchas veces sus disposiciones destruían esta integridad. La discusión en el Senado la inició MALUQUER quien opinaba que si bien es cierto que el art. 5º de la Ley de Bases proclamaba el respeto a la legislación foral, estas legislaciones no se respetaban principalmente por lo que se refiere al antiguo art. 15 ⁽³³⁾. Pero la discusión se volvió más agria cuando LUÍS SILVELLA afirmó que las únicas legislaciones españolas que a partir de la publicación del Código civil no tendrían a éste como formando parte

ses, en la legislatura 1884-85 y en la del texto articulado del Código civil, siendo ya Senador, en la legislatura 1888-89 son altamente importantes. Sus discursos en este último período están recogidos en el libro *Colecció dels discursos pronunciats per... en defensa de la legislació civil catalana en lo Senat y en lo Congrès amb motiu de la presentació a las Corts del Codich civil de 1889*. Barcelona, 1891.

⁽³²⁾ Es importante citar en este punto el discurso de DURAN I BAS en defensa del voto particular formulado y en contra de las ideas de Gamazo. La primera parte de su discurso, pronunciado el 18 de junio de 1885, constituye un alegato contra la codificación de la que no se mostraba partidario DURAN I BAS, como digno seguidor de la escuela histórica del Derecho, mezclando a demás el problema con la idea política de la Codificación en la segunda parte de su discurso, pronunciando el 18 de junio del mismo año (Diario de sesiones n. 176, pp. 5183 y ss.); defiende las legislaciones forales en base a los siguientes argumentos. «Yo propongo que el régimen jurídico de cada provincia foral se formule no puramente en lo diferencial, sino en todo lo que como diferencia es característico y base de cada régimen, y junto ello, en una y otra forma todo lo que ha de observarse para el complemento de dicho régimen, cual sucede hoy, para que tenga la correspondiente unidad sistemática cada legislación especial en los respectivos territorios forales». Como consecuencia de ello propone una codificación propia para cada Derecho nacional: «Sin duda allí donde se encuentre completa homogeneidad entre lo general y lo especial, no hallo dificultad en que en lugar de trasladarlo a una ley foral se hagan meras referencias; ...en mi propósito entra que se fije íntegramente el régimen jurídico propio de cada provincia foral sin bastardías ni deficiencias y sobre todo, sin contradicciones en las tendencias o espíritu... que no aparezca subalternizado, si el verbo se me permite, el régimen foral al régimen general, sino en que aparezca cada régimen íntegro para cada provincia o región».

⁽³³⁾ Senador JOSÉ MALUQUER. Discurso pronunciado el 9 de febrero de 1889. Recogido en el libro de los discursos citado, pp. 23 y ss.

de su sistema jurídico eran las de Cataluña y Navarra, «porque son las únicas provincias forales que no aceptan el Código ni como suplementario» (34). SILVELA planteaba en este discurso un problema altamente interesante, que dió lugar a pocas discusiones, pero que fué más tarde hábilmente aprovechado por BORRELL I SOLER para fundamentar la subsistencia del derecho anterior, alegando que no había sido modificado por el Código civil. El argumento de SILVELA es el siguiente: cuando el art. 12 C.c. decía que se mantenía el régimen anterior a la publicación de este Código, había que entenderlo en el sentido de que este régimen jurídico era el que tenían al publicarse la Ley de Bases, que no comprendía únicamente sus fueros, sino que se incluían todas las leyes que estaban vigentes al publicarse la citada Ley de Bases, como Minas, Aguas, etc. (35). En realidad este fue un problema poco tratado o tratado de una forma muy superficial. Cuando se contesta a SILVELA, ALDECOA (36) opinaba que el Código civil incorporaba en su articulado las leyes especiales, que regían en toda España, *no como leyes forales, sino como leyes de Derecho común*. Este punto no se discutió más en el Senado, pero fue planteado de nuevo en el Congreso, en el discurso del catalán VILASECA (37) y había sido objeto de controversias en Cataluña, en relación a la Memoria de la Academia de Jurisprudencia y Legislación (38).

(34) Sesión de 29 de febrero de 1889. Diario de sesiones n. 49, p. 794.

(35) Sesión del Senado de 14 de febrero de 1889. Diario de sesiones n. 45, p. 698.

(36) ALDECOA, por la Comisión del Senado. Sesión de 19 de febrero de 1889, Diario de sesiones n. 49, p. 802.

(37) VILASECA, en sesión del Congreso de 2 de abril de 1889, dice lo siguiente sobre este punto: «Nos vamos a encontrar, publicado el Código, con leyes especiales derogadas en absoluto y con leyes especiales subsistentes. Quizás la solución se ofrezca clara y sin dificultad por lo que toca a los territorios de Derecho común. Respecto a las leyes derogadas se habrá de estar exclusivamente a lo que disponga el Código sobre las materias de que ellas se ocupan respecto de las declaradas subsistentes, éstas, en cuanto sean deficientes, quedarán suplidas por el Código por lo que dispone el art. 16, y en cuanto resulten modificadas, bien modificadas estarán, ya que el Código es una ley posterior.

Pero, ¿qué va a suceder en las provincias que quedan sujetas al régimen foral y sobre todo en Cataluña?...

A mi juicio, respecto de las subsistentes, en los territorios de Derecho foral, toda vez que allí se las impuso como de aplicación general, y como de aplicación general han sido observadas, habrán de seguir rigiendo, pero sin las modificaciones del Código, porque esas modificaciones se introducen en títulos que no son aplicables a las provincias y territorios de derecho especial... Resultado de lo manifestado: una doble legislación

La transcripción de estos puntos de la discusión parlamentaria viene a demostrar que tras una pretendida voluntad de conservación de los sistemas forales, latía la idea de unificar el Derecho civil, con la progresiva implantación del Código civil, que empezaría rigiendo como supletorio, para ir integrándose en la vida jurídica de las regiones y acabar por ser el único Derecho civil vigente en España. Las regiones con Derecho civil propio lo irían postergando, según esta idea, para adoptar al Código civil, que en aquellos momentos representaba un ideal más perfecto y avanzado de leyes que las que podían aportar los Derechos nacionales.

3. Excepto el Apéndice aragonés, aprobado por Decreto ley de 7 de diciembre de 1925 y puesto en vigor el 2 de enero de 1926, no se llegaron a cumplir las previsiones del art. 6º de la Ley de Bases del

desde 1º de mayo próximo, sobre puntos y materias respecto de las cuales ha habido hasta ahora una legislación uniforme completamente uniforme, en todo el Reino».

En cuanto a las leyes derogadas por el Código, dice: «algunas leyes especiales que han sido derogadas en absoluto por el art. 1976, como son las de matrimonio civil, gracia y sacar otras. Estas desaparecen por completo de la esfera del Derecho común, y de éstas se ha dicho que ni siquiera como Derecho supletorio pueden ser invocadas.

¿Sucederá lo mismo en las provincias y territorios en que se declara subsistente el Derecho foral?

Esto sostienen muchos, y esto además sería lo racional, porque no se comprende que un cuerpo, siquiera sea un cuerpo legal, esté muerto y esté vivo al mismo tiempo. Además sería lógico, porque si esas leyes se dictaron como generales, ya que como generales desaparecen, es consiguiente que desaparezcan para todos. Y sería legal también, perfectamente legal, porque el art. 12 tantas veces citado, ha dicho que en las provincias y territorio en que subsiste Derecho foral se mantenga en toda su integridad; y como esas leyes no han constituido Derecho foral, sino general, aunque ese art. 12 habla asimismo de régimen jurídico, bien puede decirse que ese régimen jurídico no puede ser otro que el foral.

Pero ¿es así como se entenderá? Yo temo que no; y temo que no y lo voy a decir francamente, porque, constituyendo el art. 1976 un precepto legal que no está contenido en la parte del Código declarada subsistente para las provincias de Derecho foral, se puede sostener que la derogación que se hace ese artículo no ha de tener aplicación en las provincias y territorios de ese derecho, y que en éstos han de quedar subsistentes las leyes especiales que para el resto de España se declaran derogadas. Resultará que esas leyes especiales se tendrán como formando parte del régimen jurídico de esas provincias y territorios y no podrá acudirse al Código como Derecho supletorio, porque encontraremos derecho principal bien definido, con lo cual el Código ha de quedar excluido».

Verlo en el *Libro de los discursos*, cit. pp. 302-305.

(38) A ella se alude claramente en el discurso transcrito en la nota anterior.

Código civil, en lo relativo a la redacción y puesta en vigor de los correspondientes apéndices al Código civil ⁽³⁹⁾.

La jurisprudencia aplicaba los supletorios vigentes históricamente, como se verá y la doctrina no parecía muy contraria a la aplicación del nuevo texto legal como supletorio, hasta que surgieron algunos problemas con instituciones previstas en el Código y no previstas en los ordenamientos históricos, que se aplicaron a través del sistema de supletoriedad: así, la limitación al cuarto grado de los parientes colaterales con derecho a suceder abintestato al causante; la introducción de la forma de testamento ológrafo o la exigencia a la mujer casada de la licencia marital para la validez de los contratos efectuados con terceros.

Para seguir en la línea de la comunicación, limitaré la exposición del tema a las repercusiones que tuvo en Cataluña.

A) *La opinión de la doctrina.*

No parece que la introducción del Código civil como supletorio tuviese una contestación excesiva entre los autores catalanes, ni seguramente tampoco entre los de otras regiones con derecho propio. Las críticas que se formularon en contra de sus aplicación atacaron preferentemente la tendencia ampliadora de la jurisprudencia, que aplicó el Código introduciendo instituciones que hasta aquel momento no se encontraban entre las vigentes en los ordenamientos territoriales. Sistematizando los casos en los que se debía aplicar el Código como supletorio por acuerdo de la doctrina del Tribunal Su-

⁽³⁹⁾ El Decreto de 2 de febrero de 1880 exigía a las distintas regiones con derecho propio la confección de unas memorias en las que se contuvieran las principales instituciones forales que debían conservarse para evitar la desaparición del régimen jurídico de las regiones. Fueron las siguientes: DURAN I BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*. Barcelona, 1883; MORALES GÓMEZ, *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra*. Pamplona, 1884; RIPOLL, *Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Baleares*. Palma de Mallorca, 1885; FRANCO Y LÓPEZ, *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés y adiciones que en ellas es conveniente establecer*. Zaragoza, 1886; LECANDA, *Derecho civil vigente en Vizcaya. Memoria sobre las instituciones civiles de aquel país*. Madrid, 1886; LÓPEZ DE LAGO, *Derecho civil vigente en Galicia*. Publicada en el volumen *Legislación foral de España*. Madrid, 1888, aun- que según CASTRO, la memoria se redactó en 1885 (*Derecho civil*, cit. 224, nota 5).

premo, decía BORRELL I SOLER que regía en los siguientes casos: «1º cuando sustituye alguna ley posterior al Decreto de Nueva Planta; 2º cuando, para resolver un caso, no existe ley aplicable, preferente al mismo Código civil, a tenor de la prelación de códigos; y 3º, cuando, por virtud de lo que dispone el art. 16 C.c., precisa completar el contenido de algunas de las leyes especiales que rigen en España» (40). Por su parte, BROCA criticaba la tendencia expansionista que achacaba en muchas ocasiones a los abogados «quienes han abierto el camino que conduce a la destrucción del derecho supletorio de Cataluña» (41).

Se manifestaron pues dos tendencias: la de aquellos que entendieron que el Código civil debería limitarse a completar aquello que estando previsto en el Derecho catalán propio, no estuviere regulado de forma suficiente y la de aquellos que consideraron que el Código debería aplicarse también en todo aquello que regulara de nuevo. En esta línea parecen hallarse los trabajos de Martí MIRALLES sobre el art. 12 C.c. Efectivamente, este autor entendió en 1901 que las instituciones nuevas debían aplicarse a los territorios con derecho propio: «el Código civil ha de tener aplicación en las comarcas con derecho propio, no sólo en las instituciones que los derechos regionales regulan de un modo deficiente con relación al mismo código, sino también en todas aquellas otras que con el carácter de nuevas se encuentran en este último cuerpo legal, el retracto de dueños colindantes y el testamento ológrafo, por ejemplo» (42) porque, «es evidente que, si como supletorios del foral se admiten títulos enteros de los cuerpos de derecho romano y canónico, debe necesariamente por la misma razón de ser también supletorio el Código civil, admitirse lo nuevo que contenga, mientras ello no esté en pugna con nuestro derecho, ya que en este caso habría derogación y no integración del mismo y el

(40) BORRELL I SOLER, *Derecho civil vigente en cataluña*. Barcelona, 1944, T.I, 31-32.

(41) BROCA I MONTAGUT, *Historia del Derecho de Catalunya, especialmente del Civil y Exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*. Barcelona, 1918. Se cita de la edición facsímil publicada por la Conselleria de Justicia de la Generalitat de Catalunya en 1985, 535-536.

(42) Martí MIRALLES, *Estudio sobre el artículo 12 del Código civil*. Barcelona-Gracia, 1901, 40-47.

Código sería *derogatorio* y no *supletorio* del derecho foral»; lo que en definitiva debía realizarse por falta de fuente de producción del derecho y, por ello, no admitir en este sentido la supletoriedad del Código, era una actitud suicida por ser «perjudicial... para las comarcas de derecho especial el dejarlas cerradas a todo adelanto rechazando el Código civil en aquellas instituciones que da soluciones más o menos acertadas», lo que no implica nunca que el régimen jurídico se vea alterado, sino que «el régimen jurídico de un pueblo queda firme cualesquiera que sean los adelantos o novedades que se introduzcan en su *estado jurídico*, con tal que las leyes no se deroguen, mientras las costumbres no se conculquen, mientras no se desacate la fuerza de su jurisprudencia, el *régimen*, lo que rige, queda incólume...».

La opinión de Martí i Miralles era la única que se formuló en el sentido expresado, puesto que la tendencia mayoritaria fue la de consolidar el sistema de fuentes propio para así evitar, de manera indirecta la aplicación del Código civil y limitarlo a lo más indispensable. Por ejemplo, la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, en 1899, después de manifestar la creencia en el hecho de que resultaba indispensable un derecho supletorio, afirmaba que «por estas consideraciones, se comprende la necesidad de que las instituciones jurídicas contenidas en el Apéndice se completen señalándolas como supletorias los Derechos romano y canónico que, con las costumbres locales, son las fuentes que mejor responden al criterio del derecho propio de Cataluña; reservando al Código civil y su jurisprudencia para suplir en primer término únicamente en aquellas instituciones en que se adopten las reglas de la legislación general española» (43). Ello haría decir a Martí Miralles que su postura era divergente de la de la Academia que entendía que el Código civil regía como supletorio «única y exclusivamente» en defecto de las fuentes

(43) ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE BARCELONA, *Memoria acerca de las instituciones jurídicas de Cataluña que conviene conservar en el Apéndice al Código civil y aprobada por la Academia en sesión de 28 de agosto de 1890*. Barcelona, 1899, 7-8.

La Memoria fue formulada por una Comisión nombrada en la sesión de 31 de mayo de 1899, compuesta por los Académicos Sres. Magín Pla y Soler, Felipe Bertrán de Amat, Guillermo M^a de Brocá y Montagut, José Pella y Forgas, José Estanyol y Colom, Guillermo Tell y Lafont y Antonio M^a Borrell y Soler.

del derecho que citaba y que según el autor, el Código civil «tiene aplicación no sólo en los artículos que completan el desarrollo de las instituciones que se encuentran reguladas en aquellos, sino también en los artículos que regulan instituciones nuevas que no estén en pugna con las fuentes del derecho» propias de Cataluña (44).

La idea de la Academia de Jurisprudencia y Legislación no era absolutamente nueva; como pone de relieve Salvador CODERCH, esta cuestión aparece ya en el Proyecto Durán y Bas, de 1885 y trataba de «compensar la destrucción de un sistema de fuentes con unas reglas que ampliaban de forma extraordinaria el ámbito reservado tradicionalmente a la interpretación» (45). De esta forma, todos los Proyectos de Apéndice (los que Salvador llama oficiales y privados), tenderían a incluir los supletorios tradicionales del derecho catalán, relegando al último lugar al Código civil, al que no podía excluirse por mandato del art. 5º de la Ley de Bases (46).

La situación no cambió aparentemente con la entrada en vigor de la Compilación catalana (1960); pero la redacción de la disposi-

(44) Martí MIRALLES, *Estudio*, 61.

(45) P. SALVADOR CODERCH, Comentario al art. 1 de la Compilación catalana en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por M. Albaladejo*. Madrid, T. XXVII, vol. 1º. Madrid, 1981, 40.

(46) En cambio, el Proyecto de la ACADEMIA DE DERECHO, titulado *Proyecto de Apéndice del Código civil para Cataluña*, publicado en Barcelona, 1896, declaraba en el art. 1º que se hacía extensivo a Cataluña el Código civil, quedando «derogados todos los Usages, Constituciones, Capítulos y Actos de Cortes... Disposiciones del Derecho canónico, Novelas y Cuerpo del Derecho romano y demás cuerpos legales que constituyen el Derecho civil foral de Cataluña, y quedarán sin vigor, así en su concepto de leyes directamente aplicables, como en el derecho supletorio» (art. 156).

Parecida opinión sustentaba el *Anteproyecto de Apéndice del Derecho catalán al Código civil*, debido a Almeda, en colaboración con Trias y Domenech, Barcelona s/f, en los arts. 1 y disposición final art. 431. Ver asimismo la D.T.

Deben consultarse los arts. 7 y 8 del *Anteproyecto de Apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña que presenta a la Comisión especial constituida con arreglo al Real Decreto de 24 de abril de 1899 pro D. Francisco Romani y Puigengolas y Juan de Dios Trias y Giró*. Barcelona, 1904; arts. 6 y 15 del Proyecto del *Apéndice al Código civil. Aprobado por la Comisión de Codificación de dicho territorio, siendo ponente el vocal D.J.J. PERMANYER I AYATS y sometido ante la misma a Nueva revisión*. Barcelona, 1915. Ver asimismo el título preliminar del *Apéndice de Derecho catalán al Código civil*. Barcelona, 1930. Para la valoración de las distintas soluciones establecidas en materia de derecho supletorio en estos proyectos, puede consultarse P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios* cit. 44 y ss.

ción final 2º provocó un giro importante en la labor de interpretación de la supletoriedad del Código. Efectivamente, la mencionada disposición final 2ª establecía que «en lo no previsto en la presente Compilación, regirán los preceptos del Código civil que no se opongan a ella...» (47). Promulgada la Compilación catalana, FIGA FAURA se preguntaba si en los supuestos que el autor calificaba como de «institución desconocida», había que acudir siempre al Código civil, conclusión a la que no se acogía el autor (48). En este mismo sentido diría DELGADO ECHEVERRÍA que por ser el Código civil el único derecho supletorio en Cataluña después de la entrada en vigor de la Compilación, «sus preceptos deben aplicarse en la medida y con la interpretación que resulten acomodadas a los principios informantes y al espíritu general de este derecho, según se infiere de la Compilación, vivificada por la tradición jurídica catalana. Con este criterio deben abordarse los problemas que entraña la remisión general al Código civil en lo no previsto en la Compilación (disposición final 2ª), y las variadas remisiones especiales que al mismo se hacen desde el cuerpo de ésta» (49).

En este mismo sentido se pronunciaban las conclusiones 16 y 17

(47) La Compilación del Derecho civil especial de Baleares adoptó la misma solución catalana en la Disposición final 2ª. En cambio, la compilación de Derecho civil especial de Galicia (1963), en su disposición final 2ª estableció que «en todo lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código civil» según Iglesias CORRAL (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. XXXII, Madrid, 1979, 246), esta disposición significa que «está establecido un sistema de prelación de fuentes en la que tiene primacía como fuente principal de primer grado la referida Compilación, y como fuente subsidiaria o de segundo grado el C.c.». Un sistema distinto adoptó la Compilación del Derecho civil de Aragón (1967), cuyo art. 1-2 establece que «en defecto de tales normas, regirán el Código civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español».

Véase DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios*, 187 y ss. A su vez, la Compilación de Navarra establece en la ley 6ª que «El Código civil y las leyes generales de España serán derecho supletorio de esta Compilación y de la tradición jurídica navarra expresada en la ley 1ª, y no se aplicarán a supuestos distintos de los expresamente previstos».

(48) L. FIGA FAURA, *La Compilación en sus conexiones con el Código civil* en ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE BARCELONA. *Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña (Ley de 21 de julio de 1960)*. Barcelona, 1961, 119 y ss.

(49) DELGADO ECHEVERRÍA, *Fuentes del Derecho civil catalán en particular, la Compilación y la legislación común* en *Llibre del II Congrés Jurídic català*. Barcelona, 1972, 180 y 171-172.

de la Sección 1ª del II Congreso Jurídico catalán, celebrado en 1971⁽⁵⁰⁾. La Compilación había pasado a tener un único derecho supletorio; el Derecho catalán había dejado atrás la historia y se identificaba con un único texto legal: la Compilación; por ello, el derecho supletorio era único y lo que debía entonces cuidarse era de evitar la invasión por la vía de la llamada de la propia Compilación.

B. La aplicación de los derechos supletorios por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Es una afirmación repetida aquella que dice que la supletoriedad establecida en el art. 12 C.c. constituyó un sistema de modificación indirecta y abusiva de los derechos territoriales españoles⁽⁵¹⁾ y ciertamente creo que se trata de una interpretación no contrastada con la realidad. En efecto, de un estudio realizado sobre las sentencias del Tribunal Supremo que resolvían pleitos relativos a Derecho civil catalán en los periodos 1890-1904 y 1940-1960 se deduce una tendencia contraria⁽⁵²⁾. De las 321 sentencias que se examinaron en to-

⁽⁵⁰⁾ La conclusión 16 de la Sección I del II Congrès Jurídic català decía: «El Código civil y las normas jurídicas generales regirán como Derecho supletorio cuando la Compilación se remita expresa o tácitamente a ellos y además cuando, aún no existiendo dicha remisión, tales normas no se opongan, en la letra ni en el espíritu, a la Compilación, a la costumbre catalana ni a los principios generales del Derecho compilado».

Conclusión 17: «Las normas objeto de remisión, por virtud de la remisión misma, constituyen Derecho catalán y, para operar legítimamente como Derecho supletorio, deberán aplicarse de acuerdo con el espíritu y principios del sistema en el cual se integran. En consecuencia, la aplicación del Derecho supletorio no debe realizarse automática ni rígidamente, sino con la adecuada flexibilidad, de manera que no resulten contrariadas las normas compiladas ni los principios generales del Derecho Catalán y la tradición que los ampara. Deben cuidarse especialmente: los problemas de calificación; el distinto significado que un precepto del Código civil debe tener cuando se aplique como parte del Derecho catalán; y la coherencia del Sistema del Derecho Catalán y de sus principios informadores».

Pueden consultarse las conclusiones en *Llibre*, 833.

⁽⁵¹⁾ Así aparece en BROCA, *Historia*, 530; BORRELL Y SOLER, *Derecho civil*, T. I, 31 y ss.; J. GIL BERGES, *Los Mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea Estudio sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas*. Zaragoza, 1920, in totum y MASPONS, *La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña por la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid, 1920, in totum.

⁽⁵²⁾ Sobre este punto, puede consultarse el trabajo «L'aplicació jurisprudencial

tal, hay que concluir que en la mayoría de los casos, el TS aplicó el Derecho romano y el Derecho canónico, que eran los supletorios vigentes en Cataluña hasta la fecha de la entrada en vigor de la Compilación.

El Tribunal Supremo aplicó el Derecho canónico como supletorio del catalán en la filiación y admisión de la investigación de la paternidad (Sentencias de 23 de octubre de 1929, 5 de julio de 1944, 5 de febrero de 1949 y 19 de mayo de 1959) y en la regulación del testamento ante el párroco (Sentencias de 25 de junio de 1930 y 12 de abril de 1949).

El Derecho romano se aplicó como derecho supletorio preferentemente al Código civil en diversas ocasiones y materias: así, en la regulación de la cesión de créditos litigiosos, hoy regulada enteramente por el Código civil, aplicaron el Derecho romano las sentencias de 4 de octubre de 1892 y 14 de febrero y 20 de noviembre de 1903; revocación de donaciones, la de 24 de abril de 1891; administración de bienes legados a persona sujeta a la patria potestad, la de 11 de mayo de 1904; *restitutio in integrum*, las de 23 de marzo de 1927 y 24 de marzo de 1930. Todas estas normas han desaparecido de la regulación catalana y se aplica directamente el Código civil.

También en la regulación de las incapacidades para suceder, sentencia de 2 de junio de 1891; cláusulas *ad cautelam*, sentencia de 29 de enero de 1896; cuarta marital, las de 8 de marzo de 1927 y 21 de junio de 1958; fideicomisos, las de 27 de mayo de 1899, 12 de febrero de 1924 y 9 de abril de 1928, entre otras muchas; incapacidades para suceder, la de 2 de junio de 1891; legítima de hijos naturales en la sucesión del padre, la de 6 de julio de 1957; preterición, la de 4 de mayo de 1966, referida a un caso anterior a la entrada en vigor de la Compilación catalana; presunción muciana, la de 19 de noviembre de 1964, también referida a un caso anterior, etc.

Conviene destacar aquí algunas sentencias que declararon expresamente la aplicación preferente del Derecho supletorio frente al Código civil: la sentencia de 26 de enero de 1896, relativa a la validez de una cláusula *ad cautelam*, prohibida en el art. 737 C.c., pero aún

del Dret civil català. Període 1890-1904 i 1940-1960». Ponencia presentada por el autor de este trabajo a las V Jornadas de Dret català a Tossa. Septiembre de 1988, en prensa.

vigente en Cataluña en aquella época en virtud de su regulación propia, declaraba que «en materia de sucesión testamentaria y de las cláusulas *ad cautelam*, consistentes en sello o marca, *existe disposición expresa en el Derecho romano, que como supletorio es aplicable en Cataluña con preferencia a las leyes de Partida*» y que, en consecuencia, «al declarar la Sala sentenciadora válido y eficaz el testamento que D. Pedro otorgó... infringe la *Ley 22, tít. 1, Partida 8ª por indebida aplicación y las expresadas leyes romanas que debió aplicar*». La sentencia de 14 de enero de 1899 rechazó la aplicación del art. 1024 C.c. y declaraba que «la cuestión promovida en el motivo cuarto la ha resuelto la Audiencia de Barcelona en virtud de la aplicación que ha hecho de las leyes romanas que cita en la sentencia como legislación vigente en Cataluña por lo que es absolutamente impertinente la infracción que se alega en dicho motivo del art. 1024 C.c., *que sólo podría invocarse, a tenor de lo dispuesto en el art. 12 C.c., como derecho supletorio en defecto del que lo sea en el territorio de dicha región*». En el mismo sentido la sentencia de 30 de junio de 1930 rechazó la aplicación de la prohibición de realizar contratos sobre herencia futura, contenida en el art. 1271 C.c. diciendo que esta prohibición «no viene a *suplir* ninguna omisión del derecho civil netamente catalán o del Derecho canónico y romano, supletorios preferentes de aquél, sino por el contrario está en abierta contradicción con las donaciones universales y heredamientos que, según institución especial, singularísima e indígena de aquél Derecho foral, son objeto de las capitulaciones matrimoniales en Cataluña». Finalmente, la de 10 de diciembre de 1952 rechazó la aplicación del régimen matrimonial de gananciales, vigente para los matrimonios sujetos al Código civil, en un caso en que no constaba la vecindad civil de los cónyuges en el momento de contraer matrimonio, si bien se había probado la adquisición de la vecindad civil catalana por el transcurso de 10 años de residencia en Cataluña; la sentencia argumentaba diciendo que «no constando que se pactara expresamente la sociedad de gananciales... *es obligada la aplicación del Derecho romano que está vigente como supletorio en dicha región, y que no admite la sociedad de gananciales*».

Rechazaron también la aplicación del Código civil las siguientes sentencias: la de 11 de diciembre de 1901 impidió la aplicación del art. 816 C.c.; la de 13 de mayo de 1902 declaró inaplicable el régi-

men de la legítima de los hijos naturales establecido en el Código civil (⁵³); la de 8 de junio de 1902 obligó a respetar el régimen vigente en Cataluña en materia de formas testamentarias e intervención de los testigos en los testamentos notariales (⁵⁴) y, finalmente, la de 29 de diciembre de 1954 rechazó la aplicación de la legítima del cónyuge viudo establecida en los arts. 834 y ss. C.c. por existir legislación propia en Cataluña reguladora de beneficios viudales (⁵⁵).

(⁵³) La sentencia de 13 de mayo de 1902 declaró inaplicable el entonces vigente art. 807-3 C.c. en materia de legítima de los hijos naturales, porque «no es exacto que esta prescripción haya venido a llenar vacío alguno de la legislación foral vigente en Cataluña... pues no es lo mismo suplir deficiencias y legislar sobre casos no previstos que modificar más o menos esencialmente lo que se encuentra establecido en tal o cual rama del derecho, y es evidente que en el caso del actual pleito los derechos de los hijos naturales se hallaban perfectamente definidos tanto en el derecho romano como en las Constituciones forales vigentes en Cataluña...; que al reconocer en favor de los hijos naturales un derecho legitimario hizo esencial modificación y reforma de los preceptos legales existentes, que sólo pueden afectar a la legislación común derogada en esta parte, pero no a las forales, que la conservan en toda su integridad, al tenor de lo dispuesto en el párrafo 2 del art. 12 del expresado Código».

(⁵⁴) La sentencia de 8 de junio de 1904, referente a la aplicación de las formas testamentarias, después de aludir al art. 12 del Código civil, declaraba que «la materia de la testamentifacción, y especialmente la referente a las condiciones y circunstancias de los testigos que han de intervenir en los testamentos, se encuentra regulada en la legislación vigente en Cataluña, sin que ninguna de las leyes y disposiciones que se invocan en el 2º motivo hayan introducido novedad respecto de las cualidades que han de concurrir en los testigos de los testamentos, es claro que el Código civil no ha podido afectar, con sus preceptos respecto de este extremo a lo que la legislación de Cataluña determina, y que a la misma, y no al derecho común hay que atenerse para la resolución del actual pleito». Respecto al papel que el Código debía cumplir como supletorio, esta sentencia añadía que «si bien el art. 12, párrafo 2 prescribe que el Código habrá de regir como derecho supletorio en Cataluña, es únicamente para el efecto de suplir deficiencias y vacíos de su legislación, sin que este carácter autorice para corregir o enmendar lo que se encuentra previsto, aún cuando realmente constituyan mejoras y adelanto los preceptos del Código con relación a lo que en las legislaciones forales se establece, y según queda demostrado respecto de las cualidades y circunstancias de los testigos que hayan de figurar en los testamentos, hay regulación acabada, más o menos perfecta y defendible, en la legislación vigente en Cataluña, que no puede ser alterada ni modificada por los arts. 681 y 687 del Código».

(⁵⁵) La sentencia de 29 de diciembre de 1954 rechazó la reclamación de una legítima por el cónyuge sobreviviente, de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil, alegando que «al haber sido derogado por la ley de 1835, que tuvo carácter general en todo el territorio de España, el Derecho especial foral antes vigente, pero sin que pueda serle concedida al cónyuge viudo la cuota estatuida en el art. 837, por el carácter supletorio que la

En cambio se aplicó el Código en lo relativo a la limitación al cuarto grado de colaterales intestados del causante (sentencias de 20 de marzo de 1893, 3 de febrero de 1896 y 3 y 13 de julio de 1946 ⁽⁵⁶⁾);

concede el art. 12 en defecto de legislación foral, ya que al fijar ésta los preceptos de aplicación al caso que se discute, la legislación de Derecho común resulta improcedente». Se añadía que «la Ley de 1835 no derogó la legislación romana en cuanto al derecho que la misma protegía, los correspondientes a la viuda pobre e indotada, sino que se limitó tan solo a regular el orden de suceder abintestato en Cataluña, doctrina admitida, tanto por los tratadistas que del Derecho foral catalán se han ocupado, como por las resoluciones pronunciadas por esta Sala».

(⁵⁶) La sentencia de 20 de marzo de 1893 aplicó el siguiente razonamiento para llegar a concluir que la sucesión intestada se regía por las disposiciones del Código civil: «El Real Decreto de Nueva Planta de 16 de enero de 1716... a la vez que sanciona lo estatuido en las Constituciones de este antiguo Reino, en cuanto no fuese opuesto a lo que se ordena en los capítulos de dicho Real Decreto, marca la época desde la que las leyes posteriores son igualmente aplicables a Cataluña que a las demás partes del territorio nacional, mientras en las mismas leyes no se restrinja su imperio; y que la de 16 de mayo de 1835, dada por el único poder legislativo existente en España, es evidentemente aplicable, a Cataluña, puesto que en ella no se consigna distinción ni excepción de ningún género».

«La Audiencia de Barcelona no ha incurrido consiguientemente en los errores de derecho que el recurrente le atribuye... por haber aplicado a Cataluña la ley de 16 de mayo de 1835 y dejado de aplicar las Constituciones y leyes romanas que cita, ni ha infringido tampoco el art. 12, apartado 2º del vigente C.c., porque este artículo se refiere a un estado de derecho preexistente, cual es en la materia de que se trata el establecido por la citada ley, ni se contradice la doctrina consignada en sentencias de 15 de enero de 1867 y 3 de marzo de 1868..., porque en ellas no se desconoce el carácter obligatorio para toda España que tienen las disposiciones de la mencionada ley, sino que, por el contrario, se afirma que vino a crear otros órdenes de sucesión, aún cuando con relación a las cuestiones concretas que resuelve se declare la subsistencia de derechos compatibles con dicha alteración».

«Si bien el objeto principal de la expresada Ley fue el de determinar el derecho del Estado a la sucesión de los que mueren abintestado sin dejar parientes dentro de cierto grado, para llegar a este resultado tuvo que fijar y fijó un orden de sucesiones que igualmente afecta a los parientes con relación al Estado que a los parientes entre sí, y que el único orden legal aplicable es el fijado en el art. 2º de la mencionada ley de 16 de mayo de 1835, cualquiera que fuese el establecido anteriormente, ya en Castilla, ya en las provincias forales, sin que del sentido de la primera parte de dicho artículo pueda inferirse restricción alguna y sí únicamente que el legislador no quiso el Estado se antepusiera a ninguna persona con derecho a suceder de acuerdo con las leyes vigentes».

Una orientación diferente se produjo en las sentencias del Tribunal de Cassació de la Generalitat de Catalunya, concretamente, las de 26 de junio de 1935, 16 de mayo de 1936 y 28 de mayo del mismo año.

validez del testamento ológrafo las sentencias de 31 de marzo de 1917, 26 de julio de 1929, 22 de junio de 1948 y 25 de marzo de 1957⁽⁵⁷⁾; redimibilidad de los censos, en la sentencia de 1 de junio de 1951, que admitió la aplicación del art. 1653 C.c.⁽⁵⁸⁾; ley comisaria en la sentencia de 16 de octubre de 1961; interpretación del testamento, en la de 4 de diciembre de 1903, etc.

Una de las cuestiones más polémicas fue la de la exigencia de la licencia marital a la mujer casada para la validez de los contratos celebrados con terceros durante el matrimonio. Esta cuestión no se plan-

(57) La sentencia de 31 de marzo de 1917 declaró que «para la validez de las memorias testamentarias en los territorios de Derecho foral en que subsiste esta forma de testar, es requisito esencial que de ella se haga mención expresa en el testamento, del que toma su fuerza y son parte integrante y adicional, pues de otra suerte no tienen eficacia alguna, a no ser que por estar otorgadas por personas y en la forma que taxativamente establece el art. 688 del Código civil, sean verdaderos testamentos ológrafos, porque esta nueva institución es aplicable en aquellos territorios como derecho supletorio como derecho supletorio y en defecto de sus leyes especiales...». Esta sentencia fue fuertemente criticada por la doctrina catalana. Véase, por ejemplo, BORRELL I SOLER, *Derecho civil* cit. V, 35 y ss.

(58) La sentencia de 3 de febrero de 1896 decía que «si bien el régimen jurídico que existía en Cataluña en materia de enfiteusis al publicarse el Código civil era el establecido por las disposiciones de carácter general contenidas en la Ley de Señoríos de 3 de mayo de 1823, mandada observar de nuevo en 2 de febrero de 1837, y en la Real Cédula de 17 de enero de 1805, a la que expresamente se refirió dicha Ley, cuyos amplios efectos han sido determinados por la jurisprudencia, y entre cuyos principios destaca el de la redimibilidad del censo, es por lo mismo evidente que a semejante estado ha venido a sustituir el del Código aplicable a Cataluña según el art. 12 del mismo, en todo aquello que había dejado ya de constituir su régimen foral especial».

Existe una sentencia del Tribunal de Cassació de Catalunya, de la época de la 2ª República, en la que se reclamaba un derecho de retracto enfitéutico en base a las disposiciones del Código. El ponente, Eduard Micó Busquets, en relación a este tema argumentó lo siguiente: «en la matèria objecte del plet, hi ha a Catalunya legislació pròpia que regula el dret de fatiga, i que en lleis posteriors al Decret de Nova Planta i més tard en la LLei d'Enjudiciament civil i més tard en el Codi civil, es legisla sobre el retracte; però havent-se plantejat la present qüestió recolzant-se en l'esmentat Codi... i desenvolupant-se tota la litis, àdhuc el recurs de cassació, sota la interpretació i aplicació dels articles pertinents de les indicades lleis, no és possible legalment, davant la naturalesa i característiques del recurs de cassació, resoldre cap més qüestió que aquelles que siguin sotmeses per les parts litigants; i per això aquest Tribunal, ha de limitar-se a l'examen dels motius de cassació, estudiant solament les disposicions invocades per la part recurrent...». Se trata de la sentencia de 2 de julio de 1937. Puede consultarse en Roca TRIAS, *El Dret civil català en la jurisprudència*. T. IV. Barcelona, 1974, 336 y ss.

teó como consecuencia de la aplicación del Código civil como derecho supletorio, sino en base a lo dispuesto en el art. 12 C.c. del primer título preliminar que, de acuerdo con la definitiva redacción del art. 5º de la Ley de Bases declaró de aplicación «obligatoria en todas las Provincias del Reino», «las disposiciones del título 4º del libro 1º». Entre las disposiciones mencionadas se hallaba el art. 60 que proclamaba al marido representante de su mujer y el art. 61 que establecía que «tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley». Que esta regulación comportaría una alteración del régimen legal de Cataluña, basado en la separación de bienes de los cónyuges y, por tanto, con plena autonomía contractual para cada uno de ellos, había sido ya puesto de relieve por VILASECA en las discusiones que siguieron a la primera edición del Código en el trámite parlamentario de examen de la adecuación del texto articulado presentado por el Gobierno, a la Ley de Bases aprobada por el Congreso y el Senado (59). El argumento no carecía de fundamento, ya que el art. 5º de la Ley de Bases estableció la obligatoriedad de la aplicación general de «las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3ª, relativa a las formas de matrimonio» y la base 3ª decía lo siguiente: «se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesen la religión católica, y el

(59) Vilaseca, en la sesión del Congreso de 2 de abril de 1889, *Libro cit.* 291, decía que «Es ley en Cataluña, y está reconocido repetidamente, que la mujer casada puede disponer de sus bienes parafernales como mejor la parezca, sin intervención de su marido; y el art. 61 del Código, comprendido en el Título 4º del Libro 1º, dice: Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido... mañana, vigente el Código, sin corrección y no aclarado, ocurre que una mujer catalana enajena un fundo parafernial sin consentimiento del marido. Esa venta ¿será nula por consecuencia de lo que prescribe el art. 61 del C.c., en combinación con lo que prescribe el art. 12, o será válida por virtud de lo que prescribe el art. 5º de la Ley de Bases, que es inalterable, según se ha dicho? La respuesta, para mí, es sumamente sencilla: la venta habría de ser perfectamente válida, porque el Código no puede alterar aquella ley que le ha dado origen y vida. Yo ya sé que la aplicación del art. 12 sería lo que prevalecería, y la venta se declarararía nula. Por eso lucho y me afano».

La discusión sobre este problema puede consultarse en E. ROCA TRIAS, *La Codificación y el Derecho foral* en *Revista de Derecho privado*, julio-agosto 1978, 629-632.

civil, que se celebrará del modo que determine el mismo Código, en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado. El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes, cuando se celebre de conformidad con las disposiciones de la Iglesia católica, admitidas en el Reino por la Ley 13, título 1º, libro 1º de la Novísima Recopilación. Al acto de su celebración asistirá el Juez municipal u otro funcionario del Estado, con el solo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro civil». Por tanto, ninguna referencia se establecía en esta base a los efectos civiles del matrimonio, que no debieron aplicarse en la forma en que se realizó como consecuencia de la ampliadora e innovadora redacción del art. 12 C.c. (60).

Consecuencia de esta regulación y de la interpretación subsiguiente, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado exigió a partir de entonces la concurrencia de la licencia marital para la validez de esos contratos, confirmando la opinión ya expresada por VILASECA en el trámite parlamentario mencionado. La resolución de 28 de noviembre de 1898 declaró que el precepto concreto de las *Costums de Tortosa* que permitía la libre disposición por la mujer de sus bienes parafernales había «sido derogado por el art. 61 C.c., de observancia general en todo el Reino»; a esta resolución siguió la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1908 (61) y las resoluciones de la mencionada Dirección General de 6 de diciembre de 1898 y 12 de septiembre de 1901.

(60) Aunque es una cuestión histórica, puesto que en 1975 se suprimió la necesidad de licencia marital para toda España, puede consultarse la siguiente bibliografía: LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Barcelona, 1963, 180 y ss. CASTRO *Derecho civil de España. T. II. Derecho de la persona*. Madrid, 1952, 254 y ss., y en relación a los problemas que su subsistencia planteaba en el derecho catalán que la había suprimido para la gestión y disposición de los parafernales en la Compilación de 1960 puede consultarse L. PUIG FERRIOL, *L'estat civil de dona casada segons el Dret civil vigent a catalunya*. Barcelona, 1971; la obra colectiva *Estudios sobre la mujer catalana*, publicada por la Cátedra Duran y Bas de Derecho civil catalán en 1971 y la obra de la MANCOMUNITAT DE CATALUNYA, *Parafernals*, Barcelona, 1921.

(61) La sentencia de 15 de febrero de 1908 decía lo siguiente: «Ni el marido puede ejercitar acción alguna con relación a los bienes parafernales de la mujer sin consentimiento de ésta, ni la mujer sin el de aquél puede tampoco enajenarlos ni gravarlos, según preceptos claros y terminantes de los arts. 1383 y 1387 C.c., conformes en esto con las

Se produjo en este caso una auténtica innovación del derecho catalán vigente en materia de disposición de bienes parafernales puesto que el propio Tribunal Supremo, en sentencias anteriores a la entrada en vigor del Código civil había admitido la validez de los contratos realizados por la mujer sin la licencia marital; así aunque la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1866 había declarado que la facultad que tenía la mujer casada de administrar y ejercer el dominio sobre sus bienes «se entiende limitada por la prohibición de poder celebrar la mujer contrato alguno, ni separarse de los ya contraídos sin licencia o consentimiento de su marido», la sentencia posterior de 7 de julio de 1874 rectificó la anterior opinión y declaró que no podían aplicarse a esta materia las normas del Derecho castellano y más concretamente, las Leyes del Toro, dado que existía una normativa catalana que «autoriza a la mujer casada para administrar y disponer libremente de sus bienes parafernales con independencia del marido». En el mismo sentido afirmaba BROCA que la práctica de que la mujer actuara sobre sus bienes parafernales sin intervención del marido fue respetada por la Audiencia de Barcelona en el periodo inmediatamente anterior a la entrada en vigor del Código civil ⁽⁶²⁾.

La doctrina de los autores como fuente aplicable preferentemente al Código civil fue rechazada por la doctrina del Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 21 de mayo de 1845, siendo decisiva la de 4 de mayo de 1859 en la que se decía que «las opiniones de los

leyes romanas; más como quiera que un contrato simulado, sin causa, no tiene por propia naturaleza realidad alguna, es manifiesto que cuando así ocurre no se puede negar al marido acción para pedir en absoluto la nulidad de semejante supuesto contrato, a fin de conseguir la restauración de las cosas al ser y estado que tenían antes de celebrarse aquél, porque, dada esta finalidad, tan interesados se hallan el marido y la mujer, y no puede entenderse que el ejercicio de la correspondiente acción implique nada que signifique el de un derecho reservado a la mujer por tratarse de bienes parafernales, sino el reconocimiento de un estado sólo aparentement alterado, por lo que si racionalmente sería absurdo limitar el derecho del marido en tal supuesto, que no hace más que defender sus propios derechos, no puede por menos que ser jurídicamente invocando preceptos sólo aplicables cuando se trata de una disposición real y verdadera de bienes, y esto con tanta mayor razón cuanto que la acción surge de un contrato celebrado conjuntamente por ambos cónyuges en el que no es dable separar las condiciones intrínsecas del mismo, no siendo consiguientemente apreciables en este sentido, las infracciones que se alegan».

⁽⁶²⁾ BROCA, *Historia*, 849.

escritores que también se invocan en apoyo del recurso, sólo podrían calificarse como la doctrina de los doctores de que habla la Constitución única, tít. 30, lib. 1 de las del Principado cuando apareciese su uniformidad y la aplicación constante en los Tribunales de aquel territorio» (63) y esta doctrina se aplicó de forma reiterada por el Tribunal Supremo en las sentencias de 19 de enero de 1898, 16 de abril de 1898, 28 de febrero de 1900; 17 de marzo de 1927; 18 de enero de 1930; 22 de diciembre de 1943; 31 de octubre de 1953 y 7 de julio de 1955, así como las del Tribunal de Casación de la Generalitat republicana de 16 y 28 de mayo de 1936 y 8 de octubre del mismo año (64).

4. Todo lo anterior tiene que servir para llegar a una conclusión: no fue posible la unificación del derecho privado en España. El mecanismo de la supletoriedad del nuevo Código sólo produjo problemas de aplicación extemporánea, puesto que nunca ha resultado excesivamente claro el concepto de supletoriedad en defecto de ley propia.

La cuestión sigue sin resolverse. La Constitución española establece que «el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del dere-

(63) En el estudio realizado sobre jurisprudencia para las V Jornadas de Derecho catalán en Tossa, celebradas en 1988, se constataba que en el periodo 1890-1904 se alegaba la doctrina de los doctores en forma general en dos motivos de los recursos de casación, estudiados y que los autores citados más frecuentemente eran Cancer, Fontanella, Comes, Vives y Cebrià, Tos y Pere Albert. Durante el periodo 1940-1960, los autores aparecen citados en forma más abundante: Borrell y Soler, 15 veces; Brocá, 7 veces; Sagner y Olivet, 6 veces; Pella y Forgas, Gibert, Serrahima, Fontanella, Cancer y Vives y Cebrià, Broca, Corbella, Duran y Bas, Martí Miralles, Falguerra, Maluquer y Viladot, Querol, Abadal, Hurtado, Maspons y Anglasesell, Anguera de Sojo, Pequera y Elías y Ferrater aparecen citados de forma más o menos abundante para apoyar las opiniones sostenidas por los recurrentes.

(64) La sentencia del Tribunal de Cassació de 16 de mayo de 1936 declaraba que «deixant de banda que la doctrina dels autors no constitueix font de dret, això no és obstacle perquè pels Tribunals sigui tinguda en consideració i citada en llurs resolucions, sinó per la força que per ella sola no té, com a element orientador, ateses les raons en què es fonamenta la doctrina esmentada».

La sentencia de 8 de octubre de 1936 afirmaba que la regla «positus in conditione positus in substitutione... més que un simple punt concret de prova, d'una qüestió general relativa a l'aplicabilitat d'una regla d'interpretació, consolidat per la doctrina i la jurisprudència...».

cho de las Comunidades Autónomas» (art. 149-3 CE). Esta norma abre una nueva puerta a la aplicación supletoria del Código civil, derogando o dejando inútil por falta de contenido, el art. 13-2 C.c. Pero el concepto de supletoriedad ha cambiado para pasar a insertarse en el sistema normal de relaciones entre ordenamientos que tienen una distinta fuente legislativa. En este momento, nos encontramos fuera de la historia, la supletoriedad del Derecho del Estado debe interpretarse de acuerdo con los métodos de interpretación y análisis del derecho positivo y, por ello, ya no deben ser objeto de estudio en este trabajo.

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

EL DERECHO INDIANO EN SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS CASTELLANO Y COMÚN

I

Este *Incontro di Studio* en torno a los Derechos hispanos es buena ocasión para ocuparse del más distante de ellos, el Derecho indiano, tratando de puntualizar sus recíprocas relaciones con los Derechos castellano y común. Me limitaré a esbozar algunos lineamientos en este sentido, con el propósito de estimular un mayor cuidado de los historiadores del derecho en el estudio de esas relaciones, habitualmente desatendidas por los europeos y poco desenvueltas por los americanistas. Estimo que estas consideraciones encuadran dentro de los fines de la reunión convocada por nuestro querido colega y amigo, el profesor Paolo Grossi y pueden navegar en aguas propicias en un tiempo en el cual los historiadores europeos están prestando más atención al desarrollo del Derecho común en todo el continente, incluido el mundo hispánico ⁽¹⁾.

Una pregunta nos puede introducir en el tema: ¿Es posible examinar el despliegue del Derecho común en los países hispanos sin tener en cuenta su expansión en el espacio atlántico?. La respuesta negativa se impone, a mi juicio, por dos razones principales. Porque el espíritu de ese ordenamiento, por la vía hispana, se extendió a las tierras americanas con un vigor y una persistencia tales que la Iberoamérica de hoy integra ese sistema jurídico de raíz europea continental. Y, en segundo lugar, porque el desarrollo histórico de los derechos

⁽¹⁾ En este sentido cabe mencionar la sugerente disertación de Helmut Coing que bajo el título «La contribución de las naciones europeas al Derecho común» se publica en el volumen *España y Europa. Un pasado jurídico común* que recoge las Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común. Murcia, 1986, pp. 45-61.

hispanos en la Edad Moderna resulta difícil de comprender sin tener en cuenta ese singular fenómeno de expansión jurídica. De tal modo puede sostenerse que la cabal comprensión del Derecho común en su dimensión histórica sólo puede alcanzarse conociendo además de los derechos hispano-europeos, también el hispano-americano, ya que ambos integran una unidad de estudio que en determinados aspectos es inescindible.

La historiografía jurídica no ha observado hasta ahora esas relaciones recíprocas con la profundidad requerida. Esto tiene una doble explicación: de una parte, los historiadores del derecho europeos han prestado muy poca atención al fenómeno indiano, como una consecuencia inmediata de su escaso interés por el mundo hispánico; y de otra, los historiadores del derecho indiano han focalizado su tarea en el Nuevo Mundo sin buscar los puntos de conexión más allá del Atlántico o de los Pirineos... En lo mismo han incurrido con frecuencia los americanistas europeos. A ello cabe agregar que ciertos institutos jurídicos castellanos que se extendieron a América han sido estudiados por españoles y americanos de modo circunscripto a su área específica, sin ahondar en sus posibles conexiones. Esto es explicable, desde que hay una natural especialización entre los historiadores del derecho de uno y otro continente, pero ello ha empobrecido los resultados de esas indagaciones.

Desde el punto de vista global, ha habido algunos intentos dignos de destacar. Así el conocido *Manual* de Alfonso García-Gallo, donde lo indiano es inserto satisfactoriamente dentro de los derechos hispanos ⁽²⁾. También en preciso recordar las grandes líneas trazadas por los estudiosos del derecho comparado en sus planteos históricos ⁽³⁾.

II

El Derecho indiano, uno de los ordenamientos de los pueblos hispanos, es el que rigió en las denominadas Indias occidentales y

⁽²⁾ Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*. 2ª ed., Madrid, 1964. Hay ediciones posteriores.

⁽³⁾ Ejemplo de ello es el estudio del profesor alemán Friedrich Wilhelm von RAUCHHAUPT, *Correlaciones entre los derechos de Europa y de América*. Buenos Aires, 1928.

orientales, nombre con el cual se designaba entonces a los territorios de la Monarquía española en América y Filipinas. Su vigencia, en términos generales, se extendió desde el Descubrimiento hasta la formación de los derechos nacionales hispanoamericanos en el siglo XIX, y más concretamente hasta la promulgación de los códigos en la segunda mitad de dicha centuria. Se prolongó aun más, es cierto, en los escasos territorios coloniales que la Monarquía conservó en esos continentes hasta fines del siglo. Además, es preciso recordar que ese ordenamiento también rigió en regiones de América del Norte que luego se incorporaron a los Estados Unidos, sin perderse por ello la huella jurídica hispana.

Se trata de un Derecho de formación y constitución compleja. Mientras algunos autores utilizan la denominación de Derecho indiano para referirse a la totalidad del Derecho que se aplicaba en ese ámbito, otros prefieren reservar el adjetivo *indiano* para designar sólo al Derecho especial dictado exclusivamente para esos territorios o que surgió en los mismos. Cualquiera sea la posición al respecto, todos coinciden en la necesidad de estudiar integralmente el orden jurídico imperante pese a su heterogénea composición. Eso mismo lleva a advertir que estamos en presencia de un Derecho fundado en la tradición jurídica europea, pero enfrentado a una realidad nueva y desconocida por el jurista enrolado en esa jurisprudencia (4).

Una primera aproximación nos lleva a plantear su vinculación con los restantes derechos hispanos. Sin duda, la relación dominante — y aparentemente excluyente — fue con el Derecho castellano, explicable por una doble razón. Castilla fue el reino que realizó el descubrimiento y conquista de América y conforme a un principio de Derecho común «las tierras nuevamente conquistadas e acrecentadas al señorío antiguo se han de regir por las leyes del reino a quien se acrecienta» (5). Además Castilla ostentaba por entonces una hegemonía política, económica, jurídica y cultural dentro de la

(4) Pueden verse al respecto los trabajos de Alfonso GARCÍA-GALLO, «*Génesis y desarrollo del derecho indiano*» (1964) y «*Problemas metodológicos de la Historia del Derecho indiano*» (1967), ambos reproducidos en el volumen del autor titulado *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972. También Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *¿Qué fue el Derecho indiano?*, 2ª ed., Buenos Aires, 1982.

(5) Juan MANZANO MANZANO, *Historia de las recopilaciones de Indias*, vol. I, Madrid, 1950, p. 6.

Monarquía Universal española, irradiando su influjo hacia los demás reinos peninsulares e incluso hacia otros europeos. Fueron los tiempos de formación y consolidación del Derecho indiano.

Sin embargo, no sería estéril buscar conexiones, sin duda, menores con otros derechos hispanos — catalán, aragones, navarro o valenciano — teniendo en cuenta tanto la proyección que éstos tuvieron fuera de sus ámbitos de origen, como la participación de muchos naturales de estos reinos — juristas, ministros, eclesiásticos y personas de toda condición — en la colonización americana. De otra parte puede resultar provechoso el estudio comparativo de ciertas instituciones jurídicas desenvueltas en aquellos reinos durante la Edad Moderna.

El Derecho castellano fue modelo originario y también permanente. Una conocida disposición real dada en 1571 — y reiterada varias veces en diferentes épocas — prescribía que «siendo de una Corona los Reinos de Castilla y de las Indias, las leyes y orden de gobierno de los unos y de los otros debe ser el más semejante y conforme que ser pueda», prevaleciendo el «estilo y orden» castellano en cuanto fuese posible dada la peculiaridad indiana. Peculiaridad ésta que el propio legislador protegió especialmente desde 1614, al establecer que, para su ejecución en las Indias, las normas dadas para Castilla debían pasar por el Consejo de aquellos reinos.

La «novedad» indiana dio origen a una copiosa normativa expresada en leyes, costumbres, opiniones de los autores y práctica de los tribunales. Dió origen también a una literatura crítica, de reflexión y de propuestas reformadoras. Paulatinamente el Derecho indiano fue adquiriendo su propia entidad. No era ni mero trasplante europeo ni simple creación americana. Acaso puede decirse que era la adaptación de aquel modelo castellano, con perfiles creativos. ¡Cuántos temas podrían instruirnos en esta dirección para ayudarnos a profundizar el significado de esta singular plasmación jurídica!. Veamos tan sólo dos ejemplos de esa presencia castellana en América a través de la legislación y de la literatura jurídica.

Las Partidas, cuerpo legislativo del siglo XIII, influido en su formación, contenido y glosas por el Derecho común — y también por la propia experiencia castellana — tuvo una vigorosa presencia en la América hispana hasta más allá de la codificación, tanto en carácter de ley vigente como de obra doctrinaria apreciada por juris-

tas y otros escritores. Desde fines del siglo XVIII se produjo un interesante proceso de revalorización en la misma pluma de quienes condenaban a todo el resto del antiguo ordenamiento. Cuando se escriba una historia integral de la «vida jurídica» de las Partidas, desde el siglo XIII al XIX, un capítulo, sin duda importante, deberá ser dedicado a esta extensa y profunda presencia en suelo americano. Algunos autores sostienen que su aplicación fue aquí más directa que en la Península (6).

Es también digno de destacar lo ocurrido con algunas obras de la literatura jurídica castellana. Esta literatura tuvo una doble expansión, tanto hacia otros países europeos como hacia las provincias americanas, en el primer caso principalmente durante los siglos XVI y XVII, en el segundo hasta el mismo siglo XIX. Esto nos obliga a indagar más allá del contenido de las obras y de la personalidad de sus autores. Es preciso constatar la difusión alcanzada en el espacio y en el tiempo. En el ámbito castellano-indiano se detectan situaciones que revelan la profundidad de esa conjunción. Así un libro jurídico genuinamente castellano, como la *Política para corregidores* de Jerónimo Castillo de Bobadilla (1597) (7), adquirió carta de naturaleza indiana, siendo uno de los más invocados y con mayor fuerza en sus opiniones. Del mismo modo ocurrió con la *Curia Philipica* del enigmático Juan de Hevia Bolaños, cuya primera edición apareció en Lima en 1603 (8). Autores de obras significativas en el derecho castellano tuvieron, por su actuación en América, una estrecha relación con el ordenamiento indiano, tales como Bartolomé de Albornoz y Juan de Matienzo, ambos en la segunda mitad del siglo XVI.

(6) José M. OTS CAPDEQUÍ, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, 1968, p. 46. De modo más amplio, Bernardino BRAVO LIRA, *Vigencia de las Partidas en Chile en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n. 10, Valparaíso, 1985, pp. 43 y ss.

(7) Los más recientes estudios sobre esta obra y su autor: Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla. Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen en Anuario de Historia del Derecho Español* (en adelante: AHDE), 45, Madrid, 1975, pp. 159 ss.; y Benjamin GONZÁLEZ ALONSO, *Jerónimo Castillo de Bobadilla y la Política para corregidores y señores de vasallo. 1597*, en la obra del mismo autor *Sobre el Estado y la Administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen*, Madrid, 1981, pp. 85 ss.

(8) Guillermo LOHMANN VILLENA, *En torno de Juan de Hevia Bolaño. La incógnita de su personalidad y los enigmas de sus libros en AHDE*, 31, 1961, 121 ss.

A medida que se afianzó la cultura jurídica en América hispana y que cobró fuerza el derecho real, sobre todo en los siglos XVIII y XIX, los libros jurídicos españoles — que fueron perdiendo lectores en otros países europeos — incrementaron su presencia en suelo americano, aun a despecho de las rivalidades surgidas durante la guerra de la emancipación. Dos ejemplos de una época ya avanzada nos ofrecen la obra de práctica forense de José Febrero ⁽⁹⁾ y el *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* de Joaquín Escriche. Ambas, de origen peninsular, fueron concebidas y aplicadas atendiendo a la práctica jurídica de los dos continentes.

A través de los ejemplos enunciados — que fácilmente podrían multiplicarse — se percibe que obras legislativas y libros jurídicos peninsulares no pueden examinarse sólo en su ámbito de origen, siendo preciso conocer también su «vida indiana». Tal es la estrecha vinculación existente entre ambos Derechos.

III

Los derechos aborígenes constituyeron otro de los elementos básicos del ordenamiento indiano. Fueron muy importantes en aquellas regiones donde la población indígena gravitó vigorosamente en la colonización española. Desde los primeros tiempos se planteó la alternativa de someter a los aborígenes a los Derechos castellano y común o de aceptar el ordenamiento preexistente que los regía. Distintas voces fueron señalando que la primera solución era inconveniente y casi imposible de llevar a cabo. Fray Juan de Mendieta afirmaba en 1562, colocándose en una postura radical, que «pluguiera a Dios que ni Código ni Digesto, ni hombre que había de regir a indios por ellos pasara a estas partes; porque ni Justiniano hizo leyes, ni Bartolo ni Baldo las expusieron para este nuevo mundo y su gente...» ⁽¹⁰⁾.

Estos ordenamientos fueron expresamente admitidos dentro del Derecho indiano, al determinarse la conveniencia de incorporar a los

⁽⁹⁾ Alberto David LEIVA, *Aportes para un estudio de la Librería de escribanos de Joseph Febrero en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n. 22, Buenos Aires, 1971, pp. 302 ss.

⁽¹⁰⁾ Carta de Fray Gerónimo de Mendieta a Fray Francisco de Bustamante, Comisa-

aborígenes a la Corona manteniendo su propia organización. La variedad cultural y la dispersión geográfica de los indígenas en el vasto continente significaba la admisión de distintas formas jurídicas en el plano teórico, pero en la realidad no alcanzó tan crecidas proporciones. Parte sustancial de dichos ordenamientos eran los denominados «usos y costumbres». El modelo racional cristiano sirvió para examinar esas costumbres y determinar su aceptación o rechazo. Se condenaron aquellas que vulneraban el orden natural, la religión o eran perjudiciales para la salud y vida de los aborígenes, pero también se abogó por la tolerancia de algunas hasta que se produjera su lenta desaparición.

Las costumbres indígenas, sujetas al intenso proceso de aculturación, perdieron paulatinamente su pureza originaria, adaptándose a la nueva situación que requería el sometimiento del aborígen. Unas alteradas, otras nuevas introducidas, tuvieron una interesante evolución — muy poco estudiada hasta ahora —, dominada en buena parte, según parece, por una creciente «mestización jurídica», orientada hacia la castellanización. Las costumbres influyeron sobre el cacicazgo, los tributos, la mita, el aprovechamiento de las tierras y de las aguas, el comercio, el procedimiento judicial y, de modo decreciente, en el matrimonio y las sucesiones. Además la costumbre prehispánica sirvió a los españoles para emplear al aborígen en los servicios de correos, guía y carga en los caminos, y albergue y hospedaje ⁽¹¹⁾.

IV

La dirección antes aludida — origen castellano y secuencia indiana — escapaba a veces a ese determinismo y funcionaba en senti-

rio General de las Indias, en San Francisco de Mexico. Toluca, 1 de enero de 1562 (Texto en J. GARCÍA ICAZBALCETA, *Nueva colección de documentos para la historia de México*, t. I, Mexico, 1886, p. 19).

⁽¹¹⁾ Sobre esta materia véase: Ricardo ZORRAQUIN BECÚ, *Los derechos indígenas en Revista de Historia del Derecho* (en adelante: RHD), n. 14, Buenos Aires, 1986, pp. 427 ss.; Carlos J. DÍAZ REMENTERÍA, *La costumbre indígena en el Perú hispánico en Anuario de Estudios Americanos*, n. 33, Sevilla, 1976, pp. 189 ss.; Miguel Angel GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, *El elemento indígena en el derecho indiano* en RHD, 11, 1983, 401 ss.

do inverso, produciéndose así la influencia modélica de lo indiano y de lo indígena sobre el propio Derecho castellano. En un sugestivo trabajo, José M. Mariluz Urquijo ha ofrecido un conjunto de ejemplos pertinentes ⁽¹²⁾. Destaca así que ocasionalmente algunas soluciones propias de los aborígenes eran propuestas para regular situaciones peninsulares, por considerar a aquellas como superiores a las conocidas por el europeo de la época. Nos muestra, en tal sentido, varios ejemplos en los cuales se volvía la mirada hacia México o el Perú para extraer del derecho autóctono aquellas soluciones. Esos ejemplos van desde una generalizada estimación hacia la legislación prehispánica que se le hacía encuadrar dentro de los principios del Derecho natural europeo, hasta puntualizaciones sobre determinadas figuras jurídicas, que se proponían concretamente al legislador castellano o indiano. El abanico de cuestiones comprendidas era amplio, yendo desde aspectos civiles, penales y de procedimientos hasta leyes económicas, de previsión y asistencia social. Observa Mariluz Urquijo que este interés por los ordenamientos indígenas como pauta modélica no decayó en ningún momento, alimentándose de diversos estímulos culturales en cada época.

Otro conjunto de ejemplos reunidos por dicho autor es el atinente a normas o situaciones jurídicas indianas — en muy diversas materias que se alegaban o postulaban con idéntico alcance para aplicar en la misma España.

El número de ejemplos aportados en ambas cuestiones es expresivo, pero no agota la investigación, como el propio autor citado lo advierte. Se ha abierto en este sentido una interesante senda de indagación, quedando establecida una pauta metodológica que alerta al estudioso de estos ordenamientos acerca de la posible extensión de la institución que tiene bajo estudio o también sobre la búsqueda de sus precedentes.

Las direcciones opuestas en que se despliegan los influjos entre los Derechos castellano, indiano y aborígen no deben, sin embargo,

⁽¹²⁾ JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *El derecho prehispánico y el derecho indiano como modelos del derecho castellano* en III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, *Actas y estudios*, Madrid, 1973, pp. 101 ss.

desconocer el carácter predominante del primero, tal como lo he señalado en páginas anteriores.

V

El Derecho común constituyó un elemento constitutivo del Derecho indiano de mucha entidad a través de sus dos componentes principales: el civil romano y el canónico. Su presencia se exteriorizó ya por vía del Derecho castellano — lo cual hemos visto anteriormente —, ya en forma directa. A este último aspecto me referiré ahora brevemente.

La influencia se hizo notoria en la formación de los juristas, la cual era análoga a la que se brindaba en las universidades europeas de la época. La didáctica jurídica americana siguió el modelo de Salamanca, con un vigoroso despliegue a partir de la fundación, en 1551, de los estudios de jurisprudencia en las universidades de México y Lima. Cabe recordar que de los 32 intentos fundacionales de universidades en las Indias que registra Rodríguez Cruz ⁽¹³⁾, siete corresponden al siglo XVI, trece al XVII y doce al XVIII hasta la emancipación. Este ritmo no coincide — según se puede apreciar — con el castellano. La presencia de los juristas — ya canonistas, ya letrados —, junto con los teólogos, fue predominante en esos centros de estudios. Juristas graduados en ellos llegaron a ocupar plazas en el gobierno y en la administración de justicia de estos reinos e incluso tuvieron participación activa en los tiempos de la emancipación.

En estas universidades el Derecho civil se enseñaba en las cátedras de Instituta, Digesto y Código. Era el eje de la enseñanza de la ciencia jurídica. El Derecho real, castellano e indiano, sólo se conocía en las aulas a través de la ampliación o de la concordancia. Sólo en el siglo XVIII hubo intentos de dar mayor espacio y hasta autonomía a la enseñanza de éste último Derecho, sin que el Civil perdiera nunca su ubicación central en los estudios.

Esta acentuada formación «romanista» tuvo su consecuente influjo en la actividad profesional. El jurista se sentía rodeado por ese

⁽¹³⁾ Agueda M. RODRÍGUEZ CRUZ, *Historia de las Universidades Hispanoamericanas*. Bogotá, 1973.

Derecho civil, lo que se refleja si observamos los libros que componían su biblioteca y la repetida mención de autores y textos de esa procedencia en sus escritos profesionales y doctrinarios. En esa misma dirección nos lleva la lectura de los documentos notariales y de los expedientes judiciales, testimonios elocuentes de la aplicación del derecho. Las mismas leyes reales eran examinadas e interpretadas a la luz de aquel patrón científico. En el estudio de las nuevas instituciones surgidas en América también el modelo del Derecho común estuvo presente repetidamente. Así cuando Solórzano examinaba las encomiendas, recurría al mayorazgo castellano y al feudo para determinar su condición jurídica ⁽¹⁴⁾. En este caso aparecía, de modo sugerente, el triple enlace de lo indiano, castellano y europeo.

Pese a la oposición que se levantó en el siglo XVIII contra el estudio e invocación de ese Derecho civil — al cual se le empezó a calificar de «extranjero» — mantuvo su papel rector en la formación de los juristas y también en la vida misma del ordenamiento jurídico, tal como lo ha verificado Abelardo Levaggi ⁽¹⁵⁾. Incluso, cuando declinaba el antiguo método de enseñar en las aulas por los textos del Corpus Iuris, los libros didácticos de Vinnio e Heinecio ocuparon destacado lugar, como un nuevo testimonio de la presencia de aquel Derecho civil.

El otro brazo del Derecho común, el canónico, merece también un breve análisis. Como es sabido, la relación civil-canónica entró en crisis con la Reforma en los países protestantes, pero se consolidó en donde el catolicismo prendió con fuerza, como en Italia y España. La conquista de América fue considerada — además de sus otros objetivos — como una empresa de evangelización, tal como lo estableció la donación papal de las tierras descubiertas y por descubrir, y lo reiteró la Corona en diversas ocasiones. En estas condiciones de expansión religiosa — tanto de evangelización de los naturales como de asentamiento de los católicos europeos en el Nuevo Mundo — el Derecho canónico estaba llamado a tener un importante papel. De la misma manera que ocurrió con el Civil, en las universidades se dicta-

⁽¹⁴⁾ Juan DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana* (1647), lib. III, cap. XVII.

⁽¹⁵⁾ Abelardo LEVAGGI, *Derecho indiano y derecho romano en el siglo XVIII* en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano*, n. 5, Quito, 1980, p. 270.

ban cátedras de Decreto y Decretales, la literatura canónica era constantemente invocada en escritos y alegada en los tribunales, sus principales cuerpos legales y libros doctrinarios estaban en las bibliotecas de los juristas. Era, en suma, parte constitutiva de la ciencia jurídica de su tiempo. Así, aludiendo a esa unión proveniente de la tradición medieval, podía decir Juan de Matienzo en 1567 que «nuestra profesión es Derecho Canónico y Civil» ⁽¹⁶⁾.

Ahora bien, el Derecho de la Iglesia medieval carecía de proyección misional, pues precisamente en las centurias en las cuales se había formado ese ordenamiento el mensaje de Jesús de predicar el Evangelio a los infieles no formaba parte de la realidad concreta e inmediata. Entre los infieles no cabía incluir a los judíos, que vivían soterrados en el orden cristiano, ni a los musulmanes, considerados como enemigos de la fé. La situación se modificó ante el descubrimiento de un vasto continente poblado de infieles, a quienes era sí preciso adoctrinar y adecuar sus hábitos de vida a los preceptos cristianos. Esto provocó una renovación de ideas, que llevó a nuevos planteamientos, en los cuales también se insertó la utopía. Algunos buscaron el modelo en los orígenes del cristianismo, cuando los primeros apóstoles llevaron a cabo la gran expansión de la Iglesia a través de la predicación. Con ello se buscaba resaltar un rumbo que apuntara más hacia lo apostólico que a lo normativo. Finalmente se impuso el modelo canónico con las modificaciones y adaptaciones exigidas por la realidad.

De igual modo a lo que ocurría con el Derecho castellano, se fué formando también una normativa canónica, que atendía principalmente a la situación de los aborígenes en la administración de los sacramentos y de modo particular en materia de bautismo y matrimonio. Ello incentivó el despliegue de una actividad jurídica que se plasmó en leyes y costumbres. En este sentido fueron muy importantes los concilios que se reunieron durante la segunda mitad del siglo XVI. Entre 1552 y 1601 hubo cinco en Lima y tres en México. A ello deben sumarse los numerosos sínodos provinciales hasta el siglo XVIII. Recientemente se ha puesto de relieve también la importan-

⁽¹⁶⁾ Juan DE MATIENZO, *Gobierno del Perú* (1567) Edición Paris-Lima, 1967, p. 333.

cia de las *consuetas*, como «ordenamiento pastoral de la vida de la Iglesia en torno a su catedral» (17).

Este segmento de la historia del Derecho indiano no ha sido explorado con la intensidad que merece. Ello ha sido seguramente motivado por la visión casi exclusivamente secular del fenómeno jurídico que ha caracterizado a la jurisprudencia de la última centuria. Sin embargo, esta situación ha empezado a cambiar por obra de diversos factores, entre ellos el aprovechamiento cada vez más intensivo de las fuentes eclesiásticas por parte de los historiadores en general. A partir de éstas y otras fuentes, es preciso reconstruir el vínculo civil-canónico en el Derecho indiano.

En cambio, el derecho de Patronato, por integrar el conjunto de las regalías de la Monarquía, ha sido objeto de una mayor atención por parte de los historiadores. En efecto, la religión estaba en la base de la estructura política indiana. La Monarquía aparecía así con una finalidad confesional. Como resultado de ello, el rey asumía poderes en la dirección del gobierno espiritual sobre las personas y bienes eclesiásticos, en lo relativo a la disciplina, no al dogma. Es cierto que Roma había delegado en los reyes de Castilla ciertas facultades en la imposibilidad de llevar a cabo la tarea de evangelización y de control del gobierno eclesiástico en el Nuevo Mundo. Pero los monarcas fueron paulatinamente ampliando las atribuciones concedidas, bajo el estímulo de los juristas, hasta convertir al Patronato en una regalía mayestática, es decir en un atributo privativo de la autoridad real (18). El ejercicio de este derecho fué continuado por los Estados hispanoamericanos, después de la emancipación.

El interesante despliegue que tuvo esta institución ha sido hasta ahora preferentemente estudiado dentro de su propio círculo de acción, pero se le ha prestado escasa atención en otras áreas. Se ha destacado sí su invocación, como precedente, en la celebración del Concordato de 1753, pero habitualmente no se le tiene en cuenta en el ámbito europeo, siendo un ejemplo sugerente que acompaña las

(17) Carlos OVIEDO CAVADA, *Las consuetas de las catedrales de Chile. 1689 y 1744* en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n. 12, Santiago de Chile, 1986, p. 129 ss.

(18) Alberto DE LA HERA, *El regalismo borbónico en su proyección indiana*. Madrid, 1963. Con carácter más general, Cayetano BRUNO, *El derecho público de la Iglesia en Indias*, Salamanca, 1967.

relaciones Iglesia-Estado durante toda la Edad Moderna hasta casi nuestros días.

Por último cabe resaltar la proyección que tuvo la experiencia misional americana sobre el Derecho canónico universal y por ende en la actividad apostólica desplegada por la Iglesia en otras regiones del mundo durante los siglos XIX y XX.

VI

A mayor abundamiento, he de mostrar brevemente, a través de unos pocos ejemplos, el interés que presenta, tanto para el historiador del derecho europeo como para el hispano, el estudio relacionado de estos Derechos, cuyas características se han esbozado en las páginas anteriores.

La Monarquía Universal hispana, como entidad político-jurídica de los tiempos modernos, es uno de los temas más complejos que tiene que enfrentar el historiador del derecho. Su presencia hegemónica durante los siglos XVI y XVII y el conjunto de reinos y provincias de distinta condición política que agrupó en Europa, América y Asia, la hace punto obligado de referencia en el estudio de la historia occidental de los últimos cinco siglos.

Dicha Monarquía se nos presenta como una organización de poder, en la cual se fueron perfilando las formas estatales modernas — algunas más vigorosas, otras más tímidas —, tal como lo ha destacado la conocida obra de José Antonio Maravall ⁽¹⁹⁾. La incipiente tendencia a organizar y asegurar este tipo de gobierno sobre los hombres y las cosas surgió tempranamente en Castilla en un marco socio-cultural y económico avanzado con respecto a otros países europeos. El descubrimiento de América, impulsado por móviles políticos, económicos y religiosos, integra ese marco. Pero a su vez este hecho ejerció efectos estimulantes sobre el despliegue de aquellas formas estatales. Esta primera expansión europea a gran escala reclamó la adopción de nuevas estructuras políticas para el gobierno de extensos y lejanos territorios, cuya posesión efectiva se fue adquiriendo a lo largo del siglo XVI. El principal precedente conocido entonces era

(19) José Antonio MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social*, Madrid, 1972.

el del Imperio Romano. No obstante tenerlo en cuenta — como que fué repetidamente invocado — resultaba insuficiente e inaplicable en la época y en el nuevo espacio geográfico.

Fue así como, sirviéndose de elementos antiguos y modernos, nació dicha entidad política. El profesor alemán Richard Konetzke ha señalado que la «preponderancia del Estado en la colonización española de América fue un factor esencial en la formación de la sociedad colonial» contrarrestando la presencia activa de rasgos feudales (20). Horst Pietschmann ha profundizado esta línea de indagación, ofreciendo una visión más integral de la cuestión, de donde surge que los elementos estatales se dieron más nítidamente en América que en Castilla dada la mayor permeabilidad que ofrecía el cuadro social y el menor peso de la tradición institucional medieval (21). Recientemente, Mario Hernández encuentra ya en Hernán Cortés al primer diseñador de esta idea estatal en México (22). La Monarquía aparecía así en condiciones de superar ciertas formas feudales o señoriales que brotaron tempranamente en el Nuevo Mundo — y que cumplieron su rol en la fase de conquista pura —, y de configurar políticamente unas provincias o reinos bajo los principios de la moderna concepción estatal.

Dentro de este espacioso tema, el historiador del derecho, con la mira puesta en la estructura jurídica que sustentaba tan potente aparato estatal, encuentra una rica temática, constituida tanto por el funcionamiento institucional como por el papel desempeñado por los letrados en el gobierno y la justicia en unas lejanas y vastas provincias durante más de tres siglos.

La Monarquía española es uno de los principales modelos — el más temprano, según parece — de organización estatal de los tiempos modernos. América participó activamente en la configuración y aplicación de ese modelo, recibiendo elementos europeos y aportando los suyos. No puede conocerse cabalmente aquella entidad

(20) RICHARD KONETZKE, *Estado y Sociedad en las Indias en Estudios americanos*, n. 8, Sevilla, 1951, pp. 36-37.

(21) HORST PIETSCHMANN, *Staat und Staatliche Entwicklung am Beginn der spanischen Kolonisation Amerikas*. Münster, 1980.

(22) MARIO HERNÁNDEZ SANCHEZ-BARBA, *Hernán Cortés, delineador del primer Estado occidental en el Nuevo Mundo en Quinto Centenario. América: economías, sociedades, mentalidades*, n. 13, Madrid, 1987, pp. 17 ss.

política si prescindimos de la fase indiana. Una crítica sustancial que puede hacerse a la admirable — por tantos otros motivos — obra ya citada de Maravall es precisamente el escaso espacio que concede al despliegue indiano de la Monarquía, privándole de elocuentes ejemplos para su construcción intelectual.

Se impone pues en este tema una comprensión global, aunque las exigencias de la investigación lleven luego a exámenes parciales. Esta meta no se ha alcanzado hasta ahora en buena parte por un desigual desarrollo de la historiografía en uno y otro continente. Los enfoques americanistas se han adelantado a veces en varias décadas a los españoles o castellanos. Así las obras clásicas de Ernesto Schäfer⁽²³⁾ y Silvio Zavala⁽²⁴⁾, en la década del 30, las posteriores de José M. Ots Capdequí⁽²⁵⁾, Juan Manzano⁽²⁶⁾ y Alfonso García-Gallo⁽²⁷⁾; y también las de Konetzke⁽²⁸⁾, Góngora⁽²⁹⁾, Miranda⁽³⁰⁾, Zorraquin Becú⁽³¹⁾, Mariluz Urquijo⁽³²⁾ — por citar algunas de las principales

(23) ERNESTO SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias. Su historia, organización y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria*, Sevilla, 1935.

(24) SILVIO A. ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Madrid, 1935.

(25) JOSÉ M. OTS CAPDEQUÍ, *Manual de Historia del Derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano*. Buenos Aires, 1943.

(26) JUAN MANZANO MANZANO, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Madrid, 1948.

(27) Sus estudios empiezan en 1944 con «Los orígenes de la administración territorial de las Indias. El gobierno de Colón», al que siguen otros importantes en los años siguientes. Aparecen reunidos en *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972 y en *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de derecho indiano*. Madrid, 1987.

(28) Son varios los trabajos desde *El Imperio español. Orígenes y fundamentos*. Madrid, 1946. Una síntesis actualizada del tema en el capítulo sexto de su *América Latina. La época colonial*, Madrid, 1972.

(29) MARIO GÓNGORA, *El Estado en el Derecho indiano. Época de fundación. 1492-1570*. Santiago de Chile, 1951.

(30) JOSÉ MIRANDA, *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas (1521-1820)*. Mexico, 1952.

(31) RICARDO ZORRAQUIN BECÚ, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1952; y *La organización política argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1959.

(32) JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *Ensayo sobre los juicios de residencia indianos*. Sevilla, 1952.

— sentaron antes de los años 60 las bases de estudio de la organización política indiana. Para entonces las contribuciones sobre el mismo tema en Castilla eran aun escasas, según lo apunta Benjamin González Alonso en su comunicación en este mismo *Incontro*. El desconocimiento del precedente castellano ha sido un grave tropiezo para los citados estudios americanistas. En las últimas décadas el progreso historiográfico en ambas áreas permite alcanzar un mejor enfoque global y un mayor rigor en las indagaciones concretas.

A propósito de este ensamble castellano-indiano en nuestra labor, desearía agregar dos ejemplos más, esta vez frutos de mi propia experiencia, que me ha permitido constatar los vacíos que se padecen ante la ausencia de estudios de Derecho castellano o común que le sirvan de apoyo. Se trata de la costumbre jurídica y del recurso de suplicación de las leyes. Veamos brevemente ambas cuestiones.

La costumbre jurídica en los tiempos modernos, desde el siglo XVI hasta la época de la codificación, es asunto de difícil comprensión para el estudioso formado profesionalmente dentro de una concepción legalista del Derecho. En esta situación estamos nosotros y nuestros antecesores durante la última centuria, es decir en el lapso en que se ha formado y consolidado la disciplina que cultivamos. Ello se dió con mayor nitidez en países donde la presencia de la ley se hizo más vigorosa y fue utilizada por el aparato estatal en gestación como su principal instrumento de acción⁽³³⁾. Es, por cierto, lo que ha ocurrido en el mundo hispánico, quedando bien reflejado en la misma historiografía jurídica, inclinada a percibir la creación del Derecho sólo en la ley, pese a las advertencias y trabajos orientadores de Joaquín Costa, Rafael Altamira y Ricardo Levene. Sólo en las últimas décadas se ha empezado a atender con más interés al elemento consuetudinario, aunque aún no se le ha dado aplicación efectiva en la labor monográfica, es decir no se le ha asimilado como pauta metodológica en el estudio de las diversas instituciones o situaciones jurídicas abordadas.

He comprobado que en el Derecho indiano el fenómeno consue-

(33) Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La noción de ley en América hispana durante los siglos XVI a XVIII en Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n. 6, Buenos Aires, 1986, pp. 193 ss.

tudinario, tanto en el orden civil como en el canónico, tuvo un amplio despliegue, pese a la vigorosa presencia de la ley ⁽³⁴⁾. Ese despliegue se extendió al ordenamiento indígena, el cual fue bien pronto comprendido bajo el concepto europeo de «usos y costumbres», según vimos anteriormente. Este brote consuetudinario indiano coincidiría con el momento en que declinaba en el ámbito europeo, según las investigaciones de Gilissen ⁽³⁵⁾. La falta de estudios históricos del tema en el Derecho castellano moderno impide por ahora realizar una imprescindible labor de confrontación con la situación indiana. Y éste es asunto fundamental, pues es obvio que la comprensión del Derecho en la Edad Moderna no podrá ser integral sino se determina el grado de participación del elemento consuetudinario — como de las otras fuentes — en la creación jurídica.

El otro ejemplo anunciado es de menor significación temática, pero igualmente elocuente en el objetivo que nos proponemos. La conocida fórmula «la ley se obedece pero no se cumple» que acompañaba al recurso de suplicación es una figura de los Derechos castellano y común que tuvo amplio desarrollo en la América española. Algunos historiadores llegaron a suponer que era una fórmula nacida en América al abrigo de una situación peculiar y no faltaron quienes la vincularon con una actitud de desprecio y desdén hacia la disposición real. Aunque en el Derecho indiano, debido a los aportes conceptuales de García-Gallo ⁽³⁶⁾ y Góngora ⁽³⁷⁾ ha quedado restablecido su genuino significado y con posterioridad se ha estudiado su práctica en el derecho secular ⁽³⁸⁾, poco sabemos aún del desarrollo que tuvo en Castilla — salvo un primer aporte de Gonzalez Alonso

⁽³⁴⁾ Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI-XVIII)* en RHD, 14, 1986, 355 ss.

⁽³⁵⁾ John GILISSEN, *La loi et la coutume dans l'histoire du droit depuis le haut moyen age* en Centre Internationale de Droit Comparé, *Rapports generaux au VI Congres Internationale de droit comparé*, Bruxelles, 1962, pp. 59-65.

⁽³⁶⁾ Alfonso García-Gallo, *La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI* (1951), reproducido en *Estudios...* cit., 169 ss.

⁽³⁷⁾ GÓNGORA, *El Estado...* cit., 238-243 y 282 ss.

⁽³⁸⁾ Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La ley 'se obedece pero no se cumple'. En torno a la suplicación de las leyes en el derecho indiano* (1980), reeditado con modificaciones en *Revista de Investigaciones Jurídicas*. Escuela Libre de Derecho, n. 9, Mexico, 1985, 379 ss.

sobre la Baja Edad Media ⁽³⁹⁾ — y en el Derecho común de la Edad Moderna. Como es sabido, se trataba de un recurso destinado a evitar la ejecución de aquellas disposiciones que se estimaban inconvenientes o perjudiciales, dando al legislador las razones de la oposición y suspendiendo su ejecución hasta que se recibiera el segundo mandado. He podido constatar que dicho recurso alcanzó en las Indias una gran extensión a impulsos de unas circunstancias favorables — abundancia de leyes, distancia entre el legislador y el lugar de aplicación, pronunciadas diferencias locales, etc. — que le eran propias. Un conocimiento más profundo de la aplicación de esta figura en los distintos círculos jurídicos que merecen nuestra atención enriquecería, sin duda, las bases de análisis y ampliaría el horizonte intelectual del estudioso.

VII

Sería fastidioso insistir con otros ejemplos. Estimo haber llegado a establecer un grado de relación entre los Derechos común, castellano e indiano durante la Edad Moderna, junto con una situación historiográfica escasamente atenta al cultivo de esa relación, en detrimento de la labor monográfica y aun de los esquemas generales.

Es preciso poner énfasis en que el historiador debe tener cabal conocimiento no sólo del tiempo histórico en el cual trabaja sino de los espacios geográficos que enmarcan su labor. En este último sentido, para un historiador del derecho que pretenda estudiar el desenvolvimiento europeo del Derecho común, el ámbito hispano es insoslayable. Y dentro de éste, el Derecho indiano representa la puesta a prueba de aquel Derecho en regiones muy alejadas, habitadas por otros hombres, en situaciones inimaginables para los juristas medievales que crearon ese ordenamiento ⁽⁴⁰⁾.

A su vez, el historiador del Derecho castellano — o español — sólo podrá adquirir una visión abarcadora del mismo si examina su

⁽³⁹⁾ Benjamin GONZÁLEZ ALONSO, *La fórmula 'obedezcase, pero no se cumpla' en el derecho castellano de la Baja Edad Media* en AHDE, 50, 1980, 469 ss.

⁽⁴⁰⁾ Como trabajo fundamental de orientación, vease Alfonso GARCÍA-GALLO, *El Derecho común ante el Nuevo Mundo* (1955), reeditado en *Estudios...* cit., 147 ss.

expansión a América y a su turno el eventual influjo de lo indiano sobre la Península. Este recíproco crecimiento en el saber — rico en matices — llega, por último, al propio historiador del derecho indiano, a veces encerrado en la fascinación del mundo americano, que encontrará en el viejo tronco europeo los precedentes que le servirán para confrontar con las adaptaciones y creaciones propias de su ámbito. Relaciones toda — según hemos visto — complejas, que responden a diversos estímulos, y no derivan de un único modelo.

La existencia de estas conexiones entre los mencionados ordenamientos es bien conocida por los especialistas ⁽⁴¹⁾. Me he permitido insistir en ello en esta comunicación, acompañando a los colegas españoles y portugueses en la tarea de presentar al lector europeo en general los problemas y la situación de la historiografía jurídica hispana. En este caso particular persiguiendo dar el marco espacial adecuado a una labor, con vistas a su progresivo enriquecimiento.

⁽⁴¹⁾ Véase también una breve comunicación de Alfonso GARCÍA-GALLO, *La penetración de los derechos europeos y el pluralismo jurídico en la América Española. 1492-1824* en *Index*, n. 6, Napoli, 1976, pp. 3 ss.

SALUSTIANO DE DIOS

LA EVOLUCION DE LAS CORTES DE CASTILLA DURANTE LOS SIGLOS XVI Y XVII

1. Planteamientos historiográficos. — 2. El desarrollo histórico de la Institución. Líneas descriptivas. — 3. A manera de conclusión.

1. *Planteamientos historiográficos.*

El tema de las Cortes de Castilla y León en la llamada Edad Moderna ha sido sometido recientemente a una profunda revisión, en el sentido de revalorizar la importancia de estas asambleas. Frente a los planteamientos restrictivos de la historiografía liberal decimonónica, luego seguidos por casi todos los estudiosos, aunque con diversos matices entre sí, en ocasiones de consideración. Si bien, también es verdad, no son unánimes los criterios de quienes sostienen las tesis renovadoras. E incluso algún autor, que se mostró muy receptivo hacia las posturas novedosas, ha variado de opinión con posterioridad, dando un completo giro a su pensamiento. Sin que falten actualmente historiadores partidarios de continuar negando virtualidad a las Cortes castellanas a lo largo del periodo enunciado.

El punto de partida de la interpretación liberal de las Cortes de Castilla, que hoy cabe considerar como clásica, arranca de F. Martínez Marina, padre para muchos de la Historia del Derecho español. En una tarea llevada a cabo en plena etapa de las Cortes de Cádiz ⁽¹⁾. Por más que puedan verse precedentes en personajes ilus-

⁽¹⁾ En su obra: *Teoría de las Cortes o Grandes Juntas Nacionales de los reinos de Castilla y León. Monumentos de su constitución política y de la soberanía del pueblo*, en tres tomos, Madrid, 1813.

trados, caso de León de Arroyal, según ha puesto de manifiesto C.D. Hendricks no hace mucho ⁽²⁾.

De acuerdo al parecer de Martínez Marina, con la llegada a Castilla de Carlos V, un rey extranjero, y más en concreto, tras el desastre de las Comunidades, acaecido en Villalar en 1521, las Cortes entraron en una profunda decadencia, aplastadas por el poder absoluto y centralista del príncipe. Cuando antes, en la Edad Media, habían significado el más firme valladar en defensa de las libertades del reino, de su constitución tradicional, contra cualquier pretensión despótica de los monarcas. Siempre pensando en las Cortes como asamblea nacional, como órgano parlamentario de representación del tercer estado, o del pueblo. Con un anacronismo nada inocente en la época, pues se trataba de legitimar las nuevas Cortes del liberalismo constitucional enraizándolas en un pasado nacional glorioso. Para que se hiciera más fácil su aceptación en tiempos de revolución, en suma.

Pero el paradigma de la decadencia de las Cortes resultó ser verdaderamente atractivo. Ya que J. Sempere y Guarinos, que tan sólo dos años después pretendía ofrecer una versión antitética de las Cortes a la de Martínez Marina, como partidario de la monarquía absoluta, acaba coincidiendo con él en la afirmación de la decadencia de la institución a fines de la Edad Media ⁽³⁾. Extrañando menos la actitud de W. Piskorski, autor de una obra monográfica sobre las Cortes castellanas medievales cuando finalizaba el siglo XIX, pues se muestra de acuerdo con Martínez Marina tanto en la concepción de las mismas, en cuanto asamblea nacional representativa, como en el momento y factores desencadenantes de su decadencia, que se habrían producido en el tránsito de la Edad Media a la Moderna, por culpa de la política absolutista y centralizadora de la monarquía ⁽⁴⁾.

La tesis de la decadencia llegaría a gozar de mucha fortuna, con-

⁽²⁾ *Charles V and the Cortes of Castile. Politics in Renaissance Spain*, Cornell University, 1976, pp. 7-9, en particular.

⁽³⁾ Aunque Sempere adelanta fechas, al situar el inicio de la decadencia en la mayoría de edad del rey Enrique III, en los umbrales del siglo XV, *En Histoire des Cortes d'Espagne*, Bordeaux, 1815, pp. 137-138.

⁽⁴⁾ Cito por la versión castellana, *Las Cortes de Castilla en el periodo de tránsito de la Edad Media a la Moderna (1188-1520)*, Barcelona, 1930, ya desde la primera página de la introducción.

forme se ha apuntado. Mas asimismo algunos de sus componentes iniciales: el hecho de situar el fenómeno a fines de la Edad Media, no menos que el atribuir su causa al fortalecimiento del poder monárquico, con sus secuelas de centralismo y absolutismo. En cambio, encontraría más problemas, incluidos abiertos rechazos, la consideración de las Cortes medievales castellanas como asambleas nacionales representativas y defensoras de las libertades tradicionales de los ciudadanos, o del pueblo. Por juzgarse fuera de contexto histórico.

Precisamente J. Valdeón, en un estudio preliminar a la reedición de la obra de Piskorski, ha pasado revista a las publicaciones efectuadas sobre las Cortes medievales castellanas desde la década de los años veinte del presente siglo, hasta la del setenta ⁽⁵⁾. Donde en realidad, como único asunto de fondo revisado, desde los días de Martínez Marina, solamente aparece el de la naturaleza jurídico-política de las Cortes, merced a una crítica radical de las ideas liberales al respecto llevada a cabo por J.M. Pérez Prendes, negando cualquier vigencia de las premisas parlamentarias del constitucionalismo en las Cortes de la Edad Media ⁽⁶⁾. Sin embargo, en relación a la cuestión de la decadencia, no se observan cambios de opinión. Más aún, el propio Valdeón, interrogándose sobre el particular, sostiene que se produjo en efecto durante el siglo XV ⁽⁷⁾; en buena medida como consecuencia del autoritarismo real ⁽⁸⁾.

Tendencia que sigue dominando los trabajos de los medievalistas hispanos aparecidos después del mencionado artículo de Valdeón. Hasta el punto de que un autor como C. Olivera Serrano, que ha realizado un detallado estudio de las Cortes reunidas en el tiempo comprendido entre 1445 y 1474, concluye defendiendo la

⁽⁵⁾ Titulando el estudio: «Las Cortes medievales castellano-leonesas en la historiografía reciente», preliminar a la reedición del libro citado de Piskorski, realizada por Ediciones El Albir, Barcelona, 1977, pp. V-XXXII.

⁽⁶⁾ Para la opinión de Pérez Prendes, su obra: *Cortes de Castilla*, Barcelona, 1973, destinada toda ella al estudio de la naturaleza jurídica de la institución.

⁽⁷⁾ «Las Cortes medievales castellano-leonesas en la historiografía reciente», pp. XXIX-XXX.

⁽⁸⁾ Según ha precisado ulteriormente, dentro de un expresivo epígrafe: «Esplendor y decadencia de las Cortes», en su libro: *Crisis y recuperación (Siglos XIV y XV)*, vol. 5 de la Historia de Castilla y León, Valladolid, 1985, pp. 94-99.

común opinión de los historiadores sobre la decadencia de las Cortes como resultado final de la trayectoria de las mismas durante el siglo XV. Eso luego de haber considerado el periodo de Cortes que estudia como el más dinámico de su historia ⁽⁹⁾.

Ni tampoco es positiva la valoración que hace B. Clavero de las Cortes castellanas en el siglo XV; desde coordenadas más particulares, situado en el terreno de la creación del Derecho. Porque Clavero llega a afirmar que en Castilla ya no había Cortes en el siglo XV, sino sólo ayuntamientos de procuradores de las ciudades, ante la inasistencia a estas asambleas de prelados y señores laicos, algo que para él adquiere una gran significación de cara a la creación y vigencia de un Derecho general para toda Castilla. Creación de Derecho, se entienda, que no poder legislativo, de claras connotaciones constitucionales ⁽¹⁰⁾.

Con estos antecedentes no nos puede maravillar que los estudiosos de la época «moderna» se decantaran por mucho tiempo por donde lo hicieron, restando trascendencia a estas asambleas durante los siglos XVI y XVII. Como tampoco el recurso al desastre de las Comunidades o al absolutismo regio para justificar sus posiciones. De la misma manera que no nos sorprenderá que los nuevos aires sobre el papel de las Cortes castellanas en este periodo versen en torno a la negación del absolutismo regio y de la centralización. Aunque sí pudieran desconcertarnos algunas referencias a las Cortes como asamblea nacional representativa.

La escasa relevancia de las Cortes en los siglos XVI y XVII fue

⁽⁹⁾ *Las Cortes de Castilla y León y la Crisis del reino (1445-1474). El registro de Cortes*, Burgos, 1986, en especial, pp. 3-15.

Por su parte, L. Suárez Fernández, en sus «Reflexiones sobre las Cortes medievales castellano-leonesas en homenaje a Juan Torres Fontes», dentro del *Homenaje al Profesor Juan Torres Fontes*, vol. II, Murcia, 1987, pp. 1645-1656, no aporta novedades de relieve, si acaso en el perfil de la institución de Cortes, como claro instrumento de la monarquía.

⁽¹⁰⁾ *Notas sobre el derecho territorial castellano 1367-1445*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 3 (1976), pp. 149-165 y *Derecho Común*, Universidad de Sevilla, 1979, pp. 104-106, en especial. Por cierto que, sobre la no presencia en las Cortes del XV de la gran nobleza y los prelados, ya llamó la atención años antes Suárez Fernández, al tiempo que ponía de manifiesto la preferencia de aquéllos por el Consejo Real, como para denominar a las Cortes apéndice de este último organismo (en *Nobleza y Monarquía. Puntos de vista sobre la historia castellana del siglo XV*, Valladolid, 1959, p. 91).

sostenida en el mismo siglo XIX, en su segunda mitad, por M. Colmeiro y M. Danvila, dos cualificados historiadores de las instituciones. Dentro de una línea entonces usual, con un enfoque parlamentario, como Martínez Marina, pero con disparidad de apreciaciones entre sí. El primero con una visión temporal más amplia, no limitada al tiempo que concluye con las Comunidades ⁽¹¹⁾. El segundo, Danvila, especializado en la Edad Moderna, cuyas Cortes estudia con algún pormenor, reinado tras reinado, desde los Reyes Católicos, cosa que nadie ha vuelto a repetir hasta el presente. Aparte de haber compilado espléndidos materiales documentales, unas veces en su integridad y otras en extracto ⁽¹²⁾. Aun cuando, en honor a la verdad, se echa en falta en él una interpretación crítica y reposada de la documentación que publica.

Esta visión de las Cortes ha pasado a la historiografía del siglo en que vivimos, aunque más perfilada, sobre todo por el progresivo abandono de los esquemas parlamentarios. Larga sería la lista de autoridades. Pero valgan algunos nombres de los últimos tiempos. Así J. Pérez, al estudiar justamente el movimiento de las Comunidades ⁽¹³⁾. O también B. González Alonso, en la misma oportunidad de enfrentarse al significado del levantamiento comunero ⁽¹⁴⁾. Como son representativos los ejemplos de autores dedicados al estudio de aspectos puntuales de Cortes. Con afirmaciones bien rotundas sobre el papel secundario de estas asambleas en los siglos XVI y XVII, subordinadas a la voluntad regia. Entre los que cabe considerar a A.

⁽¹¹⁾ *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla. Introducción. Parte Primera*, Madrid, 1883 y *Parte Segunda*, 1884.

⁽¹²⁾ En *El poder civil en España*, 6 volúmenes, Madrid, 1885-1886; en *Tomo Quinto Adicional* a las Actas de Cortes de Castilla, Madrid, 1885, así como *Nuevos datos para escribir las Cortes en el reinado de Felipe III*, en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 8 (1886), pp. 84-134, 166-222 y 254-295 y *Nuevos datos para escribir las Cortes en el reinado de Felipe IV*, en *Bol. AH*, 11 (1887), pp. 475-511, 12 (1888), pp. 23-53; 15 (1889), pp. 385-483 y 497-542; 16 (1890), pp. 69-164 y 228-290 y 17 (1890), pp. 273-321.

⁽¹³⁾ *La revolution des «Comunidades» de Castille (1520-1521)*, Bordeaux, 1970, pp. 72-74, específicamente.

⁽¹⁴⁾ *Las Comunidades de Castilla y la formación del Estado absoluto*, dentro de su libro *Sobre el Estado y la Administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen*, Madrid, 1981, pp. 27-34 y 52-56.

Domínguez Ortiz ⁽¹⁵⁾, J. Martínez Cardós ⁽¹⁶⁾ y F. Tomás y Valiente ⁽¹⁷⁾. Ni es menos expresiva la postura de J.A. Maravall, prestigioso historiador de las ideas políticas y de las mentalidades sociales, que se ha movido en la misma dirección ⁽¹⁸⁾.

Sin embargo, contra esta tesis, sustentada con semejante amplitud, se han levantado voces insistentes de unos años a esta parte, defendiendo algo bien distinto: el gran valor adquirido por las Cortes castellanas tras el aplastamiento comunero, y más todavía después de los contratos de millones, a fines del siglo XVI. Principalmente desde ámbitos culturales anglosajones ⁽¹⁹⁾.

Muy original — y atrevida, a veces con gran simpleza — resulta en este contexto la monografía de Hendricks sobre las Cortes castellanas en el reinado del emperador Carlos V. Porque rechaza de plano, en contra del sentir más general, que el fracaso comunero en 1521 hubiera supuesto el hundimiento del poder político de las Cortes, inaugurando de paso tres siglos de absolutismo monárquico ⁽²⁰⁾. Muy al contrario, en las antípodas de la corriente dominante, reduce los límites del desastre al ámbito militar, mientras considera que las ideas de las Comunidades constituyeron un completo éxito en el terreno político. Pero ideas que se impondrían por sí mismas. Pues, en su criterio, tan convincente sería el lenguaje comunero que hasta los grandes nobles, vencedores en la batalla, acabaron prendados por las bondades del programa de los vencidos. De modo que «la tinta y el papel» resultarían de mayor eficacia que las armas ⁽²¹⁾. Y en todo ca-

⁽¹⁵⁾ *Concesiones de votos en Cortes a ciudades castellana en el siglo XVII*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 31 (1961), pp. 175-186.

⁽¹⁶⁾ *Las Cortes de Castilla en el siglo XVI*, en *Revista de la Universidad de Madrid*, vol. VI, n. 24 (1957), pp. 583-605.

⁽¹⁷⁾ *La Diputación de las Cortes de Castilla (1525-1601)*, en *AHDE*, 32 (1962), pp. 347-469.

⁽¹⁸⁾ *Estado Moderno y mentalidad social (siglos XV a XVII)*, tomo I, Madrid, 1972, pp. 356-364.

⁽¹⁹⁾ Aunque no sólo desde ellos. Porque entre los historiadores hispanos también se ha cuestionado la imagen de la docilidad de las Cortes de Castilla a la voluntad del monarca. Véase sobre el particular, M. ARTOLA, *La Hacienda del Antiguo Régimen*, Madrid, 1982, p. 30; remitiendo la resolución de sus dudas a un estudio más profundo del tema.

⁽²⁰⁾ *Charles V and the Cortes of Castile*, ya citado, p. 5.

⁽²¹⁾ *Ibidem*, pp. 90-92, 170-172 y 355.

so, Carlos V, según Hendricks, aprendiendo la lección de la revolución comunera, utilizaría las Cortes como instrumento de reconciliación con las ciudades, paz que se sellaría en las asambleas celebradas entre 1523 y 1525, no sin buenas concesiones por parte del rey (22).

De esta actitud de concordia, de compromiso, se aprovecharían las Cortes durante el resto del reinado. Mas no sólo en materia de tributos, rama en la que acertaron a impedir un incremento en su cuantía, compensando la elevación de los servicios con los encabezamientos de alcabalas, sometidos a sucesivas prórrogas, además de obtener grandes ventajas en su recaudación y administración. Puesto que también, al decir de Hendrichs, harían valer sus demandas en cuestiones de política económica, social y de administración de la justicia (con el lunar-no pequeño-de la política exterior). Concluyendo que, con estas limitaciones al poder real, las Cortes contribuirían decisivamente a la prosperidad económica de Castilla y a su estabilidad social y política durante la primera mitad del siglo XVI (23). En abierto contraste con cuanto hasta entonces venía diciéndose de la eficacia de las Cortes (24).

En cambio, a la hora de enfrentarse con la naturaleza de las Cortes, a lo largo de todo su discurso, Hendricks se sitúa en los términos más convencionales del primer liberalismo, no menos que de las historias parlamentarias todavía al uso. Pues nos habla repetidamente de las Cortes como asamblea nacional representativa, cuyos objetivos consistirían en defender la unidad e integridad nacional y constitucional de Castilla (25). Los fines, por cierto, por los que a su entender habrían luchado los comuneros.

(22) *Ibidem*, pp. 3, 177-180 y 214-215.

(23) *Ibidem*, pp. 3-5 y 214-357.

(24) De forma semejante a Hendricks, S. Halizcer ha defendido la tesis del importante papel de las Cortes en los ámbitos político, legislativo y de administración de recursos financieros en los años posteriores a las Comunidades, también como un instrumento para restaurar los lazos, antes rotos, entre la monarquía y las minorías urbanas dirigentes. Aun considerando — a diferencia de Hendricks — utópico e imposible de realizar el proyecto en sí de las Comunidades sobre las Cortes, no en algunos de sus puntos. Cito por la versión castellana: *Los comuneros de Castilla. La forja de una revolución. 1475-1521*, Valladolid, 1987, pp. 274-283, en especial.

(25) *Charles V and the Cortes of Castile*, pp. 3, 42-43, 90, 106, 108, 118, 120, 127-128, 152, 159, 170, 172, 275, 355 y 357, entre otros pasajes.

Hendricks, por otro lado, menosprecia, o simplemente no aprecia, problemas fundamentales de la vida institucional de las Cortes. Así todo lo referente al tema de la representación, dando por sentado, sin ulteriores reflexiones, que tan sólo dieciocho ciudades pudieran formar la «asamblea nacional» del reino (26). Del mismo modo que no le merece mayor consideración el dato de que las Cortes de 1538 fueran las últimas que acogieran a la iglesia y a la nobleza, pese a que en el futuro se continuaran llamando generales (27). Como tampoco juzga trascendente la reiterada pugna por el orden de proceder, sobre si primero se satisfacían los agravios o capítulos, según deseaban los procuradores, o antes que nada se otorgaban los servicios, conforme quería el monarca, pareciéndole un mero truco procedimental (28). Pero es que ni siquiera concede demasiada atención a las continuas consultas de los procuradores con sus ciudades, pese a contar con poderes bastantes (29). Cuestiones sobre la que luego volveremos con algún mínimo de detalle. De momento, sin embargo, vamos a continuar con la descripción de las posturas renovadoras.

Así, en la línea trazada por Hendricks, C. Jago, en un artículo publicado en 1981, se manifestó opuesto a la opinión tradicional, proveniente de la historiografía liberal, según la cual las Cortes decaerían al final de la Edad Media, y más en concreto después de la derrota de las Comunidades, víctimas del absolutismo regio, para no levantarse nunca más (30). Aunque se aparta de Hendricks al romper de manera tajante con la clásica equiparación de las Cortes con los parlamentos modernos, de poder legislativo y de representación democrática.

Para él las Cortes no serían políticamente irrelevantes, en particular a fines del siglo XVI y comienzos del XVII, cuando estas asambleas contemplaron un significativo resurgimiento. Por la cuestión de los millones, ante todo, que a su entender alteraría el balance de las

(26) *Ibidem*, pp. 50, 53-64 y 148.

(27) *Ibidem*, pp. 231-232.

(28) *Ibidem*, pp. 122-124, 133 y 184-185.

(29) Pese a que a la hora de hablar de los poderes e instrucciones, en sus líneas generales, presta alguna atención al tema (pp. 56-60, de la tan mencionada obra), luego, al referirse a las sucesivas consultas, no le otorga relevancia alguna (pp. 201, 206, 248, 252-253 y 283).

(30) *Habsburg absolutism and the Cortes of Castile*, en *The American Historical Review*, 86-1 (1981), pp. 307-326.

fuerzas políticas en Castilla, ya que se formalizaban en un contrato, con condiciones de obligado cumplimiento, también para el rey; sin despreciar su valor financiero, pues en el periodo de 1619 a 1621, por ejemplo, los millones concedidos en Cortes supondrían el 30 por 100 de todos los recursos de la Corona.

Nada de sumisión de las Cortes a la monarquía, ni nada de absolutismo; esto desea dejarlo claro. De modo bien diferente, Felipe II hubo de comportarse con mucha prudencia, como luego le sucedería a Felipe III, porque las ciudades de voto en Cortes, en quienes residían los poderes, no daban con facilidad su consentimiento para la aprobación de los servicios. Más con la fuerza que atribuía a las Cortes y a las oligarquías ciudadanas la administración de los millones. Por lo que la monarquía había de enfrentarse a un doble reto, el que suponían las Cortes y el representado por las ciudades, por sus minorías dominantes.

De ahí la lógica política de la Corona, puesta en práctica desde la reunión de 1632, con Felipe IV, de no admitir instrucciones que restringieran los poderes de los procuradores, cortando la dependencia de las Cortes respecto de las ciudades. Suponiendo ello, en palabras literales de Jago, un «viraje constitucional», confirmado por otra medida coetánea: el control regio de la administración de millones. Con el resultado final de verse forzadas las Cortes a perder su condición de centro político, convertidas en una instancia inútil, no importando ya su reunión. Aunque de forma paradójica, según da a entender el autor, el absolutismo ahora triunfante, en concordancia con la pérdida de la hegemonía política de Castilla en Europa, en un periodo de atrofia política, estaba ya desprovisto de cualquier potencial. Restando siempre importancia al fenómeno del absolutismo.

Luego, en otros artículos posteriores, Jago ha vuelto a ponderar la significación de las Cortes, al tiempo que cuestiona de nuevo el absolutismo monárquico, frenado precisamente per ellas. Sin vacilación alguna. De este modo, en 1985, al analizar lo sucedido en torno a las Cortes de 1576, llega a descubrir en las mismas «el signo de cambio de tendencia en el desarrollo constitucional y parlamentario de Castilla», nada más ni nada menos ⁽³¹⁾. Puesto que en la cita-

⁽³¹⁾ *Philip II and the Cortes of Castile: the case of the Cortes of 1576*, en *Past and*

da asamblea, al decir del autor canadiense, se alteraría el orden de proceder en Cortes, de secular debate. Claudicando el rey, al conseguir los procuradores una importante reducción en el precio del encabezamiento de tercias y alcabalas, con anterioridad al otorgamiento del servicio extraordinario. Un precedente de la situación que culminaría bien pronto, con el establecimiento de los millones, cuando se institucionalizaría el principio de que primero habría de darse respuesta a las peticiones; con una consecuencia añadida, la de convertir en obsoletos a los tradicionales capítulos, dado el valor de leyes de las condiciones de millones.

Algo que no se lograría sin agrias disputas, y no sólo entre las Cortes y la Corona, sino entre ésta y las ciudades, contrarias a otorgar poderes libres a sus procuradores mientras el rey no accediera a sus peticiones, a pesar de todos los esfuerzos de los corregidores y de la Corte. Sucedió en las Cortes de 1576, mas otro tanto ocurrió con el servicio de millones en la larga asamblea reunida entre 1592 y 1598. Porque, como ha insistido últimamente, los millones representarían el fruto de varios decenios de conflictos entre el rey y las Cortes, con participación directa de las ciudades; desde los años sesenta, con mayor precisión. Arrancándosele al monarca concesiones políticas, capaces de impedir el avance triunfal del absolutismo, presumido por la mayor parte de los historiadores ⁽³²⁾.

También dentro de esta orientación renovadora hemos de considerar al inglés I.A.A. Thompson, que centra su estudio en la década final del siglo XVI y buena parte de la centuria siguiente, hasta la última convocatoria de las Cortes de Castilla, la de 1665. Con mayor profundidad que Hendricks y Jago.

En su primer trabajo sobre las Cortes castellanas coincide con Jago en diversas apreciaciones ⁽³³⁾. Para empezar, en la crítica a la tesis

Present, 109 (1985), pp. 24-43. Dentro de una terminología historiográfica anglosajona, que no del liberalismo continental europeo.

⁽³²⁾ «Crisis sociales y oposición política: Cortes y monarquía durante el reinado de Felipe II», ponencia presentada en la Segunda Etapa del Congreso Científico sobre las Cortes de Castilla y León, celebrado en Salamanca en 1987, cuyas actas se encuentran en curso de publicación.

⁽³³⁾ *La Corona y las Cortes de Castilla, 1590-1665*, en *Revista de las Cortes generales*, 8, segundo cuatrimestra, 1986, pp. 8-42, versión castellana del original inglés, aparecido en 1982.

tradicional de la progresiva debilidad de las Cortes por culpa del absolutismo, culminada tras el fatídico suceso de Villalar, pues, para él, las Cortes de Castilla, en su último siglo de existencia, fueron las de mayor actividad de todas las instituciones «parlamentarias» de las monarquías europeas. Entre otras cosas, pero fundamentalmente, por problemas hacendísticos, derivados de las guerras exteriores de la Corona. De manera que cuando desaparecieron estas asambleas no lo serían tras ciento cincuenta años de atrofia, sino después de alcanzar en el siglo XVII una nueva vitalidad y una importancia funcional de que antes habían carecido. Llevando su raciocinio, según cabe apreciar, más allá de los planteamientos de Jago, que presentaban unas Cortes sin vigor al final de su existencia.

Afirmaciones quizá cuestionables, pero amparadas por datos solventes. Como la frecuencia de la reunión de Cortes, creciente con el tiempo y durante un más largo periodo de sesiones. O la dependencia de los ingresos de la Corona respecto de las Cortes, en progresión cada vez más elevada. Mas asimismo se manifestaría por el incremento del valor de las procuraciones, tanto desde el punto de vista de las ciudades, cuanto de los posibles procuradores. Si no, no se explica el deseo de distintas localidades de obtener voto en Cortes, los problemas habidos en la elección de procuradores, los grandes beneficios económicos obtenidos por estos últimos tras su larga estancia en la Corte, e incluso la notable elevación en la posición social y política de varios de estos procuradores.

Para Thompson, por precisar más, y en un nuevo punto de confluencia con Jago, el momento clave en el desarrollo de las Cortes tendría lugar en los últimos años del siglo XVI y en los primeros de XVII, a cuenta de los servicios de millones. Pues, según afirma, algo semejante a un salto cualitativo se produjo en aquellos instantes. Hasta provocar una «relación constitucional» entre la Corona y las Cortes diferente por completo a la entonces existente, sustentada en adelante sobre una base contractual. Porque las condiciones de millones se expresaban en una escritura de contrato, de carácter obligatorio por ambas partes.

Con un efecto derivado, consistente en que las condiciones de millones sustituirían a las peticiones contenidas en los capítulos de Cortes. Además de provocar la alteración definitiva en el orden tradicional de proceder, en favor de las Cortes, de acuerdo siempre a su

manera de pensar, una vez más concordante con la de Jago. Ya que con los contratos de millones las Cortes harían depender la concesión de los servicios de la seguridad sobre la reparación de los agravios. Por mucho que, matiza, formalmente la Corona se negara siempre a admitir la prioridad de la satisfacción de agravios respecto al otorgamiento de los servicios. Siendo, por otra parte, del máximo interés para el robustecimiento de las Cortes la función que ellas — y su Comisión de millones — adquirirán en la administración de estos nuevos servicios, ejercida en buena medida en favor de las ciudades de voto en Cortes y de sus regidores.

No se detiene aquí Thompson. Con fina inteligencia, aun tratándose de una primera aproximación, penetra en el mundo de los poderes de los procuradores durante la época de Cortes que estudia. Uno de los aspectos más trascendentes para perseguir el curso histórico de estas asambleas. Mediante la distinción, constatada abundantemente en la documentación, entre voto consultivo y voto decisivo. El voto consultivo, por los tiempos que él trata de las Cortes, residió en los procuradores hasta 1632, mientras la decisión (el voto decisivo) se la reservaban las ciudades, a quienes debían consultar los procuradores en cuantos supuestos así se contenían en sus respectivas instrucciones, que restringían los poderes generales o bastantes. Pero en 1632 el voto decisivo fue atribuido por la Corona a los procuradores, privando a las ciudades de la capacidad de decisión. Con la consecuencia de no admitirse más instrucciones de las ciudades a los procuradores, sino tan sólo los poderes redactados conforme a la minuta enviada desde la Corte. Careciendo de sentido, por consiguiente, las consultas de los procuradores con sus ciudades, que, no obstante, continuaban siendo sus poderdantes, constituyentes o mandantes.

Sin embargo, la regia disposición tomada en 1632 no fue fácilmente aceptada por las ciudades, apunta Thompson. Porque no se resignaban a otorgar poderes sin restricciones. Ni en la práctica supuso para la Corona unas Cortes más dóciles y sumisas y menos lentas y costosas que las anteriores. Contra lo que ella esperaba. Con el peligro de ver potenciada la vida de las Cortes, arriesgándose a que éstas interviniesen en materias política y de gobierno. Por esta causa, un tiempo después, la monarquía se decidió a cambiar nuevamente de rumbo, no sin algún ensayo premonitorio. Con carácter duradero

una vez que Mariana de Austria anulara la convocatoria en 1665, aprobándose desde entonces los servicios, o los encabezamientos, directamente desde las ciudades, por la técnica de prórrogas sucesivas, sin necesidad de más reuniones de Cortes. Convertidos ahora los regidores en los destinatarios de las mercedes, en lugar de los procuradores.

Con semejante proceder, el descrito últimamente, las funciones de las Cortes pasarían a las ciudades, las grandes beneficiarias de la medida. Medida que significaba para ellas la restauración del voto decisivo en sus manos. Además de ver congelada la presión fiscal al nivel de 1665. Para lo sucesivo, si la Corona deseaba incrementar sus ingresos se vería forzada a acudir a otros expedientes, como a los donativos.

En todo caso, y así concluye el trabajo, en coherencia con el comienzo, la desaparición de las dinámicas y conflictivas Cortes de Castilla, a resultas de la anulación de la convocatoria de 1665, no puede ser estimada como una victoria de la política absolutista y centralizadora de la monarquía. A la inversa, la considera como un elemento más de un vasto proceso de descentralización que él viene estudiando en otros campos, con especialización en el de la maquinaria de la guerra. De creer en sus palabras, las Cortes no fueron destruidas por el poder absoluto de la Corona, sino por el poder de las ciudades. Todo, se insiste, dentro de un más amplio fenómeno de trasvase de funciones del centro a las localidades. Un pronunciamiento discutible. Pero con un innegable valor: la entrada en escena de las ciudades, porque hasta entonces, sólo hace falta fijarse en el título de su propio artículo, la confrontación tendía a reservarse a la doble instancia de la Corona y las Cortes.

Thompson no debió de sentirse totalmente satisfecho del tratamiento dado por él a la cuestión de la desaparición de las Cortes después de 1665, cuando enseguida volvió sobre el tema ⁽³⁴⁾. Mediante un análisis que el propio autor sitúa en la esfera de lo coyuntural.

Más nos interesan aquí los datos, sino sus puntos de vista.

⁽³⁴⁾ *El final de las Cortes de Castilla*, en *Revista de las Cortes generales*, 8 (1986), pp. 43-60, traducción del original inglés (aparecido en 1984), a cargo de J.A. Pardos, y recogido junto al artículo anterior, en la citada revista, bajo el título global; «Dos estudios sobre las Cortes de Castilla».

Pues no deja de ofrecer algunos enigmas cómo el hundimiento de unas Cortes tan activas pudo producirse en el momento de mayor debilidad de la monarquía de los Austrias. Conforme el mismo Thompson constata.

Thompson, desde luego, se ratifica en su opinión de las Cortes, contraria a considerarlas débiles y complacientes, destruidas por la fuerza del absolutismo, antes las juzga caras, lentas y de difícil manejo. Con ayuda de argumentos viejos y nuevos para explicar por qué en 1667 no se convocaran Cortes, mientras la reina gobernadora solicitaba directamente de las ciudades la prórroga de los servicios y los encabezamientos, subrogándose las ciudades en el papel de las Cortes.

Para la Corona existían razones. Basadas en los caracteres de las Cortes, que anteriormente se apuntó, de exceso de lentitud y sumamente caras y complejas. Pero lo que era aún peor, peligrosas políticamente hablando, particularmente en circunstancias de minoría regia. Con notable ironía, a la postre, según refiere Thompson, si consideramos que la monarquía había fomentado la independencia de las Cortes respecto de las ciudades, al hacer radicar en ellas el voto decisivo desde 1632.

Si se encontraban razones, y de peso, por parte de la Corte para no convocar Cortes, no escaseaban tampoco los motivos de las ciudades para mostrarse poco dispuestas a su reunión. Los regidores en cuanto individuos no se encontraban muy interesados en las Cortes, habida cuenta de las pocas oportunidades que la mayor parte de ellos tenía de acceder a las procuraciones y obtener los consiguientes beneficios económicos. Por el acrecentamiento de los oficios de regimiento y la venalidad de las suertes de procuradores. Pero tampoco las ciudades como tales mostaban entusiasmo. En parte por los salarios que muchas de ellas seguían pagando a sus procuradores, con el inevitable gravamen de las haciendas locales. Mas sobre todo por la pérdida del voto decisivo, causante del distanciamiento de las Cortes de sus constituyentes, los ayuntamientos ciudadanos, dejando de ser portavoz de los mismos. Sin olvidar que en muchos supuestos las ciudades ejercían poco control en la elección de sus procuradores.

Insistiendo en su conocida, pero ahora más matizada, valoración de la devolución del voto decisivo a las ciudades, merced a la prorrogación de los servicios desde las localidades. Que 1667, la pri-

mera prorrogación, no supuso el trunfo de la Corona sobre las Cortes, sino de las ciudades sobre las Cortes y de los regidores sobre los procuradores. Todo ello dentro de una política más general de descentralización de la gobernación. Así como en el contexto de congelación del nivel impositivo, tanto por lo que se refería a los servicios como a los encabezamientos, de modo que los incrementos en los ingresos fiscales de la Corona únicamente se podrían obtener por otras vías, como la de los donativos o la explotación de la regalía. Sólo posible, por cierto, por el abandono de la costosísima política exterior, tras el declive europeo de Castilla, con la contención de gastos que ello llevaba consigo.

Las Cortes se sacrificarían, pues, por la conjunción de intereses de la monarquía y de las ciudades (de sus grupos dirigentes). Sin que esto supusiera, según Thompson, ni victoria absolutista, o aumento alguno del poder regio, ni cambio en las funciones asignadas a las Cortes, limitadas en lo fundamental a los recursos financieros y a su administración. La variación se produciría en el teatro donde iban a desarrollarse tales funciones; en adelante, en las propias ciudades. Pero si éstas, y sus regidores, dieron la espalda a las Cortes, fue por causa de su progresiva enajenación de los intereses de las oligarquías ciudadanas. En definitiva, rematando su argumentación, que las Cortes se habían convertido en menos representativas que los ayuntamientos de las ciudades.

Justamente sobre el tema de la representación versa su última aportación al estudio de las Cortes de Castilla ⁽³⁵⁾. En un meritorio intento por comprender las claves de la evolución histórica de una institución de perfiles tan enrevesados como la que nos ocupa. Con ampliación del estrecho marco temporal donde venía situándose, ampliando su atención a épocas anteriores, a partir de 1520. Por más que sus fuentes documentales pertenezcan todavía casi todas ellas a las Cortes de fines del siglo XVI y a las del XVII.

De entrada, rechaza que la historia de las Cortes quepa reducirla a una exposición de las relaciones entre la Corte y las Cortes. Porque en ella tienen cabida también las ciudades. Configurándose así un

⁽³⁵⁾ «Cortes y ciudades. Tipología de los procuradores, extracción social y representatividad», ponencia presentada en la Segunda etapa del Congreso científico sobre las Cortes de Castilla y León, ya referido.

triángulo con las tres fuerzas mencionadas. De manera tal, en su opinión, que la «historia constitucional de Castilla», en el periodo por él tratado, es la historia de una contienda entre la Corona y las ciudades por el control de las Cortes.

Pero ahora, dejando de lado el estudio de las relaciones entre la Corte y las Cortes, salvo para algunas remisiones concretas, se centra en el binomio formado por las Cortes y las ciudades. Lo que no deja de ser comprensible, conociendo el tenor de sus dos trabajos precedentes sobre la institución, mas encierra sus peligros, por los desequilibrios de enfoque que entraña.

Pues bien, para Thompson, las Cortes y las ciudades lejos de ser sinónimas son distintas, e incluso últimamente antagónicas. Dentro de un persistente proceso de distanciamiento institucional entre unas y otras, que acabaría con la total enajenación de las ciudades en relación a las citadas asambleas. Todo como consecuencia de la falta progresiva de representatividad de las Cortes respecto a las ciudades que la componían.

Thompson no se limita a la enunciación de principios, sino que descende a detallar los defectos de la representatividad de las Cortes en una serie de elementos fundamentales. Como lo son la limitada extensión del voto en Cortes, la desnaturalización de la procuración, sometida de forma creciente a procesos patrimoniales, el carácter de los poderes, los decisivos en manos de las Cortes desde 1632, la precedencia social del procurador, con frecuencia alejado de los intereses de los ayuntamientos ciudadanos, y el significado de la distinción entre el reino junto en Cortes y el reino como suma de cada una de las ciudades de voto, cada vez más enfrentados.

Ni es ahora el momento de entrar en pormenores. Pero sí de referir que, según Thompson, por unas u otras cosas, poco a poco, las Cortes llegarían a cobrar mayor protagonismo institucional, fomentado por el interés corporativo de los procuradores, no menos que por los deseos de la Corona. Hasta representar intereses generales de la monarquía, frente a los intereses particulares de las ciudades. Poniendo en contradicción, en disfavor de las ciudades, el doble carácter de los procuradores, la doble representación recogida de forma explícita en sus poderes: en nombre de sus ciudades y de todo el reino. Verdadera trama de la «historia constitucional» de Castilla, a su entender, que era menos la historia de un conflicto entre la

Corte y las Cortes que la de la pugna entre los principios particularistas y universalistas de la representación. Sobre lo que volveremos, a su tiempo, con algún acento crítico y ciertas precisiones.

Teoría desarrollada con brillantez en su aplicación a las fechas de 1632 y 1665, tan relevantes en el devenir postrero de las Cortes. Pues para Thompson, en 1632, con el traspaso del voto decisivo de las ciudades a las Cortes, se rompió el último eslabón de la cadena que mantenía a las Cortes subordinadas a las ciudades, perdiendo estas asambleas el carácter de Cortes de las ciudades. Mientras por el contrario, con la suspensión de las reuniones de Cortes, tras 1665, se restableció el voto decisivo en las ciudades, ejercido en las sucesivas prórrogas, dando definitiva solución al problema de la relación entre las Cortes y las ciudades.

Las corrientes innovadoras propugnadas por diversos autores anglosajones, a las que acabamos de dar un repaso, merecieron la pronta recepción en España de P. Fernández Albaladejo. Autor que, sin embargo, en artículos sucesivos, ha ido perdiendo entusiasmo por las mismas, hasta colocarse en una postura antitética a la inicial. Signo de lo controvertido del debate, pero no menos de la inseguridad de nuestros conocimientos. Sobre todo cuando la bibliografía, incluyendo también la comparada, sustituye a la documentación, como es el ejemplo que ahora nos ocupa. Para nuestra perplejidad.

En la primera exposición del tema de Cortes en la Edad Moderna, Fernández Albaladejo otorga a estas asambleas un lugar capital en la organización política castellana ⁽³⁶⁾. Aunque bajo una óptica distinta a la entonces de Thompson. Porque para él no ha de plantearse el papel de las Cortes dentro del juego de contraposiciones entre centralización y descentralización, sino entre autoritarismo regio (no absolutismo) y poderes del reino. Mejor aún, en las relaciones entre los dos polos de rey y reino, entendidos como los propios de la constitución estamental o dual, dentro de la que se movería Castilla. Y con el reino identifica a las Cortes, a las ciudades con voto en ellas, cuyo objetivo consistiría en defender los intereses de los patriciados locales. Lo mismo en materia de encabezamientos que de millones.

⁽³⁶⁾ «Monarquía y reino en Castilla. 1538-1623», comunicación presentada a la XIV Settimana di Studio del Istituto Internazionale di Storia Economica Francesco Datini, Prato, 1983.

Con triunfos notables, porque el sistema fiscal sería descaradamente prourbano.

Con posterioridad, en un segundo trabajo, Fernández Albaladejo rebaja la importancia de las Cortes dentro del conjunto del «armazón constitucional» de Castilla ⁽³⁷⁾. Que ahora no lo considere como una «constitución dualista», sino como «una constitución judicialista en el seno de una monarquía autoritaria» (mas no absoluta). Otorgando a la Corte y a sus Consejos el protagonismo que en su anterior trabajo parecía recaer en el reino, en las Cortes.

Observándose un sensible desplazamiento. Como para apuntar que en este entramado constitucional, de «sinodialización» y no de «dualización», las Cortes no ocupaban sino un lugar entre otros que no conviene sobredimensionar.

Fruto de esta concepción, de trasvase de poder a los Consejos, será su explicación del papel desempeñado por la Comisión de millones. Ya desde 1639, pero en especial a partir de 1658, cuando se produjo la definitiva incorporación de la mencionada Comisión al Consejo de Hacienda, como una sala del mismo. Lo que significaba que el reino, aceptando las reglas del «juego constitucional» según Fernández Albaladejo, obtenía una importante posición dentro de él. De semejante magnitud como para convertir en inútiles ya a las Cortes. Sin necesidad de emplear esfuerzos para destruirlas. Ni por el lado de las ciudades, que veían así asegurado su beneficio de los millones. Ni tampoco por el de la «monarquía judicial», para quien las Cortes no suponían ninguna amenaza. Con explicaciones del fin de las Cortes muy distintas a las de corte absolutista o a quienes recurren a fenómenos de descentralización. Negando simultáneamente interpretaciones de signo tan contradictorio.

Mas la rebaja en importancia de la función de las Cortes de Castilla se ha transformado en negación de las mismas en sus dos últimos escritos, con todas las salvedades que se quieran aceptar por su voluntad conscientemente provocadora ⁽³⁸⁾. Con la aportación de un

⁽³⁷⁾ *Monarquía, Cortes y «cuestión constitucional» en Castilla durante la Edad Moderna*, en *Revista de las Cortes Generales*, 1 (1984), pp. 11-34.

⁽³⁸⁾ *Castilla, territorio sin Cortes (ss. XV-XVII)*, en *Revista de las Cortes Generales*, 15 (1988), pp. 113-208, en colaboración con J. Pardos. De Fernández Albaladejo se incluyen dos trabajos: «Cortes y poder real: una perspectiva comparada», pp. 116-143 y «La resistencia en las Cortes», pp. 181-208.

dato de enjundia, bien visto en su día por Clavero, para el significado de la creación y aplicación de un Derecho general en Castilla, como es la ausencia de la iglesia y de la gran nobleza, que convertiría a estas asambleas en sólo ayuntamientos de procuradores. Pero renunciando a otras fundamentaciones de su radical formulación.

Sin evitar, por lo demás, los peligros de los que desea huir. Porque renegando de un «fundamentalismo parlamentario», común a la historiografía occidental, no sólo inglesa, desemboca en un «fundamentalismo constitucional», de claro acento anglosajón. De una «constitución» castellana, calificada en estos momentos de monarcocéntrica, que no monocrática, y menos absolutista. Cuyo desarrollo no pasaría por una asamblea tan sectorial como las Cortes, ya desde el siglo XV.

Aunque sí hayamos de agradecer su interés por medir el alcance real de las posturas revisionistas de las Cortes en los últimos tiempos. Así como sus esfuerzos por situar la institución dentro del mundo más complejo de la organización política castellana, considerada en su conjunto. Por más, en mi opinión, que de un probable exceso en acentuar el valor de las Cortes él mismo haya pasado a negar a éstas cualquier protagonismo político. De revisionismo a revisionismo, pues, hasta prácticamente recaer en las posturas tradicionales. Para tal viaje, quizá no se precisaban tantos discursos y planteamientos.

Si la actitud de Fernández Albaladejo puede sembrar dudas sobre los posicionamientos novedosos de raíz anglosajona, los interrogantes se convierten en inquietud cuando leemos la última monografía acerca de las Cortes de Castilla, referida a la época de los Reyes Católicos. Elaborada por J.M. Carretero Zamora, con un buen repertorio bibliográfico y un excelente trabajo de archivo ⁽³⁹⁾.

Porque Carretero se manifiesta inmisericorde contra la interpretación de la vieja historiografía liberal, que hacía de las Cortes un órgano de la soberanía nacional. Mas con la misma contundencia, a renglón seguido, manifiesta que las Cortes carecieron de una esencia institucional propia. Ahogada definitivamente tras la revuelta comunera ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ *Cortes, monarquía, ciudades. Las Cortes de Castilla a comienzos de la época moderna (1467-1515)*, Madrid, 1988.

⁽⁴⁰⁾ Ya en el prefacio a la obra, pp. XIII-XIV.

Para Carretero, las Cortes de Castilla en el reinado de los Reyes Católicos, una vez que éstos logran asegurar su legitimidad dinástica y el control absoluto del poder, quedarían relegadas a la condición de una instancia secundaria, cuyas funciones principales fueron las de jurar con regularidad a los príncipes herederos y conceder los subsidios financieros que necesitaba la monarquía ⁽⁴¹⁾. Y con mayor claridad si aún cabe, por insistir en el papel de las Cortes, Carretero llega a afirmar que la Corona, mediante una serie de prácticas absolutistas, convirtió a estas asambleas en un simple apéndice funcional e instrumental de sus intereses ⁽⁴²⁾.

Pero la indigencia funcional y el lugar políticamente accesorio de las Cortes de Castilla se habrían ido produciendo de manera progresiva, en una lenta agonía, que como el ideal absolutista de la monarquía culminaría a fines del siglo XV y comienzos del XVI. Con explícito rechazo de las tesis liberales decimonónicas, que atribuían el fenómeno a la labor de Carlos V ⁽⁴³⁾. Adelantando acontecimientos, aunque, según puede comprobarse, con los mismos resultados finales respecto a la decadencia de las Cortes.

Carretero, sin embargo, amante de las fuentes, no se conforma con los enunciados teóricos. De forma muy distinta, en diferentes ocasiones muestra sus prevenciones en relación a la elaboración de modelos globales interpretativos. De hecho, con datos documentales, va desgranando en su libro las concretas funciones de las Cortes, las sucesivas convocatorias de éstas, así como la condición de los procuradores, tanto en el nivel social como en el plano jurídico. Con importantes aportaciones en el estudio del «status» del procurador, bien se trate de los sistemas electorales o de las formas de retribución. Mas por lo que a nosotros más interesa, cara al conocimiento de la evolución de las Cortes, Carretero señala las vías gracias a las cuales los Reyes Católicos habrían dejado su impronta — definitiva — en la institución. Señalando cómo el intervencionismo regio se concretaría a través de una serie de medios. Así, a la hora de la elección de los procuradores por las ciudades, apuntando en ocasiones los reyes nombres concretos de elegibles y presionando siempre

⁽⁴¹⁾ *Cortes, monarquía, ciudades*, p. 354.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*, pp. 60 y 129.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*, pp. 129-130.

con el concurso de los corregidores a fin de obtener el nombramiento de gentes afectas a la Corona. Pero, sobre todo, al lograr homogeneizar los poderes de los procuradores, de acuerdo a una minuta elaborada desde la Corte; con verificación posterior, en virtud de examen de los mismos al llegar los procuradores a la Corte. Como también fue importante para este control de las Cortes por la Corona, el establecimiento de una burocracia en ellas, con su presidente, letrados y escribanos ⁽⁴⁴⁾. Instrumentos a añadir a otros adoptados por monarcas anteriores, durante la Baja Edad Media.

Hace sólo unos instantes indicábamos que Carretero no se detiene en los planteamientos teóricos, pues busca con preferencia la constatación empírica de sus afirmaciones. Sin que ello signifique tampoco que rehuya las interpretaciones sobre la trayectoria histórica de la institución, conforme creo haber puesto de manifiesto en las pocas palabras dedicadas a este autor. Por cuanto va a defender la paulatina decadencia de las Cortes, coronada en los días de los Reyes Católicos, debido a sus medidas de naturaleza absolutista. Declinación que considera definitiva e irreversible. Pues, de acuerdo a sus palabras, con los diversos mecanismos intervencionistas, especialmente con la uniformidad de los poderes de los procuradores, la monarquía se aseguró el dominio absoluto de las Cortes, estableciendo un modelo que apenas sufriría transformaciones en el futuro ⁽⁴⁵⁾.

Una opinión, la de Carretero, que yo mismo he compartido en un trabajo simultáneo al suyo, aunque de más corto aliento, con motivo del estudio de las relaciones entre las Cortes castellanas y la llamada Administración Central en la Baja Edad Media, prolongado hasta 1515 ⁽⁴⁶⁾. En buena parte de sus puntos: tanto en el rechazo de las teorías parlamentarias del primer liberalismo, como en el anticipar el control de los poderes de los procuradores a la época de los Reyes Católicos, no menos que en la consideración de la progresiva decadencia de las Cortes, causada por el absolutismo de la monarquía. Valorando además las inteligentes precisiones de Clave-

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*, pp. 26-45, para la exposición de estos tres mecanismos intervencionistas.

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*, pp. 37-38.

⁽⁴⁶⁾ *Las Cortes de Castilla y León y la Administración Central*, en *Las Cortes de Castilla y León*, Valladolid, 1988, vol. II, pp. 255-317.

ro sobre la propiedad del término ayuntamiento de procuradores frente al más general de Cortes. Al tiempo que ponía mayor énfasis que Carretero en la presencia en Cortes de un presidente y unos letrados, designados por los reyes, cuando antes lo eran por los procuradores.

Y estaba plenamente persuadido de cuanto escribía sobre la decadencia de las Cortes, aun cuando solamente había efectuado una pecueña cala en la documentación conservada de las Cortes de los Reyes Católicos. Si bien tenía un cierto conocimiento de lo que venía ocurriendo desde tiempos atrás en estas asambleas, en coincidencia plena con el proceso de centralización en la Corte de diversos órganos de gobierno y justicia, largamente gestado, en una dirección claramente absolutista.

Posición que pasé a revisar muy poco tiempo después. Con no menor convicción. Pero ahora variaba el horizonte cronológico, porque no finalizaban mis reflexiones en las Cortes de Burgos de 1515, sino que las prolongaba hasta las Cortes de Madrid de 1528 ⁽⁴⁷⁾. Con el acontecimiento comunero de por medio ¡Casi nada! Con todo un minucioso proyecto de las ciudades rebeldes, destinado a hacer retroceder el rumbo adquirido por las Cortes en la época de los Reyes Católicos. Porque, en lugar de unas Cortes dominadas por la Corona, pretendían lo contrario, situarlas bajo su directa dependencia. Con evidente fracaso en gran parte de las propuestas del programa: como la supresión de la presidencia de la asamblea, la convocatoria al margen de la voluntad de los reyes, la eliminación de la práctica del pago de salarios a los procuradores desde la Corte, o el control de las actuaciones de los procuradores por parte de sus distintas ciudades una vez finalizadas las Cortes.

En cambio, según se demostraría en reuniones inmediatamente posteriores, en las de 1523-1524, 1525 y 1528, el monarca, ante el cariz de los acontecimientos, signo de la resistencia de las ciudades, pero también de la regia necesidad de los recursos financieros obtenidos con el concurso de las Cortes, hubo de ceder en la cuestión de los

⁽⁴⁷⁾ *Le evolución de las Cortes de Castilla durante el siglo XV*, dentro del libro colectivo *Realidad e imágenes del poder. España a fines de la Edad Media*, Valladolid, 1988, pp. 137-169. Sin conocer entonces el libro de Hendricks, que me habría sido de gran utilidad.

poderes. Como para admitir de hecho que la decisión sobre los grandes temas de Cortes, especialmente los servicios y los encabezamientos, residían en las ciudades, a las que los procuradores debían dirigirse en consulta, a tenor de las instrucciones recibidas antes de partir para las Cortes, que restringían los poderes generales redactados de acuerdo a la minuta enviada desde la Corte. Adquiriendo así estas asambleas una nueva dinámica, luego revelada duradera. Sometidas a una dura pugna entre la Corona y las ciudades por su dominio. Mas sin entender que ello supusiera el fracaso de la política absolutista y centralizadora de la monarquía considerada en su conjunto.

Grandes oscilaciones en las interpretaciones, se convendrá, como para aturdir al lector no iniciado. Pero comprensibles, por varias razones. En parte, por la herencia de la primera historiografía liberal, de cuyos ideológicos postulados, no faltos de brillantez ni de verosimilitud en algunos de los mismos, son hoy todavía bien palpables las huellas. En parte, también, por la pretensión de elaborar modelos teóricos sin el necesario apoyo documental, abocados por su propia naturaleza a las variaciones más radicales. Pero asimismo, por el escaso interés mostrado en general por los aspectos estrictamente institucionales. Como igualmente por la óptica temporal con la que se han enfocado la mayor parte de trabajos sobre Cortes, limitados a un reinado, o a varios decenios en concreto. Ocultando la constante evolución experimentada por estas asambleas en el decurso de los dos siglos comprendidos entre 1476, Cortes iniciales del reinado de los Reyes Católicos, y 1667, primera renovación de servicios desde las ciudades, sin convocar a los procuradores a la Corte. Dentro siempre de una progresiva complejidad, de difícil intelección desde los esquemas del sistema parlamentario constitucional.

Porque debemos insistir en los cambios producidos en la institución durante la conocida como Edad Moderna. Pues lo que es válido, por ejemplo en el tema de los poderes de los procuradores, para la época de los Reyes Católicos, no lo es para los días del emperador Carlos, tras la célebre reunión de Santiago — La Coruña de 1520, ni tampoco para las Cortes convocadas con posterioridad a las de Madrid de 1632. En una tenaz pugna entre las ciudades y la Corona por el control de las Cortes, en la que la autonomía de éstas andaba en juego, no menos que su valor representativo.

Cosa que sucede igual en otros campos. Así en lo relativo a las

competencias. Se trate de los servicios o de los capítulos, objeto de perpetua disputa, incluso con posterioridad al establecimiento de los millones. Pese a la existencia de unas reglas, aceptadas por todos, según las cuales al reino, a las Cortes, corresponde pedir respuesta a los capítulos y al rey otorgarla, mientras que en la cuestión de los servicios al rey toca solicitarlos, siendo de la incumbencia de las Cortes el concederlos. Porque aparte de suscitar persistentes problemas procedimentales sobre la prioridad de tratamiento entre unos y otros, inciden de forma directa en los conceptos de representación y de bien público y general, como intentaré mostrar más adelante. Porque si por libertad de poderes no entienden lo mismo las ciudades y la Corona, otro tanto pasa con el llamado bien general del reino, ansiado por todos, mas desde necesidades distintas.

¿Qué decir del funcionamiento de las Cortes? Cada vez más complicado, como para dar lugar al establecimiento de reglamentos internos, las llamadas órdenes de votar, de forma continuada a partir de 1566. Con elementos de carácter mixto, tomados unos de los ayuntamientos de las ciudades y otros de los Consejos de la Corte. Debidos a la iniciativa de los procuradores y aprobados por ellos, de ordinario en los primeros ayuntamientos de cada convocatoria. Frente a lo que se conoce como órdenes de proceder, emanadas de la Corte, que marcaban con extremada minuciosidad los autos a seguir en las Cortes. Doble procedencia de las reglas de actuación de las Cortes, capaz de romper cualquier idea preconcebida sobre la naturaleza de esta institución. Como puede causar extrañeza que de los diarios acuerdos adoptados por las Cortes, en los asuntos por ellas debatidos, quepa apelación ante el Consejo Real, un órgano de la Corte.

De lo enrevesado del funcionamiento de las Cortes da buen testimonio la formación con el tiempo de sus dos comisiones permanentes en la Corte: la Diputación de alcabalas y la Comisión de millones. Como también el establecimiento por parte de la Corte de órganos especializados en relación con las Cortes: La Junta de Cortes, la Junta de asistentes y la Cámara de Castilla.

No permanecieron estáticas las Cortes en cuanto a su composición. Otro laberinto. Porque en ellas existían miembros designados por el rey, como eran el presidente y asistentes, sus representantes, pero sin voto. Introducidos gradualmente desde el reinado de los

Reyes Católicos. Mientras que los procuradores eran elegidos por las ciudades con privilegio de voto, de acuerdo a procedimientos particulares de cada una de ellas, cambiables con el tiempo. Pero además existían en las Cortes otros personajes, los llamados ministros del reino, caso del receptor, solicitador, contador, letrados, capellán y médicos, de libre nominación por las Cortes y aparecidos en tiempos diversos. Aunque no se acaba en ellos el elemento personal de las Cortes, pues por fuerza hemos de referirnos a los escribanos, imprescindibles para el funcionamiento diario de estas asambleas y de difícil afiliación, como híbridos entre el rey y el reino, si bien en el fondo los reconozcamos más como oficiales del rey que de las Cortes, el llamado reino. No sin transformaciones. Por no hablar de las retribuciones de unos y otros, procedentes a la vez en muchos casos de fuentes distintas, cuyos epígrafes se fueron acumulando con el tiempo. Un motivo más de confusión para mentes racionalistas.

En realidad toda la vida de las Cortes estuvo sometida al doble embate de la Corte y de las ciudades. Con alternativas ⁽⁴⁸⁾. Mas sin olvidar que pese a ello las Cortes se comportaban como una corporación con personalidad jurídica, dotada de facultades para efectuar contratos entre partes, despachar peticiones de particulares, elevar memoriales y súplicas al rey, o personarse en pleitos. Así como llegaron a contar con un presupuesto financiero, unas ordenanzas propias y un personal a su servicio, capaces de asegurar su funcionamiento interno. En particular por la fuerza cobrada gracias a la administración de alcabalas y millones. Por muy atacada que se encontrara su autonomía y por mucho carácter intermedio, o de mediación, que quiera atribuírsele a las Cortes entre las dos instancias antedichas. Aunque, eso sí, tanto su convocatoria como su disolución fueron una regalía de la Corona. No pequeña arma en manos del monarca, de uso puramente discrecional. Como tampoco podemos olvidar que los procuradores lo eran siempre de sus ciudades, sus constituyentes o mandantes, hasta en el supuesto de cuando el voto decisivo residiese en las Cortes, por voluntad expresa de la Co-

(48) Tanto el reino junto en Cortes, como sus dos grandes comisiones: la Diputación de alcabalas y la Comisión de millones. Para estas dos últimas: J.I. Fortea, «Trayectoria de la Diputación de las Cortes», ponencia presentada en la Segunda etapa del Congreso Científico sobre las Cortes de Castilla y León, ya citado.

rona desde 1632. Del mismo modo que los procuradores siempre gozaron de un fuero privilegiado, de inmunidad e inviolabilidad, que favorecía su independencia en el desempeño de sus oficios.

Un desarrollo, en fin, que es preciso perseguir a lo largo del tiempo, sin interrupciones, si deseamos avanzar con seguridad en el conocimiento de las Cortes. Como también es necesario penetrar en el estudio de los elementos que integran la estructura institucional de las Cortes, tan descuidada de ordinario. Demasiada tarea, se comprenderá, para un trabajo de las presentes características. Porque sería muy presuntuoso por mi parte pretender abarcar un unas cuantas páginas lo que fue fruto de doscientos años, muy documentados además, en especial el último siglo. Por ello voy a reducirme a esbozar las grandes líneas de su evolución, con todas las insatisfacciones del caso. Generadas asimismo por el método lineal que será utilizado, reinado tras reinado, no el más adecuado, aunque encuentre justificaciones de orden expositivo. Mas sabedor también de que no estamos mejor informados sobre la organización y el funcionamiento de otras instituciones castellanas coetáneas de la Edad Moderna ⁽⁴⁹⁾. Por lo cual si estas líneas logran aportar algo de novedoso, o de crítico, en relación a trabajos precedentes, podía entonces darme por satisfecho; mis expectativas se habrían cubierto con creces.

Como habrá ocasión de observar, la postura aquí defendida va a mantenerse muy abierta a las últimas corrientes de carácter renovador, que atribuye a las Cortes de los siglos XVI y XVII una importancia hasta entonces insospechada por la historiografía. Pero también con sus distancias, sobre todo en lo referente a los términos de centralización y de monarquía absoluta. Pues, en mi opinión, lo que verdaderamente manifiestan las Cortes son los límites y contradicciones donde se desenvolvía el absolutismo. En nada equivalente a mutismo de la sociedad, al menos de las jurisdicciones privilegiadas, ni al inmovilismo de las instituciones, como es casualmente el ejemplo de las Cortes.

⁽⁴⁹⁾ En un proyecto de mayor envergadura venimos trabajando desde la presentación de una ponencia a la Segunda etapa del Congreso Científico sobre las Cortes de Castilla y León, que versaba sobre los aspectos organizativos y de funcionamiento de la institución.

2. *El desarrollo histórico de la Institución. Líneas descriptivas.*

Comenzaremos por la etapa de los Reyes Católicos, entendida en el sentido amplio, entre las Cortes de Madrigal de 1476 y las de Burgos de 1515. Un periodo en que parece culminar la tendencia perseguida por la monarquía desde hacía largos años, probablemente desde la mayoría de edad de Enrique III, en el último decenio del siglo XIV. Como ha sido puesto de manifiesto por diversos autores. En una clara dirección, en la del dominio de las Cortes por la Corona⁽⁵⁰⁾. De tanto dominio que incluso se permitieron estos reyes la licencia de no convocarlas durante dieciocho años, de 1480 a 1498. Bien que contaron con otro instrumento en su defecto, las Hermandades, con capacidad para suministrarles recursos financieros, amén de otros cometidos, especialmente el de la pacificación del reino, después de un tiempo de guerra civil⁽⁵¹⁾.

En cuanto a la composición de las Cortes, y por atender al elemento regio, se ha de apuntar que por estas fechas va a consagrarse definitivamente la presencia en ellas de unos personajes en representación del monarca. A imagen de lo que sucedía con los corregidores (y sus tenientes y oficiales) en los ayuntamientos de las principales ciudades de realengo. Mas en las Cortes sin voto. Porque los reyes ya no asisten sino a los actos más solemnes, como a la proposición inicial y los juramentos de príncipes. En su lugar, acuden un presidente (o dos), el verdadero portavoz de la voluntad regia, dos letrados del Consejo y un secretario real (o dos). Los miembros de la Cámara de Castilla, encargada también previamente de la redacción de la convocatoria⁽⁵²⁾. No sin su particular evolución,

⁽⁵⁰⁾ Señaladamente por Carretero Zamora en la monografía mencionada.

⁽⁵¹⁾ Para la sustitución de la Hermandad en las funciones de auxilio financiero, M.A. LADERO QUESADA, *La Hacienda real de Castilla en el siglo XV*, Universidad de La Laguna, 1973, pp. 214-217.

⁽⁵²⁾ No es el momento de exponer la vicisitudes de estos oficios. Pero su pista puede seguirse con claridad entre las Cortes de Toledo de 1498 y 1502 (BAH, ms. 9-1784, fos. 146v-150v, 176v-177v, 183v y 196v-197, así como AGS, Patronato Real 70-6). Y aún mejor a partir de las Cortes de 1506, hasta las de 1515, en las que, aun siendo los dos letrados del Consejo y de la Cámara, a uno se le designa como letrado y a otro como asistente de Cortes. Por su parte, en cuanto a la personalidad del presidente (o presidentes) de las Cortes, no acaba de consolidarse su identificación con el presidente del Consejo de Castilla, aunque siempre recaiga en un miembro de su Consejo secreto o de la Cámara. Tam-

porque durante el reinado de Enrique IV, y los primeros años de los Reyes Católicos todavía, tanto el presidente como los letrados lo eran de los procuradores, escogidos por ellos ⁽⁵³⁾. Aparte de la figura de los escribanos de Cortes, básicos para el funcionamiento de estas asambleas, que de ser también de los procuradores se conciben ahora como oficiales regios ⁽⁵⁴⁾. Sin menospreciar a los porteros, que como los escribanos recibirían una compensación económica en los dineros asignados a las Cortes.

Por lo que se refiere a la representación del reino, de los reinos, ésta se restringirá a dos procuradores por cada una de las dieciocho ciudades con privilegio de voto, designados de entre sus oligarquías por procedimientos diversos. A excepción de las Cortes de Toledo de 1480, a las que también acuden nobles y prelados, así como en las ocasiones de juramentos de príncipes. Apostando el rey por una concurrencia reducida, en completa coherencia con lo que venía sucediendo durante todo el siglo XV. Con reiteradas peticiones de los procuradores, las últimas en 1506 y 1512, para que no se ampliasen los votos, bien atendidas por los monarcas, al considerar más manejables, y de menor coste, unas Cortes de únicamente treinta y seis procuradores ⁽⁵⁵⁾.

Pero los Reyes Católicos deseaban ejercer un estrecho control sobre los procuradores. A tal efecto, continuando con prácticas de monarcas anteriores, van a presionar a los concejos ciudadanos para que elijan a personas concretas de su confianza, o las más favorables a sus intereses. Con el concurso de los corregidores. Como en el mismo sentido se orienta la reserva hecha por la Corona, en favor de los tribunales de la Corte, del conocimiento de las contiendas surgidas en las ciudades en el trance del nombramiento de procuradores. Mas asimismo, y esto es nuevo por el grado de eficacia alcanzado, el envío

bién, y por lo que se refiere a los secretarios regios presentes en las Cortes, se ha de apuntar que sus funciones, por el momento, no están del todo deslindadas de las de los escribanos, así en la tenencia de los libros de Cortes o en el despacho de los capítulos.

⁽⁵³⁾ Según ya puse de relieve en «Las Cortes de Castilla y León y la administración central», pp. 273-275.

⁽⁵⁴⁾ Así los consideran los propios procuradores en 1506 (AGS, PR 69-33).

⁽⁵⁵⁾ Para la representación restrictiva del reino, Carretero: *Cortes, monarquía, ciudades*, pp. 3-10. También S. DE DIOS, *La evolución de las Cortes de Castilla durante el siglo XV*, pp. 139-141.

a las distintas ciudades de voto de una minuta de poder redactada en la Corte, a cuyo dictado tenían que atenerse literalmente los poderes de los procuradores, y de cuya gestión encargaban, cómo no, a los corregidores, según cédula adjunta a la convocatoria y a la minuta. Para que fueran generales y bastantes, e iguales y uniformes para todas las ciudades. Suficientes para votar cuanto se les propusiera en la Corte. Pues, de lo contrario, no se admitirían a Cortes los procuradores que no contaran con poderes de semejantes características, conforme se advierte en la propia carta de convocatoria y como dan a entender los exámenes de poderes realizados por el presidente y letrados regios en el preámbulo de las Cortes. Con la inequívoca intención siempre de desvincular a los procuradores de sus mandantes, al privar justamente a las ciudades de la libertad de mandato ⁽⁵⁶⁾.

No se conforman con esto. Porque los monarcas aprietan a los procuradores por otro flanco: el de las retribuciones. En efecto, aun con mayor nitidez que en reinados anteriores el grueso de los beneficios de Cortes los obtendrán los procuradores con la intervención de la Corte; en diverso grado, bien es verdad, según renglones. Para comenzar, por la ayuda de costa individual derivada del reparto de los cuatro cuentos, efectuado por una comisión de procuradores, mas de una suma, la citada, votada junto al servicio; con autorización real y participación de los órganos de la hacienda regia en su libramiento. También por las receptorías de los servicios, concedidas por los reyes, y en cuantías muy jugosas para los procuradores, pero que solucionaban a la Corte problemas de recaudación. Ni eran poco apetecibles las facultades reales de renunciaciones de oficios, en el supuesto — muy frecuente por estas fechas — de juramento en Cortes de príncipes o de reyes. Como tampoco eran de despreciar las mercedes concedidas a los representantes de las ciudades al final de las Cortes, con seguridad ya en las de 1512 y 1515, en forma de rentas, oficios o beneficios. E igualmente gozaba de consideración por los procuradores el pago por la Corte de sus gastos de aposentamiento, o casas de aposento.

Expedientes todos que reforzarían la posición de la Corona en la

⁽⁵⁶⁾ CARRETERO: *Cortes, monarquía, ciudades*, pp. 26-38 y 249-340, con detalle. Algunas notas, en S. DE DIOS, *La evolución de las Cortes de Castilla en el siglo XV*, pp. 141-146.

vida de las Cortes. Como idéntico cometido cumplía otra medida tomada por estos reyes, me refiero a la prohibición de los pactos celebrados en el seno de los concejos mediante los que los procuradores electos se comprometían a repartir con los regidores los futuros frutos de Cortes.

Pese a que, aun a cuentagotas, las ciudades, o al menos parte de ellas, seguían abonando salarios a sus procuradores, como otra fuente de ingresos. Pero es que incluso en este supuesto no faltaba la mediatización de la Corte, pues intervenía para reclamar su pago, dirigiendo a los concejos por la vía de Cámara las oportunas cédulas regias ⁽⁵⁷⁾.

Con las mencionadas providencias referidas a los componentes de la institución, someramente aquí apuntadas, podemos ya inferir cómo los Reyes Católicos, profundizando en la orientación marcada en reinados anteriores, dirigían todos sus esfuerzos a perfilar un modelo muy definido de Cortes. Entendidas como ayuntamientos de procuradores, mas desligados de los poderes particulares de sus mandantes. Con lo cual atribuían la capacidad de decisión a la asamblea de Cortes, en detrimento de las ciudades. Por entender que así serían más dóciles a cuanto se les pidiera desde la Corte: en la carta de convocatoria y en el transcurso de las reuniones.

Y no es que acaben con la doble representación de los procuradores: «para consentir y otorgar a voz y en nombre de esa dicha ciudad y de estos nuestros reinos», según se señala de forma expresa en la carta de convocatoria, y luego en la minuta de poder y en los propios poderes ⁽⁵⁸⁾. Como tampoco se niega a las ciudades su carácter de constituyentes en relación a sus procuradores, en una expresión de frecuente uso ⁽⁵⁹⁾. Lo que harán será potenciar el signi-

⁽⁵⁷⁾ Con suficiencia, CARRETERO: *Cortes, monarquía, ciudades*, pp. 340-371. Meras referencias, en S. DE DIOS, *La evolución de las Cortes de Castilla en el siglo XV*, pp. 146-147.

⁽⁵⁸⁾ Por ceñirme a documentación impresa, consúltense las convocatorias de 12 de octubre de 1499, de 17 de octubre de 1502, de 26 de diciembre de 1505, de 21 de enero de 1512 y de 26 de abril de 1515 (DANVILA, *El poder civil*, V, pp. 17-18, 20-21, 118-119, 135-137 y 137-140, sucesivamente).

⁽⁵⁹⁾ Con un sentido, el de constituyente, por entero diferente al actual de Cortes Constituyentes. En concreto, en las Cortes de Valladolid de 1506, ya se empleaba esta expresión con frecuencia. Así con ocasión del juramento prestado por los procuradores a los nuevos reyes Juana y Felipe, en varios pasajes del mismo: «de mandamiento de vues-

ficado de reino de la parcial reunión de Cortes, a buen seguro con la aquiescencia de los procuradores, al ver reforzado su papel ⁽⁶⁰⁾.

Sin peligro, de momento, para la monarquía. Como para poder implantar de forma incontestable todo un orden de celebrar Cortes ⁽⁶¹⁾. Cuyos autos principales serían la presentación y exámen de poderes, el juramento de secreto de los procuradores (establecido con la finalidad de impedir la comunicación con sus ciudades ⁽⁶²⁾), la proposición regia, los juramentos de las Cortes a príncipes y a reyes, y de estos últimos a las Cortes, si eran precisos, el otorgamiento de ser-

tros constituyentes», «que vos y vuestros constituyentes», se dice. Como también en el momento de agradecer los procuradores el juramento efectuado por los mencionados reyes sobre la guarda del patrimonio de la Corona y los privilegios de las ciudades. En términos semejantes: «e luego los dichos procuradores, e cada uno dellos, en nombre de sus constituyentes». E igualmente a la hora de otorgar el servicio: «quellos, en nombre de las provincias e cibdades e villas e lugares destos Reynos, por quien representan, e por virtud de los poderes que tienen de sus constituyentes, que otorgavan y otorgan (...)». En AGS, PR 69-41.

⁽⁶⁰⁾ La identificación entre el conjunto de procuradores (las Cortes) y reino aparece bien pronto. Véase al respecto el «Habla que hizo Su Magestad a los procuradores de Cortes para se despedir dellos», en las Cortes de Burgos de 1515. Donde comienza diciendo: «Yo he deseado y me huelgo de hablaros a todos juntos, como a todo el Reyno, pues lo representays, y asy vos quiero decir como he visto y probeydo todas las cosas que generalmente abeys suplicado en nombre del Reyno (AGS, PR 69-50). Situado el rey en el terreno que justamente más gustaba a los procuradores, en la consideración de bien general del reino otorgada a los capítulos. Por lo que podían aparecer como generales, aun sin la presencia de nobles y prelados.

Que el guante tendido por el rey encontraba compo abonado se percibe también muy temprano. Porque en una fecha como la de las Cortes de Sevilla de 1500 los procuradores afirmaban ante el rey que «aquí asy juntos sus Reynos representamos» (BAH, ms. 9-1784, fo. 177v). Sin contradicción para los procuradores con su papel de representantes particulares de determinadas ciudades y villas, en virtud de sus respectivos poderes.

⁽⁶¹⁾ Según aparece en las Cortes de Burgos de 1515 (AGS, PR 69-50).

⁽⁶²⁾ Que es otro de los símbolos que reflejan con transparencia la evolución sufrida por las Cortes en tiempos de los Reyes Católicos. Porque durante los reinados de Juan II y Enrique IV, de acuerdo al tenor del juramento, los procuradores se comprometían a no revelar nada a nadie, de cualquier estado o condición, «salvo si fuere acordado por todos los procuradores». Para su comprobación, OLIVERA SERRANO, *Las Cortes*, pp. 179-181. Mientras que en la época de los Reyes Católicos los procuradores juraban no comunicar nada de lo actuado en Cortes, salvo con autorización del presidente y de los letrados, en nombre del rey. Para su constatación, en relación a las Cortes de 1506 y 1515: AGS, PR 69-41 y 69-50, respectivamente.

vi cios, el despacho de las peticiones generales y particulares y la disolución.

Algunas hipótesis cabe establecer para explicar lo que a primera vista parece un fluido funcionamiento de estas esambleas en la época de los Reyes Católicos. Poco complejas todavía, mas parece razonable pensar que quizá tuviera mucho que ver con ello un calculado equilibrio entre capítulos y servicios, entre las demandas de los procuradores y las de los propios monarcas. Porque las ciudades no podían sino apreciar los grandes ordenamientos de Cortes de 1476, 1480 y 1505 ⁽⁶³⁾, así como la celeridad de la Corte en el despacho de los capítulos generales o particulares ⁽⁶⁴⁾, casi asombrosa ⁽⁶⁵⁾. Como tampoco se podía dejar de valorar, en este caso por parte de la Corona, la concesión de servicios para cuantas necesidades puntuales requería en Cortes. Sin la contrapartida de unas rígidas condiciones respecto a la recaudación y administración de las sumas otorgadas. Frente a la costumbre de las Cortes de reinados anteriores, que todavía llegó, y de forma abrupta, a las de Madrigal de 1476, la última concesión de pedidos y monedas. Si bien, cosa que no sucedió en reinados posteriores, el otorgamiento de los servicios, aun en forma de escritura, se formalizaba ante los reyes, en una ceremonia celebrada en palacio, delante del presidente, letrados regios, secretario real y escribanos de Cortes y que, al menos en 1510, finalizaba con el besa-

⁽⁶³⁾ Su texto en CLC, IV, pp. 1-109, 109-194 y 194-219.

⁽⁶⁴⁾ Las propias ciudades, a la hora de entregar los capítulos a sus procuradores, distinguían entre los particulares, pertenecientes a cada una de ellas, y los generales, propias de todo el reino. Con nitidez, por ejemplo, en los capítulos generales presentados por Zamora en las Cortes de 1510, desde el rótulo con que se encabezan: «en nombre del Reyno». O en los particulares de Soria para las mismas Cortes, «en nombre de esta ciudad y de su tierra». En AGS, PR 69-46 y 45, respectivamente.

⁽⁶⁵⁾ Los generales se presentaban por las Cortes ante el presidente y los de la Cámara, que los devolvían respondidos una vez consultados con el rey. Transcurriendo a veces un tiempo espectacularmente breve en la operación. Según aconteció en las Cortes de 1506, con un intervalo de tan sólo seis días (AGS, PR 70-4). Para más seguridad de los procuradores, en tema tan importante como la reparación de agravios, los escribanos de Cortes, al final de la reunión, entregaban a los distintos procuradores un ejemplar de los cuadernos de leyes, no menos que las provisiones regias a que dieran lugar las resoluciones de los capítulos generales y particulares. Para llevárselos a sus ciudades. Conforme nos consta por un papel titulado: «Lo que Castañeda a de hazer y de dar a los procuradores de Cortes» (AGS, PR 70-64); muy probablemente de 1506).

manos al monarca ⁽⁶⁶⁾. Reducido luego todo a un simple besamanos al rey, de ofrecimiento por los procuradores del servicio concedido en Cortes ante el presidente y letrados reales.

Del mismo modo que no podemos ignorar, por el lado de las Cortes, los sucesivos juramentos de obediencia y fidelidad prestados por los procuradores a príncipes herederos y los nuevos reyes ⁽⁶⁷⁾. Con su buena contrapartida en los juramentos efectuados por los monarcas en las mismas Cortes, respecto de no enajenar el patrimonio de la Corona y respetar los privilegios y libertades de las ciudades ⁽⁶⁸⁾. Basados unos y otros, según se dice, en las leyes y costumbres del reino. Pero mientras los juramentos de los procuradores son demandados por la Corte, los de los reyes eran una exigencia de los procuradores.

Producto de un más profundo entendimiento entre la Corona y las ciudades. En el que junto a razones particulares, relacionadas con la jurisdicción concejil, tendrían su peso otras consideraciones de orden más general, como la pacificación del reino tras la largas inestabilidades anteriores, la reconciliación con Portugal o la ampliación territorial, merced a las conquistas e incorporaciones de Canarias, Granada, Navarra e Indias, que tendrían la virtud de reforzar la autoridad regia y acallar posibles protestas. Pues, si no, difícilmente entenderíamos la falta de respuesta urbana a la implantación desde la Corte de una minuta de poder uniforme, sin lugar para restricciones e instrucciones de cada una de las ciudades.

En otro orden de cosas, asimismo facilitò la situación la indiferencia de nobles y prelados por asistir a estas asambleas. Con el

⁽⁶⁶⁾ Para el concepto, cuantía, distribución y demás elementos de los servicios, CARRETERO: *Cortes, monarquía, ciudades*, 61-126. Para los otorgamientos ante los reyes, y respecto de las Cortes de 1500 y 1502, BAH, ms. 9-1784, fos. 176v-177 y 196v-197, respectivamente. En cuanto a las Cortes de 1506 y 1510, AGS, PR 69-41 y 44, sucesivamente.

⁽⁶⁷⁾ A excepción de cuatro llamamientos, en todos los restantes del periodo las Cortes tuvieron por función la de jurar a los príncipes herederos. E incluso en dos convocatorias ese fue su único objetivo. Como bien señala CARRETERO: *Cortes, monarquía, ciudades*, pp. 57-59. Respecto a los juramentos a los nuevos reyes Felipe y Juana, así como a Fernando el Católico, en cuanto gobernador y administrador general de los reinos, en las Cortes de 1505, 1506 y 1510, AGS, PR 69-34, 69-41 y 70-5.

⁽⁶⁸⁾ Para los prestados por los reyes Felipe y Juana en las Cortes de Valladolid de 1506, AGS, PR 69-41.

mismo desdén de reinados anteriores, salvo en coyunturas muy determinadas, como en 1480, con ocasión de las declaratorias de juros (69). Comprensible, porque en principio, mas con matizaciones, los servicios no iban con ellos (70).

Sin embargo, algunos nubarrones nos es dado ya observar en el horizonte de las cortes después de la muerte de la reina Isabel en 1504. Cuando en la política castellana comienzan a intervenir agentes extraños a ella, junto a la aparición de serios conflictos interseñoriales en el seno del reino. Hasta para pensar en convocar Cortes al margen de la voluntad de la reina legítima, enferma, haciéndolo en su lugar el Consejo Real (71). Pero estas reservas se reflejan en los dos polos de las competencias de Cortes: los capítulos y los servicios. Negocios de valor intercambiable. Pues en la resolución de los capítulos, en las leyes, veían las Cortes y las ciudades la compensación al otorgamiento de servicios. A la inversa de la Corona. En una radical discrepancia de los conceptos de bien público y general del reino, según veremos más adelante. Dentro de un desigual juego de papeles en Cortes, en el que al rey toca acceder voluntariamente a las peticiones de los capítulos y los procuradores hacer lo propio con los servicios.

En punto a capítulos, la queja expuesta por los procuradores en la reunión de Valladolid de 1506, protestando porque los monarcas últimamente promulgaban muchas pragmáticas sin el concurso de las Cortes. Cuando, a su decir, estaba establecido por ley que no se hicieran ni revocasen leyes sino por Cortes, llamado a los procuradores de sus reinos. Para lo que por capítulo general de Cortes pedían la

(69) Un sentido muy distinto tendrá en esta época y en las siguientes, hasta el final de las Cortes, la presencia en la Corte de nobles y prelados para jurar y prestar pleito homenaje a los príncipes herederos. Reducida a unos pocos, dado que la mayor parte juraban desde sus casas. Y solamente para esta función. Sobre el particular, quizá valorando en exceso la asistencia de nobles y prelados a estos actos, CARRETERO: *Cortes, monarquía, ciudades*, pp. 393-422.

(70) En principio, porque hubo municipios que para el pago de los servicios recurrieron al sistema de las sisas, transformando en indirecta, extensible a la población privilegiada, una inicial contribución directa de los pecheros. Ya desde comienzos del siglo XVI. Como nos lo ha recordado CARRETERO: *Cortes, Monarquía, ciudades*, pp. 91-92.

(71) Sobre las frustradas Cortes de Burgos de 1506-1507, HENDRICKS, *Charles V and the Cortes of Castile*, pp. 72-73. Así como CARRETERO: *Cortes, monarquía, ciudades*, pp. 212-215.

inmediata reparación del agravio. Aunque con escasa eficacia, por la falta de respuesta regia ⁽⁷²⁾.

En cuanto a los servicios, la súplica elevada en un memorial al rey por los procuradores en las Cortes de Burgos de 1515, en el sentido de que si cesaba la guerra contra los franceses se dejare de percibir el servicio. Y, en cualquier caso, nunca debería convertirse éste en renta ordinaria de la Corona, en servicio ordinario ⁽⁷³⁾.

Pero el mero hecho de la concesión regia de mercedes individuales a cada uno de los procuradores, mediante la resolución a la consulta del correspondiente memorial, en las Cortes de 1512 y 1515, o la incorporación de Navarra a la Corona de Castilla, sancionada oficialmente en las de 1515, por expreso deseo de Fernando el Católico, parecen de por sí pruebas evidentes de los esfuerzos de la Corona para atraer voluntades hacia los servicios ⁽⁷⁴⁾. Datos a añadir a los agravios sobre los capítulos y los servicios. Augurios todos de los grandes descontentos que se avecinaban.

Porque tan pronto fallece Fernando el Católico, y se encarga de la regencia el cardenal Cisneros, se van a manifestar con acritud los sentimientos de las ciudades. Con incidencia inmediata en el tema de Cortes. Burgos, en concreto, en conexión con otras poblaciones, proyecta en 1517 una reunión de Cortes para resolver los problemas del reino. En lo que hubiera podido ser una convocatoria de las ciudades sin contar con el monarca. Sólo fracasada por la llegada a Castilla del futuro emperador ⁽⁷⁵⁾.

La venida del nuevo rey y la rápida celebración de Cortes en Valladolid en 1518, con los mutuos juramentos de rigor, de lealtad y reconocimiento de los procuradores hacia Carlos V y de compomiso de éste de no enajenar el patrimonio de la Corona y guardar los privilegios de las ciudades, no lograron sin embargo templar los ánimos ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷²⁾ CLC, IV, 6, p. 225.

⁽⁷³⁾ CLC, IV, pp. 248-249.

⁽⁷⁴⁾ Para la conexión entre la anexión de Navarra a Castilla y los servicios debidos a las guerras exteriores, HENDRICKS, *Charles V and the Cortes of Castile*, pp. 78-79.

⁽⁷⁵⁾ En relación a los proyectos de Burgos y de otras ciudades: PÉREZ, *La revolución des «Comunidades» de Castille*, pp. 113-117; HALICZER, *Los comuneros de Castilla*, pp. 175-176 y 183-184 y HENDRICKS, *Charles V and the Cortes of Castile*, pp. 101-107.

⁽⁷⁶⁾ El juramento de los procuradores, en AGS, PR 70-1. El del monarca: AGS, PR 69-54 y 70-9.

Aparte de puntuales protestas en las citadas Cortes ⁽⁷⁷⁾, signos de clara rebelión se manifiestan ya en torno a las Cortes de Santiago de 1520. En particular, el rechazo de ciudades como Salamanca y Toledo, extensible a otras varias, a conceder a sus procuradores poderes generales de acuerdo a la minuta, sin instrucciones sobre los servicios. Acarreando a ambas, por decisión regia, la ausencia de esta asamblea ⁽⁷⁸⁾. Mas tampoco será secundaria la pugna sobre el orden de proceder, sobre si primero se atendía a la reparación de agravios, conforme deseaban los procuradores, siguiendo instrucciones de las ciudades, o antes de nada se otorgaban los servicios, según deseaba la Corte ⁽⁷⁹⁾. Cuestiones íntimamente unidas y de pertinaz disputa por muchos años.

El estallido, de formas volentas, tendría lugar con motivo del movimiento de las Comunidades, ocurrido nada más finalizar las Cortes de Santiago y la Coruña de 1520. Mientras regresaban los procuradores a sus casas, con no buenos recibimientos para algunos de ellos, por la concesión del servicio para la coronación imperial.

Un momento crucial en la evolución de las Cortes, con hondas repercusiones además para las estructuras interseñoriales de la sociedad castellana. Por lo que aquí interesa, los comuneros, al margen

⁽⁷⁷⁾ Así en cuanto a la consideración de extranjeros de uno de los dos presidentes de las Cortes, el gran chanciller Le Sauvage, y uno de los letrados regios, el maestre Jos (según se comprueba en el libro de estas Cortes: AGS, PR 70-9). Como también respecto a los servicios, al pedir al rey que, pasados los tres años del servicio concedido, no vuelva a solicitar otro «si no fuera por extrema necesidad». Con el objeto de que no se convirtiera en ordinario. Para esta petición: CLC, IV, 88, p. 284.

⁽⁷⁸⁾ La oposición a los plenos poderes exigidos desde la Corte, y las demandas de libertad en la redacción de los mismos por parte de las ciudades, motivada en buena medida por el futuro servicio, que iría destinado a la elección imperial de Carlos V, parte de un manifiesto de los monjes de Salamanca. Que hace suyo la ciudad y luego se difunde por otras. Con inmediatas repercusiones en el azaroso desarrollo de las Cortes de Santiago, desde sus inicios. Una buena interpretación de los hechos, en PÉREZ, *La revolution des «Comunidades» de Castille*, pp. 147-164. A su imitación HENDRICKS, *Charles V and the Cortes of Castile*, pp. 118-142 y HALICZER, *Los comuneros de Castilla*, pp. 202-205.

⁽⁷⁹⁾ El relato de estas disputas, en CLC, IV, pp. 300-320. Sorprende la interpretación de Hendricks, tachando a esta dialéctica del proceder entre servicios y capítulos de simple ardid de los procuradores (*Charles V and the Cortes of Castile*, p. 133).

del dato de constituirse en Juntas generales, a semejanza de las Cortes, mas sin la convocatoria del rey, elaboran un programa muy completo sobre la institución. Aunque utópico en buen número de sus capítulos, por desear forzar en exceso la situación a favor de las ciudades. Intentando cambiar de manera drástica el rumbo que por aquel entonces habían adquirido estas asambleas. De control de la monarquía a control de los concejos, de un golpe ⁽⁸⁰⁾.

Por ejemplo en cuanto a la convocatoria. Que se estableciese periodicidad fija, pedían, o se dejase a la autónoma determinación de las ciudades. Cuando desde tiempo inmemorial venía siendo una regalía de la Corona convocar Cortes en el tiempo que ella lo juzgase oportuno y para donde residiera la Corte.

Grandes son los cambios que proponen en relación a distintos aspectos de la composición de Cortes. Para empezar, en el nombramiento de procuradores, de total libertad por parte de las ciudades, según sus usos y costumbres, sin ninguna interferencia del rey. E igualmente en el otorgamiento de los poderes, asimismo libre para las ciudades, sin minuta de poder enviada por la Corte. Antes quienes sí tendrían la facultad de limitar los poderes, mediante instrucciones, serían las ciudades. Debiendo consultar los procuradores con sus ciudades en caso de que las peticiones regias excedieran de los límites recogidos en sus mandatos. Como no dejan de enfrentarse con la retribución de los procuradores, partidarios de que solamente reciban salarios de sus ciudades y villas, en la cuantía establecida por cada una de ellas. Con rechazo expreso de las receptorías de los servicios y de cualesquier tipo de mercedes obtenidas por mediación de la Corte. Llegando a exigir un control de la actuación de los procuradores y de las mercedes recibidas, que se llevaría a efecto en cada una de las ciudades de voto, en un breve plazo después de la disolución de Cortes.

Como son notables las transformaciones propugnadas en el alcance de la representación de las Cortes, en la base electoral de las procuraciones, tanto por lo que se refiere a los sujetos activos como a

⁽⁸⁰⁾ Cuestión a la que ya me referí en sus grandes rasgos en *La evolución de las Cortes de Castilla durante el siglo XV*, pp. 150-157, por lo que ahora no me extenderé. También puede consultarse a HENDRICKS, *Charles V and the Cortes of Castile*, pp. 143-172.

los pasivos. Aun con diferencia entre unos capítulos y otros, respecto a las diversas ciudades y en relación a los sucesivos momentos de la revuelta. Los de la Junta de Avila, en concreto, son bastante radicales. Como para desear la presencia del común y de clérigos urbanos, junto a hidalgos y caballeros, elegidos por sus propios estados. Rompiendo con el virtual monopolio oligárquico de los regimientos. Pero igualmente se enfrentan con el privilegio de las dieciocho ciudades, al extender el voto a todas las de los obispados de realengo. Como no dejan de encontrarse protestas, específicamente en los capítulos de la ciudad de Valladolid, contra la elección para procuradores de gentes con oficios en la Corte; por su presumible parcialidad ⁽⁸¹⁾.

De alguna manera dentro del ámbito de la composición, pero afectando ya al funcionamiento de las Cortes, cabe incluir la proposición dirigida a que los procuradores puedan hablar libremente ente sí, sin presidente. Del mismo modo que reclaman para los procuradores la elección de letrados a su voluntad. De unos oficios que se les habían escapado de sus manos en un tiempo muy cercano.

Finalmente, no dejan de expresar su opinión sobre las competencias, última razón de ser de las Cortes. Así, en materias fiscales, se muestran defensores del encabezamiento de tercias y alcabalas de carácter perpetuo y al nivel establecido por la reina Católica. Mas también se definen en relación con los servicios, tan odiados como para pedir sean excluidos de las discusiones de Cortes, contentándose la monarquía con sus rentas ordinarias, o cuando mucho se reduzcan a casos de necesidad extrema. Mientras otorgan extraordinario valor a la resolución de los capítulos generales y particulares, con prioridad al otorgamiento del servicio y siempre antes de finalizar las Cortes. Con lamentaciones por el incumplimiento de lo establecido en los capítulos aprobados en las Cortes de 1518 y 1520.

Un proyecto bien tramado. Aunque globalmente ideal. Porque difícil aceptación podían encontrar por parte de la Corona la convocatoria de Cortes al margen de su voluntad, la vuelta atrás en la designación de los oficiales regios, que en su nombre asistían a estas

⁽⁸¹⁾ *Instrucción que los comuneros de Valladolid dieron a sus procuradores en la Santa Junta de Avila*, cap. 84, en DANVILA, *El poder civil*, V, p. 222. Dato que no recogí en mi trabajo citado en nota anterior. Pero de importancia, porque esta petición será repetida en momentos posteriores.

asambleas, o el control a posteriori de la actuación de los procuradores por parte de sus mandantes, los concejos. Ni tampoco se mostraba hacedero por el lado de las ciudades la ampliación del voto en Cortes más allá del número de dieciocho, como no lo era igualmente la extensión de la representación a los distintos estados urbanos, sólo comprensible por las circunstancias de las revueltas.

No obstante, pese a la derrota de las Comunidades, y al fracaso de gran cantidad de sus propuestas, como las acabadas ahora de enumerar, sí lograron las ciudades obtener algunos éxitos en sus objetivos. De muy estimable valor, además. Porque no sería justo atribuir otro calificativo a lo alcanzado en materia de nombramiento de los procuradores. Sin intervenciones directas del rey en lo sucesivo, respetando las costumbres tradicionales de cada voto. Por más que el monarca continuara con la práctica de dirigir cartas a los corregidores con el fin de que los elegidos fueran gentes gratas a su persona⁽⁸²⁾. Ni, en el mismo orden de ideas, tampoco se derogará la ley, luego recogida en la Nueva Recopilación, y antes en el Ordenamiento de Montalvo, proveniente del reinado de Juan II, según la cual los reyes, de «motu proprio», podían nombrar a los procuradores⁽⁸³⁾.

Con todo, la libertad de elección habría sido de escaso provecho si no se acompañaba de la libertad para conferir los poderes a los procuradores. Uno de los objetivos más anhelados por las ciudades, sus teóricos constituyentes⁽⁸⁴⁾. Entendiendo por ella la entera facultad

(82) Como un rito que permanecería hasta la última convocatoria de Cortes. Mas no consta que Carlos V se atreviera a proponer nombre concretos, salvo con ocasión de las malhadadas Cortes de Santiago de 1520 (PÉREZ, *La revolution*, p. 148). Aunque todavía en algunas oportunidades llegará a ofrecer a los corregidores cédulas en blanco, destinadas a individuos del ayuntamiento de sus ciudades, o a personas ajenas al mismo, para hacerles ver que los elegidos fueran adeptos a la Corte. Cédulas de esta traza, en AGS, PR 70-9.

(83) Ordenanzas Reales de Castilla, libro 2, título 11, ley 3 y Nueva Recopilación 6,7,5.

(84) Más si tenemos en cuenta que en diversas ciudades los procuradores no eran elegidos por el estado de los regidores, por los regimientos; los dos, o uno sólo de ellos. Caso de Valladolid y Soria respecto a los dos, y de Cuenca, Madrid, Sevilla y Toledo en relación a sólo uno. Lo que engendraría no pocos conflictos. Sobre el particular, CARRERERO: *Cortes, monarquía, ciudades*, pp. 311-337. Los comuneros de Valladolid ya se pronunciaban en contra de la elección de los procuradores por linajes, *Instrucción*, antes citada, cap. 74, p. 222.

de las ciudades para imponer restricciones a la minuta de poder general enviada desde la Corte. Mediante las oportunas instrucciones, que limitaban la capacidad de decisión de los procuradores en las Cortes, según se había contemplado en las peticiones comuneras. Al contrario de lo que se entendía por parte de la Corona.

Las ciudades se saldrían con la suya, sin embargo, por la vía de hecho. Logrando alterar así la mecánica de Cortes. Con seguridades, establecidas en los concejos por medio de juramentos y pleitos homenajes, efectuados por los procuradores antes de partir para las Cortes. En el sentido de comprometerse a respetar escrupulosamente el tenor de las instrucciones y mandamientos que acompañaban los poderes generales. Como para demostrar que los verdaderos señores de los poderes eran las ciudades.

Lo cual consagraba el mandato imperativo de las ciudades, reduciéndose en Cortes los procuradores al voto consultivo. Pues éstos habían de dirigirse en consultá a sus ciudades, caso de que la Corte se excediera en sus demandas del contenido recogido en las instrucciones. Cosa que efectivamente acaecería en reiteradísimas ocasiones, en la gran mayoría de las convocatorias posteriores a 1520, respecto a todas las ciudades o para tan sólo algunas de ellas. Obsérvense las fechas de las consultas: 1523-1524, 1525, 1528, 1532, 1537, 1538-1539, 1542, 1544, 1551 y 1555 ⁽⁸⁵⁾. Otra conquista de las ciudades derivada de la sublevación comunera.

No sin buenas pugnas, teñidas a veces de dureza, entre la Corte y las ciudades. Con la inapreciable intervención, a favor del monarca, del secretario de la Cámara desde la Corte y de los corregidores en las ciudades. Porque la Corona, ciertamente, se desvió de la rígida postura mantenida anteriormente, cuando menos entre 1498 y 1520, forzada por la reacción comunera, dentro de una política de prudente condescendencia. Mas no dejó de buscar la libertad de los poderes, en el sentido que a ella convenía, de generales y bastantes, como para que los procuradores pudieran votar en Cortes cuanto de su parte allí se les propusiere por el presidente, sin apelar a instancias más particulares.

⁽⁸⁵⁾ Los datos en HENDRICKS, *Charles V and the Cortes of Castile*, pp. 60-61, pero con una burda interpretación de la significación de los poderes e instrucciones, aparte de la anécdota de no recoger la fecha de 1551, según aparece en CLC, V, pp. 574-580.

De ahí que continuara por parte de la Corte la práctica del envío de la carta de convocatoria y de la minuta de poder, así como de la cédula adjunta al corregidor, con la finalidad de que los poderes fuesen bastantes, generales y sin límites. Pero también, con la misma intención van a redoblar las presiones ejercidas sobre los concejos en distintos instantes, y con medios diversos, incluidas prisiones de regidores, exigiendo alzasen los juramentos y pleitos homenajes y retirasen las restricciones al poder general. Aunque, por prudencia política, permitiera la Corona sucesivas consultas de los procuradores con sus ciudades, según se ha apuntado. Lo que no impidió que en alguna ocasión volvieran a escucharse voces de comunidad ⁽⁸⁶⁾.

Como se orientaba hacia el mismo camino la pretensión del monarca para que los poderes, dados «in solidum» por las ciudades a sus dos procuradores, conjuntamente, lo fueran separadamente para uno y otro. Por razones de lo que hoy llamamos «quorum», para alcanzar más fácil mayoría en las votaciones de los servicios y encabezamientos. Aparte de favorecer posibles divisiones internas entre los procuradores ⁽⁸⁷⁾.

Ni otro motivo tenía una medida que con carácter cautelar introduce la Corte en el orden de celebrar Cortes, avanzado ya el reinado de Carlos V. Consistente en que tras la presentación de los poderes (generales) por los procuradores, y su correspondiente examen por el presidente y asistentes regios, éstos llamaban a los procu-

⁽⁸⁶⁾ Estamos muy bien informados de estas batallas por la libertad de los poderes. Para conocer lo acontecido en torno a las Cortes de 1525, AGS, PR 79-9. Respecto a las Cortes de 1528, con mayores dificultades para la Corte, AGS, PR 69-67 y 71 y PR 70-59. En fin, para no alargarme más, y en relación a las Cortes de 1538-1539, léase el trabajo monográfico de J. SÁNCHEZ MONTES: *1539. Agobios carolinos y ciudades castellanas*, Universidad de Granada, 1974, donde agrupa de modo bien llamativo a las ciudades en tres categorías: municipios fáciles, dificultosos e irreductibles. Entre estos últimos estaba Valladolid, donde la agitación promovida por frailes y letrados traía a su corregidor recuerdos de las Comunidades.

⁽⁸⁷⁾ La naturaleza del poder «in solidum» tenía especial sentido cuando los dos procuradores no eran designados por el regimiento. Un buen ejemplo, el poder dado por el concejo de Madrid para sus procuradores, uno regidor, y otro del estado de los caballeros, para las Cortes de 1527, «a amos conjuntamente y no al uno sin el otro» (AGS, PR 69-63). Para los esfuerzos del monarca por romper con los poderes in solidum y lograr que las ciudades los otorgasen a cada uno de los dos, individualmente considerados, con relación a las Cortes de 1528, DANVILA, *El poder civil*, V, pp. 231-234, y para las reuniones en 1538-1539, SÁNCHEZ MONTES, *Agobios carolinos*, pp. 34-35, 41 y 42.

radores de dos en dos (por ciudades), en presencia de los escribanos de Cortes, para preguntarles si traían instrucciones de sus concejos, por escrito o de palabra, o habían efectuado juramento y pleito homenaje. Por si contaban con algún impedimento que supusiere el alargamiento de las Cortes, según se apunta como justificación de la medida. Dando lugar muy pronto a un nuevo juramento, anterior en el orden de proceder al juramento de secreto, que ya de por sí era otro instrumento utilizado por la Corona para distanciar a los procuradores de sus mandantes, pues, en principio, debería tener la virtud de impedir la libre comunicación de los procuradores con sus ciudades, salvo licencia del presidente, en nombre del monarca ⁽⁸⁸⁾.

Con lo que podíamos llamar recuperación de la libertad de poderes por parte de las ciudades, es decir, de la capacidad de decisión en último término, se abre una nueva dinámica en la vida de las Cortes. Mucho más favorable a los concejos, en la misma medida que aumentaba las dificultades de la Corte. Desviándose un tanto la institución de la orientación marcada por los Reyes Católicos. Aunque bien mirado, por lo menos desde el punto de vista técnico, no debería haber provocado tanta extrañeza a la Corona el amplio uso por las ciudades de las restricciones de los poderes generales mediante el expediente de las instrucciones. Porque, al fin y al cabo, fue también muy frecuente la utilización de instrucciones por parte del propio Carlos V, en las numerosas ocasiones en que hubo de ausentarse del reino, limitando los poderes generales previamente otorgados a los virreyes, gobernadores o lugartenientes generales. Exigiendo de éstos las oportunas consultas en defecto de poder, particularmente en materia de gracia. Con lo cual, la invención de tal artimaña en la vida pública castellana no cabía atribuirla a las ciudades. Amén del empleo de las instrucciones y consultas en otras esferas de poder y para distintos menesteres ⁽⁸⁹⁾. Y no hablamos ahora de los poderes dados a los embajadores, teóricos plenipotenciarios, llamados a más de una consulta.

Si en el tema de los poderes de los procuradores descubrimos

⁽⁸⁸⁾ Para Cortes de Valladolid de 1544 y 1555, CLC, pp. 277 y 614-615, respectivamente.

⁽⁸⁹⁾ Una serie abundante de estos poderes generales del emperador, así como de instrucciones restrictivas de los mismos, en AGS, PR leg. 26.

sensibles alteraciones como consecuencia del movimiento comunero, no pasa exactamente igual con el apartado de sus retribuciones. Porque en buena medida se mantienen las pautas trazadas durante la época de los Reyes Católicos. Es decir, que los beneficios de los representantes de las ciudades por su trabajo en Cortes se obtendrían mayoritariamente por mediación de la Corte. Gracias, en primer lugar, a la parte que a cada uno de ellos correspondía en el reparto de los cuatro cuentos, votados junto a los servicios, sin que variara su cifra por la adición del servicio extraordinario al ordinario, ya desde 1525; de dineros satisfechos en definitiva por los pecheros. Suma que inicialmente constituía el pequeño presupuesto de las Cortes, de donde, además del citado reparto, satisfacían algunos gastos materiales acarreados por las reuniones de Cortes y gratificaban con dádivas y limosnas a diversas personas e instituciones que habían contribuido a su desarrollo ⁽⁹⁰⁾. Mas también por las receptorías de los servicios, el quince al millar de los servicios recaudados en sus partidos por cada uno de los procuradores, en cuantía superior al anterior concepto ⁽⁹¹⁾. Como asimismo continuará la específica merced regia de licencia de renuncia de oficios con motivo del juramento efectuado a príncipes herederos y a reyes ⁽⁹²⁾. E igualmente seguirá la ya habitual concesión individual de mercedes, tras consulta al rey por la Cámara

⁽⁹⁰⁾ El reparto lo llevaba a cabo una comisión de procuradores en una cantidad fija e igual para todos los representantes de las ciudades, hasta ya el final de las Cortes, según práctica consolidada en el reinado de los Reyes Católicos. Mas para que se hiciera efectivo su cobro, y con carácter de crédito preferente, en el primer año del trienio del servicio además, era preciso una cédula regia dirigida a los contadores mayores con tal fin, con expresa mención del carácter gracioso de la ayuda de costa. Sin que falte ningún ingrediente de los elementos que intervenían en las Cortes, según cabrá apreciar. Algunos ejemplos, referidos en concreto a 1528 (DANVILA, *El poder civil*, V, pp. 382-383), 1544 (CLC, V, pp. 334-340) y 1555 (CLC, V, pp. 707-712).

⁽⁹¹⁾ Con facilidades para los procuradores, además, en la entrega de los finiquitos. Sobre el particular, las propias peticiones de los procuradores: en 1518 (CLC, IV, 79 y 87, pp. 283-284), 1525 (CLC, IV, 26, p. 418), 1528 (CLC, IV, 133, p. 510), 1532 (CLC, IV, 93, p. 576), 1544 (AGS, PR 69-98), 1548 (CLC, V, 192, p. 459) y 1551 (CLC, V, 89, pp. 538-539). Receptorías y facilidades para los finiquitos luego recogidas en la Nueva Recopilación, con referencia a estos textos de Cortes, en 6,7, leyes 9 y 12.

⁽⁹²⁾ Con alguna excepción favorable a los procuradores. Para su comprobación: Cortes de 1518 (CLC, IV, 72, pp. 280-281), 1520 (CLC, IV, 43, p. 330) y 1528 (DANVILA, *El poder civil*, V, pp. 348-349).

del oportuno memorial de los procuradores ⁽⁹³⁾. Pero tampoco era para despreciar el pago de los aposentamientos en la Corte, cuestión que preocupaba mucho a los procuradores ⁽⁹⁴⁾.

No acaban aquí, empero, los ingresos de los procuradores. Porque todavía disponían de otra fuente de remuneraciones: las haciendas de los municipios, las rentas y bienes de propios de ellas, de donde tradicionalmente habían procedido sus auténticos salarios, a razón del número de días de ausencia de sus casas. Mas las ciudades pagaban mal, caso de hacerlo, y de manera poco homogénea entre ellas ⁽⁹⁵⁾. Buena excusa para que los procuradores introdujeran un nuevo renglón en sus ganancias de Cortes. Sucedió en las últimas Cortes del reinado, en las de Valladolid de 1555. Cuando los procuradores de Cortes, el llamado reino, acuerdan por mayor parte repartirse una ayuda de costa a cuenta de las sobras de los encabezamientos. Como descargo para las ciudades de los salarios que deberían abonar a sus representantes. En cuantía elevada, además, según dicen, dado el mucho tiempo que les había llevado ocuparse del encabezamiento de alcabalas; asunto que en el fondo era «cosa general» ⁽⁹⁶⁾. Excu-

⁽⁹³⁾ En una simple relación de años: 1523 (AGS, PR 70-23), 1532 (AGS, PR 69-71 y 72), 1544 (AGS, PR 69-92), 1548 (CLC, V, pp. 361-362) y 1552 (DANVILA, *El poder civil*, V, pp. 387-400).

⁽⁹⁴⁾ Lo descubrimos por los repartimientos de los cuatro cuentos, donde todavía había un hueco para premiar los esfuerzos de los aposentadores. Así en las de 1528, 1544 y 1555 (DANVILA, *El poder civil*, V, p. 382; CLC, V, p. 339 y CLC, V, p. 711, de modo consecutivo). Pero el aposentamiento era una obligación asumida por la Corte. Según se contempla en las compilaciones legales, tanto en la de Montalvo, 2,11,5, como en la Nueva Recopilación, 3,15,7 y 6,7,3.

⁽⁹⁵⁾ Que pagaban mal y tarde se comprueba por las peticiones de Cortes de 1518 y 1520 (CLC, IV, 80, p. 283 y CLC, IV, 44, pp. 330-331). Así como por una cédula regia dirigida al concejo de Burgos, en 1525, para que pague los salarios acostumbrados a sus procuradores (DANVILA, *El poder civil*, V, pp. 236-237). Pero a finales del reinado, según observamos en un memorial de mercedes, consultado por la Cámara al rey en 1552, había ciudades, caso de León, que no daba salarios a sus procuradores (DANVILA, *El poder civil*, V, p. 389).

⁽⁹⁶⁾ El acuerdo ha sido transcrito como apéndice documental por TOMÁS Y VALIENTE, *La Diputación*, pp. 460-462. Sin licencia regia en esta ocasión, según se encarga de manifestar un papel de extraordinaria importancia, titulado: «Relación de las gratificaciones que los procuradores de las diez e ocho ciudades y villas, que tienen voto en Cortes, an fecho estando juntos en Cortes, en las sobras y ganancias del encabezamiento general, dende el año de quinientos y treinta e siete, que comenzó el dicho encabezamiento».

sas no faltaban, según se ve. Un epígrafe, el de las ayudas de costa, llamado a tener fortuna en las Cortes de reinados posteriores. Como es de destacar la naturaleza de los fondos de donde procedían, las sobras de los encabezamientos de alcabalas. Un componente básico del ya mayor presupuesto a disposición de las Cortes. Con alguna autonomía de éstas en su administración. Como para que en el tema que nos ocupa, y desde las asambleas finales en vida del emperador, los procuradores pudieran percibir otras rentas complementarias, los llamados emolumentos, por ahora bajo el rótulo de luminarias (o cera) y de limosnas para los pobres ⁽⁹⁷⁾.

Pero no sólo importa la descripción de las vías de ingresos, sino su valoración para el decurso de la institución. Porque por unos u otros epígrafes, por estos o aquellos conceptos, lo cierto es que el conjunto de las remuneraciones hizo de las procuraciones objetos muy rentables. De ahí no pocos de los conflictos surgidos en el interior de los concejos a propósito de las elecciones y de los otorgamientos de poderes. Mas también debemos llamar la atención sobre otro extremo, su influencia en los caracteres que poco a poco van adquiriendo estas asambleas, lentas, costosas y complejas. Favorecidos por los propios procuradores, pues, a buen seguro, por lo que a ellos concernía, se esforzaban por sacar el máximo provecho a su estancia en la Corte. Sin poderlo evitar la Corona. Forzada, de un lado, a retribuirlos por su mediación, para así alejarlos de las ciudades, sus poderdantes. Como también, de otro, se veía arrastrada a dejar sentado un pretendido equilibrio o proporcionalidad entre servicios (y recursos financieros en general) obtenidos de las Cortes y mercedes distribuidas a los procuradores, incluso con distinción en las estrictas mercedes entre unos procuradores y otros, según su predisposición hacia la Corte. Dentro de un círculo vicioso que sólo acabaría por romper la desaparición de las Cortes. Muerto el perro, se acabó la rabia, según popular proverbio.

De los procuradores saltamos a la gran nobleza y a los prelados, los otros miembros por antonomasia de las Cortes. Para decir bien

to, hasta las Cortes que se celebraron en esta villa de Valladolid de quinientos y cinquenta y ocho», en AGS, PR 69-95.

⁽⁹⁷⁾ También para las últimas Cortes, las de 1555, y según el escrito citado en nota anterior: «Relación de las gratificaciones».

poco de su participación. En lo fundamental, que durante el reinado de Carlos V se consuma su defeción de estas asambleas. Como lógica consecuencia de la trayectoria anterior, iniciada en tiempos de Juan II, en el siglo XV.

Porque si ya en la época más inmediatamente precedente, la de los Reyes Católicos, su interés por este género de reuniones había sido realmente escaso, ahora únicamente nos consta su presencia en dos ocasiones. En las Cortes de Valladolid de 1527 y en las de Toledo de 1538, momento terminal. Con argumentos de sobra tradicionales por parte del rey para su convocatoria: por ser los asuntos de tanta gravedad, del bien general de todos, que a los tres estados de los reinos generalmente tocaba tratar de ellos. Caso de la guerra contra el turco en la primera fecha, o la imposición de una sisa general en la segunda ⁽⁹⁸⁾. Con resultados fallidos para la Corona, al negarse a contribuir los estados nobiliario y eclesiástico ⁽⁹⁹⁾.

Tan escarmentado saldría el emperador que no volvería a contar con prelados y «grandes» para futuras Cortes, ni tampoco sus sucesores. Eso, a pesar de que el precepto de las Cortes de Madrid de 1419, donde se establece que para los hechos grandes y arduos se junten Cortes con participación de los tres estados, pasa a las grandes compilaciones legales de Castilla ⁽¹⁰⁰⁾. Porque, ciertamente, ya tiene una naturaleza muy diferente la presencia en la Corte de unos cuantos nobles y prelados para jurar — y únicamente para ello — a los sucesivos príncipes herederos, en un acto solemnísimos ⁽¹⁰¹⁾. Como

⁽⁹⁸⁾ La convocatoria para las Cortes de 1527, en AGS, PR 70-23. La correspondiente a la asamblea de 1538, en CLC, V, pp. 24-25. Pero ya tenía precedentes en las Cortes de Toledo de 1480, por las declaratorias de juros, con expresiones semejantes: «por ser la materia e causa sobre la que se trataba ardua e tocante a muchos, e tal que era menester madura deliberación e consejo», según se nos dice en el texto del propio ordenamiento, CLC, IV, 86, p. 168.

⁽⁹⁹⁾ Para el fracaso de las Cortes de 1527, Colmeiro, *Introducción. Parte segunda*, pp. 142-144, así como Danvila, *El poder civil*, II, pp. 74-75. Para la postura de eclesiásticos y nobles en 1538, SÁNCHEZ MONTES, *Agobios carolinos*, pp. 56-76.

⁽¹⁰⁰⁾ Ordenanzas Reales 2,11,6 y Nueva Recopilación 6,7,2.

⁽¹⁰¹⁾ Aunque pudieran despistar las palabras con que se inicia un ceremonial de juramento de príncipes («La ceremonias que tiene Castilla en jurar a sus príncipes», en MARTÍNEZ MARINA, *Teoría de las Cortes*, III, Segunda Parte, pp. 102-107). Según su texto: «Para jurar al príncipe de España en los reinos de Castilla, señala el rey padre del príncipe su primogénito el día y lugar donde se ha de celebrar aquel acto, y para esto hace llamamiento general de los tres estados, eclesiástico, militar y real». Porque grandes y

una reliquia de la época de los Reyes Católicos, cuando hubo convocatorias con el único objeto de jurar a los primogénitos de la Corona.

Con no escasas consecuencias. Puesto que parece claro que para en adelante no procede hablar de Cortes generales, entendidas como congregación de nobles, prelados y representantes de las ciudades (102). Ni la fuerza política de las Cortes podía ser la misma. Dentro de una gran paradoja, pues de haber sido unas asambleas que daban cabida a las ciudades, junto a magnates y prelados, los miembros originarios de la Curia regia, acaban transformándose en reuniones de sólo procuradores de los concejos. Signo, probablemente, de la quiebra que atravesaba el régimen feudovasallático. A la inversa de lo que sucedió con la centralización y el absolutismo monárquicos (103). Siempre dentro del mismo orden social señorial.

No obstante, aun con la ausencia de los estados de nobles y prelados, las Cortes continuarán denominándose generales. En todo tipo de documentación, a partir de las propias cartas de convocatoria. No sin argumentos tampoco. Por mucho que supusiera desplazar el sentido de la palabra general, desde las personas a las cosas. De tal modo que por el nombre de generales se estará atendiendo a las materias

prelados, en la medida que acudían, en pequeño número, sólo asistían al acto solemne del juramento, celebrado en una iglesia, en concreto, desde 1528, juramento del futuro Felipe II, en el convento de san Gerónimo El Real de Madrid, y no a los otros autos y ayuntamientos ordinarios, que lo eran de sólo procuradores. A los nobles y eclesiásticos no asistentes se les enviaba un formulario de juramento a sus sedes. El ceremonial más completo, de época posterior, es el titulado: «Juramento que hazen los Reinos de Castilla y León a los Serenísimos príncipes de España», en Archivo de Palacio Real de Madrid, Sección Histórica, Caja 50, fos 75-85, donde se recoge ya el efectuado en 1528.

(102) Hasta en la misma reunión de 1538 el rey afirmaba que no eran Cortes ni había brazos en ellas (CLC, V, p. 90). A pesar de todas las evidencias en contra. Con todo, bien indicativo del estadio que atravesaban las Cortes, convertidas en ayuntamientos de procuradores.

(103) Pero no en los términos de la historiografía liberal decimonónica, que poniendo el acento en la voluntad del monarca hablan de «la expulsión de las clases privilegiadas», como muestra del aniquilamiento político de estas clases y de la imposición del absolutismo regio. Para Colmeiro, la decisión de no volver a convocar a nobles y prelados «alteró la forma de la Monarquía» (*Introducción. Parte Primera*, p. 99). De forma igualmente gráfica, Danvila habla de «golpe de Estado» (*El poder civil*, II, p. 28). Con lectura interesada también de Martínez Marina, por el paso adelante que, según él, supondría para la abolición de privilegios y excepciones y el triunfo de la libertad y dignidad de los ciudadanos; entendiéndolo por éstos al pueblo, o tercer estado, representado por los procuradores (*Teoría de las Cortes*, I, pp. 81-97).

de que tratan las Cortes, por lo menos las más importantes de ellas, como los juramentos a los príncipes herederos, los servicios, los encabezamientos o los capítulos. Pues «tocan a muchos», aceptándose una parte del principio «quod omnes tangit», mientras se abandonaba el otro: «ab omnibus debet approbari».

Con un desenlace final: la conversión de los procuradores de los concejos en los únicos representantes del reino junto en Cortes. Como para llegar a identificar los procuradores con sus personas la denominación de reino. A estos efectos el reino no será sino la suma de los procuradores ⁽¹⁰⁴⁾. Cortes y Reino, así entendidos, serán voces sinónimas, de cotidiano uso indistinto.

Aunque la voz reino gozará de otras acepciones. Una de ellas, la del conjunto de los reinos de Castilla y León, de frecuente empleo dentro y fuera de las Cortes. Otra, la de la totalidad de ciudades con voto en Cortes, haciendo abstracción de los procuradores, como para justificar las pretensiones de retener en ellas la capacidad de decisión. Pero incluso en su estricta aplicación a la asamblea de Cortes adquiere bien diversas significaciones. Porque, por «Reino», tanto se entenderá el local o sede donde se juntan los procuradores, como la propia junta, ayuntamiento o congregación que forman, no menos que cada uno de estos ayuntamientos singularmente considerados y datados. El término de reino no es unívoco, pues.

Si a los procuradores de las ciudades, a los prelados y a los grandes señores cabe atribuirles la condición de elementos natos de la composición de las Cortes, junto a ellos, y desde la época de los Reyes Católicos, van a surgir unos personajes, el presidente, los letrados reales y el secretario regio, que en nombre y por designación del rey llevarán la dirección de estas asambleas. Supuesta la ausencia del monarca, que no aparecía salvo en contadas ocasiones, las de mayor solemnidad: con motivo de la regia e inicial proposición y de los juramentos al príncipe heredero. Lo que no deja de ser indicativo,

⁽¹⁰⁴⁾ «Estando juntos a voz de Reino, que representamos», los procuradores, en junta de 23 de abril de 1544, acuerdan dar poder al contador Diego Yáñez para que se halle presente a la toma de cuentas a Francisco de Laguna, escribano mayor de rentas, y «a los diputados que son y han sido hasta aquí del Reino» (En AGS, PR 69-92). «Estando juntos la mayor parte del Reyno», comienza el dictado del ayuntamiento celebrado el 9 de agosto de 1555 (su transcripción en TOMÁS Y VALIENTE, *La Diputación*, p. 452).

tanto del fortalecimiento adquirido por la Corona, como de la creciente complejidad técnica de las Cortes, que requería la presencia de expertos; los del despacho de la Cámara, en este caso.

No es mi intención profundizar en el estudio de estos grandes oficiales, sino más modestamente apuntar algunos datos de interés para seguir la evolución de las Cortes. En primer lugar, y con la finalidad indicada, debemos señalar cómo durante los años de 1518 a 1555 se perfilan con bastante nitidez los rasgos de todos ellos. Respecto al presidente de las Cortes, desde luego, como representante de la persona real, que a partir de 1532 será siempre el presidente del Consejo de Castilla, hasta la última reunión del reinado de Felipe IV (¹⁰⁵). Pero también en relación a los letrados regios, componentes del Consejo y de la Cámara, quienes en número de dos acabarán siendo titulados ambos con el nombre de asistentes (¹⁰⁶). Como igualmente aparecerá clara ya la figura del secretario real, totalmente deslindada en sus funciones de los escribanos de Cortes (¹⁰⁷).

(¹⁰⁵) Para el inicio de la coincidencia en una misma persona de la presidencia del Consejo de Castilla y de las Cortes, véanse al respecto sendas cartas del emperador Carlos, dirigidas a la emperatriz Isabel y al cardenal Tavera, a la sazón presidente del Consejo Real, desde Bruselas, el 25 de noviembre de 1531, donde el rey expresa su voluntad de que Tavera presida las futuras Cortes. Como también determina que el licenciado Polanco sea asistente y el doctor Guevara letrado (en M. FERNÁNDEZ ALVAREZ, *Corpus documental de Carlos V*, I, Salamanca, 1973, pp. 327-333). Que así fue efectivamente se comprueba por el correspondiente libro de Cortes, en AGS, PR 70-23.

Con anterioridad a la fecha de 1532, desde las Cortes de 1518, hasta las de 1528, el rey eligió por presidente a sus grandes chancilleres, Le Sauvage y Gattinara, miembros de la Cámara. Si bien, tanto en las de 1518 como en las de 1520, en las primeras Le Sauvage y en las segundas Gattinara, hubieron de compartir la presidencia con el obispo Mota, asimismo miembro de la Cámara. Según se comprueba igualmente en los respectivos libros de Cortes, en AGS, PR 70-9 y 70-23.

(¹⁰⁶) Para las Cortes de Valladolid de 1555, CLC, V, p. 614. En unos momentos en que el reino tiene sus propios letrados, para los encabezamientos y otros negocios, desde 1539. Con lo cual se evitaba cualquier confusión entre los letrados del rey y los del reino. A la vez que desaparece la artificial distinción hasta entonces existente entre los consejeros de la Cámara que acudían a las Cortes, calificado uno de asistente y conocido otro como letrado; sólo explicable por la previa conversión de los letrados de los procuradores en letrados regios, quedando luego la terminología como residuo semántico.

(¹⁰⁷) Equiparados en dignidad y salarios a los asistentes reales. Mas con una función de mayor efectividad, por su control en la Corte de la correspondencia de los asistentes de Cortes con el monarca, los Consejos Reales, los corregidores y los concejos de las ciudades. Casi todo pasaba por sus manos. Sin despreciar el valor que tiene su tarea inicial,

No deseo hablar mucho de ellos, mas por fuerza hemos de referirnos a una de las grandes cuestiones de proceder, suscitadas en las Cortes del reinado de Carlos V, justamente a propósito de los representantes del monarca. Se trata de la pretensión de los procuradores de deliberar solos entre sí, sin la estancia del presidente, asistente, secretario, e incluso los escribanos, que a su entender les coartaban la libertad. Con éxito parcial. Porque frente a la atosigante presencia inicial del presidente y los de la Cámara, sobre todo del presidente, en los ayuntamientos de procuradores, según va avanzando la época del emperador acaba reducida a actos muy determinados. A los más sobresalientes, caso del exámen de poderes, de la segunda proposición y juramento de secreto, del otorgamiento de servicios y de la escritura de los encabezamientos, así como de la disolución de Cortes; además de los que presidía el rey, claro está ⁽¹⁰⁸⁾. En una nueva concesión de la Corona, ahora a las Cortes, a los procuradores ⁽¹⁰⁹⁾. Quienes, sin embargo, no logran colmar sus aspiraciones en lo referente a los escribanos, porque éstos no abandonarán un sólo

compartida con los escribanos (autotitulados secretarios) de Cortes, en la confección de los libros de Cortes; luego transformada, pues desde 1532 sería el responsable de los denominados libros de documentos de Cortes, es decir, de las diversas provisiones y cédulas despachadas por vía de Cámara, con motivo de la celebración de estas asambleas; de naturaleza bien diferente a los libros de autos de Cortes, a cargo de los escribanos de Cortes. Y a él le correspondería leer la proposición real.

⁽¹⁰⁸⁾ Las demandas de los procuradores dirigidas al presidente para reunirse solos entre sí, y las negativas respuestas de aquél, no exentas de alguna condescendencia temporal, son particularmente insistentes en las Cortes de 1520, 1523, 1524, 1525, 1527 y 1528, en vida del canciller Gattinara. Para su comprobación me remito a los pertinentes libros de Cortes, en AGS, PR 70-9 y 70-23. Una posición mantenida de forma unánime por los comuneros, según ya se apuntó. Pero que también defendían los señores laicos en 1538, y de forma muy enconada, respecto a su congregación. Conforme apreciamos en CLC, V, pp. 56-59. En adelante la pugna tiende a cobrar una nueva perspectiva, centrada, como se verá, en la presencia de los escribanos. En fin, que el presidente, asistentes y secretario regio no están presentes de ordinario en los ayuntamientos de procuradores, se evidencia por la introducción en el ritual de Cortes de la llamada segunda proposición, a cargo del presidente, que finalizaba autorizando a los procuradores a conferir y tratar sobre lo que se les había propuesto. Ya hay testimonio de esta segunda proposición para las Cortes de 1544 (CLC, V, pp. 239-280).

⁽¹⁰⁹⁾ Con no poco oportunismo, dado lo que ya se alargaban las Cortes y las variadas funciones desempeñadas en la Corte por el presidente y los de la Cámara, de ineludible atención.

instante la sala de Cortes, para dejar constancia de todo lo que allí ocurría ⁽¹¹⁰⁾. En favor de la Corte, según no es difícil imaginar.

Tampoco puedo dejar de mencionar otro aspecto: el régimen de retribuciones del presidente y los de la Cámara por su asistencia a las Cortes. De carácter mixto, porque percibirán ingresos tanto del rey como de las propias Cortes, de los procuradores ⁽¹¹¹⁾. Del monarca, en cuanto complemento a otros salarios cortesanos de mayor monta. De los procuradores, para halagar su voluntad ante la necesaria intervención de los de la Cámara en la resolución de los capítulos generales y particulares, pero también de los memoriales de mercedes de los propios procuradores. Sin menospreciar su buena disposición en los servicios o en los encabezamientos. Una nueva muestra, en fin, del intrincado funcionamiento de la institución.

Dentro del espacio que venimos dedicando a trazar las grandes líneas evolutivas en tiempos del emperador Carlos, se ha de prestar especial consideración a un enconado conflicto sobre la prelación en el orden de proceder en Cortes. Si en primer lugar se reparaban los agravios, se respondía a los capítulos, según deseo de los procuradores, o de modo distinto, antes de la resolución de los capítulos se otor-

⁽¹¹⁰⁾ En concreto, en las Cortes de 1544, los propios escribanos se incomodan por la pretensión de los procuradores de platicar solos entre sí, sin su presencia, lo que a su entender iba contra la preeminencia e ellos debida. Encontrando el amparo del presidente y asistentes (para este pasaje, CLC, V, pp. 280-281). Y en esta línea debió permanecer el conflicto hasta el final del reinado, y primeros del siguiente, según se nos informa cabalmente en una orden de celebrar Cortes de por estos tiempos, anterior desde luego a 1563. Con este título: «La orden que se suele tener en celebrar Cortes en Castilla», BAH, ms. 9-5957; reproducida, con algunas variantes finales, en otro papel: «Cómo se hacen las Cortes», en MARTÍNEZ MARINA, *Teoría de las Cortes*, Apéndice, Primera Parte, tomo III, p. 204 en particular. Menos definida se muestra, en cambio, en este punto: «La orden que se suele tener en la convocación de las Cortes generales que se celebran en estos Reynos, es la que se sigue», de la época del emperador, en BAH, Colección Salazar, ms. A-40, fos. 136r-137v. Véase también: «Orden que se suele tener en el hazer de las Cortes», en PIŚKORSKI, *Las Cortes de Castilla*, pp. 211-212.

⁽¹¹¹⁾ Sin entrar en mayores detalles, de los que hay en abundancia, me contento con remitirme a un ceremonial acabado de citar: «La orden que se suele tener en hacer Cortes en Castilla», fo. 122v, donde se apuntan las cantidades que a los consejeros de la Cámara y a su secretario les asigna el rey, así como lo que les pagaban los procuradores. No así al presidente, a quien no les daba nada el rey, pero sí el reino, de acuerdo al referido papel. Con posterioridad, desde el reinado de Felipe IV, también recibirá el presidente consignación del rey por sus tareas de Cortes.

gaban los servicios, conforme quería la Corte y exponía el presidente (112). Una cuestión que no había surgido en estos términos en la época de los Reyes Católicos, de aceptables relaciones en el juego de competencias entre servicios y capítulos.

Asunto nada secundario, coincidiremos en ello, pues atañía a la esencia misma de las Cortes, a su sentido último (113). Claro, que este sentido, traducido en el bien y beneficio público de los reinos, para cuya satisfacción se reunían las Cortes, no era entendido de la misma manera por los procuradores, y sus ciudades, que por el rey. Como tampoco existía concordia en el significado de la libertad de poderes. Nada distante una cuestión de la otra. Porque lo que el monarca buscaba y envolvía bajo el ropaje de beneficio público, común o general (o por servicio de Dios, del rey y de los reinos, con formulación más compleja y de uso habitual y redundante respecto a las otras expresiones), eran recursos financieros capaces de completar sus siempre menguadas rentas, con las cuales hacer frente a las necesidades de la Corona, con guerras sin cuento. Puesto que él podía legislar y gobernar al margen de estas asambleas; de hecho toda la gran política del imperio era de su atribución exclusiva, excluida de la deliberación de las Cortes. Por el contrario, para las ciudades, su interés preferente por las Cortes residía en la resolución de los capítulos generales, en forma de leyes, así como de los particulares, que, en su pensamiento, unos y otros, representaban el verdadero bien o beneficio público, el buen gobierno. Mientras contemplaban con disgusto el incremento de los servicios o de los encabezamientos de alcabalas, dañosos a larga, por vías directas o indirectas, para las haciendas de los concejos y las de los grupos dirigentes de éstos.

Por cierto, que en los capítulos generales insistirán mucho las

(112) Con un terco mantenimiento de posturas en las Cortes de 1520, 1523 y 1525, según apreciamos en el oportuno libro de Cortes (AGS, PR 70-9). Pero la petición de los procuradores volvería a repetirse después, así en las Cortes de 1542 (CLC, V, 98, p. 256).

(113) Aunque entre los autores haya las opiniones más dispares. De esta manera, en su máxima valoración, J.A. Maravall afirma que el fracaso de esta reivindicación de los procuradores (calificados por él de «estamento popular»), en concreto en las Cortes de Valladolid de 1523, supuso en nuestra Historia para las Cortes lo mismo que Villalar: el triunfo del absolutismo. En su obra, *Estado Moderno y mentalidad social*, I, p. 359. En el extremo contrario, de negar cualquier virtud a la disputa, salvo de tipo formal, HENDRICKS, *Charles V, and the Cortes of Castile*, pp. 184-185, en particular, respecto a las mismas Cortes de 1523.

Cortes. En este punto se mostraban muy generosos los procuradores, espoleados por sus respectivas ciudades. Pues gozaban de amplia libertad en sus instrucciones para aceptar los capítulos presentados en Cortes por las distintas ciudades con carácter general, amén de gestionar los particulares. En una fase del proceso de Cortes, en la que a los procuradores sólo correspondía pedir, mientras al rey tocaba responder; los otorgara, o no, es otro tema. Nadie ponía en tela de juicio que la respuesta de los capítulos dependía de la sola potestad del monarca. Independientemente de la obligación moral de los príncipes de atender a las súplicas de los súbditos y de impartir justicia por todo el reino.

De manera distinta a lo que sucedía en el terreno de los servicios, ya que quien ahora apelaría a los intereses generales del reino, o de los reinos, sería el rey. Si es que no abundaba retóricamente en el bien universal de toda la cristiandad, y en la defensa de la fe y de la religión, de cuya salvaguardia se decía garante la monarquía católica hispana ⁽¹¹⁴⁾. Cuando los procuradores, en virtud de las instrucciones de sus ciudades, se mostraban maniatados y no mostraban sino cautelas. En un ámbito en que al rey competía pedir, mientras el otorgar siempre fue función de las Cortes ⁽¹¹⁵⁾. Al margen también de la obligación moral de auxilio y consejo, propia de los buenos súbditos.

Las ciudades y sus procuradores no veían con buenos ojos los servicios, pero tampoco el incremento de las alcabalas, y no digamos el establecimiento de nuevos impuestos por la Corona sin contar con

⁽¹¹⁴⁾ Con machaconería. Desde la carta de convocatoria a la proposición regia, así como en la llamada segunda proposición, a cargo del presidente, y cuantas intervenciones de éste fueran precisas para atraer los ánimos de los procuradores. Sin descuidar las cartas y cédulas dirigidas con el mismo fin a corregidores y ciudades, que a veces se extendían a gentes ajenas a los regimientos, como nobles, oidores de las Chancillerías, eclesiásticos, teólogos y letrados. Sin citas, aun mínimas; desbordaría cualquier límite razonable.

⁽¹¹⁵⁾ En las Cortes de 1544 los procuradores pretenden dejar bien firme que en materia de servicios al rey toca pedir, mientras es función del reino otorgarlos o negarlos. En concreto, con ocasión de la prórroga del encabezamiento de alcabalas, en cuya cédula regia de aceptación debería figurar esta cláusula establecida en la concesión del servicio extraordinario. Por entender que así convenía al «bien general de estos Reinos». El tenor de esta exigencia en CLC, V, pp. 580-581; objeto de consulta al rey por parte del príncipe Felipe (CLC, V, pp. 578-580).

las Cortes. En relación con la existencia de los servicios, la serie de quejas comienza por la reunión de 1518, en momentos, como en 1515, en los que la Corte no demandaba más de un servicio, y para eso de carácter extraordinario, para algún evento concreto, sin periodicidad obligatoria alguna, según, lo entendían entonces todos ⁽¹¹⁶⁾. Alcanzando la protesta su mayor virulencia con las Comunidades, no sin matices entre las distintas proposiciones ⁽¹¹⁷⁾. Mas no se crea que después de Villalar cejaron las ciudades en su empeño. Puesto que en las Cortes de Valladolid de 1523, las primeras tras la derrota de los comuneros, se vuelve de nuevo a la carga. Mediante uno de los capítulos generales presentados por los procuradores, donde se suplica al rey deje de pedir servicios y se contente con las rentas ordinarias de la Corona, en su creencia de mucha mayor cuantía que en la época de los Ryes Católicos ⁽¹¹⁸⁾.

Tan insistente llegó a ser la presión, que el monarca se encuentra con la obligación de tranquilizar los ánimos, prometiendo que el servicio, por entonces extraordinario, no alcanzaría nunca la categoría de ordinario ⁽¹¹⁹⁾. De escasa credibilidad por su parte, pues más adelante, una vez consolidado el servicio, con carácter de ordinario, pese a lo por él dicho, va a repetir la estratagema, con ocasión de pedir otro nuevo servicio, a añadir al ordinario. Apuntando que lo pedía en cuanto servicio extraordinario particular ⁽¹²⁰⁾. Esto hasta 1544, cuando ya sin disimulos el rey solicita el servicio extraordinario como algo de costumbre ⁽¹²¹⁾. Dejando por asentada definitivamente en Cortes, para todas sus futuras convocatorias, la duplicidad de servicios: or-

⁽¹¹⁶⁾ «Si no fuera por extrema necesidad», precisan los procuradores en 1518 (CLC, IV, 88, p. 284). Con lo que se introduce la doctrina de la causa, de tanto alcance para juristas y teólogos.

⁽¹¹⁷⁾ Para las referencias puntuales, S. DE DIOS, *La evolución de las Cortes de Castilla*, p. 156.

⁽¹¹⁸⁾ CLC, IV, 42, p. 378. A lo que el rey responde diciendo que no pediría servicio, salvo con justa causa y en Cortes, y guardando las leyes del Reino.

⁽¹¹⁹⁾ Sin ir más lejos, en este mismo año de 1523. En cédula dirigida al concejo de Burgos (AGS, PR 70-55).

⁽¹²⁰⁾ Ahora, por lo que se refiere a las Cortes de 1538-1539, en una carta de creencia en favor de los procuradores para la consulta que habían de llevar a sus ciudades (CLC, V, pp. 96-97). Pero igual ocurriría en 1544, con otra cédula y para otra consulta de la misma naturaleza que las anteriores (CLC, V, pp. 481-482).

⁽¹²¹⁾ CLC, V, pp. 481-482.

dinario y extraordinario. Con una regularidad trienal y una cuantía estable, en una suma fijada desde las Cortes de 1538-1539. A la larga desvirtuados, por fosilizados. Mas nunca dejarán de ofrecer buenas bazas a las ciudades y sus procuradores, para presionar a la Corte en diversos episodios del proceso de Cortes. Porque, no se olvide, el otorgamiento de servicios siempre fue una atribución de las Cortes.

¿Qué decir de las tercias y alcabalas? Observar, de entrada, cómo es un tema omnipresente en las Cortes del periodo del emperador. Con no poca brega de los procuradores durante algunas convocatorias para que les fuesen encabezadas a las ciudades, en las cantidades más bajas, pero con la mayor duración posible ⁽¹²²⁾. Hasta la fecha de 1537, momento del inicio de vigencia del primer encabezamiento general, que dejaba periclitados, o al menos reducidos a situación marginal, los sistemas de arredamientos o de encabezamientos particulares de estas rentas ordinarias de la Corona ⁽¹²³⁾. Porque, en adelante, la pretensión de las Cortes se centraría en conseguir sucesivas y ventajosas prórrogas-si no rebajas-de los encabezamientos generales. En directa conexión con el apartado de los servicios, particularmente del extraordinario, haciendo depender unos de otros. A veces como cumplimiento de los capítulos e instrucciones de las ciudades, donde se subordinaba el otorgamiento de los servicios a la prórroga del encabezamiento. Con el resultado final de mantener en vida del emperador un equilibrio tributario satisfactorio para las ciudades y sus oligarquías dominantes ⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²²⁾ En peticiones de Cortes de 1518, 1523, 1525, 1528, 1532 y 1534 (CLC, IV, 14, p. 265; IV, 87, pp. 394-396; IV, 9, p. 409; IV, 12, pp. 455-456; IV, 106, p. 573 y IV, 86, pp. 605-606, sucesivamente).

⁽¹²³⁾ Respecto al significado de los contratos de encabezamiento general, y sus diferencias con los otros sistemas de percepción de alcabalas por el rey, TOMÁS Y VALIENTE, *La Diputación*, pp. 404-411.

⁽¹²⁴⁾ El propio rey ligaba la prórroga del encabezamiento a la concesión del servicio extraordinario. Tal como sucedió en 1539, prorrogando en el mismo precio y condiciones el de 1536-1546 por otros diez años, de 1546 a 1556. Mediante cédula, que se asentaría en los libros de los contadores mayores (en AGS, PR 69-78).

Para la relación finalmente equilibrada entre servicios y encabezamientos, atendiendo a las tasas de inflación, así como para la periodificación y cuantía de unos y otros, no menos que para el juego habido en Cortes entre el rey y los procuradores y sus ciudades, HENDRICKS, *Charles V and the Cortes of Castile*, pp. 214-275, 282-293 y 356-387. Sin embargo, de forma creo abusiva, anticipa el primer encabezamiento a 1525 y atribuye a

De gran trascendencia para la marcha de las Cortes. Por lo mucho que importaba la acomodación financiera entre servicios y encabezamientos. De incidencia en la polémica sobre el orden de proceder, ente capítulos y servicios, para insistir en lo dicho. Puesto que, y éste es un aspecto que tan sólo puedo aquí enunciar, en la mecánica procedimental de las Cortes el negocio de los encabezamientos aparecía suscitado por los procuradores, a voz de reino, a diferencia de los servicios, requeridos por el presidente, en nombre del rey. De manera que su otorgamiento se entendía como una concesión del monarca ⁽¹²⁵⁾. Habida cuenta de las características de las tercias y alcabalas, rentas ordinarias de la Corona desde tiempos antiguos, que en principio ésta podía obtener sin el concurso de las Cortes, bien que de forma más onerosa para las ciudades. Tratándose, también en principio, de unos tributos de carácter no directo, a diferencia de los servicios, que podían calificarse de directos, por recaer solamente sobre los pecheros ⁽¹²⁶⁾.

la Diputación entonces recién creada funciones de administración de alcabalas (pp. 207-210).

⁽¹²⁵⁾ La iniciativa de las Cortes se manifiesta en las peticiones o capítulos generales. Anteriormente hablamos de fechas precedentes a 1536, e igual sucede en tiempos posteriores: CLC, V, pp. 224-227 (1542); CLC, V, 19, p. 312 (1544); CLC, V, 7,8 y 9, pp. 368-370 (1548) y CLC, V, 23, pp. 507-509 (1551). Pero también, por otro lado, se observa por la actitud real, de graciosa concesión de los encabezamientos. Cosa que queda clara, por ejemplo, en la cédula por la que el príncipe Felipe, en nombre de su padre, aceptaba en 1553 la prórroga del encabezamiento por treinta años, en el mismo precio e iguales condiciones del que entonces corría (luego incumplido). E incluso, para mayor abundancia, se declara en la cédula que el otorgamiento, o concesión, lo efectuaba el monarca tras petición del reino. Según puede comprobarse en CLC, V, pp. 574-578. Sin embargo, como puede contrastarse por CLC, V, pp. 578-580 y 580-581, se suscitaban problemas para lograrse el encabezamiento, tantos como que el príncipe actuó en esta ocasión de forma precipitada, pues aún no había llegado la respuesta regia respaldando su concesión.

⁽¹²⁶⁾ Mas el mundo fiscal castellano no era nada sencillo; de difícil sometimiento a moldes preconcebidos, conforme se está últimamente recordando por diversos autores: Así, por no dejar a Hendricks, este autor nos recuerda como en varias ciudades se acudía a las sisas locales sobre el consumo, con pago por tanto de hidalgos, para sufragar las sumas debidas por los servicios ordinario y extraordinario (*Charles V and the Cortes of Castile*, pp. 266-267). De modo semejante, aunque en sentido inverso, J.I. Fortea, estudiando la incidencia social del impuesto de las alcabalas encabezadas, nos muestra una realidad diferente a la presumida, por la importancia de los repartimientos de las ciudades entre los vecinos y por haciendas en la obtención del montante de lo que a ellas

Mas aún caben otras reflexiones sobre las alcabalas. Nada alejada de las precedentes. Porque llama la atención que los encabezamientos se plasmaran en una escritura de contrato, entre el rey y el llamado reino (la mayor parte de ciudades de voto, en este caso), con condiciones obligatorias para ambas partes. Una salida airosa, al fin y al cabo, a la pugna por el orden de proceder, sin aparentes vencedores ni vencidos, luego imitada en los servicios de millones ⁽¹²⁷⁾.

Ni se acaba con ello la significación de los encabezamientos para el devenir de la institución. Ante todo, por las competencias atribuidas al reino junto en Cortes y a su Diputación (de alcabalas) en la administración de los mencionados tributos. Una nuevo savia para la vida de estas asambleas. De tanto vigor-con su contrapartida de complejidad-como para que en torno a la administración de las alcabalas y su correspondiente Diputación, surjan una serie de oficiales y ministros, caso del receptor, contador, solicitador y letrados. De libre elección y remoción por el reino. Pero tratar de ello en estos instantes supondría desviarnos del hilo del discurso.

Finalmente, para acabar de hablar de las prevenciones contra los tributos en las Cortes del emperador, no estará de más mencionar la queja de los procuradores, expresada en un capítulo general de la reunión de Valladolid de 1518, pidiendo se eliminen las nuevas imposiciones efectuadas contra las leyes y pragmáticas de los reinos ⁽¹²⁸⁾. Protesta que no volveremos a encontrar en Cortes hasta los

correspondía del encauzamiento. En su libro: *Fisco, Economía y Sociedad: alcabalas y encabezamientos en tierras de Córdoba (1513-1619)*, Córdoba, 1986.

⁽¹²⁷⁾ Las condiciones, al margen de su contenido, no suponían nada nuevo para las Cortes, porque venían estableciéndose desde hacía tiempo en el otorgamiento de los servicios. Aun en vida del emperador continuó su práctica, por lo menos como pretensión de las ciudades. Desde luego, en 1535, el reino otorgaba 55 millones de maravedises con una serie de ellas, y para ser juradas por los reyes y los del Consejo, según se dice. El texto de tales condiciones en AGS, PR 69-12. Como tampoco era desconocida la formalización de la escritura, normalmente utilizada para los servicios e la época de los Reyes Católicos. Y por lo que se refiere a los contratos, a las condiciones contractuales, algunos antecedentes cabe escudriñar. Por buscar, que no quede. Además de bien sollemnes, nada más ni nada menos que con ocasión de los juramentos efectuados por los reyes, ante las Cortes, de no enajenar el patrimonio de la Corona y de guardar las leyes y fueros de los reinos. Celebrados, según se apunta en el correspondiente al rey Carlos, en 1518, de acuerdo a «la ley de Valladolid que cerca desto dispone en favor de este auto e contrato e juramento» (Su copia y minuta en AGS, PR 69-54).

⁽¹²⁸⁾ CLC, IV, 81, p. 283.

tiempos de Felipe II, entonces con reiteración. Quizá porque los agobios financieros del emperador encontraban escape por otros caminos (129).

Las ciudades concedían, en cambio, mucho valor a los capítulos. De manera opuesta al recelo y rechazo sentidos frente a los servicios y cualquier tipo de tributos. Por considerar a los capítulos, contenidos en las instrucciones, como su beneficio de Cortes, lo que, a su vez, supondría el remedio de los males del reino, o la satisfacción del bien público, común y general. En especial los capítulos generales, que habrían de convertirse en leyes de Cortes. Mas también les interesaban los particulares, tocantes a cada una de ellas, transformados de ordinario en provisiones de gobierno (130).

Esta ideas aparecen muy claras en las demandas comuneras (131). Si bien no en todos sus capítulos se muestran con idéntica formulación, dado su diverso origen (132). Como también quedan pa-

(129) Por la vía de préstamos, obtenidos de banqueros y fortunas individuales, en gran parte de origen extranjero. Restringiendo así la carga financiera de Castilla. En opinión de HENDRICKS, *Charles V and the Cortes of Castile*, pp. 270-274. Más matizadas, en cambio, parecen las afirmaciones de Fernández Albadalejo. Porque, para éste, la política de congelación fiscal practicada por la Corona, con el recurso obligado a los asientos con los banqueros extranjeros, a los juros y otros expedientes, como las ventas de realengo, no fue sino un compromiso de Carlos V con las ciudades; mejor, con sus patriciados, los grandes beneficiarios. En su trabajo, *Monarquía y Reino en Castilla, 1538-1623*, ya citado.

(130) En buena medida distinguidos ya en origen por las propias ciudades. En AGS, PR 69-82, se encuentran una serie de capítulos de ciudades para las Cortes de 1544, casi todos ellos generales. Indicándonos esta cualidad en los rótulos, con la expresión: «para suplicar a Su Magestad lo que toca al bien general destos sus Reynos», o «al bien universal destos Reynos»; o lo que es igual: para «suplicar, en nombre destos Reynos a Su Magestad, juntamente con los otros procuradores del Reyno». Aunque en alguna ocasión, en el caso concreto de los capítulos de Granada, la distinción no viene dada por el membrete, sino por los márgenes, con las anotaciones de «general» y «particular», evidenciando la separación hecha entre unos y otros en el momento de su despacho.

(131) En la «Primera Instrucción» dada por Burgos a sus procuradores para la Junta de Avila, en el capítulo 16, se le recomienda: «miren las estruciones que lleban, y de todas hagan unos capítulos, del bien general y del particular, en que fueren conformes, y por aquello se publique el remedyo». En H. CASADO, *Nuevos documentos sobre la guerra de las Comunidades en Burgos*, dentro del volumen colectivo *La ciudad de Burgos*, Actas del Congreso de la Historia de Burgos, Valladolid, 1985, p. 251, en particular.

(132) Con absoluta nitidez aparece en el prólogo de la Instrucción de Valladolid para la Junta de Avila, donde se le fija una finalidad bien precisa a los capítulos en ella conteni-

tentes en la exposición que a voz y en nombre del reino efectúa su “portavoz”, el procurador más antiguo de Burgos, como respuesta a la proposición real, en las Cortes siguientes al suceso de Villalar, las de Valladolid de 1523. Arguyendo que una vez respondidos los capítulos luego los procuradores podían entrar a deliberar sobre el otorgamiento del servicio solicitado. Con evidente alteración, en el supuesto de prosperar, del orden tradicional de proceder ⁽¹³³⁾.

Pero el desarrollo de las Cortes, y con especial referencia a esta materia, no le resultó a las ciudades y a sus procuradores tan favorable como ellos lo deseaban. Al no prevalecer su postura de prioridad en el tratamiento de los capítulos, con alguna matización derivada de los encabezamientos. Del mismo modo que tampoco consiguieron arrastrar con diligencia a la Corte en su interés por las leyes de Cortes.

Ni lograron imponer sus pretensiones, pese a que el monarca se mostró condescendiente en fechas inmediatas a la derrota comuna. Con ánimo de pacificación. Según se manifiesta en un par de concesiones. Una, su compromiso de que los capítulos estarían contestados en el plazo de los veinte días siguientes al otorgamiento del servicio ⁽¹³⁴⁾. La segunda, hace referencia a la creación en las Cortes de 1525 de una Comisión de dos diputados, uno de las ciudades de aqueude los puertos, y otro de las de allende, elegidos por turno de entre las de derecho de voto. Para que con carácter permanente residan en la Corte, con el importante salario anual individual de cien mil maravedises, encargados, primordialmente, de vigilar por el cumplimiento de los capítulos ⁽¹³⁵⁾.

dos: «que nuestra yntención es que se mire el bien público destos Reynos y se remedien los agravios y esorbitancias pasadas, pues que en esto consiste el servicio de Dios e de la Rreyna e Rey su hijo nuestros señores». Y luego a lo largo de los distintos capítulos, una y otra vez, aparecen las referencias al bien público, común y general. En concreto, además del prólogo, en los capítulos 3, 22, 52, 69, 70, 72, 79, 84, 85, 88, 90, 91, 101, 102 y 108, que abarcan todas sus páginas, de la 200 a la 228 de la edición citada. Pero no se crea que estos términos no son usuales en otros capítulos comuneros, pero pienso que el lector me agradecerá ahorre su cita.

⁽¹³³⁾ Con expresiones muy parecidas a las empleadas por las Comunidades. El texto de su intervención, en el correspondiente libro de Cortes, en AGS, PR 70-9.

⁽¹³⁴⁾ En las Cortes de 1523 y 1525, AGS, PR 70-9.

⁽¹³⁵⁾ AGS, PR 70-9. Recogida con alguna variante de expresión a la hora de los

Mas si la Diputación llegaría a ser efectiva, aunque con otros perfiles, al especializarse en la administración de las alcabalas, desbordando su significación inicial, no encontraría, en cambio, cumplimiento cabal y definitivo la promesa regia de responder a los capítulos con celeridad. Por más que luego se incluyera en la Nueva Recopilación, como ley, el capítulo de las Cortes de Valladolid de 1525, de acuerdo al cual antes de disolverse las Cortes se habría dado respuesta a los capítulos generales y particulares, con las provisiones oportunas al respecto, caso de que fueran solicitadas ⁽¹³⁶⁾.

A los procuradores ciertamente no cabe imputarles negligencia. Porque no abandonaron sus reivindicaciones. Muy al contrario. Sin embargo, la evidencia de lo que pasaba en la práctica movió a los representantes de las ciudades a pretender asegurar cuando menos una respuesta satisfactoria de los capítulos, por muy al final de las Cortes que fuera, ya que no antes del otorgamiento de los servicios ⁽¹³⁷⁾.

Lo que acontecía en el discurrir de las Cortes, para infortunio de los procuradores (y sus ciudades), de modo bien distinto, era que la Corte difería la publicación de los capítulos durante mucho tiempo, a veces hasta tres o cuatro asambleas después de haber sido entregados al presidente y los de la Cámara para su resolución. Cosa que no garantizaba, por otro lado, la determinación de los distintos capítulos, pues sería habitual que muchos de ellos no encontraran respuesta, o se les contestara con evasivas, remitiendo el asunto a consulta del Consejo u otros organismos, si es que no se dejaban deliberadamente en blanco los correspondientes espacios donde deberían encontrarse las resoluciones regias ⁽¹³⁸⁾.

capítulos generales, dando un sentido más amplio a la función de la Diputación, según se comprende en CLC, IV, 6, p. 407.

⁽¹³⁶⁾ Nueva Recopilación 6,7,8. Dando un salto adelante respecto al Ordenamiento de Montalvo, 2,11,8, donde sólo se contemplaba el compromiso del monarca de oír benignamente a los procuradores, recibir sus peticiones y cumplir en justicia lo prometido.

⁽¹³⁷⁾ Ya es bien sintomático que en las propias órdenes de proceder, o ceremoniales, se deje claro por la Corte que nunca se acostumbra a dar respuesta a los capítulos generales y particulares hasta haberse fenecido el asunto de los servicios. Según vemos en «La orden que se suele tener en hacer Cortes en Castilla», ya mencionada, fo. 122, e igualmente, pues se reproduce de forma literal, en «Cómo se hacen las Cortes», p. 205.

⁽¹³⁸⁾ El primer aplazamiento de la contestación a los capítulos generales lo encontramos en 1532. Justificando la reina gobernadora la dilación porque la respuesta de muchos de ellos precisaba la consulta del emperador, ausente en Alemania. En cédula,

Sabedores de la situación, ya en las Cortes de 1534, apenas un decenio después de las Comunidades, los procuradores solicitaban que el propio emperador oyera por su persona las peticiones y capítulos de los procuradores. Con respuesta determinada, además; es decir, sin evasivas o contestaciones dilatorias, o en blanco ⁽¹³⁹⁾. Más todavía, dentro de esta misma dirección, en sucesivas Cortes, comenzando por las de 1538, no se contentaron con instar al monarca atiende personalmente las peticiones contenidas en los capítulos. Porque ahora introducirán la novedad de que a su despacho (de hecho secreto, por vía de Cámara) estén presentes los procuradores, con el fin de que el rey conozca por su boca, de un modo más particular y detallado, las necesidades que en los capítulos se exponían tan sólo por relación ⁽¹⁴⁰⁾. Con escaso resultado, para frustración de las Cortes. Pese a todos sus esfuerzos, como el nombramiento de una específica comisión de entre los procuradores, efectuado con la misión de elaborar los capítulos generales, recogiendo el sentir de las distintas ciudades de voto y agilizar el trámite de su despacho por el presidente y los de la Cámara, con consulta regia.

En fin, por si deseamos un último testimonio de la degradación de la participación de las Cortes en la legislación del reino, valga la comparación de las respectivas quejas presentadas por los procuradores en las Cortes de Valladolid de 1506 y 1555. Porque en la primera fecha los representantes de las ciudades, según lo apuntamos en su momento, solicitan no se hagan ni revoquen leyes salvo en Cortes. Mientras en la segunda de las oportunidades, de manera harto diferente, van a limitarse a suplicar que las pragmáticas dadas en Cortes, o que se dieran en lo sucesivo, no pudieran ser revocadas fuera de estas asambleas ⁽¹⁴¹⁾. Repárese en el tenor de los capítulos, pues

dirigida a Burgos, publicada por DANVILA, *El poder civil*, V, pp. 242-243. Pero luego la situación sería desesperante. Así, en las Cortes de 1548, los procuradores se quejan de que en aquel momento estaban todavía sin determinar muchos capítulos de las reuniones de 1532, 1534, 1537, 1539, 1542 y 1544 (en CLC, V, 3, p. 366). Sin menospreciar la protesta de que en 1558 aun no se habían respondido los capítulos de 1552 y 1555 (CLC, V, pp. 496 y 627).

⁽¹³⁹⁾ CLC, V, 1, p. 581.

⁽¹⁴⁰⁾ Y siguiendo por las de 1542, 1548 y 1555. El texto de las cuatro en: CLC, V, p. 104 y 3, p. 105; CLC, V, p. 256; CLC, V, p. 367 y CLC, V, p. 497, sucesivamente.

⁽¹⁴¹⁾ CLC, V, 90, pp. 677-678.

las distancias entre uno y otro son considerables, autolimitándose los procuradores en 1555 a las leyes y pragmáticas fruto de las Cortes. Conscientes de que el rey legislaba muy a menudo sin su concurso, sin esperar a su convocatoria. Al margen del raciocinio ya insinuado con anterioridad. A saber; cómo la labor de Cortes se reducía a pedir, a suplicar, quedando reservada al monarca la facultad de otorgar, con aceptación de los capítulos, o con su rechazo.

Mas no quisiera con todo dejar un sabor demasiado amargo y negativo sobre el papel de las Cortes en estas tareas de legislación y gobierno. Ya que, con las limitaciones y precisiones del caso, debemos apreciar positivamente el alcance de los cuadernos de leyes y pragmáticas aprobados por el rey con el auxilio y consejo de las Cortes. Difundidas además por la imprenta, agrupando a varias de ellas las más de las veces, dada la tardanza regia en responder a los capítulos. Pasando luego, aun con una técnica poco feliz de refundición y sistematización, al cuerpo legal conocido como la Nueva Recopilación ⁽¹⁴²⁾. Una compilación por la que venían luchando los propios procuradores ⁽¹⁴³⁾.

No es mucho lo que venimos diciendo sobre los distintos temas, pero por sólo lo ya expuesto podemos percibir cómo el funcionamiento de las Cortes, del reino junto en Cortes, o reino a secas, se ha tornado más complejo que en la etapa de los Reyes Católicos, de fácil mecánica, por lo menos en las apariencias. Achacables ahora las complicaciones, en lo fundamental, a dos razones: la retención en las ciudades de la capacidad de decisión respecto a las grandes cuestiones de orden tributario, recogidas en los cuadernos de instrucción de los procuradores, y las facultades atribuidas a las Cortes y a su Diputación de alcabalas en la administración de estos últimos impuestos, una vez comenzaron los encabezamientos generales, cuan-

⁽¹⁴²⁾ Un elenco de las leyes dadas en Cortes en tiempos del emperador, posteriormente recogidas en la Nueva Recopilación, en DANVILA, *El poder civil*, V, pp. 412-447.

⁽¹⁴³⁾ Según se manifestaban en las Cortes de 1523, 1525 y 1534, pretendiendo corregir los defectos del Ordenamiento de Montalvo (CLC, V, 56, p. 382; CLC, V, 20, p. 415 y CLC, V, 1, p. 581, respectivamente). Tanto debía ser su interés, que en las primeras Cortes reunidas en el reinado de Felipe II, en 1558, acuerdan gratificar al licenciado Arrieta, consejero de Castilla, con 150.000 maravedises, por «lo mucho e muy bien que a trabajado en la recopilacion destos Reynos». Aunque luego el consejero rechaza el donativo del reino, prefiriendo la remuneración del rey. De acuerdo a noticias recogidas en el ya citado papel: «Relación de las gratificaciones», AGS, PR 69-95.

do antes de los mismos corría a cargo de los órganos de la hacienda real.

Tampoco es cuestión de detenernos en explicar de qué modo alargó el desarrollo de las reuniones de Cortes el tema de los poderes de los procuradores, para los servicios o para los encabezamientos. Baste con insinuar de nuevo el fenómeno de las consultas, en ocasiones llevadas de la mano por los propios procuradores a sus ciudades, interrumpiendo los ayuntamientos de las Cortes. Como asimismo la cantidad de presiones efectuadas por el monarca a través de la Cámara y los corregidores, para que las ciudades otorgaran poderes plenos y generales y alzaran los juramentos y restricciones, dejando libres la voluntad de sus procuradores. Desde las cartas y cédulas adjuntas a la convocatoria, a las más inmediatas a la reunión de Cortes, cursadas nada más verificarse el tenor de los poderes, mediante el oportuno examen de los mismos, efectuado ante el presidente, letrados asistentes, secretario regio y escribanos. No menos que se reproducirían con motivo de las inevitables consultas, elevadas por los procuradores a sus ciudades, cada vez que el presidente, a voz del rey, les pedía algo no recogido en sus instrucciones. Habiendo de proceder el mismo presidente, siempre en nombre del monarca, a levantarles el juramento de guardar secreto de las deliberaciones de Cortes. Como después, él y los asistentes, debían examinar los nuevos poderes, de acuerdo al mismo ritual empleado en el auto previo a la proposición regia.

Los encabezamientos generales atribuyen a las Cortes una funcionalidad nueva, valiosa para reforzar la consideración de estas asambleas como órgano colegiado dotado de personalidad jurídica, con sede en la Corte ⁽¹⁴⁴⁾. Bien ellas mismas, durante el tiempo de sus reuniones, o la Diputación de alcabalas en su ausencia.

Uno de los signos de la mencionada personalidad, y de su carácter de órgano colegiado o corporativo, es su condición de instancia de despacho, capaz de resolver por sí — o mediante su Diputación en el hueco entre Cortes — peticiones de particulares en materia de encabezamientos de alcabalas. Con procedimientos semejantes, por cierto, a los empleados en el Consejo Real para la

⁽¹⁴⁴⁾ Frente a las tesis de Pérez Prendes y Carretero, en los libros ya citados. Bien que el segundo detenga su estudio en 1515.

resolución de los expedientes ⁽¹⁴⁵⁾. Manifestando de paso, retengamos el dato, algunas de las tentaciones de las Cortes, en especial la de transformarse en un órgano de funcionamiento similar a los Consejos de la Corte. Con verdadero peligro en materias tan técnicas como la administración de alcabalas, donde se les hacía obligado a procuradores y diputados recurrir al auxilio de los expertos contadores de la hacienda regia. A quienes, por otra parte, aunque hubieran querido, no podrían eludir, por la propia naturaleza del tributo. Reflejada en la misma elaboración de los contratos de encabezamientos, con participación de los escribanos mayores de rentas y los contadores de la Contaduría Mayor de Hacienda, además de los procuradores (una comisión de entre ellos) y del presidente, asistentes y escribanos de Cortes.

Mas sigamos con la argumentación, porque en torno a los diputados de alcabalas descubrimos otros símbolos de la recalcada entidad de las Cortes, de su sustancia institucional, por parcial que la juzguemos. Según parece indicar el hecho de que éstas tengan capacidad para otorgar poderes a los citados diputados, que las representan en su ausencia. Respecto a varios asuntos concernientes a los encabezamientos, como tomar cuentas a distintos participantes en su cobro y gratificarlos por su labor ⁽¹⁴⁶⁾. Como también pensamos que es otra buena muestra de lo dicho la facultad de las Cortes, del llamado reino, para exigir responsabilidad a sus propios diputados de al-

⁽¹⁴⁵⁾ Y voy a referirme a 1544. En concreto, a una petición de Cristobal Aguado, bonetero, vecino de Toledo, solicitando a los procuradores de Cortes, con el rótulo en la dirección de «muy magníficos señores, le hagan limosna de perdonarle cincuenta y tantos mil maravedises que no puede pagar, de unas cuentas del cobro de ciertas rentas reales, en cuestión de alcabalas, de que fue fiador. La petición se somete a la consideración de los procuradores, en junta de los mismos, celebrada el 26 de abril del mencionado año. Sobre la que los procuradores, reunidos en número suficiente como para formar mayor parte, adoptan un acuerdo. Siendo bien ilustrativo de cuanto decimos, además de la dirección que encabeza la petición, la forma en que se consigna el acuerdo por parte del escribano de Cortes Luis Sánchez Delgadillo. Como si se tratara de una petición resuelta en el Consejo Real por vía de expediente. Pues en hoja aparte, o al dorso, debajo del nombre del peticionario, y la fecha y la localidad del despacho, se recoge en forma sucinta, por relación, el acuerdo: «que se le espera por los veinte y cinco mill maravedises por tiempo de ocho años, dando fianza por ellos, y que durante este tiempo dentro de estos dichos ocho años no se le pida lo de más que deviere», a lo que sigue la rúbrica del escribano de Cortes. En AGS, PR 69-91.

⁽¹⁴⁶⁾ Diversos ejemplos en AGS, PR 69-79 y 92.

cabalas, mediante las correspondientes satisfacciones de las oportunas instrucciones recibidas en el momento de adquirir sus oficios. Dentro de un juego más estricto, por rutinario que luego llegara a ser, que el representado por las ciudades y sus procuradores, pues las ciudades nunca satisficieron su deseo de verificar «a posteriori» la responsabilidad de sus procuradores en el desempeño del oficio; quizás por ello se afanaban tanto en el «a priori», en las instrucciones y restricciones del poder. No poco chocante, si observamos que los diputados de alcabalas eran designados por las ciudades de voto, por riguroso turno, de entre los procuradores salientes. Por más, también, que estuvieran marcadas una serie de comunicaciones particulares entre los diputados y las ciudades. Como para pretender retener éstas el carácter de reino en toda circunstancia ⁽¹⁴⁷⁾. De modo que tampoco descuidemos la otra vertiente de las Cortes: su relación con las ciudades.

No son éstos los únicos datos relevantes para el futuro de las Cortes, dimanados de la administración de alcabalas y, por consiguiente, de los contratos de los encabezamientos generales. Porque será en este momento cuando se consolide la llamada «hacienda del reino», su propio presupuesto interno. Que con anterioridad estaba limitado a los cuatro cuentos (millones) de maravedises, votados por los procuradores junto a los servicios. Desde ahora acrecentados con las sobras de los encabezamientos, es decir, «el montante entre lo recaudado realmente y el precio fijado en el oportuno contrato» ⁽¹⁴⁸⁾. Un buen caudal a disposición de las Cortes — y de su Diputación — para hacer frente a sus gastos, materiales y personales. No menos que un precioso instrumento para su independencia, por relativa que se nos antoje. Apareciendo en el horizonte fiscal la distinción entre hacienda del rey y hacienda del reino (de las Cortes).

Ni la cosa acaba aquí. Pues existen más manifestaciones de cuantos venimos diciendo. Ya que en relación a los encabezamientos y a la administración de alcabalas por el reino, y su Diputación, surge todo

⁽¹⁴⁷⁾ Se pueden rastrear datos sobre los orígenes de la instrucción a los diputados en AGS, PR 69-92 y 95. Pero para el nombramiento, funciones y control de responsabilidad a los diputados, véase TOMÁS Y VALIENTE, *La Diputación*, pp. 369-391. También FORTEA, *Trayectoria de la Diputación de las Cortes*, ya citado, con referencias expresas al grado de vinculación de los diputados respecto a las ciudades.

⁽¹⁴⁸⁾ Según lo define TOMÁS Y VALIENTE, *La Diputación*, p. 372.

un personal a su exclusivo servicio, los llamados oficiales y ministros del reino. Dependiendo de las Cortes — y con ciertos límites de la Diputación en su ausencia — su libre elección y remoción. Que no del rey. Limitados en unos primeros momentos a los letrados del reino y al receptor de alcabalas. Que en el reinado siguiente, con el pleno desarrollo de las Cortes, se multiplicarían. Por ahora, los letrados para conocer como técnicos en Derecho de los pleitos y negocios que se ofrecieran con motivo de la administración de las rentas del encabezamiento; lo que de nuevo revelaría la personalidad jurídica de las Cortes, del reino, parte en pleitos y contratos, con particulares, con las ciudades y con la Corona (¹⁴⁹). Además de asesorar a los procuradores en la confección de los capítulos de Cortes, futuras leyes (¹⁵⁰). Por su lado, el receptor del reino se encargaba de recaudar las sobras del encabezamiento y de efectuar los pagos que de las mismas le exigiesen las Cortes y su Diputación de alcabalas. Con rendición de cuentas de su gestión junto a los diputados (¹⁵¹).

Mas los encabezamientos no se plasmaban en contratos con rapidez, pues exigían arduos debates, a tres bandas: la Corte, el reino junto en Cortes y las ciudades. Discutiéndose sobre las condiciones de los mismos a la hora de los poderes, pero luego también en Cortes en el momento de la elaboración de las escrituras. A añadir a las dificultades derivadas de los servicios, desde la época comunera. Con la consecuencia de convertir a las Cortes en una institución lenta, compleja y costosa. De forma progressiva, y sin solución, hasta el final de sus días. A peor con los millones.

Esta complicación de la vida de las Cortes se traduce por doquier. Además de lo apuntado antes, no sobraría señalar que en las Cortes últimas del emperador ya se observan en atisbo todas las características que adquirirán en los siguientes años. Con una orden

(¹⁴⁹) Aparecen con esta función en 1539, en número de uno por ahora, nombrado por los diputados para acabar con la práctica de designar a letrados con carácter eventual, como se había hecho en los años anteriores del encabezamiento. Para ser removido a voluntad del reino y sus diputados, según se señala. En AGS, 69-93.

(¹⁵⁰) Por cuya tarea eran gratificados por el reino («Relazion de las gratificaciones», AGS, PR 69-95, ya mencionado).

(¹⁵¹) Para su función y el dato de rendir cuentas junto a los diputados, AGS, PR 69-95, tanto en el papel citado en la nota anterior, como en un memorial adjunto, para épocas inmediatas a 1537.

de celebrar Cortes plasmada por escrito, más minuciosa que la que se guadaba en la época de los Reyes Católicos, anticipo del rígido ceremonial por venir ⁽¹⁵²⁾. No menos que con los intentos por fijar una ordenanza de votar, ámbito tan nuclear como para dar nombre a los futuros y completos reglamentos de funcionamiento interno ⁽¹⁵³⁾. De origen diverso una y otra: la primera de la Corte y la segunda de las cortes. Un nuevo campo-el de las ordenanzas de votar-para la autonomía de las Cortes, mas con no poco límites.

Otra manifestación de su creciente complejidad, particularmente en los últimos tiempos del reinado, la observamos en el valor adquirido por los escribanos. Para dar fe de todos los actos que pasaban ante sus personas, judiciales y extrajudiciales. Para llevar los libros de Cortes. Para refrendar los acuerdos adoptados por éstas. Para regular los votos de los procuradores. Para atender al despacho de los capítulos y servir a las Cortes en los encabezamientos. E incluso para presentar ante el consejo las apelaciones planteadas por algún procurador respecto de los acuerdos del reino. Siendo de tanta importancia su función como para ser recompensada en la suma de los cuatro cuentos y en las sobras de los encabezamientos ⁽¹⁵⁴⁾. Hasta llegar prácticamente a equipararse a los procuradores en materia de retribuciones, cosa que ya sucederá en el reinado siguiente.

Como no deja de ser significativa la misma existencia de diversas comisiones de procuradores, surgidas para distintos asuntos, con el fin de descargar de tareas al reino junto en Cortes y preparar mejor los acuerdos. Caso de las formadas para el reparto de los cuatro

⁽¹⁵²⁾ «La orden que se suele tener en hacer Cortes en Castilla», de fecha tardía; quizá, incluso de las primeras Cortes del reinado de Felipe II. Reproducida en su mayor parte en el escrito: *Cómo se hacen las Cortes*. Con algunas novedades en relación a las Cortes de 1515. Como la segunda proposición, la fusión de los actos de votación y otorgamiento de los servicios y la desaparición de la despedida de Cortes por parte del rey. Rubricando un mayor distanciamiento físico del monarca, a la par que la consolidación de la figura del presidente. Además de recoger las disputas ya conocidas por el orden de proceder entre servicios y capítulos, o sobre la pretensión de los procuradores de deliberar sólo entre sí.

⁽¹⁵³⁾ En las Cortes de 1554, determinándose en junta de procuradores, en el reino, que bastaban estuvieran juntas «dos partes de tres», de sus treinta y seis miembros, para votar por «mayor parte» y pasar así por firme el acuerdo adoptado (AGS, PR 71-105). En asuntos de régimen interno.

⁽¹⁵⁴⁾ Datos interesantes en «Relación de las gratificaciones», AGS, PR 69-95.

cuentos, la elaboración de los capítulos generales, la redacción de la escritura de los encabezamientos o la presentación de los memoriales de las mercedes particulares de los procuradores. Al margen de la Diputación de alcabalas, compuesta de procuradores salientes. Un aviso, sólo un aviso, de la proliferación de comisiones que aparecerá en las Cortes de siguientes reinados.

Ni podemos descuidarnos del significado de las apelaciones por los procuradores de los acuerdos del reino. Efectuadas ante el Consejo de Castilla, un órgano de la Corte, con ya relativa frecuencia en las Cortes postreras de la época del emperador ⁽¹⁵⁵⁾. Un factor que aportaba más complicaciones a las Cortes, no obstante se declare que las apelaciones no paralizaban la ejecución de acuerdos. Posible agente de paz entre los procuradores, para poner coto a las diferencias internas, mas de dudosa neutralidad, habida cuenta de que el presidente y los de la Cámara formaban parte del Consejo. Aunque, bien es verdad, los procuradores gozaban de un fuero privilegiado, proveniente de la Edad Media, que les garantizaba su libertad, frente a la Corte y frente a sus ciudades. Por una parte lo que hoy llamaríamos derecho de inviolabilidad, de cara a las afirmaciones vertidas en Cortes, común a los grandes ayuntamientos y congregaciones de su tiempo ⁽¹⁵⁶⁾. De otro lado, la inmunidad procesal. De un generosísimo alcance, extensible tanto a causas criminales como a asuntos civiles intentados contra ellos durante el tiempo de la procuración. Con algunas excepciones, referidas preferentemente a un fuero más privilegiado que el suyo: el del monarca ⁽¹⁵⁷⁾. Pero también con precisiones respecto a no ser procesados ni prendados por deudas de sus concejos, de cuyos ayuntamientos solían formar parte los procuradores de los mismos ⁽¹⁵⁸⁾.

Desaparecido el emperador, las Cortes siguieron su andadura. Con las características insinuadas en sus últimos momentos; pero aumentadas y mucho. Con diferencias cada vez más notorias respecto

⁽¹⁵⁵⁾ Atiéndase sólo a la transcripción parcial de las actas de las Cortes de Valladolid de 1555, efectuada por TOMÁS Y VALIENTE, *La Diputación*, pp. 452-469.

⁽¹⁵⁶⁾ Con toda claridad, con referencia a lo que sucedía en los concilios, donde no se penaban las opiniones herejes, hasta el momento de ser sancionados los cánones, según se recuerda en las Cortes de 1538 en la congregación de los nobles (CLC, V, pp. 68-69).

⁽¹⁵⁷⁾ Nueva Recopilación 6,7,10.

⁽¹⁵⁸⁾ Ordenamiento de Montalvo 2,11,4.

a las líneas claras y simples de las del reinado de los Reyes Católicos, de una época, no obstante, de la cual tanto recibieron en legado las Cortes posteriores.

Mas procedamos con orden, que no es otro que el de los reinados, y ahora nos toca el de Felipe II. Un tiempo de graves dificultades financieras para la Corona, que van a marcar la pauta de las Cortes.

La lucha por los poderes en estas circunstancias no hará sino agravarse, recrudecerse. Al tiempo que se nos llega a manifestar con formulaciones muy precisas. Tanto como para aparecer empleadas con reiteración, en las últimas Cortes del reinado, las expresiones de «voto consultivo» y «voto decisivo». Dentro de un largo trayecto de depuración semántica.

Desde las primeras Cortes del reinado de Felipe II aparecen los problemas. Con las soluciones típicas por parte de la Corte. Porque no nos pueden extrañar ni las minutas de poder, ni las cédulas simultáneas dirigidas a los corregidores. Como tampoco los apremios para que en distintos momentos levanten las ciudades los juramentos y las restricciones. Pese a lo cual el monarca se veía precisado, por medio del presidente, a autorizar a los procuradores mil y una consultas con sus ciudades, en demanda de nuevos poderes.

Valiendo de poco la alteración establecida en el orden de proceder, consistente en que en el momento del examen de poderes de los procuradores, por parte del presidente y asistentes, se obligaba a los representantes de las ciudades a jurar si habían traído de ellas, de palabra o por escrito, instrucción o cualquier otra limitación de poder. Con lo que, desde entonces, se distinguirá en el proceso de Cortes entre este juramento, efectuado en la morada del presidente, de aquel otro, llamado de secreto, celebrado en adelante en la sala de Cortes instantes antes de la llamada segunda proposición, a cargo precisamente del presidente ⁽¹⁵⁹⁾. Pero de tan poco le valdría a la Corte esta alteración introducida en el orden de proceder, que ella misma habría de modificar poco después la fórmula del juramento prestado por los procuradores, una vez presentados los poderes. Puesto que ahora no se circunscribe a contener referencias a las instrucciones recibidas y a los juramentos y pleitos homenajes

(159) Ya en las Cortes de 1563, ACC, 1, pp. 14-17.

efectuados, sino que se amplía a las restricciones de poder que a lo largo de las Cortes pudieran hacer llegar las ciudades a sus procuradores ⁽¹⁶⁰⁾.

Según podemos apreciar, el ingenio no escaseaba en esta guerra por los poderes entre la Corona y las ciudades. No había puesto la Corte un nuevo obstáculo, el juramento de no llevar instrucciones y limitaciones, a realizar tras la presentación de los poderes generales, y ya las ciudades habían encontrado el medio de sorteralo. Porque en un entendimiento estricto del auto del juramento, tal como venía realizándose, no se contemplaba el supuesto de las instrucciones recibidas por los procuradores en el transcurso de las Cortes.

La pugna fue incensante, pero en el desarrollo de la misma quizá destacan tres secuencias, o cuatro. A las que me voy a reducir. Una de ellas se desarrolla en torno a las Cortes de 1563, con el aliciente sobreañadido de contar con Actas, en el pleno sentido de la palabra. En unos momentos en que las Cortes, como la Corte, adquirirán sede fija, en Madrid; con alguna excepción.

Difícil le resultò al monarca en esta reunión obtener poderes libres de todas las ciudades para el otorgamiento de los servicios ordinario y extraordinario. Pese a la amplia gama de instrumentos de presión a su alcance. Mas los apuros llegarán hasta lo imposible, cuando, a punto de finalizar el curso normal de la mencionada asamblea, pretende Felipe II la aprobación de propuestas no recogidas en la carta de convocatoria, ni tampoco en la proposición real, ni en la alocución del presidente, la denominada segunda proposición. En concreto, tras otra proposición regia, expuesta a los procuradores, donde se les rogaba aprobasen subsidios para la guerra contra los moros y turcos en Africa, así como les era solicitado ofrecieran medios para el desempeño de la hacienda, real, una de las obsesiones, si no la obsesión de su reinado. Provocando una nueva consulta con las ciudades, después de la preceptiva licencia del presidente. En unos términos precisos, porque el rey intentaba que los asuntos propuestos quedaran reservados para su determinación por todo el reino junto en cortes, y no particularmente por las ciudades, a las que

⁽¹⁶⁰⁾ ACC, 5, p. 91, o ACC, 7, p. 9. Recogido con fidelidad por una minuciosa orden de proceder, de finales de siglo: «La orden que se tiene en celebrar las Cortes y otorgar los servicios ordinario y extraordinario y disolverlas», publicada por DANVILA, *Tomo Quinto Adicional*, p. 139, para este punto concreto.

sólo se les pedían dieran libre comisión a sus procuradores, sin especificar el alcance de los medios y subsidios. En una potenciación de las Cortes. Sin embargo, para su desilusión, la comisión (los poderes libres) no llegaba a la Corte como él deseaba, por lo que hubo de disolver las Cortes. En un fracaso que tenía precedentes ⁽¹⁶¹⁾.

Dentro de este contexto, tal vez uno de los instantes más llamativos, y de mayor satisfacción para las ciudades, desde hacía tiempo, se produce con ocasión de las Cortes iniciadas en 1576. Sin que falte tampoco su pizca de dureza en las refriegas habidas entre la Corte y las ciudades, como agrio contrapunto a lo que éstas obtienen. Aunque podemos ver su antecedente inmediato en las Cortes de 1573-1575, cuando Felipe II hubo de recoger velas en lo del desempeño; bien que obtuviera éxito, y no pequeño, en el crecimiento del encabezamiento general, como una alternativa a planes más ambiciosos. Porque en las ciudades se ponían pasquines contra las concesiones a las demandas regias de desempeño de su hacienda, en bancarrota. Por muchos sermones que los curas párrocos, a exhortación de la Corte, predicaran a sus feligreses. Como por mucha coacción que ejercieran los corregidores. Ni valían gran cosa las opiniones de letrados, los pareceres de prelados, oidores de las Chancillerías y todo tipo de personas con influencia en los concejos. Ni siquiera la consulta por su persona de los procuradores a las ciudades. Como tampoco, en tema de desempeño general, resultaba enteramente satisfactoria la creación en la Corte de una Junta «ad hoc», la Junta de desempeño ⁽¹⁶²⁾, que al lado o con el nombre de Junta de encabezamientos o de medios sería el germen de la inminente Junta de Cortes.

No es cuestión de explicar con detalle lo sucedido en relación con las Cortes de 1576. Donde los conflictos se multiplican. Oyéndose una vez más voces de Comunidad, andando de nuevo de por medio frailes y letrados urbanos. Con feroz oposición por parte de algunas ciudades al otorgamiento de servicios, si no procedía el rey a una

⁽¹⁶¹⁾ Véase: ACC, 1, pp. 1-11, 14-17, 33-35, 185-189, 194-213, 263, 433-439 y 441-456.

⁽¹⁶²⁾ Para estos extremos: AGS, PR 72-5, 6, 14, 58, 59, 61, 62 y 71 y PR 73-2, 10 y 17. Así como ACC, 4, pp. 171-191 y 513-561.

rebaja sustancial en el precio del encabezamiento alcanzado en la reunión anterior. Meta que lograrían ⁽¹⁶³⁾.

Pero, a pesar de la intención expresada, no me resisto a aportar un par de datos significativos para la evolución de los poderes, y por extensión de las Cortes. No recogidos además por Jago. El primero hace referencia a la lucidez con la que el corregidor de Burgos sintetiza la resistencia de los regidores del concejo que presidía. Porque, dice, sólo están atentos a ser «señores del poder» ⁽¹⁶⁴⁾. Compendio feliz de ideas, dentro de una sociedad señoral, y que dejaba en evidencia que los mandantes o constituyentes de los poderes no eran otros, a la postre, sino los componentes de los cabildos o ayuntamientos. El poder constituyente, si pudiéramos así decirlo, residía en las dieciocho ciudades con privilegio de voto, y no en las Cortes, por reino que se llamaren y por interés que tuviera el rey en fortalecerlas, dada la situación.

El segundo es una cita literal, sacada de las propias Cortes, de un acuerdo de los procuradores, exponente de lo cerca que ya estaba la consagración de los vocablos «voto consultivo» y «voto decisivo». Júzguese si no. Porque textualmente se dice: «hizimos un acuerdo por el cual declaramos en el libro de las Cortes que todo lo que el Reino tratase, platicase, ofreciese, y confiriese, todo ello se entendiese para en caso que las ciudades lo aprobasen y tubiesen por bueno, porque la voluntad del Reino era, y así lo declaramos, de que nada valiese ni indujese obligación ni les parese perjuicio de otra manera» ⁽¹⁶⁵⁾. Las ciudades de voto, parece obvio, apretaban lo suyo al reino, a sus procuradores reunidos en Cortes.

Cuando acaba por desvelarse terminológica y funcionalmente la evolución padecida por los poderes, desde los días de las Comunidades, será en las dos últimas reuniones de Cortes del reinado, celebradas durante los años de 1588 a 1590 y de 1592 a 1598, respectiva-

⁽¹⁶³⁾ Lo analiza con suficiencia Jago en un escrito monográfico, citado en nota 31. Siguiendo la magnífica documentación compilada por Danvila en el llamado Tomo Quinto Adicional de las Actas de Cortes de Castilla. A ambos me remito para satisfacer la curiosidad del lector.

⁽¹⁶⁴⁾ En carta a Vázquez de Salazar, asistente de Cortes y secretario de la Cámara (*Tomo Quinto Adicional*, pp. 126-127).

⁽¹⁶⁵⁾ *Tomo Quinto Adicional*, p. 207, en particular.

mente. Coincidiendo en el tiempo con los contratos de millones, otro momento singular en el devenir de las Cortes.

La distinción entre voto consultivo y voto decisivo aparecerá diáfana en uno de los ayuntamientos de 1588. A raíz del encabezamiento y de la inevitable comunicación con las ciudades. En el turno de los procuradores de Burgos. Con estas palabras: «que este voto- el que ellos proponen-sea consultivo y no decisivo, pues en todo se ha de hacer lo que ellas (las ciudades) ordenaren». Con eficacia, pues «regulados los votos de los procuradores, salió por mayor parte que al Reino la parece que se aconseje a las ciudades de voto de que se tome el encabezamiento por prorrogación, con su consentimiento» (166). Por mucho que después vuelvan sobre el mismo asunto, mas siempre abundando en la naturaleza de sus poderes: que se escriba a las ciudades «por vía de consejo y parecer», según exponen distintos procuradores (167).

Vocablos y expresiones repetidas, por consolidadas, en las Cortes iniciadas en 1592. Hasta con algún matiz nuevo, redundante o aclaratorio. De este modo, y a propósito de la discusión que se estaba desarrollando en Cortes acerca de los medios con que socorrer al rey, el procurador Antonio de Tavera suelta esta perorata:» que (...) todo lo que en este negocio se tratare y acordare en el reino, y lo que se comunique con los señores de la Junta de Cortes, sea visto que es por vía de conferencia, y sin decidir ni determinar ni resolver en cosa alguna, hasta tener poderes especiales de las ciudades en que se ordenare lo que se hubiere de hacer» (168).

Con mucha nitidez, como se ve. Pero todavía caben formulaciones más completas. Como la empleada en las Cortes últimamente citadas, por uno de los procuradores de Burgos, en el momento de la votación por el reino del servicio de millones: «que nada de lo que en su voto consultivo dijese pare perjuicio a la ciudad de Burgos, ni a su provincia, ni a estos Reynos, antes dejando a la dicha ciudad, y a las demás, y a las villas de voto en Cortes, libres sus votos decisivos, sin que queden obligadas a pasar por lo que en este voto consultivo dixere, aunque salga por mayor parte, y conque él y los demás caba-

(166) ACC, 11, pp. 83-88.

(167) ACC, 11, pp. 88-96.

(168) ACC, 14, p. 24.

llos procuradores de estas Cortes queden y estén libres para cuando se haya de votar decisivamente y pueda cada uno dar el voto que su ciudad o villa le ordenare, aunque sea contrario de lo que en los votos consultivos haya dicho» (169).

Y no eran frases inútiles, pues en estas dos reuniones de Cortes hubo varios momentos en que se recurrió a la consulta con las ciudades y a la solicitud de nuevos poderes. Con no pocas dificultades para la Corte. Las hubo en el primer servicio de millones, en las Cortes iniciadas en 1588, donde numerosas ciudades se resisitían a dar el voto decisivo, y más sin condiciones. Pese a la presión de la Cámara y el trabajo de su secretario, Vázquez de Salazar, sobre los concejos, así como la labor de la Junta de Cortes, de la que también era secretario el mismo individuo (170). Mas los problemas de la Corte llegaron al infinito con ocasión de la solicitud por ésta del segundo servicio de millones, en las Cortes comenzadas en 1592. En una escritura de contrato que habría de tener vetiuna condiciones, según el texto acordado en Cortes por voto consultivo. Que no sería aceptado por las ciudades sin añadir nuevas condiciones, así como después de sufrir tremendas coacciones de los corregidores, a dictado de la Cámara y de la Junta de Cortes. Tan forzada debía ser la situación como para que los confesores del entorno regio desaconsejasen el servicio logrado en estos términos, porque a su parecer muchas de las ciudades habían otorgado el consentimiento con violencia y temor, y con carácter condicional, y en ningún caso de forma voluntaria (171). A cuyas admoniciones se pliega el monarca, desistiendo de formalizar la escritura. En un nuevo fracaso de sus expectativas de Cortes. No es necesario insistir en ello.

Sin abierta ruptura con un pasado más o menos inmediato. Pues hasta nos volvemos a encontrar ahora con la cuestión de los poderes «in solidum» (172). Como otra prueba de lo dicho. Sin negar que con

(169) ACC, 15, pp. 76-77.

(170) Lo conocemos bien por el expediente de la Junta de Cortes relativo a este primer servicio de millones. En BAH, ms. 9-30-6/6417.

(171) Para su comprobación, incluidos el correspondiente expediente de la Junta de Cortes y el parecer de los confesores: ACC, 15, pp. 428-463 y ACC, 16, pp. 517-570.

(172) Nada más comenzar las Cortes de 1588, en la oportunidad del otorgamiento del servicio ordinario, se hace la observación por los procuradores de que todavía faltaban poderes de varias ciudades, y además algunos de los procuradores estaban sin sus com-

los millones se produzca un mayor enmarañamiento, todavía, de las conflictivas relaciones entre la Corte y las ciudades, con motivo siempre de los recursos demandados por la hacienda regia. Nada despejada justamente con la rotunda distinción entre voto consultivo y decisivo, por la que se consagraba el mandato imperativo de las ciudades. Tanto sería esto así, que andando el tiempo, no demasiado, se producirán modificaciones de entidad en la naturaleza de los poderes. Con persistencia de los millones y de los encabezamientos, sin embargo.

En un mundo de planteamientos más globales, heredados de tiempos pasados. Porque de nuevo vuelve a suscitarse una cuestión de orden en el proceder de Cortes, referente a la precedencia entre capítulos y servicios ⁽¹⁷³⁾. Las materias de Cortes sobre las cuales se proyectaban los poderes. Mas en un juego dispar de atribuciones, como ya se conoce. Porque en cuestión de servicios al rey compete pedir y al reino otorgar ⁽¹⁷⁴⁾, incluso en los de millones ⁽¹⁷⁵⁾. Mientras es facultad del monarca la resolución de los capítulos, terreno donde al reino sólo le toca solicitar ⁽¹⁷⁶⁾. Quedando también como estaba el asunto de las tercias y alcabalas, por cuanto corresponderá al reino pedir su prórroga o nuevo encabezamiento ⁽¹⁷⁷⁾. Por entender se

pañeros y no tenían poderes «in solidum» para votar (ACC, 10, pp. 25-26). Como también lo descubrimos antes, en las Cortes de 1576, y en relación a los procuradores de Avila (*Tomo Quinto Adicional*, pp. 99-101). En continuidad con las Cortes del reinado anterior.

⁽¹⁷³⁾ Valgan algunas citas: Cortes de 1563, ACC, 1, pp. 72-73; Cortes de 1566, ACC, 2, pp. 48-49 y ss.; Cortes de 1576, en casi todos los poderes de los procuradores, a lo largo del llamado Tomo Quinto Adicional, y Cortes de 1583, ACC, 7, pp. 32-40.

⁽¹⁷⁴⁾ En un célebre memorial de Agustín Álvarez de Toledo, presentado al presidente y Junta de Cortes en 1594, redactado con la finalidad de ofrecer medios para el desempeño de la hacienda regia, distinguiendo entre rentas fijas y no fijas de la Corona. Pues bien, en el epígrafe de rentas no fijas, y temporales, sitúa a los servicios ordinario y extraordinario, que dependían «de la voluntad de los que lo conceden» (AGS, PR 72-59).

⁽¹⁷⁵⁾ El primer servicio de millones surge tras la propia iniciativa de Felipe II, como respuesta a la búsqueda de medios, en los momentos subsiguientes a la derrota de la armada «invencible» (ACC, 10, pp. 243-247).

⁽¹⁷⁶⁾ De ahí la queja dirigida contra el presidente, en las Cortes de 1586, a causa de que éste decidió enmendar los términos en que se habían redactado algunos capítulos generales. Puesto que según el reino, en el orden de pedir, que es lo que a él toca, no se le podía ordenar ni limitar. En ACC, 2, pp. 286-290 y 371-384.

⁽¹⁷⁷⁾ Aun que la voz cantante la llevarán en Cortes los llamados procuradores confi-

trataba de un capítulo más, y en tema de rentas ordinarias de la Corona.

Asuntos que, como no se ignora, afectaban directamente al concepto de la doble representación de los procuradores: en nombre de las ciudades y de los reinos. De acuerdo a los términos que continúan apareciendo en todas las cartas regias de convocatoria y en los poderes ciudadanos de los procuradores. Mas exactamente igual que antes, lo que subyace en el fondo es la contraposición de interpretaciones acerca de lo que se entiende por bien público, común, general o universal de los reinos. De cuya defensa se arrogaban simultáneamente el protagonismo las ciudades y la Corona. Envaradas las Cortes entremedias de ambas instancias.

Las posiciones del monarca respecto a la noción del bien público se mantendrán inalterables. En la carta de convocatoria, en la proposición inicial, en la alocución del presidente y en todas las intervenciones de la Corte. Siempre como equivalente de auxilios financieros, de remedios necesarios para continuar con su política imperial. Haciéndose verdaderos esfuerzos para convencer de que los tributos no respondían al bien particular de los reyes, sino al bien público y común de los reinos. Con argumentos de necesidad y justa causa, y apelación a todo tipo de autoridades ⁽¹⁷⁸⁾.

De modo bien distinto, las ciudades, y sus procuradores, mostrarán malas caras ante los servicios y los tributos. Sobre todo cuando se trataba de nuevos impuestos establecidos por libre voluntad del monarca, sin contar con los procuradores de Cortes, contra lo dispuesto en las leyes de los reinos ⁽¹⁷⁹⁾. De esta oposición, muy ge-

dentés, los más afines a la Corte. Según se desvela en el completo ceremonial ya citado: «La orden que se tiene en celebrar las Cortes y otorgar los servicios», pp. 47-48, específicamente.

⁽¹⁷⁸⁾ Es ejemplar en este sentido el memorial que sobre el medio de la harina presenta Agustín Álvarez de Toledo a la Junta de Cortes en 1594 (su texto en AGS, PR 72-59, ya citado). Miembro de la citada Junta, ya desde 1586 (AGS, PR 79-226). Mientras antes había sido procurador, en concreto en 1579, cuando, haciendo méritos, ya se había manifestado sobre el desempeño de la hacienda real, contraponiendo el bien público y general al particular: el texto de este discurso en AGS, PR 77-501).

⁽¹⁷⁹⁾ De forma insistente aparece este agravio en las Cortes de 1566, ACC, 2, pp. 48-59, 69-70, 73-114, 153, 160-181, 189-198 y 210-219, con prioridad de trato respecto a los servicios. Pero lo continuamos viendo en las de 1583, ACC, 7, pp. 32-40. Y todavía

neral, algo hemos dicho al hablar de los poderes, como de forma inevitable habremos de incidir en ello al tratar de la composición de las Cortes o de su funcionamiento específico.

A lo que ciudades y procuradores concedían gran valor era a los capítulos. Por considerarlos como el verdadero bien público. En plena coincidencia con el reinado precedente. Según se manifestaban con claridad los representantes de las ciudades en las Cortes iniciadas en 1586. Quejándose de que no se guardaba la disposición de la Nueva Recopilación, donde se establecía que antes de la disolución de las Cortes había de darse respuesta a los capítulos generales y a los particulares. Porque en la realidad, frente a lo allí establecido, apenas si se determinaban algunos capítulos particulares, y en cuanto a los generales se difería su respuesta hasta Cortes posteriores. Con lo cual faltaba el fruto necesario para el bien público, privando así a los reinos del beneficio de Cortes ⁽¹⁸⁰⁾. En especial de los generales, pero también de los particulares ⁽¹⁸¹⁾.

Muy a pesar de las intenciones de los procuradores, según acabamos de ver respecto a la reunión de 1586. Pero las protestas por la tardanza en responder a los capítulos venía siendo habitual, por lo que sabemos, desde las mismas Cortes de 1563, las primeras con Actas completas. Repitiéndose, por ejemplo, en las de 1579 y 1592 ⁽¹⁸²⁾.

Con tanto retraso se respondió a los capítulos, contando además conque muchas de las respuestas no contenían resoluciones, sino simplemente evasivas o remisiones al Consejo Real u otros organismos, que uno de los primeros acuerdos tomados en Cortes por los procuradores consistía frecuentemente en la formación de una comisión dedicada a solicitar al presidente y asistentes el despacho

en las Cortes de 1586, mediante un capítulo, con cita del oportuno pasaje de la Nueva Recopilación, 6,7,1, procedente del Ordenamiento de Montalvo, 2,11,7 (el capítulo en ACC, 9,3, pp. 383-386).

⁽¹⁸⁰⁾ ACC, 9,1, pp. 383-384.

⁽¹⁸¹⁾ Las ciudades, como en el reinado anterior, solían distinguir en origen entre unos y otros. Según se aprecia en este documento de las Cortes de 1576, con el título: «Los capítulos generales que los procuradores de Burgos han de procurar y hazer que se pidan generalmente por todo el reino, advirtiéndolo que los que por el reino no se admitieren por generales, los pidan por particulares». Recogiéndose a renglón seguido los capítulos de «algunas cosas particulares» (*Tomo Quinto Adicional*, pp. 129-134 y 135-138).

⁽¹⁸²⁾ Para las Cortes de 1563, 1579 y 1592: ACC, 1, pp. 47-50 y 63; ACC, 6,1 y 3, pp. 809-810 y ACC, 10, p. 98, respectivamente.

de los capítulos de las Cortes pasadas aún sin publicar ⁽¹⁸³⁾. Si no se encargaba asimismo a una comisión de procuradores de gestionar la resolución de aquellos capítulos que, presentados en asambleas anteriores, no habían obtenido respuesta en forma determinada ⁽¹⁸⁴⁾. Como también, según no podía ser por menos, procedía el reino a nombrar de su seno unos comisarios responsables de la elaboración de los nuevos capítulos, a quienes se señalaba horario de reunión y se les facilitaba la asistencia técnica de los letrados del reino ⁽¹⁸⁵⁾.

Gran desazón producía entre los procuradores el despacho de los capítulos. Si no, no se entiende la propuesta formulada al respecto por uno de ellos en la reunión comenzada en 1586. Para que en adelante, dada la cantidad de capítulos sin contestar, solamente se publicaran aquellos que en efecto hubieran sido proveídos, con objeto de no rebajar más la autoridad del reino ⁽¹⁸⁶⁾. Ante la evidencia de lo que sucedía en la práctica. Recogida puntualmente por un ceremonial de celebrar Cortes, de finales de siglo. Donde no sólo se afirma que nunca se admiten los capítulos generales y particulares antes de ser otorgados los servicios ordinario y extraordinario, sino que se constata con toda sinceridad que en ocasiones todavía no se habían contestado los capítulos cuando se juntaban las siguientes Cortes ⁽¹⁸⁷⁾.

Finalmente, para no cansar más sobre estos extremos, aportaré un último dato, de interés, para comprender el progresivo declive de las Cortes en materia de leyes. En concreto deseo hacer referencia a la solicitud efectuada por los procuradores en las Cortes de Madrid de 1579 a 1582, por la cual instan al rey para que estando ellos juntos no se hicieran leyes sin darles parte, de manera que no se publicaran sin el mencionado trámite ⁽¹⁸⁸⁾. De oír a las Cortes, no más. Como

⁽¹⁸³⁾ Así: ACC, 7, pp. 26, 44-47, 54-60, 178, 249 y 371; ACC, 8, p. 12; ACC, 10, p. 458 y ACC, 12, p. 36. Correspondientes a las Cortes de 1583, 1586, 1588 y 1592.

⁽¹⁸⁴⁾ En ocasiones se trataba de la misma comisión anterior, encargada, por tanto, del doble cometido. Sobre el particular: ACC, 1, pp. 46-50 y 57; ACC, 4, pp. 28-29 o ACC, 5, pp. 131-133.

⁽¹⁸⁵⁾ ACC, 1, pp. 46-50; ACC, 2, pp. 71-72 y 95; ACC, 3, pp. 39 y 41-43; ACC, 5, pp. 504 y 591; ACC, 6, pp. 6 y 126; ACC, 7, pp. 372-373 y 498; ACC, 8, pp. 409-410 y 489-490; ACC, 11, pp. 149-150; ACC, 13, pp. 44-45 y 378 y ACC, 15, p. 712.

⁽¹⁸⁶⁾ ACC, 10, p. 98.

⁽¹⁸⁷⁾ «La orden que se tiene en celebrar Cortes y otorgar los servicios», p. 47.

⁽¹⁸⁸⁾ ACC, 6,3, pp. 610-611.

otro paso en la pendiente anunciada desde los días de las Cortes de 1506 y 1555, según peticiones ya recogidas aquí en su momento ⁽¹⁸⁹⁾.

Por lo que probablemente las condiciones de los servicios de millones, con valor de leyes y pragmáticas, tras la cédula de aceptación y confirmación por parte del monarca, tendrían en la mente de los procuradores, y de sus mandantes, los concejos, un objetivo importante, además de otros, el suplir las carencias de los capítulos. Como una nueva salida contractual a la contienda por el orden de proceder entre servicios y capítulos, también. En buena medida a imagen y semejanza de los encabezamientos. Si bien esto, en su plenitud, sólo sucedería en el siguiente reinado, pues los únicos millones por ahora efectivos, los de las Cortes de 1588, aunque bajo forma de contrato, obligatorio para ambas partes, no recogen condiciones extrañas al servicio. Versando sobre su cuantía, periodicidad y arbitrios para su pago ⁽¹⁹⁰⁾. Porque, según se ha apuntado, no llegó a formalizarse la escritura de millones en las siguientes Cortes; donde como condición se recogía un importante campo de actuación de las Cortes: la administración de millones ⁽¹⁹¹⁾. Una señalada fuente de energía para la institución, a añadir a la administración de alcabalas.

Continuidad, dentro de la evolución, es cuanto venimos percibiendo hasta el presente en las Cortes del reinado de Felipe II, sobre todo por relación a los últimos tiempos de su predecesor. No obstante que con mayores dosis de complejidad. Caracteres extensibles a otros aspectos de la institución, como lo relativo a la composición de la misma.

Comenzaremos por una mención al presidente y asistentes, los representantes del rey en estas asambleas, donde actúan como sus agentes y portavoces. De quienes se llega a decir que son cabeza y go-

⁽¹⁸⁹⁾ El ejemplo supremo de la capacidad legislativa del rey lo encontraban los procuradores en la Nueva Recopilación, texto promulgado por Felipe II en 1567, sin pasar por las Cortes, aunque éstas venían insistiendo en la necesidad de la obra.

⁽¹⁹⁰⁾ No obstante los procuradores intentaron, sin éxito, ligar el otorgamiento de la escritura de los ocho millones, los primeros, a la publicación de los capítulos generales de las Cortes pasadas (ACC, 11, pp. 280, 282, 284, 309.319 y 334).

⁽¹⁹¹⁾ En el acuerdo del reino para el pago de los 500 millones, y en su condición tercera, se establecía que la administración del servicio competía solamente al reino (ACC, 16, p. 470).

bierno de las Cortes ⁽¹⁹²⁾, en absoluto incompatible con la condición de partes y miembros del reino, como también se les llama ahora ⁽¹⁹³⁾. Con alguna evocación del papel de los corregidores y sus oficiales en los ayuntamientos ciudadanos.

Aportaré tan sólo algunos elementos de relieve sobre el particular. Así el hecho de que la denominación de asistentes se amplíe al secretario regio, que acude a las Cortes junto al presidente y dos letrados del Consejo Real ⁽¹⁹⁴⁾. En plena coherencia con el pasado, cuando este título se hizo común a ambos letrados, y no exclusivo de uno de ellos. Pues, al fin y al cabo, los tres servían en la Cámara, aunque dos de ellos como consejeros y el otro como su secretario.

Mas si la figura del secretario real queda realizada, será la del presidente la que ante todo adquiera una gran envergadura. Por cierto, que desde 1588, cuando la Cámara de Castilla adopte formas plenas de Consejo y reciba competencias de tribunal de justicia, a la presidencia del Consejo Real y de las Cortes se acumulará también la de la Cámara ⁽¹⁹⁵⁾. Desempeñándose las tres, en consecuencia, por una misma persona.

La verdad es que pese a no acudir de ordinario a los ayuntamientos de los procuradores, su peso se dejará notar en todo instante, llevando con bastante firmeza las riendas de las Cortes. No es el momento de desgranar las numerosas tareas del presidente (ni de los asistentes), desde su participación en nombre del rey en los actos de mayor relevancia-comenzando por el examen de poderes y finalizando por la disolución de las asambleas — a las facultades ejercidas en el transcurso de las reuniones en materia de disciplina y gobierno, también en lugar del monarca. Bien en estos últimos supuestos por su sola decisión personal, bien colegiadamente, con los letrados asistentes, bajo forma de auto. Estamos muy documentados gracias a los libros de autos (las actas) y los papeles de la Cámara y Junta de Cortes. Pero sí deseo dejar constancia, en todo caso, de los conductos de

⁽¹⁹²⁾ ACC, 5, p. 610.

⁽¹⁹³⁾ ACC, 9, pp. 370-371.

⁽¹⁹⁴⁾ Asistente ya se le llama en las Cortes de 1566, ACC, 2, pp. 5-34.

⁽¹⁹⁵⁾ Circunstancia recogida con gran celeridad en las actas de Cortes, a los pocos días de haberse dictado la famosa instrucción para el Consejo de la Cámara (ACC, 9, pp. 302-303).

que se valía el presidente para mostrarse omnipresente, no obstante su ausencia física. Cosa que expondré brevemente a continuación.

Para hacer alusión en primer lugar a un cauce formalmente establecido, las variadas comisiones de procuradores que se dirigían a él para representarle distintos asuntos de Cortes. Unas veces a iniciativa del propio presidente, y otras tras acuerdo de los procuradores. Como asimismo tenía constancia de los debates de Cortes merced a los llamados procuradores confidentes. Personas afectas a los intereses regios, en ocasiones con oficios en la Corte, que con sus votos e influencias allanaban la tarea a los agentes del monarca. Mas, sobre todo, por medio de los escribanos (o secretarios) de Cortes, sus correos cotidianos. En ocasiones porque los llamara el presidente, de palabra (vía de recado) o por escrito (por un billete), pero en otras, no escasas, por voluntad de los propios escribanos, quienes tenían al día al presidente de cuantas incidencias acaecían en la sala de Cortes.

Hablando del presidente y asistentes, no parecerá inadecuado recalcar que sus atribuciones respecto a las Cortes tanto las ejercían desde dentro como desde fuera de estas asambleas. Por su condición de miembros del Consejo Real (a excepción del secretario regio asistente), de la Cámara y de la Junta de Cortes. Aunque en estas páginas no nos podemos parar a hablar de los órganos de la Corte en relación con las Cortes. Ni siquiera de la Junta de Cortes, creada en este reinado con la misión bien específica de atraer a procuradores y ciudades hacia los intereses regios: el desempeño de la hacienda real, por unos u otros medios ⁽¹⁹⁶⁾. Una manifestación más, según se

⁽¹⁹⁶⁾ Con una composición que desbordaba ampliamente la presencia del presidente y asistentes, dando cabida, entre otros, a los presidentes de los Consejos de Hacienda, Indias y Ordenes. Su secretario, sobre quien recaía el peso del despacho de los expedientes y consultas, era el de la Cámara, asistente de Cortes. En los mismos volúmenes impresos de actas, junto a éstas se recoge un expediente de la Junta de Cortes de este periodo, el correspondiente a la asamblea de 1592-1598, en ACC, 16. Pero podemos rastrear ya su pista en una Junta para el desempeño, en funcionamiento durante las Cortes de 1574 (AGS, PR 72-62 y 73-17). Que luego aparece constreñida a tratar de la rebaja del encabezamiento en 1576 (*Tomo Quinto Adicional*, pp. 206-208). Denominada Junta de Medios en las Cortes de 1579 (ACC, 6, pp. 278, 294, 332, 335, 347, 375 y 379-380). A la cual, por cierto, en una mención muy posterior, donde se hace historia sobre los medios, en 1626, se la califica de Junta de Cortes (ACC, 38, pp. 476-479 y 485). En todo caso las dudas se desvanecen en las Cortes de 1588, con el nombre de Junta de Cortes (BAH, ms. 9-30-6/6417).

comprenderá, de la complejidad que estaban adquiriendo estas asambleas, reunidas ya casi sin intervalos de tiempo en el último tercio de siglo, empalmándose unas con otras.

Poco cabe decir, en cambio, de las retribuciones del presidente y asistentes. En realidad, nada que no sepamos de la época anterior, pues sus remuneraciones siguen obedeciendo a una doble fuente: la hacienda del rey ⁽¹⁹⁷⁾ y la del reino ⁽¹⁹⁸⁾. Pero ahora, como los cuatro cuentos parecen insuficientes para retribuir a tantas gentes como se precisaba, ya piensan los procuradores en acudir a las sobras de los encabezamientos. Y de hecho de estos fondos les obsequiaban con algunos emolumentos ⁽¹⁹⁹⁾. Con distinción entre lo percibido por el presidente y los simples asistentes, recibiendo siempre más el primero. Signo de su preeminencia.

Acabamos de hablar del presidente y asistentes, vamos a hacer ahora lo propio con los escribanos o secretarios de Cortes. Personajes de la mayor importancia para conocer el desenvolvimiento interno de estas asambleas, y de perfiles ambivalentes, o híbridos, entre el rey y el reino. Aunque en el fondo prima en los escribanos el servicio a los intereses del monarca. De hecho son nombrados por el rey, de forma interina, o de por vida, mediando en este último supuesto el mecanismo de renunciación, para transmitir el oficio a sus sucesores ⁽²⁰⁰⁾. Aunque para desempeñar sus actividades en las Cortes, y para tales cometidos de hecho así se les recibía por los procuradores en estas reuniones, donde tomaban posesión del oficio. Toma de posesión que completaban con el juramento de secreto, efectuado en la sala de cortes, con un contenido de por sí trascendente: no revelar

⁽¹⁹⁷⁾ Véase ACC, 3, pp. 449-451 y ACC, 4, p. 507.

⁽¹⁹⁸⁾ En los cuatro cuentos: ACC, 3, pp. 438-440; ACC, 4, pp. 506-507; ACC, 7, pp. 87-88; ACC, 8, pp. 113 y 205-206, o ACC, 10, p. 81.

⁽¹⁹⁹⁾ Sobre la insuficiencia de los cuatro cuentos, ya en 1573, ACC, 4, pp. 89-90. Para los emolumentos en forma de «velas», ACC, 6, p. 540.

⁽²⁰⁰⁾ De los dos escribanos de Cortes, uno de ellos con nombramiento interino en el reinado de Felipe II (ACC, 6, pp. 235-237; ACC, 7, pp. 22-23 y 566; ACC, 8, pp. 12-14; ACC, 11, p. 373, y ACC, 12, p. 11). Pero la otra escribanía se encontraba vinculada a un titular, que la adquiría por renuncia, según costumbre proveniente de reinados anteriores. Véase por ejemplo ACC, 1, pp. 13-14 y 220-222. Interviniendo precio en la renunciación, a partir de 1580, según se nos señala en un importante escrito titulado: «Tocante a los servicios de Cortes. Contra los dos escribanos mayores de los Reinos. Desde el año 1600, hasta el año 1620», BAH, Colección Pellicer, t. 14, fo. 68 y ss.

las discusiones de cortes a persona alguna, salvo al rey, el presidente y los asistentes; la tarea de voceros de la Corte a nadie se le ocultaba, pues ⁽²⁰¹⁾.

Si su función tenía su interés antes de 1563, conforme apuntamos en su momento, desde esta fecha se acrecienta. Habida cuenta de que eran los guardianes de los libros de actas, en principio secretos, a los que no tenían acceso los procuradores, sino con licencia del presidente y asistentes, no se enteraran de los debates de anteriores reuniones ⁽²⁰²⁾. Con no pocas muestras de disconformidad de los representantes de las ciudades, quienes, a partir de las mismas Cortes de 1563, pretenderán una y otra vez examinar los libros de Cortes antecedentes, cuando no piden tener en su poder uno de los dos ejemplares que llevaban los escribanos ⁽²⁰³⁾. Mas con pobres resultados.

Las actividades de los escribanos eran amplísimas. Porque como secretarios del despacho y de los acuerdos de Cortes todo discurría ante su presencia o pasaba por sus manos: los grandes autos de Cortes, los ayuntamientos ordinarios y los más veriopintos escritos y papeles, llámense proposiciones, memoriales, consultas, acuerdos, apelaciones o capítulos, tanto generales como particulares. Incluyendo las cuentas que el reino tomaba a sus oficiales, particularmente al receptor, así como a los diputados de alcabalas. No menos que eran los responsables de las libranzas de las limosnas y gratificaciones acordadas por el reino, en especial en los días de su disolución. Sin descuidar otra actuación suya, la de secretarios de las principales comisiones del reino, aunque sobre esto hubiera algunas discrepancias entre los procuradores, que no obviamente sobre su presencia en la

⁽²⁰¹⁾ Para la presentación del título, ACC, 7, pp. 22-23. Para el juramento de secreto, celebrado poco después de hacerlo los procuradores, ACC, 1, p. 41, o ACC, 2, p. 38.

⁽²⁰²⁾ Los propios procuradores acuerdan al inicio de las citadas Cortes que se lleve libro de actas, donde se recoja todo lo que se habla, y no se escriba en papeles sueltos. Estableciéndose además que en cada Junta, o reino, a sus comienzos, se lean los acuerdos del día precedente (ACC, 1, pp. 41-42). Como también acuerdan que el reino tenga su propio sello para el despacho, igualmente en poder de los escribanos (ACC, 1, pp. 63-64). Cuando antes se sellaba por el de la Corte, a cargo del teniente de chanciller («Relación de las gratificaciones», AGS, PR 69-95).

⁽²⁰³⁾ Desde las de 1563, según se dice (ACC, 1, pp. 42-43, 46-47, 52-54, etc.).

sala de Cortes ⁽²⁰⁴⁾. Otra noticia más para comprender el rumbo que estaban adquiriendo las Cortes, muy burocratizadas.

Lo que les obligaba a estar en continua relación con el presidente, asistentes y secretario de la Cámara, y también con la Junta de Cortes. Por si ya no fueran los escribanos vehículos de comunicación entre los procuradores y los representantes del rey, mas por otro camino, mediante los frecuentes recados y papeles escritos enviados por el presidente para su traslado por su persona a los procuradores ⁽²⁰⁵⁾. Al margen también de otra vía, y bien reservada, ciertamente, como eran las cartas y recados dirigidos por ellos mismos al presidente y asistentes, con mandato o no de los procuradores, donde se les daba cuenta de la marcha de las Cortes. Con lo que si el escribano ponía en conocimiento de los agentes del monarca en las Cortes las pretensiones de los procuradores, a veces matizadas por su propia opinión, en no menor grado servían de enlace para hacer presentes al reino los deseos y decisiones del rey y del presidente y asistentes, en ocasiones como respuestas a consultas previas; e incluso de otros órganos, caso del Consejo Real o de la Junta de Cortes ⁽²⁰⁶⁾.

En fin, del celo profesional de los escribanos dependía en no poca medida el dar buen curso a los múltiples negocios del reino. Lo que no harían siempre de forma desinteresada, conscientes de la labor que desempeñaban; por la cual obtenían pingües beneficios, según veremos de inmediato. Y no sólo ingresos económicos, sino también una apreciable ascendencia sobre los procuradores. porque, además de la cantidad y calidad de sus actividades, pesaba su larga experiencia, obtenida gracias a su continuada presencia en estas reuniones, como que muchos de ellos eran escribanos vitalicios, frente a la habitual bisonñez en las lides de Cortes de los procuradores. Ninguna nadería para el funcionamiento de la institución.

⁽²⁰⁴⁾ Por temor a que los escribanos hicieran relación de lo que allí se hablara al rey, al presidente u otra cualquiera persona (ACC, 3, p. 179 y ACC, 7, pp. 53-60 y 60-65).

⁽²⁰⁵⁾ Innombrables en las actas de Cortes.

⁽²⁰⁶⁾ Para la labor de información a la Corte, es muy gráfico lo que se nos dice en una reunión de la Junta de Cortes, en 1593, con este texto: «cada día se sabe los que pasa en el reino, en las conferencias que se tienen sobre este negocio, por los escribanos de las Cortes, y uno de ellos da siempre cuenta al presidente de lo que se ha tratado y él lo refiere a la Junta (ACC, 16, p. 167). Según venía sucediendo desde que contamos con actas, aunque sin Junta de Cortes (ACC, 1, pp. 52-53).

Entrando en el capítulo de las retribuciones de los escribanos, hemos de decir que, como en el caso del presidente y asistentes, los ingresos responden a un doble origen, dimanante del rey y del reino. Mas siempre en comparación con los procuradores; en cuantía muy superior a la percibida por el presidente y asistentes por sus trabajos en cortes. De modo que, enfocados bajo este único ángulo de vista, los escribanos más parecerían oficiales del reino que del rey.

Debido a este parangón con los procuradores, y como los escribanos no tenían fijado salario por su oficio, a diferencia de la mayor parte de aquéllos, que los recibían de sus ciudades, el monarca, en compensación, llegó a asignarles una cantidad en concepto de ayuda de costa ⁽²⁰⁷⁾. Aunque éste no era el renglón más lucrativo para los escribanos, por supuesto.

Con mucha probabilidad el apartado retributivo de mayor antigüedad estribaba en la parte que les tocaba en el reparto de los cuatro cuentos. Si bien, por lo que hace a este epígrafe, en una cifra sensiblemente inferior a la percibida por los procuradores, la mitad de la de ellos aproximadamente. Como si éstos últimos indicasen que la mencionada suma les pertenecía y su distribución en beneficio de terceros no fuese sino un acto gracioso suyo ⁽²⁰⁸⁾.

Si valiosa en un principio luego quedó pequeña esta suma de los cuatro cuentos. Especialmente cuando las Cortes tienden a alargar su periodo de reunión. Es el momento en que comienzan a proliferar las ayudas de costa. Pedidas por cualquier excusa. Y por lo común, esto debemos señalarlo, en la misma cantidad para escribanos y procuradores. A cargo de las sobras de los encabezamientos de alcabalas, donde se consignaba el grueso de los gastos del reino ⁽²⁰⁹⁾.

Interesantes debieron resultar para los escribanos las remuneraciones anteriores, pero de mucha mayor sustancia nos parecen a los estudiosos actuales, y así lo vieron los contemporáneos, las receptorías de los servicios. Primeramente en relación a los servicios ordinario y

⁽²⁰⁷⁾ ACC, 3, p. 541, o ACC, 16, p. 24.

⁽²⁰⁸⁾ Desde la época de los Reyes Católicos (para las Cortes de 1480 y 1500, BAH, ms. 9-1784 fols. 144r y 183r, respectivamente).

⁽²⁰⁹⁾ Ejemplos: ACC, 9, p. 152; ACC, 10, p. 129 y ACC, 12, p. 351.

extraordinario ⁽²¹⁰⁾. Pero luego, a mayor abundancia, también se pretenderá de los millones.

Todos estos conceptos retributivos, variados, según hemos visto, no parecían colmar, sin embargo, las ansias de los escribanos. Porque buscaban más fuentes de ingresos y de honra. Como con ocasión del memorial de mercedes, presentado por los procuradores al final de las Cortes, donde los escribanos también encontraban un hueco para solicitar favores para sus familiares y para ellos mismos el título de secretario regio ⁽²¹¹⁾.

En resumidas cuentas, que las escribanías de Cortes se fueron haciendo cada vez más rentables, hasta coneguir sus titulares guarismos muy altos de ingresos. Como para convertirse en apetecibles, dentro de un régimen de patrimonialización de oficios, acelerado a fines del siglo XVI; ante los apremios de la hacienda regia, mediando en esta ocasión precio, que ya no pura merced. De modo que las escribanías, al menos una de las dos, tenía dueño ⁽²¹²⁾. Con consecuencias asimismo para el coste y lentitud de las asambleas de Cortes, factores nada desdeñables para entender su evolución más inmediata.

Si de los oficiales del rey, con todos los matices del caso para los escribanos, pasamos a los miembros natos de las Cortes, lo primero que debemos advertir es que en este campo no se producen novedades llamativas respecto a cuanto sabemos de las últimas Cortes del emperador.

Los grandes nobles y los prelados, en concordancia con el pasado más inmediato, no asisten nunca a las Cortes. Salvo para una ocasión muy solemne, el juramento a los príncipes herederos, celebrado además en una sede especial, no en la sala de Cortes, Y para eso acudían en pequeño número ⁽²¹³⁾, por lo cual se les eviaba a sus casas

⁽²¹⁰⁾ Precisas referencias para las receptorías de los servicios ordinario y extraordinario en favor de cuatro escribanos consecutivos, en ACC, 3, pp. 455-456.

⁽²¹¹⁾ Véase el correspondiente a 1598, en ACC, 16, pp. 596-597, ya con la petición de título de secretario regio.

⁽²¹²⁾ Con facultad para renunciarlo en quien quisiera, o servirlo por sustituto. La figura del sustituto aparece, sin ir más lejos, en las Cortes de 1563 (ACC, 1, pp. 13-14). Aunque ya lo encontramos en la época de los Reyes Católicos (AGS, PR 69-43).

⁽²¹³⁾ Según se nos informa en 1580. En unos momentos en que se estaba discutiendo en Cortes el asiento que se les debía guardar a los procuradores en la capilla real, donde

un formulario de juramento, para su devolución a la Corte, signado de escribano público, como testimonio de haberse realizado ⁽²¹⁴⁾.

Pese a estar en vigor, por su recepción en la Nueva Recopilación, la disposición de los tiempos de Juan II, que establecía la convocatoria de la gran nobleza y los prelados, junto a los procuradores, para debatir sobre los hechos arduos de los reinos. Como sería recordado en algún momento de especial tensión. Caso de las larguísimas Cortes de 1592 a 1598. Cuando se hacían preguntas sobre si el otorgamiento de los procuradores podía perjudicar a los estados de nobles y eclesiásticos al margen del parecer de éstos, en su ausencia. Con respuesta evasiva, mas esclarecedora. Porque, se dice, «aun parece que se suple ya el consentimiento de los dos estados en los negocios arduos con el de los consejeros de estado» ⁽²¹⁵⁾. Esclarecedora, porque los negocios arduos de que entonces se trataba venían motivados por los asuntos de la defensa de la Corona, en su relación con otras monarquías, que no eran objeto de debate en las Cortes y sí en el Consejo de Estado, de cuya composición formaban parte algunos nobles y prelados, por designación del rey. Lo que de paso viene a fortalecer la hipótesis del escaso interés de los prelados y grandes señores por las Cortes ya en el siglo XV, entonces por su presencia en el Consejo Real.

Respecto a los procuradores de las ciudades, y en concreto por lo que hace a su elección y poderes, todo parece seguir bastante igual en el reinado de Felipe II. Con algunas variantes en los sistemas de nombramientos por algunos concejos, así como por una mayor intensificación de los problemas surgidos con motivo del otorgamiento de poderes. Aunque quizá merezca la pena destacar una forma indirecta de intervención del monarca en la elección de procuradores. Se trata de las licencias regias con las que se dispensaba a determinadas personas de la obligación de estar presentes en las ciudades en el momento de las elecciones, turnos o suertes de los procura-

por circunstancias de luto regio iba a celebrarse el juramento al príncipe Diego. Pues bien, de la boca de un procurador, Felix de Herrera, salen estas palabras: «que era de parecer, que atento que los grandes y prelados que hay en esta Corte son pocos, y que podían caber en un banco los prelados y los grandes en otro (...)», bien ajustadas para nuestro propósito (en ACC, 6, p. 102).

⁽²¹⁴⁾ Para su comprobación, CLC, V, pp. 775-778 y 788-789, o ACC, 7, p. 599.

⁽²¹⁵⁾ En el informe de Agustín Alvarez de Toledo a la Junta de Cortes, ya citado (AGS, PR 72-59).

dores. En virtud de su poderío absoluto, y por la vía de Cámara, con relación a cualquier norma que lo impidiera, incluidas las ordenanzas municipales. Las más de las veces en favor de gentes al servicio del rey, residiendo de ordinario en la Corte ⁽²¹⁶⁾. Porque estos individuos eran bien vistos por la Corona, por su presumible influencia en el resto de los procuradores. Contra cuya presencia ahora se protesta justamente, con el argumento de que coartaban la libertad de los procuradores, al considerarlos como sospechosos o confidentes ⁽²¹⁷⁾. Mas ya tenía precedentes la queja, en el movimiento comunero, según se recordará.

Como también nos puede resultar llamativo que Felipe II, por los mismos procedimientos antes descritos, se dispusiera a dar licencias para desempeñar el oficio de procurador por sustituto, interviniendo la figura de la renunciación, traspaso o cesión ⁽²¹⁸⁾. En lo que puede verse una clara muestra de patrimonialización de las procuraciones, así como de pérdida de su valor representativo. Que afecta en esta oportunidad, a diferencia del supuesto anterior, a procuradores electos, o candidatos a quienes correspondía por turno la elección. Mas, habrá acuerdo en ello, con unos y otros medios se estaba forzando a las ciudades a ejercer un rígido control sobre los poderes de sus procuradores, mayor aún del que venían estableciendo.

En materia de retribuciones la continuidad también es la regla. Logrando los procuradores la mayor parte de sus ingresos por mediación de la Corte, bajo los distintos epígrafes antes enunciados para la época del emperador. Si bien en este ámbito las ciudades partían de una situación de desventaja, por comparación a los mecanismos que poseía el rey para allegar fondos a los procuradores. Porque muchas de ellas no estaban en condiciones de sufragar tantos gastos. En el caso de que desearan abonarlos, de manera especial cuando las Cortes duraban años, y no digamos ya si no habían participado directamente en la elección de sus procuradores o hacían elucubraciones sobre los escasos beneficios que obtenían de las reuniones. Al contrario de la Corona, atrapada por la necesidad imperiosa de recursos financieros, por sabedora que fuera de los riesgos que

⁽²¹⁶⁾ Ejemplos en ACC, 3, pp. 426-427 y ACC, 5, p. 710.

⁽²¹⁷⁾ ACC, 4,48, p. 456. Capítulos general de las Cortes de 1573.

⁽²¹⁸⁾ ACC, 3, p. 429 y ACC, 5, pp. 13-14.

entrañaban las demasiasas mercedes y retribuciones para el desarrollo de las Cortes.

Por relación a la distribución de los cuatro cuentos entre los procuradores, lo único que cabe destacar es cómo en las circunstancias de votarse el servicio especial de casamiento se procedía a un nuevo reparto en la misma cantidad, de dineros también del servicio. Acumulable a lo obtenido tras otorgar sucesivamente los servicios ordinario y extraordinario ⁽²¹⁹⁾. Como asimismo, de modo coherente, otro tanto sucedía en las situaciones en que era concedido por dos veces el servicio ordinario y el extraordinario. Lo que ahora solamente ocurrió una vez: en las Cortes de Madrid de 1592 a 1598 ⁽²²⁰⁾.

En cuanto a las receptorías de los servicios, los principales problemas surgieron con los primeros millones. Por el elevado monto que supondría su cifra, no menos que por la especial naturaleza de los nuevos servicios. Entablándose una batalla entre los procuradores y sus ciudades sobre a quienes correspondía ser los destinatarios de las mencionadas receptorías. Justificando su actitud las ciudades porque en ellas residía el voto decisivo. Mientras los procuradores se amparaban para solicitar las receptorías, y en el quince al millar íntegro, en que ellos eran los otorgantes, como venía sucediendo con los servicios ordinario y extraordinario. En lo cual podía haberse producido una curiosa confluencia entre la Corte y las Cortes (los procuradores) en contra de las ciudades. Optando al final la Corte, sin embargo, por una vía intermedia. Pues si bien opinó la Junta de Cortes que el reino no tenía derecho en justicia a las receptorías, ofreció a cambio como alternativa una cantidad en equivalente a la suma íntegra deseada por los procuradores ⁽²²¹⁾.

Mas como las Cortes se alargaban mucho, por los otorgamientos de los servicios ordinario y extraordinario, por la búsqueda de los medios de desempeño, incluidos los acrecentamientos de los encabezamientos y, por qué no decirlo ya, con los servicios de millones, los procuradores recurrieron a otro expediente de ingreso: las ayudas de costa, a percibir en las sobras de los encabezamientos. Siempre

⁽²¹⁹⁾ Casos de 1570 y 1576 (DANVILA, *El poder civil*, V, pp. 672-673).

⁽²²⁰⁾ ACC, 14, p. 517, en particular).

⁽²²¹⁾ ACC, 16, pp. 570-572. La propia Junta de Cortes se mostraba favorable a la medida.

dentro de un difuso principio de proporcionalidad entre servicios y recursos financieros otorgados y retribuciones recibidas, aceptado por unos y otros. Ensayada esta vía, por cierto, en las últimas Cortes del emperador, en 1555. Mas extendida y generalizada ahora, en progresivo aumento. Cortes tras Cortes, hasta pensarse en otorgar una sexta ayuda de costa en 1598. Después de no pocos lamentos de los procuradores, traducidos en los oportunos memoriales, y de no tampoco escasos forcejeos por parte de la Corte, que las dosificaba, y se resistía a dar licencia, consciente de la baza que ello le proporcionaba ante unos procuradores ansiosos en todo tiempo por aumentar sus beneficios personales de Cortes ⁽²²²⁾. Las Actas están llenas de pasajes referidos a las solicitudes, regateos y concesión regia de las ayudas de costa, las cuales, al lado de las receptorías, se constituirán en la principal fuente de ingresos de los procuradores.

Pero ni eran para despreciar los otros epígrafes que ya conocemos. Las mercedes individuales, específicamente hablando, otorgadas por el rey en los momentos de disolución de las Cortes, como respuesta a un memorial de los propios procuradores, despachado por la Cámara con consulta regia ⁽²²³⁾. Como tampoco experimentó modificaciones la licencia concedida por el monarca a los procuradores para renunciar sus oficios, siempre que se produjera la circunstancia de juramento de príncipes ⁽²²⁴⁾. Sin embargo, si se dio alguna alteración en materia de aposentamientos, que al igual que las ayudas de costa preocuparon seriamente a los procuradores, más conforme se alargaba su estancia en la Corte. Insistiendo hasta la saciedad, según se recoge en los libros de autos, en las actas, en que se les den buenas posadas, así como que los alquileres se paguen a cuenta del rey en su integridad, y no a costa de los gastos del reino.

⁽²²²⁾ El mismo rey intentaba hacer ver a los procuradores las contradicciones en que incurrían, pues por una parte pretenden que el monarca cesase en su política de vender oficios y jurisdicciones, mientras por otra ellos solicitaban tantas ayudas de costa (ACC, 14, p. 520). Pero la mayor diligencia que se podía tener con los procuradores, tratándose de encabezamientos y millones, según opinión de la Junta de Cortes, en consulta al rey en 19 de agosto de 1588, consistía en concederles una ayuda de costa (BHA, ms. 9-30-6/1947).

⁽²²³⁾ ACC, 3, pp. 452-456; ACC, 4, pp. 562-566, o ACC, 16, pp. 572-597 y 599-615.

⁽²²⁴⁾ Ejemplos en ACC, 4, pp. 94 y 509-510, así como en DANVILA, *El poder civil*, V, pp. 688-690.

Formándose de entre ellos mismos una comisión, a fin de presionar al presidente y asistentes acerca del cumplimiento de una ley recopilada que amparaba sus expectativas. Produciéndose no pocos pleitos con los dueños de las casas. Aunque, en compensación, los procuradores obtendrían un alargamiento en el tiempo de utilización en las casas de aposento, hasta un mes después de disueltas las Cortes ⁽²²⁵⁾.

Todas estas retribuciones las obtienen los procuradores por medio del rey, en uno u otro grado. Mas todavía contaban con otra posibilidad, la que significaba los salarios de sus ciudades. Pero con muchos problemas, acrecentados a medida que las Cortes ampliaban sus periodos de ayuntamientos. Tan concededores eran los procuradores de la situación, que ellos mismos ofrecen soluciones. Como la de pedir al monarca sustituya con puntuales ayudas de costa, cobradas en las sobras de los encabezamientos, los concretos salarios de las ciudades, pagaderos por días de estancia en la Corte o por una suma global ⁽²²⁶⁾ Cuando no se les ocurren otras ideas. Así la de que corran con la carga de sus salarios no sólo las ciudades a quienes directamente representan, las cabezas de voto, sino todas las de las provincias por las que ellos hablaban en Cortes; es decir, todas las de su distrito o demarcación fiscal. Con un raciocinio simple, mas bien conocido por nosotros: pues «es notorio que los procuradores de Cortes se juntan al beneficio público y general de todo el reino» ⁽²²⁷⁾. El beneficio público, según se va viendo, era susceptible de variadas interpretaciones.

Esta última propuesta era poco factible. La primera, en cambio, sería aceptada por la Corte, cuando menos parcialmente. Puesto que las ayudas de costa crecieron de manera paulatina, aunque nunca al ritmo anhelado por los procuradores ⁽²²⁸⁾. Sin olvidarse, por ello, de los salarios de las ciudades, como se comprueba por las cédulas regias enviadas a los concejos morosos, con la finalidad de que paguen

⁽²²⁵⁾ Por hacer algunas citas: ACC, 7, pp. 66-69; ACC, 8, pp. 15-16; ACC, 10, pp. 32, 116 y 143; ACC, 11, pp. 138 y 148; ACC, 12, p. 206; ACC, 13, p. 85; ACC, 14, pp. 69, 115 y 348 y ACC, 15, pp. 374-396, 407, 593, 684 y 711.

⁽²²⁶⁾ ACC, 1, pp. 215-216, 223-227, 235-245 y 247.

⁽²²⁷⁾ Para estas peticiones: ACC, 5, p. 67; ACC, 15, p. 367 y ACC, 16, pp. 666-667.

⁽²²⁸⁾ Justamente las ayudas de costa se presentaban por los procuradores como alivio de las haciendas concejiles (ACC, 5, pp. 595-596 y ACC, 7, pp. 46-47 y 99-100).

los salarios de sus procuradores ⁽²²⁹⁾. E incluso en los casos contumaces, supuesto sufrido por once procuradores, la Corte arbitró fórmulas para que recibiesen alguna cantidad en su defecto, aunque fuera modesta, en régimen de ayuda de costa. Por más que los procuradores prefirieran se sufragara a cargo de la hacienda del rey y no a cuenta de las sobras de encabezamientos, la hacienda del reino ⁽²³⁰⁾.

En resumen, que ni por parte de la Corte, ni por el lado de las ciudades, hemos apreciado cambios notables en el sistema retributivo de los procuradores. Otra cosa es el tamaño de su importe. Si bien, hurgando un poco, entrando en más detalles, es posible descubrir alguna innovación en las figuras de los ingresos de los representantes ciudadanos. Con ello damos entrada a lo que podemos denominar gajes y otros emolumentos, como lutos, propinas y colaciones ⁽²³¹⁾. No muy importantes en el orden cuantitativo, pero tienen su significación cualitativa, porque, aprobados por los procuradores, iban a afectar a la libertad de disposición del dinero asignado al reino para sus gastos. Con lo que estos representaban para el funcionamiento de las Cortes, en terreno de su autonomía ⁽²³²⁾. Además de reproducir, por imitación, comportamientos semejantes de diversos órganos colegiados de la Corte. Lo que no deja de ser un dato de interés para conocer la evolución de las Cortes.

Pero no se cierra la «nómina» de las Cortes con los procuradores, presidente, asistentes y escribanos, pues todavía es preciso aludir a otros personajes, varios de ellos con tareas relevantes para el desarrollo de estas asambleas, y en cualquier caso representan uno de los

⁽²²⁹⁾ Con fechas de 1567, 1571 y 1573, pueden verse en ACC, 2, pp. 481-482; ACC, 3, pp. 442-446 y *Tomo Quinto Adicional*, p. 467, sucesivamente.

⁽²³⁰⁾ Se trataba del procurador del estado de los caballeros e hidalgos de Cuenca y los dos de Burgos, León, Salamanca, Soria, y Valladolid. Ciudades todas conflictivas a la hora de los poderes y las dos últimas, además, en el momento de las elecciones. Sobre esto: DANVILA, *El poder civil*, V, pp. 665-670; ACC, 7, p. 635 y ACC, 16, pp. 483-484, respecto a fechas comprendidas entre 1579 y 1597.

⁽²³¹⁾ Algunas referencias puntuales en: ACC, 1, pp. 152 y 219; ACC, 6, p. 557; ACC, 7, pp. 21-22 y ACC, 15, pp. 709-710.

⁽²³²⁾ Véase en este sentido la protesta contra una orden regia que limitaba la cantidad a gastar por el reino en ventanas para las fiestas de toros, al tiempo que prohibía se enviasen colaciones a las casas. Por entender los procuradores que era una cuestión de la libre hacienda del reino, de la que podían hacer uso sin interferencias del monarca. En ACC, 15, pp. 643-651.

más señalados ejemplos de su parca autonomía. Me refiero a los denominados ministros del reino: receptor, solicitador, contador, letrados, médicos y capellán. Sometidos, en principio, al libre arbitrio del reino, y con ciertos límites a la Diputación, en su nombramiento, remoción, responsabilidad, retribuciones, honores y asignación de competencias.

Con notables diferencias entre los diversos ministros del reino en cuanto a funciones y remuneraciones, como tampoco son comunes sus orígenes históricos. Por lo cual, para distinguirlos mejor, hablaremos en primer lugar del receptor, solicitador y contador, conocidos en las fuentes como los oficiales del reino ⁽²³³⁾. Estrechamente relacionados estos últimos con la administración de alcabalas, por el reino junto en Cortes o por su Diputación, por más que sus competencias sobrepasen el marco estricto de la administración de los mencionados tributos. Pero tan dependientes de esta administración, por insistir en ello, que la aparición de los tres oficios se registra, de forma gradual, a partir del primer contrato de encabezamiento general, en 1536 ⁽²³⁴⁾. Como lo harán también los letrados, por su parte.

¿Cuáles eran las funciones de los oficiales del reino? La del receptor, según se sabe, consistía en recaudar las sobras y ganancias de los encabezamientos, con las que pagaría el reino sus gastos, mas también con la intervención del receptor. De modo que las competencias de este oficial no se limitaban, lo que no hubiera sido poco, al cobro por el reino de las sobras del encabezamiento, sino que se extendían a los gastos puntuales que acordaran efectuar los procuradores a lo largo de sus ayuntamientos o juntas; de orden material o personal. Sin lugar a dudas, el cargo más importante de los tres.

En cuanto al oficio de contador, aparecido en 1563, tenía como misión controlar a diputados y receptor y tomar cuenta y razón de todas las rentas y pagos del reino. En un principio vinculado estre-

⁽²³³⁾ Así se les llama con profusión a los titulares de estos oficios en las actas de Cortes, pese a ser englobados dentro de la categoría más general de ministros del reino. Para esta denominación en exclusiva, véanse las propias órdenes de votar del reino: ACC, 10, pp. 30-31 y ACC, 12, pp. 81-82, en concreto.

⁽²³⁴⁾ Sobre ellos, y para los años de 1563 a 1576, un papel de Simancas, PR 78-12, con el título: «Relación de lo que toca a los salarios que tienen el contador y receptor y solicitador del reino». Para la evolución de estos oficios durante todo el siglo XVI, TOMÁS Y VALIENTE, *La Diputación*, pp. 391-401.

chamente con los encabezamientos, pero luego se amplió su labor a los servicios (235).

Finalmente, y por lo que hace al oficio de solicitador, conocido en el siglo XVII como «agente» del reino, le correspondía seguir en todas sus fases los pleitos de las Cortes en materia de los encabezamientos. Aunque posteriormente se extendiera su función a velar por todos los litigios del reino. En una tarea propia de los procuradores de procesos, que en aquellos tiempos no requería la condición de graduado en derecho. Oficio que vemos afirmado con personalidad propia en 1570 (236).

El nombramiento y remoción de los oficiales del reino siempre los consideró éste como cosa privativa suya. Tan propia del reino, que se caracterizaría como materia de gracia, por lo que en las Cortes se votaban estas cuestiones por el procedimiento de secreto, y no en público, como sucedía con los negocios de justicia y gobierno (237). Si bien en el periodo entre huecos de Cortes, cada vez más breves, conforme avanza el tiempo, la facultad del nombramiento de los oficiales del reino (y de los ministros en general) recaía en los diputados de alcabalas; y para eso con carácter interino, hasta la primera reunión de Cortes (238). Como también cabe destacar el fenómeno de patrimonialización de estos oficios, fomentado por las propias Cortes, poco escrupulosas, pues fue habitual la concesión por el reino de licencias de renuncia de sus oficios en favor de terceros, normalmente hijos; quizá mediando precio, del que se lucrarían los procuradores (239). Los propios representantes de las ciudades, según se ve, no se alejaban mucho de las prácticas de la época.

Entrando en materia de retribuciones, ha de señalarse que los ingresos de estos oficiales se nutrían de fondos de la hacienda del reino,

(235) Su tarea inicial estaba bien delimitada: «que el contador del reino traiga las condiciones del encabezamiento, y las faltas, y los contratos, y las instrucciones de los diputados» (ACC, 6, pp. 730-731).

(236) Según el papel mencionado en nota 234.

(237) Este acuerdo se adoptaría por el reino en junio de 1592 (ACC, 12, p. 87) y luego pasaría a las ordenanzas de votar de los dos reinados siguientes.

(238) TOMÁS Y VALIENTE, *La Diputación*, pp. 394-398. También, y apuntando los conflictos entre reino y Diputación, FORTEA, *La trayectoria de la Diputación de Cortes*, ya citado.

(239) TOMÁS Y VALIENTE, *La Diputación*, pp. 398-401.

de dineros para sus gastos. En primer lugar, a través de los salarios aprobados por las Cortes, que no debían resultarles satisfactorios, a juzgar por sus peticiones de incrementos de los mismos, préstamos a cuenta y ayudas de costa ⁽²⁴⁰⁾. Pero a semejanza de los procuradores, por mimetismo, gozaban también de otros gajes, como ayudas para casas de aposento ⁽²⁴¹⁾.

Los oficiales del reino, por lo que sabemos, debían mostrarse verdaderamente empecinados en sus pretensiones de incrementar las retribuciones. Mas los procuradores conocían la situación y se mostraban muy prudentes sobre el particular, jugando con habilidad sus cartas. Tan frecuentes serían estas solicitudes de ayudas económicas, efectuadas por parte de los tres oficiales del reino, como para merecer la atención de los propios reglamentos de funcionamiento interno de las Cortes. Pues en uno de sus capítulos, variable en su enumeración de unas ordenanzas a otras, se establece que no se les dé ayuda de costa, ni crecimiento de salario, ni préstamos, ni cualquier otra merced o auxilio hasta que finalizaran las Cortes. Debido a la ascendencia de estos oficiales sobre los procuradores, quienes al llegar a las Cortes «entran desalumbrados por serles nuevas las materias de que han de tratar y mucha la inteligencia, industria y negociación de las personas con quien han de negociar, y principalmente de sus tres oficiales mayores», según no se recatan los capítulos en señalar. Como asimismo apuntan otra razón para retrasar las gratificaciones a los oficiales del reino, y bastante sagaz, pues, en el sentir de los procuradores, al estar a la espera del premio, pondrían aquéllos mayor cuidado, fidelidad y diligencia ⁽²⁴²⁾. Según puede apreciarse, las Cortes pretendían aplicar a sus oficiales una receta similar a la que la Corte empleaba con los procuradores.

Si tales datos acerca de las remuneraciones, como los anteriores referidos a los nombramientos, tienen su atractivo para conocer el grado de autonomía de las Cortes, no le anda a la zaga lo relativo al control que efectúa el reino sobre la actividad de sus tres oficiales, especialmente del receptor. Porque éste, en primer lugar estaba obli-

⁽²⁴⁰⁾ Algunas remisiones concretas a estas peticiones: ACC, 2, pp. 319 y 371 y ACC, 7, pp. 561-563 y 575. Para mayores detalles, TOMÁS Y VALIENTE, *La Diputación*, pp. 447-449.

⁽²⁴¹⁾ ACC, 2, pp. 266-267 y ACC, 13, p. 483.

⁽²⁴²⁾ En ACC, 10, cap. 9, pp. 30-31 y ACC, 12, cap. 10, pp. 81-82.

gado a dar fianza de las cantidades sujetas a su cobro, pertenecientes en este caso a los encabezamientos. En una cuantía fijada libremente por el reino. Aunque no se detenía aquí la exigencia de responsabilidades. Porque en unión con los diputados, y también de los otros oficiales, en particular el contador, había de rendir cuentas de su gestión ante los procuradores reunidos en Cortes. Dando la pertinente satisfacción, a comienzos de la reunión, de la instrucción que se les había entregado en los últimos instantes de la asamblea anterior ⁽²⁴³⁾.

Aparte de los denominados «oficiales» existían otros «ministros», conforme se ha insinuado. De entre ellos sobresale la figura de los letrados del reino, que acabarían siendo conocidos también como abogados. Con su cometido inicial en los negocios y pleitos derivados de los encabezamientos, se recordará. Aunque luego fuera desbordado. Porque su dictamen o informe, habitualmente llamado «parecer», era solicitado para las cosas más dispares. Aburriríamos si intentásemos relatar al pormenor su vasta tarea de auxiliares técnicos de los procuradores. Pero lo mismo se demandaba su opinión acerca del valor de una norma regia, pragmática u otro tipo de disposición, que se les pedía su pronunciamiento sobre la licitud de ciertos acuerdos tomados en Cortes, así préstamos a oficiales u otras personas, ayudas de costa, quince al millar, gratificaciones y limosnas. De igual manera que las Cortes pretenden escuchar su voz acerca de las dudas que surgían con motivo de los encabezamientos o de los repartimientos de los servicios. Como asimismo se reclamaba su presencia a la hora de elaborar los capítulos de Cortes. Por no seguir con una relación más detenida ⁽²⁴⁴⁾.

Ninguna novedad observamos, en cambio, en su régimen de ministros del reino por relación a cuanto sabemos de los oficiales. Su nombramiento y remoción dependían exclusivamente de las Cortes, como también su retribución, bajo régimen de salarios, ayudas de costas y algunos gajes y emolumentos. Si acaso, destacar que tanto su número como las retribuciones fueron incrementándose con el tiem-

⁽²⁴³⁾ TOMÁS Y VALIENTE, *La Diputación*, pp. 388-392. También, con abundante manejo de documentación inédita, FORTEA, *La trayectoria de la Diputación*, ya referido.

⁽²⁴⁴⁾ Al azar: ACC, 1, pp. 50-155 y 266; ACC, 2, pp. 236, 270-271 y 290; ACC, 5, p. 515 y ACC, 7, pp. 85, 121, 132, 141, 159 y 202.

po. Cuatro letrados eran ya antes de los millones ⁽²⁴⁵⁾. Como adecuadas posadas y retribuciones venían pidiendo como mínimo desde que comenzó la redacción de las actas ⁽²⁴⁶⁾.

Otros «ministros» del reino, pero de mucha menor significación para el funcionamiento institucional de las Cortes, eran los médicos y el capellán. Símbolos, en todo caso, de la complejidad adquirida por estas asambleas, así como de su larga duración ⁽²⁴⁷⁾. Mas también cabía considerar las prestaciones de estos ministros, singularmente las de los médicos, como un gaje más de los muchos percibidos por los procuradores y otros componentes de las Cortes, extendiéndose también su atención a sus familiares ⁽²⁴⁸⁾. De modo que con los médicos y el capellán quedarían cubiertas las necesidades asistenciales, del cuerpo y del espíritu.

Su régimen de ministros no variaba en nada respecto del de los oficiales y letrados, acabado de examinar. Es decir, que su nombramiento (o remoción) con carácter interino o en propiedad corría a cargo del reino ⁽²⁴⁹⁾. De igual modo que su retribución consistiría en un salario, más las ayudas de costa y otras gratificaciones que tuviera a bien concederles el reino, en no demasiada cuantía, esta es la verdad ⁽²⁵⁰⁾. Aunque, por aportar algún elemento de cierto relieve, quizá quepa la pena apuntar, como otro ejemplar de la autonomía de las

⁽²⁴⁵⁾ Así en ACC, 12, p. 249.

⁽²⁴⁶⁾ ACC, 1, p. 266. Una buena información sobre el origen, número y salario de estos ministros, aunque precisada de contrastes, en el escrito anónimo: «Discurso sobre reformar los gastos del Reyno, Biblioteca de la Academia de la Historia (BAH), Colección Pellicer, t. XIV, fo. 43v, en concreto.

⁽²⁴⁷⁾ Su oficio lo descubrimos, no casualmente, en las primeras actas completas de Cortes, las de 1563, en uno de los acuerdos iniciales, de este tenor: «que cada día se diga misa en la Sala de Cortes y para ello se tome un capellán (ACC, 1, p. 50). Aunque luego la misa se trasladaría a la iglesia de san Gil, sin duda para hacer más voluntaria su asistencia (ACC, 5, p. 116). Mas sobre la sede de iglesia, y el horario de misas, recaería uno de los acuerdos más tempranos de las distintas convocatorias.

⁽²⁴⁸⁾ Sobre los médicos, «Discurso sobre reformar los gastos del reino», fo. 43v.

⁽²⁴⁹⁾ Durante muchos años fue capellán el lic. Juan de Andrada, que obtuvo su oficio en propiedad en las Cortes de 1583, después de haberlo desempeñado provisionalmente con anterioridad (ACC, 7, p. 587).

⁽²⁵⁰⁾ Para el capellán las actas se muestran muy elocuentes: ACC, 1, pp. 201-202; ACC, 2, p. 207; ACC, 3, pp. 133 y 349-350; ACC, 5, p. 519 y ACC, 7, p. 210, entre otros pasajes.

Cortes, que éstas poseían sus propios ornamentos y objetos litúrgicos para el culto ⁽²⁵¹⁾.

Sin embargo, con los llamados en las fuentes ministros del reino, tampoco acabamos de describir la serie de personas que se movían alrededor de los ayuntamientos de los procuradores. Gentes de difícil catalogación, aunque todos ellos percibían alguna remuneración por sus servicios en Cortes. De extracción muy variada, mas de no menos dispar función.

De todos ellos debemos resaltar la figura de los porteros. Con muchas categorías entre sí. Pero lo que aquí más nos importan son los conocidos como porteros de Cortes. Con unas tareas de rango secundario o subordinado, ciertamente, mas necesarios para el buen funcionamiento de la institución. Todos ellos, a su vez, porteros que servían en el Consejo Real y en la Cámara, como también prestaban sus servicios en las grandes comisiones de las Cortes, léase la Diputación de alcabalas. Y que con la reunión ya casi ininterrumpida de los ayuntamientos del reino adquirirán un rango desconocido hasta entonces. Por mucho que la existencia de porteros la comprobemos ya en la época de los Reyes Católicos y con mayor nitidez en las Cortes del reinado del emperador. Con una evolución también sensible, pero no sorprendente, desde porteros de los procuradores a porteros designados por la Corte. Dentro de un número también variable, en progresivo aumento con el tiempo ⁽²⁵²⁾. Al igual que evolucionaron sus retribuciones, en cuantía siempre modesta. Por mucho que a imitación de los ministros del reino tampoco se contentaron con sus salarios, pues asimismo recibían ayudas de costa y otros emolumentos ⁽²⁵³⁾.

⁽²⁵¹⁾ Para esta información, ACC, 5, p. 515.

⁽²⁵²⁾ En 1558 eran cuatro («Relación de las gratificaciones», Archivo General de Simancas, PR 69-95). Pero en los siguientes años del reinado de Felipe II las actas recogen el número de seis (ACC, 9, p. 102 o ACC, 12, p. 367). Cuando inicialmente, en 1480, no había más que uno (DANVILA, *El poder civil*, V, p. 34).

⁽²⁵³⁾ Para el régimen de ayudas de costa, pretendiendo seguir el ritmo marcado por los procuradores, ACC, 7, p. 277, o ACC, 11, pp. 71 y 115-116. En cuanto a otros gajes, como los trajes de luto, (los lutos) ya los descubrimos con motivo de la muerte del emperador, en las Cortes de 1558, mas en una cifra más baja que la asignada a procuradores y escribanos («Relación de las gratificaciones», AGS, PR 69-95). Sus salarios los percibían inicialmente en alguna parte de los cuatro cuentos, pero ya en una fecha tan temprana como las Cortes de 1558 (y 1555 las últimas de Carlos V) hubo de acudir a

En lo tocante a sus funciones, la verdadera causa de detenernos unos instantes en representar el significado de los porteros para la evolución de las Cortes, he de apresurarme a decir que fueron múltiples. Para ayudar al reino en todas las ocasiones que a diario surgían y cuyas tareas se asemejarían a las que hoy podemos entender propias de un ordenanza. Desde tener en su poder las llaves de la sala de Cortes, o encargarse de comprar los aderezos necesarios para tener a punto estas últimas, antes de los inicios de las juntas o ayuntamientos, hasta ocuparse de la limpieza de la misma sala. E incluso, en un terreno quizá anecdótico, pero bien representativo del carácter del oficio, era uno de los porteros quien se encargaba de ayudar a la misa del capellán.

No obstante, su misión de mayor relevancia para el funcionamiento de las Cortes consistía en acudir a las casas de los procuradores ausentes de los ayuntamientos, y dar testimonio-fe-ante el reino de haber efectuado la pertinente notificación. Lo que en numerosas ocasiones resultaba imprescindible, a efecto de lo que hoy llamaríamos «quorum de presencia y de votación». De acuerdo a lo que de forma reiterativa se establece en varios de los capítulos de las ordenanzas internas de las Cortes ⁽²⁵⁴⁾; con puntual reflejo en los libros de autos, o de acuerdos. Dentro de una función más amplia: la de avisar a los procuradores, por mandato del reino o del presidente, para las juntas o para las comisiones.

Otra labor de los porteros era la de llevar a la firma de los distintos procuradores, asentados en sus bancos, las escrituras de los encabezamientos y de millones. Cumpliendo de paso con otro cometido significativo: la de servir de testigos de los mencionados contratos ⁽²⁵⁵⁾. Como asimismo tocaba a los porteros, y con ello acabo esta

las sobras de los encabezamientos («Relación de las gratificaciones» AGS, PR 69-95, tantas veces citada).

⁽²⁵⁴⁾ Desde las primeras, en las Cortes de 1566, no ordenadas todavía numéricamente en capítulos, ACC, 2, p. 269, en concreto. Como también en las de 1579 y 1583, que siguen sin numerar los capítulos, ACC, 5, p. 449 y ACC, 7, p. 25, respectivamente. Y del mismo modo en las órdenes de votar de las Cortes de 1588 y 1592, con numeración ya de los capítulos (ACC, 10, caps. 2, 3, y 7 y ACC, 12, caps. 2, 3, y 7, sucesivamente.

⁽²⁵⁵⁾ Para todo el auto del otorgamiento del primer servicio de millones, ACC, 11, pp. 319-333. Para el desarrollo de los autos de sucesivas escrituras de encabezamientos durante este reinado, véase: ACC, 7, pp. 252-253; ACC, 8, pp. 171-173; ACC, 9, pp. 289-292; ACC, 11, pp. 206-212 y ACC, 14, pp. 500-503.

relación tan casuística, acompañar a los procuradores comisarios en sus visitas al presidente, la Junta de Cortes u otra instancia cortesana, con el encargo, además, de concertar la hora de las audiencias ⁽²⁵⁶⁾.

Con los porteros cabía en justicia dar por rematado el espacio destinado a la composición de las Cortes, o a su planta, si preferimos mejor esta denominación. No obstante, según antes mencionamos, en torno a estas asambleas pululaba un abigarrado grupo de personas, muy heterogéneo en sus funciones, por las cuales percibirían alguna compensación económica. Signo, uno más, de los derroteros por los que se encaminaban las Cortes. A alguno de los cuales vamos a hacer una brevísima referencia.

Quizá, de entre estas gentes, merezca destacarse por su incidencia en el funcionamiento diario de las Cortes a los oficiales mayores de la Cámara y los escribientes u oficiales de los escribanos. Pasando por los primeros las propias convocatorias, las consultas de las mercedes y de los capítulos, o las cartas y cédulas del más diverso género dirigidas a ciudades y corregidores a propósito de estas asambleas. Con una remuneración de valor bien apreciable, señal del significado de su tarea ⁽²⁵⁷⁾. A partir de la década de los setenta, del siglo XVI, cuando se complica seriamente la actividad de las Cortes.

En cuanto a los oficiales y escribientes de los escribanos, su tarea consistía en auxiliar a éstos en la redacción y despacho de los papeles del reino, así como en la tenencia de los libros de Cortes. Por lo que se apreciará su utilidad. Tanto, que dentro de los subalternos de los escribanos, y a medida que las Cortes avanzan en su imparable proceso de burocratización, fueron distinguiéndose rangos en los mismos ⁽²⁵⁸⁾.

Si por lo dicho de los poderes y la composición deducimos ya cómo las Cortes se iban complicando progresivamente, la descripción de algunos rasgos del estricto funcionamiento de estas asambleas no harán sino ratificarnos en esa opinión. Para empezar, se ha señalar que en el reinado de Felipe II se hace mucho más meti-

⁽²⁵⁶⁾ ACC, 11, p. 144.

⁽²⁵⁷⁾ ACC, 4, pp. 89-90, o ACC, 16, pp. 23-25.

⁽²⁵⁸⁾ A los oficiales de los escribanos ya se les recompensaba económicamente en las Cortes de los días del emperador (DANVILA, *El poder civil*, V, p. 382, Cortes de 1528; CLC, V, pp. 338-339, Cortes de 1544).

culoso el ceremonial de Cortes. Porque se reglarán hasta los más mínimos detalles del orden de proceder. Según disposición de la Corte, pero fruto también de las tensiones internas de las Cortes. Estamos espléndidamente documentados acerca de ello ⁽²⁵⁹⁾.

Parecía como si nada se quisiera dejar al azar, con estrecho margen para la espontaneidad. Todo estaba reglado, desde el orden en que actuaban cada una de las ciudades, por reinos, y dentro de ellas sus dos procuradores por antigüedad, hasta los pormenores de los grandes autos de Cortes: el examen de poderes, la proposición regia, el juramento de secreto, la segunda proposición, los otorgamientos sucesivos de los servicios ordinario y extraordinario, así como los correspondientes a las escrituras de encabezamientos y millones y finalmente la disolución. Llegando a su culmen el aparato ritual en el solemnísimos acto de juramento a los príncipes herederos.

El protocolo obsesionaba, sin embargo. Pero a todos. Tenaces continuaban siendo las pugnas entre las ciudades por su prelación en Cortes. La más famosa, que no la única, entre Burgos y Toledo. Sobre quien de las dos ostentaba el privilegio de responder al rey y al presidente a voz y en nombre del reino. Así como debatían la preferencia de asiento o la primacía en cuantas actuaciones y celebraciones tuvieran lugar con motivo de las Cortes. Tan persistentes, y en su extensión más general, que para las ciudades no cabezas de reinos, sin orden prefijado, siempre se sorteaba el puesto que debían ocupar en los acompañamientos al presidente y asistentes hasta el palacio real, en los juramentos de los príncipes o en los besamanos regios. Ni tampoco escaseaban los roces entre escribanos y procuradores sobre el sitio donde debía colocarse la mesa de los primeros en la sala de Cortes. Pero asimismo abundaban, y mucho, las disputas entre procuradores por las honras que merecían de acuerdo a su rango social. Como nos puede ofrecer buena idea de la importancia atribuida al ritual de Cortes por los representantes de las ciudades, el hecho de que en ocasiones pretendan ligar el otorgamiento de los servicios a la celebración del besamanos real. Cuando ya no consistía más que en

⁽²⁵⁹⁾ En varias oportunidades me he referido al papel titulado: «La orden que se tiene en celebrar las Cortes y otorgar los servicios ordinario y extraordinario y disolverlas» (*Tomo Quinto Adicional*, pp. 37-53). Fidelísimo reflejo de cuanto sucedía en las Cortes, según testimonian escrupulosamente los libros de actas. Por lo que renuncio a las citas pormenorizadas; se harían insufribles.

un acto rutinario de ofrecimiento del servicio por parte del reino, junto a la subsiguiente aceptación por el rey. Pues desde fines del reinado anterior se fundieron en un sólo acto la votación y el otorgamiento de servicios, realizados ante el presidente y asistentes. Tanta era la lejanía física del rey, recluido en El Escorial en la última parte de su reinado.

Manteniéndose siempre el presidente como guardián del orden establecido, que se vería precisado en ocasiones a disponer carcelerías contra los procuradores de Toledo, por su impenitente actitud hacia los de Burgos, por ejemplo. Además de permanecer abierta otra vía para la resolución de conflictos: la apelación ante los del Consejo, utilizada para cualquier menudencia, incluido el tema de la mesa de los escribanos.

Por no referirme ahora a la gran cuestión planteada en Cortes acerca del orden de proceder, sobre la prioridad de trato entre servicios y capítulos, suficientemente ya expuesta. Ni a los problemas que subyacen detrás de la duplicación del juramento de los procuradores, igualmente explicados. Los temas de procedimiento, cuando menos los más principales, no eran asépticos, parece evidente.

Acabamos de hablar de las órdenes de proceder (o ceremonias), impuestas por la Corte, como se ha dicho, pero sin dejar de ser cuestionadas por los procuradores y sus ciudades en alguno de sus puntos. Ahora toca el turno a las ordenanzas de votar del reino, a lo que hoy llamaríamos reglamentos de funcionamiento interno. En principio, de libre elaboración por parte del reino junto en Cortes, en sus primeros ayuntamientos. Mas en la práctica también condicionados, y no sólo por la Corte, pues asimismo lo eran por las ciudades. Uno de los más notorios ramos en todo caso de la autonomía de las Cortes, pese a sus carencias. Así como un nuevo símbolo de la evolución experimentada por estas asambleas, reunidas de forma casi ininterrumpida durante el último periodo del reinado de Felipe II, hasta necesitar de semejantes herramientas normativas de carácter interno. En concreto, su aparición se produce en las Cortes de 1566, y ya no desaparecerán hasta las últimas del reinado de Felipe IV, cada vez con mayor extensión, con un mayor número de capítulos, fiel reflejo de la realidad de las Cortes, tan burocratizadas.

Lo primero que deseo dejar bien claro en estas referencias a las órdenes de votar es su carácter restringido a los negocios propios del

reino, a sus asuntos internos. A las juntas ordinarias de procuradores, para ser más ajustados ⁽²⁶⁰⁾. Puesto que quedan al margen de las mismas la regulación de los autos más o menos solemnes recogidos en los ceremoniales de la Corte, de libre dictado de ésta. Por obvia que resulte la acotación.

Por asuntos propios del reino, o de carácter interno, debemos entender todos los que a diario se sometían a la deliberación y votación de los ayuntamientos de los procuradores. Para continuar con las precisiones. Me refiero, es un supuesto, a la fijación del horario de las juntas, o al establecimiento de la hora y lugar de la misa. También a lo relacionado con las instrucciones para los diputados y oficiales del reino, no menos que lo relativo a su posterior rendición de cuentas. Pero igualmente existían otros muchos casos de la incumbencia del reino: así la formación de las comisiones que de su interior surgen para los más variados asuntos, entre ellos la formación de las propias ordenanzas de votar. O los nobramientos y retribuciones de los llamados ministros del reino. Como de modo semejante, aunque más mediatizado por el rey, la concesión de diversas gracias, limosnas y gratificaciones de los dineros consignados para sus gastos. Ni de manera muy distinta le competía oír las peticiones que de fuera de las Cortes le llegaban, en materia de capítulos o en punto a la administración de alcabalas, y luego de millones. Ni estaba fuera de este género de negocios la facultad para elevar memoriales y consultas al rey, decidir personarse en pleitos o responder las órdenes del monarca y los recados del presidente: Finalmente, por no hacer más larga la enumeración, todos los debates previos a los otorgamientos de los distintos servicios y de los encabezamientos, así como los que con posterioridad surgieran para su ejecución o aclaración. Sin descuidar todo lo relativo a los capítulos, discutidos en comisión y en junta del reino.

En segundo lugar, y no nos sonará a extraño por cuanto se ha apuntado anteriormente sobre la naturaleza de los poderes, debe insistirse en que los acuerdos del reino estaban condicionados por el carácter de ser los procuradores de Cortes representantes de las ciu-

⁽²⁶⁰⁾ Según terminología utilizada en las discutidas y más que probables frustradas ordenanzas de las Cortes de 1586, al referirse al tema de la asistencia de procuradores («a sus Juntas ordinarias»). Su texto en AGS, PR 70-180.

dades. De modo que los criterios de lo que actualmente entendemos por «quórum de presencia y de decisión», vigentes para los asuntos ordinarios sometidos a consideración del reino, no eran aplicables en los mismos términos a las votaciones para los otorgamientos de los servicios y de los encabezamientos. Pues para éstos se requerían unos «quórum» especiales, por número de ciudades, por la mayor parte de ellas, y no tanto por los procuradores individualmente considerados, como para las votaciones ordinarias, donde se rebajaban las exigencias, pues la mayor parte de votos venía referida por relación a la mayoría de los procuradores presentes. De ahí el significado de los poderes «in solidum». Pues en materia de otorgamientos, o de temas recogidos en las pertinentes instrucciones, no se permitían discrepancias entre los dos procuradores de cada una de las ciudades, cosa que por las actas descubrimos sucedía con frecuencia en los asuntos cotidianos. Pero es que hasta los acuerdos previos adoptados por el reino junto en Cortes, de acuerdo a su mecánica habitual, rereferentes a los mencionados otorgamientos, se tomaban por vía de consejo y parecer, sin que parase perjuicio a las ciudades, en quienes radicaba el voto decisivo.

Mas si las ciudades, en poder del voto decisivo, condicionaban la votación de sus procuradores, la Corte, por medio del presidente y de la Junta de Cortes, interfería lo que podía, hasta lograr acuerdos favorables a los intereses regios. Porque no es nada raro encontrarlos en las actas con quejas de los procuradores contra las actuaciones del presidente, que impedía la ejecución de acuerdos, exigiendo su previa licencia. En materia de horarios, para dirigirse por comisarios directamente a la persona del rey, para conceder ayudas de costa, gratificaciones y limosnas de la hacienda del reino o para la redacción de los capítulos generales. Pero también, como una medida de mayor gravedad, llegó el presidente a ordenar repetir, o dejar sin efecto, un acuerdo del reino por estimar se habían producido irregularidades en la forma de su adopción ⁽²⁶¹⁾. Amparándose en sus facultades de gobierno, las mismas por las cuales podía sancionar conductas indebidas o daba licencias a los procuradores para ausentarse temporalmente de las Cortes. Como no era nada infrecuente que la

⁽²⁶¹⁾ Ejemplos en: ACC, 1, p. 210; ACC, 2, pp. 272, 274-275, 286-290, 371-384 y 391 y ACC, 5, pp. 487-499 y 512-519.

Corte recurriera a los procuradores confidentes. Pero en ocasiones la situación llegaría a ser tan difícil de controlar por la Corte, como para tener que repartirse entre sí los miembros de la Junta de Cortes a los distintos procuradores para hablarlos personalmente ⁽²⁶²⁾. Cuando no se valía la Corona del precioso instrumento de las ayudas de costa y mercedes, pudiendo provocar corrupciones, o al menos reacciones interesadas, por egoistas, en las actitudes de los procuradores. Además del arma, no siempre neutra, de la resolución por el Consejo de las apelaciones de los acuerdos. Por no hablar de la disolución de Cortes, muchas veces acaecida antes de resolverse los capítulos.

Finalmente, por entrar algo más en harina, voy a aludir al contenido de las órdenes de votar durante las Cortes del reinado de Felipe II. Para apuntar que fueron evolucionando, tornándose sus capítulos cada vez más completos; las primeras ordenanzas incluso no los numeran ⁽²⁶³⁾. Aunque en las Cortes de 1592 todavía se encuentran a gran distancia de reglamentos posteriores, de un mayor desarrollo.

Quizá lo que más nos interese destacar es que en la práctica se reducen a lo que su nombre indica, a reglamentar las formas de votar. Con especial detenimiento sobre la «regulación», el cómputo de los votos, pues al no admitirse la abstención los procuradores se expresaban con largos y a veces contradictorios pareceres, y no de sí o de no, como se pretendía inútilmente; además de que sí se permitía a los procuradores diferir su voto hasta que los demás se hubieran pronunciado, para formarse así más claros elementos de juicio. Como también se determina el número de votaciones permitidos sobre un asunto y se adoptan medidas para salvaguardar la libertad de voto. No menos que se preocupan de prohibir a los procuradores la salida de la sala una vez junto, constituido o formado el reino, antes o durante las votaciones, por los problemas de «quórum», de lo que hoy llamamos de presencia y decisión (votación). Como también se

⁽²⁶²⁾ De los procuradores confidentes habla «La orden que se tiene en celebrar las Cortes y otorgar los servicios ordinario y extraordinario», p. 48; una fuente bien fidedigna. Sobre el reparto de procuradores otra también muy fiable: «Memoria de cómo se repartieron los procuradores de Cortes para que los de la Junta les hablen y hagan diligencias con ellos», para el año 1586, en AGS, PR 79-226.

⁽²⁶³⁾ Los textos de las ordenanzas en: ACC, 2 pp. 268-269; ACC, 5 pp. 446-449; ACC, 7, pp. 25-26; ACC, 10, pp. 28-31 y ACC, 12, pp. 78-82.

preocupaban por la asistencia de todos los procuradores, particularmente para las votaciones más cualificadas, para lo que se valían de la fe de los porteros. Las últimas ordenanzas del reinado, según ya se ha insinuado, contienen un capítulo destinado a las gratificaciones de los oficiales del reino, superando ya su estricta terminología de órdenes de votar.

Sin embargo, a pesar de que éste fue su contenido, en las propias Cortes se debatió el ampliarlo al tema específico de la asistencia de los procuradores (rompiendo con la distinción entre ordenanza de votar y ordenanza de asistencia), mediante el establecimiento de un régimen de sanciones económicas para quienes no justificasen las ausencias. Solución que levantaba muchos sarpullidos, según se desprende de las contradicciones de los propios procuradores, incluso ente unas reuniones de Cortes y otras, surgiendo de por medio apelaciones ante al Consejo, órgano que en este punto tomaba partido en favor de los deseos de la Corona ⁽²⁶⁴⁾. Como que esta fue, sin duda, la causa de que no llegaran a fraguar las ordenanza de las Cortes de 1586, cuyo texto, no publicado en las actas, recogía precisamente el sistema de multas a aplicar a los que faltaban a los ayuntamientos, para su reparto entre los procuradores presentes. A instigación de la Corte, todo parece indicar, la más interesada en la rapidez del desarrollo de las Cortes, pues el asentismo impedía que muchos días llegara a juntarse al reino, por faltar el número mínimo de procuradores exigido para su constitución o formación ⁽²⁶⁵⁾.

Las órdenes de celebrar Cortes y de votar parecen un buen termómetro para detectar los cambios que, dentro de la continuidad, se estaban produciendo en el discurrir de las Cortes. Hacia un exasperante funcionamiento. Como es otro buen índice el recurso por los ayuntamientos de Cortes a la formación de comisiones, para los asuntos más diversos. A algunas de las cuales hemos tenido ocasión de referirnos circunstancialmente. Aparte, bien entendido, de su comisión permanente, la Diputación de Alcabalas, cuyos diputados, elegidos de Cortes a Cortes, ven ahora mucho más perfiladas

⁽²⁶⁴⁾ Para este debate: ACC, 8, pp. 182-186 y 190-191, así como ACC, 9, pp. 109-110, 123-128 y 134-139.

⁽²⁶⁵⁾ Su texto, con fecha final evidentemente falsificada por la Corte, había de presentarse en esta ocasión al rey para su confirmación (en AGS, PR 70-180).

sus funciones, pero más mediatizadas por las Contadurías mayores de Hacienda ⁽²⁶⁶⁾.

Finalmente, para acabar lo relativo al funcionamiento de las Cortes en la época de Felipe II, deseo llamar la atención sobre los efectos que produjo el nuevo servicio de millones. A añadir a los ya causados por el servicio extraordinario y los contratos de los encabezamientos generales de alcabalas. Porque ahora se observa en su plenitud la doble tenaza que se cernía sobre las Cortes, procedente de la Corte y de las ciudades. Mas con clara personalidad de los procuradores, del reino junto en Cortes, a quien no era tan fácil de dominar por la Corte, distinguiéndose a su vez del conjunto de las ciudades con derecho de voto, a quienes les presentaban ya aprobadas las escrituras, aun bajo forma provisional de parecer.

Con lo que se alargaban indefinidamente las reuniones. Desde que se solicitaban los nuevos servicios de millones al reino por parte del rey, hasta llegar al solemne otorgamiento de la escritura del correspondiente contrato, e incluso con posterioridad al mismo. Porque los medios, la cuantía, la periodicidad y en general todas las condiciones de millones serán objeto de interminables debates en las Cortes. Pero también en el seno de comisiones, a caballo entre la sala de Cortes y la Junta de Cortes o el Consejo, donde de ordinario se encontraba el presidente. Intentando las instancias cortesanas limar las condiciones en sentido favorable al rey. Siempre, no se olvide, con carácter consultivo, porque el voto decisivo lo tenían de hecho reservado las ciudades, lo cual llevaba consigo la redacción de una carta consulta en solicitud de poderes. Nada sencillo, porque las ciudades establecían de su propia cosecha nuevas condiciones, con las dificultades que entrañaban para elaborar un texto claro y definitivo de las escrituras. Obligando al presidente y la Junta de Cortes, en unión con los comisarios de los procuradores, a volverse a poner de acuerdo. Tarea tampoco fácil.

Todo por las necesidades del monarca, por sus apuros financieros, que le forzaban a recurrir a todos los medios imaginables para recabar fondos para su maltrecha hacienda. A pesar del juramento, que asimismo efectuará Felipe II ante los procuradores, de no enaje-

⁽²⁶⁶⁾ De nuevo me remito para su conocimiento a los trabajos de Tomás y Valiente y Fortea, citados aquí con reiteración.

nar el patrimonio de la Corona y guardar los privilegios de las ciudades y de los reinos ⁽²⁶⁷⁾. Y por ahora, los medios suministrados por las Cortes parecían indispensables para la Corona. Pero los inconvenientes que ofrecían estas asambleas, su mucha lentitud y alto coste, amén de otro peligros, serán la causa de que, fallecido Felipe II, muy pronto se cuestione la Corte la utilidad de las mismas.

Porque en nada variará la pugna por los poderes de los procuradores en el reinado de Felipe III. Si acaso se hace todavía más patente en los sucesivos servicios de millones, que relegan a un lugar secundario a los contratos de encabezamientos, sometidos en adelante a sucesivas prórrogas, y no digamos ya a los servicios ordinario y extraordinario, fosilizados en su cuantía y periodicidad en tiempos del emperador.

La Corte, por la parte que a ella tocaba, continuará con la serie de controles enunciados en páginas anteriores, casi rituales, por repetidos. Partiendo del triple instrumento inicial: carta de convocatoria, minuta de poder y cédula adjunta a los corregidores, pasando por los oportunos exámenes de poderes, hasta llegar al doble juramento efectuado por los procuradores, de no traer limitaciones de sus ciudades, por escrito o de palabra, y de mantener el secreto de las deliberaciones. Sin descuidar los sucesivos acuerdos de los de la Cámara, el presidente y asistentes, una vez examinados los poderes, de escribir a las ciudades-y sus corregidores-con el fin de que levanten las restricciones.

Mientras, las ciudades, conforme venía siendo de uso y de costumbre, persistirán en el hábito de atar a sus procuradores con los archisabidos vínculos de las instrucciones y de los juramentos (o pleitos homenajes, manteniendo un anacronismo de rancio sabor feudovasallático). Y no por una o dos ciudades, sino por bastantes, nada asombroso tampoco. De manera que la Corte se encontraba obligada a requerir nuevos poderes, poderes especiales, si sus demandas en Cortes excedían de los capítulos recogidos en las instrucciones ⁽²⁶⁸⁾.

⁽²⁶⁷⁾ En 1560, según consta en las peticiones efectuadas en 1598 por los procuradores para que preste el correspondiente juramento el nuevo rey Felipe III (ACC, 15, pp. 701-708).

⁽²⁶⁸⁾ En las propias actas, en el auto de preentación de poderes, se reflejan las limitaciones de los procuradores (ACC, 18, pp. 7-20 y 30-32; ACC, 20, pp. 9-23 y 33; ACC, 23

Saldada dialécticamente la batalla en idénticos términos a como quedó fijada en las Cortes últimas de la etapa de Felipe II. Mediante la distinción entre voto decisivo, en manos de las ciudades, y voto consultivo, en poder de los procuradores. Que daría alas a las ciudades para intensificar sus obstáculos, principalmente si se ventilaban servicios de millones. A la Corte, en verdad, en estas circunstancias, le tocaría sufrir para obtener de las Cortes ingresos fiscales ⁽²⁶⁹⁾. Encontrando un buen alivio en las personas «confidentes», tanto se tratará de procuradores ⁽²⁷⁰⁾ como de regidores ⁽²⁷¹⁾.

La discordancia era manifiesta en orden a la libertad de los poderes, fruto, en el fondo, de la doble representación de los procuradores, en nombre de las ciudades de voto y de los reinos ⁽²⁷²⁾. Como otro tanto ocurría con el concepto de bien público y general del reino, de no menos ambivalente interpretación. Con directa incidencia en el juego de relaciones entre capítulos y servicios, según bien sabemos. Tampoco resuelta por completo en las Cortes de la etapa de Felipe III, pese a la consolidación de los contratos de millones, someti-

pp. 1-15 y 18-31; ACC, 27, pp. 2-14 y 28-30; ACC, 28, pp. 9-20 y 38-39 y ACC, 29, pp. 9-24 y 40-41). Como ejemplo de algunas instrucciones de ciudades, véase DANVILA, *El poder civil*, VI, pp. 59-60 y 76-78. Para solicitud de nuevo poder: DANVILA, *El poder civil*, VI, pp. 14-15 y 41.

⁽²⁶⁹⁾ Buen paradigma puede resultar lo sucedido en Córdoba en 1618 por causa de los poderes decisivos, para los servicios de millones (DANVILA, *El poder civil*, VI, p. 90).

⁽²⁷⁰⁾ Más si se trataba de un representante de una ciudad tan belicosa en el asunto de los poderes como venía siendo Salamanca. Caso de lo ocurrido con el licenciado Cristóbal de Paz en las Cortes reunidas entre 1607 y 1611, por la cuestión de la concesión del servicio de los diecisiete millones y medio. Quien se dirigió a sus compañeros de regimiento, mediante un memorial, también enviado al resto de ciudades de voto, con argumentos organicistas y de necesidad urgente y apoyo de teólogos y personas doctas para justificar la imposición de sisas (su texto en BAH, Colección Pellicer, t. XIV, fo. 24r-28r).

⁽²⁷¹⁾ «Que pues la negociación a de ser en las ciudades, se vea en cada una de ellas a quien se encomendará facilitar sus votos y consentimientos», era una de los asuntos que el monarca, por medio del valido Lerma, planteaba a la Junta de Cortes en los preparativos de la asamblea que se celebraría en Valladolid durante los años de 1602 a 1604 (ACC, 22, p. 459).

⁽²⁷²⁾ La alusión a la doble representación se mantendría por ahora en todas las cartas de convocatoria y en las minutas de poder. Para su comprobación apelo a los prolegómenos de las actas impresas de cada reunión, al momento del examen de poderes, donde se recoge el correspondiente a Burgos, incluyendo siempre en el mismo el texto de la carta de convocatoria.

dos a numerosas condiciones, algunas de ámbito no estrictamente fiscal.

Que las Cortes, y las ciudades, permanecían interesadas en que se diera satisfacción a los capítulos, se demuestra por variedad de testimonios. Recogiéndose de manera casi literal razonamientos expuestos en los reinados de Carlos I y Felipe II. Con apelación al bien público de los reinos y a su buen gobierno y justicia ⁽²⁷³⁾. Argumentos clásicos, según se convendrá, que colocaban al reino (a las Cortes), a la hora de pedir, como defensor de los intereses públicos. Sin demasiado éxito, porque, una y otra vez, en sucesivas Cortes, se quejarán los procuradores de que la Corte todavía no había contestado los capítulos de las reuniones pasadas ⁽²⁷⁴⁾. Mas la preocupación de las Cortes era palmaria, conforme da a entender el hecho de que llegara a establecerse como condición de millones la resolución de los capítulos ⁽²⁷⁵⁾.

Si lo deseamos podemos abundar en lo dicho. Puesto que los procuradores, por estos años, vuelven a expresar su deseo de participar en el proceso de elaboración de las leyes del reino. Solicitando que no se publiquen más leyes ni se deroguen las antiguas sin dar

⁽²⁷³⁾ «Para que los procuradores dellas (las ciudades) quando volvieran a sus ziudades, lleven respuesta de los capitulos y peticiones que hubiesen dado, pues es el principal fin para que se juntan las Cortes, tratar y resolver las cosas públicas y generales» (Dentro de un conjunto de súplicas, la diez, elevada al rey en las Cortes iniciadas en 1602, con motivo de la concesión del servicio de los diecisiete millones y medio. En DANVILA, *El poder civil*, VI, pp. 17-18 y 47).

⁽²⁷⁴⁾ Así, en los memoriales de súplicas entregados por los procuradores a la Corte en 1603, con ocasión de los servicios ordinario y extraordinario y en relación a los capítulos de las últimas Cortes de Felipe II, en 1592, y las primeras de Felipe III, en 1598, todavía no contestados. Con lenguaje bien sabido: «por haber en ellos cosas muy convenientes al buen gobierno de estos reinos y al bien público de ellos» (DANVILA, *El poder civil*, VI, pp. 11 y 38-40). Pero en las Cortes de 1617 la situación no era mejor, pues se lamentan los procuradores de la falta de respuesta a los capítulos generales de las tres últimas Cortes (ACC, 29, pp. 78-79). Véase igualmente, como evidencia del permanente retraso de la Corte en la contestación de los capítulos: ACC, 22, pp. 469-470, 476-477 y 507-509; ACC, 26, pp. 446-454 y ACC, 28, p. 357.

⁽²⁷⁵⁾ Para ser precisos, la sesenta y una del «Quinto género de las condiciones generales para el alivio y bien destos Reynos», en el servicio de los dieciocho millones en las Cortes de 1618 (BAH, Colección Pellicer, t. XIV, fo. 184v). Con los argumentos de siempre, por ser «cosas tan convenientes al servicio de Dios, y de Su Majestad y bien público destos Reynos». Englobando también las respuestas a las súplicas con motivo de los otorgamientos del servicio ordinario y extraordinario.

previa cuenta a las Cortes, o a su Diputación en su ausencia ⁽²⁷⁶⁾. Nada novedoso tampoco, bien es cierto.

A las Cortes no cabe achacar el proceso de degeneración que venía sufriendo la resolución de los capítulos. Desde hacía tiempo. Por la falta de determinación o respuesta de los mismos, y por la postergación de la publicación de los correspondientes cuadernos de leyes y pragmáticas, hasta fechas muy posteriores a la terminación de las reuniones. Cada vez con signos más negativos. Camino de un destino fatal: la desaparición, pura y simple, de los propios capítulos, acontecimiento que tendrá lugar en el reinado siguiente, con Felipe IV, coincidiendo con la implantación del voto decisivo en las juntas de procuradores.

De la degradación del valor de los capítulos, además de lo apuntado anteriormente, podemos obtener pruebas siguiendo la evolución del procedimiento de su elaboración en Cortes. Porque en las primeras convocatorias del reinado de Felipe III, todavía se discutían en el seno del reino los distintos capítulos, uno a uno. Cosa que no sucederá en la última reunión, precisamente. Pues, ya en periodo de disolución, tras el preceptivo anuncio del presidente en nombre del rey, sin tiempo para más, el reino (las Cortes) encarga a una comisión de procuradores que determine «decisivamente» los capítulos generales, y así ordenados se supliquen al monarca. Haciendo a los diputados responsables de presentarlos al monarca, a sus órganos de la Corte; al presidente y asistentes, la Cámara de Castilla ⁽²⁷⁷⁾.

Prisas, lo que se dice prisas, no parece que existieran muchas en la Corte, a fin de decidir un pronto despacho de los capítulos. En parte, por razones técnicas, por la obligada remisión de varios de los capítulos, en virtud de su contenido, a consulta de diversas instituciones cortesanas, caso de los reales Consejos, el de Castilla, el de Hacienda, el de Estado o el de Guerra. Mas sobre todo por motivos políticos, por la concepción que la Corte tenía del bien público o general y del papel que debían jugar las Cortes en su consecución. Co-

⁽²⁷⁶⁾ ACC, 27, pp. 369-386; en particular, p. 371.

⁽²⁷⁷⁾ Para su confirmación: ACC, 18, p. 7; ACC, 21, p. 450; ACC, 25, pp. 735-736; ACC, 26, p. 245; ACC, 27, pp. 291 y 369-384 y ACC, 35, pp. 313-316 y 320-321.

mo se observa por datos feacientes. En ocasiones procedentes del mismo monarca ⁽²⁷⁸⁾. En otras, de la Junta de Cortes ⁽²⁷⁹⁾.

Los capítulos, por tanto, continúan coleando en todas las reuniones convocadas en el reinado de Felipe III. Mas con evidente frustración para las ciudades y sus procuradores, pese a los distintos mecanismos utilizados para instar a su resolución. Porque observaban el desmoronamiento de una de las competencias tradicionales de las Cortes: su participación en la elaboración de las leyes, cuyo objeto era el buen gobierno de los reinos de Castilla, y específicamente de las ciudades. Muy probablemente por ello, por la pobre respuesta que venía dando la Corte a los capítulos, las ciudades, y sus procuradores, se refugían, como sustitutivo, o al menos paliativo, de los ordenamiento de Cortes, en las condiciones de las escrituras de los servicios de millones. Obligatorias para las dos partes contratantes, según cláusulas literales de las mismas (cuestión distinta es su cumplimiento, por unos y otros). Más aún, con valor de leyes, tras las cédulas regias de aceptación y cumplimiento, de confirmación y sanción, en virtud de las cuales el monarca, de su poderío absoluto, eliminaba todo impedimento de Derecho que afectase a su aplicación ⁽²⁸⁰⁾. Con lo cual, en los puntos-y sólo en

⁽²⁷⁸⁾ Muy significativo nos parece al respecto el texto de la carta convocatoria para las Cortes iniciadas en 1602. Pues en él se recuerda, de forma expresa, cómo en la reunión anterior se habían otorgado al monarca los servicios ordinario, extraordinario, de casamiento y de los dieciocho millones. Mientras, de modo distinto, se contenta con una simple referencia a que «asimismo en las dichas Cortes se trataron y ordenaron otras cosas importantes al bien y beneficio público de estos Reynos y de los súbditos y naturales de ellos». Mas sin especificar cuáles fueron estas cosas importantes (La carta, en DANVILLA, *El poder civil*, VI, pp. 17-18).

⁽²⁷⁹⁾ Tampoco es de menospreciar la consulta que este organismo eleva al rey en 1610, dentro de unas Cortes iniciadas tres años antes. En momentos en que se estaba debatiendo por la Corte la disolución del reino. Cuando, según la mencionada Junta de Cortes, las «dos cosas de consideración», cuya conclusión estaba pendiente, eran el reparto de los millones y la prorrogación del encabezamiento. Sin hablar para nada de los capítulos. En ACC, 26, pp. 459-460.

⁽²⁸⁰⁾ No obstante cualquier tipo de disposición en contrario, pragmáticas de Cortes y otras condiciones de millones incluidas, que en cuanto pudiera afectar al contenido de los contratos, y por la fuerza de su poderío absoluto, deroga, casa y anula. Como puede observarse, bien por las minutas de cédulas anteriores a los otorgamientos, enviadas a las ciudades junto a la carta-consulta, bien por las mismas cédulas de aceptación y cumplimiento de los millones, una vez efectuado el correspondiente auto del otorga-

ellos-recogidos como condiciones se encontraba una satisfactoria salida al tema de la prioridad de proceder entre los capítulos y servicios. De forma parecida a como venía sucediendo con los contratos de encabezamientos. Por mucho que ahora, con ocasión de los millones, las condiciones extiendan su ámbito a esferas no estrictamente fiscales. Incluso a materias de gracia, propias de la regalía del monarca (281). Aunque en puridad debemos apuntar que también en los contratos de alcabalas se encuentra alguna estipulación relativa a aspectos que superan el campo de la administración del encabezamiento (282).

Pero no sólo se acogen a las condiciones tasadas de los millones. Porque, junto a éstas, de valor contractual y con carácter de leyes, como se ha declarado, existían las llamadas suplicaciones de millones. Elevadas al monarca en la misma coyuntura, aunque a su respuesta, según bien lo indica el propio término, no estaba obligado el rey. Ni las mismas tendrían nunca valor de ley (283).

Y esto no era todo, porque al socaire de los millones, concidiendo con su consagración en la vida de Cortes, desde la primera reunión celebrada bajo Felipe III, en 1598, va a exponer el reino una

miento. En ACC, 19, pp. 669 y 709-714; ACC, 21, pp. 654-667; ACC, 24, pp. 622-630 y 839-840 y ACC, 34, pp. 127-132 y 133-353. Pero las cédulas de aceptación y confirmación tampoco eran un invento de los millones, pues se daba en los encabezamientos y en multitud de negocios jurídicos.

(281) Para los temas de justicia, M^a Paz Alonso Romero, «Las Cortes y la Administración de justicia», ponencia presentada a la *Segunda etapa del congreso científico sobre la historia de las Cortes de Castilla y León*.

(282) Que esto era así se confirma por el capítulo 4 de las Cortes iniciadas en 1588, de los generales, donde le recuerdan al rey que una de las condiciones del encabezamiento de las Cortes de Toledo de 1560, y de todos los que desde entonces habían corrido, hasta la citada prorrogación, hacía referencia a la creación de una sala en el Consejo para que en ella se vieran los pleitos de mil y quinientas y las residencias (ACC, 11, pp. 504-505). Para el otorgamiento de 1560 y el mencionado punto, la cédula regia de aceptación, *Tomó Quinto Adicional*, pp. 360-361.

(283) Claramente distinguen las ciudades entre la vía de condición y suplicación en sus votos decisivos. Sobre el particular, y con pronunciamientos de la Junta de Cortes: ACC, 22, pp. 469-472 y 478; ACC, 24, pp. 718-842 y ACC, 34, pp. 2-127. Y por supuesto en los otorgamientos de escrituras de los contratos, donde se señala en apartados distintos las condiciones y las suplicaciones (ACC, 19, pp. 671-709 y ACC, 21, pp. 681-718). Como antes lo habían distinguido los procuradores por voto consultivo, ACC, 19, pp. 452-522 y ACC, 21, pp. 202-203 y 207-258.

serie de súplicas con motivo de los otorgamientos de los servicios ordinario y extraordinario. De naturaleza heterogénea, no meramente fiscales. Recogidas en un memorial escrito, dirigido al monarca por medio del presidente. Luego respondidos por el rey, pero tras los otorgamientos, por mediación también del presidente y asistentes. De forma al parecer poco satisfactoria, a juzgar por las réplicas formuladas por las Cortes, repitiendo sus demandas. E incluso no era nada insólito que las súplicas formuladas cuando el otorgamiento del servicio ordinario, vuelvan a ser reiteradas, en términos semejantes, con ocasión del servicio extraordinario ⁽²⁸⁴⁾. Que nunca daban lugar a formación de escrituras, a diferencia de los encabezamientos y los millones. Como tampoco alcanzaban rango de ley. Pero algún valor sí tendrían, de carácter acumulativo, a añadir a las condiciones y suplicas de millones, a las propias de los encabezamientos y a los persistentes capítulos generales.

Nada asombroso el desarrollo, en todo caso. Aunque pueda llamar la atención, en especial si se parte de la idea de que con los contratos de millones se habría alterado en contra del monarca la dialéctica hasta entonces existente referida al orden de proceder, asumiendo además las condiciones de millones la función desempeñada con anterioridad por los capítulos, por lo mismo ya obsoletos. Casos de Thompson y de Jago ⁽²⁸⁵⁾. Que no se detienen aquí, porque, en un plano más general, piensan que con estos contratos se habría producido una inversión «constitucional» en Castilla. Capaz de modificar el juego de relaciones entre la monarquía, las Cortes y las ciudades. Dejando sin sentido cualquier referencia al absolutismo.

A mi entender, en cambio, ni la fórmula contractual fue tan innovadora, al margen de la persistencia de los capítulos, ni mucho menos imposibilitó la implantación del absolutismo. Por sus precedentes en los contratos de encabezamientos, mas asimismo por las cédulas regias, emanadas de su poderío absoluto, que confirmaban, en una de sus principales manifestaciones, el valor de leyes de las condiciones de los millones, no obstante cualquier ley o condición anterior en

⁽²⁸⁴⁾ Por hacer sólo dos referencias. Una, respecto a las propias Cortes, a los memoriales de súplicas, los de 1598: ACC, 41-46, 53, 61-62, 77-82 y 87-98. Otra en relación a la Junta de Cortes, a la respuesta a los memoriales de las Cortes presentados en las de 1602, ACC, 22, pp. 486-504.

⁽²⁸⁵⁾ En los trabajos ya citados con anterioridad.

contrario. Porque, por reforzar la argumentación, negar el carácter de absoluto al monarca por el hecho de sentirse obligado a unas cláusulas contractuales, resultaría semejante a pensar en la desaparición del privilegio a partir de los nuevos servicios. Por mucho que ahora, con los millones, recaudados en sisas sobre el consumo, se va a gravar a eclesiásticos y nobles, no sólo a pecheros. Pero, y esto me parece concluyente, tanto el privilegio jurídico como la monarquía absoluta continuarán tiempo después, bien unidos de la mano, hasta el tiempo de la revolución burguesa, cuando se proclama el principio de igualdad jurídica, a la vez que se establece un sistema de monarquía constitucional.

Las diferencias entre los contratos de millones y los encabezamientos no vendrían dadas, por consiguiente, ni por la aparición de condiciones, ni por el carácter obligatorio de las mismas (no únicamente para el rey), ni por la fuente de recursos, sisas sobre el consumo. Pero tampoco por la complejidad que generan, mucha, en buena medida por la gran cuantía de los nuevos servicios; afectando a las características que ya venía manifestando la marcha de las Cortes, a añadir a la que habían supuesto el servicio extraordinario y los encabezamientos. E incluso ni siquiera descubrimos su originalidad en la reserva de la administración de los millones en favor del reino, dando lugar a una nueva comisión permanente: la Comisión de millones. Acumulable a la Diputación de alcabalas. La distinción, además de por la cuantía, quedaba establecida por la naturaleza del servicio de millones, un subsidio (como los servicios ordinario y extraordinario) demandado por la Corona, frente a la naturaleza más impositiva de las alcabalas ⁽²⁸⁶⁾. Sin por eso negar, se repite, una estimable dedicación en las condiciones de millones hacía determinados asuntos de gobierno, gracia y justicia, que excedían del campo estrictamente fiscal. Mas sólo a los aceptados como condiciones. Y para eso a menos en el siguiente reinado. En absoluto comparable, debe quedar claro, a los grandes ordenamientos de leyes de Cortes del pasado.

⁽²⁸⁶⁾ Esta distinción tenía su reflejo en el escrupoloso orden de proceder en Cortes. Pues mientras la tarea de leer la escritura de los servicios de millones en la sala del reino recaía en los escribanos de Cortes, la referida a la escritura de los contratos de encabezamientos correspondía a los escribanos de la escribanía mayor de rentas. Según consta con detalle en las actas de Cortes.

Si hemos efectuado algunas consideraciones en torno al tema de los poderes, y en mayor grado acabamos de hacerlo sobre la relación en Cortes entre servicios y capítulos, toca ahora el turno a la composición. Que apenas sufrirá variaciones, aun cuando el alto coste de las retribuciones de cuantos se movían alrededor de las Cortes sea otro factor a tener muy en cuenta para el futuro de la institución. En su exposición me limitaré a unas breves notas.

Por comenzar con el elemento regio, hemos de decir que en nada cambia la tarea del presidente y asistentes. Quizás, apuntar un mayor papeleo entre la Corte y las Cortes, ahora con frecuentes órdenes regias y memoriales de los procuradores, un exponente más de la irrefrenable burocratización de las Cortes. Signo también de la tendencia de convertir a esta institución en un órgano de funcionamiento próximo a los Consejos. A lo cual no sería ajeno la figura de los validos, muy presente en las Cortes. Como quizá, y en la misma dirección, merezca la pena destacar que en este reinado emerge la Junta de asistentes, formada por el presidente y asistentes, con personalidad propia frente a la Junta de Cortes, de composición más amplia. Duplicándose así en alguna manera los expedientes cortesanos de Cortes, por razón de la doble fuente de la que emanaban ⁽²⁸⁷⁾. En cambio, de cara a sus retribuciones, todo permanece bastante igual, procedentes del reino y del rey. Con incrementos en las ayudas de costa y en los gajes. De acuerdo a la tónica seguida por los procuradores y los escribanos, en momentos en que el reino tiene consignados quince cuentos para sus gastos, procedentes de las sobras de los encabezamientos ⁽²⁸⁸⁾.

En relación a los escribanos (o secretarios) de Cortes, valen las características apuntadas para el reinado anterior. Mas su perfil híbrido se decanta cada vez más en favor del rey. Según se manifiesta en el tema de sus nombramientos, de libre designación por el monarca, aunque por las angustias de la real hacienda, continúe sometido a prácticas patrimoniales, y no sólo de renunciaciones, sino también

⁽²⁸⁷⁾ Incluso con rivalidades entre las dos, según descubrimos ya en 1602, cuando leemos: «no es de Junta de Cortes, sino de Junta de asistentes por donde se vio» (AGS, PR 89-463). Y con mayor claridad en 1618, momento en que la Junta de asistentes, frente a la Junta de Cortes, reivindica para sí el tratar de las condiciones de los servicios (DANVILA, *El poder civil*, VI, pp. 90-93).

⁽²⁸⁸⁾ De estos fondos pagaba el reino sus ayudas de costa (ACC, 26, pp. 188-189).

de perpetuación del oficio, mediante precio ⁽²⁸⁹⁾. Desoyendo Felipe III diversas quejas del reino contra las renunciaciones y ventas de las escribanías de Cortes, pues se pretendió su nombramiento por los procuradores, dispuestos incluso a ejercer el derecho de tanteo en la venta ⁽²⁹⁰⁾.

Como otro dato de su función prorregia cabe apuntar el celo con que defendían el carácter secreto de los libros de Cortes, frente a los deseos de los procuradores. E incluso contra un dictamen de la Cámara, que volvió sobre sus pasos, justamente a iniciativa del escribano mayor, cuando antes se manifestaba dispuesta a entregar a los procuradores uno de los dos libros de los escribanos ⁽²⁹¹⁾. Sabedores éstos de la gran fuerza que les otorgaba el secreto de las Cortes. A añadir a sus tareas de «regulación» de los votos. Con ascendencia sobre los procuradores, pero haciendo méritos también con vistas al rey ⁽²⁹²⁾.

En cambio, y lo que puede considerarse como un argumento de su pertenencia al reino, perciben unos ingresos muy semejantes a los procuradores, prácticamente iguales a los de éstos. En una cifra verdaderamente elevada, con su incidencia en el desarrollo de las Cortes ⁽²⁹³⁾. Aunque no siempre los procuradores se sintieron tan magnánimos como para repartir sus ganancias con los escribanos, ni en cuanto a las ayudas de costa ⁽²⁹⁴⁾, ni menos en relación al quince al millar de los servicios ⁽²⁹⁵⁾.

Pasando a los componentes natos de las Cortes, tampoco obser-

⁽²⁸⁹⁾ Buena información en un memorial anónimo, ya citado: «Contra los dos escribanos mayores», fo. 68r, en concreto.

⁽²⁹⁰⁾ ACC, 21, pp. 79-80, 91-93, 277 y 307-310.

⁽²⁹¹⁾ Para la resolución de la Cámara y el informe del escribano Henestrosa, AGS, PR 87, 102-105.

⁽²⁹²⁾ Por seguir con el mismo secretario, y las mismas Cortes, cuando en el memorial de mercedes alega como mérito el haber procurado «atraer y reducir la voluntad de los procuradores» (ACC, 22, p. 561).

⁽²⁹³⁾ Según el autor del memorial «Contra los dos escribanos mayores», fos. 70v-71r. Así como de otro: «Discurso sobre reformar los gastos del Reyno», fos. 40v-41v. Dentro de un análisis muy crítico de la actuación de los escribanos, cuyos beneficios, y para el periodo comprendido entre 1600 y 1620, rondarían, según el anónimo autor, en torno a una cifra anual de dos millones de maravedises. Por diversos epígrafes, pero fundamentalmente por las receptorías de los servicios y las ayudas de costa.

⁽²⁹⁴⁾ Por ejemplo, ACC, 29, pp. 240-243.

⁽²⁹⁵⁾ También como ejemplo, ACC, 22, p. 561, o ACC, 35, pp. 87-90.

vamos variaciones de bulto en relación a las asambleas reunidas durante el reinado precedente. Porque, desde luego, en el caso de los estados eclesiástico y nobiliario, sólo acuden algunos personajes de entre ellos, y en sede especial, no en la sala del reino, con ocasión del juramento de príncipes herederos, como un residuo de épocas pretéritas ⁽²⁹⁶⁾. Como venía sucediendo desde la época del emperador.

En cuanto a los procuradores, todo parece moverse, al igual, dentro de los cauces conocidos. Así sucede en materia de elecciones de los mismos, donde el rey persiste en su política de intervención indirecta. Como no nos puede sorprender siquiera la presencia del válido, hasta como procurador, como un paso más dentro de los esfuerzos desplegados por la Corte para controlar a las Cortes, de muy complejo y difícil funcionamiento ⁽²⁹⁷⁾.

Ni hallamos muchas cosas dignas de notar, por referencia a momentos anteriores, en el capítulo de sus retribuciones. En todos y cada uno de los conceptos y epígrafes. Porque los procuradores seguirán con los mismos problemas para obtener salarios adecuados de sus ciudades, necesitando de la presión regia sobre los concejos morosos, o sustituyendo las carencias por su mediación ⁽²⁹⁸⁾. E igualmente continúan las ansias de los procuradores por ver incrementadas sus ayudas de costa y mercedes, manteniendo las receptorías de los servicios. Con aumentos en el número de ayudas de costa y en el apartado de gajes y emolumentos. Los libros de actas, por no recurrir a otras fuentes, como los trabajos de Danvila, están llenos de datos sobre el particular. Bastantes como para hacernos comprender el

⁽²⁹⁶⁾ Tan residual, como para pretender los procuradores preceder a grandes y prela-dos en la ceremonia, con ocasión del juramento del futuro Felipe IV, en las Cortes de 1607. Aunque sin éxito, porque el presidente, tras consulta con el rey, insiste en el orden tradicional (ACC, 23, pp. 689-690).

⁽²⁹⁷⁾ Mas con una posición adecuada a su rango. Según se manifiesta ya desde los primeros instantes de Cortes, porque Lerma, en lugar de jurar en la sede del presidente, rodeado de los asistentes, como el resto de procuradores, él lo hace en día aparte y en presencia del rey, instantes antes de la proposición real, en palacio (ACC, 28, pp. 27-28). Del mismo modo que el presidente le autorizaría el voto por escrito, por sus ocupaciones fuera de Madrid (ACC, 25, p. 115).

⁽²⁹⁸⁾ De nuevo volvemos a encontrarnos la petición, en este caso en una suplicación de millones de la ciudad de Zamora, para que los salarios de los procuradores no sólo sean pagados por las ciudades cabezas de voto, sino por todas las tierras y partidos que componía la provincia fiscal, mediante un sistema de reparto (ACC, 22, p. 493).

desorbitado coste que suponían para la vida de las Cortes, reunidas casi sin interrupción. Uno de los factores con que jugaba la Corte en sus dudas sobre la continuidad de estas asambleas ⁽²⁹⁹⁾.

Si no nos hemos detenido en hablar de los procuradores, cuya suma formaba el llamado reino, menos lo vamos a hacer respecto a los ministros de éste: el contador, receptor, solicitador, letrados, capellán y médicos. Con funciones semejantes a los de los de las Cortes precedentes, pero con mayores retribuciones, y en algún caso, el del contador, los letrados y los médicos, con incremento en el número de ministros ⁽³⁰⁰⁾. Siempre de libre nombramiento y remoción por el reino.

¿Qué cabe apuntar del funcionamiento de Cortes? En esta materia seguimos apreciando la dualidad entre orden de proceder, regulado por la Corte, y orden de votar, reglamentado por las Cortes. En el primer ámbito, el del ritual de Cortes, el orden de proceder, no hay cambios significativos, según se desprende de las mismas actas, muy espléndidas, con una descripción al por menor de las ceremonias. Mientras en el segundo, en el «orden de votar los negocios que en el reino se ofrecen», aun dentro de una línea de continuidad, observamos un aumento progresivo en el número de sus capítulos. Señal de la creciente complicación de la actividad del reino, de los

⁽²⁹⁹⁾ En el escrito titulado «Contra los dos escribanos mayores», el anónimo memorialista atribuye a éstos todos los defectos de las Cortes, muy principalmente su alto costo. Pues bien, en un papel coetáneo, con el rótulo de «Discurso sobre reformar los gastos del Reyno», citado ya varias veces, al igual que el anterior, el autor arremete ahora contra los procuradores, achacando a las ambiciones de éstos los males de las Cortes. Cifrando sus ingresos en dos millones de maravedises anuales, para la etapa comprendida entre 1600 y 1620. Cuando, en su opinión, los frutos de las Cortes, para él los servicios, no debían recaer en provecho de particulares. Con una nueva contraposición entre intereses particulares a intereses públicos, bien distinta a la que tenían los propios procuradores. Mas con el parecer razonado de que como consecuencia de las deficiencias de las Cortes no vuelvan a convocarse estas asambleas (fos. 35r-37v y 38, del último escrito). Donde, además, entre otras cosas, señala que tras recaer en el reino en 1608 la administración de millones, por condición del servicio de los diecisiete millones y medio, se estableció una cantidad dedicada al nuevo servicio, junto a las otras sumas, destinadas a los gastos derivados del encabezamiento general y de los servicios ordinario y extraordinario.

⁽³⁰⁰⁾ Una síntesis inmejorable, en el tan mencionado papel: «Discurso sobre reformar los gastos del Reyno», fos 41v-43v. Donde se indica que por razón de los millones se creó un nuevo receptor y otro contador.

ayuntamientos o juntas de procuradores. Sin menospreciar sus efectos para la autonomía de las Cortes, pues, en principio, era un terreno reservado a su autoridad ⁽³⁰¹⁾.

Lástima que no pueda demorarme en su análisis. Porque sería interesante penetrar en su contenido, ya que nos permitiría descubrir cómo se van perfeccionando las técnicas de las votaciones, de la adopción de acuerdos, con distinción entre votaciones públicas y en secreto, por ejemplo. Con variaciones de «quórum» (en terminología actual) y de requisitos formales en proporción a la gravedad de los asuntos sometidos a la consideración del reino. Con normas precisas sobre la forma de regular los votos. Mas también con cuidado por salvaguardar la libertad individual de los procuradores y el orden debido a la sala. Recogiendo asimismo alguna disposición referente a sus ministros, en concreto la prohibición de efectuar su nombramiento a título de futura sucesión o sustitución. Como, finalmente, para acabar esta breve relación, se incluye ahora, en todas y cada una de las ordenanzas, un capítulo donde se sanciona la obligatoriedad de su observancia, sin exceder ni faltar en cosa alguna de lo en ellas contenido, al tiempo que se establece la nulidad de lo actuado en contrario.

Por insistir en esferas del funcionamiento de Cortes que afectan a su autonomía, coincidiremos todos en el valor de la suma atribuida al reino para sus gastos en las sobras de los encabezamientos. Exactamente en la cuantía anual de quince cuentos ⁽³⁰²⁾. Acumulable a la obtenida por los otorgamientos del servicio ordinario y extraordina-

⁽³⁰¹⁾ Los textos de las sucesivas ordenanzas de votar, para las Cortes iniciadas en 1598, 1602, 1607, 1611, 1615 y 1617; en: ACC, 18, pp. 54-58; ACC, 20, pp. 55-61; ACC, 23, pp. 36-43; ACC, 27, pp. 70-79; ACC, 28 pp. 56-65 y ACC, 29, pp. 93-102. Y si en 1598 se recogen 16 capítulos, en 1617 las ordenanzas abarcan 28. Elaborados por una comisión de procuradores y debatidos y aprobados por el reino junto en Cortes.

⁽³⁰²⁾ Que los procuradores pretendía amarrar como condición, la número 62, del quinto género de las condiciones generales del servicio de los dieciocho millones en 1618. Quejándose del incumplimiento de la condición establecida en este sentido en la prorrogación del encabezamiento general del año 1611 (BAH, Colección Pellicer, t. XIV, fo. 184v-185r). El origen de la suma de los quince cuentos arrancaba de unos pocos años antes, de 1601, con motivo de la concesión del servicio de los dieciocho millones, con el fin de detinarlos al pago de los ministros del reino, gastos de pleitos y otras cosas (ACC, 22, p. 471). Que no era sino una concreción del dinero que el reino venía detrayendo de las sobras de los encabezamientos de alcabalas.

rio, de carácter trienal, en la cifra de cuatro cuentos (millones de maravedises), de los propios servicios, que se duplicaban en el caso de concederse el servicio extraordinario de casamiento ⁽³⁰³⁾, o hubiera lugar a un nuevo otorgamiento de los servicios ordinario y extraordinario ⁽³⁰⁴⁾. Como tampoco podemos olvidar que ahora el reino tenía consignados cada año veinte mil ducados (siete millones y medio de maravedises) para los gastos de la administración de millones, en el monto de estos servicios ⁽³⁰⁵⁾. Un buen caudal en total para la hacienda del reino.

Precisamente la administración de millones supondría para el reino (las Cortes) una espita para su autonomía, por cercenada que fuera en la práctica. Como para dar lugar a su segunda comisión permanente: la Comisión de millones. A quien se le asigna sede, presupuesto y personal auxiliar a su servicio, los escribanos y porteros de Cortes, siendo elegidos los comisarios de entre los procuradores ⁽³⁰⁶⁾. En el fondo, otra fuente de complicación para el desarrollo de las Cortes.

Porque las Cortes, acentuando las características heredadas de la época inmediatamente anterior, se tornarán francamente complejas, lentas y costosas en su funcionamiento. A lo que no será ajeno, muy al contrario, los servicios de millones y la nueva facultad atribuida al reino por sus otorgamientos: la administración de los mismos, bien directamente por el reino junto en Cortes, bien por la Comisión de millones en su ausencia. Una coletilla, esta última, ya casi sin sentido, pues apenas había huecos entre Cortes. Aparte de que los comisarios

⁽³⁰³⁾ Servicio de casamiento hubo en las Cortes de 1598, concedido en un sólo auto junto al servicio extraordinario, aunque con votaciones sucesivas (ACC, 18, pp. 61-110).

⁽³⁰⁴⁾ Como sucedió en las asambleas iniciadas en 1602 y 1607, por su larga duración. Con petición de nuevos poderes a las ciudades. Para la primera, ACC, 22, pp. 199-206 y 221-232. En cuanto a la de 1607, ACC, 25, pp. 66-84, 107-108 y 111-120. En una sola votación, por cierto, y con un solo memorial de súplicas.

⁽³⁰⁵⁾ Para la administración y salarios de la comisión de millones, según el autor del memorial: «Discurso sobre reformar los gastos del Reyno», fos. 40r y 42r, que lo hace arrancar del servicio de los diecisiete millones y medio.

⁽³⁰⁶⁾ Para sus orígenes, en el servicio de los diecisiete millones y medio en 1608, así como para sus relaciones con la Diputación, «Discurso sobre reformar los gastos del Reyno», fos. 39v-40v. Con mayor profundidad, Fortea, «La trayectoria de la Diputación», ya mencionado.

de millones, como los diputados de alcabalas, seguían en sus funciones durante el tiempo de reunión de Cortes, si bien sin la responsabilidad y la representación que ostentaban estando el reino disuelto.

Los millones, por insistir, no harán sino agudizar los problemas que venían padeciendo las Cortes, mostrando al desnudo todas las dificultades y contradicciones de su funcionamiento. Siempre dentro de los ingentes esfuerzos desplegados en la Corte para encontrar medios con que satisfacer las penurias de la hacienda regia. Mas también en el ámbito de la distinción entre voto consultivo y decisivo, que dificultaba el procedimiento seguido para los otorgamientos, muy lento y laborioso. Cuestión de meses, y hasta de años.

Piénsese en el doble trayecto que han de correr los millones (como los encabezamientos), de las Cortes a las ciudades y de las ciudades a las Cortes. Y si a la Corte le costaba obtener el voto consultivo de los procuradores, de acuerdo a sus planes, mucho esfuerzo le supondría lograr el decisivo (poderes especiales) de sus ciudades. Nada fácil, en ninguna de las dos instancias, ciertamente, dada la diversidad de condiciones y suplicaciones de los contratos. Porque, entre otras cosas, y a diferencia de los servicios ordinario y extraordinario, cuyo carácter y periodicidad estaban prefijados de antemano, desde 1539, los millones estuvieron siempre sometidos a discusión en estos puntos, y en el de los medios donde se recaudaban, hasta la última reunión de Cortes. Sin desatender los intereses personales de los procuradores, y de los escribanos, que incidían lo suyo, como para asegurarse una participación en las receptorías de los servicios, mediante el quince al millar o un equivalente en su descago; además de las mercedes y ayudas de costa, no poco dependientes del tiempo de su estancia en la Corte y de la cuantía de las ayudas financieras otorgadas ⁽³⁰⁷⁾.

Tan onerosas resultaban las Cortes para la Corte, como para plantearse en distintas esferas de ésta si convenía o no continuar con las convocatorias. Porque ya en una fecha muy temprana, en noviembre de 1601, en momentos de preparación de las Cortes que se reunirían

⁽³⁰⁷⁾ La táctica de los procuradores de pretender alargar las Cortes, para así dar satisfacción a sus intereses particulares, se denuncia desde la misma Corte en 1618 (DANVILA, *El poder civil*, VI, pp. 90-93). Crítica que con posterioridad reaparecería, pero con mayor crudeza.

al año siguiente, la Corte andaba buscando remedios para aligerar el desarrollo de estas asambleas ⁽³⁰⁸⁾. Cuando únicamente se habían celebrado las de 1598, finalizadas en 1601.

Pero las dudas sobre la utilidad de las Cortes no tardarán en aparecer. Aunque con divisiones internas entre diversos órganos de la Corte. Según sucedía en 1614, pues la Cámara, ponderando los costes y la duración de las Cortes, se oponía a una próxima convocatoria, frente a la opinión favorable del Consejo de Hacienda, la triunfante al fin, celebrándose Cortes en 1615 ⁽³⁰⁹⁾.

Si la Cámara se pronunciaba con claridad en 1614, de modo mucho más tajante, y más estudiado, se manifestaban algunas voces en la Junta de Cortes en 1618. Insinuando que en sustitución de las Cortes se acudiera directamente a las ciudades para la percepción de los millones ⁽³¹⁰⁾.

Opinión que no caería en saco roto. Conforme observamos por el escrito de un personaje de la Corte, dirigido al rey con el fin de ofrecer remedios para acabar con los gastos ocasionados por las Cortes ⁽³¹¹⁾. Al estilo de los arbitristas, de moda por entonces incluso en el entorno de las Cortes. Dentro de una ola de reformismo general. Porque también se pretendió que éstas participaran en la búsqueda del remedio universal del reino, de los reinos. En una situación de declive de Castilla, de la cual parecían ser tan conscientes los coetáneos ⁽³¹²⁾.

Centrándonos en nuestro autor, éste sitúa el remedio de las Cortes en dos planos. Consistente uno en recetas particulares. Así, no conceder receptorías de millones a procuradores y escribanos. Por el

⁽³⁰⁸⁾ Según queda bien explícito en una carta enviada por el valido Lerma, en nombre del rey, al presidente del Consejo Real y de las Cortes, para que en Junta de Cortes se estudien algunas medidas que en ella se proponen. Entre otras, la de que los procuradores no traigan sus mujeres a la Corte, o que se hagan diligencias directamente con los regidores, pues en ello residía la decisión (ACC, 22, pp. 459-461).

⁽³⁰⁹⁾ Sobre el particular, DANVILA, en *Bol. AH*, 8 (1886), pp. 259-263.

⁽³¹⁰⁾ DANVILLA, en *Bol. AH*, 8 (1886), p. 275.

⁽³¹¹⁾ El tan mencionado «Discurso sobre reformar los gastos del Reyno», así como igualmente el otro papel: «Tocante a los servicios de Cortes. Contra los dos escribanos mayores», no menos mencionado. Datable probablemente en 1621.

⁽³¹²⁾ Para sus reflejos en Cortes, con un espectro temporal más amplio que el reinado de Felipe III, J.H. ELLIOTT, *La decadencia de Castilla*, ponencia presentada a la Segunda Etapa del Congreso Científico de las Cortes de Castilla y León.

mucho coste que esto suponía. Pero también por la escasa justificación de su percepción: el solo hecho del otorgamiento. Ya que, a diferencia de los servicios ordinario y extraordinario, no participaban aquéllos en las receptorías de los mencionados servicios de millones, ni corrían, por consiguiente, con ningún riesgo económico, las fianzas abonadas para asegurar su cobro en los distintos partidos. Del mismo modo que nos habla de la conveniencia de suprimir la Comisión de millones, agregando sus funciones a la Diputación de alcabalas, pues, en su opinión, con los salarios ordinarios percibidos por los que asisten a la última podían atender simultáneamente a sus negocios y a los de millones. Al margen de otras advertencias de más detalle, pero de trascendencia para el funcionamiento de las Cortes, como era su petición de libre designación por el rey de los dos escribanos para cada reunión de Cortes, procediéndose a rescatar el precio de los oficios vendidos. Por entender que los escribanos eran quienes incitaban a los procuradores en sus exageradas demandas de salarios, por la ascendencia que les confería la larga permanencia en el desempeño de los oficios.

Pero el memorialista va al fondo del asunto. Hasta proponer no celebrar Cortes y recurrir de manera directa a las ciudades en solicitud de los servicios. Llevando a sus últimas consecuencias el valor del voto decisivo de las ciudades. Pues lo mismo que Carlos V excluyó de las Cortes en 1538 a los prelados y a la nobleza, otro tanto podía hacer ahora el monarca con los procuradores. Al fin y al cabo, sigue su raciocinio, si los procuradores, con los poderes de las ciudades, se juntaban a voz de reino, no lo hacían sino en virtud de la autoridad que le otorgaba el monarca por sus cartas de convocatoria. De modo que «toda la autoridad y mano» de que gozaban los procuradores, abusivos para el anónimo informante, provenían de la voluntad real. Por lo cual la solución estaba bien al alcance del monarca.

Mas de momento, y hasta 1665, las convocatorias de Cortes se mantendrían. Pero la solución final, la aprobación directa por las ciudades de los servicios, ya estaba anunciada. A la que se llegaría, como pronto veremos, después de una trayectoria de zigzagueos y vacilaciones, oscilando mucho la política regia referente a las Cortes. Porque la Corte seguía precisando de los servicios y auxilios financieros obtenidos por medio de las Cortes, con posibilidades de crecimiento en su cuantía, sin que esto significase renunciar a acudir a otras fuen-

tes de ingresos, como la enajenación de la regalía de la Corona o el realengo ⁽³¹³⁾.

Muchas cosas van a cambiar en Cortes como veremos durante el reinado de Felipe IV. Aunque las más sobresalientes no afectan al tema de la composición, por comenzar por este punto. Sobre todo por lo que hace al elemento regio, totalmente estable.

Porque los representantes del rey en estas asambleas, el presidente y asistentes de Cortes, van a continuar con sus mismas funciones y un régimen de retribuciones muy semejante. Aunque siempre cabe apreciar alguna originalidad, y de cierto valor para perseguir la evolución de las Cortes. Como en el asunto de las retribuciones, donde, siguiendo los derroteros marcados por los procuradores y escribanos, lograrían ver incrementadas sus remuneraciones. Principalmente por lo que se refiere a las ayudas de costa concedidas por el reino en Cortes, pero también, más secundariamente, respecto a otros gajes sacados de dineros de los mismos fondos ⁽³¹⁴⁾. E igualmente en lo tocante al rey, que a partir de las Cortes de 1638, por cierto, va a empezar a pagar los servicios de los presidentes de Cortes, pues hasta entonces las recompensas regias en numerario habían tenido como únicos destinatarios a los letrados regios y al secretario

⁽³¹³⁾ Pese al juramento efectuado tanto por Felipe III como por su sucesor Felipe IV ante las Cortes, a petición de los procuradores, conforme venía siendo habitual desde los tiempos de Juan II, en el siglo XV, acerca de no enajenar el patrimonio de la Corona y respetar los privilegios de las ciudades, el realengo. En un auto solemne, celebrado en palacio, corriendo la lectura de la pertinente escritura de juramento a carga del consejero más antiguo de la Cámara, asistente de Cortes. El texto del ceremonial, en DANVILA, en *Bol. AH*, 15 (1889), pp. 507-508. Para los ejemplos concretos, de Felipe III en 1599 y Felipe IV en 1621, ACC, 18, pp. 113-120 y ACC, 37, pp. 33-34, sucesivamente.

⁽³¹⁴⁾ De acuerdo a un memorial de trabajo utilizado por las Cortes en 1656, que refleja la consolidación de cuanto venía sucediendo desde algún tiempo atrás, el reino acostumbraba a conceder al presidente y asistentes dos ayudas de costa, una al principio de las Cortes y otra al final, en cuantía elevada. Además de que el reino, con motivo de la prórroga del servicio ordinario y extraordinario, por cada trienio, acostumbraba a concederles otra cantidad, pero de mucho menor monto. Sin dejar en el tintero, tampoco, que cuando se prorrogaba el encabezamiento general solía darse a los susodichos una nueva ayuda de costa sustanciosa. En cualquiera de estos supuestos, de forma discriminatoria entre ellos, pues el presidente percibía el doble que los asistentes (el escrito, en DANVILA, en *Bol. AH*, 17, 1890, pp. 281-282, con el título: «Las ayudas de costa que se suelen dar al presidente y señores asistentes de Cortes siempre que las hay, son las siguientes»).

real ⁽³¹⁵⁾. Recibiendo del reino sus ingresos en distintas fuentes de la hacienda de éste, incluido el caudal destinado a la administración de millones ⁽³¹⁶⁾. Procedencia que hubo de tranquilizar la conciencia de algún presidente, temeroso de aceptar ayuda de costa del reino, no fuera de cosas tocantes a pobres, o que a ellas contribuyesen ⁽³¹⁷⁾.

Pero por apuntar algún dato más, quizá no sobre poner de relieve el peso progresivamente mayor del secretario asistente ⁽³¹⁸⁾. Como asimismo tal vez sea digno de reseñar que el conflicto existente en el reinado anterior entre la Junta de Cortes y la Junta de asistentes, a partir de los años cuarenta de este siglo diecisiete se saldó a favor de la junta de asistentes, arrinconando en el olvido a la Junta de Cortes. Volviendo así todo de nuevo al redil del presidente y asistentes ⁽³¹⁹⁾. A la Cámara, en definitiva ⁽³²⁰⁾.

De los escribanos de Cortes, tampoco podemos decir mucho de innovador. Si acaso que se marca más su carácter prorregio. Porque su nombramiento continuará siendo asunto del rey, pese a las pretensiones del reino, inatendidas ⁽³²¹⁾. Mas ahora, además del jura-

⁽³¹⁵⁾ Y en cuantía doblada a la recibida por los asistentes. Véase: ACC, 55, pp. 145-146 y 431-432; ACC, 56, pp. 166 y 219 y ACC, 57, pp. 278-280. También, sobre este particular, la referencia anterior de Danvila.

⁽³¹⁶⁾ Conforme sucedió en 1656: DANVILA, en *Bol. AH*, 17 (1890). p. 281.

⁽³¹⁷⁾ ACC, 35, p. 440.

⁽³¹⁸⁾ Manifestado, entre otras cosas, porque en su persona recayó la tarea de nombrar para cada asamblea de Cortes a los porteros, en número de seis, que lo eran del Consejo y Cámara. Limitándose el reino a confirmarlos. En ACC, 55, pp. 360-361; ACC, 56, pp. 325-326; ACC, 57, pp. 410-411 y ACC, 58-1, pp. 40-41. Aunque esta competencia ya la observamos en el reinado anterior, por lo menos desde 1607 (ACD, Cortes de Castilla, legajo 70).

⁽³¹⁹⁾ Aún en las Cortes de 1646-1647 nos aparecen ambas Juntas (DANVILA, en *Bol. AH*, 16, 1890, pp. 228-229, 238, 249-250, 256-257 y 264-265). Mas a partir de aquí el predominio será de la Junta de asistentes, por mucho que en una fecha como 1654, ésta se quejara de la intromisión de teólogos en sus asuntos (DANVILA, en *Bol. AH*, 12, 1888, p. 24).

⁽³²⁰⁾ De ella, o del presidente y asistentes, hablará siempre J. de Moriana, portero que fue muchos años de Cortes: «Discursos generales y particulares de el gobierno general y político de el Consejo Real», en S. DE DIOS, *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, Salamanca, 1896, pp. 339-344, en concreto.

⁽³²¹⁾ ACC, 58-1, pp. 47-50 y ACC, 59-1, pp. 141-143, 156, 166, 169, 229-230, 266-269 y 278-280. Y con carácter de juro de heredad, a perpetuidad, con facultad de poner sustituto, en ocasiones por razón de la menor edad del titular: ACC, 55, pp. 81-82, 371-373 y 466-468; ACC, 56, pp. 116-118 y ACC, 58-1, pp. 41-44.

mento prestado en la sala del reino, ante los procuradores, realizarán otro, de carácter previo, en la sede del Consejo Real ⁽³²²⁾. A imitación del efectuado en este organismo por todos los oficiales de la Corte.

En cuanto a sus funciones, seguirán siendo las mismas, adaptadas a las circunstancias ⁽³²³⁾. De tanta calidad y cantidad como para crear una sensible ascendencia sobre los procuradores ⁽³²⁴⁾. Como tampoco observamos modificaciones en sus epígrafes retributivos. Ni en su remuneración por el rey ⁽³²⁵⁾, ni por el reino. Aunque en este último caso, en una gran suma, ciertamente cuantiosa, equiparable a la de los procuradores ⁽³²⁶⁾. Persistiendo los escribanos en su petición de que como merced se les conceda por el monarca el título de secretarios regios, por honorífica que fuera la condición ⁽³²⁷⁾. Otra noticia que refuerza cuanto venimos diciendo sobre la naturaleza del oficio, más cercano al rey que al reino.

Hablando ya de los componentes natos de las Cortes, hemos de verificar que los estados eclesiástico y nobiliario, conforme venía siendo de tradición, únicamente acuden a estas asambleas con motivo de los juramentos de los príncipes herederos. Celebrados en una sede especial, y con un ritual fastuoso ⁽³²⁸⁾. Formando el auto del juramen-

⁽³²²⁾ ACC, 21, pp. 307-310 y ACC, 56, pp. 116-118.

⁽³²³⁾ Con la obligación de llevar un libro de comisiones, al lado de los libros de actas o de acuerdos (ACC, 59-1, cap. 5, p. 50, en ordenanza del reino; aunque el acuerdo de los procuradores en este sentido venía del reinado anterior, en concreto de 1615, ACC, 28, pp. 66 y 395-396).

⁽³²⁴⁾ En buena medida por la patrimonialización de los oficios. Repárese en el dato de que Juan de Henestrosa había sido escribano de Cortes durante 43 años (ACC, 38, pp. 64-65). Pero si no tantos años, si fue frecuente que otros escribanos desempeñasen sus oficios un largo periodo de tiempo.

⁽³²⁵⁾ ACC, 55, pp. 145-146 y 431-432, o ACC, 57, p. 380.

⁽³²⁶⁾ Para esta equiparación, de salarios y emolumentos, no sin disputas: ACC, 37, pp. 118-119 y 305-310; ACC, 38, pp. 50-51 y 390-391 y ACC, 55, pp. 411-412.

⁽³²⁷⁾ En 1655, con expreso apoyo del reino (ACC, 59-2, pp. 764-765 y 770-773). Otra señal de la connivencia entre escribanos y procuradores, que no solo de ascendencia de los primeros sobre los segundos.

⁽³²⁸⁾ Con todo su colorido y teatralidad se describe este acto en el ceremonial titulado: «Juramento que hazen los Reynos de Castilla y León a los Serenísimos Príncipes de España», ya citado, que llega a recoger el realizado al príncipe Baltasar Carlos en 1632. Véase también, ACC, 55, pp. 101-137, en todo idéntico al mencionado ceremonial. La lectura del texto del juramento corría a cargo del asistente más antiguo, consejero de Castilla y de la Cámara. Por lo que hace al auto en sí, celebrado en lugar sagrado, se acen-

to pieza aparte del proceso de Cortes ⁽³²⁹⁾. En este ámbito no se produjo innovación alguna.

Sí nos encontramos con variaciones, en cambio, en el elemento ciudadano. Por cuanto va a verse incrementado el número de ciudades con derecho de voto. No obstante lo apuntado páginas atrás, el interés de la monarquía por mantener a los procuradores en una cifra restringida y la oposición a su acrecentamiento por el lado de las ciudades representadas en Cortes.

Pero necesidades inaplazables de la Corona de orden hacendístico, coincidentes con los deseos de algunas ciudades y territorios, sabedores del valor de su presencia en Cortes, hizo posible la novedad, mediante el mecanismo de venta de voto por parte del rey. Dentro de una cadena más general de enajenaciones, que no parecía tener límites ⁽³³⁰⁾.

Así, por este expediente de compraventa de votos, van a adquirir representación en Cortes, a lo largo de este reinado, Galicia, Extremadura y Palencia; al margen de otros intentos fallidos. Con la particularidad de que el voto otorgado a Galicia y Extremadura, aunque siempre para dos procuradores, ya no era coincidente con el de las ciudades cabezas de provincia, como sucedía con las otras dieciocho ciudades. Puesto que el voto de Galicia lo compartían Santiago, La Coruña, Betanzos, Orense, Mondoñedo y Tuy, que de modo alternativo, por parejas de ciudades, según les cupiere en suertes, elegían en Junta del mencionado reino a sus dos procuradores en Cortes. Como algo semejante sucedía en el caso de Extremadura, con

tuaba el carácter sacral por efectuarse en el altar mayor de la iglesia y sobre los evangelios, precediendo al juramento una misa de pontifical y el rezo del «Veni Creator», y siguiendo al mismo, como momento final, un solemne «Te Deum». Con las características propias del catolicismo del Barroco hispano. Un elemento presente continuamente en los ayuntamientos de Cortes, muy preocupados por el mundo de lo religioso y de los santos.

⁽³²⁹⁾ Se incorporaba al libro de actas de Cortes una vez que el secretario de la Cámara, en cuyo poder quedaría la escritura original del juramento, entregaba una copia de la misma al escribano mayor (ACC, 55, pp. 101 y 135-137). Aun cuando esto ya venía sucediendo en reinados anteriores.

⁽³³⁰⁾ Pese al juramento efectuado por Felipe IV ante las Cortes, a petición de los procuradores, en la reunión de 1621, de no enajenar el patrimonio de la Corona y guardar los privilegios de las ciudades (ACC, 37, pp. 30-37). Como lo habían hecho sus antecesores.

alternativa de dos ciudades, también marcada por las suertes, entre Badajoz, Trujillo, Plasencia, Mérida y Alcántara ⁽³³¹⁾. Pero mientras Galicia y Extremadura se incorpora efectivamente a las asambleas de Cortes en el siglo XVII, no lo llegaría a hacer Palencia ⁽³³²⁾.

En los libros de autos de Cortes se deja buena nota de las vicisitudes por las que atravesaron estas enajenaciones de voto, así como de la tenaz oposición de las ciudades más perjudicadas: Zamora, por cuanto hablaba por Galicia ⁽³³³⁾, y Salamanca, que lo hacía por Extremadura ⁽³³⁴⁾. No era poco lo que perdían: además del prestigio, la correspondiente administración de millones. El reino, por lo que a él le tocaba, se manifestó de diversas maneras contra el incremento de votos. Hará declaraciones, elevará memoriales, se personará en los pleitos oportunos ante al Consejo como actor, e incluso estableció como condición de millones la prohibición de ampliar los votos ⁽³³⁵⁾. Si bien, es verdad, llegó a aceptar la extensión del número de votos, en términos moderados, hasta la suma total de ventiuño ⁽³³⁶⁾. Poniendo trabas a nuevos candidatos a votos ⁽³³⁷⁾. Pero también ofrecía

⁽³³¹⁾ Sobre esto, DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Concesiones de votos*, ya citado, pp. 176-195, haciendo hincapié en el poder y recursos que suministraba a las ciudades de voto, más en el momento de los millones, el hecho de ser ellas cabecera de todo el territorio por el que hablaban en Cortes para cuanto se refería a la administración de los servicios.

⁽³³²⁾ Según se desprende del hecho de que la convocatoria de Cortes de 1665 no se extienda a Palencia, ni se notifique a esta ciudad el sobreseimiento de la misma, supuesto distinto de lo que sucede con el reino de Galicia y las ciudades de Plasencia y Alcántara. Por el contrario, ya sí se envía a Palencia la cédula expedida por la reina gobernadora, en 1667, para la prórroga por seis años del servicio que corría de millones. Para estos datos, ACD, (Archivo del Congreso de los Diputados), Cortes de Castilla, leg. 72.

⁽³³³⁾ ACC, 38, pp. 65-66, 84-85 y 483; ACC, 40, pp. 8-43, 72-73 y 112-114 y ACC, 44, pp. 308-315 y 382-384.

⁽³³⁴⁾ ACC, 59-1, pp. 230-241, 294-296 y 298-301.

⁽³³⁵⁾ Entre las condiciones con que el reino sirve con doce millones en las Cortes iniciadas en 1623, se encontraba la de «que en ningún tiempo se ha de poder dar voto en Cortes a ninguna ciudad, villa ni lugar de estos reinos, ni se ha de acrecentar el número de votos que al presente ay con el de Galicia, sin que por esta condición adquiera ni se le atribuya derecho alguno a Galicia», se dice textualmente (ACC, 42, pp. 204-205 y ACC, 44, pp. 224-225).

⁽³³⁶⁾ En las discusiones sobre el decreto regio de los medios, en 1650, uno de los cuales consistía en vender cinco procuraciones de Cortes, el reino acordó que el rey «pueda beneficiar la venta de dos ciudades de estos reinos» (ACC, 58-1, pp. 3-15, 20, 22, 30-35 y 61-67, así como DANVILA, en *Bol. AH.*, 11, 1887, pp. 488-489).

⁽³³⁷⁾ ACC, 59-1, pp. 325-326 y 455-456.

obstáculos a la hora de admitir a los nuevos integrantes de las Cortes. Muy duro se les hacía a los procuradores tener que repartir los beneficios de Cortes entre más personas ⁽³³⁸⁾.

El fenómeno de la patrimonialización no sólo va a afectar al número de ciudades con derecho de voto, pues se había extendido a la elección de los procuradores. Ante la importancia económica, y por qué no también política, en especial desde la radicación del voto decisivo en el reino junto en Cortes, en 1632, que llegarán a adquirir las procuraciones, como para hacerlas atractivas para gentes de título nobiliario. No siendo raro que los elegidos por procuradores, o a los que les había tocado por suerte el oficio, transfiriesen o enajenasen las procuraciones. Con el resultado de asistir a Cortes otras personas distintas de las nombradas o de a quienes les había tocado la suerte. Con todos los problemas que una práctica semejante suponían para el valor representativo de las Cortes. Causa, también, de numerosos conflictos en el seno de los concejos.

La gravedad de los hechos forzó al rey, en 1660, a dar un decreto prohibiendo las ventas, transferencias y negociaciones voluntarias de las procuraciones, mientras obligaba a servir las personalmente a cuantos hubiera correspondido la tal procuración: por suerte o por elección. En la misma dirección de una vieja ley de Juan II; de 1445, nada menos ⁽³³⁹⁾.

Mas a esta situación también había contribuido el propio rey. Por su intervención en las elecciones de los procuradores, no pocas veces a ruego de los interesados, que consideraban las procuraciones como bienes patrimoniales. Dentro, se insiste, de un fenómeno mucho mayor de patrimonialización de los oficios en Castilla. Mas era algo en lo que el monarca podía sentirse interesado, en particular cuando los beneficiarios desempeñaban funciones a su servicio.

Porque Felipe IV continuará influyendo en las elecciones. De ordinario de forma indirecta, aunque no le faltaran tentaciones para que, usando de sus facultades de poderío absoluto, designase perso-

⁽³³⁸⁾ Es ejemplar a este respecto lo sucedido con los procuradores de Extremadura (ACC, 59-1, pp. 328-329, 339, 347-353 y 356-360).

⁽³³⁹⁾ Sobre la cédula regia, ejecutoria del decreto regio, ACD, Cortes de Castilla leg. 72. La cédula puede verse en DANVILA, *El poder civil*, VI, pp. 332-333.

nalmente a procuradores, de acuerdo a la cláusula de reserva establecida en su favor en la Nueva Recopilación ⁽³⁴⁰⁾.

Muy corrientes resultarán las licencias del monarca por las que, dispensando de cualquier norma que lo impidiese, mandaba a los concejos tuvieran por presentes a determinadas personas en las elecciones, turnos o suertes. Pero no sólo dispensaba ausencias, no obstante leyes y ordenanzas en contrario, pues fue igualmente habitual la dispensa de vecindad. Cuando los peticionarios no reunían este requisito exigido por las ciudades para participar en las elecciones de procurador, ya que en diversos supuestos se realizaban por colaciones, parroquias y hasta cabildos de caballeros e hidalgos. Ni fue inusual que el rey supliera la menor edad del candidato a procurador, otorgando la oportuna dispensa de incapacidad. Con la utilización de las mismas cláusulas de estilo. Como también procedía a dar licencia para desempeñar el oficio de procurador mediante sustituto, con rasgos claros de patrimonialización. En unos y otros casos, con mucha frecuencia, en favor de residentes en la Corte ⁽³⁴¹⁾.

Pero el ejemplo supremo de intromisión de Felipe IV en la elección de procuradores, con evidentes rasgos de patrimonialización del oficio, tuvo lugar con la merced concedida al valido conde-duque de Olivares, en 1640, de ser regidor perpetuo de todas las ciudades con representación en Cortes. Con voto también perpetuo en estas asambleas, que se haría efectivo mediante un sistema de alternancia ente las distintas ciudades, dando principio por Burgos. Y no solo en su favor, pues se le otorgaba a título de propiedad, por juro de heredad, siendo transmisible, por tanto, el privilegio a sus

⁽³⁴⁰⁾ Así se lo pide al rey el corregidor de Soria, en mayor de 1621, ante los inconvenientes que se planteaban en su ciudad por las elecciones entre linajes (DANVILA, en *Bol. AH.*, 15, 1889, pp. 398-399). Mas por prudencia política el rey no atendía tales propuestas. Aunque en casos extremos si actuaba, como en 1660, cuando por cédula de 28 de noviembre ordenó a la ciudad de Sevilla designe otro procurador en lugar de Diego Ortiz Melgarejo, quien, por causas justificadas de justas en la regia disposición, hubo de abandonar las Cortes (ACD, Cortes de Castilla, leg. 72). La decisión regia, tras consulta de la Junta de asistentes, estuvo motivada por la actitud del mencionado procurador que promovió un dasafío en la sala de Cortes (DANVILA, en *Bol. AH.*, 17, 1890, pp. 303-307).

⁽³⁴¹⁾ Ejemplos en: ACC, 56, pp. 167-169 y 328-358 y ACC, 57, pp. 370-398. Sin ruptura con el pasado más inmediato. Cédulas regias en abundancia sobre estos mismos aspectos, para 1600 y 1607, en ACD, Cortes de Castilla, leg. 70.

sucesores, quienes lo podrían beneficiar con las mismas condiciones ⁽³⁴²⁾.

Mas tamaño privilegio, por juro de heredad, no era de fácil aceptación por las ciudades. Como se manifiesta por las penalidades padecidas por los sucesores del Conde-Duque para hacer efectiva la merced. Pues hasta la propia Cámara, haciéndose eco de las protestas, se mostraría partidaria de derogar el privilegio y ofrecer a los herederos una compensación a cambio ⁽³⁴³⁾. Sobre todo en unos momentos en que se van a dar órdenes, en aplicación de un decreto regio, para que no sean admitidos por procuradores sino los mismos a quienes hubiera tocado la suerte, o resultaran elegidos en primer lugar, con prohibición expresa de todo tipo de transferencia del oficio. Aunque, también debemos indicarlo, con la notable excepción, según consta en la declaración del decreto, efectuada por la Cámara, en favor de aquellos que no pudieran atender sus regimientos por encontrarse al servicio del rey. A quienes sí se autorizaba a designar un sustituto en la procuración ⁽³⁴⁴⁾. Porque las gentes de la Corte, en un variado repertorio de oficios, sin excluir a los validos, eran bien aceptadas por la Corona, por entender que podían influir desde dentro en el desarrollo de las Cortes.

Las mayores novedades en relación a los procuradores se producirán en el tema de los poderes, que acabarán recalando en las Cortes, con el carácter de decisivos, desde la asamblea de 1632. Nada alejado uno y otro punto, la elección y los poderes, por su conexión con el valor de la representación de las Cortes. Mas a ello dedicaremos luego cierta atención.

Ahora, y sólo con unas breves palabras, para completar las alusiones a los procuradores en cuanto elemento personal de las Cortes, voy a referirme al apartado de sus retribuciones. Que permanecerán

⁽³⁴²⁾ La merced se recoge en la Nueva Recopilación como adición 5 al título séptimo de libro sexto (edición de Madrid de 1723).

⁽³⁴³⁾ Para la merced y sus contingencias, DANVILA, en *Bol. AH.*, 16 (1890), pp. 84 y 230-238 y 12 (1888), pp. 36-38, así como *El poder civil*, VI, pp. 293-295. También ACC, 56, pp. 354-355.

⁽³⁴⁴⁾ De eficacia inmediata, pues en ese mismo año de 1660 rechazaría la Junta de asistentes (la Cámara) una serie de poderes de procuradores que adquirieron su oficio por algún medio de transmisión patrimonial. Con excepciones. Para su comprobación, ACD, Cortes de Castilla, leg. 72.

en todos y cada uno de sus epígrafes, y con características muy similares a las del reinado anterior. Aunque con mayores cuantías y alguna pequeña peculiaridad ⁽³⁴⁵⁾. Como para hacer axfisiante el funcionamiento de las Cortes. De cuyas deficiencias, las retribuciones eran simultáneamente causa y efecto. Causa, porque los ditintos salarios, mercedes y emolumentos hacían muy gravosas estas asambleas, sabiendo los procuradores que a mayores servicios y a Cortes más largas les corresponderían unos mayores ingresos. Pero a la vez debemos considerarlas como un efecto de otras causas, así de los obstáculos planteados por las ciudades en el terreno de los poderes, mas también de la premiosidad que en sí misma encerraba la elaboración y discusión de las escrituras de millones (y de encabezamientos), con su secuela de condiciones y suplicaciones.

Ni más de una breve referencia vamos a ofrecer de los llamados ministros del reino, en nuestro intento por dar a conocer la evolución de las Cortes con algún mínimo de satisfacción. Porque aquí tampoco se producirán alteraciones sensibles, ni en el número de los mismos, ni en las retribuciones, ni en las peculiaridades de sus oficios, de libre designación por el reino; aunque estuvieran sometidos a prácticas de patrimonialización, auspiciadas por los propios procuradores, por mucho que lo prohibiesen las propias ordenanzas del reino.

Entrando en el tema estricto del funcionamiento del reino, por fuerza hemos de volver a insistir en la diferencia entre la orden de proceder en Cortes, a cargo de la Corte, y la orden de votar, competencia del reino. En cuanto al ceremonial de Cortes, va a persistir con los caracteres conocidos, de minuciosa regulación de todos los autos de Cortes ⁽³⁴⁶⁾. Por lo que hace a las ordenanzas del reino, éstas continuarán siendo aprobadas por las sucesivas asambleas, normal-

⁽³⁴⁵⁾ Las ayudas de costa se disparaban, hasta en número de quince o más. Pero incluso los emolumentos llegaban a significar cifras importantes. Repárese en el dato de que en 1657 sólo los propinas y luminarias superaban los cinco millones de maravedises (ACC, 60, p. 612). Y no era distinto en el capítulo de las mercedes, porque ahora los procuradores aspiran ya a la concesión de títulos nobiliarios, a veces con éxito. Según la propia Junta de Cortes reconoce en 1645 (DANVILA, en *Bol. AH*, 16. 1980, p. 155).

⁽³⁴⁶⁾ Véase sobre el particular: «Lo que se executa en función de Cortes», Archivo del Palacio Real de Madrid, Sección Histórica, caja número 36, que refleja la realidad de mediados del siglo XVII.

mente en los primeros ayuntamientos de procuradores ⁽³⁴⁷⁾. Cada vez con mayor número de capítulos, fiel reflejo de lo que sucedía en las Cortes, pese (o gracias) a que desde 1632 residiera en el reino el voto decisivo. Quizá, como una buena prueba de lo dicho, pueda servir la división de tareas, claramente establecida en las ordenanzas de 1655, entre el reino junto en Cortes y sus comisiones ordinarias. Tan importante debía ser por esta última fecha el trabajo en comisiones que, al regular las mencionadas ordenanzas el horario de Cortes, se destinan a juntas del reino solamente tres días a la semana ⁽³⁴⁸⁾. No sin protestas, también es cierto, por los abusos a que ello pudiera dar lugar. Pues en la recordada asamblea, la de 1655, oiremos pedir a algún procurador que todas las materias tocantes al servicio del rey o del reino se confieran y concluyan por todos, y no por comisiones ⁽³⁴⁹⁾.

Otro punto interesante de las ordenanzas de votar de esta época es que por fin fijan de manera manifiesta el número de procuradores necesarios para la formación o constitución de cada reino, para que éste pudiera disponerse a debatir y votar un asunto, lo que hoy llamaríamos «quórum de presencia». Porque el de decisión (o votación) siempre había estado claro en las sucesivas ordenanzas, consistente en la mayor parte de procuradores presentes, una vez que el reino se encontraba validamente junto. En concreto, y por insistir en las de 1655, se señala, bajo sanción de nulidad, que no podía haber reino sin que se reunieran veinte procuradores de Cortes ⁽³⁵⁰⁾. Aunque después, a lo largo de los capítulos, aparecen numerosas excepciones a este «quórum», exigiendo la presencia de un mayor número de procuradores para la validez de determinadas votaciones. Por la especial calidad de algunos de los asuntos sometidos a la consideración del reino, como en dispensa de condiciones de millo-

⁽³⁴⁷⁾ Las ordenanzas correspondientes a las Cortes iniciadas en 1623, 1632 y 1655: ACC, 38, pp. 102-111; ACC, 49, pp. 146-158 y ACC, 59-1, pp. 48-64. Las pertenecientes a las otras Cortes del reinado aún permanecen inéditas, junto a las respectivas actas de Cortes, en el Archivo del Congreso de los Diputados.

⁽³⁴⁸⁾ ACC, 59-1, pp. 48-49, cap. 1.

⁽³⁴⁹⁾ ACC, 59-1, pp. 130-131.

⁽³⁵⁰⁾ ACC, 59-1, p. 49, cap. 2. Tras la incorporación de Galicia, que había hecho aumentar el número de procuradores desde 36 a 38. Luego, en 1656, tras la agregación de Extremadura, volvería a variar la cifra, hasta establecerse la formación de reino en una suma de veintinueve procuradores, de un cómputo global de cuarenta (ACC, 60-1, p. 327).

nes y en toda la materia de gracia. Y, por supuesto, hablamos de los asuntos propios del reino, de cuya iniciativa podía ser autor cualquier procurador, a los que van destinados los capítulos de las ordenanzas del reino. Porque los asuntos marcados por la Corte, en particular los otorgamientos (las votaciones) de los servicios y de los encabezamientos, se rigieron siempre por otros criterios. En estos supuestos la mayor parte requerida para la adopción de acuerdos, el «quórum» de decisión o votación, se refería a la mayoría absoluta de todos los procuradores.

En cambio, siguen sin enfrentarse las ordenanzas con el tema de la asistencia de los procuradores o, mejor, de la inasistencia. Pese a la importancia para la formación del reino y la validez de las votaciones. De mayor relevancia aún que la práctica, reflejada una y cien veces en las actas, consistente en que los procuradores abandonaban la sala una vez comenzadas las votaciones, con la finalidad de obstruir las mismas. Y no es que faltara algún intento por resolver la situación, pero resultó fallido, por las propias resistencias de los procuradores a las multas. Según sucedió en las Cortes iniciadas en 1632, con participación directa del rey, quien a través de una real orden pretendió regular en detalle la cuestión de la asistencia de los procuradores a sus juntas, ayuntamientos o reinos ⁽³⁵¹⁾.

Otro tema que me gustaría traer a colación, sin perjuicio de volver sobre él en reflexiones posteriores, es el referente al mimetismo con que las Cortes adoptan muchas conductas de los Consejos contemporáneos. Hasta en sus relaciones con el monarca. Porque este último dirigía a las Cortes órdenes y decretos regios, mientras éstas elevaban al rey consultas y memoriales. Junto a otros datos de interés. Importante cuestión, se comprenderá, para apreciar el grado de autonomía de las Cortes.

Como asimismo supone otra buena prueba de la citada autonomía de las Cortes la libre disposición del dinero consignado para sus gastos, en los cuatro cuentos, en las sobras de los encabezamientos y en los millones ⁽³⁵²⁾. Mal vista por la Corona, en particular

⁽³⁵¹⁾ ACC, 53, pp. 111, 190-191, 195-196 y 214-215, y ACC, 55, pp. 22-23. Pero ya anteriormente, en 1629, había habido escaramuzas, orden del rey y resistencia de los procuradores, respecto a que no se librara a los procuradores ausentes casas de aposento (ACC, 48, pp. 201-203 y 237).

⁽³⁵²⁾ Con problemas para aplicar los fondos de una partida, la renta de los millones,

conociendo la liberalidad del reino a la hora de gastar y los efectos que causaban en el lento funcionamiento de las Cortes. De ahí la cédula regia de 1621, nada más comenzar a reinar Felipe IV, por la que se le impedía al reino, para en adelante, conceder ayudas de costa, gratificaciones y limosnas, salvo con unos requisitos, el fundamental, la licencia del presidente y asistentes. Con buenas protestas por parte de los procuradores, por entender afectaba a su facultad de administrar a su voluntad la hacienda del reino ⁽³⁵³⁾. Con no escaso éxito, pese a la postura defendida en algunos sectores de la Corte de mantener a rajatabla el tenor de la disposición de 1621 ⁽³⁵⁴⁾. El monarca seguía precisando de los servicios y demás recursos financieros obtenidos de las asambleas de Cortes ⁽³⁵⁵⁾.

No debo alargarme mucho más, aunque no sé si lo podré evitar, pues para explicar la evolución final de las Cortes he de dejar patente en el ánimo del lector la serie de contradicciones en que se movía el funcionamiento de las Cortes, como para que de hecho, fallecido Felipe IV, no volvieran a reunirse más asambleas durante el resto del siglo XVII. Porque, según veremos, la misma política de la Corte en relación a las Cortes no va a ser rectilínea en este reinado, antes estará llena de vacilaciones, con no pocos bandazos. Girando, cómo no, en torno al concepto de la doble representación de los procuradores y la naturaleza de los poderes; dos caras de una misma moneda. Con el telón de fondo del sentido último del bien común, público o general: el bien de los reinos.

Con el objetivo de exponer las líneas titubeantes de la Corte durante este reinado, tal vez sea lo más conveniente dividir los ayunta-

en particular, a la suma de los quince cuentos de las sobras del encabezamiento. Pues se ha de recurrir por las Cortes al parecer de juristas y teólogos, en concreto en 1629; favorables por lo demás a tal trasvase (ACC, 48, pp. 169 y ss.)

⁽³⁵³⁾ Para la cédula, reacción a la misma y modificación posterior: ACC, 37, pp. 550-551; 43, pp. 366-367, y 371-374 y ACC, 44, pp. 66-68 y 75-76.

⁽³⁵⁴⁾ En los conocidos papeles: «Discurso sobre reformar los gastos del Reyno», fos. 43v-44r y «Contra los dos escribanos mayores», fo. 71v.

⁽³⁵⁵⁾ Aunque las ingerencia del rey, en la libre disposición por el reino de los dineros consignados para sus gastos, continuarían con posterioridad a esta fecha. Pues en una memorial elevado al rey por el reino, en diciembre de 1629, se le pide que no se entrometa en las gratificaciones concedidas por los procuradores, en este caso a los escribanos. Que lo propio del rey, se dice, eran las mercedes «recibidas de su real mano» (ACC, 48, pp. 332-333).

mientos de Cortes del periodo en distintos momentos. Por lo cual, y con clara conciencia de lo artificioso del procedimiento, procederé a agrupar las reuniones en tres series, que responden, por lo demás, a tiempos históricos sucesivos. Así, de forma inicial, comentaré lo acaecido con los poderes y la doble representación en las dos primeras asambleas, las que tienen lugar en 1621-1623 y en 1623-1629, respectivamente. A continuación me fijaré en las cinco siguientes, transcurridas por los años de 1632 a 1636, 1638 a 1643, 1646 a 1647, 1649 a 1651 y 1655 a 1658. Para finalizar con las últimas convocatorias, cuyas cartas de llamamiento se expiden en 1660 y 1665.

En la primera reunión de Cortes no apreciamos innovaciones llamativas. Por relación al asunto que ahora nos preocupa, la carta de convocatoria recoge los lugares comunes de sobra conocidos, exigiendo poderes bastantes mas señalando también la doble representación de los procuradores, en nombre de sus ciudades y de los reinos. Como tampoco hay sobresaltos en el auto preliminar a la proposición regia, donde se llevaba a cabo el juramento de no llevar restricciones de poder, tras el oportuno examen por el presidente y asistentes. De cuya lectura se aprecia que varias ciudades habían restringido los poderes de sus procuradores ⁽³⁵⁶⁾.

No observamos novedad en la concesión de los servicios ordinario y extraordinario. Con los correspondientes memoriales de súplicas. Como no era extraño que para el servicio de casamiento, no contemplado en la carta de convocatoria, fuera preciso consultar con las ciudades ⁽³⁵⁷⁾. Volviendo los fantasmas de la distinción entre voto consultivo y decisivo con motivo de la demanda regia sobre ciertas declaraciones o reformas del servicio de dieciocho millones. Como para suscitar dudas en la Corte si sería conveniente continuar adelante con la petición del monarca ⁽³⁵⁸⁾.

⁽³⁵⁶⁾ ACC, 36, pp. 1-15, 31-35 y 37.

⁽³⁵⁷⁾ Pese a las resistencias del presidente a otorgar a los procuradores la oportuna licencia (ACC, 36, pp. 166-176, 205-210, 221-223, 241, 325-326, etc).

⁽³⁵⁸⁾ Muy importante nos resulta para conocer los entresijos de las Cortes una consulta elevada al rey, en esta oportunidad por la Junta de Cortes, en 1621. Donde se nos pone de manifiesto la divergencia de intereses entre los procuradores y los regidores, con el voto decisivo como elemento básico. Con consecuencias para el desarrollo de las Cortes, por la lentitud que acarrea, al margen de otras consideraciones. Valga como muestra un párrafo de la misma: «a aparecido (a la Junta) que el peor medio que se puede tomar

Tan calcado sería el desarrollo de estas Cortes respecto a modelos pasados, que nos volveremos a encontrar en ellas los mismos problemas a la hora de los capítulos generales. Parecido desdeñ por parte de la Corte. Ya que el presidente, en nombre del rey, declara disuelta la asamblea sin tan siquiera hacer mención de los capítulos ⁽³⁵⁹⁾. Pero, en sentido inverso, no menor interés se continúa mostrando por el lado de los procuradores, quienes, ante el hecho consumado de la clausura de Cortes, darán plenos poderes a una comisión para que los elabore y entregue a la Corte ⁽³⁶⁰⁾.

Encargo llevado a la práctica ⁽³⁶¹⁾. Por cierto, dentro de unos términos como para reiterarnos en las afirmaciones que venimos haciendo. Sobre la equivocidad de algunos conceptos, así el del bien público y buena gobernación de los reinos. Empleados en varios párrafos de los capítulos. Lo cual entraba de lleno en la materia de la representación y de los poderes, pues los procuradores los presentaban a la Corte en cuanto mandatarios de las ciudades.

Y algunas de las peticiones recogidas en los capítulos generales tenían su valor. Como la referida al incumplimiento por la Corte de las condiciones de millones. O asimismo, la que tiene por objeto insistir en la participación de las Cortes en el proceso de elaboración de las leyes y pragmáticas.

No puedo extenderme más en este punto.- Pero, por su significación, deseo acabar la referencia a los capítulos con una curiosidad: la apostilla que los procuradores comisarios añaden a su texto. Donde acusan veladamente al rey de la dilación e inconvenientes resultantes de la no contestación a peticiones tan importantes para el bien público como las efectuadas en diferentes asambleas. Devolviendo así a la Corte el agravio de la larga duración de las Cortes. Pues si antes la Corona se quejaba de la dilación de las Cortes por causa del

para lo que se pretende es el del Reyno (los procuradores), pues es cierto que no tienen poder para decidir lo que se les pide, y en conferirlo y votarlo an de passar muchos días, y después, en escribir a sus ciudades, y mirarlo ellos y responder, a algunos meses, y se duda que ayan de venir en ello por ser interesados los regidores» (DANVILLA, en *Bol. AH.*, 15, 1889, pp. 403-405). Como para hacer desistir al rey de su idea.

⁽³⁵⁹⁾ Recordando como únicos objetivos de Cortes, y cumplidos, el otorgamiento de los servicios ordinario, extraordinario y de casamiento (ACC, 37, pp. 242-243).

⁽³⁶⁰⁾ ACC, 37, p. 421.

⁽³⁶¹⁾ El nombramiento de procuradores comisarios, así como el texto de los capítulos, en BAH, Colección Pellicer, t. XIV, fos. 47v-60v.

retraso en el otorgamiento de los servicios, ahora los procuradores la achacan a la tardanza en la resolución de los capítulos. Decididamente, no entendían lo mismo unos y otros por bien público y buena gobernación de los reinos.

En la siguiente reunión de Cortes, larguísima, porque se desarrolló desde 1623 a 1629, van a ponerse de manifiesto para la Corte todos los inconvenientes de la distinción entre voto consultivo y voto decisivo. Mas sin, de momento, tomarse ninguna medida sobre el particular. Aunque dentro de estas Cortes, como procurador por Madrid, estaba el valido Olivares, que, a no dudar, tomaría buena nota de lo en ellas sucedido.

A simple vista, todo ocurre como en asambleas precedentes. De esta manera, al igual que en las anteriores, descubrimos cómo varias ciudades seguían limitando a sus procuradores con instrucciones y pleitos homenajes. Del mismo modo que continuaremos viendo en la carta de convocatoria una mención explícita a la doble representación de los procuradores, pues a éstos se les encarga acudir a las Cortes a voz y en nombre de las distintas ciudades y de los reinos, según expresión acuñada tiempo atrás ⁽³⁶²⁾.

Por seguir con las semejanzas. También en esta ocasión interesarían a las ciudades, representadas en Cortes por sus procuradores, los capítulos generales y las leyes. Con el significado tradicional, en cuanto contrapunto de los servicios. Es decir, como muestra del buen gobierno de los reinos y de la utilidad pública. Por más que en estos instantes dispongan de otros instrumentos: las condiciones de los contratos de millones. Sin dejar de lado los memoriales dirigidos al rey con ocasión de la prórroga del encabezamiento general y del otorgamiento de los servicios ordinario y extraordinario. Aunque, de su esencia, unos medios no excluyen a los otros. Si no, no cabría entender que la respuesta a las capítulos reaparezca de nuevo como condición de millones ⁽³⁶³⁾.

En fin, que interesaban los capítulos, se comprueba por varios testimonios. Como, por ejemplo, por la renovada petición de los

⁽³⁶²⁾ ACC, 38, pp. 1-14 y DANVILA, *El poder civil*, VI, pp. 166-167.

⁽³⁶³⁾ Con ocasión del nuevo servicio de 18 millones, solicitado por la Corte en 1628, establece el reino por condición, la cuarta, el mantenimiento de las condiciones de las anteriores escrituras de millones referidas «a la conservación y alivio de los Reynos» (su texto en BAH, Colección Pellicer, t. XIV, fos. 149 y 193, en particular).

procuradores para que se les permita intervenir en la elaboración de las leyes y pragmáticas de los reinos antes de su publicación. Con la intención de que se conozca su parecer. O por la propuesta que hacen, pidiendo se les proporcione un ejemplar de los capítulos de las Cortes últimas. No menos que por la designación de procuradores comisarios, encargados de la preparación y redacción de los capítulos, a presentar luego al rey por la vía del presidente y asistentes. Al igual que se observa por distintas instrucciones de las ciudades enviadas para los capítulos generales ⁽³⁶⁴⁾. Mas con malos augurios. Porque, según todos los indicios, los capítulos de estas Cortes fueron los últimos que se presentaron a la Corte ⁽³⁶⁵⁾. En cuyo desenlace tuvo mucho que ver lo sucedido con los poderes. Como también tendremos ocasión de comprobar. Comenzando por la valoración del voto decisivo.

La verdad es que si ya de suyo era complicado el voto decisivo, radicado en las ciudades con privilegio de voto desde la época comu-nera, en estos años, con tantos servicios y auxilios financieros demandados por la Corte, entre ellos ya los unos por ciento y la venta de juros, llegará la situación al paroxismo. Porque ha de advertirse que la obligación de los procuradores de comunicar a sus ciudades cuanto excediera del mandato contenido en sus instrucciones, se extendía, en el caso de los millones (y en esta ocasión se concedieron por dos veces), a cada una de las condiciones del otorgamiento. Con un efecto sobrevenido, pues las ciudades habían de pronunciarse también sobre las dispensas de las condiciones de millones, solicitadas por el monarca, por ciudades o particulares directamente interesados. De manera que los procuradores, en puridad, de atenerse a la letra de los contratos de millones, y tantas veces como fuera preciso, se veían obligados a solicitar de sus ciudades el voto decisivo para la oportuna licencia de dispensa ⁽³⁶⁶⁾.

⁽³⁶⁴⁾ ACC, 38, p. 81; ACC, 43, pp. 380-381; ACC, 44, pp. 369-370, 386-387, 398 y 458; ACC, 45, p. 5 y ACC, 48, pp. 242-246.

⁽³⁶⁵⁾ 1629 es la última fecha de capítulos mencionada por Thompson, «La corona y las Cortes», p. 19, por escasísimo valor que para este autor tuvieran desde el inicio de los millones.

⁽³⁶⁶⁾ En este sentido es bien esclarecedora la «Relación de algunas de las condiciones del servicio de los dieciocho millones, puestas en el quinto género, del que miran a la prohibición de algunas mercedes que se han hecho por la Cámara» (BAH, Colección

Un gran embrollo, en conclusión. Como para hacer de las Cortes unas asambleas interminables, llenas de obstáculos para la toma de acuerdos y exageradamente onerosas. Muy ajenas, como se ve, a cualquier principio de racionalidad.

Las alusiones al voto decisivo de las ciudades, así como las pertinentes consultas y peticiones de poderes estaban, nunca mejor dicho, a la orden del día en la convocatoria que comentamos. Según testimonian con generosidad las actas. Mas la verdad es que, en esta ocasión, la propia Corona puso mucho de su parte para que se prolongase tanto la duración de las Cortes ⁽³⁶⁷⁾. Debido a los apuros financieros para sostener una política de imperio, en quiebra irreversible. Que no eran correspondidos con presteza por las ciudades. Antes con muchos regateos y condiciones. Por lo cual, el monarca, y su entorno cortesano, se veían precisados a utilizar toda la batería de instrumentos de presión a su alcance. Desde escribir directamente a las ciudades, a dar órdenes a los corregidores para que se mostrasen enérgicos en los concejos, y como última medida, que no nueva, acudir al parecer de teólogos dispuestos a tranquilizar conciencias, justificando los servicios por justa causa de necesidad y en defensa del bien público. Reproduciéndose, pero corregidas y aumentadas, las escaramuzas entre el monarca y las ciudades, que bien conocemos, desde la época de las Comunidades ⁽³⁶⁸⁾.

Pellicer, t. XIV, fos. 118r-119r). Que afectaba, entre otras, a las siguientes mercedes: concesión de hidalguías; ventas de tierras baldías; exención de villas, aldeas y comarcas de sus cabeceras de jurisdicción; creación, venta y perpetuación de determinados oficios; otorgamiento de naturalezas; licencias para fundación de monasterios, o licencias para suplir minorías de edad, en caso de las procuraciones de Cortes. Con la condición de no poder dispensar ninguna, sino fuera por voto decisivo de las ciudades.

⁽³⁶⁷⁾ Pero después de estar anunciada la disolución, se notifica a los procuradores la voluntad del monarca de que las Cortes continúen reunidas, proponiendo el presidente la prórroga del servicio de los 18 millones (ACC, 44, pp. 456-457 y ACC, 45, pp. 162-163 y 261-264).

⁽³⁶⁸⁾ Una importante documentación sobre el particular, en BAH, Colección Pellicer, T. XIV, fos. 102r-268v. Destacando un escrito: «Pareceres de teólogos sobre la justificación del nuevo servicio de dieciocho millones y del encabezamiento del uno por ciento», en las Cortes iniciadas en 1623 (fos. 200-205), donde llega a justificarse el servicio casi sin paliativos. Distinguiéndose entre la fuerza de ley que tiene el otorgamiento de los procuradores, aceptado por la voluntad regia, y la aprobación por las ciudades, efectuada por simple práctica. Más todavía, con toda crudeza llega a justificarse el servi-

La distinción entre voto consultivo y voto decisivo no hacía más que agravar la marcha de las Cortes, especialmente en estas de 1623, cuando tantas ayudas financieras se piden por la Corte, por reiterarme en lo dicho. Pero no sólo por la parte que tocaba a las ciudades, pues tampoco era sencillo de conseguir el voto por parecer de los procuradores. Ya que éstos sostendrán su buen pulso con la Corte, a propósito de la calidad de las condiciones de millones que debían someterse a la aprobación de las ciudades ⁽³⁶⁹⁾. Con lo cual hacía valer ante la Corte su fuerza de reino ⁽³⁷⁰⁾. Dentro de una actitud en la que también es posible ver otras finalidades en los procuradores, nada altruistas, como las de obtener más ingresos por el alargamiento de las Cortes.

El reino (las Cortes), a no dudar, por unas u otras motivaciones, estaba adquiriendo cada vez más conciencia de sí mismo. Incluso como para llegar a actuar con cierta autonomía de sus ciudades, y coincidir así, era una posibilidad, con los intereses de la Corte, al menos si se mantenía dentro de unos ciertos límites. Como, por ejemplo, cabe descubrir en un episodio de las dispensas de las condiciones de millones. cuando se debate por los procuradores sobre si adoptar un acuerdo por voto consultivo, dejando a las ciudades el decisivo, tras la correspondiente comunicación, o bien bastaba dar certificación del acuerdo a las partes interesadas, para que usasen de él como más les conviniese. Adoptando las Cortes la resolución de dar una certificación del acuerdo a las partes. Con la fractura que una medida semejante suponía respecto del voto decisivo de las ciudades ⁽³⁷¹⁾.

El camino alternativo del voto consultivo parecía de este modo

cio: «porque de la justicia de la guerra es juez Su Magestad, sin comunicación del Reyno».

⁽³⁶⁹⁾ En marzo de 1625 se plantea en Junta de Cortes la cuestión de si el reino (los procuradores) podía establecer nuevas condiciones de millones, una vez consultadas con el rey y dada la aprobación por éste para que se escribieran las cartas a las ciudades. La opinión, basada en lo que se hacía otras veces, fue negativa (BAH, Colección Pellicer, t. XIV, fos. 102v-103r).

⁽³⁷⁰⁾ Como también se hiciera notar en 1624, a la hora de establecerse los medios y arbitrios que debían ser elegidos para cumplir con el servicio de los doce millones. Cuando la Junta de Cortes tiene que acudir al viejo recurso de los procuradores «confidentes» (BAH, Colección Pellicer, t. XIV, fo. 104r).

⁽³⁷¹⁾ ACC, 44, p. 475.

estar trazado: que fueran los procuradores quienes decidieran, sin necesidad de esperar autorizaciones de sus ciudades. Nada de instrucciones y restricciones de poder, por tanto, sino poderes libres, conforme al tenor de la minuta. En el supuesto de que no se optara por una medida más radical: la de no llamar Cortes y solicitar directamente de las ciudades la aprobación de los servicios y encabezamientos. Hipótesis ya anunciada en el reinado anterior y que luego llegaría a convertirse en realidad, precisamente como fracaso de la alternativa que ahora se va a ensayar ⁽³⁷²⁾.

Las ideas, sin embargo, no las tenía perfiladas la Corte en 1629, ni aún unos cuantos años después. Porque las oscilaciones entre las diversas opciones superadoras de la distinción entre voto consultivo y voto decisivo se harán ostensibles en el periodo que transcurre por las convocatorias de 1632, 1638, 1645 y 1655; el segundo de los momentos antes enunciado. Pero todavía persistirán con posterioridad, si no al tiempo.

Las propias cartas de convocatoria de estas fechas señalan notables novedades al respecto, por comparación con reuniones precedentes. En primer lugar, desaparece de su texto la alusión a la doble representación de los procuradores. Ya no se habla de que éstos acudan a la Corte, a voz y en nombre de las dichas ciudades y de estos nuestros Reinos, para entender, platicar, consentir, otorgar y concluir por Cortes todo lo que en ellas pareciere, según los dictados habituales. En lugar de esto, el cometido que ahora se les atribuirá a los procuradores será el de ver, tratar, conferir y platicar todo lo que conviniere proveer y ordenar para el bien público; sin más. Con alguna variante de redacción entre unas cartas y otras.

No se menciona la doble representación, pero sí se recoge expresamente la referencia al bien (o beneficio) público como finalidad de la convocatoria. Con un significado que no se nos puede escapar. Porque cuando el monarca emplea el término de bien público está entendiendo por él la satisfacción de sus propias necesidades, las de la Corona, como bien sabemos por páginas precedentes. Con

⁽³⁷²⁾ Considerada también en 1626, ante las dificultades puestas por los procuradores para duplicar los servicios de millones. Nos lo ha recordado Thompson, «La Corona y las Cortes», p. 28.

la mirada puesta en los auxilios financieros; no hay que insistir en ello.

Mas no es éste el único dato recogido en las cartas de convocatoria que nos advierte del giro efectuado por la Corte en el tema de los poderes. Por fortuna, para que no se atribuya a sagacidad y lectura puntillosa de juristas la interpretación del sentido potencialmente equívoco del concepto de bien o beneficio público.

No se trataba de un simple cambio de cláusula de estilo. Antes era algo meditado. Según se corrobora, en las mismas cartas de convocatoria, por el mandato regio de que los procuradores acudan a las Cortes con poderes bastantes y decisivos. Es decir, como para no tener que recurrir más a las ciudades en el decurso de estas asambleas. Cuando antes se contentaba la Corte con exigir poderes bastantes, sin otros añadidos. En adelante, el voto decisivo residiría en el reino (las Cortes), en la junta de procuradores; nada de consultas y nuevos poderes, nada de restricciones ni instrucciones. Por lo menos eso pretendía la Corte, en detrimento del voto decisivo de las ciudades, las cuales, según viene diciéndose, habían adquirido por vía de uso y de costumbre, desde los tiempos de las Comunidades, que no por ley, cuando habían logrado alterar la dirección marcada por los Reyes Católicos.

No le era suficiente a la Corte, empero, con la exigencia de este requisito, de que las ciudades otorgaran poderes a sus procuradores con la explícita mención a su carácter de decisivos. Porque en su afán por obtener éxito, y en la misma carta de convocatoria, se ordenará a las ciudades que, con anterioridad a la designación de sus procuradores, procedan a adoptar el acuerdo de que a los electos se les otorgarán poderes bastantes y decisivos.

Asimismo, de modo coherente con estas preocupaciones, en el espacio destinado en las cartas de convocatoria a las pertinentes cláusulas conminatorias, consistentes en apercibir que no serían admitidos a Cortes los procuradores que no presentasen poderes bastantes, se ampliará su ámbito, hasta abarcar a los poderes decisivos. Los procuradores, para ser admitidos en Cortes, debían presentar poderes bastantes pero decisivos ⁽³⁷³⁾.

⁽³⁷³⁾ Los textos de las convocatorias de 1638, 1645, 1648 y 1654, con los mencionados requisitos, en DANVILA, *El poder civil*, VI, pp. 239-240, 288-289, 315-317 y

Esto por lo que atañe a las cartas de convocatoria. Pues la exigencia de poderes bastantes y decisivos también aparece, de modo consecuente, en los dos instrumentos contemporáneos a las mismas, empleados por la Corte desde los tiempos de los Reyes Católicos, con la finalidad de garantizar su eficacia. Que no eran otros, como se conoce, sino la minuta conforme a la cual debían las ciudades redactar sus poderes, y la cédula enviada a los corregidores, con órdenes bien precisas, para que los concejos a su cargo no se desviarán de los términos recogidos en la mencionada minuta, además de vigilar por la pureza de las elecciones ⁽³⁷⁴⁾.

No obstante, la batalla por los poderes, con amplias repercusiones en todo el funcionamiento de las Cortes, estaba lejos de finalizar, según tendremos ocasión de contemplar. Las propias actas de las Cortes de 1632, por su naturaleza secretas, nos suministran buena información sobre las reservas iniciales de los propios procuradores a aceptar que en ellos recayese el voto decisivo. Muy conscientes de su significado para las relaciones con sus ciudades, más cuando sus poderes no les autorizaban a votar decisivamente. Pero sus resistencias, con las que en todo caso guardarían sus espaldas de vuelta a sus ciudades, chocarían con sucesivas órdenes regias, por las que se le mandaba votar decisivamente en «todos» los negocios, sin consultar ni avisar a la ciudades y villas de voto en Cortes. Obligando, de hecho, la Corte a los procuradores a repetir alguna votación de servicio de millones efectuada con carácter de consulta o parecer. Sin dejarle de amenazar, tampoco, con enviar a sus casas a aquellos procuradores que se opusieran a otorgar el voto decisivo. Con la consiguiente pérdida de beneficio que les supondría ⁽³⁷⁵⁾. Como para acabar doblegando la voluntad de los procuradores.

Pero el rechazo a los poderes decisivos, como era lógico, por otra parte, vendría principalmente derivado de las ciudades. Pese a todos

322-323, respectivamente. La carta de convocatoria de las Cortes de 1632, en ACC, 49, pp. 10-12, que aún responde al patrón clásico, de simples poderes bastantes.

⁽³⁷⁴⁾ Los textos de las minutas de poder y cédulas a corregidores (acompañando a las cartas de convocatoria), con fecha de 1638, en ACC, 55, pp. 343-345. Para 1645, ACC, 56, pp. 312-325. Para 1648, ACC, 57, pp. 353-368. Por fin, para 1654, ACD, Cortes de Castilla, leg. 72.

⁽³⁷⁵⁾ ACC, 49, pp. 128-136, 166-168, 175, 209-211, 218-220, 225-252, 261-269, 272-274, 282 y 293-295.

las medidas de presión utilizados por la Corte. Porque las ciudades no se resignaban a perder el voto decisivo, el mandato imperativo, acostumbradas como estaban a ser consultadas en todo cuanto excedía de las intrucciones que restringían los poderes generales de sus procuradores. Como para provocar continuas prórrogas y dilaciones en el inicio de las Cortes, retrasando el día previsto para el auto de la proposición regia.

Muy tensa se nos muestra la situación en las Cortes iniciadas en 1638, 1646, 1649 y 1655, en todas y cada una de ellas. Cédulas y más cédulas regias a corregidores y ciudades para lograr se otorguen poderes decisivos. Con fuertes forcejeos entre la Corte y diversas ciudades. Hasta llegar el rey a intimidar a los regidores, mediante multas y prisiones sustitutorias, si no otorgaban los poderes en forma en el plazo que se les señalaba. Como tampoco se dejó de amenazar a las ciudades más inconformistas con privarlas de voto, y no sólo para una reunión, sino también para las del futuro. E incluso, en virtud de su poderío absoluto, recurrió el monarca en algún caso a alzar el pleito homenaje con que las ciudades ligaban a sus procuradores. Mas la verdad es que no siempre se mostraba tan contundente la Corona. Porque en varias ocasiones, y a fin de no diferir más la fecha de la proposición, ante la falta de procuradores, se permitió a las ciudades que primero eligieran a sus procuradores y luego adoptasen el acuerdo de otorgar los votos decisivos ⁽³⁷⁶⁾. Como tampoco faltaron buenas palabras, que también las hubo, intentando justificar la Corte la medida de privar a las ciudades del voto decisivo. Fundamentalmente, por la ausencia de ley en que pudieran basar las ciudades sus pretensiones. Ya que, en opinión de la Junta de Cortes, las consultas de los procuradores se habían debido siempre a mera gracia y dispensación del rey ⁽³⁷⁷⁾. Pero la Corte, por sí acaso, a pesar de todo, seguía con su ritual de Cortes, con el examen de poderes y el juramen-

⁽³⁷⁶⁾ Abundantes datos en: ACC, 55, pp. 362-364, 371, 373-375, 398-400 y 411-412; ACC, 56, pp. 343-363, 368-374, 379-380 y 384-389 y ACC, 57, pp. 247-248, 396-407 y 422. Asimismo en DANVILA, *El poder civil*, VI, pp. 323-327.

⁽³⁷⁷⁾ Según se expone en una comunicación dirigida por Sebastián de Contreras (secretario de la Cámara y de la Junta de asistentes) a la ciudad de Sevilla, en 1638, de parte de la Junta de asistentes, donde se le vuelve a pedir a la ciudad el envío de poderes decisivos para sus procuradores (ACC, 55, pp. 362-363). Véase también el parecer de teólogos citado en nota 368, signo de las dificultades en que se movía la Corte.

to de los procuradores de no llevar instrucciones de sus ciudades ⁽³⁷⁸⁾.

La intención de la Corte con la radicación del voto decisivo en los procuradores parecía clara: potenciar a las Cortes frente a las ciudades, volviendo a la orientación marcada por los Reyes Católicos. Por entender que así se agilizaría el discurrir de las Cortes, al tiempo que éstas se tornarían más manejables.

Aun cuando el viraje dado por la Corte a su política de Cortes, con relación al último siglo, tenía su riesgos. Pues para la Corte tampoco eran buenas unas Cortes que gozasen de autonomía. De ahí las dudas, vacilaciones y oscilaciones de la conducta de la Corte. Sobre todo cuando se confirmó que el funcionamiento de la Corte, lejos de perder sus características de complejidad, lentitud y alto coste, empeoró aún por los años de 1632 a 1658. No mejoraron sus defectos, mientras mostraban algunos atisbos poco gratos para la Corte.

Cierto que, por sus propias características, si se aplicaba con rigidez el poder decisivo de los procuradores, no sólo serían éstos los encargados de deliberar sobre la cuantía de los millones, sus condiciones y las dispensas de los mismos, sino también de adoptar las correspondientes resoluciones y determinaciones, sin contar para nada con las ciudades ⁽³⁷⁹⁾. Lo cual, a priori, no debería traer más que economías al proceso de Cortes.

Con otro efecto de rebote, pues si el voto decisivo llevaba consigo la eliminación de cualquier instrucción y posterior consulta, quería ello decir que en adelante las ciudades ya no tenían ocasión de dar su peticiones a los procuradores para la formación de los capítulos de Cortes. Suponiendo así por asfixia la muerte de éstos. Pero desde 1632, no a partir de 1590. Ninguna bagatela, porque du-

⁽³⁷⁸⁾ Respecto a las Cortes incididas en 1655, ACD, Cortes de Castilla, leg. 72.

⁽³⁷⁹⁾ Ahora, las cartas dirigidas por los procuradores a las ciudades, con motivo de los servicios de millones, no se efectúan antes del otorgamiento de la escritura, sino con posterioridad. Y a título informativo, que no de consulta y a la espera de los poderes. De lo que se trataba solamente era de dar cumplida noticia de lo ocurrido en Cortes hasta ese instante. Aunque en el caso de los primeros millones tras la implantación del voto decisivo en el reino, se recogen referencias a las órdenes regias mediante las cuales la Corte había establecido la medida, pese a las protestas de los procuradores, que no se intentan ocultar. Según puede comprobarse en ACC, 51, pp. 119-137.

rante mucho tiempo, según nos hemos encargado de exponer, las ciudades veían en la satisfacción de los capítulos su beneficio de Cortes. Afectando esta medida, por tanto, a una de las competencias más sobresalientes de las Cortes: la participación de éstas en la elaboración de las leyes. Por mucho que las condiciones de millones, aun por vía contractual, adquirirían rango de ley o pragmática. Mas sólo tras las oportunas cédulas de aceptación y confirmación por parte del monarca, en virtud de su poderío absoluto, como para derogar cualquier ley, privilegio o exención que se opusiera a la contribución en los millones de todas las personas del reino, laicas o eclesiásticas, en cuanto a ese solo punto, se especifica ⁽³⁸⁰⁾. Y además, se trataba de condiciones en materia predominantemente fiscal, que no de estricto gobierno y justicia ⁽³⁸¹⁾.

En líneas generales podemos catalogar de fracaso, hasta sonoro, las ilusiones concebidas por la Corte con ocasión de la radicación del voto decisivo en los procuradores, al imaginar que se iba a aligerar la marcha de las Cortes. Aparte de la resistencia de las ciudades, reacias a perder un privilegio que ya creían adquirido por uso y costumbre de tiempo inmemorial, de más de cien años. Las Cortes, de modo distinto a lo que deseaba la Corte, llegarían a adquirir cierta conciencia de su función, dificultando así el fácil manejo que pudiera presu-

⁽³⁸⁰⁾ En esta cuestión no hubo variaciones tras lo acontecido en 1632. Para cédulas de aceptación y cumplimiento de millones durante este reinado, pero anteriores a la implantación del voto decisivo: ACC, 43, pp. 301-303; ACC, 44, pp. 82-86; ACC, 45, pp. 108-228 y ACC, 48, pp. 53-102. El valor de estas cédulas se observa con total claridad en el texto de las propias escrituras de millones. Así en la del servicio de los millones, otorgada en febrero de 1626. Su texto, con anotaciones al margen, en BAH, Colección Pellicer, t. XIV, fos. 157r-164v. Particularmente por lo que hace a las cláusulas segunda, cuarta y veintiuna. Por su conexión entre el poder absoluto del príncipe y los privilegios de los estados y personajes exentos de contribución. Pues el rey se obliga a aceptar como condición, mediante la correspondiente cédula de cumplimiento, que interpondrá su autoridad para derogar, en esta concreta circunstancia, los privilegios de las personas exentas, quedando éstos en todo su vigor para lo demás. Como sucedería después, porque no se producirían novedades en los otorgamientos de los millones: ACC, 53, pp. 6-99, para 1632 (servicio de los dos millones y recompensa de la sal); ACC, 58-2, pp. 472-516, para 1651 (servicio de los nueve millones de plata) y BAH, Colección Pellicer, T. XIV, fo. 162v, 1656 (prórroga del servicio de los veinticuatro millones).

⁽³⁸¹⁾ El famoso quinto género de condiciones, destinado al gobierno de los reinos, quedó petrificado con la concesión del servicio de los dieciocho millones en el reinado anterior, sin vitalidad alguna tras las sucesivas prórrogas de los millones.

mir la Corte. en cuyo desenlace intervendrían diversos factores. Por un lado, el desarrollo de la capacidad de maniobra, que ya había dejado entrever el reino con ocasión de las idas y venidas entre la Corte y las ciudades en los millones y en los encabezamientos, por vía de parecer que fuera hasta 1632. De otro, los posibles beneficios económicos que una larga duración de estas asambleas acabaría reportando a los procuradores, como bien sabían éstos por experiencias pasadas.

Porque, en teoría, si el reino, los procuradores juntos en Cortes, se alejaban de las ciudades gracias a los poderes decisivos, también podían aquéllos sufrir la interesada tentación de guardar sus distancias en relación al rey. Con los costes, también políticos, que semejante actitud podía entrañar para la Corona.

Por decirlo de un modo gráfico: si el reino se desligaba de sus constituyentes, asumiendo su poder por el voto decisivo, corría el riesgo la Corte de que las Cortes se consideraran a sí mismas como constituyentes. Situación aberrante en el seno de una monarquía absoluta ⁽³⁸²⁾. De modo bien diferente, a lo que sí estaba dispuesta la Corona era a considerar a las Cortes como un órgano colegiado más de las Cortes, al estilo de los diversos Consejos. Muchos de cuyos comportamientos estaban adquiriendo las Cortes. En gran medida facilitados por la propia monarquía: desde el puesto que correspondía al reino en fiestas y procesiones, hasta formas de proceder, como nos revela el régimen de reales decretos dirigidos a las Cortes, así como la serie de consultas que éstas elevan al rey, cada vez con mayor frecuencia. Como un paso más en su proceso de burocratización.

En fin, que la Corona pretendía hacer de las Cortes un órgano colegiado semejante en su funcionamiento a los Consejos, es un juicio que no me parece atrevido. En especial si observamos lo acaecido con la Comisión de millones del reino entre 1632 y 1658. Pues si en 1632 se le otorga carácter de tribunal, despachando provisiones en

⁽³⁸²⁾ Aunque bastante sesgadas, por la proyección de las categorías liberales en la realidad castellana de los siglos XVI y XVII, son muy de considerar las reflexiones efectuadas por J.A. Maravall a propósito del principio de representación política, en particular con motivo del movimiento comunero. En *Estado moderno y mentalidad social*, I, pp. 356-367, así como en *Las Comunidades de Castilla. Una primera revolución moderna*, segunda edición en Alianza Editorial, Madrid, 1979, pp. 110-145.

nombre del monarca, con una determinada composición, unos oficiales a su servicio y sede fija, después sufriría diversos avatares, hasta convertirse en una sala especial dentro del Consejo de Hacienda, hecho que definitivamente ocurriría en 1658 ⁽³⁸³⁾.

La situación no desembocaría en el extremo de configurarse las Cortes como constituyentes. Como, por otra parte, tampoco se produciría un total distanciamiento de las ciudades respecto de las Cortes, porque, entre otras razones, nunca dejarán aquéllas de otorgar poderes a sus procuradores, aun con la condición de decisivos. Mas es indubitable que los votos decisivos proporcionaban una situación ventajosa para el reino junto en Cortes. Porque serán los procuradores los únicos responsables de la aprobación de las condiciones de millones, que luego se recogerían en las correspondientes escrituras de contratos ⁽³⁸⁴⁾. Como también correspondería sólo a los

⁽³⁸³⁾ Para sus trazos más elementales, me remito a la documentación recogida por DANVILA, *El poder civil*, VI, pp. 355-361. También: ACC, 56, pp. 54-73 y ACC, 57, pp. 287-294. Afortunadamente, contamos hoy con una ambiciosa interpretación historiográfica de la evolución sufrida por la citada Comisión, llevada a cabo por FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Monarquía, Cortes y «cuestión constitucional»*, pp. 27-33. Que merece ser contrastada con la opinión de FORTEA, *La trayectoria de la Diputación de Cortes*, quien equipara el devenir de la Comisión de millones a lo ocurrido con la Diputación de alcabalas, en sentido muy diferente al de Fernández Albaladejo, como un progresivo control por parte de la Corte de ambas comisiones.

⁽³⁸⁴⁾ El cambio operado en la naturaleza de los poderes se refleja hasta en aspectos formales del otorgamiento de las correspondientes escrituras de millones. Como que en la firma de los contratos ya aparecerán como otorgantes todos los procuradores, en virtud, justamente, de que en ellos residía el voto decisivo. Cuando, con anterioridad, conforme se señala de manera expresa, aquellos procuradores que firmaban la escritura de los contratos de millones lo hacían gracias a los poderes decisivos, especiales, enviados para la ocasión por sus ciudades. Y que esto era importante, se descubre por la propia valoración realizada por el reino en las Cortes de 1632. Pues, de lo contrario, no se entendería el acuerdo adoptado por los procuradores, en junta del reino, de no remitir a las ciudades copia de la cédula regia donde se establecía esta circunstancia, la de que todos los procuradores de Cortes habían de otorgar la escritura del servicio, frente a la costumbre precedente de que sólo firmaban aquellos procuradores que tenían poderes particulares de sus ciudades. Sobre estos extremos, véase ACC, 50, pp. 391-395 y ACC, 51, pp. 119-137. Aunque no sin excepción ni matizaciones, porque en la escritura de millones otorgada en abril de 1646 únicamente aparecen treinta procuradores como firmantes, correspondiente a quince votos de ciudades (BAH, Colección Pellicer, t. XIV, fos. 253v-254r). Todo un síntoma, según podrá apreciarse, de las dificultades encontradas por la Corte en sus esfuerzos para lograr de las ciudades otorgasen poderes decisivos a sus procuradores.

procuradores la dispensa de las mencionadas condiciones, a solicitud del monarca, de las ciudades o de particulares, sin necesidad de consentimiento de las ciudades con representación en Cortes ⁽³⁸⁵⁾.

Que la posible fortaleza del reino (de las Cortes) llegó en algún momento a sembrar inquietud en la Corte, podemos comprobarlo por una consulta dirigida al rey por la Junta de asistentes, en 1647, con motivo de las mercedes que se solían conceder a los procuradores una vez disueltas las Cortes. Otorgadas de ordinario en proporción a la fidelidad y solicitud mostradas por cada procurador a la hora de la concesión de los servicios.

Pues bien, en la mencionada consulta, la Junta de asistentes se ve obligada a recordar al rey las dificultades y diferencias surgidas entre los procuradores de las Cortes recién fenecidas. Cuando, según su información, un grupo de quince o dieciséis de ellos habían hecho lo imposible porque no salieran adelante las propuestas regias. Primero oponiéndose a las prórrogas de los servicios, y luego estableciendo condiciones muy arduas y de imposible cumplimiento. Como para llegar, en el mismo desarrollo de las Cortes, a formar juntas secretas entre sí y a juramentarse. Ni que decir tiene que la Junta de asistentes se mostraba poco dispuesta a que el rey les premiara ⁽³⁸⁶⁾.

No nos extrañará, por tanto, a la luz de lo dicho últimamente, que la Corte dudara sobre la conducta a seguir en el futuro. Si continuaba acudiendo al reino junto en Cortes en petición de ayudas financieras, o dirigía más bien sus demandas directamente a las ciudades con representación en Cortes. Pues, en el primer caso, se producía la perpetuación de los males que venían aquejando a estas asambleas, si es que no se habían agrandado. Por un mayor recurso al papeleo, propio de un órgano colegiado que reside ya casi de forma permanente en la Corte, donde la burocracia estaba muy desarrollada. Pero también, porque los procuradores no procedían a prestar su consentimiento en materia de millones, o de encabezamientos, así co-

⁽³⁸⁵⁾ En relación a las dispensaciones de las condiciones de millones, todavía en las Cortes de 1632 a 1636, cuando estaban vigentes las condiciones del servicio de los 18 millones, aprobado en 1629 para un periodo de nueve años, con voto decisivo de las ciudades, se precisaba del consentimiento de éstas para su dispensa (ACC, 55, pp. 137-140, 295-300 y 338-342). Cosa que no sucederá en Cortes posteriores, así en 1651 (ACC, 58-1, p. 331), o en 1655 (ACC, 59-2, pp. 774-777).

⁽³⁸⁶⁾ Sobre la consulta, DANVILA, en *Bol. AH*, (1890), pp. 279-281.

mo así. Persistiendo las condiciones y las trabas planteadas por los procuradores en cada uno de los otorgamientos ⁽³⁸⁷⁾.

Mientras la otra opción implicaba, a la postre, la postergación de las Cortes, hasta su práctica eliminación de la organización institucional de la monarquía castellana. Pero que esta posibilidad se barajaba en la Corte, nos consta con certeza, por varios datos. El primero, y más evidente, porque, en diversas oportunidades, durante estos años se recurrió por la Corte directamente a las ciudades, prescindiendo de los procuradores.

Sin realizar un examen al por menor de la documentación, teniendo en cuenta solamente las publicaciones de Danvila, estamos en condiciones de afirmar, que, la experiencia de dirigirse la Corte directamente a las ciudades en solicitud de recursos para la hacienda regia, se repitió varias veces durante estos años; la segunda de las etapas en que hemos dividido el reinado de Felipe IV.

Para comenzar, en el bienio de 1643 y 1644, cuando la Corte pedirá los subsidios a las propias ciudades de voto, sin necesidad de convocar Cortes. Como nos consta por varias consultas de la Junta de asistentes sobre las mercedes que el rey debería conceder a los regidores de las ciudades, a causa de su voto en la aprobación de los servicios. Con opiniones muy favorables de la mencionada Junta, tanto por la rapidez como por el ahorro económico, pues a los regidores no se les retribuía sino con una pequeñísima parte de lo que hubiera correspondido a los procuradores presentes en Cortes. Tanto como para aconsejar se siguiera por este camino en años venideros ⁽³⁸⁸⁾.

También sabemos por Danvila, cómo en 1648, poco después de las Cortes celebradas por los años de 1646 y 1647, va a apelar de nuevo la Corte a las ciudades en demanda de ayuda financiera. En esta

⁽³⁸⁷⁾ Los mismos encabezamientos no eran fáciles, aun sin necesidad de consultar con las ciudades, como para llevar más de un año, desde que el reino adopta el acuerdo de tratar sobre el encabezamiento hasta que se llevaba a cabo la firma de la correspondiente escritura de contrato en la sala de Cortes, ante el presidente y asistentes. Sucedió en las Cortes de 1632 (ACC, 53, pp. 328-329 y 372-373; ACC, 54, pp. 156-157, 173, 178-179, 187, 191-192, 196-201, 261-262, 267-280, 283-287, 292, 299-316, 417-418, 423, 427-428, 430-431 y 442-456 y ACC, 55, pp. 33-35). Pero no fue nada distinto lo acaecido en las Cortes de 1648 (ACC, 58, pp. 27, 202, 227-228, 231-233 y 472-513).

⁽³⁸⁸⁾ Bol. AH, 16 (1890), pp. 129-130, 145-146, 154-157 y 264-265, de forma específica.

ocasión, lo que se ventilaba era el servicio de casamiento; también llamado chapín de la reina. Con resultados no menos satisfactorios para la Corona, al prestar los concejos su consentimiento ⁽³⁸⁹⁾.

Otra noticia de importancia al respecto, si bien necesitada de mayores precisiones, la aporta el mismo autor, referida al año 1650. En un momento en que estaban reunidas unas nuevas Cortes. En particular, se trata de una consulta dirigida a las ciudades, donde se les pide den su consentimiento para la venta de ocho mil soldados. Con desenlace positivo para la Corte, que, no obstante, llevaría la contrapartida de las mercedes concedidas a los regidores de las ciudades. ⁽³⁹⁰⁾.

Esta última información requería matizaciones, apuntábamos antes. Porque si, ciertamente, tiene en común con los pasajes anteriores la ruptura del voto decisivo radicado en los procuradores juntos en Cortes, ofrece algunas diferencias apreciables en relación con aquellos otros. Por cuanto, en este caso ahora expuesto, la Corte se movía dentro de la línea seguida con anterioridad a las Cortes de 1632. Pero de cualquier manera, siga un modelo u otro, nos sirve de espléndida muestra de las dudas y vacilaciones en que se debatía la política regia sobre las Cortes.

Esto por lo que se refiere de modo expreso a los servicios y ayudas financieras concedidas por las propias ciudades, haciendo caso omiso del reino junto en Cortes, los ayuntamientos de procuradores. Mas existen testimonios de otro cariz, coincidentes en el fondo, sin embargo, con los que se acaba de citar. Tocantes a opiniones, procedentes de diversas instancias, que se inclinan por la no convocatoria de Cortes, cuestionando su utilidad, dadas las características que habían llegado a alcanzar este tipo de asambleas. Aunque, bien pensado, tampoco cabe considerarlo como una novedad radical. Pues, como sabemos, semejantes pareceres arrancan, como mínimo, del segundo decenio del siglo XVII.

Thompson, con suficiencia, ha aludido en sus trabajos a algunos de estos pareceres ⁽³⁹¹⁾. Por supuesto, sin afán de exhaustividad. Pe-

⁽³⁸⁹⁾ Bol. AH, 16 (1890), pp. 360-361.

⁽³⁹⁰⁾ Bol. AH, 11 (1887), pp. 484-485.

⁽³⁹¹⁾ Así en «La Corona y las Cortes de Castilla», pp. 28-29. También DANVILA, en *Bol. AH*, 12 (1888), pp. 22-27 y *Bol. AH*, 16 (1890), pp. 159-164 y 264-265. A ellos me remito.

ro fijémonos en las fechas en que se pronuncián, y en lo continuado de las mismas: 1632-1636, 1639, 1645, 1649 y 1654-1656. Es decir, durante todo el tiempo de aquello que hemos venido en calificar de segunda etapa de las Cortes del reinado de Felipe IV. Clamando siempre estas instancias para que no se recurra más a las Cortes, haciéndolo en su lugar de manera inmediata con las ciudades. En todo caso, si la Junta de asistentes se muestra dubitativa en 1645 sobre la decisión a tomar, no se debe a la falta de lucidez acerca de la situación de las Cortes, ni a ganas de que no se convoquen más. Sólo el temor a la reacción de las ciudades la detenía. Porque, a su entender, las ciudades de voto estimaban como una de sus prerrogativas más valiosas la de acudir a Cortes por medio de sus representantes. Debido a los conflictos que en el interior de los concejos podían surgir con este motivo, parece evidente.

Como símbolo de estas vacilaciones, cabe considerar lo acontecido en las cartas de convocatoria de 1560 y 1565 ⁽³⁹²⁾. Tanto que en apariencia, en la superficie, supone una marcha atrás de la Corte, pues coinciden en su tenor con las anteriores a 1632. De modo que, para empezar, ya no se recoge en ellas la exigencia de que las ciudades otorguen poder decisivo a sus procuradores. Contentándose con reclamar poderes bastantes.

En justa correspondencia, también se suprimirá del texto de las citadas cartas la obligación de las ciudades de tomar el acuerdo de comprometerse a otorgar poderes decisivos antes de proceder a la elección de los procuradores. Ya que habría parecido un contrasentido recoger el desdoblamiento de acuerdos en el auto de concesión de poderes, cuando previamente no se había aludido a la condición decisiva de los poderes.

Y lo que sería bien expresivo de este supuesto retroceso de la política de la Corte en relación con las Cortes: el hecho de que reaparezca la referncia a la doble representación de los procuradores, «en nombre de esa ciudad y de estos reinos», según se dice en las dos cartas de convocatoria. Cuando, en los más inmediatamente anteriores llamamientos de Cortes, se había eliminado toda mención al asunto de la representación, hablándose simplemente del bien y benefi-

⁽³⁹²⁾ Recogidas por DANVILA, *El poder civil*, VI, pp. 331-332 y 351-352, respectivamente.

cio público y de los reinos, en cuanto genérico objetivo de las Cortes. Que debía coincidir, de acuerdo al deseo de la Corte, con los intereses de la monarquía, por fuerza generales, caso de los servicios.

No todo, sin embargo, concluye aquí. Porque cuando podía pensarse, de conformidad con las expresiones ahora recordadas, que la Corte abandonaba su idea de lograr de las ciudades votos decisivos, éstos reaparecen en los dictados de las minutas de poder y en las cartas que de manera coetánea se envían a corregidores y ciudades. Sí, ya que tanto en unas como en otras se exige que los poderes sean bastantes y decisivos. A la vez que se prohíben los juramentos y pleitos homenajes, no menos que cualquier instrucción aparte sobre los poderes. Y en la minuta de poder nos volvemos a encontrar con la conocida remisión a la doble representación de los procuradores ⁽³⁹³⁾.

No sabía la Corte a qué palo quedarse en materia de poderes. Todo eran dudas y contradicciones. Tanto se inclinaba por fortalecer al reino, a los procuradores juntos en Cortes, mediante los votos decisivos, como daba marcha atrás y volvía al consentimiento de las ciudades. O retrocedía y no quería retroceder, de forma simultánea, como parecen darnos a entender las cartas de convocatoria de 1660 y 1665. La doble representación de las Cortes permitía bascular sobre un lado o sobre el otro.

Desventajas tenía para la Corte hacer residir el voto decisivo en los procuradores, por la presunta autonomía que podía llegar a alcanzar al reino, además de favorecer indirectamente los intereses egoístas de aquéllos. Pero tampoco era buena solución permitir consultas con las ciudades, con el descrédito que llevaba consigo para la autoridad regia, sin hablar de la lentitud que provocaban en el desarrollo de las Cortes.

Entonces, ¿qué partido tomar? Voces se venían oyendo, desde tiempos ha, favorables a no convocar Cortes y obtener la aprobación de los servicios recurriendo a las ciudades, sin necesidad de procuradores. Y procedían de órganos cortesanos muy relacionados con las cortes: la Cámara de Castilla y la Junta de asistentes, principalmente.

⁽³⁹³⁾ Cartas de convocatoria, minutas de poder y cartas a corregidores y ciudades, en ACD, Cortes de Castilla, leg. 73.

Mas siempre había parecido duro adoptar semejante actitud, por lo menos con continuidad.

Por lo que sé de las últimas Cortes celebradas en el reinado de Felipe IV, entre 1660 y 1664, todo parece una repetición de lo acontecido en reuniones precedentes. Las ciudades se mantienen en su firme resistencia a otorgar el voto decisivo a los procuradores. De manera que la Corte se vio obligada a proceder a sucesivas prórrogas del inicio de Cortes, porque no se contaba aún con el número suficiente para formar mayor parte. Amén de amenazar con multas a los concejos renuentes, ante la penosa situación que se estaba creando ⁽³⁹⁴⁾. Y rápidas, lo que se dice rápidas, tampoco lo fueron estas Cortes. Con el consiguiente coste que su dilación acarrea, para la hacienda del rey pero también para la de las ciudades. Sin olvidar los recelos que suscitaba en la corte un posible fortalecimiento de la posición de los procuradores, del reino junto en Cortes ⁽³⁹⁵⁾.

En esta tesitura, se comprende con facilidad que la Corte aprovechara una circunstancia propicia para no reunir a las Cortes. Como fue la muerte de Felipe IV, que llevó de inmediato a la reina regente a anular la convocatoria de 1665 ⁽³⁹⁶⁾. Medida que a la larga resultaría duradera, pues no se reuniría una sola asamblea de Cortes en todo el reinado de Carlos II.

Mas la Corte no estaba en condiciones de renunciar a los servi-

⁽³⁹⁴⁾ Para los datos referentes a las minutas de poder, distintas cartas a corregidores y ciudades, así como las sucesivas prórrogas, ACD, Cortes de Castilla, leg. 72. Donde se nos habla de que, en la fecha señalada para la proposición, todavía diecisiete ciudades (sic) no habían enviado a sus procuradores con poderes decisivos. Sobre las dificultades presentadas por las ciudades, véase igualmente, DANVILA, en *Bol. AH*, 17 (1980), pp. 298-300.

⁽³⁹⁵⁾ Continuidad es lo que observa THOMPSON, *La Corona y las Cortes*, p. 36 y *El final de las Cortes*, p. 48. A falta todavía de actas impresas, algunos datos pueden espigarse en DANVILA, en *Bol. AH*, 17 (1890), pp. 298-300. Referencias parciales a una votación en el concejo de Valladolid sobre los poderes decisivos, en 30 de junio de 1660, en BAH, Colección Pellicer, t. XIV, fo. 146.

⁽³⁹⁶⁾ Con la excusa de que ya no era precisa la convocatoria, pues su objetivo, el juramento del príncipe heredero, había quedado superado por la realidad, al convertirse en rey el príncipe Carlos. Para el texto de la anulación, mediante cédula de Cámara, DANVILA, *El poder civil*, VI, pp. 447-448. Y la verdad era que el último juramento de las Cortes a los nuevos reyes databa de 1518, perdiéndose luego la tradición con la saga de los Felipes, cuando el acatamiento de la legitimidad dinástica por las Cortes se redujo al acto del juramento a los príncipes primogénitos.

cios y demás prestaciones financieras aprobadas en Cortes ¿Cómo solucionar entonces el dilema? No era la primera vez que se suscitaba, bien lo sabemos. Existían precedentes, referidos fundamentalmente a los años de 1643 y 1644.

En la presente ocasión, no demasiado tiempo después de la mencionada anulación de convocatoria, exactamente en 1667, y ante la inminencia del cumplimiento de los plazos de las contribuciones aprobadas en Cortes anteriores, el Consejo de la Cámara vuelve a pronunciarse una vez más sobre la cuestión. En los mismos términos que venía haciéndolo desde tiempo atrás: mostrándose contrario al llamamiento de Cortes, mientras proponía que, en su defecto, fueran las propias ciudades de voto quienes con su directo consentimiento (voto decisivo) prorrogasen los servicios de millones ⁽³⁹⁷⁾.

La consulta del Consejo de la Cámara sería atendida por la reina en todas sus apreciaciones. Pues, por conducto de este organismo, se expedirían ese mismo año de 1667 las oportunas comunicaciones a las ciudades de voto en Cortes, donde se expresaba la petición de la Corona de que prorrogasen ellas mismas los servicios de millones, por seis años más y en idénticas condiciones con que venían corriendo. Enviándose, junto a estos despachos, unas cédulas bien apremiantes para los corregidores, a fin de que cumplan con diligencia las tareas encomendadas: plegar los ánimos de los regidores de sus respectivos ayuntamientos a los deseos de la Corona. Sin reparo alguno por parte de la Corte en solicitar a los corregidores se la haga relación de los regidores más adeptos y fieles a la causa de la monarquía, a quienes había de prometerse una compensación en forma de mercedes ⁽³⁹⁸⁾.

El camino quedaba así expedito, y este sería el procedimiento utilizado en años sucesivos para la prórroga de los distintos subsidios y de los encabezamientos. La Junta de asistentes, entre tanto, como si se tratara del reino junto en Cortes, proseguía examinando los poderes de las ciudades, las cuales enviaban a la Corte unos comisarios al efecto. Mientras también la Cámara continuaba despachando cartas a corregidores y ciudades, advirtiéndoles de la inminencia del vencimiento de los plazos de los servicios y encabezamientos, con la finali-

⁽³⁹⁷⁾ Sobre el particular, THOMPSON, *El final de las Cortes*, p. 46.

⁽³⁹⁸⁾ Las citadas disposiciones están recogidas en ACD, Cortes de Castilla, leg. 72.

dad de poner en marcha la mecánica de su prorrogación. Los rasgos más generales, a falta de una investigación más profunda, los conocemos gracias a la documentación publicada en su día por Danvila ⁽³⁹⁹⁾.

En cualquier caso, la solución adoptada parece de compromiso, y se mantiene, cuando menos en apariencia, dentro de las reglas del juego establecido con motivo del otorgamiento de los servicios en Cortes. Al rey le corresponde la iniciativa en el pedir, y al reino, en este caso a las ciudades con derecho a voto, se les reservaba la facultad de otorgar. Mas sin reunión de Cortes.

Pero, por su trascendencia, vamos a insistir un poco más en el alcance de esta política de no convocar Cortes en el reinado de Carlos II, radicando el consentimiento (el voto decisivo) en las ciudades con derecho a voto para futuras prorrogaciones de servicios y encabezamientos, sin necesidad de ayuntamientos de procuradores.

La situación ahora creada, tras la anulación de la convocatoria de 1665, guarda algún parecido con lo que aconteció en las Cortes de 1538, cuando se produjo el abandono definitivo de los señores laicos y prelados. E incluso, si se quieren buscar antecedentes más remotos, no deja de tener ciertas conexiones con la etapa comprendida entre 1480 y 1498. Encontrándose los precedentes más directos e inmediatos por los años de 1643 a 1650. De todas las maneras, por las circunstancias que concurren, nos da la impresión de encontrarnos ante un consentimiento tácito, alcanzando por mutua conveniencia, entre la Corona y las ciudades, si bien, por lo común, a diferencia de la actitud de la nobleza en 1538, con ausencia de malos modales. No obstante que el paso lo dio la Corona, entre cuyas facultades o regalía se encontraba la de convocar Cortes a su voluntad, sin periodicidad fija ⁽⁴⁰⁰⁾.

Porque, en verdad, ni la Corte ni las ciudades tenían por qué sentirse demasiado entusiasmadas con la pervivencia de las asambleas de Cortes. La Corte no deseaba nuevos ayuntamientos de Cortes. Por las razones que hemos venido expresando. Por su lentitud, dato

⁽³⁹⁹⁾ *El poder civil*, VI, pp. 448-455. Asimismo THOMPSON, *El final de las Cortes*, pp. 52-56.

⁽⁴⁰⁰⁾ Aunque inicialmente, y por parte de algunas ciudades, se presentarían resistencias a la prórroga de los servicios sin convocar a Cortes (DANVILA, *El poder civil*, VI, p. 449). De escasa importancia, en opinión de THOMPSON, *El final de las Cortes*, pp. 51-52.

importante ⁽⁴⁰¹⁾. Pero también por su alto coste ⁽⁴⁰²⁾. Sin que mejore gran cosa el panorama al reservarse en los procuradores el voto decisivo. Antes a la Corte le entraron nuevos temores, no fuera a resultar que las Cortes adquirieran conciencia de sus poderes y se mostraran independientes en exceso. Más en una época de minoría regia.

Por parte de las ciudades, los ánimos no estaba mejor dispuestos. Por los salarios que varias de entre ellas todavía pagaban a sus procuradores, y en especial por la pérdida de los poderes decisivos, que suponía desvincular a los procuradores de sus mandantes, las ciudades, justamente. Aunque también debía tener su importancia la desaparición de los capítulos, nada ajena a la pérdida del voto decisivo, cuando por mucho tiempo habían sido considerados por las ciudades como su beneficio de Cortes. Ni se nos antoja secundario, para comprender la postura de las ciudades, el fenómeno del acrecentamiento de oficios de regidores. Provocado por un exceso de patrimonialización de los mismos, de manera que la procuración de Cortes se iba convirtiendo en una expectativa cada vez más remota para muchos de los miembros de los cabildos ciudadanos. Proliferando además, como otra nota negativa para la celebración de Cortes, la corrupción en la elección de procuradores y el tráfico de las suertes de Cortes. Como para que las ciudades cada vez se sintieran peor representadas en Cortes ⁽⁴⁰³⁾.

Teniendo en cuenta todos estos elementos, si, en lugar de por los procuradores, la aprobación de los servicios se realizaba inmediatamente por sus poderdantes, por las ciudades, no pocos de estos inconvenientes desaparecerían. Y así se veía en la Corte. Según la opinión que venían sosteniendo la Cámara y la Junta de asistentes ca-

⁽⁴⁰¹⁾ Que «en la brevedad o dilación consiste el ser o no ser provechosas las Cortes que se juntasen», advierte el propio rey, en noviembre de 1645, ante las expectativas de una nueva convocatoria (DANVILA, en *Bol. AH*, 16, 1890, pp. 228-229).

⁽⁴⁰²⁾ Para el coste progresivamente creciente de las Cortes, desde 1588 en adelante, son muy valiosas las estimaciones de THOMPSON, *La Corona y las Cortes*, pp. 26-28 y *El fin de las Cortes*, p. 47.

⁽⁴⁰³⁾ La progresiva falta de representatividad de las Cortes respecto de las ciudades, hasta constituirse en antagónicos los intereses de unos y otros, es la tesis más reciente de Thompson, como se recordará por lo expuesto páginas atrás. Algo extremada, por fijarse sólo en el punto de vista de las ciudades, de los grupos urbanos dirigentes.

si desde comienzos del siglo XVII. Aunque nunca se podrían evitar del todo; en particular el coste en mercedes que para la Corte suponría la aprobación de los servicios por los regidores ⁽⁴⁰⁴⁾.

Las cosas, sin embargo, eran mucho más complejas. Para empezar, esta solución de demandar los servicios de forma inmediata a las ciudades, sin intermediarios, los procuradores, significaba para la Corte, nada más ni nada menos, que la congelación de la cuantía de las ayudas financieras suministradas por las Cortes. Porque la Corte debía limitarse a solicitar las prórrogas de los servicios y de los encabezamientos. En estrecha aplicación de la ley recopilada al respecto, que prohibía establecer nuevos tributos sin el concurso de los procuradores. Si la Corte deseaba incrementar sus recursos financieros, debería acudir a otros expedientes, como los donativos o la explotación de la regalía. La paz con las ciudades tenía así su buen precio para la Corona ⁽⁴⁰⁵⁾.

Mas los tiempos también eran distintos, de menores agobios para la hacienda regia. El sol ya se ponía muchos ratos en el horizonte del imperio hispánico. Y como bien se sabe, porque es un elemento central para explicar la evolución de las Cortes de Castilla, siempre existió en la llamada Edad Moderna una estrecha relación entre guerras de la monarquía, necesidades fiscales de ésta y exigencias de servicios. La paz de las ciudades hubo de verse acompañada en esta coyuntura de la paz con los reinos europeos. Lo cual, por fuerza, nos obliga a recordar la época de los Reyes Católicos, cómo tras las paces con Portugal y la obra de pacificación interior, con el concurso de las

⁽⁴⁰⁴⁾ «Que sin esperanza de merced, dificultosamente se conseguirá servicio, ni por las ciudades ni por las Cortes», apunta al rey en 1645 la Junta de asistentes, en un escrito totalmente partidario de no convocar Cortes. Se trataba de una consulta de mercedes, en favor de los regidores que habían aprobado desde sus ciudades los servicios solicitados por la Corte en los años de 1643 y 1644. En DANVILA, *Bol. AH*, 16 (1890), p. 157, específicamente.

⁽⁴⁰⁵⁾ «La consecuencia de prescindir de las Cortes (quizás el *quid pro quo*) consistió en congelar la presión fiscal al nivel de 1655», señala acertadamente THOMPSON, *La Corona y las Cortes*, p. 39. Cuando antes, partiendo de 1590, y sin interrupción hasta el final del reinado de Felipe IV, la Corona dependió cada vez más de las Cortes para sus ingresos fiscales, según las cifras que nos aporta THOMPSON, *La Corona y las Cortes*, p. 13. Para una comprensión más global de la hacienda real castellana, con específica consideración de los ingresos obtenidos por mediación de las Cortes, ARTOLA, *La Hacienda del Antiguo Régimen*, pp. 9-157.

Hermandades, se pudo prescindir durante veinte años de reuniones de Cortes ⁽⁴⁰⁶⁾.

Como tampoco debemos olvidar que la medida de no convocar Cortes no supuso la eliminación de sus dos grandes comisiones permanentes: la Diputación de alcabalas y la Comisión de millones. Pues ambas subsistieron, aunque la Diputación de alcabalas no traspasó el umbral del siglo XVIII, fusionada con la Comisión de millones, como un nuevo índice de la pérdida de representatividad del reino, ya que la Diputación ostentaba la representación de las Cortes en su ausencia ⁽⁴⁰⁷⁾.

Por consiguiente, la paralización de la actividad de las Cortes obedeció a un entendimiento profundo entre la Corte y las ciudades con derecho de voto. Con contrapartidas importantes para ambos lados. Pero sin conclusiones abusivas: ni las jurisdicciones particulares de las ciudades fueron abolidas, ni el centralismo monárquico desapareció fulminado por la fuerza de las ciudades. La monarquía absoluta, con sus Consejos, Juntas y Secretarios, continuaría su rumbo, aun sin una de las piezas institucionales que había servido de cobertura para financiar la política imperial, ya que las Cortes habían tenido menos éxito en su pretensión de participar en la elaboración de las leyes de los reinos.

3. *A manera de conclusión.*

Con la perspectiva de cuanto se acaba de exponer, estamos en un buen momento para retomar los planteamientos historiográficos y definir nuestra postura sobre el valor de la institución. Entre manifestaciones extremas: Castilla, territorio sin Cortes, según opinan unos; Castilla, territorio de asambleas vigorosas y conflictivas, conforme opinan otros. Mas significativas de la riqueza de enfoques que entraña el tema que nos ocupa.

Porque las Cortes evolucionarán lo suyo. Desde un mundo

⁽⁴⁰⁶⁾ Aunque con conclusiones no coincidentes con las aquí sostenidas, para la conexión entre hundimiento de la política europea de la monarquía hispana y la no convocación de Cortes, véase THOMPSON, *El final de las Cortes*, pp. 59-60, así como JAGO, *Hasburg absolutism*, p. 326.

⁽⁴⁰⁷⁾ Para la evolución de ambas comisiones, FORTEA, *La trayectoria de la Diputación de Cortes*, varias veces mencionado.

feudovasallático, hasta otro centralizado. Que nos ayuda a comprender la tesis negativa. Pues ya en época de los Reyes Católicos, y aun antes, no participarían los grandes nobles y prelados en estas asambleas. Perdiendo así su condición de foro intereseñorial, de las jurisdicciones principales de los reinos de Castilla. A la vez que se reducían a la categoría de ayuntamientos de procuradores. Cortes, con el significado de generales por relación a sus miembros, los denominados tres estados, no volverán a reunirse más, con las excepciones de 1480, 1527 y 1538.

En su defecto, ante la no presencia de nobles y prelados, las Cortes adquirirán un nuevo significado de generales, por relación a su contenido, a sus funciones, que afectaban al conjunto del reino, a su bien general y público. Usurpando precisamente el nombre de reino el conjunto de procuradores. En una operación de alcance, que podía llevar a las Cortes a asumir un papel preocupante tanto para la Corona como para las ciudades. Según se pondría de manifiesto, una y otra vez, por los esfuerzos de ambas instancias por someter a las Cortes a su control.

El monarca apretaría a las Cortes, en su afán de dominarlas, con la intención de convertirlas en un órgano de la Corte, a semejanza de los Consejos. Como, por su lado, las ciudades ligarán a sus procuradores con estrechos vínculos, restringiendo los poderes generales, con la pretensión de hacer de las Cortes un órgano que expresara, sin más, su voluntad, la de los mandantes. En una dura pugna entre voto consultivo y decisivo, con alternativas, teniendo por protagonistas a la Corona y a las ciudades.

Mas las Cortes dieron de sí bastante más juego, según se ha podido comprobar, pese a todas las presiones. Con disgusto de la Corte y de las ciudades, que no acababan de ver cumplidas las expectativas que de las Cortes se hacían unos y otros. Tanto como para que de común acuerdo, por tácito que fuera, decidieran poner fin a su vida activa entre 1665 y 1667. Razones había para ello. Aunque no debemos dar más vueltas a la madeja. Lo escrito, escrito está.

Las Cortes, pues, para los historiadores, y referidas a los siglos XVI y XVII, se nos muestran de forma contradictoria. Como para pensar, con justicia, desde postulados rigoristas, con la mente puesta en las asambleas medievales, que en Castilla ya no existían tales asambleas. Pero, por otra parte, si atendemos a su trayectoria, a la

potencialidad del significado de reino, tal vez pudieran parecerse demasiado desarrolladas. En especial cuando el voto decisivo quedó radicado en las mismas. Casi hasta rozar el concepto de mandato representativo, frente al tradicional imperativo. Que en hipótesis podría haber hecho de las Cortes casi una asamblea constituyente, en el caso de que les hubiera sido dada la oportunidad de haber recorrido toda su potencial evolución. Aberrante, por lo demás, en el seno de una monarquía absoluta y de plena vigencia de diversidad de jurisdicciones privilegiadas, según era el caso de Castilla.

Estériles desde luego no fueron. Entre 1500 y 1665 sirvieron para financiar en no pequeña medida la política imperial de la Corona castellana. Uno de los polos del bien público o general. Aunque fracasaran en su intención de participar de forma activa en la legislación de los reinos. El otro significado del bien común o general. Aunque tampoco pueden negarse algunos logros en esta materia, en forma de capítulos o de condiciones de millones.

Ni en las Cortes de hoy, del sistema constitucional parlamentario, faltan huellas de la actividad de las del pasado. Comenzando por el nombre de Cortes generales y siguiendo por su Diputación permanente. Mas asimismo por la facultad de nombrar a sus propios funcionarios. Ni dejan de hundir sus raíces en las Cortes históricas los reglamentos de funcionamiento interno o el hecho de aprobar su propio presupuesto económico. Como también la distinción entre el trabajo en pleno y en comisiones. Elementos todos de la autonomía real de las Cortes del presente, pergeñados ya en las de antaño. Signo, en cualquier caso, de unas Cortes que debieron ser ya muy complejas en los siglos XVI y XVII, bastante alejadas de las asambleas medievales. Pero por los continuos conflictos que generaron podemos asegurar que tuvieron mucha mayor vida de cuanto había supuesto la vieja historiografía liberal y después fue repetido por casi todos. El problema consiste en centrar su verdadero alcance en el conjunto de las instituciones castellanas del momento. Una tarea que escapa de un trabajo de las características del que ahora se ofrece en estas páginas. Como para generar un debate sobre el modelo de organización política de la Castilla de esos siglos. En curso ya, por otra parte, en los últimos tiempos.

CARLOS GARRIGA

OBSERVACIONES SOBRE EL ESTUDIO DE LAS CHANCI- LLERIAS Y AUDIENCIAS CASTELLANAS (SIGLOS XVI-XVII)

La historiografía europea del Derecho reconoce una importancia creciente a los juristas que operaban en la práctica, como jueces abogados, en el mantenimiento y desarrollo del que suele denominarse «régimen de Derecho común tardío», caracterizado precisamente por la incontrastada primacía de la dimensión forense. Como resultado de la voluntad centralizadora inherente a las Monarquías absolutas, abocadas a contrarrestar las fuerzas disgregadoras que operaban en su seno, desde el siglo XVI se erigen y potencian por doquiera *grandes tribunales* o *tribunales supremos*, con el resultado de elevar a sus jueces a la categoría de artífices, de *oráculos* del Derecho. Causa y efecto, a un tiempo, de esta constatación, durante los últimos años ha cobrado auge, aquí y allá, el estudio de la administración de justicia superior, hasta ganar carta de naturaleza como objeto de atención preferente entre los cultivadores de la historia jurídica ⁽¹⁾. Aunque no el único, un primer paso ineludible para ponderar la importancia que tenían los juristas en la práctica parece justamente el conocimiento de los tribunales donde muchos, a la sazón, se encuadraban: quiénes los componían, qué atribuciones tenían encomendadas y cómo las actuaban. Importa saber, en suma, cuál era la estructura institucional, en su sentido más amplio, de la administración de justicia superior.

En la Castilla de los Austrias el problema reviste una complejidad notable, por consecuencia del carácter heterogéneo que a la

⁽¹⁾ Para el argumento, con carácter general, vid. por todos A. CAVANNA, *Storia del Diritto moderno in Europa. I. Le fonti e il pensiero giuridico* (Milano, 1979), esp. pp. 155 ss. y 225 ss.

sazón tenían la organización político-institucional y su Derecho, un precipitado histórico formado por estratos originariamente adaptados a realidades diversas, sucesivamente reformados, sí, pero nunca propiamente refundados ⁽²⁾. Aquí y entonces, la administración de justicia superior era por entero tributaria de un complicado proceso de formación, que cabe remontar al último tercio del siglo XIII, cuando la recepción del Derecho común puso los cimientos sobre los que descansaría la construcción — lenta y tensa — de una organización jurisdiccional jerárquica, coronada en la cúspide por la persona del rey, que actúa en la Corte como juez supremo de la comunidad que rige. Como resultado del impulso regio por imponer la supremacía de su jurisdicción y su derecho sobre los restantes en liza, menudearon desde entonces, allí, en la Corte, distintas categorías de jueces (o *alcaldes*) — de diversa procedencia, grado y competencia —, para el conocimiento de ciertos casos de especial gravedad o singular trascendencia (llamados, por ello, de Corte); de las últimas apelaciones de los pleitos y, en general, de toda suerte de agravios. La conquista de esta «mayoría de justicia», concebida como el núcleo irrenunciable (pretendidamente exclusivo y excluyente) de la jurisdicción real no fue, ni mucho menos, obra de un día ⁽³⁾. Acompasada al fortalecimiento bajomedieval del poder regio, su desarrollo impulsó una gradual diversificación orgánica en el núcleo más bien informe de la Corte, que obtuvo su más prístina encarnación institucional en el proceso de formación de los dos órdenes que integrarían, al cabo, la administración de justicia superior en Castilla.

Es imposible resumir aquí las líneas maestras de este proceso —

⁽²⁾ Ha destacado el carácter «acumulativo» de la organización judicial castellana, en general, M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)* (Salamanca, 1982), pp. 137-138.

⁽³⁾ Además de los trabajos citados en la n. siguiente, todos los cuales tratan, con desigual amplitud e interés, de estas cuestiones, pueden consultarse especialmente para esto: A. IGLESIA FERREIROS, *Las Cortes de Zamora de 1274 y los casos de Corte*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XLI (1971), pp. 945-971; J.L. BERMEJO CABRERO, *Mayoría de justicia del rey y jurisdicciones señoriales en la Baja Edad Media castellana*, en *Actas de las I Jornadas de Metodología aplicada a las ciencias históricas. II. Historia Medieval* (Santiago de Compostela, 1975), pp. 207-215; J. VALLEJO, *Fuero Real 1,7,4: pleitos de justicia*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, XI (1984), pp. 343-374.

trabado de avances y algún retroceso, por momentos confuso y pleno, en todo caso, de enormes tensiones —, cuyo desarrollo ha merecido, desde distintas perspectivas, la atención reciente y creciente de la historiografía. Tampoco es necesario (4). Para el fin que se persigue bastará con apuntar, estilizando al máximo, que el ideario postulado por Alfonso X recibió un impulso decisivo a mitad del Trecentos, cuando atisba la institucionalización de la Audiencia, integrada por los *oidores*, como órgano colegiado de justicia superior, esto es, como una realidad nueva y distinta de las precedentes, llamada a actuar, en nombre y representación del rey, como la instancia garantizadora por excelencia del Ordenamiento. Los avances del proceso institucionalizador que indujo el fortalecimiento del poder regio, impulsaron pronto la paulatina sedentarización de la Audiencia junto a la Chancillería — a la sazón, «una especie de macroorganismo que todo lo absorbía dentro de la Corte» —, donde el rey, itinerante por las tierras del reino, se hallaba inmediatamente representado por su sello mayor. Quedó así pergeñada la formación de los dos ámbitos cortesanos que en el curso del siglo XV terminarían por aglutinar los órganos jurisdiccionales, preexistentes o nuevamente creados, de la justicia superior. De una parte, la *Casa y Corte*, donde residen el rey, que retiene para sí la facultad de actuar libremente en el ámbito de la justicia; su Consejo (1385), pronto dotado de unas indeterminadas (y en esta misma medida, indiscriminadas) atribuciones jurisdiccio-

(4) Aparte de los trabajos de M.A. PEREZ DE LA CANAL y A. GARCIA GALLO, citados en las nn. 19 y 20, los más recientes e interesantes para lo que sigue son: G. VILLAPALOS, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano (1252-1504)* (Madrid, 1976), pp. 252-271; J. SANCHEZ ARCILLA, *La administración de justicia real en Castilla y León en la Baja Edad Media (1252-1504)* (Madrid, 1980); D. TORRES SANZ, *La administración central castellana en la Baja Edad Media* (Valladolid, 1982); M.P. ALONSO ROMERO, *El proceso penal*, cit., pp. 115-119; S. DE DIOS, *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)* (Madrid, 1982); Id., *Las Cortes de Castilla y León y la Administración Central*, en *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media* (Valladolid, 1988), pp. 257-317, al que pertenece la frase citada más abajo (p. 289); B. GONZALEZ ALONSO, *La Justicia*, en *Enciclopedia de Historia de España*, dirigida por M. Artola (Madrid, 1988), II, pp. 343-417. Interesa reseñar también, por su temprana fecha, *Un documento para el estudio de la Audiencia Real en el reinado de Alfonso XI*, que publica E. GONZALEZ CRESPO, en *La España medieval. IV. Estudios dedicados al profesor D. Angel Ferrari Núñez*, vol. I (Madrid, 1984), pp. 391-411. Y concretamente para el juez mayor de Vizcaya, A. GARCIA DE CORTAZAR y otros, *Vizcaya en la Edad Media* (San Sebastián, 1985), IV, pp. 129 ss.

nales; y un cierto número de alcaldes. De otra parte, la *Corte* (o *Audiencia*) y *Chancillería*, asentada en Valladolid, que custodia el sello mayor del rey, a cuyo torno se aglutinaban distintas categorías de jueces, bajo la superior preeminencia de la Audiencia: junto a los *oidores*, en efecto, radicaban allí también los alcaldes de Corte, éstos bajo el control de aquéllos, pero unos y otros para el ejercicio de la justicia superior de naturaleza civil y criminal, respectivamente; en un grado jurisdiccional inferior, bajo los oidores, se encontraban los alcaldes privativos de los hijosdalgo, los llamados notarios de provincia (para ciertos pleitos de rentas reales), y el juez mayor de Vizcaya, que conocía los pleitos de los naturales de este Señorío, incorporado como tal a la Corona. De las sentencias dictadas en la Chancillería no había otro recurso que el extraordinario de segunda suplicación, excepcional por su ámbito, siempre civil, para ante la persona misma del rey.

Esta era, a grandes rasgos, la situación que encontraron los Reyes Católicos cuando accedieron al trono. Su reinado fue de capital importancia, pues no sólo consolidaron los dos órdenes de la justicia superior, sino que también los abrieron, con su política de reformas, a nuevos desarrollos. Bien puede decirse, si se aceptan los términos convencionales, que la Edad Media sale de su reinado transmutada en la Edad Moderna, pues los Austrias no hicieron más que continuar el proceso institucionalizador de la justicia superior impulsado por los Reyes Católicos.

Fue así que, en el lapso de unos decenios, Castilla vio nacer ⁽⁵⁾, junto a la primigenia *Chancillería* de Valladolid, una nueva enseguida radicada en Granada y, pronto, las tres *Audiencias*, carentes de sello real ⁽⁶⁾, con sede en Sevilla, Galicia y Canarias; Chancillerías y

⁽⁵⁾ Al margen quedaba el reino de Navarra (incorporado a la Corona en 1515), cuyo Consejo actuaba como tribunal supremo de justicia. Cfr. J. SALCEDO IZU, *El Consejo Real de Navarra en el siglo XVI* (Pamplona, 1964).

⁽⁶⁾ Las cuestiones relativas a la oficina cancelleresca propiamente dicha, encargada de la expedición, validación y registro de los documentos regios emanados (aunque no sólo) de las Chancillerías, cuentan con una bibliografía relativamente nutrida, debida en gran parte a M.S. MARTÍN POSTIGO, que ha continuado su estudio sobre *La Cancillería castellana de los Reyes Católicos* (Valladolid, 1959) — del que esp. interesan sus pp. 151-157, 160-169 y 178-187 —, con otros trabajos dedicados a épocas postreras, todos ellos citados (por lo que no lo hago yo aquí) en el último de que tengo noticia: *La Cancillería real castellana en el siglo XVII*, en *Cuadernos de Historia de España*, LXIX

Audiencias fueron, en efecto, las denominaciones que terminaron por consolidarse (7). Habría que esperar al «reformismo» borbónico, en un contexto político ya bien diferente, para asistir a la erección de dos nuevas Audiencias (Asturias y Extremadura) y, con el paso de los años, otras reformas, que vinieron a «desintegrar», en palabras de uno de sus estudiosos, la estructura de la administración de justicia superior que tradicionalmente componían las dos Chancillerías y tres Audiencias en Castilla (8).

A partir de estos presupuestos, las páginas que siguen tienen por objeto, simplemente, dar a conocer cuál es el estado actual de nuestros conocimientos sobre las dos Chancillerías y las tres Audiencias castellanas desde los Reyes Católicos y durante los siglos XVI y

(1987), pp. 123-195, esp., sobre las Chancillerías, pp. 161 ss. En concreto para el registro, es importante también F. ARRIBAS ARRANZ, *Los registros de la Cancillería de Castilla*, en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, CLXII (1968), pp. 171-200, y CLXIII (1968), pp. 143-162, que son las que aquí interesan; a completar con M.S. MARTIN POSTIGO, *Historia del Archivo de la Real Chancillería de Valladolid* (Valladolid, 1979), pp. 67 ss.

(7) Por ser notorio, no haría falta comprobarlo; pero depara la ocasión de citar al Conde-Duque de Olivares, que en su Gran Memorial dibujó, despacio y bien, la estructura institucional de las Chancillerías y Audiencias (omitiendo, no sé por qué, a la de Canarias), ilustrada, claro, con jugosas observaciones: J.H. ELLIOTT y J.F. DE LA PEÑA, *Memoriales y cartas del Conde Duque de Olivares. I. Política interior: 1621 a 1627* (Madrid, 1978), esp. pp. 65-74.

(8) Cfr. F. TUERO BERTRAND, *La creación de la Real Audiencia en la Asturias de su tiempo (siglos XVII-XVIII)* (Oviedo, 1979); y con toda reserva, porque no he podido consultarlo, M. MUÑOZ DE SAMPEDRO, *La Real Audiencia de Extremadura (Antecedentes, establecimiento y primeras décadas)* (Madrid, 1966). Para la Chancillería de Granada, se cuenta con el breve y buen estudio de J.F. SANZ SAMPELAYO (de quien se toma el apelativo del texto), *Desintegración de la Real Chancillería de Granada. Las Audiencias de Grados (Sevilla) y de Extremadura (Cáceres) en el contexto social del suroeste peninsular en el siglo XVIII*, en *Actas del I Congreso de Historia de Andalucía. Andalucía Moderna (siglo XVIII)* (Córdoba, 1978), II, pp. 245-254; al que cabe añadir M.A. PEREZ SAMPER, *Los ministros de la Chancillería de Granada a mediados del siglo XVIII*, en *Actas II Coloquios Historia de Andalucía. Andalucía Moderna* (Córdoba, 1983), pp. 131-165, que responde exactamente a lo que su título anuncia. Al igual que: P. MOLAS RIBALTA, *La Chancillería de Valladolid en el siglo XVIII. Apunte sociológico*, ahora en *Historia social de la Administración española. Estudios sobre los siglos XVII y XVIII* (Barcelona, 1980), de varios autores, pp. 87-116. J.M. GARCIA MARIN ofrece una síntesis en su contribución a la reciente: *Historia de España*, dirigida por J.M. Jover Zamora, t. XXIX, *La época de los primeros Borbones. 1. La nueva Monarquía y su posición en Europa (1700-1759)* (Madrid, 1985), pp. 185-190.

XVII. Tras un recorrido general por la historiografía (I), trataremos de ofrecer una primera consideración de los resultados alcanzados (II), que nos sirva de criterio para ponderar, con el concurso de otros estudios parciales o «tangenciales», qué sabemos y qué ignoramos, hoy por hoy, sobre la composición (III), las atribuciones (IV) y el funcionamiento (V) respectivo de las Chancillerías y Audiencias castellanas; hasta concluir con una breve consideración final (VI).

I

Después de un prometedor comienzo, por obra de uno de los padres fundadores de la Historia del Derecho español ⁽⁹⁾, en el siglo XIX ninguno de sus cultores se destacó en el estudio de las Chancillerías de Valladolid y Granada o de las Audiencias de Sevilla, Galicia y Canarias ⁽¹⁰⁾. De este tiempo, sólo nos han quedado las obras de algunos historiadores y eruditos locales, a veces provistas de valiosas noticias; pero en general más preocupados por rescatar su memoria del olvido y narrar episódicamente algunos acontecimientos, que por estudiar, con cual criterio fuera, la estructura institucional de los tribunales provenientes de un pasado todavía cercano ⁽¹¹⁾. El primer intento de trascender las meras noticias

⁽⁹⁾ J. SEMPERE Y GUARINOS, *Observaciones sobre el origen, establecimiento y preeminencias de las Chancillerías de Valladolid y Granada* (Granada, 1796), que, sin embargo, no he podido consultar para la redacción de estas páginas.

⁽¹⁰⁾ Así, entre otros, el conspicuo F. MARTINEZ MARINA no alcanzó a los Reyes Católicos en las páginas que dedicó a la justicia de la Corte, en su *Teoría de las Cortes o Grandes Juntas Nacionales de los reinos de León y Castilla* (Madrid, 1813), II, pp. 277-317. Muy breve fue F. COS-GAYON (*Historia de la Administración pública de España...* Madrid, 1976; reprod. ed. 1851, pp. 186-187), y algo más extenso e interesante el conde de TORREANAZ, *Los Consejos del rey durante la Edad Media* (Madrid, 1884-1890), II, pp. 41 ss. Por su parte, M. DANVILA Y COLLADO apenas reseñó la legislación de época moderna recopilada sobre las Chancillerías y Audiencias, en su monumental *El poder civil en España* (Madrid, 1885-1886), I, pp. 533-535; II, pp. 205-209, 438-441, 576-577; III, pp. 155, 278-279. Para las referencias de otros autores, que no creo preciso mencionar aquí, véase la n. 8 del estudio de A. GARCIA GALLO citado más adelante.

⁽¹¹⁾ Pueden citarse, p. ej.: A. GARCIA SAMOS, *La Audiencia de Granada desde su fundación hasta el último pasado siglo* (Granada, 1889); G. MARCILLA SAPELA, *Origen y memorias de la Chancillería de Valladolid* (Valladolid, 1893), pp. 26-98, para el período aquí considerado.

históricas se debió al archivero Francisco de MENDIZABAL, que en 1914 publicó un estudio sobre las atribuciones, organización y funcionamiento de la Chancillería de Valladolid, centrado en la época de los Reyes Católicos y primeros Austrias; aunque es bien cierto que sus resultados parecen hoy muy pobres, ha de reconocérsele el mérito que a todo pionero (12). Algún que otro estudioso siguió después su camino, pero las limitaciones del objetivo planteado depararon menor fortuna a sus resultados (13). Durante varias décadas las Chancillerías y Audiencias fueron objeto de atención preferente para eruditos y archiveros, a la sazón más preocupados por ofrecer una visión descriptiva y pronta a lo anecdótico, que por estudiar la organización y funcionamiento que tuvieron (14). Así, durante los años centrales del siglo, aparecieron, aquí y allá, un puñado de breves y desiguales trabajos, que ni siquiera aportaban siempre datos inéditos para el conocimiento de nuestros antiguos tribunales (15).

(12) F. MENDIZABAL, *Investigaciones acerca del origen, historia y organización de la Real Chancillería de Valladolid, su jurisdicción y competencia*, en *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, III época, 30 (1914), pp. 61-72, 243-264, 437-452; 31 (1914), pp. 95-112, 459-467. El mismo pone de manifiesto, al comienzo, la novedad de su planteamiento.

(13) Así, N. TENORIO, *Noticias históricas de la Real Audiencia de Sevilla* (Sevilla, 1924), en cuyas pp. 5-22 traza una apretada síntesis, carente de aparato crítico, del marco institucional de esta Audiencia en sus primeros tiempos, hasta la segunda mitad del siglo XVI.

(14) Al menos los archivos de las Chancillerías fueron objeto, también por esta época, de atención específica en algunos breves trabajos, que no parece necesario pormenorizar. Para la de Valladolid, se cuenta hoy con la extensa obra de M.S. MARTÍN POSTIGO, *Historia del Archivo de la Real Chancillería de Valladolid*, ya mencionada, que cita y aprovecha los trabajos anteriores.

(15) Pueden verse, entre algún otro de imposible localización, los trabajos siguientes: A. ALVAREZ JUSUE, *La justicia sevillana desde Alfonso XI hasta la Audiencia de los Grados* (*Archivo Hispalense*, II época, 60, 1953, pp. 17-50, esp. pp. 32-41; prácticamente ningún interés tiene el que publicó *ibid.*, 54-56), mejor que su posterior, *La Audiencia de Sevilla, creación de Carlos I* (*Anales de la Universidad Hispalense*, XVIII-XIX, n. 2, 1957-1958, pp. 67-87). No aportan nada nuevo a su estudio de 1914 los trabajos dedicados por F. MENDIZABAL a la Chancillería de Valladolid por estos años (así, en *Hidalguía*, 2, 1953, pp. 305-336; 6, 1958; 8, 1960, pp. 111-128), al igual que M. ASENJO ESPINOSA, bajo el equívoco título, *Funcionamiento y organización de la Real Chancillería de Valladolid* (*ibid.*, 9, 1961, pp. 397-414); no mucho mejor, M.A. VARONA GARCÍA, *La sala de Vizcaya en el Archivo de la Real Chancillería de Valladolid* (*ibid.*, 12, 1964, pp. 237-256). Sobre la Audiencia de Canarias aporta algunos datos L.

En este contexto, sobresalen por derecho propio las *Notas* para la historia de la Audiencia de Canarias, publicadas en 1957 por el prof. DE LA ROSA, un administrativista con vocación de historiador. Se trata, a mi juicio, del primer intento riguroso, por limitado que fuere, de explorar desde una perspectiva general y con criterio histórico la documentación, para ofrecer una visión global del desarrollo de una Audiencia a lo largo del Antiguo Régimen, centrada en el difícil esclarecimiento de sus atribuciones ⁽¹⁶⁾. Por lo demás, casi nada cambió. Con alguna otra excepción meritoria, pero de finalidad muy parcial, la tónica de los estudios dedicados a las Chancillerías y Audiencias no ha variado hasta los aledaños mismos del momento presente ⁽¹⁷⁾.

No hace tanto, en efecto, que comenzaron a ver la luz los primeros estudios de relevancia dedicados a tan importantes «instrumentos de la Monarquía» ⁽¹⁸⁾. Así, supuso un notable progreso, como ha destacado J. LALINDE, el trabajo que PEREZ DE LA CANAL dedicó en 1975 a la justicia de la Corte durante la Baja Edad Media, que por vez primera trazaba una visión general de las Chancillerías en el reinado de los Reyes Católicos, aportando algunos documentos fundamentales para su estudio ⁽¹⁹⁾. A las alturas de los años setenta, pues,

BENITEZ INGLOTT, *El Derecho que nació con la Conquista. La Audiencia (I)* (El Museo Canario, 33-36, 1950, pp. 93-126); y bastantes más B. ARTILES (a quien ya se debía el trabajo cit. en la n. 35), en su correcto: *El doctor Hernán Pérez de Grado y la Audiencia de su tiempo* (El Foro Canario, 7, 1954, pp. 61-84; 9, 1955, pp. 55-67), provisto de aparato crítico, a diferencia de todos los anteriores, excepto el citado primero.

⁽¹⁶⁾ L. DE LA ROSA OLIVERA, *La Real Audiencia de Canarias. Notas para su historia*, en *Anuario de Estudios Atlánticos*, 3 (1957), pp. 91-161, con interesantes planteamientos generales, como más adelante veremos. De las expectativas que levantó, es prueba la calurosa recensión que le dedicó E. GARCIA DE ENTERRIA, en la *Revista de Administración Pública*, 30 (1959), pp. 348-349.

⁽¹⁷⁾ Cabe citar, así: F. DE ARMAS MEDINA, *La Audiencia de Canarias y las Audiencias Indianas* (Anales de la Universidad Hispalense, XXIII-1, 1962, pp. 103-127), correctamente planteado en términos de comparación entre la una y las otras; J. MARTIN RODRIGUEZ, *Figura histórico-jurídica del Juez Mayor de Vizcaya*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXVIII (1968), pp. 641-669 (y luego reproducido en su: *El honor y la injuria en el Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1973, pp. 103-139).

⁽¹⁸⁾ La expresión es de R. GIBERT, que ofreció una sintética visión global, con atinadas observaciones, en su *Historia general del Derecho español* (Granada, 1968), pp. 220-225.

⁽¹⁹⁾ M.A. PEREZ DE LA CANAL, *La justicia de la Corte en Castilla durante los siglos*

el estado de nuestros conocimientos era todavía muy pobre. Para entonces, no se disponía más que de las noticias indispensables, dispersas aquí y allá, para pergeñar en lo esencial la estructura institucional de las Chancillerías y Audiencias, y trazar las líneas maestras de su evolución histórica.

Con este paisaje de fondo, se entiende bien la importancia que tuvo — y aún hoy tiene — el breve estudio comprensivo que el profesor A. GARCIA-GALLO dedicó en 1975 al origen y los caracteres de nuestras Chancillerías y Audiencias, bien que orientado hacia el estudio del abigarrado y complejo mundo de las Audiencias indianas, merced a una generosa utilización de las fuentes impresas pertinentes y de la dispersa historiografía anterior, aquí citada (20). De una parte, GARCIA-GALLO reformuló entonces el problema de los orígenes de la Audiencia, al destacar como su principal característica la colegialidad, y significó la importancia que tenía para esclarecer la formación histórica de la Corte o Audiencia y Chancillería, que al fin cuaja con los Reyes Católicos. De otra parte, recapituló, con cuidado y abundante aparato crítico, el proceso formativo de las tres Audiencias, destacó sus características respectivas y llamó la atención sobre las notables diferencias que las separaban de las Chancillerías. Por esta vía, en pocas, pero enjundiosas páginas trabó una panorámica del proceso formativo de la administración de justicia superior, hacia la cual cabe reconducir — ora para completarla, ora para corregirla — las aportaciones ulteriores. Tal es, según yo lo entiendo, su principal mérito.

XIII al XV (*Historia. Instituciones. Documentos*, 2, 1975, pp. 385-481, esp. pp. 429 ss., para la época mencionada), por desgracia, excesivamente sintético; publica como apéndice los textos de las Ordenanzas sucesivamente elaboradas por los Reyes Católicos para reformar la Chancillería de Valladolid (1485 y 1486). La valoración de J. LALINDE, en el contexto de una general orientación historiográfica, en su *Iniciación histórica al Derecho español*, 2ª. ed. actualizada (Barcelona, 1978), p. 428; en cuyas pp. 425-427 traza, por su parte, una útil visión de conjunto.

(20) A. GARCIA GALLO, *Las Audiencias de Indias. Su origen y caracteres*, en *Memoria del II Congreso Venezolano de Historia* (Caracas, 1975), I, pp. 359-432, por donde se cita, esp. pp. 361-377 y 396-418, para el aparato crítico, aquí muy importante; ahora recogido también en su misceláneo *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho indiano* (Madrid, 1987), pp. 889-951. En las primeras páginas declara la intención y límites de su estudio, pero sin valorar la historiografía precedente al pormenor.

Veamos, pues, cuál es el estado de nuestros conocimientos sobre cada una de las Chancillerías y Audiencias, a la luz de los estudios monográficos aparecidos, si es el caso, en el curso de los últimos años.

La formación y primeros desarrollos de los órganos que integran la administración de justicia superior es, con mucho, el aspecto más estudiado y mejor conocido, de manera que las líneas maestras trazadas por GARCIA GALLO han sido ya sustancialmente completadas, matizadas y, en parte, corregidas por diversas monografías y otros estudios amplios. El punto de inflexión ha de situarse, ya se dijo, en los Reyes Católicos, cuya política institucionalizadora fue, sin duda, de capital importancia en éste como en otros ámbitos. De una parte, como recientemente ha recordado S. DE DIOS, estos monarcas consumaron la división entre la Casa y Corte, adonde reside el rey con su Consejo, y la Corte y Chancillería, aglutinada bajo la preeminencia de la Audiencia, concluyendo así la gestación bajomedieval de los dos centros cortesanos que integran, por división de la Corte originaria, la administración de justicia superior ⁽²¹⁾. De otra parte, como ya destacaron PEREZ DE LA CANAL y GARCIA GALLO, la Corte y Chancillería fue definitivamente estructurada como un organismo único e integrado, después simétricamente desdoblado, por estos mismos monarcas, merced a la creación de una segunda Chancillería, que partió jurisdiccionalmente en dos el territorio castellano (1494). Además de las páginas que, como mera prolongación de la evolución bajomedieval, dedicó a este período SANCHEZ ARCILLA, en los últimos años se han publicado sendos estudios sobre las Chancillerías bajo los Reyes Católicos ⁽²²⁾. En una reciente monografía, VARONA GARCIA ha descrito con cierto detalle, sobre fuentes documentales prácticamente exhaustivas, el «desarrollo histórico de la institución» bajo los Reyes Católicos (1474-1504), centrado en el estudio de la composición y los cambios que afectaron a la organización de la Chancillería; o sea, en el proceso de reformas que tiene su eje en las fundamentales Ordenanzas de Medina del Campo, dictadas en 1489, un proceso que se adivina de suyo muy conflictivo,

⁽²¹⁾ S. DE DIOS, *Las Cortes de Castilla y León*, cit., p. 312.

⁽²²⁾ Cfr. SANCHEZ ARCILLA, *La administración de justicia*, cit., pp. 222-229, 234-240, 248-251, 335, 341, 356-363, 378-380, 497-504, 523-530.

aunque aquí se expone de forma escasamente valorativa (23). Por su parte, CORONAS GONZALEZ ha dedicado un extenso artículo a estudiar la nueva Chancillería en su emplazamiento de Ciudad Real, con especial atención también a su composición, más reducida que la de Valladolid (24). Bien estudiadas por este autor las incidencias de su creación y los problemas que generó su establecimiento en Ciudad Real, hasta concluir con su definitivo traslado a Granada (1505), aquí es recogida por RUIZ RODRIGUEZ, con la pretensión de estudiar «la historia de la chancillería granadina en su primer siglo de existencia», para contribuir a la «historia jurídica de nuestro país». Desgraciadamente, sin embargo, creo ha visto frustrado su propósito, con la obtención de resultados poco aprovechables, a pesar de que utiliza un rico, aunque muy fragmentario material documental (25). Con todo, no hay mucho más. La evolución posterior de las dos Chancillerías debe perseguirse a través de estudios más concretos o bien más generales, que habrá ocasión de citar en adelante, insuficientes (con independencia de su calidad), sí, pero en todo caso bastantes para concluir que las reformas fundamentales que, en el orden competencial, les afectaron provinieron de la constitución gradual de las tres Audiencias, en un movimiento iniciado también por los Reyes Católicos. Volvamos, pues, a las postrimerías del Cuatrocientos.

A la sazón, las dos Chancillerías ejercían en vía ordinaria la jurisdicción regia de grado superior sobre todo el territorio castellano, pero fue al mismo tiempo plantada — por así decir — la semilla que germinaría en las posteriores Audiencias, denominadas por GAR-

(23) M.A. VARONA GARCIA, *La Chancillería de Valladolid en el reinado de los Reyes Católicos* (Valladolid, 1981). La afirmación citada, en la p. 9, en la cual se declara incompetente para captar, dice, «su esencia jurídica». Junto a otros documentos, publica el texto de las Ordenanzas de 1489, cotejado con el de las precedentes de 1485-1486.

(24) S.M. CORONAS GONZALEZ, *La Audiencia y Chancillería de Ciudad Real (1494-1505)*, en *Cuadernos de Estudios Manchegos*, II época, 11 (1981), pp. 47-139. No le ha pasado desapercibido, y es importante significarlo, que en 1494 (como ya notara PEREZ DE LA CANAL, *La justicia de la Corte*, cit., p. 439) fue introducida la colegialidad entre los notarios de provincia, único oficio plurimembre de carácter jurisdiccional que aún actuaba en la Chancillería de forma unipersonal (p. 80).

(25) A.A. RUIZ RODRIGUEZ, *La Real Chancillería de Granada en el siglo XVI* (Granada, 1987). Imposible de pormenorizar ahora el fundamento de mi juicio, remito al lector a sus mismas páginas.

CIA-GALLO «regionales». Todas tres serían instituidas para afrontar las necesidades especiales de sus respectivos distritos, que no podían solventarse con el medio ordinario de las Chancillerías; por eso, como ya destacó el citado autor, su estructura institucional diferiría radicalmente de la que éstas presentaban y ofrecería, a su vez, peculiaridades notables en cada una de las Audiencias, progresivamente atenuadas en el curso del Quinientos.

De la Audiencia de Sevilla se ignora todavía casi todo, pues hasta la fecha no ha merecido, que yo sepa, ningún estudio amplio y riguroso; los que publicó en su día ALVAREZ JUSUE, de muy desigual valor, son insuficientes, aunque permiten al menos pergeñar la evolución de dicha Audiencia y es de justicia reconocerle, además, alguna idea feliz. A mi juicio, su principal acierto consistió en destacar que la constitución de la Audiencia respondió a la necesidad de ajustar los privilegios jurisdiccionales que disfrutaba la ciudad (al efecto, básicamente consistentes en que los pleitos de sus vecinos fenecieran en Sevilla) al que denomina «sistema general castellano»; esto es, principalmente, que los originarios jueces de grados, de carácter unipersonal y estructura jerárquica, actuaran colegiadamente en el conocimiento de las apelaciones civiles, tal como ordenaron los Reyes Católicos y perfiló después el emperador (en 1525, año que suele destacarse como el de constitución) ⁽²⁶⁾. Sin embargo, la *Audiencia de Grados* no recibió su estructura definitiva hasta la segunda mitad del siglo XVI, cuando los llamados alcaldes de la cuadra, jueces de lo criminal, se integraron en aquélla para formar la Real Audiencia; fue designado un regente al frente de la misma; y se sustrajo a la Chancillería de Granada el conocimiento de los casos de Corte acaecidos en su distrito, Sevilla y su tierra.

La Audiencia de Galicia ha sido, con mucho, la más y mejor estudiada. GONZALEZ ALONSO destacó en su día, con un estudio defini-

⁽²⁶⁾ Cits. en la n. 15; la frase en *La justicia sevillana*, cit., p. 18, que desarrolla en pp. 32 ss. Siguen siendo fundamentales las páginas de GARCIA GALLO, *Las Audiencias*, pp. 372-374. Con posterioridad, ha dedicado cierta atención a la Audiencia la colectiva *Historia de Sevilla*, de la que aquí interesa especialmente su tomo III, debido a F. MORALES PADRON: *La ciudad del Quinientos* (Sevilla, 1977), esp. pp. 226-230, correctas, pero muy sucintas. La aportación de R. PIKE que suele citarse, consiste sólo en algunos datos de valor sociológico sobre el complejo mundo judicial de Sevilla (*Aristócratas y comerciantes. La sociedad sevillana en el siglo XVII*. Barcelona, 1978, pp. 80-86).

tivo de las fuentes de primera mano fundamentales, las características institucionales de ciertos delegados regios, diputados por los Reyes Católicos al comienzo de su reinado, para la pacificación del banderizo reino gallego: un gobernador y algunos alcaldes mayores, que constituyeron el germen de la posterior Audiencia (27). A partir de sus conclusiones, FERNANDEZ VEGA acopió después los datos oportunos para esclarecer las incidencias de la naciente Audiencia (28); y por fin, EIRAS ROEL ha dedicado un buen estudio, entre otras cuestiones, a valorar y reinterpretar los testimonios y conclusiones de los autores citados, para terminar de perfilar el proceso de constitución de la Audiencia de Galicia. En su opinión, el factor decisivo que permite entender concluido el tránsito desde la primitiva gobernación hasta la Audiencia fue la consolidación de la colegialidad, que tuvo lugar a finales del siglo XV (29); esto es, cabe añadir, al tiempo que entre los notarios de provincia de las Chancillerías y los jueces de grados de Sevilla. Desde los Reyes Católicos, pues, la colegialidad se erige *per se* en característica definitoria de la justicia superior.

Acertadamente, a mi juicio, FERNANDEZ VEGA ha destacado hasta qué punto la colegialidad marcó el desarrollo histórico de la Audiencia de Galicia, en la extensa investigación que ha dedicado a su estudio como órgano de gobierno. Hasta 1587 las atribuciones jurisdiccionales son ejercidas colegiadamente por el gobernador y los alcaldes mayores, bajo la presidencia del primero, sustituido en este cargo por un regente letrado en 1564. Desde 1587, en cambio, el gobernador-capitán general está dotado de atribuciones gubernativas propias y desprovisto de voto en materia de justicia. Así pues, se produjo entonces una quiebra en la cerrada colegialidad imperante, cuyas consecuencias (principalmente, los conflictos) dieron lugar a

(27) B. GONZALEZ ALONSO, *Gobernación y gobernadores. Notas sobre la Administración de Castilla en el período de formación del Estado moderno* (Madrid, 1974), pp. 63 ss. y 119 ss.

(28) L. FERNANDEZ VEGA, *La Real Audiencia de Galicia, órgano de gobierno en el Antiguo Régimen (1480-1808)*, 3 vols. (La Coruña, 1982), esp. I, pp. 101 ss, y disperso *passim*, con criterio material. El vol. III es de apéndices, casi todos documentales.

(29) A. EIRAS ROEL, *Sobre los orígenes de la Audiencia de Galicia y sobre su función de gobierno en la época de la Monarquía absoluta*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LIV (1984), pp. 323-384, esp. pp. 326-345.

una problemática específica, prolongada, como ha destacado la citada autora, a todo lo largo del siglo XVII.

Quizá otro tanto sucediera en la Audiencia de Canarias, que hasta la fecha mantiene a DE LA ROSA como su mejor estudioso. Frente a las anteriores, resultado de un complejo proceso de formación, a partir de órganos preexistentes, los llamados «jueces de alzada» de las Islas Canarias fueron instituidos *ex acto*, a imagen de los jueces de grados sevillanos, para el conocimiento de las apelaciones civiles y criminales, con el objeto de aliviar los problemas que causaba a los vecinos de las islas su lejanía de la Chancillería granadina (1526-27). Sin embargo, justamente el carácter periférico determinaría una progresiva asimilación a la Audiencia de Galicia, desde el momento que el regente letrado instituido en 1566, fue — como allí — sustituido por un gobernador-capitán general (1589), carente de voto en la determinación de los pleitos ⁽³⁰⁾.

Hasta aquí, una rápida — y espero que no muy enojosa — reseña de los más recientes o significativos estudios existentes en particular sobre cada una de las Chancillerías y Audiencias castellanas, acompañada de algunas noticias, indispensables para comprender cuanto sigue. Aunque obvio, quizá no esté por de más destacar que la consideración de los mismos sugiere algunas observaciones, que sirven además para enlazar con otros estudios de índole más concreta o bien más general.

Ante todo, que la opción temática elegida por sus autores es sustancialmente correcta, desde el momento que las Chancillerías y Audiencias se estudian, como debe ser, monográficamente, pero sin olvidar — añadido ahora — la mención, más o menos profusa y profunda, a las restantes. El comentario parece oportuno, porque no habrá pasado desapercibida la relativa simultaneidad y coincidente orientación de las reformas fundamentales que soportaron las Audiencias, como por otra parte cabía esperar de su pertenencia a una misma organización. Esta elemental constatación sugiere, al pronto, la conveniencia de complementar (nunca sustituir) el estudio monográfico de cada tribunal con aproximaciones comparativas entre todos ellos e incluso sincrónicas, sobre aquellos momentos que

⁽³⁰⁾ DE LA ROSA, *La Real Audiencia de Canarias*, cit., pp. 103-104; si bien aquí el regente fue reinstaurado en 1594 y hasta 1629.

marcan hitos fundamentales en su evolución respectiva, a buen seguro que *grosso modo* coincidentes con los de más agitadas reformas que padeciera el aparato institucional todo de la Monarquía Absoluta en Castilla, con el objeto de alumbrar, llegado el caso, el ideario político que las inspira. Se imbrican aquí varios problemas que, al menos en parte, pueden ser desgranados con la historiografía existente.

Por una parte, con ser razonable, la virtualidad de proceder a estudiar comparativamente las Chancillerías y Audiencias, puede conjeturarse no sólo de las observaciones más o menos saltuarias de sus estudiosos, sino también a través de algunas aportaciones parciales que han avanzado ya en la dirección apuntada (cfr. IV), y, en otro plano, merced a las síntesis que, desde la debida a GARCIA GALLO, se les han dedicado. Sólo por este camino, en efecto, parece posible ponderar las similitudes y diferencias entre las dos Chancillerías y las tres Audiencias. O, como ha dicho GONZALEZ ALONSO en la más reciente de las síntesis aludidas: «Mientras las Audiencias y Chancillerías de Valladolid y Granada conservan un rango más alto a causa de la utilización del sello real, “corren con uniformidad en todo” (Olivares) y poseen mayores atribuciones que las meras Audiencias, éstas difieren entre sí, presentando cada una notables peculiaridades en cuanto a su planta, facultades y funcionamiento, lo que no obsta para que con el tiempo se manifieste cierta tendencia a la equiparación de todas ellas» (31). Una equiparación, cabe añadir, especialmente notable en el caso de las Audiencias de Galicia y Canarias, desde el momento que acentúan su carácter, por así decir, periférico, pues que a su frente terminó por situarse una autoridad político-militar; y no llegaron a alcanzar la plenitud jurisdiccional en sus respectivos distritos, porque nunca dejaron de encarnar, en los supuestos más graves, un grado jurisdiccional supeditado, respectivamente, a las Chancillerías de Valladolid y Granada o, desde 1565, la Audiencia de Sevilla.

Estas consideraciones, aunque bien conocidas, no han llevado todavía, que yo sepa, al establecimiento de una periodificación explícita de la evolución común a todas ellas. Es razonable pensar,

(31) GONZALEZ ALONSO, *La Justicia*, cit., p. 388. Véase también, P. MOLAS RIBALTA, *Consejos y Audiencias durante el reinado de Felipe II* (Valladolid, 1984), pp. 93-97.

sin embargo, que los criterios que pautan la evolución de las Chancillerías y Audiencias no son dispares, ni tampoco ajenos al contexto político general. Esto no requiere de mayor demostración para la época de los Reyes Católicos; ha sido puesto repetidamente de manifiesto, con buenos resultados, para el período subsiguiente a las Comunidades ⁽³²⁾; y podría inducirse con relativa facilidad de la historiografía para los períodos posteriores. Al fin y al cabo, el ideario político que sustentaba en cada momento la acción de gobierno debía ser uno y el mismo. Como puede fácilmente comprenderse, no son pocos y son muy dispares los estudios directamente aprovechables para este fin, pero algunos hay que, explícitamente, permiten la contemplación de las Chancillerías y Audiencias desde dos singulares tribunas: las Cortes y la Corte. Para acceder a la primera, se cuenta hoy con el utilísimo estudio que ALONSO ROMERO ha dedicado a la observación de la administración de justicia, en general, a través de las Cortes, esto es, a destacar qué imagen proyectaban de la misma sus procuradores y en qué medida era (o no) coincidente con la mantenida por la parte regia ⁽³³⁾; una parte que no sólo hablaba allí, en las Cortes, sino que sobre todo mandaba desde la Corte.

Más dificultoso, por menos explícito, parece, justamente, alumbrar los criterios que presidían el gobierno de los tribunales desde la Corte. Susceptible, por ello, de ser afrontado desde diversas perspectivas, a mi modo de ver descuella la que adopta R.L. KAGAN en su notable investigación sobre la litigiosidad en la Castilla de los Austrias: a saber, la potenciación regia de los tribunales superiores, como centros de resolución de conflictos, para el mantenimiento de la paz social. Una investigación ésta, como alguna otra de orientación análoga, que excede del límite de las presentes páginas, pero interesa citar, en la medida que presta una muy especial y cuida-

⁽³²⁾ Véase, por todos, el reciente estudio de S. HALICZER, *Los Comuneros de Castilla. La forja de una revolución. 1475-1521* (Valladolid, 1987), esp. pp. 265 ss.

⁽³³⁾ M.P. ALONSO ROMERO, *Las Cortes y la administración de la justicia, en Las Cortes de Castilla y León en la Edad Moderna* (Valladolid, 1989), pp. 501-563. Para un período cronológico más limitado, otro tanto había intentado anteriormente E. DE LA PUENTE, *Carlos V y la administración de justicia*, en *Revista de Indias*, 73-74 (1958), pp. 397-461, esp. pp. 411 ss.

da atención a la Chancillería de Valladolid, sin desconocer tampoco la suerte de la granadina y aun de las tres Audiencias ⁽³⁴⁾.

II

Recapitulemos. Es claro que los trabajos publicados, casi al mismo tiempo (en 1975), por PEREZ DE LA CANAL Y GARCIA GALLO inauguraron un cambio de tendencia y vinieron a anunciar un aumento creciente del interés hacia el estudio de las Chancillerías y Audiencias. El breve artículo ha dejado paso a la monografía, y enseguida habremos de ver, además, cómo el estado de nuestros conocimientos se ha visto notablemente acrecentado merced a otras aportaciones parciales o «tangenciales».

Adelanto, sin embargo, que es todavía muy corto el camino recorrido. No se trata sólo de que nuestro conocimiento de Audiencias como las de Sevilla o Canarias no haya progresado de manera sustancial desde la década de los cincuenta, sino también de que los estudios recientes omiten o tratan de manera insuficiente, en ocasiones, algunas cuestiones de importancia. Si aún se puede acudir con cierto provecho a trabajos tan añosos como el que MENDIZABAL dedicara a la Chancillería de Valladolid (1914), se debe más a la carencia de otros estudios que a la calidad intrínseca que, a estas alturas, quepa reconocerle. Si prescindimos por un momento de la consideración individual de las distintas aportaciones, para sopesar globalmente el qué y el cuánto de las fuentes empleadas hasta el presente, creo podremos obtener una primera aproximación al estado actual de nuestros conocimientos.

Por un lado, en la historiografía que se ha ocupado monográficamente de las Chancillerías y Audiencias, la presencia de la flo-

⁽³⁴⁾ R. L. KAGAN, *Lawsuits and litigants in Castile (1500-1700)* (Chapel Hill, 1981), esp. pp. 92 ss. y 165 ss., pero con abundantes referencias *passim* y un buen índice analítico; fue reseñada por B. CLAVERO, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LII (1982), pp. 793-795. Con anterioridad, había presentado los resultados de su investigación en: *Pleitos y poder real. La Chancillería de Valladolid (1500-1700)* (*Cuadernos de Investigación Histórica*, 2, 1978, pp. 291-316), sustancialmente recogido en la obra anterior. De sumo interés también para este argumento, con abundantes referencias a la Chancillería de Granada, la obra de J.B. OWENS, *Despotism, Absolutism, and the Law in Renaissance Spain: Toledo versus the County of Belalcázar (1445-1574)* (Ann Arbor, 1973), en esp. sus caps. IV y V.

reciente doctrina jurídica coetánea se ve reducida, con las excepciones de rigor, a las *Prácticas* consolidadas, cuando las hay (Valladolid, Galicia), de los respectivos tribunales. Por otro lado, aunque naturalmente utilizado, no creo que aún hoy haya sido agotado el material normativo recopilado como fuente para el estudio de la estructura institucional de las Chancillerías y Audiencias en su versión más clásica (composición, atribuciones, funcionamiento) (35). En cambio, todos los estudiosos de los tribunales superiores emplean una notable cantidad de fuentes documentales inéditas; esta es, por supuesto, una condición no ya necesaria, sino ineludible, pero cabe preguntarse hasta qué punto es suficiente para conocer de forma cabal cómo eran los tribunales superiores.

Para mí tengo que no. Así, de tener que apreciar una tendencia general, de carácter previo e indiferente para con la distinta calidad que me parece tiene cada estudio (en parte, ya insinuada), yo destacaría dos características principales observadas por todos ellos. Primero, las abundantes fuentes documentales utilizadas no siempre parecen estar adecuadamente sistematizadas, quizá por carecer del complemento de algunas otras, como las doctrinales. Y segundo, la descripción de la práctica que la documentación refleja, bien de manera casuística y escasamente valorativa, o bien con la intención de ofrecer explicaciones de carácter «social», mas no jurídico.

Aunque previas, estas características no son baladíes, marcan una fuerte impronta en las investigaciones monográficas sobre los tribunales superiores y, como ya se habrá adivinado, remiten a la frecuente ausencia (por supuesto, tan legítima como la que más) de una perspectiva institucional. En parte, y de manera desigual, estas circunstancias no concurren en otros estudios sobre aspectos concretos, mas por esto mismo insuficientes, con independencia de su valor. Como

(35) Para las ediciones de las diversas Ordenanzas de las Chancillerías y Audiencias (de las cuales hace un breve resumen y comentario GIBERT, en su *Historia*, cit., pp. 223-225), que expresamente mantiene en vigor la pragmática promulgatoria de la Nueva Recopilación, véase en A. PEREZ MARTIN y J.M. SCHOLZ, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen* (Valencia, 1978), la aportación del primero, pp. 73-76. Puede completarse para la Audiencia de Canarias, cuyas Ordenanzas no fueron impresas, con el opúsculo de B. ARTILES, *Las Ordenanzas de la Real Audiencia de Canarias compiladas por el Oidor D. Miguel Escudero de Peralta* (Las Palmas de Gran Canaria, 1949), donde se da noticia de su contenido.

señaló hace ya casi veinte años el Prof. LALINDE, se acusa en este ámbito la falta de un estudio institucional de síntesis, riguroso y suficientemente extenso, al cual poder reconducir, para su contraste y complemento, las aportaciones parciales ⁽³⁶⁾.

III

Las más abundantes se refieren, sin duda, a la composición de los tribunales superiores. Comoquiera que se carece de un estudio institucional de las características aludidas, debe acudir a los monográficos — que son varios e importantes — dedicados al Oficio público en general o a alguna de sus vertientes en particular, para desbrozar el frondoso bosque de los oficiales curiales. Esto es, en busca de los trazos más generales relativos tanto a los Oficios jurisdiccionales (capacidad e idoneidad; no venalidad; carácter del nombramiento; conceptos retributivos) como a los no jurisdiccionales (requisitos y modalidades de la designación; patrimonialización y supuestos de venalidad; derechos arancelarios) ⁽³⁷⁾. De aquí hay que partir, pues.

Como acabo de insinuar, la historiografía reciente de las Chancillerías y Audiencias aborda el estudio de su composición respectiva, por lo general, detalladamente; tanto, que antes y mejor que intentar describir los resultados alcanzados, interesa poner de manifiesto, simplemente, los criterios que presiden su obtención.

Fruto y principal manifestación de la predominante orientación descriptiva y casuística es, en efecto, el tratamiento que los autores otorgan a la composición de los tribunales superiores, abocado más hacia el estudio particularizado de los titulares, en forma biográfica o — por así decir — tendencialmente prosopográfica, que hacia el análisis de los Oficios, aunque es de justicia advertir que con dife-

⁽³⁶⁾ LALINDE, *Iniciación histórica*, cit., p. 428.

⁽³⁷⁾ Cabe citar, así, J. LALINDE ABADIA, *Los medios personales de gestión del poder público en la historia española* (Madrid, 1970); J.M. GARCIA MARIN, *El Oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media* (Sevilla, 1974); id., *La burocracia castellana bajo los Austrias* (Madrid, 1986²; 1. ed., 1977). Una breve síntesis, en GONZALEZ ALONSO, *La Justicia*, cit., pp. 383-384. Tiene interés, habida cuenta del que mostraron las Cortes, ALONSO ROMERO, *Las Cortes y la administración de la justicia*, cit., pp. 539 ss.

rencias de calidad evidentes ⁽³⁸⁾. Un buen ejemplo de esa tendencia es la reciente obra, por lo demás — dicho sea de paso — rigurosa y muy útil, que MARTIN POSTIGO ha dedicado al estudio de los presidentes de la Chancillería de Valladolid, concebida como una cuidada colección de sus biografías burocráticas, más que como un estudio del cargo, de la presidencia ⁽³⁹⁾. Esta parece la tendencia general. Así, con una orientación más bien sociológica (y no institucional), autores como VARONA GARCIA Y FERNANDEZ VEGA prestan una especial atención: al número de los distintos oficiales (comúnmente agrupados según la categoría o el tipo de función que desempeñan); a la cuantía (más que a los conceptos) de la retribución; a la duración efectiva en los oficios; a la designación y carrera burocrática de sus titulares, objeto específico, a su vez, de una floreciente historiografía, de orientación declaradamente «social», que no es de mi competencia reseñar ⁽⁴⁰⁾. Todo ello es, sin duda, en extremo interesante, pero creo requiere el complemento de otras cuestiones de raigambre más institucional y, según entiendo, de no menor virtualidad explicativa. Así, despierta menos interés el estudio de cuestiones tales como: el carácter del nombramiento y, en general, la forma de la designación (que quizá permitiera discriminar los diversos Oficios

⁽³⁸⁾ Así, entre el esfuerzo de FERNANDEZ VEGA (*La Real Audiencia de Galicia*, cit., caps.: III, sobre el gobernador y capitán general; IV, sobre el regente; y V, sobre los alcaides mayores) por superar la descriptiva de sus múltiples datos e introducir criterios de sistematización; y el tratamiento que RUIZ RODRIGUEZ otorga al «personal» de *La Real Chancillería de Granada* (cit., II parte, bajo extrañas rúbricas: cap. I, altos cargos; cap. II, oficiales), no más que una acumulación arbitraria (en sentido literal) de testimonios, que no por ello son, en sí mismos, menos valiosos.

⁽³⁹⁾ M.S. MARTIN POSTIGO, *Los Presidentes de la Real Chancillería de Valladolid* (Valladolid, 1982), cuyas pp. 12-15 están específicamente dedicadas, no obstante, al estudio del cargo y, tras otras consideraciones y las biografías, las pp. 147-148, además, al secretario del Acuerdo, luego prolongado, asimismo, en el estudio de sus titulares. Otro tanto hace RUIZ RODRIGUEZ, y es útil, para los presidentes de *La Real Chancillería de Granada*, cit., en el Quinientos (pp. 63-104). Por su parte, VARONA GARCIA culmina su estudio sobre *La Chancillería de Valladolid*, cit., con las nóminas de sus jueces bajo los Reyes Católicos, y unos útiles «apuntes biográficos» sobre ellos y otros oficiales.

⁽⁴⁰⁾ Pero no por ello me parece menos interesante. Cabe citar, así: J. FAYARD, *Los miembros del Consejo de Castilla (1621-1746)* (Madrid, 1982), esp. sobre las Chancillerías y Audiencias, entre otras, pp. 67 ss.; o R.L. KAGAN, *Universidad y sociedad en la España moderna* (Madrid, 1981), esp. pp. 124 ss.; o la obra de J.M. PELORSON, cit. luego.

en razón de su régimen jurídico y no sólo de su función); el régimen de obligaciones y prohibiciones que gobernaban de derecho la conducta de los oficiales, con todo, algo más atendido⁽⁴¹⁾. Sumo interés tiene, en este sentido, el estudio de CORONAS GONZALEZ, en el cual se contrasta la realidad desvelada por una visita a la Chancillería de Ciudad Real (1501), con el dictado de sus Ordenanzas reguladoras⁽⁴²⁾. Algunos otros autores han utilizado con finalidad análoga la información que las visitas proporcionan, para significar los incumplimientos estructurales que embargaban la administración de justicia⁽⁴³⁾; pero el régimen de responsabilidad es otra de las cuestiones pendiente, en gran medida, de estudio.

Sobre el trasfondo de los estudios dedicados al Oficio público, este es el cuadro — por mi parte, a muy gruesas pinceladas dibujado — que componen los dedicados a las Chancillerías y Audiencias castellanas. Un cuadro que debe completarse con la mención de algunos estudios particulares sobre ciertos Oficios, como el procurador fiscal⁽⁴⁴⁾; y de algunas materias determinadas, en trabajos más generales, como la recusación, a la que ha dedicado un amplio artículo CORONAS GONZALEZ⁽⁴⁵⁾; o la participación de los jueces en las penas pecuniarias que condenan, cuya importancia para entender las disfunciones inherentes a la administración de justicia de la época fue iluminada hace ya tiempo por TOMAS Y VALIENTE, en una dirección recientemente profundizada por ALONSO ROMERO; una

(41) Sobre todo para el período de los Reyes Católicos: de fácil localización en las obras, ya citadas, de VARONA y, en menor medida, SANCHEZ ARCILLA.

(42) *La Audiencia y Chancillería de Ciudad Real*, cit., esp. pp. 65 ss, así como pp. 110-139, donde publica el «Informe».

(43) FERNANDEZ VEGA, *La Real Audiencia de Galicia*, cit., esp. en su cap. XVI; EIRAS ROEL, *Sobre los orígenes de la Real Audiencia de Galicia*, cit., p. 371, n. 33; así como la referencia de KAGAN que cito más abajo.

(44) ALONSO ROMERO, *El proceso penal*, pp. 146 ss., aunque lógicamente centradas en el estudio de sus funciones en tal proceso; F. ARVIZU GALARRAGA, *El fiscal de la Audiencia en Indias y su paralelo castellano (siglos XVI y XVII)*, en *Poder y presión fiscal en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)* (Valladolid, 1986), pp. 203-233, cuyo contenido responde exactamente a lo que el título anuncia, básicamente sobre disposiciones recopiladas. Recuérdese, por otro lado, el ya citado trabajo de MARTIN RODRIGUEZ sobre el juez mayor de Vizcaya.

(45) S.M. CORONAS GONZALEZ, *La recusación judicial en el Derecho histórico español*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, L (1980), pp. 510-615, esp. pp. 555 ss., sobre fuentes normativas y doctrinales.

dirección, dicho sea de paso, bien ilustrativa del punto de vista institucional que aquí se sostiene ⁽⁴⁶⁾.

En suma: quizá pueda resumirse el estado de nuestros conocimientos diciendo que el régimen jurídico propio de los distintos Oficios curiales no ha sido objeto, como tal, de consideración y estudio globales, aunque hay algunos trabajos sobre aspectos parciales y, en todo caso, el catálogo de sus cuestiones es hoy de los más abordados por los estudiosos, de manera que a estas alturas se dispone de un caudal importante de datos de interés e ideas valiosas.

Ultimamente, en concreto, desde la llamada «historia social» se han alumbrado valiosas precisiones sobre algunos extremos de viejo más o menos conocidos y con frecuencia destacados, sí, pero en todo caso de los más interesantes y comprensivos de cuantos abarca el régimen de los jueces superiores (y no sólo superiores) bajo la Monarquía absoluta en Castilla: la *movilidad* y, por consiguiente, limitada permanencia en los oficios, impulsada por la política regia de nombramientos; y el *aislamiento* de la sociedad circundante, articulado mediante diversas prohibiciones, que debía presidir la conducta de los jueces ⁽⁴⁷⁾. Extremos sobre los que llamara hace ya tiempo la atención, con poderosas frases, F. BRAUDEL («el estado en el siglo XVI desplazaba constantemente a sus “funcionarios”, los desarraigaba a su antojo»), como recordó en su día GARCÍA MARIN, al estudiar la opinión que sobre el punto mantenían juristas y pensadores políticos (el «desarraigo como norma») ⁽⁴⁸⁾. Tras él, fue PELORSON quien, sin ocultar cierta perplejidad, se interesó por esta peculiaridad del régimen vigente en Castilla (muy destacada, en comparación con el de Francia), engarzando los principios de no venalidad de los Oficios jurisdiccionales y movilidad de sus titulares, interpretados

⁽⁴⁶⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)* (Madrid, 1969), pp. 163 ss. M.P. ALONSO ROMERO, *Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LV (1985), pp. 9-94, esp. pp. 38 ss. y 88.

⁽⁴⁷⁾ Cfr., p. ej., DE LA ROSA, *La Real Audiencia de Canarias*, cit., p. 103; ALVAREZ JUSUE, *La justicia sevillana*, cit., p. 38; MORALES PADRON, *La ciudad del Quinientos*, cit., p. 228; VARONA GARCIA, *La Chancillería de Valladolid*, pp. 120-122 y 132-133. Ha insistido de nuevo en ello, a partir de las peticiones de las Cortes, ALONSO ROMERO, *Las Cortes y la administración de la justicia*, cit. pp. 541-542.

⁽⁴⁸⁾ J.M. GARCÍA MARIN, *La burocracia castellana*, cit., esp. pp. 276-278 (de donde tomo la cita de Braudel), aunque en general interesan sus pp. 126 ss.

como expediente político arbitrado para facilitar el control de su actuación (49). También KAGAN ha mostrado interés por estos extremos, en las páginas que ha dedicado a trazar un cuadro — impresionista, pero brillante — de los magistrados chancillerescos. Utilizando como fuente principal la suculenta información que proporcionan las visitas, ha destacado las conductas que oidores y alcaldes tenían prohibidas, con el fin de favorecer su aislamiento y preservar la imparcialidad de la justicia; así como la política regia de nombramientos, tendente a favorecer, merced a la movilidad en los Oficios, justamente el desarraigo de sus titulares (50). Basándose en gran parte de la historiografía anterior, por último, creo ha sido EIRAS ROEL quien más ha avanzado por este camino, en su ensayo sobre la Audiencia de Galicia. Su explicación es contundente: movilidad y aislamiento eran «una necesidad política y un imperativo ético». Dejemos aquí la moral y vayamos a la política: en un mundo señorializado, dice, «el único recurso que quedaba a la Corona para no perder enteramente el control político era el de colocar en la cúspide de la pirámide jurisdiccional unos oficiales suyos, amovibles y desvinculados de la sociedad dominante del territorio» (51).

Sin duda, la desvinculación del entorno, podría decirse, refuerza la vinculación a la Corona; no parece que por este camino pueda llegarse más lejos. Y, sin embargo, no oculto que la respuesta, brillante y certera, me parece, en un sentido, insuficiente, a saber: ¿no respondería el «aislamiento» también a algún imperativo de raigambre netamente jurídica?, ¿por qué no empezar por precisar cuándo, en qué términos y con qué finalidad declarada adquirió trabazón normativa?. En las obras citadas, quizá falte, sin que nada sobre, un componente más propiamente jurídico, capaz de dar respuesta a ciertas preguntas que se suscitan al paso de la lectura y no

(49) J.-M. PELORSON, *Les "Letrados", juristes castillans sous Philippe III. Recherches sur leur place dans la société, la culture et l'état* (Poitiers, 1980), pp. 83 ss., con afirmación conclusiva en p. 91.

(50) KAGAN, *Lausuits and litigants*, cit., esp. pp. 173-189 (sin tomar en consideración las disposiciones normativas cuyo cumplimiento controlaban las visitas), y también pp. 207-209. Hablando de *isolation*, con sentido restrictivo, señala: «Fraternalization with the local populace was strictly forbidden because this was thought to lead to a web of friendships and personal associations in which the administration of royal justice might become entangled and caught» (p. 181).

(51) EIRAS ROEL, *Sobre los orígenes de la Audiencia de Galicia*, cit., pp. 355-362.

obtienen respuesta del texto: se trataría de saber, en suma, si junto a su evidente trascendencia política, el conjunto de disposiciones dictadas para encerrar al juez — como EIRAS ROEL ha dicho, gráficamente — en una «campana neumática» tenía también su propia razón de ser en Derecho, como parte esencial que era del régimen jurídico de los jueces superiores.

Un régimen, de esto no hay duda, que en la Castilla de los Austrias se alzaba sobre los pilares plantados por los Reyes Católicos, con el apoyo de la tradición bajomedieval, en las fundamentales Ordenanzas de 1489, bajo el signo de una especial acuidad, esto es, más severo que el de los jueces inferiores, dado que es de los oidores y alcaldes «de quien los otros jueces han de tomar exemplo»⁽⁵²⁾. Un régimen, en suma, coherente de principio a fin y, por esto mismo, incomprensible sin atender a todos sus extremos. Por eso, a mi juicio, habría que empezar por tomar en consideración el carácter del nombramiento, explícitamente pensado para facilitar la movilidad del juez a voluntad regia, esto es, ni temporal, ni vitalicio, sino perpetuo *ad beneplacitum principis*⁽⁵³⁾. Calibrar después el riguroso dispositivo de obligaciones y prohibiciones que gobernaban la conducta imparcial en el ejercicio del Oficio, cuya finalidad era declaradamente expresada en las mismas disposiciones estatutarias, cuando conminaban, p. ej., a que cesara la «comunicación e continua conversacion» con los pleiteantes: porque «cesen las sospechas»; esto es, cabe entender, para causar una apariencia de imparcialidad, formalmente garantizada mediante la recusación y, mal que bien, some-

(52) Cfr. Ordenanzas de 1489, cap. 19, prohibitivo de recibir, bajo cualquier forma o pretexto, acostamientos o dádivas o presentes de cualquier valor que fueran, de quienesquiera pleiteantes pasados, presentes o presumiblemente futuros (*apud VARONA GARCIA, La Chancillería de Valladolid, cit., p. 253*). No es difícil encontrar pronunciamientos similares en las fuentes del período.

(53) Otorgado el nombramiento con carácter indefinido y estipulada la duración anual del Oficio (cfr., p. ej., *Ordenanzas Reales*, 2.4.4, de 1480), el cap. 10 de las Ordenanzas de 1489 impone al presidente la obligación de remitir una nómina anual de los oficiales de la Chancillería que perciben quitación: «porque nos sepamos en cada vn año que personas deuen residir» en los Oficios, entendiéndose prorrogado en el entretanto (*apud VARONA GARCIA, La Chancillería de Valladolid, cit., p. 249*). La doctrina lo interpretó bien: cfr. G. LOPEZ, P. 5.5.5, gl. *Juez qualquiera*, ofrece otras referencias doctrinales más tardías, en el mismo sentido, LALINDE, *Los medios personales de gestión del poder público, cit., pp. 142-145* (nn. 767, 775).

tida al control relativamente periódico de las visitas ⁽⁵⁴⁾. Y no olvidar, por último, que todo esto era así para que la colegialidad, que domina el ámbito de la justicia superior, pudiera surtir una apariencia de unanimidad capaz de garantizar la eficacia de unas decisiones que causaban ordinariamente un efecto irreparable. Al final, volveremos sobre esto.

IV

El profesor GARCÍA GALLO, de mano de la doctrina, ha significado la importancia que tuvo la obra institucionalizadora de los Reyes Católicos para el desarrollo de la administración de justicia superior, al señalar cómo «reordenan la Audiencia y Chancillería... mediante unas nuevas Ordenanzas, que la dan la constitución que va a quedar definitiva en España». La Corte y Chancillería, formada a partir de órganos distintos y meramente yuxtapuestos, fue consolidada por estos monarcas como un organismo único, aunque complejo; esto es — cabe añadir, con palabras ya dichas — integrado bajo la preeminencia de la Audiencia, para el ejercicio en vía ordinaria de la jurisdicción superior ⁽⁵⁵⁾. Ahora bien, si los distintos órganos jurisdiccionales radicados en el curso de la Baja Edad Media junto a la Chancillería (cada cual con ciertas competencias, progresivamente delimitadas) han pasado a integrar un organismo único, entonces es preciso caracterizar ante todo la jurisdicción que éste como tal representa, para comprender bien, después, las competencias que actúan cada uno de los tribunales que lo integran. Así lo hicieron los mismos Reyes Católicos, cuando declararon, en sus citadas Ordenanzas de 1489, la jurisdicción correspondiente a la Chancillería, pero no siempre ha sido éste el camino seguido por los estudiosos durante los últimos años ⁽⁵⁶⁾. En efecto, aun sin desconocer la mencionada cir-

⁽⁵⁴⁾ Ordenanzas de 1489, cap. 18. Igualmente para esto son abundantes los pronunciamientos de las fuentes.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. GARCÍA GALLO, *Las Audiencias*, cit., pp. 368-369, generalmente seguido por los autores posteriores. Poco antes, más brevemente, PÉREZ DE LA CANAL, *La justicia de la Corte*, cit., pp. 429-431.

⁽⁵⁶⁾ Ordenanzas de 1489, II (para que «todos los pleitos que son sobre caso de Corte por primera ystancia que se han de ver hordinariamente por vía de proçeso hordinario formado entre partes, sea el conoçimiento e determinaçion en la nuestra Corte e

cunstancia, que es muy notoria y ya en 1914 fue puesta de manifiesto por MENDIZABAL, quienes de una u otra forma han estudiado el desarrollo que experimentó la Corte y Chancillería bajo estos monarcas, polarizan su interés sólo hacia el estudio de las competencias (civiles o criminales, principalmente) correspondientes a sus diferentes órganos, obscureciendo así, un tanto, la entidad de la transformación operada, y quizá incluso, en la medida que más abajo veremos, todo el desarrollo subsiguiente de la administración de justicia superior, que de allí parte ⁽⁵⁷⁾.

No ha pasado desapercibido, en efecto, que siempre debe mantenerse la perspectiva general en el estudio de las atribuciones correspondientes a los distintos tribunales de rango superior, pues que las modificaciones de cualquiera de sus partes repercuten necesariamente sobre el todo. A mi entender, la mejor síntesis global se debe a M.P. ALONSO ROMERO, justamente porque trasciende la mera exposición de las competencias y aporta algunas consideraciones fundamentales, no siempre tenidas en cuenta, «para comprender la justicia superior» ⁽⁵⁸⁾. Es la primera, aquí ya señalada, la existencia de dos órdenes en este ámbito: de una parte, el correspondiente a la esfera personal del rey, la Casa y Corte, donde sobresale el Consejo, que justamente por su proximidad a la persona del monarca tiende a erigirse, al decir de S. DE DIOS, en el «tribunal superior del reino» ⁽⁵⁹⁾; de otra parte, el constituido por la Corte y Chancillería, progresivamente desarrollado, a partir de los Reyes Católicos, merced a una

Chançillería») y III (para que «todas las apelaciones de qualesquier juezes asi hordinarios como delegados vayan a la nuestra Chançillería»), salvo las excepciones que, en uno y otro caso, aquí mismo se especifican, en favor del Consejo Real (*apud* VARONA, *La Chancillería de Valladolid*, cit., pp. 244-245); excepciones de cuya problemática se ha ocupado, principalmente, S. DE DIOS, *El Consejo Real*, cit., pp. 401 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. MENDIZABAL, *Investigaciones*, cit., 30, pp. 437 ss. No es preciso especificar referencias sobre los restantes autores: con la excepción de GARCIA GALLO, que trata de forma muy breve la cuestión, todos ellos abordan directamente el estudio de las competencias propias de los distintos órganos que integran la Chancillería.

⁽⁵⁸⁾ Aparte de las indicaciones que se encuentran en los trabajos ya citados, trazan sendas síntesis, muy breves: S. AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el Derecho castellano* (Madrid, 1982), pp. 13 ss.; J. TOME PAULE, *La Organización Judicial española durante la Edad Moderna*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 2-3 (1982), pp. 453-487, esp. 463 ss., esquemáticas y no libres de errores.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. S. DE DIOS, *El Consejo Real*, cit., pp. 401 ss.

gradual «descentralización» de competencias, que llevó primero al desdoblamiento o duplicación de la Chancillería y después, en un proceso continuado por los primeros Austrias, a la institucionalización de las tres Audiencias, cerrada a todos los efectos, como vimos, en la segunda mitad del siglo XVI. Para entonces, cada una de las Chancillerías y Audiencias desempeña en su distrito las competencias propias de la jurisdicción superior, con la particularidad de que en los supuestos más graves cabe recurso de las radicadas en Galicia y Canarias, respectivamente para ante la Chancillería de Valladolid y la Audiencia de Sevilla (desde 1565). De ésta y las Chancillerías, en cambio, no cabe más que el recurso extraordinario de segunda suplicación, limitado a ciertos supuestos de naturaleza civil, para ante la persona del rey, que ordinariamente comete su conocimiento al Consejo Real. Así quedó cerrado, en sus trazos más esenciales, el armazón competencial que las Chancillerías y Audiencias componían. La citada autora ha puesto de manifiesto, en una acertada «síntesis de principios», la extrema labilidad del reparto competencial entre todas ellas y su connatural «falta de rigidez», por el concurso de dos principios característicos de la organización jurisdiccional toda de la Monarquía absoluta. De una parte, «el principio de control jurisdiccional jerárquico», en cuya virtud los tribunales superiores exceden, a través de diversas vías (p. ej., la retención de causas), su esfera de atribuciones ordinarias, en detrimento de las que competen a los jueces inferiores. De otra parte, el «principio de justicia retenida en el rey», actuado sobre todo mediante la avocación, «que impide el que haya nunca una clara y exhaustiva atribución y división de competencias en materia jurisdiccional» ⁽⁶⁰⁾.

Con todo, cabe añadir, sería deseable de quienes emprenden su estudio monográfico un esfuerzo por desentrañar y explicar, para cada tribunal y en cada momento, su entero régimen de competencias, esto es, no sólo su determinación general, sino también las eventuales modificaciones que sufriera, sus excepciones y los casos particulares que lo complementan. Para las Chancillerías en la época de los Reyes Católicos, PEREZ DE LA CANAL ha elaborado un buen

⁽⁶⁰⁾ ALONSO ROMERO, *El proceso penal*, cit., pp. 115-130 (aunque lógicamente centradas en la exposición de las competencias penales) y 137-139, donde se destaca, además, el carácter acumulativo de la organización judicial, aquí ya señalado.

resumen con este criterio ⁽⁶¹⁾; y otro tanto han intentado DE LA ROSA Y FERNANDEZ VEGA, que particularizan las competencias respectivas de las Audiencias de Canarias y Galicia a lo largo del Antiguo Régimen ⁽⁶²⁾.

Al cabo, y aunque no puede decirse — ya se ve — que sea esta una cuestión en todos sus extremos conocida, se obtiene un cuadro abigarrado y casuístico que quizá pudiera simplificarse o, al menos, entenderse mejor, volviendo al punto de partida y poniendo en todo su vigor el dictado coetáneo, para tratar de desentrañar, más comprensivamente, la naturaleza de la jurisdicción que las Chancillerías representan, antes de acometer el estudio particularizado de las competencias atribuidas a los distintos tribunales de rango superior. Sin perder nunca de vista los fundamentales principios enunciados por ALONSO ROMERO, creo bastaría para ello (como en su día ya hiciera MENDIZABAL, bien es cierto que de forma rudimentaria ⁽⁶³⁾) con seguir al pie de la letra el capítulo que abre la Recopilación sistemática (1566) de las Ordenanzas de la Chancillería de Valladolid (que a su vez no hacía más que actualizar los ya citados de 1489). Allí viene a significarse que a la(s) Chancillería(s) corresponde el ejercicio, en vía ordinaria, de la suprema jurisdicción del rey, razón por la cual la ejercen, siempre y en todo caso, con carácter universal y residual, esto es, a salvo de las excepciones legalmente consolidadas (por razón del territorio, las personas o las materias, en favor del Consejo Real, de Ordenes, las Audiencias, etc.) y, por supuesto, casuística o circunstancialmente determinadas, en virtud de la avocación y retención de causas por el rey en el Consejo ⁽⁶⁴⁾. A partir de aquí, creo

⁽⁶¹⁾ PEREZ DE LA CANAL, *La justicia de la Corte*, cit., pp. 429-441. Para el mismo período, tratan más brevemente de la cuestión, con facilidad localizable en sus trabajos, ya citados, SANCHEZ ARCILLA, CORONAS GONZALEZ y, con mayor amplitud, VARONA GARCIA. Carecen de interés las breves y genéricas indicaciones de RUIZ RODRIGUEZ, en su obra sobre la Chancillería de Granada en el siglo XVI.

⁽⁶²⁾ DE LA ROSA, *La Real Audiencia de Canarias*, cit., pp. 110 ss. FERNANDEZ VEGA, *La Real Audiencia de Galicia*, cit., I, pp. 253 ss. Para la Audiencia de Sevilla, ALVAREZ JUSUE traza, simplemente, un «sintético resumen» de sus competencias, en *La justicia sevillana*, cit., pp. 35 ss., brevísimamente complementado en sus trabajos posteriores.

⁽⁶³⁾ En sus *Investigaciones*, cit., pp. 437-449, hoy todavía útiles, dadas las circunstancias.

⁽⁶⁴⁾ I.I.1: «El conocimiento, decision, y despacho de los pleytos, y negocios de jus-

se notaría mejor el nervio político que mueve no sólo a la avocación — que esto muy claro es —, sino también, llegado el caso, a los trasvases competenciales que operan entre las Chancillerías, el Consejo y las meras Audiencias, sea en los años de su desarrollo, hasta la consolidación orgánica de la administración de justicia superior, sea con posterioridad, para los cambios que eventualmente acaecieren. Este es el contexto que mejor permitiría, a mi modo de ver, desentrañar el sentido último que tuvo, a partir de los Reyes Católicos, el desarrollo de dicha organización jurisdiccional superior, sin desconocer los conflictos que levantó, sobre los cuales empiezan a dar cuenta una serie de aportaciones historiográficas dispersas y bien diversas por su orientación. En consideración a sus resultados, para mí tengo que antes y mejor que de descentralización cabría hablar, quizá, de «desconcentración» de competencias, justamente al servicio de una decidida política de centralización jurisdiccional y aun de «normalización» gubernativa. Trataré de proceder con cierto orden.

Centralización jurisdiccional que a todos parecerá obvia y algunos autores, como EIRAS ROEL, han señalado expresamente. La función centralizadora, en efecto, es especialmente clara en el caso de las meras Audiencias, pues todas tres actuaban la misma jurisdicción regia que las dos Chancillerías, la cual se adentraba y afianzaba por esta vía en enclaves particularmente conflictivos, bien por el carácter sustantivamente privilegiado de su régimen municipal (Sevilla), bien por el arraigo y la extensión del régimen señorial (Galicia, pero también Canarias, donde parece determinante, con todo, su inaccesibilidad). No debe olvidarse, en este sentido, que las Chancillerías y Audiencias ejercían en sus respectivos distritos la mayoría de justicia regia sobre las jurisdicciones señoriales, siempre problemática, pero sin duda ya efectiva, al decir de GUILARTE, en el siglo XVI; una mayoría que, como ha puesto de relieve GONZALEZ

ticia, que se han de ver ordinariamente por procesos entre partes, pertenesce à la Audiencia y Chancillería, y conforme à las Leyes y Ordenanzas de estos Reynos, todos los dichos pleytos universal y generalmente, se han de tratar, decidir y determinar en ella (salvo aquellos que por Leyes & Provisiones Reales se hallan, y hallaren reservados y vedados)» (fol. 1), como seguidamente pasa a especificar (cit. por la reimpresión de 1765, cuya referencia puede encontrarse en la obra de PEREZ MARTIN mencionada más arriba).

ALONSO mediante el estudio de los juicios de residencia señoriales, venía a erigir a los tribunales superiores del rey en instancias políticas de control señorial ⁽⁶⁵⁾. Con ese trasfondo, por otro lado, resaltan más y mejor los conflictos jurisdiccionales y las cuestiones de competencia que azotaban con frecuencia a las Chancillerías y Audiencias en sus respectivos distritos, como suele ser generalmente destacado y, en particular, ha sido reseñado por FERNANDEZ VEGA con cierto detenimiento para la Audiencia de Galicia ⁽⁶⁶⁾.

Sólo de esta forma cabe explicar, por último, las funciones de gobierno que al menos las Audiencias periféricas ejercían. Si no entiendo mal, al fin y al cabo, no se trataba así más que de completar la centralización jurisdiccional, merced a la extensión de los modos característicos del «gobierno de letrados» (EIRAS ROEL) a unos territorios que, por su carácter periférico y reciente pacificación, estaban sometidos con anterioridad a un régimen particularmente riguroso de gobierno.

Tradicional y reiteradamente planteado a propósito de las Audiencias de Indias, esta cuestión se presenta particularmente problemática, desde el momento que su esclarecimiento comporta deslindar la justicia y el gobierno, tarea de por sí escabrosa bajo un régimen de indivisión de poderes, y motivo, a su vez, de vivos debates aquí hace unos años ⁽⁶⁷⁾. Aunque deben tenerse presentes como

⁽⁶⁵⁾ Con carácter general, A.M. GUILARTE, *El régimen señorial en el siglo XVI* (Valladolid, 1987²), esp. pp. 156-157 y 207 ss.; B. GONZALEZ ALONSO, *Notas sobre las relaciones del Estado con la administración señorial en la Castilla moderna*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LIII (1983), pp. 365-394, *passim*, por su importancia para el argumento desarrollado, pero esp. pp. 386 ss.

⁽⁶⁶⁾ Así, en *La Real Audiencia de Galicia*, cit., cap. XI, fundamentalmente dedicado a sus «relaciones» con el arzobispado de Santiago, por citar un ejemplo especialmente significativo.

⁽⁶⁷⁾ En gran medida suscitados, como es sabido, por el polémico opúsculo de A. GALLEGO ANABITARTE, *Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional, y los fundamentos del Derecho administrativo español* (Madrid, 1971), que propugna su radical diferenciación y el estricto sometimiento de la actividad gubernativa al control judicial. Para un resumen de las distintas opiniones, con indicación de la bibliografía, S. DE DIOS, *El Consejo Real*, cit., pp. 338 ss., donde además se aporta como criterio más seguro de diferenciación el procedimental, representado por las diferentes vías de tramitación. Como ha sintetizado GONZALEZ ALONSO: «las cosas de justicia no lo eran *a se*, porque versaran sobre materias de justicia; se convertían en materia de justicia al adquirir veste contenciosa y ser ven-

trasfondo, entrar en su consideración nos alejaría en exceso del limitado objeto de estas páginas. En lo que sigue, pues, me limitaré a reseñar cómo ha sido abordado por la historiografía que nos ocupa el problema de las funciones gubernativas de las Audiencias castellanas.

Un problema que suscitó por vez primera DE LA ROSA, en su estudio sobre la Audiencia de Canarias, pero — bien planteado, en veste general — con el propósito de contribuir, mediante el examen de un caso particular, a su global esclarecimiento. En síntesis, sostenía este autor en 1957 que, así como las dos Chancillerías y probablemente la Audiencia de Sevilla tan sólo habían disfrutado a lo largo de su historia de atribuciones jurisdiccionales, las Audiencias de Galicia y de Canarias, «aun cuando en grado distinto, acomodándose a las circunstancias de lugar y tiempo», habían ejercido, por su parte, «funciones de gobierno y administración de sus territorios», como para la primera constaba en sus Ordenanzas y desprendía de su propio estudio para la de Canarias. Unas funciones que él entendía — añadido yo, a la vista del mismo — desde un punto de vista material e indiscriminado para con la «etiología» de las actuaciones que la Audiencia protagonizaba; esto es, más atento a detectarlas y registrarlas, que a diferenciar sus causas, los medios que la Audiencia desplegaba y los resultados que comportaba su actuación. Así planteado, no cabe más que concluir que la Audiencia de Canarias y sus miembros intervinieron, de hecho y a través de diferentes vías, en el gobierno de las Islas ⁽⁶⁸⁾. Nada más (y nada menos).

Sin que faltara alguna otra aportación posterior ⁽⁶⁹⁾, poco se había progresado en el estudio de esta materia hasta que FERNAN-

tiladas por vía de proceso» (*La Justicia*, cit., pp. 379-380). Para el debate en torno a las Audiencias indianas puede hallarse un buen resumen en EIRAS ROEL, *Sobre los orígenes de la Audiencia de Galicia*, pp. 348-349, con indicación de la bibliografía fundamental.

⁽⁶⁸⁾ En todo caso, se trata, como el autor advierte, de funciones no encomendadas estatutariamente y desempeñadas por distintos motivos, desde la simple extralimitación, en detrimento de las autoridades locales, hasta la comisión, esporádica o habitual, regia. Cfr. DE LA ROSA, *La Real Audiencia de Canarias*, cit., pp. 122-142; las frases citadas, en sus pp. 124 y 142, respectivamente.

⁽⁶⁹⁾ Así, ARMAS MEDINA, *La Audiencia de Canarias*, cit., pp. 117-123, correctamente centrado en las funciones militares, con escasas aportaciones novedosas. Una breve indicación, que mantuvo encendida la llama, en el trabajo (1976) de MOLAS RIBALTA, *La Chancillería de Valladolid en el siglo XVIII*, cit., p. 90, en un contexto general.

DEZ VEGA publicó, en fecha todavía reciente, su densa obra, dedicada — como ya quedó apuntado — al estudio de la Audiencia de Galicia, no como tribunal de justicia, sino como órgano de gobierno. ¿Lo era?. Sin duda ⁽⁷⁰⁾. Quizá sea lo mejor comenzar por dejar sentado que este tribunal de justicia ejercía ordinariamente, en efecto, atribuciones netamente gubernativas sobre ciertos asuntos por imperativo estatutario; explícitamente, las Ordenanzas establecían, entre otras más particulares, su facultad para despachar «las provisiones ordinarias que el Consejo tiene acordadas en las causas de gobierno». Sin embargo, la letra de las Ordenanzas viene a ser tan sólo un punto de partida para nuestra autora, empeñada en demostrar que la Audiencia actuaba, en veste de *Real Acuerdo* («cuerpo colegiado» integrado por los alcaldes mayores y el gobernador, bajo la presidencia de este último ⁽⁷¹⁾), a todos los efectos, como *filial* (y es término que emplean las Ordenanzas) del Consejo Real en Galicia ⁽⁷²⁾. Esta es su tesis.

Por ser la materia novedosa y especialmente dificultoso su esclarecimiento, no es indiferente dejar constancia del camino seguido para alcanzar la meta, como por otra parte se nos recuerda desde la misma introducción (debida al profesor Eiras Roel ⁽⁷³⁾). Sin desconocer otros planteamientos más comprensivos, FERNANDEZ VEGA creo opta, de hecho, por un criterio material, que le lleva a estudiar no tanto el funcionamiento de la Audiencia como órgano de gobierno (las vías de despacho), cuanto los resultados (y también, después, las causas) de su actuación, toda vez que se centra en el estudio de las *relaciones* que entabla, cuando actúa, con los organismos radicados en el reino y de las que mantiene con los superiores de la Corte; si se me permite abundar en el grafismo que ya en otra ocasión empleé con igual propósito, en esta obra la Audiencia se observa *desde abajo y desde arriba*, pero no siempre (o no tanto) *desde dentro*. No parece que este sea el mejor camino, desde el mo-

⁽⁷⁰⁾ Un resumen de la obra, seguido de alguna consideración general, en la misma línea que sigue a continuación en el texto, puede hallarse en la reseña que le dediqué, publicada en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, LV (1985), pp. 876-883.

⁽⁷¹⁾ FERNANDEZ VEGA, *La Real Audiencia de Galicia*, cit., p. ej., I, p. 151; II, p. 367.

⁽⁷²⁾ *Ibid.*, p. ej., II, pp. 9, 29, 45, 99, 226, 234, 236.

⁽⁷³⁾ *Ibid.*, I, p. 16.

mento que obliga a fragmentar la materia y a discriminar casuísticamente los distintos supuestos de actuación, sus protagonistas y las vías que siguen, en un concierto algo confuso. De una parte, lleva a entreverar las atribuciones gubernativas con las judiciales, y — aun sin confundirlas — las ordinarias con las circunstanciales de comisión ⁽⁷⁴⁾. De otra parte, induce a relegar un tanto la consideración específica de los procedimientos de actuación, que quizá pudieran haber constituido el hilo conductor.

Un concierto, en suma, más descriptivo que valorativo. Pero al mismo tiempo, sin duda, un concierto revelador de la omnipresencia «capilar» que la Audiencia (en sentido lato) tenía en el reino de Galicia, merced al ejercicio de lo que FERNANDEZ VEGA llama sus «tres funciones clásicas de gobierno» ⁽⁷⁵⁾: información, mediación (entre la Corte y el reino) e inspección ⁽⁷⁶⁾, junto a las cuales EIRAS ROEL destaca, por su parte, la «facultad de iniciativa gubernamental», quizá aún más significativa que las restantes ⁽⁷⁷⁾.

Así pues, FERNANDEZ VEGA ha demostrado, y retomamos así nuestro hilo argumental, que la Audiencia de Galicia, tribunal superior de justicia, era además el órgano que, en estrecha dependencia del Consejo de Castilla dirigía, y en esa misma medida centralizaba y controlaba, los asuntos ordinarios de gobierno en aquel reino; que actuaba, en suma, como un instrumento fundamental de centralización. A partir de los testimonios aportados por la obra que comento, EIRAS ROEL ha destacado bien cómo la progresiva institucionalización de la Audiencia de Galicia conllevó la extensión del régimen de «gobierno de letrados»: en el Real Acuerdo, «el gobernador se encuentra sometido a los letrados por el principio de mayoría de votos en la resolución de los asuntos de gobierno ordinario». Un régimen, pues, caracterizado por la colegialidad y acomodado a procedimientos de derecho. Posiblemente, como él mismo apunta, otro

⁽⁷⁴⁾ Cfr., *ibid.*, esp. I, pp. 229 ss. y cap. VI; así como, p. ej., caps. VII y XV, respectivamente dedicados a las relaciones de la Audiencia con los concejos y con el Consejo.

⁽⁷⁵⁾ *Ibid.*, p. ej., II, pp. 235, 374.

⁽⁷⁶⁾ *Ibid.*, p. ej., respectivamente, II, pp. 144, 184, 211, 241-242, 296-300, etc.; pp. 24, 43, 84, 87, 170, 211, 240, 324-325; caps. XII-XIII.

⁽⁷⁷⁾ *Sobre los orígenes de la Audiencia de Galicia*, cit., p. 352, para proveer en lo que necesite «de pronto remedio».

tanto cabría decir de la Audiencia radicada en Canarias ⁽⁷⁸⁾. ¿No fue este mismo, empero, el sentido que tuvo el traslado de la nueva Chancillería desde Ciudad Real a Granada en 1505?

En cierto modo, parece que sí, que allí debía contribuir a normalizar el gobierno de un territorio de reciente reconquista y, por consiguiente, todavía sometido a un régimen excepcional, encarnado en la figura del Capitán general, a la sazón dotado de amplios poderes. No digo nada nuevo. Aunque con muy distintas finalidad y alcance, este tema ha sido planteado por diversos autores, estudiosos de los conflictos de todo orden que la instalación en Granada de la Chancillería suscitó entre sus más significados componentes y el conde de Tendilla, que era el Capitán general. Unos conflictos que se traen aquí a colación, porque en el plano institucional adquirirían veste jurisdiccional entre la superior y ordinaria de la Chancillería y la especial de la Alhambra, donde tenía su sede la Capitanía y residía la gente de guerra. Unos conflictos, en fin, que comenzaron a trenzarse desde el mismo momento del traslado, se anudaron cada vez más apretadamente en las décadas siguientes, y fueron definitivamente desatados, en favor de la Chancillería, al paso de la rebelión que la minoría morisca protagonizó en los albores del reinado de Felipe II ⁽⁷⁹⁾. Es una historia conocida y muy transitada, que comenzó a escribir hace cuatro siglos uno de sus protagonistas (Hurtado de Mendoza) y ha sido últimamente revalorizada, justamente en el contexto de la *ascension de les... letrados*, esto es, de la extensión o

⁽⁷⁸⁾ La Audiencia, «con su gobierno de letrados, obstaculiza el que las oligarquías nobiliarias que componen aquéllos (los regimientos de las principales ciudades) tengan el pleno control y dominio sobre el territorio y sus habitantes» (EIRAS ROEL, *Sobre los orígenes de la Audiencia de Galicia*, cit., p. 353 y, entre otras, pp. 366 ss., donde al propósito pondera lo que llama el «poder civilista de funcionarios versados en Derecho»).

⁽⁷⁹⁾ Proporciona algunos datos indicativos, para los primeros años, J. SZMOLKA CLARES, *El nuevo régimen administrativo granadino tras la conversión de los mudéjares. Problemas que plantea*, en *Actas II Coloquios Historia de Andalucía. Andalucía Moderna* (Córdoba, 1983), t. II, pp. 167-180, esp. pp. 169-174. Para esos primeros tiempos es fundamental la interesantísima *Correspondencia del Conde de Tendilla*, I (1508-1509) y II (1510-1513). Biografía, estudio y transcripción por E. Meneses García (Madrid, 1973-1974), del cual interesan, especialmente, sus pp. 165-173, y las cartas allí citadas. Un panorama general de los conflictos durante el siglo XVI, con abundante material inédito, en RUIZ RODRIGUEZ, *La Real Chancillería de Granada*, pp. 41-56.

difusión de sus modos de gobierno, en detrimento de los tradicionales de la nobleza ⁽⁸⁰⁾.

De eso precisamente se trataba, pues la nueva Chancillería venía a erigirse en la autoridad de mayor preeminencia al sur del Tajo. Cabe preguntarse, por ello, si no ejercería allí algunas funciones de gobierno. Es muy poco, casi nada, lo que sobre esto se sabe: que fue justamente por razón de su incontrastada preeminencia que desde un principio la Chancillería de Granada (o alguno de sus integrantes) asumió importantes responsabilidades en el gobierno de la minoría morisca, como ha destacado la historiografía últimamente citada; que por razón de la lejanía de la Corte parece llegó incluso a desempeñar alguna función de gobierno con carácter ordinario, tal cual la vigilancia de la gobernación de la ciudad, como en su día ya observó GIBERT, al sintetizar las atribuciones de las Chancillerías ⁽⁸¹⁾; y que, por la misma razón, en momentos particularmente conflictivos le fue encomendado el ejercicio de funciones netamente gubernativas ⁽⁸²⁾.

No se trata más que de algunos trazos, que invitan a la investigación; pero, en todo caso, sugieren que imperaba una concepción pragmática, que no excluía por principio la atribución de funciones

⁽⁸⁰⁾ Así, en el breve, pero inteligente ensayo de J. PEREZ, «Letrados» et seigneurs (en *Les morisques et leur temps*, separata, s.l. - s.a.; esp. p. 237), centrado en las opiniones de Hurtado, con indicación de la bibliografía específica. Con un carácter más general, sobre este argumento, últimamente, H. NADER, *Los Mendoza y el Renacimiento español* (Guadalajara, 1986), pp. 179-208, esp. 188-190 y 230. Uno y otro aquí citados por sus explícitas referencias a la Chancillería, en el contexto indicado.

⁽⁸¹⁾ *Historia general del Derecho español*, cit., p. 224.

⁽⁸²⁾ Así, la Real Provisión de Sevilla, 12.XI.1508, para que el presidente y los oidores de la Chancillería de Granada puedan hacer pesquisas y dictar las provisiones necesarias para reprimir los escándalos que se produjeran durante la ausencia del rey de Andalucía; posteriormente, una Real Cédula de Valladolid, 24.IV.1509 ordena al capitán general de Granada que facilite a la Chancillería las gentes de armas que necesite para la represión de los escándalos. (Una y otra en *Cédulas provisiones visitas y Ordenanças de los señores Presidente y Oidores concernientes ala facil y buena expedición de los negocios y administración de Iusticia (sic) y gobernación de la Audiencia Real que reside en la Ciudad de Granada*, Granada, 1551, fols. 30r.-32r.; traslados autorizados de las mismas, en *Archivo General de Simancas, Estado*, leg. 1-2º, fol. 203 y leg. 9, fol. 146, respectivamente, sin duda presentadas por el obispo de Lugo, presidente a la sazón de la Chancillería, para acompañar la carta que hacia 1521 escribió al rey, en petición de prórroga: *ibid.*, leg. 2-1º, fol. 204).

gubernativas (valga decir, actuadas por vía distinta a la jurisdiccional o de proceso) a las Chancillerías (y por el mismo motivo, como alguien ha insinuado, a la Audiencia de Sevilla ⁽⁸³⁾) cuando era preciso, y justamente en cuanto autoridades las de mayor preeminencia en sus distritos. Al fin y al cabo, disponían de lo fundamental, que era el *Acuerdo*.

Sin desconocer la notable peculiaridad que en las Audiencias periféricas (Galicia, Canarias) implicaba la participación en los Acuerdos del gobernador-capitán general (sin voto de justicia desde el último tercio del siglo XVI), es de advertir que quizá se haya sobrevalorado un tanto la originalidad del Real Acuerdo gallego como órgano de gobierno. Como nadie ignora, Acuerdos había, o por mejor decir, se celebraban en todas las Chancillerías y Audiencias, porque era así como se denominaba en Castilla al colegio formado por los jueces en trámite de decisión; cualquier decisión, fueran sentencias, autos de gobierno interior o — llegado el caso — provisiones dictadas para la gobernación del distrito ⁽⁸⁴⁾. Es posible, pues, que el llamado Real Acuerdo de la Audiencia de Galicia no sea más que una derivación del colegio formado *ab initio* por el gobernador y los alcaldes mayores para la determinación de los pleitos, por la sencilla razón de que era el órgano estatutariamente previsto para la adopción de decisiones.

Y es que, en el estado de nuestros conocimientos, no creo se esté en condiciones de asegurar, como suele hacerse, sin sombra de dudas, que las Chancillerías, y concretamente sus presidente y oidores, no actuaban en ningún caso por vía gubernativa; aunque sea claro que no fueron, en modo alguno, órganos de gobierno como la Audiencia de Galicia. Así pues, en esos términos planteado, parece puede

⁽⁸³⁾ Cfr. EIRAS ROEL, *Sobre los orígenes de la Audiencia de Galicia*, cit., p. 353, n. 20.

⁽⁸⁴⁾ Entre otros muchos testimonios que podrían aportarse, de extremo interés me parece la información ofrecida, en febrero de 1523, por los oidores de la Chancillería de Granada, en cumplimiento de un mandato del visitador Francisco de Herrera, a propósito de las funciones del escribano del Acuerdo: en los tiempos pasados, decían, por ante éste pasaron «cosas despedientes y secretos que ocurrían en los acuerdos fuera de los pleitos pendientes», en lo cual se ocupó mucho, porque acaecía dar muchas provisiones para ciudades y villas de esa provincia, y cartas mensajeras sobre escándalos y alborotos que ocurrían, algunas a petición de parte, y otras «de ofiçio» y a petición del fiscal (*Archivo General de Simancas, Cámara de Castilla*, leg. 2720, s. fol.).

generalizarse, con toda cautela, la justa conclusión de EIRAS ROEL: «la cuestión de la participación en el gobierno de las Audiencias españolas de la época moderna queda pues abierta», precisamente, me permito añadir, porque es poco lo que todavía hoy se sabe acerca de su funcionamiento y procedimientos de actuación.

V

La organización y el régimen de funcionamiento interno de los tribunales superiores de justicia han sido aquí poco estudiados. A diferencia de la composición y de las atribuciones, objeto de atención más o menos directa, como hemos visto, en obras de muy diversa orientación y finalidad, el funcionamiento de las Chancillerías y Audiencias, con las excepciones de rigor, apenas si ha comenzado a estudiarse en algunas de las monografías de más reciente factura y, en consecuencia, no es poco lo que todavía se ignora. Veamos, pues, cuál es el estado actual de nuestros conocimientos.

El funcionamiento de las Chancillerías y Audiencias está marcado por la colegialidad. Como recordaba al principio, ésta fue la nota primordial de la Audiencia originaria y progresó hasta convertirse en la característica definitoria por excelencia de la justicia superior. La política institucionalizadora de los Reyes Católicos se reconoce, en este como en otros puntos, de capital importancia, toda vez que legó un régimen organizativo y funcional que pervivió, como tal, en los siglos posteriores. Un régimen que fue producto de una ponderada política, cuyas bases se establecieron en 1480, comenzó a ser objeto de desarrollo a partir de 1485 y, tras sucesivos ensayos, cuajó al fin en el texto, reiteradamente citado, de las Ordenanzas de 1489⁽⁸⁵⁾. No era para menos. Fue entonces cuando, por vez primera en Castilla, se reguló orgánicamente la forma como se articulaba en trámites la colegialidad, sobre la base del principio de mayoría, ahora definida

(85) VARONA GARCIA, *La Chancillería de Valladolid*, cit., ha inferido de su estudio: «amplias diferencias de organización y funcionamiento entre los primeros y los últimos años del reinado» (p. 229). Como ya señalé, publica el texto de las Ordenanzas, cotejado con las versiones de 1485 y 1486 (en su día ya editadas por PEREZ DE LA CANAL, *La justicia de la Corte*, cit.), facilitando así la comprobación de las modificaciones introducidas, que no fueron pocas en este punto.

por un número prefijado de votos, para la determinación de los pleitos.

El régimen establecido por las Ordenanzas de Medina del Campo (y alguna otra disposición complementaria) es bastante conocido, ha sido recordado por algunos autores y, todavía recientemente, resumido por VARONA GARCIA ⁽⁸⁶⁾. Importa reseñar, en apretada síntesis, cuáles eran sus trazos fundamentales.

En la Chancillería, la Audiencia se divide en salas, compuestas por cuatro oidores, en cada una de las cuales los pleitos se ven y determinan hasta su fenecimiento, conforme a un rígido esquema de repartición de tiempos, a saber: en autos, ante oidores de las diversas salas reunidos en audiencia pública; en relaciones o vistas públicas, ante los oidores de la sala que ve el pleito, reunidos en audiencia de relaciones; una vez concluida la causa para definitiva, la determinación corresponde a estos últimos, reunidos en acuerdo. Con notable detalle fue regulado, justamente, el proceso de formación de la voluntad del órgano que culmina en la sentencia, articulado sobre la base de dos principios: mayoría de votos, concretada en la exigencia de que se conformen tres para sentenciar en definitiva cualquier pleito; y secreto. Los acuerdos se celebran, en efecto, bajo riguroso secreto; en los pleitos de mayor importancia, los oidores han de escribir sus votos, brevemente, en un libro secreto (en poder del presidente): «syn poner cabsas ni razones algunas de las que les mueven»; y las sentencias deben ser firmadas «por todos los que fueren en el acuerdo, aunque el voto o los votos de alguno o algunos no sean conformes a lo que la sentencia contiene», para que permanezcan en secreto los que sean discordantes con la decisión adoptada por la mayoría, esto es, para causar una apariencia de unanimidad ⁽⁸⁷⁾. El funcionamiento de la audiencia de los alcaldes, constituida en sala única, se conforma al patrón del establecido para la Audiencia y, concretamente, es común para ambas en todo lo que

⁽⁸⁶⁾ Así, muy brevemente, PEREZ DE LA CANAL, *La justicia de la Corte*, cit., pp. 430-431, 434-435 (cfr. también, pp. 438-440); SANCHEZ ARCILLA, *La administración de justicia*, cit., pp. 225-229, 240, 502-504. Con mayor amplitud, VARONA GARCIA, *La Chancillería de Valladolid*, cit., pp. 229-237.

⁽⁸⁷⁾ Este párrafo se basa, aparte las enseñanzas de los autores citados, en las Ordenanzas de 1489, caps. 4, 12-15, y también, 49 y 63 (*apud* VARONA GARCIA, *La Chancillería de Valladolid*, cit., pp. 245 ss).

se refiere a la forma y orden de los acuerdos ⁽⁸⁸⁾. Podemos omitir todas las demás particularidades y el régimen previsto para resolver las discordias. Esto era lo fundamental.

Toda reforma levanta resistencias. Aunque no siempre debidamente valorados, a mi entender, en la obra de VARONA GARCIA pueden encontrarse testimonios suficientes para concluir que el régimen definido por las Ordenanzas hubo de vencer no pocas resistencias hasta su definitiva implantación; tras la cual, vino la expansión, gradual y acomodada a las circunstancias. Así pues, trabajosamente impuesto en la de Valladolid, el régimen descrito fue luego trasplantado a la nueva Chancillería ⁽⁸⁹⁾; y más tarde paulatinamente extendido, al menos en lo sustancial (mayoría de votos y secreto), a las tres Audiencias, como se desprende de cuanto dicen, siempre con extrema parquedad, quienes se han acercado a su estudio. Ya se recordó al principio que EIRAS ROEL ha significado cómo la colegialidad fue instaurada entre el gobernador y los alcaldes mayores de Galicia, con explícita remisión a las Ordenanzas de la Chancillería para «la forma y orden» de votar y dictar las sentencias ⁽⁹⁰⁾. Por su parte, ALVAREZ JUSUE captó bien, pero fugazmente la significación que tuvo la implantación de la colegialidad entre los jueces que integrarían la Audiencia de Sevilla ⁽⁹¹⁾; y, en fin, DE LA ROSA señaló en su día cómo se instauró, a imitación de éstos, entre los jueces de alzada de la Audiencia de Canarias ⁽⁹²⁾.

Más que acabar, es aquí donde empieza esta historia. Asentado sobre patrones uniformes, la organización y el régimen de funcionamiento interno de los tribunales superiores hubo de adquirir, con posterioridad, un grado notable de desarrollo, para adaptarse a las cambiantes circunstancias de la práctica, sobre cuya importancia en el ámbito de lo judicial han insistido, principalmente, TOMAS Y VALIENTE y ALONSO ROMERO. Ese trasfondo, según entiendo, nos pro-

⁽⁸⁸⁾ No así siempre en cuanto al número de votos preciso: cfr., *ibid.*, caps. 5 y 62.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. CORONAS GONZALEZ, *La Audiencia y Chancillería de Ciudad Real*, cit., esp. pp. 73-74.

⁽⁹⁰⁾ EIRAS ROEL, *Sobre los orígenes de la Audiencia de Galicia*, cit., pp. 328 ss., esp. pp. 334 y 340-342, a partir de los testimonios aportados por FERNANDEZ VEGA, en su obra citada.

⁽⁹¹⁾ P. ej., en *La justicia sevillana*, cit., pp. 34-39.

⁽⁹²⁾ *La Real Audiencia de Canarias*, cit., pp. 107-108.

porciona las claves para descubrir las pautas que marcaron la evolución del régimen de funcionamiento interno de los distintos tribunales. Yo destacaría, a este respecto, hasta tres grandes vertientes, que sirven para resaltar otros tantos focos, ciertamente muy tenues, de atención historiográfica.

En primer lugar, la lentitud y multitud de los pleitos, probablemente uno de los principales problemas que aquejaban a todos los tribunales. Incontestablemente demostrada hoy por KAGAN, fue ya en su día machaconamente denunciada por las Cortes, en los términos que hace poco ha destacado ALONSO ROMERO, impulsando algunas modificaciones de importancia en la organización interna de nuestros tribunales superiores. Este es, naturalmente, el contexto que explica el sucesivo acrecentamiento de los jueces, puntualmente registrado por la historiografía de las Chancillerías y Audiencias, que llevó al consiguiente aumento de salas, en las primeras, y a la instauración misma de la división en salas, en las segundas; complicando, inevitablemente, su régimen de funcionamiento interno⁽⁹³⁾. Se debe a FERNANDEZ VEGA la exposición, bien es cierto que muy breve, del régimen que al fin se consolidó en la Audiencia de Galicia⁽⁹⁴⁾.

En segundo lugar, el estilo judicial (últimamente ponderado por F. RANIERI⁽⁹⁵⁾) y, en general, la práctica del despacho, que debió de ir moldeando en cada uno y en todos los tribunales los procedimientos de actuación arbitrados para dar cauce a los asuntos. No es mucho, según creo, lo que a este respecto se sabe. Para la Chancillería de Valladolid, ha de estarse todavía a las añosas páginas que MENDIZABAL dedicó a pergeñar las vías de despacho seguidas en la práctica por sus diferentes tribunales, que en parte pueden ser completadas,

(93) Fugazmente destacado por E.J. DE BENITO FRAILE, *Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la recepción del Derecho común hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, en *Glossae. Revista de Historia del Derecho europeo*, 1 (1988), pp. 135-159, esp. pp. 157-158. En cuanto a las salas, quedaron definitivamente consolidadas a mitad del siglo XVI en las Chancillerías, pero no en las Audiencias, como puede comprobarse en los estudios que se les han dedicado.

(94) *La Real Audiencia de Galicia*, cit., I, pp. 268-271.

(95) F. RANIERI, *El estilo judicial español y su influencia en la Europa del Antiguo Régimen*, en *España y Europa. Un pasado jurídico común. Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común* (Murcia, 1986), pp. 101-118, precisamente referido al estilo de las sentencias.

para la época de los Reyes Católicos, por las más recientes aportaciones de VARONA GARCIA ⁽⁹⁶⁾. Por lo demás, tan sólo han sido destacados, mejor y con más amplitud, «aquellos procedimientos de la Audiencia de Galicia que difieren de los demás tribunales» (en palabras de FERNANDEZ VEGA), que hubieron de desarrollarse fundamentalmente merced al estilo seguido allí, en la práctica ⁽⁹⁷⁾.

Una práctica, por último, transida de «abusos curiales» de toda índole, cuyas notables implicaciones procesales han sido estudiadas por TOMAS Y VALIENTE ⁽⁹⁸⁾. Junto a ellas, una vertiente nada desdeñable del funcionamiento de los tribunales es la relativa a los engranajes burocráticos que posibilitaban la administración de la justicia, movidos por una multitud de agentes, sobre cuyos intereses y comportamientos han escrito brillantes páginas, desde diferentes perspectivas, los autores que vengo citando.

No. El gobierno de los tribunales no debía ser tarea fácil. Sobre el trasfondo de los incumplimientos y las corruptelas estructurales, cabe distinguir aquí dos aspectos. De una parte, el gobierno interior de los tribunales, ejercido por los mismos jueces y dotado, al menos en las Chancillerías, de procedimientos propios de control, instaurados también por las Ordenanzas de 1489, y objeto después de diversas y dispersas regulaciones. En general, la historiografía de las Chancillerías y Audiencias se ocupa, con mayor o menor detenimiento e interés, de destacar las circunstancias en que se desarrollaba el gobierno interior, el cual giraba, al menos en las Chancillerías, en torno al llamado Acuerdo general, a buen seguro (como se insinuó en el número anterior) que una derivación del previsto en las Ordenanzas para la determinación de los pleitos ⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁶⁾ MENDIZABAL, *Investigaciones*, cit., pp. 95-112; VARONA GARCIA, *La Chancillería de Valladolid*, cit., pp. 229 ss.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. FERNANDEZ VEGA, *La Real Audiencia de Galicia*, cit., I, pp. 259 ss., con indicación de un antiguo trabajo de Tojo Pérez (1931), que no he podido consultar.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta*, cit., p. 198 y, en general, pp. 163 ss.; así como, su *Castillo de Bobadilla. Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen*, ahora en *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen* (Madrid, 1982), pp. 179-251, esp. pp. 227 ss.

⁽⁹⁹⁾ Una brevisísima indicación sobre el mismo y las funciones que desempeñaba, en MARTIN POSTIGO, *Los Presidentes*, cit., pp. 16, 147-148 y ss. Del régimen debido a los Reyes Católicos se ocupa, entre otros (más breves), VARONA GARCIA, *La Chancillería de Valladolid*, cit., pp. 200 ss.

De otra parte, el funcionamiento de los tribunales superiores era controlado desde la Corte mediante las visitas, una institución con entidad propia. Baste con decir aquí, pues, que la historiografía comentada suele aportar indicaciones sobre su realización y aprovechar sus jugosos resultados para conocer la práctica de los tribunales ⁽¹⁰⁰⁾.

Por último, integrando los dos aspectos señalados, hay que destacar, para un tema concreto, las páginas que ALONSO ROMERO ha dedicado a estudiar el control, recaudación y gestión de las penas pecuniarias en las Chancillerías y Audiencias, que son, contrariamente a lo que su enunciado pudiera indicar, un vivo y excelente testimonio de los problemas que aquejaban, en la práctica, al funcionamiento ordinario de nuestros tribunales superiores ⁽¹⁰¹⁾.

Pleitos, estilo, arbitrio, práctica, abusos,... Recapitulemos. La historiografía nos proporciona hoy las claves para entender la organización y el funcionamiento interno de los tribunales superiores y aporta conocimientos fundamentales sobre determinados aspectos concretos, pero se carece de un estudio general que abarque uno y otro extremos, para dibujar un cuadro comprensivo de los cambios acaecidos en el régimen de funcionamiento interno desde la regulación primigenia legada por los Reyes Católicos. Con todo, salvo error por mi parte, bajo mil y un retoques, parece se mantuvo la uniformidad y permaneció inmodificado lo esencial: la mayoría de votos precisa para determinar los pleitos de mayor importancia, y el riguroso secreto que debía envolver toda la fase, hasta prolongarse en el acto fundamental de la sentencia, carente — como es notorio — de motivos. Bien pudiera afirmarse, pues, un tanto hiperbólicamente, que bajo los Reyes Católicos quedaron definidas las opciones políticas fundamentales de la justicia superior.

Así las cosas, y enlazando con una idea expresada hace años por el profesor TOMAS Y VALIENTE, no parece exagerado afirmar que los citados monarcas renunciaron definitivamente a controlar, en vía de principio, el derecho sustantivo aplicado por los jueces superiores

⁽¹⁰⁰⁾ Además de las referencias aportadas con anterioridad, cabe citar a FERNANDEZ VEGA, a quien se debe el tratamiento más extenso, en *La Real Audiencia de Galicia*, cit., cap. XVI.

⁽¹⁰¹⁾ ALONSO ROMERO, *Aproximación al estudio de las penas pecuniarias*, cit., esp. pp. 57-62, 64-67, 71, 73, 85-92.

para la determinación de los pleitos ⁽¹⁰²⁾. Comoquiera que las sentencias no se motivan, al fin y al cabo venía a hacerse dejación de la justicia superior en la conciencia de los jueces reunidos en acuerdo para sentenciar; y de aquí que la imagen externa (valga el pleonasma) de imparcialidad fuera la única garantía posible de justicia.

VI

Me parece que esta constatación puede contribuir a explicar (no digo que a erigirse en causa eficiente), en términos de derecho, algunas de las características más sobresalientes de la justicia superior en la Castilla de los Austrias, por lo demás, como a lo largo de estas páginas se ha visto, bien conocidas y correctamente interpretadas ⁽¹⁰³⁾.

Ante todo, el régimen de los Oficios jurisdiccionales superiores, orientado por principio a preservar la imparcialidad de sus titulares ante la «opinión de las gentes» ⁽¹⁰⁴⁾. Desde la perspectiva indicada, encuentran una explicación coherente las peculiaridades más notables de dicho régimen jurídico. En primer lugar, como ya se apuntó, el carácter del nombramiento para el Oficio, que otorga a sus titulares la condición de inmediatamente amovibles a voluntad regia y, en consecuencia, permite proceder sin cortapisas en la designación y promoción. Por eso ha podido apreciarse el extremo cuidado que presidía la elección de los jueces superiores; evidentemente, era de suma importancia no perder cuenta de la personalidad y circunstan-

⁽¹⁰²⁾ TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta*, cit., con carácter general: «El arbitrio judicial se amparaba tras esta indeterminación procesal... La administración de justicia reviste de secreto el acto más decisivo de su funcionamiento, en beneficio de la libérrima actuación del juez y en detrimento de la claridad, racionalidad y legalidad del acto culminante del proceso penal. No cabe duda de que muchos abusos curiales y muchos desprecios del Derecho vigente se amparaban tras este arbitrario silencio» (p. 182).

⁽¹⁰³⁾ No es mi propósito demostrar nada nuevo, porque se trata de hechos notorios, sino tan sólo poner de manifiesto su coherencia en el orden de los principios. Por eso, bastará con citar algún testimonio, a efectos meramente ilustrativos.

⁽¹⁰⁴⁾ Expresión ésta que me parece particularmente expresiva, y tomo de un memorial (s.f., c. 1506) elevado por los oidores de Valladolid al rey, en queja porque se les quieren imponer huéspedes (*Archivo General de Simancas, Cámara de Castilla, Pueblos-Valladolid*, leg. 21, s. fol.).

cias concurrentes en quienes se congregaban para votar, secretamente, en una misma sala.

Una vez designado quien fuere considerado más idóneo, el régimen de obligaciones y prohibiciones que gobernaban la conducta de los jueces superiores en el ejercicio del Oficio debía lograr que la imparcialidad tan afanosamente buscada no fuera quebrantada, esto es, que se mantuviera incólume el «aislamiento» del entorno social. La evolución de este extremo fue notable. Inicialmente ya de por sí bastante riguroso, el régimen dispositivo que articulaba el «aislamiento» de los magistrados fue enseguida más y más acentuado hasta rozar el paroxismo, justamente como reacción contra y para tratar de evitar su quebrantamiento ⁽¹⁰⁵⁾. Como en una ocasión (1522) ironizó el ldo. Alonso de León, alcalde de la Chancillería de Granada, en frase que me parece emblemática: «De manera que los jueces no hemos de tener conversación con nadie, sino yr a juzgar y en acabando sobirnos al çielo» ⁽¹⁰⁶⁾. Es natural tanto el presupuesto, como las consecuencias que comportaba. De una parte, si de lo que se trataba era de fundar la credibilidad de la justicia en una apariencia de unanimidad, entonces había que representar externamente la imparcialidad de sus artífices. De otra parte, en una sociedad articulada sobre vínculos clientelares, la preservación aparte de los jueces superiores era una meta sencillamente inalcanzable. Ello debe contribuir a explicar tanto la extraordinaria «susceptibilidad» de la recusación (indeterminadas como estaban las causas de sospecha), como el minucioso control externo de la conducta de dichos jueces, que se llevaba a cabo mediante las visitas. No es casual que, como es sabido, sus resultados debieran ser explícitamente tomados en consideración en los nombramientos para los Oficios «de asiento». Volvemos, pues, al principio: fundada sobre el certero conocimiento que las visitas proporcionaban, en todo momento cabía restaurar, por así decir, la imagen imparcial de la Justicia, simplemente «moviendo» (tanto da, a estos efectos, si era removiendo o promovien-

⁽¹⁰⁵⁾ Basta para comprobarlo con leer los capítulos generales de las visitas (en gran parte íntegramente recogidos en las recopilaciones de Ordenanzas de nuestros tribunales), de entre los cuales yo destacaría para esto los que resultaron de la visita de Mendoza a la Chancillería de Valladolid, en 1525, un momento particularmente significativo.

⁽¹⁰⁶⁾ *Archivo General de Simancas, Cámara de Castilla*, leg. 2720 (Visita de F. de Herrera), s. fol.

do) a quien, por haberse arraigado en exceso, hubiere contraído peligrosas vinculaciones (107).

Este orden, plenamente coherente en sí mismo, tenía por finalidad garantizar la imparcialidad y justicia (al menos aparente) de unas decisiones que causaban ordinariamente un efecto irreparable, pero al alto precio de relegar completamente la definición de la justicia regia en la conciencia de los jueces, esto es, en la libre concurrencia de los votos emitidos por quienes se congregaban en acuerdo, secretamente, para sentenciar. Era un poder notable. De los votos que emitía el insigne Covarrubias, oidor en la Chancillería de Granada, decían los abogados que «heran bienes rayzes, porque nunca se mudavan» (108). ¿Nunca?

Como ha sido repetidamente puesto de manifiesto, el carácter absoluto del monarca posibilitaba la introducción de severos correctivos en este orden, por diversas vías actuados, en razón del interés político que en cada caso se ofreciere. De una parte, el principio de retención de justicia — ora mediante trasvases competenciales, ora merced a la avocación — permitía conocer en el Consejo, siempre a la vera del rey, cualesquiera pleitos que así interesase; S. DE DIOS ha demostrado cumplidamente la intervención regia, por medio de la consulta, en los pleitos que se tramitaban en el Consejo (109). De otra parte, siempre cabía aplicar un remedio extraordinario directamente a las Chancillerías (y, supongo, también a las meras Audiencias), esto es, la intervención regia, por vía de hecho, en el normal desarrollo de

(107) Se trata de supuestos como el que revela, p. ej., P. GIRON, en su *Crónica del Emperador Carlos V.* Ed. de J. Sánchez Montes (Madrid, 1964): tras la visita de Pacheco a la Chancillería de Granada (1535), se mandó a uno de sus oidores, el lco. Pisa, «pasar al Audiencia de Valladolid, porque pareció que así convenía porque tenía algunos pleitos con naturales de aquella ciudad y otras diferencias» (p. 52, que podría comprarse documentalmente).

(108) *Archivo General de Simancas, Cámara de Castilla*, leg. 2731, Libro (visita de Diego de Castilla): declaración del lco. Alonso de Castilla, oidor (4.V.1559): «Iren dixo que a visto al doctor Cobarrubias de Leyva, con quien a botado muchos pleitos, asy en vista como en remisión, lo que una vez botaba permanecer en el voto que avía dado, por todas las ynstancias, aunque fuese en tercera o quarta sala e nunca mudarse, aunque este testigo le advertía que avía ley contra su voto o determinación...; y hera tan amigo de su parescer que nunca se mudava y los abogados dizen del, por esta razón, que heran bienes...» (fol. 665 v.).

(109) S. DE DIOS, *El Consejo Real*, cit., pp. 458 ss.

la administración de justicia. Una intervención que registraba en la práctica, como es sabido, las más diversas posibilidades, no siempre sutiles ⁽¹¹⁰⁾, desde las cédulas de recusación (que excluyen, sin más, al juez de un pleito), hasta las que ordenan la determinación de un pleito por varias salas (que permiten lograr una mayoría cuando de otro modo es imposible de alcanzar). De todas ellas, la más prolifera fue, sin embargo, la encarnada por las batallonas cédulas de suspensiones de pleitos, que, al parecer, tras haber sido erradicadas en el curso del Quinientos, reaparecen con fuerza en el siglo XVII, en un contexto pleno de tensiones institucionales, que han llevado incluso a hablar de «una versión española de La Fronda» ⁽¹¹¹⁾.

Concluamos. Si bien se mira, en esos lances parecen enfrentarse dos tradiciones, dos mundos: el de los juristas, que actúa conforme a procedimientos de derecho, y el de los señores, que prefiere beneficiarse de las vías de hecho. No digo nada nuevo. Late aquí un hondo problema, que ha sido afrontado, desde diferentes perspectivas, por

⁽¹¹⁰⁾ He aquí un caso ejemplar: la extensa minuta de la Real Cédula de Valladolid, 26.I.1510, del rey Católico al presidente de la Chancillería de Granada, a propósito de las sentencias de vista y revista dictadas en ciertos pleitos de «calidad» entre los duques de Arcos y Medina Sidonia: el rey se declara «maravillado» de la forma de proceder seguida por los oidores y, sin recatarse de entrar en consideraciones acerca de cuanto los «derechos» disponen, protesta de que su actuación motiva «que se quexen las partes, y échanlo a fines muy contrarios de my intinçión y dan causa a que me importunen»; advierte «que por conservar el autoridad desa Audiencia, que es razón, no les enbyo a mandar públicamente de acá lo que deven hazer»; y, en consecuencia, les ordena que provean con el «menos inconveniente» que vieren «como el dicho agravio se remedie». Por último, encarga al presidente que tome juramento solemne de secreto a los oidores, «porque esto conviene... que nynguno lo pueda saber, ny pensar», y que, tras cumplirla, quemé la cédula; se acompaña otra de creencia (*Archivo General de Simancas, Estado*, leg. 1-2º, fol. 210). Diez años después, cuando los oidores tuvieron que justificar ante un visitador por qué habían quebrantado la Ordenanza y dejado de escribir en el libro de acuerdo sus votos relativos al pleito sobre el estado de Arcos, dijeron que, a la sazón, habían acordado: «que ni del libro del Acuerdo, ni de monesterio, ni de sagrario se confiase, syno sólo de la persona real», por legítimas causas que a la misma se darían si fuere servido (*ibid.*, *Cámara de Castilla*, leg. 2720 (Visita de F. de Herrera), s. fol).

⁽¹¹¹⁾ Cfr. OWENS, *Despotism*, cit., pp. 125-130 y cap. 4, *passim*, pero esp. pp. 158-160; KAGAN, *Lawsuits and litigants*, cit., pp. 49-50, 153-155, 223; HALICZER, *Los comuneros*, cit., pp. 266, 271-272; ALONSO ROMERO, *Las Cortes y la administración de la justicia*, cit., p. 547. Para la indicación final, R. A STRADLING, *Felipe IV y el gobierno de España (1621-1665)* (Madrid, 1989), pp. 201-202 (con cita de un ensayo de I.A.A. Thompson que no he podido localizar).

la historiografía: unos, ya lo vimos, hablan del ascenso de los letrados; otros, como OWENS, los sitúan como «arbiters» del conflicto social. Me conformaría con que mis observaciones, aunque torpes, sirvieran para invitar también a la mediación jurídica a participar en este feliz encuentro de orientaciones historiográficas, en torno a las Chancillerías y Audiencias castellanas ⁽¹¹²⁾.

⁽¹¹²⁾ Concluidas y en Prensa estas *Observaciones*, llegan a mis manos un par de nuevas aportaciones que, lejos de rectificarla, vienen a confirmar la tendencia aquí apreciada (cfr. II y III). P. GAN GIMENEZ, en *La Real Chancillería de Granada (1505-1834)* (Granada, 1988), presenta unas laboriosas “Tablas cronológicas” y “Fichas personales” de sus más cualificados componentes, precedidas por un bosquejo *saltuario* de la historia y el “personal” chancilleresco. Valiosas y sumamente útiles aquéllas, agota éste su interés en la aportación de nuevos datos, fundamentalmente relativos a los siglos XVII y XVIII. Por su parte, M.S. MARTIN POSTIGO ha proseguido sus investigaciones en la materia con la publicación, por el momento, de una lista de *Los Fiscales de la Real Chancillería de Valladolid*, en el *Anuario de Estudios Medievales*, 18 (1988), pp. 419-427.

JOSEP MARIA GAY ESCODA

NOTAS SOBRE EL DERECHO SUPLETORIO EN CATALUÑA DESDE EL DECRETO DE NUEVA PLANTA (1715) HASTA LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (1845) (*).

En la nueva planta de la Real Audiencia del Principado de Cataluña se estableció en su capítulo 56 que: «En todo lo demás que no está prevenido en los capítulos antecedentes de este decreto, man-

(*) Estas notas son avance en castellano del trabajo y edición de fuentes que sobre esta cuestión estoy desarrollando desde el decreto de nueva planta (1715) hasta la *Compilación de Derecho civil especial de Cataluña* (1960), dentro del proyecto de investigación *El derecho común y Cataluña* dirigido por Aquilino Iglesia con financiación de la CICYT.

Este tema ha suscitado abundante literatura, tangencial en su mayor parte, desde la obra de Dou, que ya se tratará oportunamente, a Pedro Nolasco VIVES Y CEBRIÁ, *Traducción al castellano de los Usages y demas derechos de Cataluña* (Barcelona, 1832¹) I, 91-96, quien sucintamente recoge las principales noticias sobre ello, mostrándose partidario de la vigencia de la constitución de 1599, y la de Bienvenido OLIVER, *Estudios históricos sobre el Derecho civil en Cataluña* (Madrid Barcelona, 1867), quien se detiene especialmente, con errores de datación que aún se arrastran, en el análisis de los expedientes iniciados en 1815 y 1828, cuyos principales documentos inserta, aunque de manera parcial y sesgada, ya que se trata de un extenso alegato de farragoso estilo en favor de la codificación civil. A estas dos últimas obras, de las cuales estas notas se reconocen deudoras en parte, remitimos al lector interesado, ya que omitimos su cita continuada. Una visión sintética en todos los territorios que la codificación motejará de forales se puede ver en Encarna ROCA TRÍAS, «El Código civil como supletorio de los Derechos Nacionales Españoles» en *Anuario de Derecho Civil* (1978) 227-286. A estos autores nada añaden sobre el período ahora analizado los que han escrito con posterioridad circunstancialmente sobre esta cuestión, incluyendo aquellos remisos en reconocer fuentes donde ciertamente abrevaron.

Por otra parte, este tema está de por sí engarzado con otros que sólo abordamos de paso desde la aplicación del derecho común en Castilla, al antirromanismo y regalismo borbónicos, pasando por los estudios jurídicos en la Universidad o el conflictivo proceso codificador. Materias que desde el artículo de Román RÍAZA, «El Derecho romano y el

do se observen las constituciones que antes había en Cataluña, entendiéndose que son establecidas de nuevo por este decreto y que tienen la misma fuerza y vigor que lo individualmente mandado en el» y en el capítulo 59 se ordenaba que se consultara al Rey «promptamente en los casos y cosas que se limitan y exceptúan, para que enteramente quede arreglado y perfectamente establecido el gobierno economico y politico de esse Principado y se mantengan mis vassallos en una uniforme paz y quietud y se administre rectamente la justicia que es el fin principal y lo que siempre he deseado.» (1). Se respeta con ello la mayor parte del derecho catalán en cuanto no sea contrario al decreto y a las regalías, aunque quedará subsidiario respecto de la nueva legislación que el soberano quiera establecer y que se haya publicado en el Principado, pudiendo la Audiencia, en su caso, consultar al Rey (2).

Derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII» en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* XII (1929) 104-124 han merecido la atención de algunos historiadores del derecho, cuyos trabajos se colacionarán en lugar oportuno.

(1) Se ha seguido la numeración de la cédula de 16 de enero de 1716, impresa en Barcelona, ya que en *Autos Acordados (...)* por el orden de títulos de las leyes de Recopilación (= AA) (Madrid, 1777) 3,2,16 (= *Novísima Recopilación de las leyes de España* (= NR) 5,9,1) se sigue otra refundiendo capítulos y omitiendo el escatocolo de la cédula, que no aparecía en el decreto de 9 de octubre de 1715. Pueden verse los informes de Ametller y Patiño, así como la deliberación del Consejo de Castilla, conducentes al establecimiento de la nueva planta de Cataluña en Josep-Maria GAY ESCODA, «La génesis 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* 81-1 y 2 (1982) 7-41 y 261-348.

(2) Sobre la evolución histórica del derecho catalán véase Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español. Lecciones* (Barcelona, 1988) 2, 347-423, 577-582, 714-717 y 724-738. La finalidad del decreto se explicita en la exégesis realizada por José Rodrigo, fiscal del Consejo de Castilla, en su informe de 5 de febrero de 1716: «(...) el intento prinzipal es establecer o declarar la soberanía absoluta y libre sin circunstancia alguna que la modifique (...), porque la soberanía y gobierno monárquico perfecto consiste en la facultad absoluta y libre en los príncipes de dar leyes a sus reinos y las constituciones antiguas que se mandan observar se podrán en virtud de estas cláusulas derogar, mudar, alterar como pareciere combeniente a su Magestad, siendo establezidas nuevamente en este decreto y teniendo la misma fuerza y vigor que él, porque las leyes que establezen los soberanos tienen por su naturaleza la rebocabilidad y se mudan y alteran, según tienen por combeniente, sin que se nezesite de otra explicación (...). Todo esto persuade que el real ánimo (...) en este decreto ha sido de declarar lo primero su real soberanía absoluta y sin restricción alguna en el Principado

Al no referirse el decreto específicamente al derecho supletorio la Audiencia recién establecida en Barcelona elevará consulta al rey en 9 de mayo de 1716 sobre qué estilos y prácticas deben prevalecer en ella, si los antiguos o los que pretenden introducir los ministros originarios de la Corona de Castilla. Las discrepancias versaban «en lo ritual y ordinario en que no haya expresa constitución para su determinación; pues para lo decisivo ay la constitución (...) del derecho que se ha de seguir en declarar las causas que dispone se hayan de decidir según constituciones y derechos de Cataluña y, faltando éstas, según la disposición del derecho canónico y, en su defecto, del derecho zivil y doctrinas de los doctores y que no se puedan determinar por equidad, sino regulada y conforme a las reglas del derecho y parecer de los autores sobre materias de equidad» (3). La disputa se zanjará con la real cédula de 28 de mayo de 1716, por la cual «He resuelto declarar que en todo lo que no se oponga ni sea contrario a las Regalías de mi Soberanía y expresado en mi Real decreto de formación de esa Audiencia se practique, siga y observe el estilo y costumbres que había en Cataluña, entendiéndose que todo lo que se execute en este particular es como si de nuevo fuesse establecido por esta mi real resolución con calidad que, si entre los estilos, práctica y costumbres (...) huviere algunos o algunas que a la Audiencia no le parezieren convenir, me consulte lo que se la ofreziera, para que, informado del perjuicio que de su observancia resulta, procure evitarlo» (4).

de Cataluña y de establecer gobierno en lo unibersal (...)» ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL, *Consejos Suprimidos. Legajo* (= AHN. CS. 1.) 17986.

(3) ARCHIVO DE LA CORONA DE ARAGÓN, *Real Audiencia* (= ACA. RA.) — *Consultas* — 120, 4v.-5v., la cita 5r. La constitución de 1599, que había sido solicitada por los brazos y concedida en toda su extensión, era la única del título «Del Dret se a de seguir en daclarar las causas» de la recopilación de 1704 y rezaba: «Axí be statuim y ordenam ab loatio, y approbatio de la presente Cort, que los Doctors del Real Consell hajan de decidir y votar les causes ques portaran en la Real Audiencia conforme, y segons la dispositio dels Usatges, Constitutions, y Capitols de Cort, y altres drets del present Principat, y Comtats de Rossello, y Cerdanya, y en los casos que dits Usatges, Constitutions, y altres drets faltaran, hajan de decidir les dites causes segons la dispositio del Dret Canonic, y aquell faltant del Civil, y Doctrines de Doctors, y que no les pугan decidir ni declarar per equitat, sino que sia regulada, y conforme a les regles del dret comu, y que aportan los Doctors sobre materia de equitat» (*Constitutions y altres drets de Cathalunya* — 1704 — (= 3ª CYADC) I. 1,30,1).

(4) ACA. RA. — *Cartas Acordadas* — 6, 19v-20v. Sobre los conflictos planteados entre ministros catalanes y foráneos con el establecimiento de la nueva Audiencia *vid.*

Resulta claro, por tanto, que la cuestión del derecho supletorio del derecho propio catalán no suscitó duda alguna en cuanto a la revalidación de la constitución de 1599 por el decreto de nueva planta, descartándose que lo fuera el derecho castellano, especialmente *Nueva Recopilación y Partidas*. ⁽⁵⁾. Sin embargo esta cuestión

María de los Ángeles PÉREZ SAMPER, «La formación de la nueva Real Audiencia de Cataluña (1715-1718)» en Pedro MOLAS RIBALTA *et alii*, *Historia social de la Administración española. Estudios sobre los siglos XVII y XVIII*. (Barcelona, 1980) 183-246.

⁽⁵⁾ Así la Audiencia informará el 10 de junio de 1728 sobre pretendientes a una plaza de administrador de la Tabla de comunes depósitos de Barcelona que alguno tenía la tacha de su edad «considerando la Audiencia ser precisa la de veinte y cinco cumplidos para semejantes oficios públicos, según la disposición de derecho común, por el que a falta de derecho municipal y disposición canónica se nivelan las resoluciones en este Principado (...) no pudiendo la Audiencia argüir de las leyes de Castilla que en los casos particulares en que hablan necesitan sólo la edad de diez y ocho años para obtener officios de Regidores y otros, por no estar éstas en observancia en este Principado (...)» ((ACA. RA. — *Consultas* — 140, 189v-209r, la cita 191r.). En un recurso sobre visitas de escribanos ante la recriminación del fiscal del Consejo de Castilla de «que no puede alegar el Cabildo razón alguna digna de atención (...) contra una providencia gubernativa, establecida por ley, decretada por V. Magd (...) y como si, publicadas las leyes de Castilla y abolidos los fueros de Cataluña, no lo quedasen también los privilegios oppuestos a ellas mayormente los que son exorbitantes y repugnan no sólo a las leyes de Castilla, sino al mismo derecho común y aun a la razón natural (...)», la Audiencia en su informe de 3 de noviembre de 1752 replicaría que «No han sido establecidas ni publicadas en Cataluña las leyes de Castilla, como lo dize la respuesta fiscal, antes bien en el capítulo 56 del decreto de la nueva planta (...) expedido a consulta del Consejo y con previo informe de calificados ministros que es la ley fundamental del gobierno de este Principado se ordena y dispone (...)». ACA. RA. — *Consultas* — 473, 397r-402v, las citas 398v-399r. Conviene recordar, sin embargo, que la inaplicación en la práctica de la prohibición de recurrir al *ius commune* impuesta por *Ordenamiento de Alcalá y Leyes de Toro* indujo a reiterarla, así en auto de 4 de diciembre de 1713: «(...) i lo que es mas intoleable, creen que en los Tribunales Reales se deven dar mas estimación a las Civiles, i Canonicas, que á las Leyes, Ordenanzas, Pragmaticas, Estatutos, i Fueros de estos Reinos, siendo assi que las Civiles no son en España leyes, ni deven llamarse assi, sino sentencias de Sabios, que solo pueden seguirse en defecto de lei, i en quanto se ayudan por el Derecho Natural, i confirman el Real, que propriamente es el Derecho Comun, i no el de los Romanos, cuyas leyes, ni las demas estrañas no deven ser usadas, ni guardadas (...) en los casos dudosos toca solo al Rei, como Legislador, la interpretacion, i declaracion; por huir de este medio, se recurre las mas veces á las leyes, i Autores Estrangeros, de que se ha seguido el abandono, y ruina de las principales Regalías (...) ha acordado el Consejo encarar (...) atencion de observar las leyes Patrias con la mayor exâctitud (...)» (AA 2,1,1, = NR 3,2,11 nota 2), con nueva repetición en auto de 29 de mayo de 1741: «(...) en lu-

suscitaría dudas desde mediados del siglo XVIII, iniciándose primeramente por la vía doctrinal para seguir por la legislativa y concluir en sede judicial.

En el primer caso podemos centrar la atención en un autor exclusivamente ambicioso y en una censura impuesta por el Consejo de Castilla.

El autor es Tomás Manuel Fernández de Mesa — Ferrandis, en valenciano — y su obra *el Arte histórica legal de conocer la fuerza y uso de los derechos Nacional y Romano en España*, impresa en Valencia en 1747. Tras partir de la afirmación de que «No comprehendo aquí en nombre de Derecho Nacional el proprio de cada Reyno de España (...) comprehendo solo el que lo fue general o aora lo es de Castilla, o el que como origen conduce para la inteligencia de este (...)», sigue en otro lugar para exponer que «(...) aunque dichos Reynos [Navarra y Cataluña] no devan obedecer las leyes de Castilla [*Nueva recopilación, Autos Acordados y Partidas*], ni a ellos les huviesse obligado la ley de Don Fernando, con todo devieran abrazarlas como leyes de sus soberanos, porque los demás Reyes de España (...) han manifestado ser esta su voluntad», y finalmente concluye que «De todo lo dicho se infiere que aunque no por esto devan los Reynos agregados abandonar sus leyes municipales, porque las comunes no las derogan, pero en falta de su proprio derecho, juzgo que es inobediencia el no usar de estas leyes generales, e irse a buscar las estrañas.». Cabe resaltar también en esta obra el hecho de estar redactada en romance, ya que «escribo en Español, porque lo soy y no quiero darte más escusa.»⁽⁶⁾.

Toda obra tiene el valor que se le quiera reconocer y, a pesar de que algún coetáneo nuestro la ha calificado de clásica, puede ser una

gar del Derecho de los Romanos, se restableciesse la lectura, i explicacion de las leyes Reales (...) se uviessse de dictar el Derecho Patrio, pues por él, i no por el de los Romanos deven substanciarse, i juzgarse los pleitos (...)» (AA 2,1,3). El proceso que condujo a esa inaplicación gracias a la doctrina jurídica ha sido estudiado por Carlos PETIT, «Derecho común y derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XVI-XVII)» en *Tijdschrift voor RechtsGeschiedenis* 50-2 (1982) 157-195, constatando también las reacciones antirromanistas que anuncian las del siglo XVIII (190-194).

⁽⁶⁾ Las citas corresponden al prólogo *in fine* y 104-105. *Vid.* sobre esta obra el aceptado análisis de Peset en Gregorio MAYANS Y SISCAR, *Epistolario IV. Mayans y Nebot (1735-1742). Un jurista teórico y un práctico*. Transcripción, notas y estudio preliminar de Mariano Peset (Valencia, 1975) XCII-XCV.

vía más fructífera ver qué autoridad se le reconoce por los coetáneos del autor. En este caso gozamos de la impresión de Mayans (7) que durante su elaboración comunicó a un corresponsal: «(...) pero a Ferrandis ¿de dónde le viene el escribir en latín? Quería que yo se lo enmendasse. ¿Cómo cabe la enmienda siendo más los errores que las palabras? I si la manera de discurrir es delirante que ha de hacer uno sino escusarse (...) En adelante no espere de mí ni alabanza porque no la merece, ni corrección por su insolencia, ni desengaño porque no le quiere. Busque otros censores que, aplaudiéndole, infamen su memoria, mientras duren sus escritos y no acaben los Letores de limpiar con ellos sus traseros (...)» (8). Crítica que confirmó caritativamente con un lenguaje menos escatológico en su opúsculo *Advertencias de Don Miguel Sánchez* que en relación con lo que hemos examinado le recrimina: «Me parece que no sabe U.M. que las leyes solamente obligan a aquellos súbditos a cuya obligación se enderezan; y por esso da U.M. a las de Castilla mayor extensión que la que tuvieron al principio, queriendo que obliguen en el Reino de Aragón, en el de Navarra, i en el Principado de Cataluña» (9). Estas adverten-

(7) Vid. sobre Gregori Mayans i Siscar las obras de Vicent PESET, *Gregori Mayans i la Cultura de la Il·lustració* amb un pròleg d'Antoni Mestre. (Barcelona-València, 1975) y Antonio MESTRE, *Historia, Fueros y actitudes políticas. Mayans y la historiografía del XVIII*. Prólogo del Dr. E. Giralt y Raventós (Valencia, 1970) y *Èl mundo intelectual de Mayans* (Valencia, 1978).

(8) MAYANS, *Epistolario*. IV... 700, carta de 16 de junio de 1742, época en que Fernández de Mesa pensaba escribir en latín una obra sobre *Partidas*, cuyos materiales le servirían para perpetrar ésta. Juicios similares pueden verse en toda su correspondencia de ese decenio con Finestres, Nebot, Burriel, Pérez Bayer etc... El tema no era nuevo en la literatura jurídica, pero sí su aceptación vehementemente por jurista, aunque valenciano, de la «Coronilla», basándose no en ley del reino vecino, sino en voluntad regia que convierte en hegemónico un derecho castellano de origen. Diferente parece ser el caso de Franco de Villalba en la segunda edición en 1743 de su obra *Fororum atque observantiarum Regni Aragonum* (...) que sólo disladamente lo admite, contradiciendo otros pasajes de su obra y el mismo pasaje de su primera edición, véase ROCA, *El Código*... 233-236. Caso distinto, pero no distante, es el de Portugal estudiado por Bartolomé CLAVERO — con un Arevalo en índice —, «*Lex Regni Vicinioris*. Indicio de España en Portugal» en *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra* 58 (1982) 239-298, con su cita inicial de Duck.

(9) Miguel SÁNCHEZ (= Gregori Mayans), *Advertencias de D. Miguel Sánchez dadas al doctor don Thomas Ferrandis de Mesa i Moreno, abogado de los Reales Consejos* (Madrid, 1748). Se ha utilizado su reedición MAYANS Y SISCAR, *Obras completas*. Edición preparada por Antonio Mestre Sanchís. (Olive, 1985) IV, 522.

cias serían elogiadas por Finestres ⁽¹⁰⁾, quien aseguró a Mayans que «tuve un buen rato observando con que método, claridad y brevedad haze patentes los enormes errores del libro de Ferrandis y la intolerable jactancia y vana satisfacción del autor (...) no sé como ahora se atreverá a levantar la cabeza, pues apenas podrá paliar uno u otro error de tantos y tan crasos que V.M. a manifestado a todo el mundo. Ferrandis escribió acosado del deseo de gloria. Y ésta ha parado en ignominia» ⁽¹¹⁾. Erraron ambos en su predicción, ya que el

⁽¹⁰⁾ Véase sobre Josep Finestres i de Monsalvo las obras de Ignasi CASANOVAS, *Josep Finestres. Estudis biogràfics. Estudi preliminar. Elogi funeral. Vida i Escrits. Documents* (Barcelona, 1932); Josep Finestres, *Epistolari I-II* (Barcelona, 1933-1934) y Miquel BATLLORI, *Josep Finestres. Epistolari. Suplement* (Barcelona, 1969).

⁽¹¹⁾ La cita es de su carta de 14 de abril de 1748 (CASANOVAS, *Epistolari I*, 382-383). Fernández de Mesa también había intentado que Finestres se convirtiera en cantera y cita, sin embargo éste se le expulgó, según comunicó a Mayans: «yo, prevenido con el aviso de V.m., le respondo desviando su intención con la excusa de no tener noticia cabal de las leyes de España, porque ni las usamos ni las tenemos» (carta de 17 de febrero de 1746. CASANOVAS, *Epistolari I*, 358). Ya publicado el libro escribió a Mayans que «Según lo poco que he hojeado el libro (...) comprendo que el autor muestra bastante ingenio y aplicación, pero poco juicio y mucha ambición de gloria, junto con vanidad y audacia (...)» y a Dou i Solà: «No penso vèurer a Mesa fins a concludida la lectura de Feixoo, però de passo he vist que pretén que los catalans estant obligats a seguir las lleys de Castilla en falta de las municipals, antes que lo dret comú romà: *quid tibi videtur?*» (cartas de 24 y 28 de marzo de 1748 respectivamente, CASANOVAS, *Epistolari I*, 379-380 y BATLLORI, *Josep Finestres...* 121). Ciertamente su opinión no modificó la de Finestres, quien en escritos posteriores quiso hacer patente la vigencia de la constitución de 1599, así al afirmar que, si además de las causas expresadas en *Us. 77 Exheredare*, «Jam vero dubitari potest, an causae axheredationis hic non expressae suppleri debeant ex constitutione Justiniani *Nov. 115* (...) Sed mihi dubium est nullum, jus nostrum vetus municipale caeteris a Justiniano enumeratis causis augendum, postquam sancitum est a Philipo II in Comitibus Barcinonensibus (...) casus a jure nostro, vel canonico non decisos secundum jus civile decidi oportere» (*Praelectiones Cervarienses, sive commentarii academici ad titulum Pandectarum de liberis et postumis* (...) et ad titulum de acquirenda vel omittenda hereditate (Cervariae Lacetanorum, 1750) 127). Años más tarde seguía manteniéndola, aún de modo más diáfano, como principio de su salutación al lector: «Saepenumero memoria recolens quam pauci nostratium Catalaunorum ad Jus Romanum illustrandum animum appulerint, non sine causa, ut mihi videtur, miratus sum. Non enim hi sumus, ad quos Legum Romanarum, divini atque humani juris fontis uberrimi, doctrina parum spectat, quum ea nos obstringat ubi Leges Patriae, vel Canonicae super re controversa nihil disponunt (...). At quanta occurrunt negotia neque Municipali, neque Canonico Jure decisa? Innumera sane. Istud namque paucissima admodum continet, quorum in saecularibus Tribunalibus usus sit ullus; illud vero quum intra arctos fines coerceatur, dubiorum quae ferquenter suboriuntur decisionibus non

autor consiguió lo que pretendía, haciendo un satisfactorio *cursum honorum* como togado ⁽¹²⁾.

La censura se realizó sobre la obra de Cristófol de Potau *Articuli Iuris*, editada póstumamente en Barcelona en el año 1759. En el número 177 de esta alegación se afirmaba por el autor que la excepción de cosa juzgada era perentoria de acuerdo con el derecho común y la doctrina jurídica, a los cuales había que recurrir en defecto de derecho propio según lo prevenido en la constitución de 1599. La licencia de impresión se concedió con tal que en letra bastardilla se le añadiera como ladillo la siguiente nota: «Haec autem procedebant jure veteri, atamen jure novo ad Principem recurrendum est et servari debent ea quae statuta sunt Regio Phelipi V die decimosexto Januari anno millesimo septemgentesimo decimosexto sive auto acordado sexto titul. 2. libr. 3 Collectionis Regiarum Constitutionum Hispaniae idemque observari oportet in his quae in hoc opore dicta sunt de ritibus et stilo Audientiae veteris Cathaloniae quae ad novam formam poenitus redacta fuít et hoc jure utimur» ⁽¹³⁾. Nota

sufficere quotidiana docemur experientia; quemadmodum et aliis accidere solet, qui Municipalibus legibus utuntur. Quid enim complexu suo continet Jus nostrum? Usaticos nempe, qui fere omnes obsoleverunt; Consuetudines Feudorum, et Servitutum, Pragmaticas Sanctiones nonnullas, et Constitutiones in Comitibus factas. Sed quam in his omnibus exigua sit pars eorum quae in Tribunalibus agitari soleñt, nemo non intelligit» (*In Hermogeniani Jurisconsulti Epitomarum Libros VI Commentarius*. (Cervariae Lacetanorum, 1757) I, s.p.).

⁽¹²⁾ Murió en 1772 siendo oidor de la Audiencia de Valencia. Véase Pedro MOLAS RIBALTA, «Las Audiencias borbónicas en la Corona de Aragón» y «Militares y togados en la Valencia borbónica» en MOLAS, *Historia social...* 117-164 y 165-181, especialmente 160 y 181; Vicente XIMENO, *Escritores del Reyno de Valencia, chronologica-mente ordenados (...)* (Valencia, 1749) II, 304 y Justo Pastor FUSTER, *Biblioteca valenciana de los Escritores que florecieron hasta nuestros dias (...)* (Valencia, 1830) 2, 64-65.

⁽¹³⁾ Christoforo de POTAU, *Articuli Iuris, in duas distributi Partes, in quibus forenses quaestiones (...)* (Barcinone 1759). La licencia del Consejo rezaba: «Don Juan de Peñuelas, secretario de Cámara (...) por lo tocante a los Reynos de la Corona de Aragón. Certifico que por los Señores de él [Consejo] se ha concedido licencia (...), para que por una vez pueda reimprimir, y vender el libro (...), con que (...) de letra bastardilla se ponga al número ciento setenta y siete la Nota de el tenor siguiente: *Haec autem (...)* Madrid a primero de agosto de 1760» y la afirmación realizada en dicho número por Potau era: «Quae enim sententiae, (ne dicam opinio) quod exceptio rei judicatae est peremptoria, juri communi et communi Doctorum et Senatuum votum est conformis ut ex (...) Et nos in Cathalonia ab ea sententia non licet recedere cum per jura patriae *in cap.*

que sería recordada en 1781 por Mujal en sus *Annotationes* para corroborar su propia incertidumbre pública sobre la vigencia de la constitución de 1599 ⁽¹⁴⁾.

La vía legislativa se abriría en 1768, cuando el conde de Fuentes, consejero de Estado, presidente del Consejo de Ordenes y embajador ante su Majestad Cristianísima elevó un memorial al Consejo de Castilla el 26 de febrero de dicho año ⁽¹⁵⁾. Cabe recordar que el 30 de enero Clemente XIII había expedido el conocido monitorio de Par-

40 *const. anni 1599 caveatur deficientibus patriae legibus, judicandum fore secundum jus canonicum, et in defectum juris Canonici secundum jus Civile (...)*. (POTAU, *Articuli...* s.p. y p. 59 n. 177).

⁽¹⁴⁾ Joannis Antonii de MUJAL ET DE GIBERT, *Noviter digestae Justiniani Institutionum juris et Patrii Catalauniae Annotationes, bene multis indicatis fontibus ex quibus aquam haurire liceat*. (Cervariae 1781) 9-10, donde tras afirmar la validación de las constituciones por el decreto de nueva planta se plantea: «Si vero id demum sciteris an illis deficientibus judicandum sit secundum jus canonicum et ubi hoc deficit, secundum jus civile ut ex cap. 40 Const. anni 1599 aiebat D. Christophorus de Potau in suis juris articulis (...)? In promptu est responsio mea, ex nota scilicet quam Supremus Castellae Senatus (licentiã nempe dictum opus iterum (...)) ibi apponi jussit, quae hisce verbis concepta est: Hoc autem (...)». Esta incertidumbre quizá oralmente sería menor, puesto que Finestres contaba a su discípulo Ramon Llätzer de Dou i de Bassols que: «D. Juan Mujal quiere hacer imprimir un opúsculo (...) Parece deve ser obra de su genio estrecho, porque dijo que era de *Oservatione legum*, en que tal vez nos querrá sugetar a las leyes de Castilla» y en fecha posterior «Mujal hace imprimir en Madrid su célebre opúsculo que tal vez no se ha atrevido a hacerlo en Cataluña. Tengo por cierto que proseguirá su desbarro, y será cosa de muy mal exemplo y perjudicial. Veremos si parirá un monstruo.» (cartas de 25 de agosto y 5 de septiembre de 1774 CASANOVAS, *Epistolari* II, 553 y 555). Solamente en relación al derecho supletorio se equivocó Finestres, ya que el catedrático de Cervera alumbró su *Desengaño al público con pura y sólida doctrina. Tratado de la observancia y obediencia que se debe á las Leyes, Pragmaticas Sanciones y Reales Decretos; y ninguna fuerza en nuestro Estado Monarquico de las costumbres que sin consentimiento del Principe se introducen en contrario; é interpretaciones que se dan por los subditos; y finalmente que no depende el valor ó fuerza de la ley del Soberano de la aceptación de los Subditos, ni estos tienen libertad para dejar de aceptarla y observarla*. (Madrid 1774).

⁽¹⁵⁾ Salvo indicación contraria se sigue la consulta original del Consejo de Castilla de 27 de septiembre de 1768, en la que «En vista del memorial presentado por el conde de Fuentes de motivo de haver remitido la Real Audiencia al tribunal eclesiástico el pleyto y demanda que introdujo en ella contra el cavildo de la santa yglesia de Lérida sobre reivindicación del dominio, señorío y vasallaje del estado de Montagut dize a V.M. su parecer» (AHN. CS. I. 6857 n. 17). Extractada se puede ver en ARCHIVO GENERAL DE SIMANCAS. *Gracia y Justicia* (= AGS. G.J.) I. 209. El primer memorial se halla en ACA. RA. — *Villetes* — 1001, 172v-175v.

ma que constituía un ataque directo a la soberanía de los reyes al supeditarlos a la potestad pontificia. ⁽¹⁶⁾. Obviamente las ramas borbónicas hicieron tronco común, alzándose frente a las pretensiones papales, que revivían lo señalado en la bula *In Coena Domini*. Así el Consejo de Castilla prohibiría su circulación por provisión de 16 de marzo. ⁽¹⁷⁾. En este clima de defensa de las regalías se presentó un segundo memorial por el citado conde, ahora ante el Rey, que se remitió al Consejo por orden de 8 de julio. En él exponía que como sucesor del lugar de Montagut, cuya posesión detentaba el Cabildo de Lérida, había interpuesto demanda ante la Audiencia de Barcelona, a la cual se opuso excepción declinatoria por considerar el Cabildo

⁽¹⁶⁾ Se puede ver en Petri GASPARRI, *Codicis Iuris Canonici Fontes* (Romae 1924) II, 614-620 n. 464, quien remite al tomo, que no se ha podido consultar, *Bullarii Romani Continuatio* (Romae 1835-1858) 3, 483-489. Sobre la repercusión de esta constitución apostólica «Alias ad Apostolatus» véase Teófanos EGIDO. «Regalismo y relaciones Iglesia-Estado (s. XVIII)» en *Historia de la Iglesia en España. IV. La Iglesia en la España de los siglos XVII y XVIII* dirigida por Antonio Mestre Sanchis. (Madrid 1979) 193-196 y 240-242 y Rafael OLAECHEA, *Las relaciones hispano-romanas en la segunda mitad del XVIII. La agencia de preces* (Zaragoza 1965) II, 397-403 y 631-632.

⁽¹⁷⁾ En 16 de marzo de 1768 se expedirían la *Real Provisión de los Señores del Consejo de S.M. para recoger a mano todos los exemplares (...) de cierto Monitorio que parece haberse expedido en 30 de Enero de este año la Corte Romana contra el Ministerio de Parma y que lo mismo haga de otros qualesquier Papeles, Letras ó Despachos de dicha Curia que (...) puedan ofender las regalías; o qualesquier providencias del Gobierno (...) y la Carta Acordada del Real y Supremo Consejo (...) previniendo lo que se había practicado en el Reyno para evitar el uso de las censuras de la Bula In Coena Domini*. (Recogidas ambas íntegras en el «Apéndice de Documentos» del *Juicio Imparcial sobre las letras, en forma de breve que ha publicado la curia romana, en que se intentan derogar ciertos edictos del Serenísimo Señor Infante Duque de Parma y disputarle la Soberanía Temporal con este pretexto* (Madrid, 1769²) 37-48; a la regueriana manera en NR 2,3,8 y 14 notas 21 y 22. La *Gazeta de Madrid*, por su lado, inició una campaña de publicación de las prohibiciones dictadas por los soberanos extranjeros así en 15 de marzo y 19 de abril (Parlamentos de París y Toulouse respectivamente), 12 de julio (Fernando IV de las dos Sicilias), 9 de agosto (Francisco III de Módena), 9 de agosto y 22 de noviembre (María Teresa de Austria) y 29 de noviembre (Fernando de Parma). También la misma *Gazeta* anunció el 23 de agosto que se hallaba a la venta la conocida obra regalista de Juan Luís LÓPEZ MARTÍNEZ, «*Historia Legal de la Bula llamada in Coena Domini*, dividida en tres partes (...) desde el año de 1254, hasta el de 1698. Recopilado por el Sr. D. Con un Apéndice de varios Documentos y Monitorios; y al fin el Discurso Legal del Sr. D. Joseph de Ledesma, Fiscal del Consejo». (vid su descripción en Antonio PALAU Y DULCET, *Manual del librero hispano-americano* (Barcelona 1954²) 7, 647-648 que es la única edición que registra).

que debía conocer la jurisdicción eclesiástica. La Audiencia desestimó dicha excepción por auto de 12 de marzo de 1766, que a pesar de ser firme fue suplicado por el Cabildo. La súplica fue estimada y se revocó ése por auto de 10 de noviembre «(...) remitiendo al juez eclesiástico con la mayor extrañeza una causa de regalía y de mayoría de que los jueces eclesiásticos eran incapaces de conocer haciéndose reparable el fiscal por su silencio tan perjudicial a la soberana real jurisdicción. Y siendo ésta imprescriptible en esta línea y entre las regalías la más principal en que se interesaba el Reino y la Monarquía (...) concluyó suplicando que se remediase el daño que a la regalía había ocasionado la determinación de la Audiencia de Barcelona, reintegrando a la jurisdicción real en el conocimiento de la causa (...)».

La Audiencia de Barcelona ya había informado en ese momento a partir del primer memorial a requerimiento del Consejo. En su informe de 19 de mayo de 1768 expuso que había admitido la súplica del auto de 12 de marzo de 1766, puesto que «Si bien por lo dispuesto en las leyes de la partida y nueva recopilación es común y generalmente recibido en los Consejos y Tribunales de la Corte, Audiencias y Chancillerías del Reyno que no se admita suplicación de autos de esta naturaleza (...) queda establecido por inconcusa práctica en este tribunal, en falta de ley particular por no tener aquéllas fuerza de tales en Cataluña, lo dispuesto por derecho canónico en que son suplicables dichos autos según queda prevenido por estas constituciones y derecho municipal (...) Esta disposición canónica que, sin duda, sirve de ley en esta provincia queda authorisada con repetidas declaraciones de tribunales reales (...)». Para su revocación tuvo en cuenta lo dispuesto en la concordia de la reina Leonor y el cardenal de Cominges de 1372 y la doctrina expuesta por Acaci de Ripoll y Miquel Cortiada ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ El memorial había sido remitido en carta acordada de 12 de abril de 1768, comunicando que el Consejo, previa exposición fiscal, había resuelto que la Audiencia informara sobre su contenido «expresando las motibos que tubo para admitir la suplicación interpuesta (...) en qué razones se fundó (...) para rebocar aquel auto (...) a quién estimó por tal juez en una materia en que se trataba de la reibindicación de un pueblo con su jurisdicción (...) quiénes fueron los ministros que votaron ambos recursos y si hubo o se escribieron algunos votos particulares y finalmente que los ministros que hagan el informe puedan separadamente exponer lo que tubieren por conveniente para noticia del

Esta exculpación pasó a manos del fiscal Campomanes ⁽¹⁹⁾, bien conocido por su *Juicio Imparcial* sobre el monitorio de Parma y sus

Consejo (...)» (ACA.RA. — *Cartas Acordadas* — 563, 113v-114r). La Audiencia acordó el 21 que pasara a la sala del Sr. Ferran; así se hizo para posteriormente informar. (ACA.RA. — *Expedientes* — 915, 279r). En cuanto al auto inicial fue aprobado por mayoría de 3 a 2 y en el segundo se estimó la declinatoria por 4 votos, incluido el Regente, a 2. Se basaron esencialmente en la jurisprudencia recogida por Ripoll y Cortiada con diferentes declaraciones en este sentido del Canciller, juez tercero de Competencias, «siendo la más expresa y recomendable la que que trae en un caso muy semejante el citado Don Acacio en el pleito que Don Rafael de Biura seguía en la antigua Real Audiencia sobre el lugar de Artes con su jurisdicción contra el monasterio de Monserrate (...) en que, opuesta por el monasterio la excepción declinatoria y, habiendo acudido el eclesiástico para que le defendiese en su fuero, el Cancelario la declaró a favor del monasterio, sin embargo que, no sólo se hallaba contestado, si que también substanciado el pleito en 19 de noviembre de 1616, después de haver convocado y ohido todos los ministros de las tres salas de esta Audiencia en atención de haver el Sr. D. Phelipe 3º recomendado esta causa a solicitud de Biura en favor de la jurisdicción real «ACA.RA. — *Consultas* — 808, 155r-161r: la cita 159v-160r; extractada en la consulta del Consejo *supra* citada). La concordia citada fue firmada en Barcelona el 11 de junio de 1372 para resolver los conflictos de competencias entre ambas jurisdicciones; debían resolver dos árbitros nombrados por las partes, en caso de desacuerdo decidía un juez tercero, el canciller u otro eclesiástico nombrado por la parte laica, siendo su decisión firme. (3ª CYADC II, 1,2,4; 3,2,1; 9,14,1 y 10,4,2). La jurisprudencia alegada se recogió por Acacii Antonii de RIPOLL, *Variae Iuris resolutiones, multis diversorum Senatuum decisionibus illustratae*. (Lugduni 1630) 28-30 n. 199-224 y Michaele de CORTIADA, *Decisiones (...)* *regii Senatus Cathaloniae* (Barcinone 1661) I, 105-106 n. 6 (= 5); (Barcinone 1686) III 396-418. *Vid.* sobre esto Guillem Maria DE BROCA, *Historia del derecho de Cataluña especialmente del Civil y Exposición de las Instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia* (Barcelona 1918, anastática 1985) 272-273 y Victor FERRO, *El dret públic català. Les Instituciones a Catalunya fins al Decret de Nova planta* (Vic 1987) 127-133.

⁽¹⁹⁾ Sempere había atribuido a José Moñino, conde de Floridablanca, el dictamen en esta materia que sintetiza sesgadamente como «*Respuesta fiscal en el expediente causado con motivo de haver remitido la Real Audiencia en Cataluña al tribunal Eclesiástico el pleyto y demanda introducida por el Señor Conde de Fuentes, contra el Cabildo de Lérida (...)* Se prueban en ella dos principios de nuestra jurisprudencia que parece se habian querido obscurecer. El primero, que faltando ley expresa en las Constituciones de Cataluña, para la decisión de alguna causa, no se debe recurrir al derecho canónico, como han escrito muchos Autores, sin el mayor conocimiento de nuestra legislación; sino que en tal caso se ha de acudir a las de Castilla (...).» (Juan SEMPERE GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III* (Madrid, 1787) 4,95). Sin embargo la consulta es bien explícita, por una vez, al respecto: «El fiscal de lo cibil Don Pedro Rodríguez Campomanes por ausencia del de lo criminal, en respuesta del día 8 del presente mes dice (...)» AHN. CS. l. 6857 n. 17.

alegaciones fiscales en el expediente del obispo de Cuenca entre otras ⁽²⁰⁾, quien como primera providencia a adoptar expuso en su dictamen fiscal de 8 de septiembre de 1768 que se reprendiera severamente al fiscal de Barcelona «(...) porque a la verdad si el oficio fiscal enmudece, quando el tribunal donde reside abusa de su autoridad, las regalías de la Corona o los derechos públicos (...) están expuestos a perecer y a introducirse estilos y prácticas perjudicia-lísimas a la autoridad soberana.»

En relación a la admisión de la súplica del primer auto consideró intolerable tal hecho que «Mucho menos la indemniza la especie que apunta la Audiencia de que en defecto de constitución de Cataluña se debe recurrir al derecho canónico, porque semejante aserción es una ofensa de la autoridad real, puesto que las constituciones de Cataluña se miran como un derecho datibo que estableció en esta conformidad el Señor Phelipe V y, por consiguiente, en falta de ley clara reconocen los Doctores y, en especial, Olano ⁽²¹⁾ hablan-

⁽²⁰⁾ Así en su *Juicio Imparcial...* especialmente las secciones VI, VII y X, en esta última en su n. 55 afirma: «No hay cosa más natural que el Clero en las cosas tocantes á la sociedad civil, acuda a los Tribunales Reales, como únicos competentes; así como los legos van á los Eclesiásticos en lo que pertenece á Sacramentos y cosas espirituales» (p. 202); también expresivo de un talante su *Memorial ajustado hecho de orden del Consejo pleno, a instancia de los Señores fiscales, del expediente consultivo, visto por remisión de Su Magestad á él, sobre el contenido y expresiones de diferentes Cartas del rev. Obispo de Cuenca D. Isidro de Carbajal y Lancaster* (Madrid, 1768), que tuvo como consecuencia la reprensión de dicho obispo ante el Consejo (NR 18,10 nota 7). También José ALONSO, *Colección de las alegaciones fiscales del Excmo Señor Conde de Campomanes* (Madrid 1841) II, 40-99 y 331-438. Vid. OLAECHEA, *Las relaciones...* I, 319-321.

⁽²¹⁾ Juan MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia et noua reductio antinomiarum iuris communis ac regii Hispaniarum* (Burgis 1575) en su *Praefationes eiusdem authoris* n^{os}8-26. Que Campomanes se aferre a una directriz política como la de Olano debía responder también a deseos propios, ya que es dudoso que mostrara tan supino desconocimiento del ordenamiento jurídico navarro. Desconocimiento también harto dudoso en alguien amante de rebuscar legislación por anticuada que pareciera como Andrés Burriel al afirmar que tal labor «(...) importa mucho, y á muchos mas de los que se cree. Pues no solo importa a los Abogados de Castilla y Leon, y de los demás reynos que tienen por derecho el de estas coronas (...), sino tambien importa mucho dentro de España a los Letrados de los reynos y Provincias, que dentro de España se gobiernan por su propio Fuero. Navarra, por exemplo (y lo mismo habia de decirse de Vizcaya, Alava y Guipuzcoa) tiene su Fuero privativo. Sin embargo, un Juez y un abogado de Navarra, después del Fuero, ¿qué deberá estudiar, saber y entender mejor? ¿El Derecho Civil, ó

do de las leyes de Navarra que, en su defecto, se debe recurrir a las de Castilla, como leyes generales de la Monarquía y tales son las de Partida conforme a las antiguas usanzas de toda España (...) Las disposiciones del derecho canónico en lo civil nunca pueden preferir a las leyes generales del reino ni dar forma para el modo ordinario de sustanciar los procesos (...) y quando más pueden tener la fuerza de autoridades recomendables y preferentes a la de particulares jurisconsultos».

«Quando las antiguas constituciones se establecieron, en Cataluña tenía sus Cortes y gobierno separado, pero actualmente es cosa muy diversa, porque aquella provincia hace una parte integrante de la Monarquía y las leyes y usos generales de el Reino trascienden a ésta y demás provincias que le componen y lo demás sería someter la autoridad real a un derecho extraño e incompetente».

«Navarra tiene leyes diferentes y, con todo, sus escritores convienen que, en defecto de las propias, se debe recurrir a las generales del Reino, y es además de eso un principio constante del derecho público, sobre que conviene advertir a la Real Audiencia por regla general, porque no quede a su arbitrio seguir o no las leyes y acojerse al derecho canónico (...) que sería lo mismo que dejar arbitraria la ritualidad de los juicios (...) No se habría detenido el Fiscal tanto en

el Derecho de Castilla? Yo quiero que responda un insigne Navarro (...)», que obviamente es Martínez de Olano, y en base a su autoridad, para alguien que dice despreciarlas: «Ahora, pues, si en Navarra á falta de ley de Fuero se ha de juzgar por el Derecho de Castilla, y no por el Romano, que allí no tiene más fuerza de ley, que las leyes de la China, ¿No será bien que el Jurisconsulto Navarro estudie, mas que en el Derecho Romano, en el Castellano y Español», aunque previamente haya tenido que lamentar y constatar: «Pero nuestro derecho de Castilla a diferencia del [*ius Latii*], léjos de darse como favor á Provincias beneméritas, se ha dado como castigo á Provincias conquistadas, á quienes se derogaron sus Fueros (sin que por esto dexé yo de creer con el señor Sandoval (...) *que fuera bien que todas las Provincias de la Monarquía de España fueran una en gentes, leyes y costumbres, con que los Reyes fueran mas poderosos y los corazones de sus vasallos uno, y asi el reyno invencible*»; carta de 30 de septiembre de 1751 en Andrés Marcos BURRIEL, *Cartas eruditas y criticas del P.*, dadas a la luz Don Antonio Valladares de Sotomayor. (s.l.s.d.), 206-207 y 46 respectivamente. Por otro lado, ya se demostró que tampoco Navarra se preservó de la Recepción, aunque se quiera reducir a penetración, como «contaminación decisionista del normativismo navarro» después de la anexión. (José María LACARRA, «Sobre la recepción del derecho romano en Navarra» en AHDE 11 (1934) 457-467 y Jesús LALINDE ABADÍA, «El sistema normativo navarro» en AHDE 40 (1970) 85-108).

este punto, si no le considerase de mucha trascendencia e importancia para desimpresionar del sesgo que ha tomado la Audiencia de Cataluña con el objeto de desbanecer el primer cargo sobre la admisión de la súplica, porque al fin éste fue un mal momentáneo, y la esculpación perjudica la regalía, autoridad y uso de las leyes generales de el Reino, cuya uniformidad trae consigo grandisimas utilidades para estrechar más y más la unión de todas la provincias que constituien la Monarchía.»

En relación a la cuestión de fondo debatida era indudable para el fiscal que pertenecía su conocimiento a la jurisdicción real y así finalizaba con su petición de que «El caso es notorio y nulidad manifiesta la admisión de la súplica y quanto se obró en revista, por lo qual, si el Consejo fuere servido, podrá consultarlo a V.M. con el dictamen de que la Audiencia conozca de la demanda en lo principal, oiga y administre justicia a las partes, haciendo lo mismo en todas las instancias y recursos de esta especie, ateniéndose, en defecto de leyes municipales no revocadas, a las leyes generales del Reino y, en su defecto, consultando a V.M. por medio del Consejo (...) las dudas que la ocurran para que con su soberana autoridad se determine lo que debe hacerse, para lo qual se libre cédula y ponga en los registros de la Audiencia, procurando ésta atender en adelante con el mayor celo la real jurisdicción y regalías de la Corona (...)». El Consejo de Castilla se conformó con la petición fiscal y elevó consulta al Rey el 27 de septiembre de 1768. La resolución fue «Como parece» ⁽²²⁾, publicándose en el Consejo el día 22 de noviembre y se expidió la correspondiente real cédula el 27 del mismo mes, cuya parte dispositiva recoge *mutatis mutandis* la petición fiscal.

Al recibirse dicha cédula en la Real Audiencia de Cataluña ⁽²³⁾,

(22) Poco difería en esta materia Manuel de Roda, secretario de Gracia y Justicia, quien en carta a Grimaldi de 16 de mayo de 1768 le hacía patente que «Lo que siempre he extrañado es que en España se adoptasen en las escuelas y aun en los tribunales las opiniones y máximas de Roma en materias de jurisdicción y de regalías, confundiéndolas con las de fe y religión». OLAECHEA, *Las relaciones...* II, ap. 15.

(23) Fue remitida el 3 de diciembre en carta acordada, por la que se ordenaba su registro y también, recogiendo la petición de Campomanes, se recriminaba la actuación del fiscal de la Audiencia: «Y no pudiendo disimularse esta rehiterada falta se ha servido asimismo S.M. resolver (...) se prebenga a esa Audiencia reprenda al que a la zazón hacía oficio de fiscal dicha falta». El reprendido Francisco de Treviño, en aquel momento oidor de la misma Audiencia, elevó representación en descargo, que fue estimada por

ésta acordó representar al monarca, como así hizo el 27 de enero de 1769, exponiendo que: «No ha podido tener el menor reparo en obedecer y dar el debido cumplimiento desde luego a la citada real cédula con que V.M. se dignó declarar lo conveniente a la declinatoria de fuero (...) Con la citada real resolución se digna V.M. declarar nulo todo lo que se obró en la instancia de revista y, asimismo, que en defecto de leyes municipales no revocadas se gobierne por las generales del Reyno. Duda en prompto si ésta es regla general en todos los puntos y casos que puedan ocurrir o particular disposición contraída al caso en que se interpone suplicación del auto de declinatoria de fuero; escolla en uno y otro caso con leyes municipales no revocadas». Recuerda nuevamente que el decreto de nueva planta y la cédula de 28 de mayo de 1716 convalidaron las constituciones catalanas, en lo que no se opusieron a las regalías, y entre éstas se convalidó la constitución de 1599 con su orden de prelación; por ello, la Audiencia no hizo más que seguir las disposiciones vigentes y finalizaba exponiendo que cualquier resolución que en vista de lo expuesto «se digne V.M. tomar parece que corresponde que se publique como nueva ley, para que todo el Principado sepa que la debe obedecer; y en ningún caso pueda hacerse cargo a estos ministros que violan las antiguas leyes y costumbres que quisieron conservar los augustos padre y hermano de V.M. o, a lo menos, de omisos en no haverlo hecho presente clara y distintamente a su soberana comprensión» (24). Conforme con esta representación la Audiencia no

el Consejo según se comunicó en carta de 28 de enero de 1769, ordenándose que no se diera copia de la primera carta sin hacer constar la segunda. (ACA.RA. — *Cartas Acordadas* — 563, 242r. - 243r; 564, 10r-v; y — *Villetes* — 1002, 7r-v.). La cédula fue registrada por la Audiencia por partida doble. (ACA.RA. — *Cartas Acordadas* — 563, 243r-246v y 251v-254v). La parte dispositiva se recopiló en NR 5,9,4 bajo el epígrafe de «Conocimiento de la Audiencia de Barcelona en causas feudales: y su gobierno por las leyes generales del Reyno, à falta de municipales no derogadas», con la data errónea de «por Real resol. de Feb. de 1768».

(24) ACA.RA. — *Consultas* — 909, 14v-21v. Empezó su representación afirmando que «Llega esta vez la Real Audiencia de Barcelona a los pies de V. Magd (...) penetrada del más vivo dolor. Ve con el mayor sentimiento el cargó que se la hace por la transgresión de las leyes que debe religiosamente observar.

Señor, la ley es el sagrado vínculo que une todo Magistrado, el espíritu que anima este cuerpo, el oraculo mejor que puede y debe consultar y el nivel que regula con la más justa proporción el recto modo de juzgar. No puede transgredir la ley sin ofender el

publicó ni circuló dicha real cédula, aunque sí entró a conocer de la demanda interpuesta (25).

No mucho después surgiría de nuevo la cuestión, cuando el Consejo de Castilla a instancia fiscal remitió carta acordada de 5 de julio

sacrosanto numen de la justicia y faltar al soberano que representa y le tiene comunicada su autoridad y poder, al público que tiene confiado para conservarle en paz y en su misma obligación y honor, exponiéndolo todo a un general trastorno». Recordaba nuevamente la vigencia del tribunal de competencias entre ambas jurisdicciones y, por ello, propondría en consulta de 16 de marzo de 1769 la completa reforma de ese sistema (ACA.RA. — *Consultas* — 809, 130r-141r). Hubiera podido recordar la Audiencia que la cédula de 23 de junio del mismo año 1768, uniformando los aranceles de la Corona de Aragón y Castilla, prohibiendo la motivación de sentencias en Mallorca y su redacción en latín en Cataluña y ordenando la utilización del castellano en las escuelas, a pesar de inspirarse explícitamente en el decreto de abolición de fueros de 1707 indicaba en su número VIII: «Por esta uniformidad declaro no quedan derogadas las leyes municipales, ni la práctica judicial recibida en todo lo demás, pudiendo todo Tribunal proponer al mi Consejo lo que observare digno de remedio en otros asuntos separadamente» (NR 11,35,12; otros capítulos en 2,15,4 y 11,16,8; se puede ver un ejemplar impreso de la cédula en ACA. RA. — *Cartas Acordadas* — 563, 193r-194v)

(25) Recibida la cédula por el conde de Ricla, capitán general de Cataluña, éste le remitió a la Audiencia el 10 de diciembre de 1768 (ACA.RA. — *Villetes* — 1001, 265v). Esta en acuerdo ordinario de 12 de diciembre acordó su pase al fiscal y en el de 19 de diciembre «se resolvió que se guarde y cumpla y se represente a S.M. lo que al Real Acuerdo se le ofrece. En 22 de diciembre se pasó con un pedimento del señor fiscal a los señores Martínez y González (...)», que debieron ser los ponentes de la consulta de 27 de enero de 1769. Por otro lado en acuerdo ordinario de 22 de diciembre en ejecución del decreto del día 18 del capitán general, para que se proveyera el cumplimiento de la cédula de 27 de noviembre presentada por el procurador del conde de Fuentes, dispuso: «Guárdese y original a la Sala», entregándose a la sala presidida por José Martínez, quien resolvió que se juntase a los autos y pasase al fiscal, siendo éste el posible origen del doble registro (ACA.RA. — *Expedientes* — 915, 980r-v y 1007v). De esta manera la Audiencia entró a conocer sobre la demanda interpuesta, cuyo proceso aún no se había resuelto en 1796, en que, previa consulta suya, el Consejo ordenó en cédula de 30 abril que a pesar de haber caducado diversos plazos procesales debía votar y sentenciar el caso. Su resolución debió ser favorable al Cabildo de Lérida, quien en el decenio en que esto se escribe enajenó su latifundio, entrando en la modernidad y sus aparceros en las luchas campesinas. (ACA.RA. — *Cartas Acordadas* — 1013, 146v-149r). Respecto al mecanismo utilizado por la Audiencia véase BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO «La fórmula obedécese, pero no se cumpla en el derecho castellano de la baja edad media» en AHDE 50 (1980) 469-487 y JESÚS LALINDE ABADÍA, «España ante la lesión del derecho objetivo (Apuntes)» en *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración* (Madrid, 1983) 451-473, quien resalta que no es un recurso técnico frío frente al empeño de los investigadores castellanistas de no destacar su carácter autoritario o decisorista.

de 1771 a la Real Audiencia de Cataluña, para que ésta informara sobre la práctica de no admisión de demandas y recursos de nuevos diezmos contra lo dispuesto en R 1,5,6 ⁽²⁶⁾. La Audiencia contestó en su informe de 31 de diciembre de 1774 exponiendo que «el recurso de nuevos diezmos era desconocido en este Principado (...) pero como V. tres fiscales (...) se empeñan en querer persuadir que la demanda ha de tener lugar en Cataluña (...) fundando su dictamen (...) principalmente en la disposición de una ley recopilada que persuaden tener fuerza de tal en esta Provincia (...)». Después de relatar cual era la práctica y disposiciones que se aplicaban en Cataluña en materia de diezmos, concluía afirmando que «Las leyes del Reyno, o más propiamente las leyes de Castilla inciertas en la nueva recopilación no han tenido fuerza de tales en Cataluña ni antes ni después de la nueva planta de gobierno de ella. Por el contrario, puede decirse que este real decreto (...) las excluyó expresamente pues por él se confirmaron las constituciones de esta Provincia, entre las quales se halla la única, título 30, libro V que dispone (...). Haviéndose confirmado formalmente esta disposición por real cédula de 28 de mayo de 1716, en que se mandaron observar los estilos y costumbres de Cataluña como si de nuevo fuesen establecidas. De manera que por estas reales disposiciones jamás podrán entrar como decisivas las leyes de Castilla».

«Así continuó la legislación de esta Provincia, sin que en parte hubiera la menor novedad hasta noviembre de 1768, pues con real cédula de 27 de aquel mes se mandó que, en defecto de leyes municipales no revocadas, se governase este Tribunal por las leyes generales del Reino y, en su defecto, consultase. Una real resolución como ésta no podía menos de mirarse por toda la Audiencia con la seriedad que pedía su importancia, pues por ella se derogaba la constitución antes citada y se revocaban los estilos, costumbres y práctica de juzgar (...) y así suplicó de ella inmediatamente el tribunal, suspendió su ejecución y cumplimiento y no se publicó como deviera, si en realidad se hubiera de observar, y pende esta representación en el vuestro Consejo desde 27 de enero de 1769. Los demás reales decretos

⁽²⁶⁾ Su rúbrica era «Que se provea sobre las cosas, de que nuevamente se piden diezmos, i que en el entretanto hasta que se determine si se deven, no se lleven», refundiendo disposiciones otorgadas en Cortes de 1525, 1532 y 1548 (= NR 1,6,7).

incluidos en el cuerpo de la nueva recopilación no hablan de Cataluña y, por consiguiente, deve decirse que en esta provincia ni la ley en que se funda el recurso de nuevos diezmos, ni las demás de Castilla están autorizadas en ella como tales.».

Sin embargo la Audiencia se separó en su representación del dictamen de su fiscal Manuel Sisternes. Éste en una larga y compleja disquisición trató este punto con especial habilidad por ser necesario tener «en él una resolución clara, fija e invariable, porque no se trata de nada menos de que sepan estos naturales las leyes que deven observar (...) Su Magestad puede, no hai duda, en uso de los maiores y más principales atributos de la soberanía, qual es el de establecimiento y derogación de las leyes, derogar esta constitución (...) y mandar por punto general que se observen en Cataluña las leyes de Castilla (...)», pero el fiscal se muestra contrario a semejante disposición que sería yuxtaponer el derecho propio catalán con el derecho castellano, cuando el derecho catalán sólo era comprensible en el marco integrador de su derecho supletorio. «Sin embargo la materia pide con urgencia que se tome sobre ella una definitiva y arreglada solución, porque el no haverse tomado hasta aquí con la detención que deviera ha hecho que muchas veces se defendieran y siguieran opiniones mui distantes a los principios adoptados y recibidos hasta aquí y que, perdidos éstos de vista, se vaya introduciendo una licencia de opinar que puede ser mui funesta. Con el fin, pues, de atajar los progresos de este mal y que se establezca una regla fija e invariable, le parece al fiscal que, a imitación de lo que mandó (...) Phelipe Quinto para Aragón, podría consultarse por la Audiencia:

Que en todos los asuntos en que sólo se trata interés de particular a particular deven observarse las constituciones de Cathaluña con las costumbres y prácticas en el mismo modo que se ha deuido observar hasta aquí.

Que en lo criminal respecto de estar sobre un pie más riguroso y respetable que en Castilla no se haga novedad por ahora.

Y que en todos los demás puntos en que tienen interés las regalías de S.M. como y en las causas y pleitos de su real patronato, de hidalguías, recursos protectivos y demás no comprehendidos en concordias se guarden y observen las leyes de Castilla» (27).

(27) Se ha seguido la consulta de la Audiencia de Cataluña que va acompañada de los

No se conoce, por ahora, si se llegó a consultar al rey en esta materia y, en caso de existir resolución, parece poco probable que se refiriera al derecho supletorio y la vigencia de las leyes de Castilla. En todo caso esta consulta refleja la posición de la Audiencia de Cataluña radicalmente contraria a la vigencia de las leyes castellanas, mientras que la posición del fiscal prefiere curarse en salud y, temiéndose la confirmación de la cédula de 1768, se aplica en parte la solución dada en la nueva planta aragonesa.

El mal apuntado por Sisternes se dejó sentir bien pronto en el sentido de escoger los interesados aquello que les pudiera resultar más conveniente de ambos ordenamientos. Un nítido ejemplo de esta situación que, a la vez, resalta las contradicciones existentes entre las autoridades catalanas y las centrales de la Monarquía, invirtiendo sus papeles cuando así les interesa, es el constituido por la extensión o no a Cataluña de R 5,1,14, que concedía temporalmente diversas exenciones a los recién casados y vitaliciamente a los padres de 6 hijos varones ⁽²⁸⁾.

dictámenes de sus fiscales civil (Sisternes) y criminal. ACA. RA. — *Consultas* — 814, 591v-693r; las citas de la Audiencia 592v-593r, 598v-599v y las de Sisternes 636r-v y 640r-v. Sobre este notable jurista véase Ernest LLUCH, «La pràctica econòmica de la Il·lustració: el valencià Manuel Sisternes i Feliu i els seus dictàmens com a fiscal de l'Audiència de Catalunya (1766-1779)» en *Primer Congreso de Història del País Valencià* (1976) III, 695-706; SEMPERE, *Ensayo...* (1789) 5, 130-135 y los artículos de Molas citados *supra* en nota 12.

⁽²⁸⁾ Recogía la pragmática de Felipe IV de 11 de febrero de 1623; su rúbrica era «Que manda guardar al estado del matrimonio los privilegios en ella contenidos, i asimismo a los que tuvieren seis hijos varones», concediendo durante los primeros 4 años de matrimonio la exención «de todas las cargas, i oficios concegiles, cobranzas, huespedes, Soldados, i otros», además durante los dos primeros años se ampliaba a «todos pechos Reales, i Concegiles, i de la moneda forera» así como de la administración de los bienes conyugales a partir de los 17 años cumplidos y finalmente «que el que tuviere seis hijos varones vivos, sea libre por toda su vida de las dichas cargas, i oficios concegiles, i aunque falte alguno de los hijos, se continúe el privilegio» (= NR 10,2,7). No estaban exentos de la alcabala *vid.* Diego María GALLARDO, *Práctica de la administración y cobranza de las rentas reales y visita de los ministros que se ocupan de ellas por Juan de la Ripia (...)* corregida con las nuevas cédulas, Decretos y órdenes (...) por (Madrid, 1795-1796) I, 4 y ss. y III, 334 y ss. Salvo indicación en contrario se sigue la consulta del Consejo de Castilla de 31 de mayo de 1782, en la que «Expone a V.M. su parecer en vista de lo representado por el yntendente de Cathaluña en razón de si deve o no estenderse y ampliarse a Cathaluña la ley final del tít. 1º li. 5º de la Recop. que trata de las exempciones que han de gozar los que tuviesen seis hijos varones». AHN. CS. l. 6871 n. 10.

Se inició la cuestión, cuando dos vecinos de Olot, padres de 6 hijos varones, solicitaron el 27 de febrero de 1773 al Consejo de Castilla que se les expidiera la provisión ordinaria de exenciones, como así lo obtuvieron. Sin embargo, hecha ostensión de dicha provisión, no se les eximió en Cataluña de la contribución del catastro⁽²⁹⁾, ya que tal cosa solamente se concedía a los padres de 12 hijos, incluyendo varones, mujeres e hijos del primogénito que convivieran con el abuelo; por ello representaron la obstrucción en 12 de enero de 1774 alegando que «(...) la franqueza concedida por la ley del Reyno (...) parece debe ser extensiva según su espíritu al Principado de Cataluña, en el que indisputablemente han de tener observancia las leyes de Castilla en defecto de constituciones que traten del asunto, como efecto imprescindible de la unión de aquella Provincia al Reyno de Castilla, pues, aunque al tiempo de dicha unión se conservó a aquellos naturales el uso de sus constituciones como una especie de derecho dativo, no por esto quedaron substraídos de la fuerza y observancia de todas las leyes generales del Reyno, antes bien, en defecto de constitución, deben recurrir a ellas los tribunales y jueces, como se declaró por V.M. a consulta del Consejo y se previno a la Real Audiencia con motivo de cierta causa que pendió en ella entre el conde de Fuentes y cavildo de Lérida sobre el señorío de Monteagut (...) y que sobre todo no parece está apoyada la mencionada práctica de los padres de 12 hijos con constitución ni disposición alguna municipal (...) no parece justo queden privados los vasallos del Principado de los efectos de la real benevolencia, que disfrutaban los de estos Reynos». Se resolvería inicialmente esta representación por la sala segunda del Consejo de Castilla, previo dictamen fiscal, con auto de 10 de junio de 1775, por el que sin más detalles ni averiguaciones se mandaba guardar la práctica que se expresaba existir en Cataluña.

(29) El catastro en su planteamiento inicial era un impuesto sobre el trabajo personal y la producción agraria y manufacturera, desvirtuándose con la fijación de una cantidad alzada que debía repartirse atendiendo a esas bases imponibles. Sobre esto véase Joan MERCADER RIBA, *Felip V i Catalunya* (1985²), Joaquín NADAL FARRERAS, *La introducción del Catastro en Gerona. Contribución al estudio del régimen fiscal de Cataluña en tiempos de Felipe V* (Barcelona, 1971) y Eduardo ESCARTÍN SÁNCHEZ, «El catastro catalán: teoría y realidad» en *Pedralbes. Revista d'Història Moderna* 1 (1981) 253-265; también sobre fiscalidad y su imputación Bartolomé CLAVERO, «*Hispanus fiscus, persona ficta. Concepción del sujeto político en el Ius Commune moderno*» en *Quaderni Fiorentini* 11/12 (1982-1983) 95-167.

En 6 de julio de 1774 acudiría también al Consejo un vecino de Barcelona, solicitando y obteniendo la provisión ordinaria de seis hijos. Ante su pretensión de ejecutarla Juan Felipe Castaños, intendente de Barcelona, representó a Miguel Múzquiz, secretario de Hacienda, en 14 de febrero de 1776 que «con arreglo al derecho común y a la práctica y consuetud del Reyno» ⁽³⁰⁾ se despachaban por su tribunal las provisiones de padres de 12 hijos y que, sin embargo, el Consejo de Castilla había despachado una de padre de 6 hijos, cuyo beneficiario pretendía las mismas exenciones que gozaban los padres de 12. Ante esta situación acudía a Múzquiz, para que le indicara qué práctica debía seguir, recordándole que entre las exenciones a gozar se incluía el catastro personal. Remitido al Consejo por real orden de 24 de febrero de 1776, éste ordenó el pase al fiscal junto con las representaciones de los vecinos de Olot y otras de nuevos solicitantes.

La respuesta fiscal de 22 de mayo de 1776 era de parecer que la Audiencia de Cataluña informara a la vista de lo expuesto «expresando la conveniencia de adoptar uno u otro extremo» y el motivo de despacharse dichas provisiones por la Intendencia. Hecho así, la Audiencia informó en 9 de agosto de 1776, en relación al punto que nos afecta, de manera muy favorable la expedición de las provisiones de padres de 6 hijos para fomentar tanto la nupcialidad como la natalidad, recordando que la práctica seguida hasta el momento era «con arreglo a sus constituciones» ⁽³¹⁾.

Mientras, había acudido al Consejo el 28 de abril de 1775 Juan Señant, militar transeunte en Madrid, con domicilio y destino en Tarifa y Barcelona, respectivamente y según deducimos, para que se le expidiera provisión de padre de 12 hijos. Así se le concedió, para que donde se avecindara se le eximiera «de todas cargas reales, pechos y contribuciones excepto de la alcavala», dándosele cumplimiento por la Intendencia de Barcelona. Acudiría, sin embargo, el 19 de no-

⁽³⁰⁾ *CJ.* 10,32,24: «Si quis decurio pater sit tredecim liberorum honoratissimae munerum quieti donetur».

⁽³¹⁾ *ACA. RA.* — *Consultas* — 815, 279r-280r. La Audiencia era partidaria de ser nuevamente ella quien librara los despachos, como había efectuado hasta 1727 «Pero sea como fuere o bien se libren los tales despachos en favor de los padres de los seis hijos varones por la Audiencia, por la Intendencia o por el vuestro Consejo siempre será mui útil y conveniente el establezer su práctica».

viembre de 1776 al Consejo, quejándose de que el Ayuntamiento de Cardedeu no le eximía de determinado repartimiento.

Pasado de nuevo el expediente al fiscal, éste en su informe de 18 de octubre de 1777 consideró que «no explica la Audiencia a qué constitución del Principado sea conforme la práctica observada con los padres de doce hijos» y, por otra parte, se desconocía «a qué imposición real corresponde en Cataluña la alcabala» y a pesar de que la provisión de padres de 6 hijos «en estos términos (...) no había reparo alguno en que se consultase a V.M. ser conveniente su extensión a el Principado de Cataluña en la forma observada en Castilla (...)», el fiscal creía que previamente debía informar la Junta de Gobierno del Principado de Cataluña ⁽³²⁾ a qué constitución se conformaba la práctica existente y a qué contribución correspondía la alcabala. Ordenado así en 21 de octubre de 1777, la Junta informó por mayoría el 8 de abril de 1778 que «(...) ha sido constante e inmemorial la práctica de aquel Principado en privilegiar y eximir a los padres de doce hijos, aunque no hay constitución municipal que la establezca, si bien la hay en el derecho común, confirmado generalmente por las leyes municipales de la Provincia y parecía consiguiente que, habiendo extendido la ley fin. tit. 1 lib. 5º de la Recop. practicada en todo el Reyno los mismos privilegios y exemptions a los padres de seis hijos varones, deba tener su debido efecto en Cathaluña, pues concurren en aquella Provincia las mismas razones que fueron motivo impulsivo de la ley en las demás». También informó que no existía una contribución similar a la alcabala, pero, para que el privilegio se equiparase a la situación fiscal castellana, proponía «que pagasen por el todo de la contribución aquella parte que se considerase equivalente al valor de lo que un castellano paga por alcavala». Disintieron de la mayoría y formularon voto particular por separado el intendente de Barcelona y el fiscal criminal de la Audiencia. El intendente reconocía que la práctica era eximir «de cargos concejiles, vecinales, gabelas y demás personales sin extenderse a los reales y patrimoniales» y su origen radicaba en que la nueva planta ordenó que «en todo lo allí no prevenido se guardasen

(32) Véase sobre esto Sebastia SOLE 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*. (Bellaterra, 1982) 25-30.

las constituciones que antes había y como, en defecto de ellas, se hacía recurso a el derecho romano en virtud de la constitución única (...) deve derivarse de éste el origen de aquella inmunidad que dio el emperador Juliano en la ley 24 del código de Justiniano lib 20 tit. 31 *Si quis* (...); recordaba que en la corona de Castilla también se otorgaba dicha exención que incluía además las cargas patrimoniales y reconocía indudablemente que la exención que se solicitaba era mucho más beneficiosa para el agraciado. Sin embargo su extensión al Principado «no era necesario ni compatible con el sistema de la contribución del catastro», ya que no solamente aumentaría el número de exentos por natalidad sino que, además, se incluirían también los recién casados por el tiempo establecido y con mayores beneficios que los hasta aquel momento vigentes, de manera que «devería sufrir la vaja el real erario o recrecer el cargo a los demás». Concluía el intendente que no convenía ni extender la citada ley a Cataluña ni aumentar las exenciones concedidas a los padres de 12 hijos. El fiscal del crimen tampoco lo consideró conveniente, puesto que «podría alterar notablemente por la notoria fecundidad de las familias un fixo ramo y tan considerable a la real hacienda qual es el de catastro, calculado y estimado en la precisa cantidad de novecientos mil pesos (...)». El Consejo ordenó el 27 de abril de 1778 el pase al fiscal, junto con otra representación que el intendente de Cataluña había dirigido al secretario de Hacienda, para que éste actuara en la materia.

En este punto acudió al Rey el vizconde Dublaisel, militar destinado en Barcelona, para que se le expidiera la provisión de 6 hijos con eficacia «en qualquier parte de los dominios de España en que se hallase». Repitió su solicitud en 5 de mayo de 1780 «con el aditamento de que se mande al Consejo se conforme a las leyes de Castilla». Sus memoriales, junto a los de muchos nuevos solicitantes y una consulta de recuerdo de la Audiencia de Barcelona para que se resolviera ya dicha cuestión, se pasaron al fiscal, quien emitió su dictamen el 19 de mayo de 1780.

El fiscal del Consejo hizo una relación pormenorizada de todos los antecedentes afirmando que «solicitaban los catalanes la observancia de la ley de Castilla para libertarse de la paga de el catastro en lo respectivo al personal (...)». Se mostró especialmente sensible a los votos particulares del intendente y fiscal del crimen respecto a la

repercusión fiscal que tendría la extensión de dicha ley a Cataluña, descalificando el informe de la Junta de Gobierno que sólo atendía a que los mismos fundamentos que existían en Castilla para su vigencia se daban también en el Principado y no ser de recibo la creación de un equivalente de la alcabala. A pesar de considerar «Que la citada ley de Castilla no derogó lo dispuesto en el derecho común con respecto a los padres de doce hijos», ya que éstos gozaban también de exenciones en Castilla, respecto a la contradicción de considerar vigente en Cataluña el derecho romano y no el derecho castellano en defecto del derecho propio, contrariando lo dispuesto en la cédula de 1768 y sus convicciones, el fiscal la salvará con una argumentación que, como mínimo, puede calificarse de sorprendente: «Que acredita lo antecedente la costumbre e inconcusa práctica observada en Cathaluña conforme a las leyes del derecho común, sin que haya tenido trascendencia ni extensión a aquel Principado la pragmática del año de 1623 sin embargo de la orden para que, en defecto de constitución, deban los jueces sentenciar con arreglo a las leyes de Castilla y no a las eclesiásticas y del derecho civil, como disponían las constituciones, porque la práctica y costumbre inmemorial de ser necesarios doce hijos vibos es ley que no se entendió derogada por la nueva planta de gobierno, ni por la expresada real orden y la constitución manda que se decidan las causas por los usages, constituciones, capítulos de Corte y otros de derechos [*sic*] del Principado y los usages no tubieron otro origen ni son otra cosa que una larga costumbre según las mismas constituciones». Así pues para el fiscal *CJ* 10,32,24 estaba vigente en Cataluña no como derecho supletorio sino como costumbre o práctica y, en consecuencia, prevalecía sobre lo dispuesto en la *Nueva Recopilación*; afirmación que sería harto dudoso que empleara en asuntos que fueran menos sensibles a las arcas reales, si recordamos la aversión a la costumbre por parte de los juristas, además de que la costumbre no prevalece frente a la ley ⁽³³⁾. Precisaba, por otro lado, que para gozar de la provisión de padre de 6 hijos no se requería que éstos hubieran nacido en Castilla — cosa que nadie había suscitado —, pero sí «lograré

⁽³³⁾ Véase sobre esto IGLESIA, *La creación...* 2, 705-708 y su artículo citado en nota 87 *infra*. También A.M. HESPANHA, «Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique» en *Ius Commune* 10 (1983) 1-48.

el padre sus exempciones, vibiendo en Castilla, pero no en las demás Provincias y Reynos donde se gobiernen por particulares leyes, aunque dadas por un mismo Soberano (...). Que la igualdad que se observa con todos los vasallos en quanto al pago de los respectivos tributos (...) en cada territorio y provincia según las leyes y reglas con que se gobierna y las consideraciones expuestas conbençía que la ley de Castilla (...) y su observancia no devía estenderse ni ampliarse a Cathaluña, cuia práctica en quanto a las exempciones de los padres de los 12 hijos correspondía se guardase como lo mandó el Consejo en 10 de junio de 1775 y que, a su consecuencia, era desestimable la pretensión del vizconde Dublaisel en la forma que la proponía para todos los dominios de España en que se hallase y únicamente se le podría librar la ordinaria a fin de que vibiendo en Castilla goce de las exempciones personales que corresponden a los padres de seis hijos y de ningún modo en Cathaluña ni otra parte donde se gobiernen por fueros y práctica diversa.»

El Consejo por auto de 30 de junio de 1780 acordó expedir la provisión ordinaria de padre de 6 hijos al vizconde Dublaisel, quien al presentarla en Barcelona no obtuvo su cumplimiento, puesto que el intendente de Cataluña decretó no haber lugar, hasta que el Consejo resolviera la cuestión principal «respecto de no ser puesta en práctica dicha ley en aquella Provincia». Ante ello acudió el vizconde nuevamente al rey con memorial de 21 de marzo de 1781; pasado al Consejo por orden de 11 de abril, el fiscal dictaminó en 8 de mayo que la pretensión en cuanto a tener efecto en Cataluña «dependía de la resolución del punto principal, que versa sobre si la ley de Castilla ha de estenderse a Cathaluña, donde se observa en este punto el derecho común»; después de tan paladín reconocimiento, recordaba que el mismo auto de 30 de junio dispuso también que se diera cuenta de este expediente general, sobre el cual daba por reproducido su dictamen. Finalmente se elevaría consulta el 31 de mayo «con presencia de los sólidos fundamentos que expone el fiscal (...) que convencen que la ley (...) de la recopilación y su observancia no debe extenderse ni ampliarse a Cathaluña», por cuyo motivo proponía que las pretensiones instadas «son desestimables en la forma que las proponen y que únicamente corresponde (...) que se les libre provisión a fin de que viviendo en Castilla gocen de las exenciones personales concedidas por la citada ley (...) y de ningún modo en

Cataluña, ni en otra parte donde se gobiernen por fueros y práctica diversa». Así se conformó el Rey y se recogió en la parte dispositiva de la real cédula de 27 de agosto de 1782 ⁽³⁴⁾.

En 1784 tendría resolución la representación efectuada por la Audiencia en enero de 1769 sobre la cédula que establecía el derecho castellano como supletorio del derecho catalán. Pasada a manos de los fiscales del Consejo, éstos refutaron las argumentaciones efectuadas por los magistrados de Barcelona en su respuesta fiscal de 31 de enero de 1772 ⁽³⁵⁾. En lo que interesa decían: «Que otro reparo de

⁽³⁴⁾ La resolución fue: «Me conformo con el dictamen del Consejo y del fiscal y pasará a mis manos por la vía de Hacienda exemplares de la cédula que expida consiguiente a esta resolución, para que se comunique a la yntendencia y se haga observar por ella». Se publicó en el Consejo en 3 de agosto y se comunicó a la Audiencia en 17 de septiembre, publicándose en Barcelona el 19 de noviembre. La cédula en sus siete páginas impresas hace una pormenorizada relación de todos los hechos, instancias, solicitudes etc., pero obvia siempre las argumentaciones fiscales y el parecer fiscal. A sus resultas se redactaría una «Instrucción que à pedimento del Señor Fiscal, y de orden y por resolución del Real Acuerdo de 5 de mayo de 1783, deberá guardarse en los Pueblos del Principado de Cataluña, para la mejor y más facil observancia de la Real Cédula de S.M. de 27 de agosto de 1782, en que se conceden las esenciones de Padre de doce Hijos varones al que tuviese este número en su familia, contandose los Nietos, Hijos legitimos del Hijo maior del Pretendiente», donde se establecen las reglas del correspondiente «Proceso instructivo llamado de Diligencias». Parece que el único resultado conseguido por quienes instaron la provisión de padres de seis hijos fue dificultar la obtención de la de padre de doce hijos, ya que éstos debían ser varones, legítimos, convivir todos ellos a expensas del solicitante, sometido todo ello a certificaciones parroquiales, comprobadas por el juez ordinario y escribano, testimonio de tres personas que hubieran ejercido cargos comunales, informado por el Ayuntamiento con audiencia del diputado y los síndicos, dictaminado por el baile, quien lo remitiría a la Audiencia, la cual, oído el fiscal, concedería la exención, cuya ejecución correspondería al intendente. Por otro lado algunas de estas restricciones se basaban también en diferentes prescripciones de *D* y *CJ* (vid. *DOU, Instituciones...* III, 97-98 cit. *infra*) *ACA. RA. — Cartas Acordadas* — 580, 567-568, donde se hallan la cédula e instrucciones impresas; la parte dispositiva de la cédula se recopiló en *NR* 10,2,8.

⁽³⁵⁾ Interesa ahora recordar que entre la representación de la Audiencia y el informe fiscal el 31 de enero de 1770 se defendieron unas conclusiones, cuyo título era: «De clericorum exemptione à temporalis servitio, et saeculari jurisdictione». Denunciadas ante el Consejo de Castilla, se instruyó el expediente correspondiente y, en lo que nos interesa, el Colegio de Abogados de Madrid como censor informó en 8 de julio de 1770 que la segunda parte de la primera tesis sosteniendo «Que los negocios y pleitos eclesiásticos deben decidirse según el derecho canónico, donde no haya otro establecimiento particular (...) es intolerable en España: porque las leyes eclesiásticas no pueden disponer sobre

esa Audiencia miraba a dudar, si en todos los casos iguales debería negar la súplica de los autos en que se determinase alguna excepción declinatoria. Y que, aunque esto admitía poca duda una vez que en defecto de constitución se le mandava guardar las leyes del Reyno, se le podría prevenir en quanto a tales excepciones se arreglase a la ley quarta, título quinto, libro quarto de la Recopilación. Que parecía que esa Audiencia con ese motivo quería indicar si en Cathaluña, en defecto de Constituciones, devía seguir el derecho canónico y opiniones de sus autores y no el derecho real de España y el de la recopilación y pudiera tener presente que en la ordenanza quinientas cinquenta, que era la última de ese Tribunal, se mandava poner en cada sala de él un exemplar de la nueva recopilación con el real decreto de la nueva planta, constituciones del Principado y santo concilio de Trento, y de aquí se infiere que las leyes de la recopilación de Castilla no eran extrañas de esa Audiencia. Que a esto se agregaba que mi real persona en la nueva planta sólo mandó guardar las

materias temporales (...) debía proponerse como regla indefectible, diciendo que los eclesiásticos en las causas temporales siempre deben ser juzgados por las leyes patrias (...). El Consejo hizo suyo este informe expidiendo la real provisión de 6 de septiembre de 1770 (NR 8,5,4), en la que se da «regla para preservar las regalías de la Corona y de la nación en las materias y cuestiones que se defiendan y enseñen en las Universidades de este Reino», siguiendo puntualmente el informe colegial así: «XXII. En las materias temporales debe decirse del Cuerpo Canonico, lo mismo que todos saben del Civil Romano, admitido en las Universidades, no en el concepto de Leyes, sino para erudición de la Juventud (...) XXVIII. Ni el Papa puede conceder un Privilegio tal, para que los Legos sean reconocidos en el Tribunal Eclesiastico, y juzgados por las Leyes Canonicas. Solo el Principe que es el dueño de la jurisdiccion puede cederla, o limitarla. Un principio tan obvio no necesita mas argumento que la razon natural. XXIX. La doctrina de la thesis y de esta Decretal es intolerable en España: porque las Leyes Eclesiasticas no pueden disponer sobre materias temporales, como son Contratos, Testamentos, y semejantes (...), lo que debía proponerse como regla indefectible, diciendo, que los Eclesiasticos en las causas temporales siempre deben ser juzgados por las Leyes Patrias, del mismo modo que los seglares; pues indistintamente se hallan como Vasallos sujetos a su Rey y Señor natural (...). Hemos seguido el ejemplar impreso conservado en ACA. RA. — *Cartas Acordadas* — 565, 650v-651r. Véase sobre esta cuestión C.M. AJO GONZALEZ DE RAPARIEGOS, *Historia de las Universidades Hispánicas. Orígenes y desarrollo desde su aparición a nuestros días* (Madrid, 1960) IV, 487-489 Doc. 967 y 515-519 Doc. 986; (1966) V, 42-45 y 214-217; ALONSO, *Colección...* II, 176-238; Mariano PESET, «Derecho romano y derecho real en las Universidades del siglo XVIII» en AHDE 45 (1975) 273-339 y Mariano PESET y José Luis PESET, *La Universidad Española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal* (Madrid, 1974).

constituciones de Cataluña como derecho nuevo y establecido por mi augusto padre el señor Phelipe Quinto el Animoso, que derogó los fueros antiguos, y como el mismo Soberano se reservó todas las regalías mayores y, entre ellas, ninguna lo era más que la de arreglar la legislación nadie sin delito me podía disputar la autoridad de declarar las leyes que se devían seguir en defecto de constituciones ni aun la de revocar éstas en todos los casos que lo pidiere la necesaria utilidad o conveniencia del Estado y el decoro y sostenimiento de la preheminiencia real». Visto por el Consejo el dictamen fiscal, acordó por auto de 29 de abril de 1784 que se expidiera la cédula correspondiente sin elevar, en consecuencia, consulta al Rey, por la cual se ordenaba a la Real Audiencia de Cataluña que guardara la expedida en 27 de noviembre de 1768 «con las explicaciones contenidas en la respuesta dada por mis fiscales y expresión de sus fundamentos»; y así se hizo por cédula de 2 de octubre de 1785 ⁽³⁶⁾.

Recibida en Barcelona, la Audiencia acordó sin más su cumplimiento ⁽³⁷⁾; sin embargo, a pesar de que su propia interpretación de la cédula de 1768 y la respuesta fiscal insistiendo nuevamente en que no sólo el derecho castellano debía ser el supletorio del derecho catalán, sino que éste ya lo era cuando la Audiencia dictó el auto de estimación de la súplica, se siguió con la práctica mantenida hasta el momento sin atender a la literalidad de ambas cédulas ⁽³⁸⁾. El mecanismo que ahora se utilizaría ya no sería el del *obedézcase* y no

⁽³⁶⁾ Hemos seguido la real cédula conservada en ACA. RA. — *Cartas Acordadas* — 584, 269r-277v y que no sería recogida en NR.

⁽³⁷⁾ Fue remitida por carta acordada de 14 de octubre a la Audiencia. Se desprende su cumplimiento de las anotaciones realizadas en el extracto correspondiente a la sesión de 24 del mismo mes, donde se registró su pase al fiscal y posteriormente a dos magistrados: «Al Sr. Fiscal se le pasó en 16 de noviembre. Debuelto y se pasó en 8 de febrero de 1786 al Sr. Larruy por haverlo pedido. Devuelto y se pasó al Sr. Coronada por haverlo pedido. Debuelto.» ACA. RA. — *Expedientes* — 932, 454v-455r.

⁽³⁸⁾ Así, por ejemplo, mantendría inalterable en todo caso hasta 1808 su *Instrucción que deben observar los examinandos para Abogados en la relación del Proceso, explicación de su dictamen, ò Sentencia, y diligencias, que practiquen* (Barcelona, 1772), realizada como consecuencia de las reformas promovidas en esos años. En ella se precisaba que: «Referirá las pretensiones encontradas de las Partes, exponiendo los fundamentos legales que hagan por el Actor, y los que puedan favorecer al Reo, citando en apoyo de cada una de las pretensiones principales de las Partes, las disposiciones de Derecho Municipal que hubiere, y en su defecto de Derecho Civil, y Canonico, ò Doctrinas de Autores».

se cumpla, sino el de la interpretación, según la noticia dada por José Solsona en su informe dado en Valls el 24 de septiembre de 1809 en la conocida consulta al País. Así dice: «Cataluña se gobierna por leyes propias que consisten en sus constituciones municipales y en el derecho canónico y civil, por mandar una de aquellas que en defecto de disposición municipal se recurra a los sagrados cánones y, por último, a las leyes de los romanos. Desde que las victoriosas armas del Sr. D. Felipe V sujetaron a este Principado las nuevas reales cédulas, contrarias o modificativas de aquellos derechos, les prevalecen y posteriormente se ha dispuesto, que faltando ley peculiar de la provincia se acuda a las leyes comunes del Reino con exclusión del derecho canónico y del romano. (...) La real cédula con que se mandó que, en defecto de leyes municipales, se recurriese a las del reino, me parece que es del año de 1784. Un relator de mucha erudición me aseguró que el real senado entendía aquella disposición relativamente a causas de jurisdicción, de que se trataba en la que motivó el real decreto, y en efecto, como si jamás se hubiese mandado tal cosa hasta dos o tres años ha, que se habían constantemente declarado los pleitos en falta de constitución del Principado por lo dispuesto en los sagrados cánones, o en el derecho común; como que aun los abogados no alegan ni consultan a tenor de otros derechos, y los particulares hacen todavía sus convenios y tratos conformándose con aquéllos y no con el derecho español» (39).

«Hecho esto proferirá también en Latin su dictamen, ò Sentencia, fundandola en disposiciones de Derecho Municipal, Civil, y Canonico, en Doctrinas de Autores, que no sean menos de tres, y en la práctica, u opinion, que hubiere adoptado el Tribunal, satisfaciendo con metodo à las Autoridades, que hubiere alegado por la contraria». ACA. RA. — *Matricula de Abogados* — 1689, impresa al principio s.f.; manuscrita junto con otras instrucciones anteriores en ACA. RA. — *Matricula de Abogados* — 1688 al principio en cuadernillo suelto. Sobre esto véase Mariano PESET REIG, «La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (= RGLJ) 62-5 (1971) 605-672.

(39) El informante recalcó también el carácter integrador del derecho común respecto del derecho propio catalán y el escollo insalvable que suponía mantener éste y derogar aquél: «Esta postrera orden no se meditó tal vez tanto como era menester antes de expedirse. Nuestro código provincial presupone no sólo el conocimiento del Derecho común, así canónico como romano, sino también el uso de los principios y de las disposiciones de uno y otro. Muchas de nuestras constituciones moderan lo ordenado por la legislación eclesiástica e imperial, dando por sentado que en lo demás ha de observarse lo establecido en ella. No pocas son una adición de la misma y otras estirpan y resuelven

Estas circunstancias tuvieron también su eco en la literatura, de manera que Ramon Llàtzer de Dou i de Bassols reflejó una posición dubitativa en sus *Instituciones del Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales Reglas de Gobierno en qualquier Estado*. Sentado el principio de que sólo comprendía bajo el nombre de derecho general de España las leyes que desde principios del siglo XVIII se habían promulgado estableciendo nuevos preceptos, renovando la observancia de otras o extendiendo la vigencia de leyes recopiladas, excluía que excepto en este último caso la *Nueva Recopilación* y *Partidas* fueran leyes generales del Reino. Al tratar del sistema de fuentes de Cataluña consideraba que se aplicaban en primer lugar las leyes expedidas desde la promulgación del decreto de nueva planta, bien las integrantes del derecho general del Reino, bien las dirigidas privativamente para Cataluña, «que forman también una especie de derecho municipi-

las dificultades promovidas por los sabios, de suerte que el derecho municipal no es más que cierta especie de suplemento del derecho común, mezclado de algunas variaciones y de decisiones de dudas que éste ofrecía (...). Si aquella soberana disposición se deja correr con la generalidad que ostenta, ofrece dificultades insuperables. Supónese en ella que el derecho canónico y romano, respectivamente, no serían leyes de la provincia, con todo de que de rigor en virtud de la relación expresa que en una de las constituciones se hace a los insinuados derechos, se puede decir lo contrario; con todo de que nuestras constituciones son suplemento, adición y corrección de aquéllos y que, por consiguiente, formarían estos derechos la legislación principal del Principado y sus constituciones serían el accesorio de los mismos, y con todo, finalmente, que en muchas de nuestras constituciones se hace específica relación al derecho común y que así, si han de observarse aquéllas, es indispensable que éste también se observe, de modo que al mandar la práctica de nuestro derecho municipal es mandar a la del derecho canónico y del romano, en sus respectivos casos, por ser parte inseparable e integrante de aquél», exponiendo a continuación ejemplos de tal situación. Argumentos que, como veremos, serán utilizados constantemente en los años posteriores al entablarse de nuevo la cuestión. Finalmente este informe también reflejó un cambio reciente en el proceder de la Audiencia que provocaba la inseguridad jurídica y que lo separaba de la Audiencia del XVIII: «Si a pesar de ésta general disposición se observan en los tribunales casi siempre los derechos canónico y civil, si los letrados, escribanos y los particulares se atemperan y allanan a sus decretos, al paso que la ley real manda lo contrario, y el tribunal superior del Principado ahora declara muchas veces a tenor de ésta, seguramente no sabemos cuáles sean las leyes con que nos debemos gobernar al paso que habrá lances en que no tendremos ley o no será posible la aplicación de la que existe, según lo que dejamos notado». Informe reproducido por Miguel ARTOLA, *Los orígenes de la España contemporánea* (Madrid, 1959) II, 500-503 y 509.

pal», en su defecto el decreto de nueva planta y, a falta de éste, el derecho propio catalán. La duda se suscitaba, como es obvio, en si cabía considerar vigente la constitución de 1599. A su favor constaba su no derogación por la nueva planta, así como la cédula de 27 de agosto de 1782 que ordenaba mantener la práctica basada en CJ 10,32,24; sin embargo en su contra existía en primer lugar la censura de la obra de Potau, que establecía que en defecto del decreto debía recurrirse al Rey, lo que no implicaba que se reputaran como derecho supletorio la *Recopilación y Partidas*; también parecía oponerse la cédula de 2 de octubre de 1785, confirmatoria de una anterior de 27 de noviembre de 1768, de cuyo contexto parecía desprenderse que en defecto de derecho municipal debía recurrirse a dicha recopilación, sin ordenarse expresamente, ya que la respuesta fiscal inserta al afirmar que ésta no era extraña de la Audiencia de Cataluña podía interpretarse en el sentido anteriormente dado a qué leyes recopiladas se reputaban derecho general español. Dichas tres providencias, empero, no se comunicaron con orden circular a los tribunales del Principado, como se hubiera debido, si variasen el decreto de nueva planta; por ello parecía que éste se mantenía íntegro. Lo único que era indudable era que «la regalía de arreglar nuestra legislación es indisputable en los Soberanos (...) solo se trata de qual haya sido la que ha manifestado la misma Magestad en sus leyes» y se excusaba finalmente, ya que «Si no he acertado á explicarme como se debe (...) las graves dificultades, que ocurren en quanto á nuestro derecho supletorio, disculparán qualquier equivocación, ó error, que hubiere yo padecido» (40).

(40) DOU, *Instituciones...* (Madrid, 1800. Barcelona anastática 1975) I, 66-83; la cita 83. Las referencias al derecho general español hechas por Dou parecen, sin embargo, olvidar la existencia del reino de Navarra así al decir «entiendo aquellas leyes, que en qualquiera lugar, sea éste el que fuere del continente de España, deben regir y gobernar (...)» (68). Menos dudas tenía, aunque daba excusa, Cambronero que en 1803 consideraba que en su obra a emprender: «Ahora, el generalizar como de España en nuestro título un tratado sobre las leyes solo de Castilla, además de la autoridad de muchos escritores de nuestra nacion, tiene el apoyo de ser la castellana la corona mas extendida de sus dominios, que puede decirse preferente entre todas las que conserva unidas nuestro reino; y la que ya sea por dar el domicilio á nuestros Reyes, y ya por otras causas, ha logrado que su constitución vaya recibiendo lentamente con las leyes y el idioma en todas las provincias del imperio español, autorizándose subsidiariamente en los países privilegiados por sus fueros é introduciéndose por la costumbre en los tribunales goberna-

Esta situación de incertidumbre quedaba naturalmente resuelta con la promulgación de la constitución de 1812, una vez se llevara a cabo lo dispuesto en su artículo 258 al establecer que los códigos serían unos mismos para toda la Monarquía. Mas, como si ésta jamás hubiera existido, el retorno al régimen legal anterior impuesto con el arribo de Fernando VII, supuso un nuevo resurgir de esta problemática ⁽⁴¹⁾. Así el alcalde mayor de Figueras, Juan Manuel de Moya, castellano de nación ⁽⁴²⁾, poco después de tomar posesión de su plaza elevó el 6 de agosto de 1815 una exposición a la Real Audiencia, en la que dejaba patente su extrañeza ante la praxis existente en su distrito. Iniciaba su relación considerando que la uniformidad, así como la seguridad jurídica aportadas por el sistema de fuentes legalmente establecido en la cédula de 15 de julio de 1805, por la que se promulgaba la *Novísima Recopilación*, eran incompatibles

dos por jueces castellanos en gran parte, y en muchos puntos dependientes del Supremo Consejo de Castilla, en el que el antiguo de Aragón se halla incorporado» Manuel María CAMBRONERO, «Plan de una obra de jurisprudencia nacional con el título de Ensayo sobre los orígenes, progresos y estado de las leyes españolas» en RGLJ 13 (1858) 5-25 y 161-169, la cita 165. Ninguna tenía Pérez López al afirmar: «A pesar de las repetidas derogaciones del Derecho Civil (...) en Aragón, Navarra y Cataluña goza aun de mas aceptación, bien es verdad que en defecto de ley particular de estas Provincias no debe ocurrirse al Romano, segun quieren algunos Autores; sino al Real de Castilla, como juzgaron en otro tiempo el Olano y Almendariz, y debe sostenerse ahora con mas fundamento en virtud de dos Reales Resoluciones promulgadas en este siglo, que dan mayor fuerza á la última opinion». Antonio Xavier PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España é Indias, por orden cronológico de sus cuerpos, y decisiones no recopiladas: y alfabético de sus títulos y principales materias*. (Madrid, 1791) I, XI-XII n. 18. Se puede ver una relación de disposiciones posteriores a la nueva planta vigentes en Cataluña con limitación al derecho privado en BROCA, *Historia...* 432-440.

⁽⁴¹⁾ Salvo indicación en contrario seguiremos el «Expediente promovido por Don Juan Manuel de Moya, alcalde mayor de Figueras, en consulta sobre el abuso de citar los abogados las leyes romanas, pretendiendo se juzgue por ellas con preferencia a las generales del Reyno» (= *Expediente de 1815*), que recoge todas sus incidencias desde 1815 hasta 1820 en un cuaderno facticio foliado a lápiz; por otra parte, como también reza su cubierta: «Este expediente se tubo presente para el despacho del de Núm. 243 de 1828 con el que debe colocarse» (*vid. infra* nota 68). ACA. RA. — *Expedientes* — Caja 81.

⁽⁴²⁾ Datos personales sobre este alcalde mayor en Pedro del POZO CARRASCOSA, «L'aplicació del dret civil català a l'Audiència de Barcelona a la segona meitat del segle XIX» en *Materials V Jornades de Dret Català a Tossa. Cent anys de Codi Civil des de Catalunya* (en prensa).

con la alegación de leyes extranjeras ante los tribunales (43). Sin embargo «(...) no experimento más que transgresiones a la real orden citada y, aun, empeño decidido en alegar y sostener las leyes romanas con preferencia a las de la Novísima Recopilación, desconocida para alguno de los letrados de este país. Está bien E.S. que se dé antelación a las leyes municipales o constitucionales de Cataluña, no derogadas, según previene [cédula de 1768 = NR 5,9,4], pero también es muy justo el que, a falta de aquéllas, se gobierne, alegue y decida por las insertas en este cuerpo patrio, según previene la citada ley 4ª en su segunda parte, infringida a cada paso por estar persuadidos que estas sabias leyes no tienen lugar, sino a falta de las municipales y romanas, lo que parece un absurdo ilegal». Si su juramento implicaba aplicar las leyes reales, sería perjurio resolver por otras; preveía, empero, inconvenientes, si *motu proprio* prohibía recurrir al derecho romano; por ello, solicitaba que fuera la Audiencia quien le diera la pauta a seguir (44).

Vista la exposición por Dehesa, fiscal de la Audiencia, éste emitió su parecer el 6 de septiembre de 1815 (45). Creía conveniente ele-

(43) A la letra afirmaba: «Nada hay más perjudicial al Estado de la Monarquía que no hir conformes los juzgados de ella en las decisiones de las causas que se vensan, dejando de observar las leyes fundamentales sobre que estriba su felicidad. Todas las naciones cultas tienen particular cuidado en que no se posterguen sus códigos a los extranjeros por los gravísimos perjuicios que se seguirían a la sociedad en común y a los individuos en particular. España ha sido la que más se a esmerado en este tan interesante objeto y así es que para quitar todo abuso y uniformar vajo un plan seguro todos tribunales y juzgados que existen en su basta extensión la Magestad del Sr. Don Carlos 4º expidió su real orden en 15 de julio de 1805, con la que fue publicado el precioso código de la Novísima Recopilación, mandando S.M. se repartiase a todos los tribunales, jueces y juzgados del reino, para que procediesen a la administración de justicia por las leyes contenidas en él». *Expediente de 1815* 1r. Sobre NR véase IGLESIA, *La creación...* 2, 730-735, en especial sobre su carácter de exclusividad; también José Luis BERMEJO, «Proceso de formación de la Novísima Recopilación» en su *Derecho y administración pública en la España del Antiguo Régimen* (Madrid 1985) 130-142 y «Acotaciones a la última fase del proceso recopilador» en AHDE 57 (1987) 207-264, sin olvidar el clásico y demoleador FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación* (Madrid, 1820).

(44) La exposición comprende folios 1r-2r del *Expediente de 1815*.

(45) El dictamen fiscal comprende folios 3r-5r del *Expediente de 1815*. Juan de la Dehesa era fiscal de lo civil y también lo sería en el expediente que se incoaría en 1828. Según parece en su carrera fue magistrado de la Audiencia constitucional de Madrid y en 1833 era regente de la Chancillería de Granada (*vid. Documentos del reinado de Fer-*

var representación al Rey, ya que, si el alcalde mayor de Figueras temía que su resolución no sería respetada por los letrados de su partido, «no bastaría ni aun la declaración del Acuerdo, por más conforme que fuese a la razón y a las leyes» y, por otra parte, «esta preocupación es casi general en el Principado». Este se había gobernado por sus leyes hasta el decreto de nueva planta, que permitió la subsistencia de las que no le fueran contrarias. «En aquella ocasión tal vez no se tendría presente la constitución única (...) y de aquí viene la tenaz adhesión de los letrados catalanes al derecho romano. Pero, así como no es de admirar que siendo el código catalán sumamente defectuoso e irregular, se mandase suplir de los otros lo que en él faltaba (...) sorprende a cualquiera que habiéndose formado en España códigos generales, sino perfectos a lo menos equivalentes a aquéllos y que expresamente prohíben acudir a las leyes romanas para la administración de justicia, se prefieran éstas a las del Reyno en los tribunales del Principado». Así el auto acordado de 4 de diciembre de 1713 ⁽⁴⁶⁾ había renovado la prohibición de alegarlas y, por otro lado, también Felipe V había manifestado en su decreto de 29 de julio de 1707 que su intención era que «todo el continente de España se gobernase por unas mismas leyes» ⁽⁴⁷⁾, de manera que la interpretación dada a la nueva planta catalana era tan lata «que contra la manifiesta voluntad del soberano se ha gobernado y se gobierna en gran medida la provincia por leyes extrañas y aun opuestas muchas veces a las generales del Reyno». De este hecho dimanaba otro mal, ya que los jueces de origen foráneo y algún letrado provincial «se apartan muchas veces del que se llama derecho común en el Principado, al paso que le siguen los otros y así no hay, ni puede haber aun dentro de la misma provincia uniformidad y se da lugar a la arbitrariedad en la decisión de las causas». También era penoso que

nando VII. III. Arias Teijeiro. Diarios (1828-1831). Introducción y notas por Ana María Berazaluce (Pamplona 1966) 52 nota 96

⁽⁴⁶⁾ *vid. nota 5 supra.*

⁽⁴⁷⁾ AA 3,2,4 (= NR 3,3,2). En la misma línea de no considerar que la nueva planta catalana como norma especial prevalecía frente a ésta, destinada a Aragón y Valencia, hubiera podido alegar el decreto de abolición de fueros de 29 de junio de 1707 que expresaba más claramente «mi deseo de reducir todos mis Reynos de España á la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y tribunales, gobernandose igualmente todos por las leyes de Castilla tan loables y plausibles en todo el Universo» (AA 3,2,3 = NR 3,3,1).

el derecho español estudiado en la Universidad no pudiera ser fructífero para jueces y abogados que ejercieran en Cataluña, si se daba preferencia al derecho romano, cuyo estudio se estaba relegando.

La Audiencia por acuerdo de 7 de septiembre se acomodó al parecer fiscal y libró la correspondiente consulta el 14 de septiembre, mera transcripción de dicho parecer, para que se declarara por el Rey «Sobre el abuso de citar los letrados o abogados las leyes romanas con preferencia a las del Reyno contenidas en la Novísima Recopilación con pretensión que se juzgue por aquéllas en las causas o pleytos» (48).

(48) *Expediente de 1815* 6r-9v; también en ACA.RA. — *Consultas* — 1378, 195r-197v. Quiso la casualidad que también datado en 14 de septiembre se elevara el informe solicitado por el Consejo de Castilla en carta acordada de 3 de agosto, «sobre las observaciones que haya hecho del uso y estudio de la Novísima Recopilación y del primer suplemento de leyes (...) los defectos que se hayan advertido y correcciones que deban hacerse y en el caso de que no haya notado hasta el día que pueda hacerse enmienda alguna lo manifieste así (...)». No desprende el mismo celo expuesto en loar las excelencias de la obra de Reguera, ya que la Audiencia, oído el fiscal, «dice que la Novísima Recopilación es un código mucho más completo y metódico que todos quantos se han publicado después de las siete Partidas. El redactor (...) recopiló en él muchas órdenes, cédulas y decretos que no era fácil a nadie reunir para su gobierno por más que se esmerase en buscarlos y los redujo a un método más sencillo y claro que el de las antiguas recopilaciones. Pero el prolijo y difícil trabajo de Reguera, aunque muy laudable, no ha podido dar a la obra toda la perfección de que es susceptible una de su clase y que sólo a fuerza de tiempo y de continuas investigaciones podrá conseguirse, pues no alcanzan a ello los desvelos de un hombre solo».

«Suponiendo, pues, que no se trata ahora de hacer un nuevo código reformando la legislación, sino sólo de completar (...) imprimiendo en los suplementos las leyes que se hayan omitido y las correcciones que deban hacerse propone esta Audiencia las observaciones siguientes». Propuso la realización de cinco adiciones, modificaciones etc y, obviamente, aprovechó la ocasión para insistir en que se resolviera la antinomia de la subsistencia de la constitución de 1599 en virtud del decreto de nueva planta y otras generales del Reino: «Por el artículo 42, ley 1ª tít. 9 lib. 5º de la novis. recop. se declara que en todo lo que no está expresamente derogado por aquella ley, se observen las constituciones de Cataluña; y como la constitución única tít. 30 lib. 1º manda que, en defecto de constitución, se observe el derecho canónico y, a falta de éste, el civil y las opiniones de los doctores resulta una manifiesta contradicción por lo respectivo a esta Provincia entre esta ley y otras del Reino, sobre lo qual representa separadamente a V.M. esta Audiencia lo conveniente con esta fecha, a fin de que se pueda tener presente en el suplemento». ACA.RA. — *Consultas* — 1378, 175r-177r. Sobre esto véase BERMEJO, *Acotaciones...* 237-238.

El Consejo de Castilla por carta acordada de 8 de febrero de 1816 dispuso que la Audiencia instruyera expediente, dando audiencia a su fiscal y al colegio de abogados de Barcelona, encaminado «a averiguar el origen y antigüedad de dicha práctica, sus utilidades o inconvenientes y que con presencia de lo que en el particular disponen las leyes del Reyno informe (...)» (49). Se acordó el pase al fiscal en 14 de marzo, quien informó el 16 que al no existir tal corporación en Barcelona la Audiencia podría encargar dicha comisión a algunos profesionales. Así se acordó el 18, librando consulta al Consejo el 21, quien accedió a ello por carta acordada de 20 de mayo. Pasada al fiscal, éste propuso el nombramiento de tres abogados de confianza y la Audiencia acordó en 17 de junio nombrar a Antonio Tamaro, Francisco Tomás de Ros, Juan de Balle y Juan Francisco Besora (50). Después de tres años de dilaciones y de la re-

Los miembros del Acuerdo que signaron la consulta fueron Francisco de Olea, regente, Antonio González Rodríguez, Francisco Antonio Calbet y de Morenes, Pedro José Mendiña Yllescas, Esteban González Varea, Francisco de Assín, Joaquín López Oliva y Juan de la Dehesa; con la imprecisión a que conducen los análisis onomásticos, excepto el tercero que podría además ser valenciano, ninguno parece ocupar plaza nacional; plazas que, si entraron en crisis a principios de siglo, debieron pasar a mejor vida con el reestablecimiento de la Audiencia en 1815; en todo caso Olea era foráneo y el *cursus honorum* de Assín y López Oliva parece acreditarlo también. Así pues no es indiferente a la cuestión, ni tampoco al viraje de la Audiencia, su composición. Sobre plazas nacionales y Audiencia de 1815 véase MOLAS, *Las Audiencias...* 126-134 y María de los Ángeles PÉREZ SAMPER, «La Real Audiencia de Cataluña durante la Guerra de la Independencia» en *Pedralbes*. 2 (1982) 206-207, respectivamente.

(49) «Acordada del Consejo sobre formación de expediente con audiencia de los Abogados sobre la costumbre de citar las *leyes romanas* con preferencia a las del reyno». *Expediente de 1815* 10r-11v; también en ACA.RA. — *Cartas Acordadas* — 1272, 172v-173r.

(50) *Expediente de 1815* 12r-19v. Se remitió orden a dichos abogados el 25 de junio de 1816 y se excitó a Tamaro en 4 de enero y 5 de mayo de 1817. *Expediente de 1815* 19v-21v. La consulta de la Audiencia de 21 de marzo y la acordada de 20 de mayo pueden verse también en ACA.RA. — *Consultas* — 1379, 45r-v y — *Cartas Acordadas* — 1272, 336r-337r, respectivamente. Antonio Tamaro, doctor en leyes por Cervera, fue recibido como abogado el 12 de julio de 1783 y el 15 de enero de 1798 juró como abogado examinador; Francisco Tomás Ros y Buscá, doctor en leyes por Cervera y natural de Barcelona, fue recibido como abogado el 3 de noviembre de 1794; Juan Balle, doctor en leyes por Cervera y natural de Barcelona, se recibió el 27 de mayo de 1805 y Juan Francisco Besora y Artigas, bachiller en leyes y natural de Tarragona, el 1 de febrero de 1810. ACA.RA. — *Matrícula de Abogados* — 1689, 44v, 45v, 82r, 110r y 121v.

nuncia de Tamaro, ponente inicial ⁽⁵¹⁾, se emitió finalmente informe con fecha de 17 de noviembre de 1819 ⁽⁵²⁾.

De entrada consignaron que «Como letrados españoles miran los infrascritos la autoridad de las leyes reales no sólo con el respeto común, sino con aquella singular veneración tanto mayor, cuanto es más estrecho y noble el vínculo de su profesión, pero como abogados catalanes e inmediatos observadores de la necesidad y utilidad de

⁽⁵¹⁾ Tamaro renunció el 3 de noviembre de 1817, pasando a ser ponente Ros, quien, a su vez, sería excitado en 29 de noviembre de 1817 y 19 de junio de 1818 (*Expediente de 1815 22r-29v*). La renuncia de Tamaro no parece disconformidad con sus colegas a pesar de «no parecerme del todo unánime la opinión de mis compañeros», ya que su pensamiento se reflejaría en el informe final. Así decía: «Es fácil y es justo calificar de abuso las citas de leyes romanas sin hacerse apenas aprecio por algunos letrados de las castellanas y el afirmar que conviene que sean éstas y no aquéllas el derecho supletorio de Cataluña, pero no me ha parecido igualmente expedito que ciertas prácticas que, aunque no comprendidas en el código municipal del Principado, son en él de uso y observancia constante, dimanando no precisamente de las leyes romanas ni eclesiásticas, sino de lo que se llama derecho común, que consiste en las opiniones que los primeros interpretes del código romano y las decretales introdujeron y lograron canonizar en los tribunales de casi toda Europa, no deban continuarse o no sea, en quanto a ellas, preciso deliverar con perfecto conocimiento de su naturaleza, relaciones y consecuencias, cuáles puedan admitir variación sin inconvenientes y cuáles convenga continuar, por más que discrepen de lo dispuesto en las leyes castellanas y el imaginar que debíamos discernirlas e individualarlas me ha hecho pasar dilatando lo que, sin esta precisión o esta idea, hubiera probablemente despachado con mis débiles medios» (carta a Francisco Ribas, secretario de la Audiencia, de 13 de mayo de 1817. *Expediente de 1815 22r-23v*). «La experiencia me lo acreditó así, pues al emprenderle conocí, desde luego, que si bien era fácil producir ideas generales contra la incertidumbre, confusión e irregularidades actuales y sobre la necesidad de fixar la fuerza y aplicación de nuestras leyes españolas, no lo era señalar las excepciones y temperamentos que en mi concepto convenía se adoptasen o por ser demasiado general, constante y consagrada, o por ser superiormente útil y ventajosa la práctica en varios artículos conformes al derecho romano o canónico, sin serlo al castellano ni proceder de ley alguna municipal. Quando no hai político que no reprueve la del Reino que niega a los poseedores de maiorazgos el beneficio de las mejoras que se le concede en Cataluña, no podía parecerme oportuna la variación en este punto; y, siendo como son muchos los exemplos de esta clase, más o menos claros e interesantes, conocí que no podía manifestarlos y clasificarlos sin engolfarme en un estudio, investigaciones y comprobaciones imposibles para mi memoria y salud arruinadas» (carta a Ribas de 3 de noviembre de 1817. *Expediente de 1815 24r-26 bis r*).

⁽⁵²⁾ *Expediente de 1815 30r-40v*. Fue publicado con el título «Informe sobre la legislación municipal de Cataluña acerca de los puntos propuestos en la Acordada del Real Consejo de 8 de febrero de 1816» en *Revista del Derecho y del Notariado* III (1881) 19-28.

guardarse los usos y costumbres con que de largos siglos se ha vivido en el Principado, deben recordar a la sabiduría y atención de V.E., sin faltar al respeto debido a las leyes reales, el trastorno que causaría a las familias de esta Provincia su indistinta y general aplicación a todos los casos y materias».

Sentado el principio que los legisladores procuraban conservar su legislación a los pueblos, como mejor medio de dominio, y que la diversidad de ordenamientos respondía a la diversa idiosincracia de los diferentes pueblos, de manera que calificaban «ser las costumbres, fundadas en la razón y en la equidad natural, justas, útiles, inalterables y siempre convenientes, por ser la justicia natural invariable y común a todos los hombres. Tal es la verdadera causa, por la cual el derecho romano como un código de razón escrita (...)» mantenía su vigencia desde la conquista peninsular por Roma, ya que Cataluña adoptó «como costumbres algunas de sus leyes que se han fijado y transmitido de siglo en siglo hasta nuestros días y tanto por la larga serie de la dominación romana como por su adopción y observancia perenne adquirieron aquellas leyes el derecho y uso de costumbre». Por ello se previno en la constitución de 1599 que se recurriera al derecho romano como supletorio «fundando esta determinación en que el derecho romano como un verdadero suplemento de legislación (...) ha sido (...) recibido en Cataluña como una costumbre cimentada en la equidad natural (...). De ahí se deriva el origen y práctica (...) de citar leyes romanas en las cuestiones y debates judiciales, no con relación a la autoridad que las estableció, sino con respecto al imperio de moral y de razón que ellas contienen, connaturalizada y admitida como uso y costumbre en la provincia, en medio del silencio y obscuridad de ley positiva (...)». A continuación relacionaron algunas de estas *costumbres* basadas en el derecho romano, con algún que otro error, divergentes de preceptos contenidos en *NR*; y expusieron que el legislador difícilmente podía abarcar todas las materias civiles, por cuyo motivo a falta de ley se consideraba muy útil la conservación de dichas costumbres, como así hizo Felipe V en sus disposiciones de 1716; en cambio sería notable el perjuicio que ocasionaría su derogación, cuando en verdad constituían el remedio para colmar la insuficiencia legal o la arbitrariedad judicial. «De ahí se deduce también la utilidad de conservar en Cataluña las costumbres y prácticas fundadas y cimentadas en el derecho común (...), no

por el origen y apoyo que tienen en leyes romanas, sino por la autoridad que merecieron de nuestros monarcas y por la antigua adopción de que gozan en el Principado (...) sin entender con esta exposición olvidar que los letrados catalanes citan y aplican también las leyes del Reyno en los casos y negocios no prevenidos en las constituciones, usos y costumbres y antiguos fueros provinciales (...)» (53).

Este alegato, más que informe pese a la ecuanimidad inicialmente pretendida, no constituye realmente más que una ampliación de la argumentación que el fiscal del Consejo de Castilla realizó en su momento para mantener la vigencia de un precepto romano frente a uno castellano más beneficioso para los padres prolíficos. Así, si bien originariamente se introdujo con la constitución de 1599 dicho derecho como supletorio, en realidad esto no fue más que confirmar la vigencia de determinadas costumbres enraizadas en Cataluña, de manera que éstas eran tan derecho propio como las disposiciones de Cortes; su derogación, por tanto, se sugiere hábilmente, implica derogar aquella parte del ordenamiento catalán recibido en su día como uso y no por imperio soberano extranjero; por otro lado, también la práctica mostraba que en defecto de dichas *costumbres* se aplicaba el derecho real, originariamente castellano (54).

Pasado el informe al fiscal Dehesa, éste en informe datado en 16 de marzo de 1820 (55), pero iniciado con anterioridad al pronunciamiento de Riego, recordó que el expediente se había incoado por «la incertidumbre de los letrados y jueces en cuanto a las leyes que de-

(53) Vemos como los dictaminantes han desarrollado el principio de la vigencia del derecho romano *non ratione imperii, sed rationis imperio*, aunque parece novedosa su conversión consuetudinaria que tiene ecos de un espíritu nacional que encuentra precisamente su expresión jurídica en el derecho romano. Sobre esto Alejandro GUZMÁN, *Ratio scripta* (= *Ius Commune. Sonderhefte* 14) (Frankfurt am Main 1981), especialmente 113-139. También Bartolomé CLAVERO, «La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808» en AHDE 48 (1978) 307-334 y «La idea de código en la Ilustración jurídica» en *Historia. Instituciones. Documentos* 6 (1979) 49-88.

(54) Parece que los letrados constanten la aparición de un nuevo derecho común, que se aplicaría en la medida en que es derecho real, de manera que, como quiere Iglesia: «El derecho común de España no había sido el derecho castellano, sino que el rey declaró su derecho — el derecho real — derecho común de España» (*La creación...* 2,738); pero subordinado a todo lo que se pretende derecho propio catalán, también derecho real por haber sido asumido por los Borbones en las condiciones señaladas.

(55) *Expediente de 1815* 43r-46v.

ben observarse en esta provincia como derecho supletorio en defecto de constituciones (...). Es cierto que hizo algunas reflexiones en favor del derecho general del Reino, pero nada dixo de que se pueda deducir que su intención fuera alterar los usos del Principado que constituyen una especie de derecho no escrito, sea qual fuere su origen (...) su exposición (...) se dirigía al único fin de evitar el mayor de todos los males que es la arbitrariedad en la administración de justicia». Dicha incertidumbre, se complace en añadir, se inició no por un foráneo, sino que la obra de Dou la abonaba claramente, y no se mostraba apesadumbrado en haber excitado con recta intención el expediente, ya que Fernando VII había resuelto formar un código criminal y esperaba que también se fijarían reglas para la decisión de todas las causas civiles que se juzgaran en Cataluña ⁽⁵⁶⁾.

Decidida por el Consejo la incoación, observaba que los letrados catalanes atribuían la costumbre de alegar derecho romano a la dominación ejercida por éstos, obviando la posterior legislación gótica que excluía la romana y, siguiendo a Lárdizabal, consideraba que el *Fuero Juzgo* no estaba derogado, a no ser por la constitución de 1599, y el *Us. 3* lo daba por vigente; aunque no cabía duda de que finalmente se admitió como derecho supletorio en forma similar a los restantes países como en la misma Castilla con las *Partidas*. Sin embargo no era fácil averiguar el motivo de su resurrección en Cataluña al no haber constitución alguna que tratara de ello, excepto la de 1599 que nada explicaba al respecto. Penetrado de celo investigador y poseído del mismo afán historicista que los letrados informantes ⁽⁵⁷⁾, buscó el proceso de dichas Cortes sin encontrarlo; en ello estaba, cuando reconducido a senda constitucional el Deseado, «se publicó

⁽⁵⁶⁾ Decreto de 2 de diciembre de 1819 por el que se ordenaba al Consejo la formación de un código criminal, dando entre otras razones para ello que las leyes existentes «han hecho en gran parte arbitraria y opinable la ciencia del derecho, especialmente en lo criminal; llegando a tal extremo este abuso, que no pocas veces ha prevaecido contra el sentido natural y genuino de la ley patria la opinión de sus glosadores, fundada por lo común en leyes de los antiguos romanos, á pesar de hallarse prohibido hacer uso de ellas en estos reinos». *Decretos del rey Don Fernando VII* 6 (1820).

⁽⁵⁷⁾ Al obligar la cédula a inquirir sobre el origen histórico de la aplicación del derecho romano en Cataluña, abogados y fiscal hubieron de entrar en materia, cuyos resultados distan de ser felices. Con los materiales entonces existentes el nivel alcanzado hubiera debido ser más consistente, bastando la lectura atenta de la tercera recopilación y de las obras de los prácticos catalanes, cuyo conocimiento parece ser muy superficial.

la constitución política de la Monarquía, cuyo artículo 258 dice (...) y es de esperar que el nuevo código se forme luego». En consecuencia el fiscal interrumpió la elaboración de su dictamen, para elevarlo a la Audiencia en el estado en que se hallaba por presuponer falta de objeto de ese expediente, cuyo archivo proponía. En acuerdo de 22 de marzo la Audiencia acordó su entrega al relator y con ello se remató la cuestión ⁽⁵⁸⁾.

Vuelto el Deseado a la senda ominosa que le era propia, surgiría una vez más esta cuestión de un modo harto sorprendente. Durante la primavera y verano de 1827 se desarrolló la llamada guerra de los agraviados, alzándose en armas partidas realistas de tan extrema blancura que veían secuestrada la voluntad real en manos negras ⁽⁵⁹⁾. Para desvanecer tan insólita creencia acudió Fernando VII a Cataluña y durante su estancia ordenó que la Audiencia le representara lo más conveniente para decretar los medios que contribuyeran a pacificar el Principado ⁽⁶⁰⁾; posteriormente mandó que pudiera asociar a dicha deliberación a prestigiosas personalidades afectas ⁽⁶¹⁾ y les aso-

⁽⁵⁸⁾ Expediente de 1815 47r.

⁽⁵⁹⁾ Sobre este primer estallido que precede a las carlistadas existe un amplio expediente en varios cuadernos, al que posteriormente se unirían otros, en ACA.RA. — *Expedientes* — Caja 71. Expediente 268/1827, que, desconocido hasta ahora, arroja nueva luz sobre la visión que tenían las autoridades del Principado sobre la «guerra dels malcontents». Véase sobre ésta Jaime TORRAS ELÍAS, *La guerra de los agraviados* (Barcelona 1967).

⁽⁶⁰⁾ Real orden comunicada al regente por Calomarde, secretario de Gracia y Justicia, datada en Tarragona el 4 de octubre de 1827: «(...) pero S.M. conoce la necesidad de otras providencias que aseguren la tranquilidad de un modo permanente (...) enmendando los yerros que en los diversos ramos de la administración hayan podido cometerse por descuido o mala fe ya perjudicando los intereses de la provincia (...) ya en fin irritando las pasiones o contando menos que lo que se debe con el genio y costumbres de estos naturales».

«Deseando, pues, el Rey N.S. decretar prontamente cuantas resoluciones puedan conducir en este sentido al sosiego y felicidad de la provincia (...)» ACA.RA. — *Cartas Acordadas* — 1281, 578v-580r; también en cuaderno citado nota 63 *infra*.

⁽⁶¹⁾ Real orden comunicada por Calomarde al regente, datada en Tarragona en 5 de octubre: «Teniendo en consideración el Rey N.S. la grave importancia de las medidas relativas a la pacificación del Principado (...) que si el Acuerdo lo estima conveniente haga venir a esta plaza para oír su parecer a las autoridades y personas particulares de conocida ilustración y decidido amor a su real persona que puedan contribuir con sus luces y conocimientos del país al acierto que S.M. desea (...)» ACA.RA. — *Cartas Acordadas* — 1281, 580r-v; también en cuaderno citado en nota siguiente.

ció *motu proprio* a varias el 15 de octubre de 1827, entre las cuales figuraba Ramon Llàtzer de Dou i de Bassols ⁽⁶²⁾, canceller de la Universidad de Cervera; no admitió, empero, su solicitud de que evacuaran dictámenes previos los Ayuntamientos de las ciudades con voto en Cortes y los capítulos catedralicios ⁽⁶³⁾.

Después de unirse a este fin diferentes relaciones y exposiciones, algunas anónimas ⁽⁶⁴⁾, el fiscal Juan de la Dehesa emitiría previamente su dictamen el 19 de octubre. Tras enumerar las medidas que se deberían adoptar, creyó necesario que una de éstas fuera el aumento de las alcaldías mayores para poder reducir a pedánea la jurisdicción bailiar; y como se trataba de mejorar la administración de justicia: «El fiscal mirando también al fin de remediar abusos perjudiciales a la provincia no puede menos de indicar que los hay muy notables en el modo de substanciar los negocios civiles, ya por defecto de las leyes o constituciones de Cataluña, ya por estilos inveterados, ya por lo difícil que es el que los jueces que vienen de otras provincias y aun

⁽⁶²⁾ Real orden comunicada por Calomarde al regente en 15 de octubre: «Queriendo el Rey N.S. que el M.Rdo Arzobispo de esta diócesis y RR Obispos de Lérida y Gerona, el duque de Almenara y D. Lázaro Dou, cancelario de la Unibersidad de Cervera manifiesten su parecer sobre las medidas que convendrá adoptar a fin de que quede asegurada la tranquilidad de este Principado se ha servido asociarlos al Real Acuerdo, para que concurran con él a la discusión y redacción de la consulta prevenida en real orden de 4 del corriente, advirtiéndole que doy conocimiento de esta resolución a todos los nombrados (...)». El día 28 se comunicó también una orden por la que se asociaba a Domingo María Barrafón, intendente de Cataluña. Ambas en el cuaderno «Real orden asociando al Real Acuerdo al M.R. Arzobispo, RR. Obispos de Lérida y Gerona, duque de Almenara y Don Lázaro Dou para la consulta sobre medidas de pacificación de la provincia. Corresponde al núm 268 de 1827. Nota. Esta pieza tiene relación con los expedientes de números 268, 725 y 861 de 1827» en ACA.RA. — *Expedientes* — Caja 71.

⁽⁶³⁾ Así lo solicitó dicha Junta el día 24 de octubre, respondiendo el mismo día Calomarde que el monarca no lo creía oportuno en mayor medida después de haber asociado «al mismo tribunal varios prelados y personas, a quienes recomienda su saber y acreditado celo y se persuade S.M. que los conocimientos y noticias que pueden suministrar serán bastantes para ilustrar la materia sin las dilaciones a que daría lugar el medio acordado». ACA.RA. — *Cartas Acordadas* — 1281, 582v-584v; la Junta ya había preparado un borrador de carta para dichas corporaciones. ACA.RA. — *Expedientes* — Caja 71, cuaderno « Expediente de la consulta sobre medidas para la pacificación de Cataluña. Nota. Esta pieza tiene relación con los expedientes de números 268, 725 y 861 de 1827. Corresponde al núm 268 de 1827» (= *Expediente de pacificación*).

⁽⁶⁴⁾ Se unieron un total de 16, lamentablemente no se registraron. ACA.RA. — *Cartas Acordadas* — 1281, 580v-582v; También en *Expediente de pacificación* s.f.

los naturales de ésta sigan un método uniforme y constante en la substanciación de las causas, quando el particular de aquí no se enseña en ninguna Universidad o academia pública, sino sólo se aprende con el estudio de los libros de este país, poco conocidos fuera de él, y con la práctica de sus tribunales y juzgados. De donde resulta que los pleitos se dilatan demasiado a veces y se causan excesivos gastos a los litigantes, multiplicando escritos y diligencias inútiles para el descubrimiento de la verdad y para juzgar con acierto. Favorece mucho para esto a los litigantes y abogados de mala fe la incertidumbre en que muchos están acerca de cuál es el derecho supletorio de Cataluña; esto es, si en defecto de constitución municipal, se debe atender a las leyes generales del Reino o al derecho canónico y al civil romano y a las opiniones de los autores como lo previene la constitución única (...), pues sobre esto hay variedad de opiniones entre los letrados y se acojen a unas o a otras leyes, según les acomoda, para salir con lo que se proponen».

«Varias veces se ha intentado remediar este mal, pero poco o nada se ha adelantado, y convendría mucho sin duda que en expediente separado se tratase de consultar a S.M. el modo de corregirle, porque exige detenido examen y no es para tan de pronto, como se necesita proponer el de asegurar la paz de la provincia» (65).

Ciertamente algo extemporánea debió parecer esta petición fiscal, colofón de otras como el desarme general de todos los paisanos tan cuerdamente decretado por Felipe V o la corrección de la sectaria cooptación de concejales en los Ayuntamientos, ya que la Junta reunida en Tarragona, a pesar de conformarse con su dictamen, entre las medidas a adoptar no incluyó — ni siquiera para incoar expediente separado — ésta en la consulta que elevó al Rey en 19 de noviembre (66). La resolución sería una real orden, comunicada por Calomarde al capitán general el 17 de diciembre, que entre las 11 medidas providenciadas no adoptaba ninguna sobre el derecho procesal

(65) Datado en Tarragona el día citado se halla en *Expediente de pacificación* s.f.

(66) La Junta consultiva acordó en su deliberación realizada en la sala capitular de la catedral de Tarragona el 13 de noviembre «que se evacúe la consulta conforme en todo con el dictamen del señor fiscal, con el que se ha conformado el Acuerdo, acompañándose copia autorizada de él y que se remitan también las medidas presentadas por los señores asociados». *Expediente de pacificación* s.f., donde se halla también el borrador de dicha consulta de 19 del mismo mes.

civil ni el derecho supletorio vigentes en Cataluña ni sobre su futuro (67).

No es osado afirmar, conociendo mínimamente el funcionamiento de la administración central fernandina, que la petición de Dehesa no había hecho mella alguna en un momento en que otras situaciones, y cruentas, acaparaban la atención. Sin embargo quien contradictoriamente excitaría el engranaje de dicha administración sería el canciller Dou al elevar el 26 de noviembre de 1827 una exposición al Rey centrada exclusivamente en ello, dando lugar a la incoación de un voluminoso expediente, que era precisamente lo deseado por el fiscal de la Audiencia (68).

Inició su exposición (69) recordando que su nombramiento como asociado le inducía a suplicar «un favor dirigido a la conservación del sistema de gobierno de Cataluña, sabiamente establecido por el Señor Don Felipe quinto», sobre el cual también había escrito en sus premiadas *Instituciones*. En las deliberaciones desarrolladas en Tarragona había estimado conveniente no incidir en el apartado fiscal sobre el derecho supletorio, puesto que las urgencias eran otras y, por otro lado, creía poder representar al Rey en momento más oportuno.

El planteamiento que adoptó Dou sobre esta cuestión fue incardinarlo dentro del régimen provincial catalán, de manera que sembrar la incertidumbre sobre ésta no era otra cosa que dudar de la vigencia plena del decreto de nueva planta de Cataluña, cuyos bené-

(67) ACA.RA. — *Cartas Acordadas* — 1281, 553r-556r.

(68) «N. 243 de 1828. expediente en virtud de *acordada* del *Consejo Real* para informe a *instancia* de Don Ramón Lázaro de Dou sobre la *substanciación* de los *negocios civiles* etc. Nota. Para el despacho de este expediente se unieron los antecedentes del alcalde mayor de Figueras Don Juan Manuel de Moya, extractados a folios 418 de 1815 y 107 y 238 de 1816 unidos todos al dicho folio 418 de 1815». ACA.RA. — *Expedientes* —. Caja 81 (= *Expediente de 1828*).

(69) ACA.RA. — *Cartas Acordadas* — 1282, 124r-136v; también en *Expediente de 1828* 3r-12v. Publicado bajo el título «Informe sobre la observancia de las constituciones municipales de Cataluña». en *Revista del Derecho y del Notariado* III (1881) 60-66 y, extractado, en Jaime CARRERA PUJAL, *Historia política de Cataluña en el siglo XIX*. Tomo II. *El turbulento reinado de Fernando VII* (Barcelona 1957) 232-236. *Sobre el jurista y longevo canciller de Cervera véase de* BROCÀ, *Biografía de D. Ramón Llàtzer de Dou i de Bassols, escrita i llegida per en el solemni acte, celebrat en el Saló de Cent de Casa la Ciutat de Barcelona el 24 de maig de 1916, de col.locar el retrat del biografiat a la Galeria de Catalans il.lustres* (Barcelona 1916?).

ficos efectos eran tan patentes que había considerado a su promulgador como Solón de Cataluña. Decreto que había confirmado plenamente como «ley fundamental del Principado» Carlos III en cédula de 8 de enero de 1775 ⁽⁷⁰⁾ y así se ratificó nuevamente la vigencia de la constitución de 1599. Si el dictamen fiscal aludía a la necesidad de erradicar la variedad de opiniones existentes, era preciso previamente examinar su solidez y, en cuanto al derecho procesal civil, parecía estribar la dificultad en su estudio por los jueces foráneos; en todo caso la pretensión era variar la legislación y práctica del Principado. Ante esta posición refutaba la argumentación fiscal por ocho motivos:

En primer lugar porque era *communis opinio* «que las leyes se hagan en cuanto sea posible con la consideración de seguir el genio y práctica de los súbditos». En segundo lugar la relación entre jueces foráneos, cuya competencia se presumía, y la demografía catalana permitía concluir que «es más fácil instruirse ellos con los libros (...) que no el que novecientas mil almas que habrá en Cataluña deban mudar sus costumbres y práctica». En tercer lugar no era concebible que el derecho vigente en el Principado no incluyera lo referente a su derecho supletorio, ya que ello supondría una laguna y tacha que no cabía oponer ante una planta tan rigurosamente meditada. En cuarto lugar que «más vale malo conocido, que bueno por conocer» y si lo conocido ya era bueno gracias a la previsión filipista y de sus sucesores, para qué experimentar. En quinto lugar «la grande extensión de la que comprehende la nueva planta, el terreno y la población del Principado son otra prueba de mucha considera-

⁽⁷⁰⁾ Su parte dispositiva rezaba: «(...) 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 Politico, establecida con el acuerdo de los Hombres mas doctos y prudentes de la Monarquía, y entre ellos muchos Catalanes afectos à mi Real Servicio, y a esos Naturales, è instruidos muy particularmente de sus costumbres: Quiero y mando se observe y guarde inviolablemente (...)» en Antonio SANMARTÍ, *Coleccion de ordenes, relativas à la nueva planta de la Real Audiencia de Cataluña; à la Real cédula instructoria, dispuesta para las ciudades y cabezas de partido (...)* (Lérida s.d. post 1805) 5-17, después del capítulo 2 de la nueva planta. Sin embargo esta cédula se relaciona con los poderes del capitán general como presidente de la Audiencia y el Real Acuerdo de ésta, cuyo gobierno prescribía el decreto de nueva planta y reiteradamente soslayado y burlado por los capitanes generales a través de reales órdenes. *Vid.* sobre esto la obra de Solé citada en nota 32 *supra*.

ción», así se confirmaron el consulado del Mar y los tribunales eclesiásticos, desarrollándose vigorosamente la benemérita emfiteusis, cuyo laudemio era en el derecho general del 2% ⁽⁷¹⁾ y, sin solución de continuidad, acababa este punto: «Parece increíble que queriendo comprender tantas cosas el Señor Don Felipe quinto omitiese la substancial de un derecho supletorio». En sexto lugar, si *dura lex, sed servanda*, aún más si ésta era muelle y favorable. Así «bajo el supuesto de que no sólo se impugnan las constituciones de Cataluña, sino la práctica y costumbre de los naturales del país» relacionó los preceptos legales que acreditaban su vigencia desde los capítulos pertinentes de la nueva planta y la cédula de 8 enero de 1775 hasta la cédula de 27 de agosto de 1782, que no podían quedar inanes «por la débil razón de que (...) jueces que deben venir de fuera han de instruirse con los libros del país». En séptimo lugar las regalías en Cataluña estaban en toda su debida observancia «con cuyo motivo no hay riesgo alguno en quanto al derecho supletorio (...)» y, por otro lado, deslizó que debía alejarse el peligroso hecho «(...) con que en el día se discurre por muchos con el ardiente deseo de novedad», como la de atacar mayorazgos y laudemios. En octavo lugar la trabazón de todo ordenamiento jurídico era lo que permitía la existencia de estas modélicas instituciones públicas y privadas, reconocida por las leyes «la utilidad que trae la práctica con que por espacio de muchos siglos se ha ido acomodando el derecho común, corrigiéndole y modificándole en las cosas perjudiciales».

Concluyó su escrito afirmando que, sin duda, sería fructífero facilitar el conocimiento de dicho ordenamiento; como su achacosa edad no le permitía redactar obra tan ambiciosa, proponía que se otorgara premio «al que reduzca a un compendio el derecho ya sea real, ya personal, ya de cualquiera otra especie de que gozen los particulares, naturales o habitantes en Cataluña», atendidas la nueva planta y leyes posteriores.

En fecha posterior añadiría a esta exposición un ejemplar de la

(71) Véase sobre esta cuestión capital en el período codificador Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ, *L'emfiteusi en el dret civil de Catalunya*. Tesis doctoral inédita (Barcelona Universitat de Barcelona, 1981), parcialmente publicada en castellano en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Madrid, 1987) 30, 166-450 y Bartolomé CLAVERO, «Emfiteusis, ¿Qué hay en un nombre?» en *AHDE* 56 (1986) 467-519 que es su última publicación sobre esta materia que le conozco.

cédula de 1775 en carta a Calomarde, ya que al encontrarse en Barcelona había podido hacerse con él ⁽⁷²⁾.

Ambos escritos fueron remitidos por reales órdenes de 17 y 20 de diciembre respectivamente, acompañados del dictamen fiscal con que se conformó la Junta de Tarragona «relativo a la necesidad de corregir los abusos se experimentan en el modo de substanciar las causas civiles» al Consejo Real; éste, de acuerdo con lo propuesto por sus fiscales y a la vista de los antecedentes existentes, hizo remisión a la Audiencia, para que «oiendo instructivamente sobre el particular de que se trata al Ayuntamiento de esa ciudad y a los de otras ciudades y villas, cabezas de partido, de ese Principado por la variedad de usos municipales que pueda haber en ellas, informe cuanto se le ofrezca y parezca» ⁽⁷³⁾. Así lo acordó la Audiencia el 10 de abril de 1828 ⁽⁷⁴⁾, remitiéndose las correspondientes cartas-órdenes a dichos Ayuntamientos en 4 de junio ⁽⁷⁵⁾.

El Ayuntamiento de Barcelona, empero, se había adelantado al haber elevado una representación al rey con fecha de 4 de abril, quien la trasladó al Consejo por real orden de 19 del mismo mes, para que le consultara su parecer sobre ella, «en la que se pide se mande guardar y observar inviolablemente la planta de gobierno que dió a ese Principado (...)». El Consejo haría la remisión correspondiente a la Audiencia a fin de que «la tenga presente y estienda a su contenido el ynforme que se le encargó (...)» ⁽⁷⁶⁾. Esta acordó el 9 de junio que se uniera el expediente y que se pasara al fiscal. ⁽⁷⁷⁾.

El Ayuntamiento de Barcelona, uno de cuyos regidores era el duque de Almenara Alta otro asociado de la Junta de Tarragona, en su

⁽⁷²⁾ Carta remitida a Calomarde desde Barcelona el 19 de diciembre de 1827. ACA.RA. — *Cartas Acordadas* — 1282, 136v-137v; también en *Expediente de 1828* 13r-v.

⁽⁷³⁾ Carta acordada del Consejo remitida en 27 de marzo al conde de España, capitán general de Cataluña, y trasladada por éste a la Audiencia el 5 de abril. ACA.RA. — *Cartas Acordadas* — 1282, 123r-124r; también en *Expediente de 1828* 1r-2r.

⁽⁷⁴⁾ *Expediente de 1828* 15r.

⁽⁷⁵⁾ Véase borrador de la carta en *Expediente de 1828* 16r-v.

⁽⁷⁶⁾ Carta acordada del Consejo de 30 de abril de 1828, remitida al conde de España, quien la trasladó a la Audiencia el 22 de mayo. ACA.RA. — *Cartas Acordadas* — 1282, 610r-611r también en *Expediente de 1828* 69r-v.

⁽⁷⁷⁾ *Expediente de 1828* 79r.

representación ⁽⁷⁸⁾ sigue, de forma que no puede calificarse de casual, la argumentación de Dou. Así se encuentra en la necesidad de acudir al Rey, ya que desde hacía pocos años se había excitado «el gran mal (...) que sin duda es de los más graves que puede sufrir un pueblo civilizado. Se ha querido poner en duda la legislación que le gobierna y de ahí dimana la incertidumbre de los vasallos (...) y la perplexidad de los magistrados (...)». Cataluña había tenido legislación propia en toda su extensión, hasta que Felipe V en beneficio de los catalanes plantificó un nuevo gobierno, variando en su mayor parte el derecho público y manteniendo íntegro su derecho privado. Esta planta se confirmó por Fernando VI y Carlos III en cédulas de 21 de noviembre de 1754 y 8 de enero de 1775 respectivamente y se incluyó por Carlos IV en la NR; todas estas confirmaciones renovaron la observancia de la legislación catalana ratificada en el capítulo 56 de la nueva planta, aunque «Se equivocaría mucho el que se persuadiese que el derecho municipal de aquella ciudad y Cataluña se halla precisamente en el volumen de sus constituciones, porque un ligero conocimiento de éstas manifiesta que no son otra cosa que unas excepciones, modificaciones y correcciones de los derechos canónico y civil, los cuales son su base». Por esto se estableció el orden de prelación de la constitución de 1599, no derogada por ningún capítulo de la nueva planta, antes al contrario comprendida en el 56 y sobreentendida en el 28, cuando al referirse a las penas y probanzas ordenaba estar a las constituciones y práctica anteriores, y se consideró «sin duda por práctica el derecho no escrito en las constituciones, pero que, sin embargo, no deja de ser un derecho municipal, autorizado por las mismas» e igualmente incidía en lo mismo la ordenanza 211 de las de la Audiencia. ⁽⁷⁹⁾. Decreto de nueva planta y estas ordenanzas dejaban claramente establecido «un derecho municipal más estenso que el escrito en el volumen de sus constituciones y que forman parte de este derecho las disposiciones

⁽⁷⁸⁾ ACA.RA. — *Cartas Acordadas* — 1282, 611r-620v.: también *Expediente de 1828* 71r-78f; extractado en CARRERA, *Historia...* II, 236-238, quien creyó que era el informe sobre la exposición de Dou que no llevaría a cabo hasta principios de 1829.

⁽⁷⁹⁾ Dicha ordenanza decía: «En las causas y casos en que sea permitido por derecho Ley, y practica Municipal, havrà suplicacion en la misma Sala (...)». *Ordenanzas de la Real Audiencia de el Principado de Cathaluña, mandadas imprimir por Su Magestad.* (Barcelona, 1742).

del canónico y civil recibidas específicamente por la práctica y autorizadas generalmente por la citada constitución». Hecho que se ratificaba con los formularios notariales y sus cláusulas de renunciaciones, los estatutos de la Universidad de Cervera que hasta 1802 ordenaron explicar las diferencias ente derecho catalán y derecho común ⁽⁸⁰⁾, el examen de abogados ante la Audiencia hasta 1808 y las sentencias de ésta, hasta que se prohibió motivarlas. En dicho tribunal sólo entraron las *Partidas* después de 1814 y sus magistrados habían actuado así y así lo iban enseñando a los nuevos durante un siglo, pero después de 1814 y de 1820 se había renovado éste 4 veces en su totalidad, provocando la división de opiniones de los abogados y que los desnortados magistrados no la cortaran de raíz hasta llegar a la situación de aquel momento.

Situación surgida originariamente al promulgarse en 1805 la *NR* y creer algunos abogados que ésta había derogado el derecho municipal, subrogado por ella y *Partidas* «a lo menos en los puntos que no estaban específicamente prevenidos en nuestras ordenaciones, aunque estubiese en inconcusa observancia y virtualmente incluidas en nuestro código en fuerza de la citada ordenación única (...)». Pero estos letrados no quisieron advertir que su promulgación no derogaba «las legislaciones peculiares que tienen varias provincias de esta dilatada monarquía, lo que, si fuese así, habrían quedado no menos derogadas las leyes escritas en el código municipal que las recibidas por la constante observancia y en fuerza de la citada constitución» y si no promovieron dudas sobre las primeras, eran infundadas las suscitadas sobre las segundas. Con el movimiento codificador, idea plausible excepto para la generación que debía padecerlo, se empezó a citar una cédula expedida 50 años antes «generalizando una disposición dictada para el caso particular que dió motivo a ella y para otros de semejante naturaleza, pero que nadie había pensado hasta esta última época extender a otros puntos de nuestra legislación», la cual no había variado después de su promulgación. «Por estos pasos

⁽⁸⁰⁾ Así se decía: «Estatuimos, que los Cathedraicos de Leyes, explicando el Derecho Antiguo, adviertan siempre la novedad, ò diferencia, que huviessse en el Derecho Municipal, y lo que estuviessse derogado, ó desemejado en la practica procurando traer à la inteligencia de nuestras Leyes, las de los Romanos» en *Estatutos y privilegios apostolicos, y reales de la Universidad y Estudio General de Cervera*. (Cervera 1750) 11,8; estatutos que habían sido aprobados en 2 de octubre de 1749.

ha llegado el vuestro Principado de Cataluña a un punto que puede decirse que viven sus moradores sin ley fija en orden a sus negocios particulares, aun los más interesantes, porque no siendo las ordina- ciones escritas en el código municipal otra cosa, como se ha dicho, que unas escepciones, variaciones, modificaciones y correcciones del derecho civil común, puesta en duda la fuerza de las disposiciones de éste, aun en los puntos de la más inconcusa observancia, queda por necesaria consecuencia vacilante todo el edificio». A título de ejemplo colacionaban dos casos, uno con pleitos pendientes en la Audiencia, referente éste a la sucesión intestada, en la cual el de- recho romano llamaba en segundo lugar y con igual porción a ascen- dientes y hermanos, mientras las leyes del reino excluían a los herma- nos, y el otro caso referente al plazo para apelar de 5 y 10 días respectivamente en derecho común y derecho del Reino. Para evitar la ruina de este edificio se hacía esa representación, ya que «No es, Señor, el espíritu de provincialismo el que ha movido al Ayuntamien- to (...) No se ocultan a esta corporación los defectos de la legislación municipal y los graves inconvenientes de hacer valer observancias y prácticas aun las más constantemente recibidas»; éste era un mal menor comparado con el remedio que algunos querían aplicar, pue- sto que «El derecho municipal de Cataluña se convina con el de- recho civil común fácilmente, porque propiamente hablando no es otra cosa que un apéndice de éste, con el que guarda una perfecta armonía en todos los puntos capitales y esta conformidad compensa una gran parte de los inconvenientes que presenta la observancia de aquél. Al contrario está en contradicción en muchos puntos de los más interesantes y trascendentales con la legislación general del Rei- no (...) bastando citar el más importante quizá y trascendental de to- dos cual es la facultad de disponer de los bienes, la que, prescindien- do de vínculos o fideicomisos, es poco que ilimitada en Cataluña, al paso que por el derecho de Castilla puede decirse que la ley es la que hace el testamento de un padre que muere con hijos» (81).

Concluía la exposición afirmando que «los más graves perjuicios

(81) El derecho de sucesiones será una de las cuestiones más polémicas en el período codificador; véase Bartolomé CLAVERO, «Formación doctrinal contemporánea del De- recho catalán de sucesiones: La primogenitura de la libertad» en *Materials III Jornades de dret català a Tossa. La reforma de la Compilació: El sistema successori*. (Barcelona, 1985) 9-37.

consisten sin duda en que continúe la actual perplexidad, porque mientras dure la misma ni el particular sabrá como arreglar (...), ni el letrado de buena fe sobre lo que ha de aconsejar (...), ni el juez lo que deberá juzgar, al paso que la mala fe podrá defenderlo todo, porque para todo hallará apoyo en las opiniones encontradas». Esta situación solamente podía solucionarse con decisión soberana, de manera que, si Felipe V promulgó la nueva planta, Fernando VI la confirmó, Carlos III la declaró ley fundamental y Carlos IV la recopiló, a Fernando VII le correspondía «que se digne mandar que se guarde y observe inviolablemente la nueva planta de gobierno (...) y señaladamente el capítulo cincuenta y seis (...)»

Desde junio de 1828 hasta febrero de 1829 43 ciudades y villas, cabezas de partido, emitieron el informe solicitado ⁽⁸²⁾. Casi en su totalidad se redactaron con colaboración letrada ⁽⁸³⁾ y en su mayor parte se mostraron favorables a la posición de Dou. Al disponer sólo de ésta y careciendo del dictamen fiscal ⁽⁸⁴⁾ se convirtieron en general en un manifiesto para la conservación del derecho catalán, preludeando las movilizaciones efectuadas durante el proceso codificador civil, como lo indicó el alcalde mayor de Gadesa al remitir el informe de dicha localidad: «no puedo menos de manifestar que está estendido con equivocación, pues esta corporación supone que el tratar de corregir los grandes abusos que se experimentan en la substanciación de los negocios civiles y aun criminales es querer pri-

⁽⁸²⁾ Por orden de remisión a la Audiencia y su foliación en el *Expediente de 1828* fueron Balaguer (10 de junio), Tárrega (13), Berga (16), Figueras (19), Besalú (17), Gerona (23), Santa Coloma de Farnés (24), Cadaqués (25), Olot (6 de julio), Seo de Urgel (10), Bañolas (12), Solsona (16), La Bisbal (20), Blanes y Tarrassa (24), Vilafranca del Panadés (3 de agosto), Talarn (7), Puigcerdá (8), Tortosa (12), Camprodón (14), Torroella de Montgrí (14), Vich (16), Montblanch (19), Valls (20), Tarragona (22), Villanueva (25), Ripoll (28), Lérida (29), Sitges y Cervera (30), Reus (28), Gadesa (2 de septiembre), Agramunt y Manresa (3), Capelladas (13), Mataró (19), Granollers (24), Santpedor (1), San Feliu de Guixols, Igualada (15 de octubre), Viella (15 de septiembre), Barcelona (14 de enero de 1829) y Falsset (16 de febrero).

⁽⁸³⁾ Así casi todos refieren que han consultado a letrados e inclusive alguno, como Mataró, remite el parecer mayoritario de sus abogados y el minoritario. Por otro lado, algunos actuaron coordinadamente como en el área de Gerona y en otros es evidente que adoptaron el parecer de su alcalde mayor.

⁽⁸⁴⁾ Sólo el Ayuntamiento de Barcelona pidió en 6 de julio de 1828 que se le diese traslado del dictamen fiscal; así se hizo en 24 del mismo mes. *Expediente de 1828* 80v-84v.

var a la Cataluña de sus fueros y privilegios» (85). El análisis pormenorizado de informes tan interesantes exigiría un espacio que sería abuso de la cortesía de estos *Quaderni* y exceso mayúsculo para unas confesadas notas, de manera que sólo se examinará el del Ayuntamiento de Barcelona datado en 14 de enero de 1829 (86).

Tras señalar que la exposición del canciller, impugnando el dictamen fiscal, se limitaba a proponer la elaboración de unas *Instituciones*, consideraba que la temática se podía reducir a dos proposiciones. La primera «Si conviene o no a Cataluña que los tribunales que hay en ella se uniformen con el modo de enjuiciar o substanciar las causas con los tribunales de Castilla; y segunda, si realmente se ignora cuál es el derecho supletorio de Cataluña».

Respondiendo a la primera, si la expresión «substanciar las causas civiles» se refería estrictamente al derecho procesal, creía que no sólo en Cataluña, sino también en cualquier parte convenía la abreviación del proceso, pero, si con dicha expresión y bajo pretexto de su desconocimiento por jueces foráneos «se pretendiese abolir el derecho municipal de esta Provincia, entonces no podría dejar este Ayuntamiento de decir que lejos de ser un bien para Cataluña, sería sin duda alguna un medio seguro para reducirla a su ruina». Por otro lado el procedimiento vigente no era un arcano y sin duda existían diferencias con el de Castilla, el cual a su vez tampoco era conforme con los «de la mayor parte de las provincias que forma la vasta monarquía española. Las leyes de Navarra, las de Vizcaya, las de Galicia (87) no se asemejan seguramente más a las castellanas que

(85) *Expediente de 1828 156r-156bis*. Sobre este proceso codificador y su repercusión foral véase Bartolomé CLAVERO, *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*. (Madrid, 1982). Codificación extensamente estudiada por el primer manual, que, aunque a eso sólo se quisiera reducir, constituyó una cesura respecto de los anteriores por FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid 1979¹): de este autor también su misceláneo *Códigos y Constituciones* (Madrid, 1989). También ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ, Juan Antonio ALEJANDRE GARCÍA (José María GARCÍA MARTÍN), *El Derecho histórico de los pueblos de España. (Temas para un curso de Historia del derecho)* (Madrid 1982¹), que previamente habían escrito sus *Temas de Historia del Derecho. El Derecho del Constitucionalismo y de la Codificación I y II* (Sevilla 1978-79).

(86) *Expediente de 1828 212r-216v*.

(87) Sobre como Galicia devino territorio foral nos lo aclara con sorna Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «El Código civil (español) y el (llamado) derecho (foral) gallego»

las nuestras y sin embargo hasta ahora nadie ha pretendido que aquellas leyes se varien ni alteren, porque pueden ir allí jueces de otra provincia que tengan que instruirse de ellas». Se presumía que los jueces, de indudable ilustración, podían perfectamente conocer la legislación catalana, cuyo estudio tampoco obviarían por un largo período de tiempo, ya que su vigencia continuaría en sede judicial para los hechos anteriores, «cuando fuese político y posible transformar esta industriosa provincia y destruir los usos, costumbres y leyes que la han hecho feliz hasta ahora y que, sin género alguno de duda, la han puesto en un nivel más elevado que todas las demás de España (...). Los dos contratos de enfiteusis y censal, casi desconocidos en la mayor parte de España, que pueden decirse propios y peculiares de esta provincia y que han sido la principal causa del fomento de la agricultura (...) tienen aquí una legislación propia y peculiar, en la cual el bien y la utilidad general no permiten tocar en un solo ápice, pues son muy raras las propiedades de Cataluña que no están fundadas en el primero de aquellos contratos (...)», de manera que todo juez foráneo tendría que estudiarlos, así como otras instituciones, a cuyo estudio podían unir sin incomodidad el del derecho procesal. Así pues el Ayuntamiento no consideraba útil ni conveniente variar el derecho procesal civil a no ser para reducir y abreviar el proceso.

Respecto a la segunda proposición «(...) sólo en un tiempo en que abunda la mala fe, en que domina el espíritu de disputar de todo y en que (...) nos hallamos con un enjambre de abogados que no honran mucho su noble profesión podía dudarse si hay o no derecho supletorio en Cataluña (...) Esta cuestión verdaderamente no puede ser hija sino de la ignorancia o de la malicia de algunos que se llaman letrados y que, según conviene al interés de sus clientes y al suyo propio, con la misma serenidad con que sostienen en una causa que una ley continuada en la *Novísima Recopilación* debe prevalecer contra una ley o un usage de Cataluña, sostienen en otra todo lo contrario». Ciertamente no cabía duda alguna al respecto, puesto que el artículo 56 de la nueva planta revalidó la constitución de 1599, sin que se modificara dicha situación por Carlos III. Si la duda no cabía, en consecuencia se debía contener a quien la suscitara, ya que «sólo puede

en *Derecho privado y revolución burguesa. Actas del II Seminario de Historia del Derecho Privado* organizado por la Universitat Autònoma de Barcelona (en prensa).

ser hija de la ignorancia, o de la mala fe o de unas miras particulares de destruir o barrenar una legislación que ha producido la felicidad de esta provincia».

Padados todos los informes ⁽⁸⁸⁾ al fiscal Juan de la Dehesa, éste emitió su dictamen el 5 de abril de 1829 ⁽⁸⁹⁾. Relacionados los antecedentes y reproduciendo lo que ya había dicho anteriormente, manifestó su sorpresa por la exposición de Dou, cuando éste en sus *Instituciones*, citadas literalmente, había dejado bien patentes sus dudas sobre el derecho supletorio, y consideraba que, si había variado de opinión, lo hubiera podido declarar francamente, corroborando en el fondo la necesidad de una resolución regia sobre el asunto. Afirmaba que en sus dictámenes de 1820 y 1827 no pretendió «que se derogase toda la legislación provincial fuera de las constituciones de Cataluña, sino sólo que se hiciese la declaración que juzgaba necesaria sobre el derecho supletorio» y así se lo hubiera aclarado al canciller, si éste no hubiera guardado tan profundo silencio en la Junta de Tarragona. Constató, por primera vez a pesar de sus palabras, la vigencia de la constitución de 1599, ya que «El fiscal desde que empezó a servir su plaza ha dado innumerables pruebas de que en su concepto el derecho supletorio de Cataluña es el canónico y, en defecto de éste, el civil de los romanos y las costumbres o prácticas adoptadas generalmente con arreglo a las opiniones de los doctores, depositadas en las sentencias de los tribunales superiores que administraban justicia antes de la nueva planta». En consecuencia su única aspiración había sido «que se declare así por punto general, mientras no se forme un solo código legal para todo el Reyno».

Sin embargo no podía omitir determinadas explicaciones, puesto que el decreto de nueva planta debía observarse en todo lo que no se hubiese derogado con posterioridad, pues el mismo decreto reserva-

⁽⁸⁸⁾ Se tuvo que excitar varias veces, como solía acaecer en estos casos, a que se realizaran dichos informes por cartas-órdenes de la Audiencia de 5 y 26 de agosto, 15 de noviembre de 1828, 12,13 y 24 de enero de 1829 (*Expediente de 1828* 85r, 151r-152r, 201-202v, 208r-209v y 218r), quien, a su vez, lo había sido por cartas-órdenes del Consejo de 31 de diciembre de 1828, 21 de marzo y 16 de mayo de 1829 para «la más pronta remisión del citado informe, teniendo en consideración que S.M. tiene recomendado el breve despacho de este asunto de tanta gravedad y trascendencia» (*Expediente de 1828* 205r-v, 229r-v y 257r-v).

⁽⁸⁹⁾ *Expediente de 1828* 232r-246v.

ba las regalías mayores al Rey. Por otro lado, era evidente que el derecho canónico contenía preceptos contrarios a la regalía y el derecho romano principios republicanos inadecuados a la legalidad, así en las cédulas de 1768 y 1785 tuvieron que recordarse a la Audiencia principios básicos usurpados; el mismo fiscal en determinadas actuaciones debía combatir opiniones ultramontanas en pleitos como los de recursos de fuerza, como si aún se encontrara en la Edad Media. Si el informe de los abogados hecho en 1819 decía que las leyes generales se argüían en los casos especificados en P 3, 14, 15, la realidad era que los abogados las citaban, cuando les convenía, entre catalanes y sobre causas catalanas y éste era precisamente el abuso y arbitrariedad que se precisaba erradicar. Por tanto, el aparato de cédulas relacionadas por Dou era inútil al ir dirigido contra un fantasma inexistente y, si los Ayuntamientos, hubieran dispuesto de su dictamen, también se habrían dado cuenta de ello, como era patente en el caso del Ayuntamiento de Barcelona en su informe tan distinto de su representación inicial. Éste era el único que entraba en lo referente al derecho procesal mientras los restantes lo obviaban, silencio que parecía indicar conformidad para uniformarlo con el de Castilla. Barcelona lo reducía a cuestión de plazos, que era un mal menor, puesto que el capítulo 6 de la nueva planta lo dejaba al arbitrio judicial. Le parecía que eran notorias las diferencias entre los derechos procesales de Castilla y Cataluña, como se podía ver manejando la *Práctica* de Coll⁽⁹⁰⁾ y que lo mejor era que se adoptara el estudiado en la Universidad, uniformando así dicha práctica de manera que podrían dedicar más tiempo al estudio del derecho privado catalán.

Era obvio, en consecuencia, que el fiscal tuvo justos motivos para realizar su propuesta y era preciso «que para evitar arbitrariedad en los juicios es necesario declarar cuál es el derecho supletorio con arreglo a la constitución municipal, confirmada en la nueva planta en cuanto no se oponga a ésta, ni a las leyes, reales decretos y órdenes posteriores, ni a las regalías y en cuanto sea compatible con los usos y costumbres actuales generalmente recibidos en el Principado, opuestos a los del tiempo de la República o del Imperio romano; que tam-

(90) Raymundo COLL et FABRA, *Praxis forensis (...) elaborata: constitutionibus municipalibus Cathaloniae et regio decreto, vulgariter dicto, de la nueva planta, accommodata*. (Cervariae 1826¹).

bién conviene declarar que no tienen fuerza de leyes en esta provincia las de la *Novísima Recopilación*, Fueros, *Partidas* y otras de los reinos de Castilla y León, sino en cuanto son conformes a la nueva planta y otras disposiciones soberanas posteriores a ella; que conviene uniformar la práctica forense de Cataluña en cuanto a la substanciación de las causas civiles, con la que se enseña en las Universidades del Reino, desde que se estableció el plan general de estudios, que es la conocida y observada en la mayor parte del reino; finalmente que la representación del cancelario (...) está fundada en una mala inteligencia de lo que el fiscal propuso y que los informes de los Ayuntamientos no desvanecen las razones expuestas sobre la materia en el dictamen citado».

En relación a la propuesta de realizar unas *Instituciones*, sin duda era una idea excelente, aunque no de fácil realización, ya que requeriría largo tiempo y dilucidar cuestiones que no eran pacíficas. Finalizó su dictamen exponiendo que se remitiera al Consejo la *Práctica* de Coll y copias del informe de los abogados de 1819 y de su propio dictamen fiscal de 1820.

La deliberación de la Audiencia en 14 de mayo fue mayoritariamente favorable a este dictamen e hizo suya la petición fiscal, excepto en el reproche final a Dou, y añadió que se adjuntara también el mismo dictamen del fiscal ⁽⁹¹⁾. Se formularon dos votos reservados a este acuerdo. El primero, en solitario ⁽⁹²⁾, se mostraba acorde en cuanto al derecho supletorio, añadiendo que se hiciera responsable de su cumplimiento a jueces y abogados; en cuanto al derecho procesal era partidario de su mantenimiento íntegro, ya que no encontraba ninguna ventaja en la introducción del castellano, estribando la cuestión en hacer efectivo el cumplimiento del propio; finalmente consideraba factible la propuesta del compendio que «según noticias uno de los letrados de esta ciudad la tiene ya empezada y muy adelantada» ⁽⁹³⁾. El otro voto particular, suscrito por cuatro

⁽⁹¹⁾ Expediente de 1828 249r-v.

⁽⁹²⁾ Fue formulado por Miguel de Castells y fechado el mismo día. Expediente de 1828 251r-252v.

⁽⁹³⁾ Podría tratarse de la obra de Vives y Cebrià que propiamente no es de este género literario, ya que es la única que se publicó a medio plazo que tiene algo que ver con lo dicho por el magistrado. Sobre el género Johannes-Michael SCHOLZ, «Penser les institutes hispano-romaines» en *Quaderni fiorentini* 8 (1979) 157-178.

magistrados ⁽⁹⁴⁾, creía que «ha llegado el caso de que S.M. conservando los fueros y leyes municipales de este Principado se sirva ordenar expresa y terminantemente que a falta de las mismas se observen y se juzgue por las generales del Reyno. Porque teniendo hoy la Nación Española y, por consiguiente, el Principado de Cataluña *un cuerpo de derecho abundante en reglas de justicia y disposiciones*, como sabiamente lo ha expresado el Rey (...) en su Real Decreto de 26 de abril de este año sobre el nombramiento de una junta para la formación del código criminal, no hay ya necesidad de buscar el auxilio de leyes y doctrinas extranjeras, como la ha habido cuando por falta de aquel cuerpo completo de jurisprudencia se permitió o adoptó en Cataluña el uso y aplicación del derecho eclesiástico y leyes de los romanos (...)». Leyes, cuya alegación había sido prohibida por el *Liber Iudiciorum, Ordenamiento de Alcalá y Leyes de Toro* ⁽⁹⁵⁾, no existiendo razón alguna para que, a falta de leyes municipales, se acudiera a ellas en mengua del derecho general del reino y de los soberanos que lo promulgaron, ya que el decreto de nueva planta se limitó a establecer la Audiencia sin referirse a ello, pues el capítulo 56 no debió incluirlo, «porque jamás ha podido ser el ánimo de aquel glorioso monarca confirmar y actorizar en esta provincia el uso de unas leyes y doctrinas proscriptas, como se ha dicho, en toda la monarquía española, rica ya en reglas de justicia y disposiciones de derecho». En cambio el único precepto que trató específicamente esta cuestión en tiempos de Carlos III ordenó que en defecto de legislación municipal no derogada se acudiera al derecho general. Del texto de dicha cédula se desprendía que era una disposición de carácter general y no meramente circunscrita a las causas feudales y no se podía alegar su desuso, que no afectaba legalmente a la vigencia de las leyes, «porque todos los días se oyen citar

⁽⁹⁴⁾ Fue formulado por Joaquín Ibáñez, Joaquín Polo, Miguel Vigil de Quiñones y Juan Nepomuceno Hernández de Alba y fechado el mismo día. *Expediente de 1828* 253r-255v.

⁽⁹⁵⁾ *Liber* 2,1,10; *OA* 28,1 y *Leyes de Toro* 1 (= *NR* 3,2,3). Baste saber sobre la eficacia de leyes de Toro que este hito del derecho privado castellano presuponia la vigencia del derecho común, como ponen de manifiesto Enrique GACTO, «El marco jurídico de la familia castellana. Edad Moderna» en *Historia. Instituciones. Documentos*. 11 (1984) 37-66 y Francisco Luis PACHECO CABALLERO, «La reserva binupcial en el derecho histórico español» en *AHDE* 57 (1987) 443-457.

en los estrados de esta Audiencia las leyes del reyno con preferencia a las eclesiásticas y romanas y en sus escribanías abundan ejemplares de causas falladas con arreglo a las primeras». Se obviaría además todo perjuicio, si la declaración real explicitaba su justa irretroactividad, fijando un plazo razonable para su entrada en vigor.

Así pues con las copias antecitadas y la transcripción de los votos reservados se elevaría el informe al Consejo Real en 9 de junio de 1829 ⁽⁹⁶⁾. No se conoce, por ahora, el destino final de este expediente dentro de la administración central, pero no es descabellado creer que seguramente no se debió tramitar debido al proceso codificador que en esta última etapa fernandina cobró fuerza a partir de las representaciones de Sainz de Andino. Así ya se había sancionado en 30 de mayo de 1829 el Código de Comercio, cuya legislación procedimental se promulgaría al año siguiente ⁽⁹⁷⁾; se había ordenado por real orden de 26 de abril de 1829 la formación de una junta para redactar el código penal, nombrándose sus miembros el 30 de dicho mes ⁽⁹⁸⁾; finalmente, según parece, en agosto de 1830 se nombraría la correspondiente junta para la confección del Código Civil ⁽⁹⁹⁾. Aun-

⁽⁹⁶⁾ *Expediente de 1828 259r-267v*. Es el borrador que aparece firmado por Juan López de Vinuesa (regente), Joaquín Ibáñez, Miguel Bataller, Vicente Ruíz Morquecho, Juan Bautista Alberola, Magín Ferrer, Joaquín Polo, Miguel Vigil de Quiñones y Juan Nepomuceno Hernández de Alva, faltando la firma de Miguel de Castells. Con la prevención habitual sobre los patronímicos parece que, excepto un catalán, todos estuvieron a favor de adoptar el derecho procesal general, mientras que en la cuestión del derecho supletorio todos los catalanes y dos foráneos formaron la mayoría, disintiendo cuatro presuntos foráneos.

⁽⁹⁷⁾ Remitimos a la ponencia de Carlos PETIT en este *Incontro*.

⁽⁹⁸⁾ *Decretos de Fernando VII* 14 (1830) 157-159, en el que se decía que «se ha fijado nuevamente mi atención sobre los grandes bienes que recibirán mis amados vasallos con la reforma completa de la legislación actual; y considerando de mayor urgencia (...) que se forme desde luego el Código criminal». Remitimos a la ponencia de Enrique GACTO presentada en este *Incontro*.

⁽⁹⁹⁾ Así aparece reflejado en los diarios del realista Arias Teijeiro, bien conectado con la secretaría de Gracia y Justicia, cuya actividad y chismorreo anotaba diariamente; así en 6 de agosto de 1830: «Junta de Código Civil compuesta de Pelegrín, Cambroner, Argumosa, Recio y Siles, con 50 mil reales cada uno» y el día 11 del mismo mes: «It. que Argumosa va al Sitio a llevar la minuta del Decreto para el código civil. Recio ha renunciado» (Arias, *Diarios* ** 286 y 294). Esta Junta debió ser la que reuniera el material que pasaría a Sainz de Andino, cuando se ordenó que, bajo la dependencia de Calomarde, juntase «todos los antecedentes y trabajos preparatorios sobre que se ha de arreglar y formar el nuevo Código civil general del Reino (...) para que con las adiciones y mejoras

que ambos proyectos, en distinto estado, no llegaron a culminarse, bastaban para suponer que la cuestión debatida tendría resolución en un plazo más o menos breve con la promulgación del correspondiente código de carácter general. Igualmente debió suceder en el posterior período estatutario y constitucional con su mandato codificador; sin embargo la dilación que tendría esta codificación civil sería la que provocaría que en esta materia tuviera que declararse cuál era el derecho supletorio en Cataluña.

La fijación de este derecho se establecería a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual en sentencia de 21 de mayo de 1845 consideró «que en el testamento (...) otorgado no firmaron los siete testigos que concurrieron a su otorgamiento (...) que por la ley primera, título noveno, libro quinto de la Novísima Recopilación se mandó observar las constituciones que antes había en Cataluña (...), según las cuales, en lo que no estuviere prevenido en ellas, debe regir el derecho canónico, y en defecto de éste el civil, con arreglo al cual en el testamento del ciego deben firmar los siete testigos presenciales al otorgamiento además del escribano (...)» ⁽¹⁰⁰⁾.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues, estabilizaría dicha situación, cuya presunta provisionalidad a la espera del código

que su ilustración le sugiera, proponga a Su Majestad las bases y el plan que deberá servir de fundamento al expresado código civil». Según Lasso esta real orden está fechada en 30 de mayo de 1829, mientras que Suarez se refiere a 30 de mayo de 1831 según la referencia de su hoja de servicios. Creemos que debe datarse en esta última fecha, ya que en 30 de abril de 1829 se formó la Junta del código criminal, de la que Sainz era secretario y en 23 de octubre se le previno que trabajase por sí solo en dicho proyecto, y parece difícil que en dicho intervalo se le encomendase el plan del código civil. Posteriormente por decreto de 27 de mayo de 1832 se encargaron a Cambrero dichos trabajos «teniendo a la vista cuanto hay de útil y sabio en las antiguas leyes de mis reinos y consultando las demás fuentes de la justicia universal y conveniencia pública». Juan Francisco LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)* (Madrid, 1970) 97-98 y *Documentos del Reinado de Fernando VII. V. Pedro Sainz de Andino. Escritos*. Estudio preliminar y notas por Federico Suarez y Ana María Berazaluze (Pamplona, 1968) I, 59-60, 115-116 y 119.

⁽¹⁰⁰⁾ *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, en recursos de nulidad, casación e injusticia notoria y en materia de competencias*. (Madrid, 1860) I, 40-41 n. 16. También se admitiría en sentencias posteriores la doctrina de los doctores y las *Partidas*, desapareciendo definitivamente la equidad reglada, como derecho supletorio. Véase sobre esto el artículo de Encarna ROCA TRÍAS en estos *Quaderni*.

perduraría en el campo civil hasta la promulgación de la *Compilación de Derecho civil especial de Cataluña* en 1960 con algunos altibajos, cuyo estudio dejamos para otra ocasión ⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰¹⁾ Estudios como el de Encarna ROCA TRIAS, «Aplicació jurisprudencial del dret civil català (1890-1904, 1940-1960)» en *Materials V Jornades...* (en prensa) ayudan a ello, dando más de lo que el título promete en línea con las afirmaciones, aunque para destinatarios distintos y habitualmente silentes, de Paolo GROSSI, «Storia sociale e dimensione giuridica» en *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro* (= *Per la storia del pensiero giuridico moderno* 22) (Milano, 1986) 5-19.

MÁRIO REIS MARQUES

SUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE AU
PORTUGAL

I

Aujourd'hui, il commence à être évident pour l'historien du droit que l'étude des constructions, principes, concepts et doctrines juridiques du passé proche, ou plus lointain — dont beaucoup restent vedettes des systèmes juridiques actuels —, doit être enrichie d'un niveau spécifique, celui de l'action.

Cette extension, nécessaire, découle directement de la constatation, prouvée à différents niveaux et dans divers secteurs du droit, que la science juridique se développe de forme «segmentaire» et «polyparadigmatique», c'est-à-dire de forme moins linéaire qu'on ne le suppose. De fait, les concepts et doctrines qui sont contenus dans le discours juridique ne peuvent se caractériser par la seule prise en compte de leur «structure interne» et du sens qu'on leur attribue. Ces doctrines et concepts sont eux-mêmes des *actes réalisés* en étroite liaison avec les contextes sociaux et culturels, visant à atteindre les structures fonctionnelles d'une réalité déterminée. La mise en relief de ce niveau pragmatique dans la compréhension et la description des phénomènes juridiques, rend possible la reconstruction des conventions qui soutiennent, dans un contexte communicatif donné, la pertinence et l'acceptation des constructions qui prétendent modeler la réalité. D'autre part, gardons présent à l'esprit que l'utilisation de concepts ne se résume pas à une série d'actes spécifiques, ils font partie intégrante de l'interaction sociale. En d'autres termes, les systèmes conceptuels sont des systèmes conventionnels. Si d'un côté ils prétendent diriger l'interaction sociale, d'un autre, eux-mêmes, dans leur évolution, ne peuvent éviter d'être influencés par les structures de cette même interaction. Cette vision fonction-

nelle de la dogmatique, en tant que système, comme produit de l'histoire, où le rôle social se trouve accru, est une correction nécessaire à la vision conceptualiste du droit. L'idée que les systèmes conceptuels, comme tout autre système conventionnel, ont été formés par les exigences de la conduite sociale réelle, ne peut cesser de tenir un rôle important dans la recherche historique du droit administratif, de ce droit qui à travers les révolutions, les changements de régime, ou les crises ministérielles prend l'allure d'un témoin de l'histoire et de la continuité des sociétés.

II

Pendant la période antérieure à la Constitution de 1822, les multiples activités de l'administration centrale, ou palatine, sont exercées par un grand nombre d'organes dont la non-définition suggère l'image d'un pouvoir central plurifacété, dispersé et peu transparent. Leur point commun réside dans leur dépendance envers le monarque qui s'affirme non seulement comme législateur suprême, mais aussi comme juge et administrateur. Bien qu'attachés à la loi, ces organes ne sont rien de plus que les pièces d'un système qui élargit au plan capillaire de la réalité l'action du pouvoir central, l'action du monarque, qui fait converger en lui le «*meram et mixtum Imperium*». Dès son origine l'administration publique fut une «action réflexive», un «aspect de la rationalité de la société» ⁽¹⁾. Bien que l'on ne puisse nier l'existence sous l'Ancien Régime d'une spécificité des fonctions, tout au moins au niveau des instances supérieures, cette séparation de fonctions, quoique tenue, ne fut pas promue au rang de principe général du système politico-administratif. Ainsi, par exemple, si les mairies (constituées de conseillers municipaux et juges) remplissent des fonctions judiciaires dans des cas de «petits larcins, injures verbales et concernant les prix et taxes» (Ord. Liv. I, tit. LXVI, § 5) ⁽²⁾, les juges ordinaires et les juges «de fora» ont des tâches administratives, tel le maintien de l'ordre public (Ord. Liv. I,

⁽¹⁾ Cfr. Erk Volkmar HEYEN, *Science et action: sur la culture de l'esprit juridique dans l'espace administratif*, in André-Jean Arnaud (dir.), *La culture des revues juridiques françaises*, Milano, 1988, p. 107.

⁽²⁾ Cfr. A.M. HESPANHA, *As vésperas do leviathan. Instituições e poder político. Portugal- Séc. XVII*, Lisboa, 1987, p. 224 ss.

tit. LXV, §§ 13, 15, et 19 ss.) et la police (§ 20) ⁽³⁾. En ce qui les concerne, les magistrats de contrées (corregedores das comarcas), les magistrats qui exercent leur pouvoir sur toute la contrée, et les juges, ils voient leur compétence élargie au domaine politique et à la police (Ord. Liv. I, Tit. LVII). Enfin, la justice seigneuriale s'exerce à travers un grand nombre d'officiers sans que la distinction entre fonctions judiciaires et administratives soit clairement faite ⁽⁴⁾.

Toutefois, ce manque de définition n'empêche pas que ces activités aient un esprit de légalité, ceci à l'instar d'une relation entre l'administration et ses administrés qui n'est autre que celle de vassal à vassal.

Concernant cet esprit de légalité, nous nous référons à la possibilité dont les particuliers disposent, — reconnue par le contentieux administratif de l'Ancien Régime —, d'attaquer les actions du Pouvoir, ainsi que d'avoir recours contre les décisions des Mairies. En ce qui concerne le premier point, les particuliers peuvent s'opposer aux Edits, Décrets, Lettres de Chancellerie ou Privilèges qui, sans déroger expressément aux dispositions des Ordonnances, étaient en antinomie avec elles (Ord., Tom. II, XLIV) ⁽⁵⁾. Du coup, sont saisissables toutes chartes allant à l'encontre du droit, de l'autorité publique ou qui attentent au droits d'autrui. Selon les Ordonnances (Ordenações, Liv. II, Tit. XLIII), par manque de volonté et d'assenti-

⁽³⁾ Idem, p. 235 ss.

⁽⁴⁾ Idem, pp. 267 et 521.

⁽⁵⁾ Manuel ÁLVARES PEGAS (*Commentaria ad ordinationes regni portugalliae*, Ulyssipone, MDCXCIV, Tomus XII, ad Lib. 2, tit. 44, Gloss. I) commentant ce titre ne cesse d'affirmer: «Facultas Regis, et Principis potestas ad Leges abrogandas est magna, et sicut potest condere, etiam potest abrogare, et ita potest revocare Legem Regni, aut jus positivum...». Pour Pegas, comme pour tous les juristes de son époque, le monarque détient le pouvoir absolu, de là cette affirmation: «Quia Princeps solutus est Legibus» (*Ibidem*). De fait, selon les Ordonnances, «... o Rey he Lei animada sobre a terra, e pode fazer Lei e revogal-a quando vir que convem fazer-se assi» — «... le roi est *Lei animada* sur terre, et peut faire des lois puis les révoquer, quand il juge cela nécessaire» — (Liv. III, Tit. 75, § 1; Liv. III, Tit. 66, pr.; Liv. II, Tit. 35, §§ 21 et 26). Cependant, pour être valide la dérogation des prescriptions des ordonnances exige la volonté *expresse* du monarque. Selon Pegas, «debet constare de voluntate derogandi Legem cum abrogatione ipsius substantiae, da qua constare debet expresse per suam Regiam declaratione...» (*Ibidem*). Cfr. Marcello CAETANO, *Manual de direito administrativo*, Coimbra, 1980, Vol. II, p. 1277 ss.

ment du monarque, tous les décrets (Cartas) et édits (Alvarás) reçus à la réquisition des parties et pour lesquels on plaide fausse cause (Obreption/Ob-repção) ou occultation de la vérité (Subreption/Sub-repção) peuvent également être annulés (6). Dans ce cas, il revient à celui qui juge de déclarer obreptices ou subreptices les dites dispositions, prononçant des peines touchant tant les juges qui ne les dénoncent pas, que les parties qui les sollicitent. Ce régime fut altéré postérieurement, sous le règne de D. José I, par le décret du 30 octobre 1751, qui voulait éviter que les tribunaux inférieurs puissent annuler, par le biais de cette opposition, les dispositions de décrets royaux et des tribunaux supérieurs. Les oppositions d'ob ou subreption passent sous la compétence des «Tribunaux appropriés» (Tribunais respectivos), c'est-à-dire les tribunaux où a eu lieu l'opposition aux actes incriminés; dans le cas où dans ces tribunaux l'on voit la «nécessité d'un débat contentieux» ces affaires passent au «tribunal de la couronne où y sont entendues les parties» (7).

Ainsi donc, la compétence administrative pour ces oppositions en justice (embargo) n'est plus disséminée à travers les tribunaux périphériques mais devient objet spécifique des tribunaux supérieurs. Nous sommes à une période où l'administration centrale essaie d'évincer tout pouvoir concurrent, une période où le despotisme ministériel, la bureaucratie d'État, le paternalisme central et le droit érudit déséquilibrent en sa faveur la balance du pouvoir. Le centralisme juridique de la période absolutiste ne cesse d'être une des expressions du centralisme administratif, de la tentative par le pouvoir central de s'infiltrer de toutes parts et de s'organiser de façon réticulaire (8).

(6) Cfr. PEGAS, *Commentaria ad Ordinationes* cit., Tomus XII, ad Lib. II, Tit. 43. Selon l'auteur «Titulus iste brevis est, sed tamen habet longam materiam, difficilem, et famosam...» de là vient la très grande prudence pour déterminer les situations pour lesquelles existe ob ou subreption.

(7) Alvará de 30 de Outubro de 1751 - Décret d'octobre 1751.

(8) Le recours contre les décisions prises par la mairie dans les «faits d'injures verbales» (Ord. Liv. I, Tit. 65, § 28) est fait pour le «Desembargo do Paço». Pegas (*Commentaria ad ordinationes* cit. vol. 5, ad Liv. I, Tit. 65, § 28) en analysant l'expression des Ordonnances «a Nós» défend que le recours peut aussi bien être soumis «ad senatores Palatinos, tanquam ad principem». Cfr. également BORGES CARNEIRO, *O direito civil de Portugal*, Lisboa, 1851, vol. III, p. 311. Le recours des vaincus («os que menos forem em votos»/«ceux qui ont reçu le moins de votes») contre les ordonnances de la

Quant au recours contre les décisions des mairies, les particuliers peuvent contester les décisions concernant les injures verbales, les décisions prises pour les «actes extra-judiciaires», les ordonnances de la municipalité (*posturas*) dans certaines situations, ainsi que la nomination du maire et des différentes charges de mairie ⁽⁹⁾. Finalement, il reste toujours la possibilité pour celui qui interpose un recours en justice, d'une révision de procès «par grâce très spéciale» que le monarque, comme *viva vox iuris*, concède *plenitudine potestatis*. Comme le dit Pereira de Sousa, «revisio ex gratia specialissima illa est cujus concessio semper supremo Principi reservata est» ⁽¹⁰⁾. Ce recours, ne dépendant d'aucune formalité, s'étend à toutes les matières.

municipalité approuvées à la majorité est porté à la cour d'appel (Relação) (Ord. Liv. I, Tit. 66, § 29). Cfr. PEGAS, *Commentaria ad ordinationes* cit., vol. 5 ad Liv. I, Tit. 66, §§ 29 et 30. Les recours «d'actes extra-judiciaires» attribués à des villes, bourgs ou conseils par «Estatutos antigos e sentenças» (Ord. Liv. III, Tit. LXXVIII, pr.), ainsi que les recours des personnes qui refusent «de remplir les fonctions de conseiller municipal, comme celles de gouverneur des villes et bourgs», sont également dirigés vers le «Desembargo do Paço» (Ord. Liv. I, Tit. III, § 14). Sur le «recours et la responsabilité des Mairies», cfr. BORGES CARNEIRO, *O direito civil* cit., vol. III, pp. 311 et 312, ainsi que Joaquim José CAETANO PEREIRA e SOUSA, *Esboço de hum dictionario juridico, theoretico, e practico remissivo às leis compiladas, e extravagantes*, Lisboa, 1825, voz «Embargos».

⁽⁹⁾ En ce qui concerne, par exemple, l'organisation judiciaire le progrès du droit romano-canonique et la centralisation progressive vont créer de façon permanente des tribunaux, des cour d'appel et des magistratures spéciales. A l'époque du Décret n° 24 du 16 Mai 1832, il existe au niveau des tribunaux: le «Desembargo do Paço», la «Mesa Censória», la «Mesa da Consciencia e Ordens», le «Conselho Ultramarino», le «Conselho da Fazenda», la «Junta do Comércio», le «Conselho Geral do Santo Officio» et la «Junta dos três Estados». En ce qui concerne les Cour d'Appel il y a la «Casa da Suplicação», la «Relação do Porto» et les «Relações de Goa, Bahia, Rio de Janeiro, Maranhão e Pernambuco». En outre il existe une multiplicité de magistrats: «Corregedores», «Juizes de Fora», «Ouidores», «Almotacés», etc...

⁽¹⁰⁾ Cfr. Inácio PEREIRA DE SOUSA, *Tractatus de Revisionibus*, Ulyssipone, MDCCXLIV, cap. LXXXIX, n° 2. Pour reprendre les paroles de l'auteur, «Revisio vel dicitur de justitia, vel ex gratia special, vel ex gratia specialissima» (cap. IV, n° 6). Nous sommes devant la «*Revisio de justitia*» «quando pars supplicans allegat, sententiam fuisse latam ex falsis probationibus, nempé, testibus, sive instrumentis aut documentis falsis, declarando illico, et specificando falsitatem non allegatam ante sententiam, aut licet allegaretur, minime receptam: vel quando pars conqueritur, litem fuisse judicatam per judices pecunia, muneribus, sine alio modo corruptus» (cap. V, n° 1). A l'exception de ces cas il existe la *Revisio ex gratia special* «in omnibus aliis, in quibus supplicantes

D'une manière générale, avant la période constitutionnelle le monarque exerce la double fonction de juge suprême et de souverain administrateur dans un même tribunal supérieur: le «Desembargo do Paço» (11).

De fait, la «révision de procès» (revista dos feitos), fut toujours un recours exceptionnel, une concession du monarque, bien qu'il y ait une réglementation minutieuse et un *style* même du tribunal.

D'un autre côté, on ne remarque aucun procès particulier en cas de conflit entre pouvoir judiciaire et pouvoir administratif.

En tant que *lex animata* et incarnation de l'idée même de justice (12), le monarque se trouve au sommet du système, et dans la position de point de convergence et de critère de tous les pouvoirs, simultanément. L'image eschatologique du *rex iustus* omniprésente dans les Ordonnances alimente l'ultime garantie qu'ont les sujets quand ils recourent contre les actes de l'autorité royale ou contre les dispositions des autorités locales, lorsqu'une réaction est possible.

se gravatos per sententias allegent, vel ex suspicione iudicum, vel ex qualitate negotii (cap. VIII, 1). Sur l'évolution du recours de révision au Portugal, à la période libérale, cfr. Alberto DOS REIS, *Organisação judicial*, Coimbra, 1909, p. 182 ss., et Paulo MERÊA, *Evolución del recurso de «Revista» em el derecho português*, in *Revista de derecho privado*, 31 (1947), p. 569 ss.

(11) On n'omet pas, avec cette affirmation, l'évolution du «Desembargo do Paço» lui-même, dans le sens d'une toujours plus grande autonomie à partir de 1521, date à laquelle il a été séparé de la «Casa da Suplicação». Cette tendance s'est accentuée avec la loi du Marquis de Pombal du 3 novembre 1768. Au delà des «atribuições de Graça» le tribunal exerce d'importantes fonctions d'«administração da justiça» (*Regimento do Desembargo do Paço* - lei de 27 de julho de 1582; *Ordenação*, Liv. I, Tit. 3^o).

Les dispositions du «Desembargo do Paço» ont été synthétisées par l'«*Alvará*» du 7 janvier 1750, par cette charte on peut voir facilement la multiplicité et la complexité des tâches qui lui furent attribuées. En supprimant ce tribunal le «Decreto» du 3 Août 1833 a redistribué les «atribuições de Graça» vers les secrétariats d'Etat et celles de l'«administração de justiça» auprès des juges compétents (art. 2). Cfr. Eduardo DALLY ALVES DE SÁ, *Supremo tribunal de justiça. Evolução histórica*, Lisboa, 1872, p. 27 ss. Enfin, sur l'importance de la «posição do rei» concernant la configuration des «ofícios da administração», cfr. Jose Luís BERMEJO CABRERO, *Derecho y administracion publica en la España del antiguo regimen*, Madrid, 1985, p. 13 ss.

(12) Cfr. A.M. HESPANHA, *Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration*, in E.V. HAYEN (dir.), *Wissenschaft und Recht der Vorwaltung seit dem Ancien Régime*, Frankfurt am Main, 1984, p. 23 ss. et Dieter WYDUCKEL, *Princeps legibus solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre*, Berlin, 1979, p. 45.

III

Dans le premier quart du XIX^{ème} siècle, la justice administrative a pour modèle le contentieux organisé en France par la législation napoléonienne, à laquelle les différents états vont attacher leurs institutions, tant par une adaptation des vieilles institutions que par une réorganisation *ex integro* ⁽¹³⁾.

Comme dans le reste de l'Europe, le libéralisme portugais a essayé de restreindre le champ discrétionnaire qui, sous le régime absolutiste, était réservé à l'action administrative. Une période s'ouvre, pendant laquelle les vieilles structures accumulées par l'absolutisme sont soit détruites, soit assujetties à de nouveaux modèles de rationalité et de moralité. Les nouvelles valeurs ne s'adaptent pas aux cadres sociaux archaïques qui servaient de support à ces structures. Au centre de tout ce procès, la revalorisation de la loi s'amplifie, une fois investie des fantastiques pouvoirs d'une «Christologie royale» qui abandonne le «corps» du monarque pour se réfugier dans le «corps social».

La construction du «Rechtsstaat» libéral cherche à assurer la mise en place de «procès», «compétences» et «limites» du pouvoir de l'Etat ⁽¹⁴⁾. Dans les «pages des professeurs» comme dans les discours et interventions des politiques, un mouvement qui tente de parvenir à une synthèse entre autorité et liberté, entre l'autonomie de l'administration et la centralisation des droits du citoyen, se met en marche ⁽¹⁵⁾. De fait, les intérêts privés reconnaissent seulement les fins publiques quand elles revêtent un principe de légalité. Ce qui est maintenant en cause, c'est la recherche d'une organisation plus

⁽¹³⁾ Selon Antonio SALANDRA (*La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, p. 103) les instituts de juridiction administrative assumèrent une forme stable et relativement définitive par la législation de la période napoléonienne.

⁽¹⁴⁾ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 1982, p. 42. Cette construction est faite en ayant recours à un nouveau concept de droit, par l'altération du concept de loi et avec une nouvelle vision sur les relations entre l'Etat et la société. Cfr. Rudolf GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Darmstadt, 1966, p. 166 ss. Pour l'introduction de l'expression «Rechtsstaat» dans la science juridique, idem, pp. 333 et 334.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Bernardo SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano, 1985, p. 66. Pour une perspective critique des composantes de ce mouvement, cfr. Mario NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, p. 22 ss.

indépendante, et la construction d'un système qui permette aux instances judiciaires l'exercice d'un contrôle sérieux sur l'administration, et la protection efficace des droits des particuliers.

A l'Etat n'échoit qu'un rôle négatif, «les lois de la concurrence devaient garantir la rationalité» (16). D'où la nécessité d'une répartition («Verteilungsprinzip») entre les deux sphères en présence, c'est-à-dire d'un côté, une définition d'un régime de garanties individuelles et de l'autre, la détermination du champ d'intervention de l'Etat. Ce dernier se détournant des activités quotidiennes, s'en va vers une «région éthérée».

Nous savons cependant aujourd'hui que la théorie de l'Etat neutre, bien plus qu'une idée, était une idéologie protégeant le développement de l'économie de marché et une conception flatteuse du triomphe de la bourgeoisie. Malgré tout, c'est dans ce cadre, auquel nous devons ajouter le principe de la division des pouvoirs et les idées de liberté et d'égalité devant la loi, que se développe l'Etat administratif de droit du XIXème siècle (17).

Tant en France qu'au Portugal, la justice administrative fut considérée par l'Ancien régime comme partie intégrante de l'Etat tentant à assurer l'hégémonie du pouvoir royal. La Révolution Française donne naissance à un mouvement dont l'importance au Portugal est manifeste jusqu'au code administratif de 1842, dans lequel la juridiction ordinaire et la protection des droits de l'individu se substituent à la juridiction d'exception, à l'arbitre du pouvoir et aux privilégiés (18).

Ce principe de séparation des pouvoirs, proclamé par la loi française d'organisation judiciaire des 16-24 Août 1790, qui affirme que «Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives» (19), trouve quelque écho

(16) Pierre MOOR, *Droit administratif*. Vol. I. *Les fondements généraux*, Berne, 1988, p. 17. Sur les «idées force» du libéralisme et leur transposition au droit, cfr. notre étude *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento, vol. XXIX, 1986, p. 117 ss.

(17) Cfr. Mario NIGRO, *Il ruolo dei giuristi nello stato liberale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, vol. II, p. 334 ss.

(18) Pour une perspective globale, cfr. Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *Uma perspectiva da evolução do direito português*, Coimbra, 1988, pp. 18 et 19.

(19) Loi des 16-24 Août 1790, Tit. II, art. 13 «... les juges ne pourront, sous peine de

dans la première constitution portugaise de 1822. Dans les districts, outre un administrateur général « nommé par le Palais », un conseil électif est créé (Junta administrativa provincial) qui a pour tâche de gérer le contentieux administratif. Les conseils sont gouvernés par des mairies constituées par un nombre de conseillers municipaux à nommer par loi (Tit. 6^o, caps. 1^o et 2^o) (20).

Toutefois ces grands principes qui n'ont pu se développer sous la constitution de 22, ne le seront pas non plus immédiatement après la promulgation de la Charte constitutionnelle de 1826. La « différence entre administrer et juger » (21) ne sera définitivement consacrée qu'avec le décret n^o 23 du 16 mai 1832, dont Mousinho da Silveira, membre du gouvernement libéral des Açores, est l'auteur.

Il serait mal venu de qualifier la juridiction administrative instituée par Mousinho da Silveira de restauration, *mutato nomine*, du système de la période pré-constitutionnelle.

A partir de la loi n^o 23 du 16 mai 1832, « l'autorité administrative » et « l'autorité judiciaire » ont un découpage défini. Chacune d'elles peut évoluer librement et indépendamment dans sa propre orbite. D'ailleurs, cette idée est soutenue de façon intransigeante par Bonnin, le véritable mentor des principes qui caractériseront la réforme de Mousinho da Silveira.

Nous pouvons lire dans l'*Abrégé des principes d'administration*, livre qui servit de modèle au préambule de la loi, « L'administration et la justice sont les deux organes par lesquels la communauté reçoit l'exécution des lois, les deux agents nécessaires

forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». Pour de plus amples développements, cfr. E. LEFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris-Nancy, 1896, Tome premier, p. 180 ss.

(20) Cfr. José Félix HENRIQUES NOGUEIRA, *O município no sec. XIX*, in *Obras completas*, organisée par António da Silva, Lisboa, 1979, pp. 53 et 54. Sur l'auteur cfr. Vitor NETO, *Iberismo e municipalismo em J.F. Henriques Nogueira*, in *Revista de História das ideias*, vol. 10 (1988), p. 753 ss.

(21) Cfr. le rapport des Décrets n^{os} 22, 23 et 24 de mai 1832 in *Collecção de Decretos e Regulamentos publicados durante o governo da regência do Reino estabelecida na ilha de Terceira*, Lisboa, 1836, Anno de 1832. Sur l'auteur des décrets, cfr. Alexandre HERCULANO, *Mousinho da Silveira ou la révolution portugaise*, in *Opúsculos I*, organisation de Jorge Custódio et José Manuel Garcia, Porto, 1982, p. 293 ss.

pour en assurer légalement l'observation. Mais pour que le jeu de ces deux organes du corps social soit entier, libre, et que rien ne les obstrue, il est bien important que leur pouvoir soit établi sur leur nature même» (22).

Le modèle adopté fut celui des textes de l'An VIII qui avaient fermé, en France, la parenthèse révolutionnaire. Parmi eux, il convient de détacher le texte de loi du 28 pluviôse qui réorganisa l'administration locale, dominant ainsi le système institué par la Constituante qui avait tenté, sans succès, de remplacer le *Beamtenstaat* par le *Volksstaat*, c'est-à-dire, d'instituer une technique de gouvernement populaire (23).

Comme dans le système français (département, arrondissement, commune), l'organisation administrative fut divisée en trois grades (provincias, comarcas, concelhos) (24) et le législateur ne s'est pas privé d'attribuer aux magistrats administratifs la même dénomination que celle du modèle utilisé: «*Prefeitos, Sub-prefeitos, Provedores*». L'administration locale a été fondée sur deux principes parfaitement conciliables: la liberté et l'autonomie des citoyens et l'inspection supérieure du gouvernement central. C'est dans ce cadre que pour la première fois le contentieux administratif fut règlementé avec soin. Le législateur portugais suit ces deux principes que Roederer souligna dans son rapport sur la loi du 28 pluviôse de l'An

(22) Charles BONNIN, *Abrégé des principes d'administration*, Paris, 1829, Liv. 1^o, 22.

(23) Fritz FLEINER, *Beamtenstaat und Volksstaat*, in *Festgabe für Otto Mayer*, Tübingen, 1916, p. 31 ss.

(24) Reflétant le système français, le décret n^o 22 n'a pas étendu la décentralisation au-delà du conseil. C'est seulement le décret de loi du 25 avril 1835 qui a permis l'institution des «*juntas de paroquia*» (art. 6), mesure qui fut instituée par le décret du 18 juillet de la même année. Selon le Tit. II, art. 38, n^o 2 du Décret n^o 23 comme droit subsidiaire on a recours aux «*lois administratives françaises, à la manière de la loi du 18 août 1769*». Ce recours au droit français se maintiendra jusqu'à la fin du siècle, malgré la polémique qu'il suscite. Pour certains juristes, la disposition de 1832, qui n'était rien de plus que l'application de la fameuse loi du Marquis de Pombal du 18 août 1769, aurait été révoquée par l'article 16 du code civil, qui renvoyait les cas omissis à l'analogie et au droit naturel (Cfr. *O direito*, Tomo VIII (1870), pp. 486 et 487, et *Revista de legislação e jurisprudência*, ano 31 (1899), n^o 1417, p. 482, nota d). Au début du XX^e siècle il arrivait que l'on ait recours au critère aristotélicien de «*l'opinion commune des docteurs*» et à l'opinion des tribunaux.

VIII, «administrer doit être le fait d'un seul homme, et juger le fait de plusieurs». A l'image du Conseil de Préfecture français, créé tant pour alléger les tâches du Préfet, que pour protéger les particuliers contre «des avis de bureaux» et des jugements partiels, on instaura au Portugal, des Conseils de Préfecture chargés de délibérer sur le «contentieux de l'administration» (25).

On pouvait avoir recours aux décisions des conseils auprès du Conseil d'Etat qui à ce moment-là n'est rien de plus qu'un organe politique (26). On a recours au système de l'administrateur-juge, c'est-à-dire, que l'on remet à un organe de l'administration, reflétant éventuellement les équilibres politiques atteints, l'exercice de la justice administrative après consultation d'un organe inférieur, le Conseil de Préfecture.

Bien qu'il ne s'agisse pas d'une simple traduction du système français, — Mousinho da Silveira s'est servi de certains travaux déjà réalisés et a donné corps à beaucoup d'idées du libéralisme lusitanien —, le décret n° 23 marqua définitivement, par ses propositions, tout le droit administratif et toute la politique de l'administration pendant le XIXème siècle. Les grandes questions qui naissent avec sa promulgation — centralisation/décentralisation, division administrative et justice administrative — sont les topiques fondamentaux du débat déclenché autour du système juridico-administrativo-libéral, débat qui, au Portugal a lieu sans un dispositif stratégique de légitimation essentiel pour la définition des possibles — un droit administratif national (27). En l'absence d'une doctrine active et d'une dogmatique consistante, ce débat trouve dans la *ratio* historique, politique et sociale son centre de référence, et non dans une raison d'ordre juridique.

D'ailleurs, même s'il n'en était pas ainsi, nous savons que l'idéologie joue un rôle important dans la formation des concepts juridi-

(25) Cfr. Déc. cit., art. 85. Pour le système français, cfr. Pierre LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, 1968, p. 141, et Rodolphe DARESTE, *La justice administrative en France*, Paris, 1898, p. 162 ss.

(26) Cfr. Déc. cit., art. 86.

(27) Sur la contribution de la doctrine juridique administrative pour le contrôle des «fluctuations» du système, comme pour la «transmission des modèles» valides, cfr. Giorgio REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, 1981, p. 22 ss.

ques, alors que la médiation de leur structure est importante pour la diffusion des effets idéologiques. Ainsi, en ce qui concerne la dualité centralisation/décentralisation, deux écoles administratives, de profils différents, s'affirment. L'une, fondée sur les modèles français et espagnol, opte nettement pour la centralisation (Rebello da Silva, Mousinho da Silveira, Garrett, etc...); l'autre, appuyée sur l'histoire (Herculano), sur les modèles suisse et des Pays-Bas (António de Campos, Henriques Nogueira, Lobo d'Avila, Emigdio Garcia, etc...) ainsi que sur les conceptions de l'école classique française⁽²⁸⁾ (Justino de Freitas et Laranjo), privilégie la municipalité comme cellule fondamentale de l'organisation de l'Etat. Les échos de cette discussion apparaissent dans les opinions des commissions d'administration publique⁽²⁹⁾, dans les rapports des divers codes administratifs⁽³⁰⁾ et dans les oeuvres des jurisconsultes⁽³¹⁾. Sur la division administrative du territoire, bien que le modèle français prédomine, d'autres modèles circulent également à propos desquels naquirent heurts et discussions⁽³²⁾.

(28) Nous nous référons à Tocqueville, Vivien, Batbie, Pradier, Ducrot, etc...

(29) Ad exemplum: *Parecer da comissão de administração publica acerca do projecto do código administrativo apresentado às cortes em sessão de 23 de Janeiro de 1877*, in *Revista de direito administrativo*, n° 1 (1878), p. 75 ss.

(30) *Relatório que precede a proposta do código administrativo de 6 de Maio de 1873*, in *Revista de direito administrativo*, n° 1, p. 197 ss.; *Trabalhos preparatórios do código administrativo de 6 de Maio de 1878*, in *Revista de legislação e de jurisprudência*, II (1878-79), p. 177 ss.

(31) B.A. SOUSA PINTO, *Apontamentos de direito administrativo com referência ao código administrativo portuguez de 18 de Maio de 1842*, Coimbra, 1849, II ss.; Justino António DE FREITAS, *Instituições de direito administrativo portuguez*, Coimbra, 1861, p. 23 ss.; José Jacinto NUNES, *A descentralização*, Lisboa, 1870, 10 ss.; Candido de FIGUEIREDO, *O município e a descentralização*, Lisboa, 1870, 10 ss.; Júlio VILHENA, *Antes da República*, Coimbra, 1916, vol. I, 39 ss.

(32) Ce domaine provoque beaucoup d'altérations législatives. Avant la constitution de 1822, le territoire était divisé à des fins administratives, en «provincias» (à la tête desquelles se trouvait un gouverneur), «comarcas» (gouvernées par les «corregedores») et «conselhos». La constitution a divisé le territoire en «distritos» et «conselhos». A la tête des premiers il y avait les administrateurs généraux, et pour les seconds les mairies composées de conseillers municipaux (Tit. 6, cap. 1 et 2). Toutefois, comme cette division n'est pas entrée en vigueur, la Charte Constitutionnelle de 1826 maintint les provinces et établit que les mairies, qui doivent exister dans les villes et les bourgs, soient élues et présidées par le conseiller municipal qui aura obtenu le plus de suffrages (arts. 132 ss.). Comme nous l'avons déjà mentionné le décret n° 23 du 16 mai 1832 suivit

Finalement, la problématique de la justice administrative apparaît comme une question essentielle. Le système libéral, bien que reposant sur une inégalité politique (*sistema Censitário*) reconnaît l'égalité juridique formelle et ne peut pas transiger avec les dispenses et prérogatives des classes privilégiées ⁽³³⁾.

Dans l'organisation de l'absolutisme, si d'un côté le pouvoir constitué veillait à la défense des intérêts publics avec la plénitude d'action propre à un pouvoir discrétionnaire, de l'autre le système manquait de normes qui limitaient le principe de l'autorité au nom des intérêts individuels. Si la nécessité d'une réforme profonde s'impose maintenant comme un objectif commun, le système qui suivra sème la discorde en séparant écoles scientifiques et partis politiques. Si les uns défendent la suppression des tribunaux administratifs, les autres pensent essentielle leur institutionnalisation. Tant que le code de 1842 est en vigueur cette discussion demeure très vive. La Prusse et l'Autriche servent de modèles à ceux qui défendent la disparition du contentieux administratif, l'Angleterre et les Etats-Unis pour ceux qui désirent la passation du contentieux vers les tribunaux ordinaires servent d'exemple, et les Pays-Bas représentent la version mitigée de cette dernière solution; quant à la France elle sert de modèle pour un système de contentieux administratif.

Un peu plus tard, Lobo d'Avila reconnaîtra que le transfert du contentieux administratif vers le pouvoir judiciaire implique une «réorganisation des tribunaux ordinaires» moyennant la création de «sections spéciales du contentieux administratif dans les tribunaux de première instance et à l'intérieur du tribunal suprême». C'est au fond la constatation, qui sert d'argument à beaucoup d'auteurs pour défendre le contentieux administratif, que les normes qui déterminent les limites de l'action administrative face aux droits du

le système français, système qui sera altéré par le décret de loi du 25 avril 1835. Dès lors, le territoire est divisé en districts et conseils, ceux-ci dirigés par des gouverneurs civils et ceux-ci par des administrateurs de conseil. Ce système se maintint avec les réformes du 31 décembre 1836 et du 18 mars 1842, seul sera diminué le nombre de conseils. Sur le caractère encore polémique de cette question à une période plus récente, cfr. J.T. LOBO D'AVILA, *Estudos de administração* cit., p. 87 ss.

⁽³³⁾ Cfr. Rogério SOARES, *Sentido e limites da função legislativa no estado contemporâneo*, in Jorge MIRANDA / Marcelo REBELO DE SOUSA (org.), *A feitura das leis*, vol. II, Lisboa, 1986, 436 ss.

citoyen, par leur complexité et leur multiplicité, ont besoin d'un traitement spécifique et d'une méthode plus expéditive. D'un autre côté, les refus des directives continuelles du gouvernement et de l'orientation oppressive du Conseil d'Etat (acordãos et consultas) impliquent un progrès significatif de la décentralisation et une nouvelle mentalité, ce qui pour Lobo d'Avila était des buts à atteindre⁽³⁴⁾. C'est cela qui explique l'échec du système mis en place par la loi du 25 avril 1835, qui remet le jugement du contentieux administratif au pouvoir judiciaire (art. 2), système qui fut en vigueur jusqu'au code de 1842⁽³⁵⁾. Si le système français des Conseils de Préfecture est assez éloigné des racines des institutions administratives portugaises, la remise au pouvoir judiciaire du contentieux ne trouve pas le support institutionnel et humain qui fait défaut. Le code administratif de 1842 mit en place auprès du gouverneur civil une nouvelle institution à laquelle il incombait de juger le contentieux administratif.

Il s'agit du Conseil de district qui aura une longue vie au Portugal, jusqu'à l'institutionnalisation des tribunaux administratifs par le code de 1886⁽³⁶⁾. Toutefois, du fait que les différentes conjonctures

⁽³⁴⁾ J.T. LOBO D'AVILA, *Estudos de administração*, Lisboa, 1874, p. 255 ss. L'auteur défend au plan des principes la suppression du contentieux administratif. Toutefois dans l'impossibilité de l'institutionnalisation de ce système, il s'agit dans ses propositions l'exemple de la législation belge.

⁽³⁵⁾ D'ailleurs, en ses bases, l'idée fut laissée de côté par la loi du 29 octobre 1840. Une expérience similaire sera rééditée plus tard par le décret du 21 avril 1892, avec pour justification la réduction des dépenses. Selon le rapport de décret cette mesure ne vise pas la condamnation du contentieux administratif mais obéit seulement à l'impérieuse nécessité de simplifier les services publics sans nuire à leur bonne organisation, réduisant les cadres respectifs et les dépenses...».

Cf. MAGALHÃES COLLAÇO, *A abolição do contencioso administrativo e o poder judicial*, in *O direito*, tom. LVI (1924), p. 72.

⁽³⁶⁾ En ce qui concerne la composition, le décret n° 23 du 16 mai 1832 créa pour chaque préfecture un tribunal de contentieux administratif composé de 3 membres nommés par la Palais. Cette instance était présidée par le préfet (arts. 80 à 87). Le décret du 18 juillet 1835 établit dans chaque district un conseil de district formé de 3 éléments de l'assemblée présidé par le gouverneur civil respectif. Cependant ce conseil ne remplissait pas de fonctions contentieuses. Celles-ci ont été laissées au pouvoir judiciaire (arts. 93 à 100). Après la révolution de septembre, est apparu le décret du 11 septembre 1836, qui fit harmoniser le système administratif à la constitution de 22, qui entre temps avait été reprise. C'est dans ce contexte que surgit le code de 1836 qui, bien que réglant quelques matières avec plus de clairvoyance, n'introduit pas d'innovations significatives et remet

politiques se reflètent dans leur composition, ces conseils de district laisseront apparaître des traces de partialité dans leur action ⁽³⁷⁾. L'on continue également à sentir le manque de dispositifs formels, particulièrement de droit «adjectif», ce qui implique un manque de rigueur dans le champ de la justice matérielle ⁽³⁸⁾. La manière de procéder face aux Conseils de district est frappée par le code, comme par les chartes antérieures, d'un traitement insuffisant. En l'absence de normes réglementaires et à cause de l'orientation adoptée par le Conseil d'Etat, consistant à donner aux parties toute latitude pour la défense de leurs droits, un grand désordre dans l'instruction et le jugement s'en suivit. Si, parfois, il y a excès, au point d'adopter la pompe des procès civils, au grand préjudice de la promptitude de décision, d'autres fois, on néglige des formules substantielles et d'autres procédures importantes pour la décision des recours, ce qui nuit à la justice matérielle. D'autre part, si la qualité de celle-ci est intimement liée au perfectionnement d'une panoplie de concepts et d'une «construction scientifique» menée à bien par le droit administratif, il n'est pas moins important de mettre en œuvre une jurisprudence

également au pouvoir judiciaire «ce qu'il y avait de contentieux dans l'administratif» (art. 170). Le conseil de district sera alors constitué par 4 membres, présidés de l'administrateur général (arts. 164 à 175). Finalement, et c'est notre limite, la loi du 29 octobre 1840 attribue aux Conseils de District le jugement du contentieux administratif (art. 24) délimitant dans l'article 25 la compétence des Conseils. Le code de 1842 ne fait que suivre cette orientation. Les Conseils de district, qui fonctionnent dès lors «comme tribunaux administratifs» (art. 280), sont maintenant constitués par 4 membres nommés par le monarque sur proposition de la «Junta» et par le gouverneur civil qui préside (arts. 266 et 289). Il y avait maintenant recours vers le Conseil d'Etat qui entre temps avait été remis en vigueur par la Charte constitutionnelle.

⁽³⁷⁾ Cfr. le rapport du Code administratif de 1886.

⁽³⁸⁾ Cette situation de *vide fit* que quelques années plus tard un règlement provisoire à usage interne du Conseil du district de Porto est mis en place, la publication se trouve dans la *Revista de direito administrativo*, 1 (1878), pp. 75 à 83. Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, *Contencioso administrativo*, Coimbra, 1921, II. De fait, la réglementation des comportements des parties dans les conseils de district (reclamações, notificações, forma das decisões, execuções, etc...) qui avait déjà été prévue par la loi du 29 octobre 1840, malgré les diverses déclarations d'intention du législateur (art. 289 du code de 1842, art. 236 du code de 1878) ne sera effective qu'avec le décret du 12 août 1886 pour les «tribunaux administratifs districtaux» qui avaient été créés. Une absence de critères aussi insolite engendra la perplexité, au point de mettre en doute la compétence des Conseils pour la résolution des questions de contentieux administratif. Ad exemplum, *Revista de legislação e jurisprudência*, ano 19, n°952, pp. 242 et 243.

administrative — le droit administratif est fondamentalement jurisprudentiel — qui établit les critères et élabore les principes. Mais, s'il en est ainsi, il n'est pas moins certain que cette construction scientifique et le développement d'une jurisprudence dépendent elles-mêmes de facteurs institutionnels et d'une multiplicité de pratiques sociales. Comme espaces producteurs de sens, la doctrine et la jurisprudence dépendent des conditions d'existence d'autres représentations. Les concepts, la construction juridique et à un autre niveau les principes, sont les fruits des pratiques articulées sur d'autres pratiques sociales.

Ainsi, le perfectionnement de concepts aussi importants que l'abus de pouvoir, l'administration pure, l'administration contentieuse, les relations de droit entre l'Etat et les citoyens ⁽³⁹⁾, et d'autres, n'est pas seulement le fruit d'une réflexion continue sur la pratique juridique mais il dépend aussi des conditions auxquelles cette pratique est assujettie. Au Portugal, alors que la doctrine est pratiquement inexistante ⁽⁴⁰⁾, une jurisprudence, bien qu'encore à ses prémices, commence à s'affirmer à partir du code de 1842 ⁽⁴¹⁾ qui restera en vigueur 36 ans. Pour cet important événement une loi de 1845 contribua à attribuer au Conseil d'Etat — à la manière du système français — des compétences administratives et contentieuses, plus précisément en matière de conflits de juridiction entre autorités administratives et judiciaires, de recours fondés sur l'abus de pouvoir et l'incompétence des autorités administratives subalternes ⁽⁴²⁾,

⁽³⁹⁾ Ces concepts, et leur approfondissement, seront la cible de la loi du 26 juin 1867, qui n'aura, cependant, aucun effet pratique.

⁽⁴⁰⁾ Sur l'affirmation du «droit administratif» comme science autonome, cfr. Jean-Louis MESTRE, *Des recherches sur l'histoire de la «science du droit administratif» en Europe*, in *Annuaire européen d'administration publique*, vol. VI (1983), p. 894 ss.

⁽⁴¹⁾ Selon le code administratif du 18 mars 1842, «Como Tribunal Administrativo compete ao Conselho de Distrito julgar sôbre o Contencioso da Administração, com recurso para o Conselho de Estado» (art. 280). Pour l'évolution du contentieux administratif portugais, cfr. *Dicionário jurídico de administração pública*, Coimbra, 1965, vol. II, voz *Contencioso administrativo*, p. 767 ss.

⁽⁴²⁾ Nous faisons référence à la loi du 3 mai 1845. Selon le règlement du 9 janvier 1850, le recours dirigé au monarque était présenté devant le Conseil d'Etat, provoquant, en cas d'admission, une décision du Conseil (*consulta*) qui allait vers le gouvernement. En cas d'accord il émettait un «*decreto sob consulta*», cas contraire il expédiait un

etc. Une période de stabilisation s'annonce pour la justice administrative portugaise tant au niveau local — Conseils de districts avec juridiction propre —, qu'au niveau central, où l'on opte une fois de plus pour le système de l'administrateur-juge. Les décrets du gouvernement sur proposition du Conseil d'Etat, même s'ils revêtent l'aspect négatif de donner au politique le contrôle de la justice administrative, contribuent à l'uniformisation des critères, et à l'affirmation de certains principes, laissant en partie à l'écart cette phase durant laquelle les agents de l'administration et les juriconsultes se plaignaient de l'imprévisibilité des jugements et de la multiplicité des critères. Nous pensons, par exemple, à la période qui suivit la révolution de 1836 où la suppression du Conseil d'Etat laissa la justice administrative locale livrée à elle-même, et ceci à un moment où l'inexistence d'une dogmatique administrative, qui n'apparaîtra au Portugal qu'au siècle suivant, surtout à partir de Guimarães Pedrosa (43), laissait les agents sans aucun instrument de «contrôle sur les discontinuités». De fait, à l'aube du XXème siècle, des études comme celle d'Abel de Andrade sont tout-à-fait pertinentes; l'objectif de cet auteur est la recherche d'un «critère scientifique efficient» pour résoudre le problème de savoir ce qu'est l'administration et le droit administratif, cherchant chez les italiens Orlando, Meucci, Persico et Ferraris; les français Pradier-Fodéré, Vivien, Bonnin et Ducrocq; les allemands Loening, Gerber, Meyer et Stein et les espagnols Colmeiro et Alcobila, les contours scientifiques d'un corps normatif qui assure la garantie fabuleuse d'une légitimité administrative.

Comme on le reconnaît aujourd'hui, le développement de la dogmatique présuppose non seulement une différenciation claire du système juridique, mais aussi un certain développement de celui-ci. Ces conditions, à leur tour, dépendent des contextes politiques, sociaux et culturels.

C'est de ce lien dont nous parlons en abordant la problématique de la justice administrative au Portugal (44).

«*decreto contra consulta*» accompagné des fondements respectifs. Cfr. *Dicionário da administração pública* cit., voz «*Conselho de Estado*», vol. II, p. 571 ss.

(43) *Curso de ciência da administração e direito administrativo*, Coimbra, 1904.

(44) *Administração e direito administrativo*, Porto, 1893, p. 5 ss.

JESÚS VALLEJO

HISTORIA DEL PROCESO, PROCEDIMIENTO DE LA HISTORIA. DIEZ AÑOS DE HISTORIOGRAFÍA PROCESAL EN ESPAÑA (1979-1988)

«Pero basta que el historiador tenga buenos originales y autores fidedignos de aquello que narra y escribe, y que de industria no mienta o sea floxo en averiguar la verdad, antes que la asegure como tal. Qualquiera narración que se cuente, aunque no sea con este rigor, largo modo se llama historia».

(Sebastián de Covarrubias, *Tesoro de la lengua castellana o española*, s.v. «Historia»).

1. Está siempre fuera de las posibilidades del autor saber quiénes serán los lectores de su obra. Puede ésta escribirse pensando en concretos destinatarios, ciertamente; sería sin embargo tan ilusorio confiar en que la leerán todos aquellos a quienes va especialmente dirigida como creer en la inexistencia de interesados fuera del círculo inicialmente previsto.

No serían necesarias afirmaciones tan obvias si no sirvieran para centrar el argumento que me dispongo a desarrollar en estas páginas. El estudioso de la historiografía procesal tiene a su alcance una perspectiva especialmente interesante si se pregunta para quién se escribe la historia del proceso. Naturalmente, esta cuestión es sólo parte de otra más general, que afectaría a la historia del derecho en su conjunto, y, por ello, podría aplicarse a todos los sectores que pudieran definirse en los ordenamientos jurídicos pretéritos. El procesal presenta, con todo, especiales ventajas para abordar el planteamiento propuesto, y no son las menores las que se derivan de su temprana configuración como rama del derecho más o menos autónoma — o, por mejor decir, fácilmente susceptible de ser identificada como tal desde la estructura contemporánea de particiones del derecho —

tanto en los libros de leyes como en una jurisprudencia que produce obras especializadas y crea géneros literarios específicos.

Pese a que el título no señala sólo un simple ardid expositivo, es desde luego también objeto real de lo que sigue el examen de las aportaciones que la historiografía procesal debe a autores españoles en los últimos diez años, incluyéndose asimismo las que, sin cumplir el requisito de la nación del autor, contribuyen al esclarecimiento de la historia del proceso en nuestro ámbito geográfico. Otras acotaciones se irán poniendo de relieve en páginas sucesivas; la temporal del subtítulo, sin embargo, precisa ya una mínima explicación. Una década quizá no sea suficiente para descubrir tendencias o para asimilar posibles innovaciones; sí lo es al menos para hacer balance, cuantitativo y cualitativo, del incremento, sustancial o no, que con respecto a nuestros conocimientos necesariamente ha de presumirse por el solo transcurso de dicho lapso de tiempo. Si no del todo he podido huir en la redacción de la presente comunicación de un cierto descriptivismo cuyo exceso la hubiera convertido en una acumulación inarticulada de breves recensiones, valga como excusa la justificación necesaria de las opiniones vertidas. El conjunto de éstas, huelga decirlo, no quiere en modo alguno ser sólo una guía para el lector curioso ⁽¹⁾.

2. Desde la exposición de conjunto de «historia del derecho español» más preocupada por ofrecer al lector una orientación bibliográfica superadora de los estrechos márgenes en que suele operar la manualística, podía reiteradamente afirmar Jesús Lalinde en 1978 la escasez de contribuciones relevantes en el campo de la historia del proceso: la carencia de producción monográfica se ponía

(1) Y ya que, pese a todo, no puede dejar de serlo, se ha creído preferible, por su utilidad como información independiente, añadir en apéndice la relación bibliográfica que sirve de base a las siguientes reflexiones. Estas, por comprensivas que hayan pretendido ser, no han podido dar cobijo a algunas de las aportaciones que se señalan, ofreciéndose así al menos noticia de las mismas. Ello simplifica, al mismo tiempo, el modo de citar. Bastará en la mayoría de los casos con la expresión del nombre del autor y la indicación, si se requiere, de las páginas de su obra entre paréntesis, todo ello sin necesidad de acudir a notas al pie; también en éstas, las referencias sin concreción suficiente remiten a la relación final. Cuando el autor lo sea de varios trabajos, podrá deducirse del contexto a cuál se refiere la remisión, procediéndose a la oportuna aclaración mediante título abreviado en caso contrario. Agradezco a M^a Auxiliadora Caro, Enrique Guerra y Bartolomé Clavero sus indicaciones y sugerencias sobre títulos que en un principio habían escapado a mi atención.

de manifiesto en aspectos tan fundamentales como el de los elementos personales del proceso o su fase de terminación, y, básicamente, sólo se destacaban como dignos de especial atención el esfuerzo de los especialistas en la reconstrucción del proceso romano y el estudio de las peculiaridades procesales altomedievales. El diagnóstico, en términos generales, era válido, aunque para su justa valoración es necesario añadir que se ofrecía en breves notas de «orientación historiográfica» conclusivas de cada capítulo que no se planteaban con criterios de exhaustividad, que la relación bibliográfica final no recogía títulos ya consignados en las correspondientes a otras secciones de su obra, y también que, lógicamente, podía detectarse alguna que otra laguna. En contrapartida, el juicio historiográfico de Lalinde se extendía, sin fronteras de cronología, desde las aportaciones decimonónicas hasta las más recientes de que pudo tener noticia, e incluía también las referentes a determinadas etapas que aquí se excluyen, muy señaladamente la de vigencia, en su contexto histórico de origen, del derecho romano (2).

(2) J. LALINDE, pp. 890, 898, 908, 918, 928, 936 y 944 para las orientaciones historiográficas, y pp. 944-947 para la bibliografía específicamente procesal. De complementariedad especialmente acusada es la relación bibliográfica que ofrece en pp. 561-612, correspondiente a «la estructura política y la actuación del poder público», donde se encuentran, entre otros, los títulos que atienden a la organización judicial y oficios de justicia. Siendo perfectamente comprensibles las opciones tomadas, por las dificultades que ello siempre comporta, es necesario advertir que las relaciones correspondientes a otras partes de su obra contienen también referencias a publicaciones de manejo ineludible: en la bibliografía dedicada a «la perturbación del orden fundamental», o derecho penal en la terminología más usual (pp. 671-677), ocupan su lugar tanto alguna aportación de F. TOMÁS Y VALIENTE sobre la tortura judicial no incluida en la bibliografía sobre el proceso (sin indicación, en ningún caso, de la recopilación conjunta publicada años antes del manual de Lalinde: FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España. Estudios históricos*, Barcelona, Ariel, 1973), como la mejor exposición, debida al mismo autor, sobre el proceso penal con que podía contarse desde 1969 hasta 1982 (FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969; el capítulo sobre el proceso penal, en pp. 153-200); la historiografía penal de Lalinde consigna también el trabajo de Juan Antonio ALEJANDRE GARCÍA, *Estudio histórico del delito de falsedad documental*, publicado en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 42 (1972), pp. 117-187, pero no hace referencia — ni a ella se alude en la dedicada al proceso — a la investigación dedicada por el mismo ALEJANDRE a *El delito de falsedad testimonial en el Derecho histórico español*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 3 (1976), pp. 9-140. Sin salvarse las citadas omisiones en la siguiente edición de la *Iniciación histórica* de Jesús LALINDE, que

Algún tiempo después, en 1982, Johannes-Michael Scholz constataba carencias graves en el estudio del derecho procesal civil del Antiguo Régimen y de la etapa posterior, a salvo de las aportaciones de Víctor Fairén Guillén y a pesar del acopio de materiales de Lasso Gaite en su *Crónica de la Codificación española* («Gesetzgebung»⁽³⁾), pp. 2403-2404), carencias que, desde un punto de vista más general, también había denunciado el mismo Scholz poco antes, a propósito de un examen crítico de la historiografía jurídica en España.

¿Habrían de seguirse manteniendo hoy posiciones tan pesimistas? Me apresuro a hacer una primera valoración. Sin las limitaciones cronológicas del juicio de Scholz, puede afirmarse que al menos cuantitativamente la situación ha mejorado, advirtiéndose un interés mayor en esta última década por la historia del proceso que en años anteriores: basta para comprobarlo ojear la relación de títulos, desde luego irregular en cuanto a pretensiones y resultados, que clausura estas páginas.

Y no sólo hay avances cuantitativos. Diversos trabajos, aunque ahora, lógicamente, su número es bastante más reducido, han conseguido cotas de rigor en la investigación y de renovación de planteamientos tradicionales hasta hace bien poco inusuales. Y ello independientemente de la etapa histórica a que dichos estudios afecten. La necesaria renovación de la historiografía jurídica española no tiene, en mi opinión, por qué pasar por el abandono en masa por parte de sus cultivadores de todos aquellos centros de interés que aún subsisten en la historia del derecho anterior a la Edad Moderna. La exigua lista de obras que en primerísimo lugar merecen ahora destacarse ofrece pruebas de ello. Pocas veces la potencialidad del estudio del proceso para descubrir las claves de la estructura social que le sirve de base ha sido tan claramente puesta de relieve como en los trabajos de Carlos Petit sobre el proceso visigodo. Su autor también lo es de una investigación anterior en su publicación, pero de realización

desde luego amplía la relación bibliográfica sobre la historia del proceso, persiste la problemática ubicación de cada título. Desde hace bien poco ya no es la de LALINDE la única visión de conjunto con repertorio bibliográfico, incluyendo también el suyo, con siempre útiles valoraciones, Benjamín GONZÁLEZ ALONSO en pp. 414-417.

(³) He de agradecer a Carlos Petit haberme permitido utilizar su traducción, inédita, del trabajo de Scholz.

prácticamente simultánea, sobre la agonizante jurisdicción mercantil del Antiguo Régimen. Abordando en ambos supuestos períodos de transición, de origen en el primer caso y de disolución en el segundo, la elección de ambos focos de atención por parte de Carlos Petit no resulta desde luego incoherente. Nuevas visiones de aspectos diversos del proceso altomedieval son las ofrecidas por Aquilino Iglesia Ferreirós y Enrique Ruiz Domenec, siendo interés primario de aquél el problema de la formación del derecho peninsular en los límites cronológicos expresados, y el de éste indagar las vinculaciones entre prácticas judiciales y estructura social feudal. Si en el caso de Iglesia Ferreirós la ordalía es un pretexto — aunque, y acaso pese a la intención principal del autor, el suyo es también un trabajo sobre las modalidades, extensión y significado de las pruebas ordálicas —, en el de Marta Madero Eguía ocupa una posición central, partiendo la autora de la antropología para conseguir su objetivo de comprensión del riepto, sin interesarle tanto la descripción de sus supuestos o la reconstrucción de su régimen ⁽⁴⁾. M^a Paz Alonso se enfrenta al período de vigencia castellana del derecho común, estudiando el proceso penal de los siglos XIII a XVIII. El mismo Scholz que se quejaba de la falta de elaboración histórica de la materia procesal contribuye coherentemente a integrar lagunas desde las fases iniciales de la etapa contemporánea. Es de señalar, por último, un apreciable esfuerzo de síntesis global ofrecido, muy recientemente, por Benjamín González Alonso.

A mi juicio, bastarían para justificar estos diez años de investigación los trabajos que acaban de destacarse. Dejando de lado ahora los que afectan a las etapas anteriores a la de vigencia del *ius commune*, se emprenderá seguidamente el análisis más pormenorizado de algunos de los citados. Estos darán pie para una mirada ge-

⁽⁴⁾ También sobre el riepto, la última (1984) intervención de un acreditado especialista, A. OTERO, incide sobre un asunto de importancia menor y de resolución tal vez imposible. La aportación de M. MADERO se sitúa, por ello, frente a los ya añejos trabajos del propio A. OTERO (*El riepto en el Derecho castellano-leonés*, en A. OTERO, *Dos estudios histórico-jurídicos*, Roma-Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Cuadernos del Instituto Jurídico Español, 4), 1955, y *El riepto de los fueros municipales*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 29 (1959), pp. 153-173), y al aún más antiguo de M. TORRES LÓPEZ (*Naturaleza jurídico-penal y procesal del desafío y riepto en León y Castilla en la Edad Media*, en el citado *Anuario*, 10 (1933), pp. 161-174).

nérica al resto de la producción historiográfica que aquí importa, y que no es en modo alguno — no se malinterprete la opinión que abre el presente párrafo — prescindible.

3. El trabajo de Paz Alonso sobre el proceso penal abre la década — se trata de una tesis doctoral leída en Salamanca en enero de 1979, luego publicada sin apenas alteraciones —, y es, sin dudas, la aportación más ambiciosa de los últimos años en el terreno que estamos examinando. Arrancando de un estudio somero, pero necesario a efectos de cimentación, de la base normativa bajomedieval de derecho común y derecho propio, construye institucionalmente — y ello constituye realmente el grueso de su trabajo — el proceso penal operante desde fines del siglo XV en Castilla, descubriéndonos una justicia penal basada desde el punto de vista técnico en la doctrina y la práctica — y tales son sus fuentes principales —, al servicio de un poder central creciente — pues es la jurisdicción regia ordinaria su objeto — para el que es instrumento adecuado de represión en aras de una eficacia en el mantenimiento de la paz pública que no entiende de garantías — la incidencia social no se olvida — para el reo.

Tal es el planteamiento que Paz Alonso nos propone, y sé que no puedo compensar la injusticia que supone condensar una monografía tan rica en una sola frase, por muchas subordinadas que la compongan, apelando a la sinceridad de un lector que ha recorrido repetidamente sus páginas, que también repetidamente ha tenido que escribir sobre ellas, y que en ningún caso pretende sustituir aquéllas con las suyas. Me interesa más insistir en las vías aún abiertas que en las concienzudamente exploradas por la autora. Tuve ya ocasión de expresar alguna reserva sobre la individualización del proceso penal en la Baja Edad Media, aspecto que la monografía que nos ocupa no resolvía, y que tampoco su recensión contribuía a esclarecer. Algo puede ahora añadirse.

Cuando comienzan a aparecer en el derecho regio castellano especialidades de tramitación que podemos identificar como procesales-penales, y que han de responder, en principio, a especificidades de orden sustantivo penal, la apreciable independencia de tales cuestiones responde a objetivos que quedan fatalmente ocultos cuando su estudio se aborda desde el punto de vista al parecer más lógico, esto es, desde la consideración de un derecho penal o un derecho procesal entendidos como sectores autónomos del ordenamiento

jurídico. Si así se hace, y se emprende el camino partiendo de tales bases, el resultado probable es encontrarse al final del mismo en un punto de destino absolutamente ajeno al previsto en principio: quien esto escribe recorrió uno de esos trayectos siguiendo la pista de los llamados pleitos de justicia. La individualización de un núcleo separado de asuntos a los que el derecho presta atención específica y que desde nuestra perspectiva actual identificamos de inmediato como penal tiene otro origen. En las leyes — básicas para todo el periodo histórico posterior — de la Baja Edad Media castellana, este fenómeno ha de entenderse en relación con el intento regio de reivindicación de la titularidad exclusiva del mero imperio, y por tanto de toda la gama de potestades jurisdiccionales que le son propias. De este modo se ofrecen ya más claves al investigador que la de la propia identificación de materia: en primer lugar, se trata de un fenómeno que contemporáneamente ocurre también en otros territorios europeos; en segundo lugar, afecta a la relación entre las distintas jurisdicciones simultáneamente operantes en dichos territorios, y por tanto también a la pretendida supremacía de la jurisdicción del rey; y en tercer lugar, y como consecuencia de todo ello, es la jurisprudencia, con independencia de su origen territorial en un ámbito de cultura jurídica común, la única que puede dar las orientaciones pertinentes para enfocar y resolver los problemas a los que nos estamos refiriendo. Hasta la fecha, las potencialidades de este conjunto de fuentes han sido desatendidas ⁽⁵⁾. Y si sobre esta base hay que revisar la materia relativa a procesos por delitos en la Baja Edad Media, cabe preguntarse si no habría también de hacerse lo mismo con la etapa inmediatamente posterior, objeto real de la tesis de Alonso. Y ello porque el nuevo concepto de proceso penal que la doctrina castellana define a inicios de la Edad Moderna (especialmente pp. 100-101

⁽⁵⁾ Ello limita de modo notable el alcance de recientes aportaciones que, a pesar de su información rigurosa y también de su utilidad evidente, son tan capaces de advertir la problemática de la terminología como de obviar la de los conceptos: Hilda GRASSOTTI, *Hacia las concesiones de señorío con «mero y mixto imperio»*, en AA.VV., *Estudios en Homenaje a Don Claudio Sánchez Albornoz en sus 90 años*, vol. III, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras (Anejos Cuadernos de Historia de España — Instituto de Historia de España), 1985, pp. 113-150; de la misma autora, *Novedad y tradición en las donaciones «con mero y mixto imperio» en León y Castilla*, en AA.VV., *Homenaje al Profesor Juan Torres Fontes*, vol. I, Murcia, Universidad de Murcia — Academia Alfonso X el Sabio, 1987, pp. 723-736.

de la monografía que comentamos), puede leerse ya en la obra de le-
gistas no castellanos de los siglos bajomedievales. Si el interés de
estos juristas no era directamente definir conceptos como el expresa-
do, ¿puede seguirse defendiendo que el de aquéllos sí lo era? Tal vez
no, y acaso puedan alcanzarse respuestas distintas a las que ofrece la
autora. Mas sin su trabajo, ni siquiera las preguntas habrían podido
hacerse.

Si cesuras no existen (de hecho en la obra de Alonso — y de ello
me ocupaba en su recensión — la división entre las etapas bajome-
dieval y moderna es más formal que sustancial), cabría desde luego
volver al punto de partida, afirmando la aparición de un proceso pe-
nal autónomo en tiempos de recepción del derecho común ⁽⁶⁾. La
institución clave para apoyar una tal concepción es, sin duda, la *in-*
quisitio, sobre cuyo conocimiento tanto debemos a Joaquín Cerdá
⁽⁷⁾. En efecto, parece justo pensar que alguna diferenciación sustan-
cial entre procesos cabe establecer a partir del momento en que el po-
der público se ve dotado de los instrumentos jurídicos necesarios pa-
ra una persecución ciertamente eficaz del delito. La idea se advierte
en las páginas de Cerdá. ¿Pero realmente «el motivo por el que se
formularon estas costumbres sobre el nuevo procedimiento estriba
en la idea de que todo delito debe ser castigado» («La “Inquisi-
ció”», p. 388) «para que no queden... impunes» («La “Inquisi-
tio”», p. 570), si resulta que «sólo podría hacerse “inquisicio” en
determinados casos delictivos» («La “Inquisició”», p. 389; tam-
bién «La “Inquisitio”», pp. 566, 569, 572, 580)? ⁽⁸⁾. Parte de la

⁽⁶⁾ En este punto, donde una cierta discontinuidad al menos podría pacíficamente
aceptarse, tampoco hay acuerdo, siquiera nominal: la misma M.P. ALONSO puede indivi-
dualizar, construyendo con ello una breve monografía, un proceso penal en textos
jurídicos de tradición anterior (Fuero de San Sebastián). Es el clima dominante: C. PE-
RIT se ve obligado a plantearse la división civil/penal en el proceso visigodo («De nego-
tiis», I, pp. 160 y ss.), lo que le lleva justamente a reflexiones parecidas a las que estas
páginas conducen.

⁽⁷⁾ Su trabajo fundamental en este terreno se publicó en el *Anuario de Historia del
Derecho Español*, 32 (1962), pp. 483-517, bajo el título *En torno a la pesquisa y proce-
dimiento inquisitivo en el Derecho castellano-leonés de la Edad Media*. Aquí sólo nos
ocuparemos de sus dos más recientes aportaciones.

⁽⁸⁾ Sobre lo reducido del ámbito del procedimiento inquisitivo en fuentes castella-
nas — a las que ya el propio J. CERDÁ dedicara su atención en el trabajo citado en nota
anterior — véanse también, aunque de forma menos explícita con respecto a lo que si-

historia falta, y el propio Cerdá ofrece la mejor pista para reconstruirla al explicar el origen de la regulación, en las *Costums de Tortosa*, de la institución que le interesa justamente sobre la base de un conflicto jurisdiccional entre señores y ciudadanos («La “Inquisició”», pp. 381-383; «La “Inquisitio”», pp. 573-574). La literatura jurídica europea contemporánea construía mientras tanto una teoría jurisdiccional en la que era índice de rango superior de jurisdicción precisamente el ejercicio de la misma sin necesidad de intervención de parte. No sólo la represión del delito estaba en juego.

Desatención de fuentes, de nuevo. No son estas páginas las más adecuadas para seguir insistiendo en la problemática individualización de un proceso penal diferenciado. Pero tal asunto constituye, indudablemente, un buen ejemplo para constatar uno de los más estruendosos silencios de la historiografía que nos ocupa: el que pesa sobre la consideración directa del *ius commune* con todo su complejo entramado de fuentes jurisprudenciales, que si por su frecuente fragmentariedad, dispersión, carácter contradictorio o acumulación de sutilezas no facilitan siempre la resolución de los problemas que la investigación ha de plantearse, tienen como mínimo la virtud de contribuir a identificarlos. Que falte la tradición, en una historiografía que, como la nuestra, en este punto reivindica en sus obras de conjunto la importancia de lo que luego suele ignorar en su producción monográfica, no sería especialmente preocupante si no pareciese también faltar la convicción. Para conjurar su ausencia sería tal vez vía adecuada romper el vicioso círculo en el que se sitúa dicha jurisprudencia medieval y moderna: su conocimiento implica el de sus virtualidades.

Así, de nada serviría la confección meritoria de valiosos instrumentos de trabajo como los realizados por Antonio Pérez Martín si la

gue, las páginas que dediqué a los pleitos de justicia, especialmente pp. 350-351; en pp. 373-374, un intento, insuficiente, de explicación. Tal vez no sea tan nítida, entonces, la peculiaridad aragonesa frente al derecho de «catalanes y españoles», cifrada en el hecho de que «el principio acusatorio... en España sólo triunfó en Aragón, aunque también en este reino se establecieron excepciones, como en los delitos de falsificación de moneda, por ejemplo» (J. LALINDE, en el breve párrafo dedicado a la materia procesal en su trabajo *La dominación española en Europa*, en Miguel ARTOLA (dir.), *Enciclopedia de Historia de España*, vol. II: *Instituciones políticas. Imperio*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, pp. 421-494; la cita es de p. 488).

utilización de las fuentes cuyo acceso se facilita al investigador — si es que éste acepta la advertencia — diese sólo como resultado un aumento meramente cuantitativo de los datos a exponer ⁽⁹⁾. Hay ejemplos de este modo de proceder, con guías previas o sin ellas. No es injusta la opinión vertida por Agustín Bermúdez, en su recensión a la obra de Ramón Fernández Espinar, en el sentido de que éste no haya podido superar «la mera tónica de los tecnicismos jurídicos» (p. 802) tras el examen de un considerable volumen de literatura jurídica. La actitud de Fernández Espinar hay que preferirla, con todo, a la de quienes, siempre con respecto a dicha literatura, la citan sin usarla o la usan sin conocerla ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ La complejidad creciente de la impagable labor de quienes se dedican a la edición de textos bien se aprecia en la voluminosa aportación de Jean ROUDIL; no son indiferentes al derecho los datos que rescata la filología.

⁽¹⁰⁾ No son supuestos frecuentes, pero sí reales. Paradigma del primero es la monografía de Susana ΑΙΚΙΝ sobre la apelación. Referencias a Irnerio, Placentino, Bulgaro o Juan Basiano existen sin indicación de origen; véanse, como ejemplo, las notas 143 y 146 de p. 85, citándose también en esta última una glosa de Acursio al *Codex* mientras que la autora sólo afirma haber utilizado la glosa al Digesto en su relación de fuentes. Esta difiere en las dos ediciones de su obra, la reprografiada y la impresa, incluyendo la segunda — primera, inusualmente, en el tiempo, y por la cual citamos — entradas correspondientes a la obra de Acursio, Bartolo y Baldo que faltaban en la primera, sin que por ello hayan variado las citas en las notas, todas ellas, salvo excepciones dudosas, indirectas. Valgan algunos ejemplos: de Acursio, n. 127 de p. 23, n. 208 de p. 32, n. 259 de p. 37, n. 45 de p. 70, etc.; de Bartolo, n. 309 de p. 43, n. 76 de p. 75, n. 174 de p. 89, n. 23 de p. 103, etc.; de Baldo, n. 24 de p. 9, n. 122 de p. 22, n. 91 de p. 77, n. 49 de p. 107, etc. Y la insensibilidad se extiende a fuentes más cercanas, si se quiere, a nuestra historia: en n. 106 de p. 115 se cita una glosa de Vicente Arias de Balboa al Fuero Juzgo, noticia que, recogida de una glosa de Alonso Díaz de Montalvo a Fuero Real 2,3,4, no sugiere explicación alguna, pese a que verdaderamente la necesite: véase, sobre la obra conocida de Arias de Balboa, A. PÉREZ MARTÍN, *Las glosas de Arias de Balboa al Ordenamiento de Alcalá. Su edición y estudio*, en *Aspekte europäische Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann (Ius Commune. Sonderhefte — Texte und Monographien, 17), 1982, pp. 245-292, esp. pp. 247-250, y, del mismo autor, *El estudio de la Recepción del Derecho común en España*, en Joaquín CERDÁ RUIZ-FUNES - Pablo SALVADOR CODERCH (eds.), *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona (Serie Derecho) 1985, pp. 241-325, esp. pp. 279-280. El segundo de los supuestos que daba pie a esta nota es el de otra doble publicación, la de la monografía que Emilio Javier DE BENITO dedicara a la sentencia, siendo esta vez la versión impresa un resumen — a pesar de que su título no parezca suponer, sino requerir, una más profunda investigación — de la repro-

Habrà ocasión de volver, en páginas sucesivas, sobre este período de la historia del proceso. Sigamos, de momento, el recorrido cronológico que, marcado por los hitos que se destacaron al principio, nos habíamos propuesto.

4. Las recientes aportaciones de Johannes-Michael Scholz y de Carlos Petit ponen las bases para la revisión de uno de los períodos de mayor interés y últimamente menos desatendidos por la historiografía que estamos examinando. Ambos se centran en la etapa de crisis y disolución del Antiguo Régimen, y también ambos se acercan a dicho momento a través del examen de la jurisdicción mercantil. El interés de Scholz es, sobre todo, metodológico. Propugna el esclarecimiento de las estrategias de poder que se ocultan tras la apariencia de mera técnica jurídica, y, tomando como ejemplo el campo de la jurisdicción de comercio, pretende diseccionar las vías a través de las cuales la tecnología jurídica permite el desarrollo del capitalismo en el período de emergencia del Estado. La sustitución de consulados por tribunales de comercio — en lo que se refiere a España — en la primera codificación mercantil, constituye así argumento de arranque («La constitution», p. 65) en una exposición para la que el derecho se manifiesta como instrumento de dominación política incluso en ámbitos, como el expresado, de carácter más limitado frente a los que suelen atraer la mayor atención en tales coordenadas cronológicas, como la propiedad o la concreción de los principios de libertad e igualdad en la esfera contractual («La constitution», p. 72).

La estructura del trabajo de Carlos Petit nace a partir de un «a

grafiada. En ésta, cuya venalidad y abiertos canales de distribución obligan a considerar, son lo de menos los continuos descuidos formales — uno de los cuales, que aquí nos afecta y que desde luego no induce a error, sitúa continuamente a Baldo y Juan Andrés como aficionados («adición») a la obra del *Speculator* —, importando más destacar, en primer lugar, la indeterminación de contenido que para E.J. DE BENITO implica la expresión «literatura jurídica» (pp. 563 y ss.), y la falta de elaboración por el autor de los datos de una jurisprudencia cuyo propio volumen de información supera sus posibilidades de ordenación de la materia, imponiéndole su división en corrientes doctrinales con respecto a las que cabe plantearse su propia existencia (en p. 62 es una de estas corrientes la representada por los autores «que si bien nos dicen que la interlocutoria no es sentencia... sin embargo continúan utilizando la denominación de sentencias cuando nos hablan de la interlocutoria»). Es aspecto este último que se pierde — que se gana — en el resumen publicado en la revista *Glossae*, sustituyéndose por la mera cita, en la extensa nota 66, de las fuentes doctrinales utilizadas.

propósito de». La excusa es la edición de un «Proyecto para Uniforme Arreglo de Consulados» fechado en 1814 y que se incluye en apéndice. Excusa por un doble motivo: en primer lugar, porque limita el campo de su aportación a niveles tolerables para ser asumidos en un artículo; en segundo lugar, porque le permite reflexionar sobre cuestiones de método — de modo más directo, más asequible, y con mayores posibilidades de lograr eco inmediato que Scholz ⁽¹¹⁾ —, y sobre lo desatendido de la materia en que su trabajo se inscribe. Es ésta la revolución burguesa como subversión de la estructura social, definida por el derecho, precedente, y, en ese contexto, la desaparición de la pluralidad de jurisdicciones propia del Antiguo Régimen, analizando las contradicciones institucionales del período histórico de transición en que tal cambio se produce y que se cifran en el paso de una justicia mercantil como concreción, entre otras, de las potestades jurisdiccionales de las corporaciones de mercaderes, a la justicia mercantil como jurisdicción especial en el marco del Estado liberal, sin atender a los desvíos que puede ocasionar, por apariencias de continuidad, el mantenimiento en dicho proceso de términos que, como el de jurisdicción, remiten a realidades tan diversas.

Las páginas de Scholz y Petit tienen en común su pretensión de renovación, pronunciándose el primero contra una historia simplemente de hechos («La constitution», p. 65), y el segundo rechazando los frecuentes alardes de erudición que a menudo impiden la comprensión crítica del pasado (p. 256). La línea abierta por ambos ha de continuarse. Queda fuera de sus trabajos la trayectoria, posterior a su implantación, de esa justicia mercantil de nuevo cuño hasta su desaparición en una fecha, la de 1868, marcada precisamente por otro proceso revolucionario, tal vez más glorioso pero desde

(11) Y véase el expreso distanciamiento de C. PETIT con respecto a los planteamientos epistemológicos de SCHOLZ en la recensión del primero, publicada en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, 56 (1986), pp. 1096-1103, esp. p. 1101, a la obra colectiva en la que se incluye el trabajo del segundo *Eléments pour une histoire du droit moderne*, en Joaquín CERDÁ RUIZ-FUNES - Pablo SALVADOR CODERCH (eds.), *I Seminario* (cit. en nota anterior), pp. 423-524. Véase también Johannes-Michael SCHOLZ, *L'obstacle épistémologique premier de l'historien du droit*, en Paolo GROSSI (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, Milano, Giuffrè (Università di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza. Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. Biblioteca, 22), 1986, pp. 275-312.

luego más limitado (Scholz, «La constitution», p. 79; Petit, p. 286). Merece también mayores explicaciones aún la falta de sincronía — tal vez para su comprensión ofrezca Scholz mejor base — entre la propuesta y culminación de las reformas y el vaivén de períodos constitucionales y absolutistas de los años veinte y treinta del pasado siglo (12).

Tal alternancia es lo suficientemente sugerente desde el punto de vista más general de la justicia ordinaria como para haber provocado ya la aparición de trabajos específicos. El de Sainz Guerra sobre la justicia en las etapas absolutistas del reinado de Fernando VII, con aparato crítico insuficiente y proclive a quedarse en la superficie de la problemática que aborda, no habrá de desanimar a futuros investigadores (13). Y en la misma fase histórica de transición, otras transformaciones jurisdiccionales siguen reclamando nuevas aportaciones, constituyendo éste un campo hoy por hoy difícilmente agotable como fuente de nuevos trabajos. El objetivo, a este respecto, de Jiménez de Cisneros sobre la jurisdicción de Hacienda, planteándose la determinación del órgano «encargado de resolver las cuestiones litigiosas que se susciten con ocasión de la desamortización» (p. 449), es limitado, y a su propósito se ciñe aportando datos siempre útiles. A través de ellos se aprecia la multiplicidad de aspectos a estudiar: los posibles, y ya en otras ocasiones apuntados, recelos de jurisdicción ordinaria frente a las reformas, el origen de la jurisdicción contencioso-administrativa, o, y no es lo menos importante, la distinción ya operante entre lo gubernativo y lo contencioso como reflejo de la separación efectiva de ámbitos de poder — administración y jurisdicción — entonces en marcha. Examinar todas estas cuestiones desde perspectivas como las de Petit o Scholz — o, en el caso de Jiménez de Cisneros, ahora desde la más específica de A.M. HESPANHA, seguramente preferible a la tan discutida obra de A. Gallego Anabitarte (14) — sería deseable.

(12) Mientras tanto, y a expensas de la contribución de Carlos PETIT en este mismo volumen, exposición de referencia sigue siendo la de Enrique GACTO FERNÁNDEZ, *Historia de la jurisdicción mercantil en España*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla (Anales de la Universidad Hispalense. Serie: Derecho, 11), 1971.

(13) En nota 3 de p. 134 alude el autor a su tesis doctoral «en prensa» sobre *La organización judicial liberal, 1812-1870*, de cuya publicación no tengo noticia.

(14) A.M. HESPANHA, *Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils*

Sobre todo si se tiene en cuenta que es precisamente el ámbito mercantil el que últimamente parece atraer mayor atención. Las publicaciones en que se han plasmado los recientes trabajos de Adela Mora ⁽¹⁵⁾ y el de M^a Jesús Espuny y José Sarrión sobre los tribunales consulares de Valencia y Barcelona merecen consideración conjunta por la coincidencia de algunas de sus conclusiones, cifradas sobre todo en la constatación del progresivo aumento de la complejidad y tecnicismo de los procesos desde las últimas décadas del siglo XVIII, tan alejados entonces del ideal programático de brevedad en los litigios suscitados en el tráfico comercial, y que es razón directa de la intervención cada vez mayor de letrados en los mismos. Mas, aparte coincidencias, cabe preguntarse si no falta todavía una mayor elaboración de conceptos básicos sobre los que han de construirse investigaciones como las citadas. Tal carencia es seguramente la responsable de que parezca a veces que se estén hablando idiomas distintos al describirse fenómenos parecidos. Defiende Adela Mora que «la jurisdicción de comercio no es autónoma, ya que la alegación de normas en los procesos no se limita a las leyes o costumbres generadas exclusivamente para el tráfico mercantil dentro de las instituciones o de los grupos sociales de mercaderes» («El tribunal», p. 638). Espuny y Sarrión, tras comprobar la misma diversidad de normas aplicadas en los procesos, afirman que «las reformas de 1763 suponen también la recuperación de la independencia y autonomía de la jurisdicción mercantil en su fase de Alzadas, mediatizadas hasta entonces por la apelación en los asuntos mercantiles ante la Audiencia de Cataluña» (p. 180). ¿Qué es autonomía? ¿En qué sentido se está empleando en uno y otro caso un término tan ligado al

conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration, en E.V. HEYEN (ed.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann (Ius Commune. Sonderhefte — Texte und Monographien, 21), 1984, pp. 1-28.

⁽¹⁵⁾ Son, según sus propias palabras, sólo «eslabon(es) de una visión más amplia en la que trabajo sobre el proceso mercantil valenciano a fines del antiguo régimen» (*El tribunal*, p. 638). De la primera entrega de esta serie, presentada como comunicación al Congreso «Ciudad y mar en la Edad Moderna» bajo el título *La jurisdicción del tribunal del consulado de Valencia en el siglo XVIII (El tribunal*, nota 1 en p. 629), no tengo noticias de publicación; la crónica del citado Congreso, firmada por Sebastián GARCÍA MARTÍNEZ en *Estudis. Revista de Historia Moderna*, 11 (1984), pp. 226-230, no incluye resumen de las comunicaciones.

propio concepto de jurisdicción? La solución de estos problemas no requiere sólo un simple consenso terminológico o conceptual entre historiadores: al menos como hipótesis, habría de admitirse que la propia historia puede contribuir a encontrarla ⁽¹⁶⁾.

Aún queda mucho por hacer en la reconstrucción, a efectos de historia procesal, del período de transición al que se viene haciendo referencia. Y ello sobre todo porque la justicia civil ordinaria y la justicia penal carecen aún de tratamiento específico, lo que se agrava en el primer caso por no haberse elaborado aún ni siquiera las líneas básicas de su vigencia peninsular en la Edad Moderna — la visión de conjunto de Manuel Pérez-Victoria Benavides es deliberadamente insuficiente —, y en el segundo al detenerse la monografía de M^a Paz Alonso en los proyectos ilustrados de reforma.

5. Y no es menos lo que resta con respecto a la historia del proceso en el trance de su codificación. Es Scholz de nuevo el que últimamente se ha ocupado de la cuestión, estudiando el proceso codificador de los procedimientos civil y mercantil. Sin agotar el tema, que requiere atención monográfica más extensa, no deja de tocar una de las cuestiones en mi opinión más sugerentes para la historiografía procesal: desde la codificación del proceso civil ordinario, que genera sendas leyes de 1855 y 1881, se mantiene la idea de su conservadurismo frente al *ordo* tradicional (pp. 2410, 2417, 2419). Aparte de la específica función que tal afirmación cumpliera en el marco cronológico en el que surge, su interés es también historiográfico. Llevada al extremo de afirmarse que la ley procesal aún vigente no es más que la codificación del proceso romano-canónico, ha ocupado

(16) No está de más apuntar que la historiografía que han generado los consulados de comercio, y que aquí no se detalla, atiende normalmente, aun sin títulos tan específicos como los de Adela Mora o Espuny/Sarrion, a asuntos que habrían de interesarnos. Valgan dos ejemplos: Ana María BARRERO GARCÍA, *La legislación consular en la Recopilación de Indias*, en Francisco DE ICAZA DUFOUR (coord.), *Recopilación de leyes de los reynos de Indias. Estudios histórico-jurídicos*, México, Miguel Angel Porrúa, 1987, pp. 475-496, y, abordando esta vez con mayor extensión la vertiente judicial de la jurisdicción mercantil, Jorge BARRERA GRAF, *Sobre la regulación del Comercio en la Nueva España en la Recopilación de Leyes de Indias*, en el mismo volumen, pp. 453-471. Son ejemplos también de otra omisión de estas páginas: el derecho indiano, cuyo examen requiere especialistas.

su lugar en la más acreditada manualística ⁽¹⁷⁾, ha funcionado como hipótesis válida de trabajo en recientes y extensas monografías debidas a historiadores del derecho, y es también en gran parte responsable, a mi juicio, de la entrada masiva de procesalistas en el campo de la historia. Para los primeros supone un cómodo punto de partida, viéndose frecuentemente confirmado cuando se aborda la historia de las instituciones procesales desde un punto de vista que atiende a lo meramente externo y olvida completamente la dimensión social de las mismas. Para los segundos, cumple la doble función de elucidar, desde el punto de vista de la mera técnica jurídica, el «origen y evolución» de los institutos con los que conviven, y de legitimar la petición de sucesivas reformas precisamente ahora en discusión. Si así pueden quedar claras las ventajas que a una historiografía acrítica proporciona el al parecer ya consolidado mito de la continuidad, no deja de ser llamativo el hecho de que a dicha hipótesis le falte toda la investigación básica como para que pueda ser tan atendible.

Surgen entonces en la historiografía vinculaciones entre pasado y presente verdaderamente estrechas. El segundo es a veces instrumento para el primero: es frecuente que en monografías de derecho procesal histórico firmadas por historiadores del derecho se acuda, para centrar cuestiones y delimitar objetos, en páginas introductorias a la dogmática procesal contemporánea. Es dogmática, a fin de cuentas — parece pensarse —, realizada básicamente sobre materiales normativos de derecho común. Tales normas, las de la vigente Ley de Enjuiciamiento, cumplen también los mismos fines de delimitación de objeto: empujadas así hacia el pasado, no habrá manera de evitar encontrarlas en él.

Pero más frecuentemente el pasado es instrumento para el presente, propugnándose, a efectos de reforma de la legislación, la recuperación del supuesto sentido originario de las instituciones o su impugnación como caducas e impropias del derecho procesal contemporáneo, o sirviendo también la historia en ocasiones para descubrir facetas ocultas de la normativa vigente. Los «antecedentes históricos» que a menudo introducen las monografías especializadas de la procesalística actual responden al esquema que acaba de

⁽¹⁷⁾ J. LALINDE, p. 942; FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 1988 (3ª reimp. de la 4ª ed. de 1983), p. 531.

describirse, siendo a veces objeto de publicación separada (18). Juan-Luis Gómez Colomer estudia en 1980 el origen y evolución de la declaración indagatoria. Espera el autor que de su estudio «resultará evidente la necesidad de reformar la declaración de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 en el sentido de hacerla realmente útil y práctica» (p. 371), y ello porque «la ley vigente no ha sabido dar a la indagatoria su verdadero y originario sentido» (p. 413). Desde distinta especialidad, pero afectando también a nuestra materia, Eulalia M^a Moreno Trujillo publica un estudio sobre los antecedentes históricos del defensor judicial. Su método es especialmente ilustrativo: para identificar la figura en épocas pasadas se la conceptúa y caracteriza primero según derecho actual; a continuación se lleva a cabo un amplio recorrido histórico en el que se hacen patentes las dificultades de identificación de su objeto; se concluye luego que la regulación introducida por la ley de 24 de octubre de 1983, modificadora del Código civil, no es del todo original, sino que «resume y sintetiza una tradición histórica que arranca del Derecho romano y el Derecho musulmán (dos de las culturas que dominaron la península) y que, por efecto de la influencia germana y fundamentalmente la Codificación, inspirada en principios franceses, se olvidó y abandonó» (p. 226). En descargo del legislador habría que añadir que seguramente la recuperación fue involuntaria, pero en la perspectiva desde la que se construyen este tipo de trabajos tal especie de arqueología legislativa es perfectamente comprensible. La básica identidad de las instituciones a lo largo del tiempo la justifica. No sólo se pueden ofrecer así los criterios necesarios para la mejor comprensión de la obra del legislador contemporáneo — dos modalidades distintas de indagatoria descubre Gómez Colomer (pp. 413-414), dos figuras distintas de defensor judicial Moreno Trujillo

(18) O de exclusión en la publicación. La práctica de comenzar las monografías con el examen histórico de la institución cuyo estudio se aborda sigue especialmente extendida en tesis doctorales, generando una literatura — que a menudo sólo «largo modo» puede entenderse histórica — imposible de controlar a los efectos de incluirla en el examen que llevamos a cabo. Valga de muestra un botón: en nota 41 de p. 384 del trabajo de GÓMEZ COLOMER se cita un caso de tesis doctoral publicada sin su correspondiente, y por tanto ahora inédita, aportación a nuestro campo; por su parte, las páginas del citado autor — aunque ignoro si esta vez redactadas con la misma finalidad académica — se adaptan bien al modelo al que en el texto aludimos.

(pp. 228-229) —, sino que pueden asimismo brindársele propuestas concretas de actuación: L. Ceino afirma en 1981 que la extensa monografía de Antonio Merchán sobre el arbitraje «ofrece gran interés ahora que se habla de hacer una nueva ley de arbitraje privado que sustituya a la de 1953». Y también se pretende la orientación de jueces: Ramón Fernández Espinar, en epílogo (p. 123), les exhorta a atender el principio que estudia. Marc Bloch predicaba la necesidad de explicar para qué servía la historia; no es exiguo el muestrario de soluciones.

Si la historiografía procesal actual responde, en mayor medida de la que sería deseable, a los criterios que vienen expresándose, resultará interesante, sobre la base que proporcionan, analizar recientes acercamientos a la historia del proceso desde un órgano de comunicación de procesalistas especialmente atento a la historia: la *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. En sus páginas, que ya acogieran la más arriba considerada obra de Gómez Colomer, Manuel Gallego Morell, también en 1980, reflexiona sobre la influencia del derecho de la Iglesia en el derecho procesal, definiendo la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente como «resurrección del Derecho común en el siglo XX» (p. 367). En su trabajo, una tal definición no es una crítica; el proceso civil ordinario no resulta largo, complejo y costoso en virtud de tales antecedentes, apresurándose el autor en deslindar responsabilidades: «el formalismo y pesadez de la tramitación... proceden más de influencias germánicas que canónicas» (p. 367). El mismo año, Salvador Domínguez Martín ofrece a los lectores una «exposición sistemática de las fazañas como fuente del derecho medieval» que, aunque reconociendo sus limitaciones (se trata de una «modesta exposición divulgadora, a nivel docente», p. 28) resulta verdaderamente llamativa al centrarse en las curiosidades que la historia ofrece, en la justificación ideológica de la alta función del poder judicial, y basarse en una bibliografía en la que la obra de Brunner (Heinrich) y Schwerin y la de Ernst Mayer ocupan un lugar no secundario: si para el asunto ciertamente atención merecen, no puede prestárseles ya sin algún distanciamiento. J. Tomé Paule, en otro orden de materias pero en sintonía de criterios, publica, en 1981 y 1982, sendos artículos sobre «la organización judicial en los estados cristianos de la España medieval» y «la organización judicial española durante la Edad

Moderna», exposiciones resueltamente descriptivas que proceden por la simple enumeración de instancias orgánicas y de competencias con muy discutibles criterios de ordenación de la materia. Que en 1987 la revista citada acoja una ponencia de Vicente Gimeno Sendra sobre las «causas históricas de la ineficacia de la justicia» que es justamente lo que su título indica, y en la que se exponen los defectos constatables en la administración de justicia desde el período de vigencia de una «justicia estamental», propia de la sociedad feudal, hasta la fecha, en la necesaria persecución de un sistema propio del Estado social de Derecho, no habrá ya de extrañar.

Ante tales planteamientos caben múltiples reflexiones: a qué nivel metodológico corresponden los trabajos que acaban de reseñarse — contando algunos de ellos con nada recientes paralelos dentro de la historia del derecho ⁽¹⁹⁾ —, o para quién se escribe la historia del proceso serían preguntas de respuestas seguramente provechosas. Pero otra cuestión cabría, y es la de si, en líneas generales, la historia del derecho y sus cultivadores ofrecen mejor alternativa para el conocimiento del pasado. Lamentablemente, no siempre. Dos extensas y, al menos cronológicamente, ambiciosas monografías que ya más arriba se destacaran a otro efecto son prueba de ello, y ambas corresponden a una fase del proceso que Lalinde destacaba como especialmente desasistida: me refiero, de nuevo, a la de Susana Aikin sobre el recurso de apelación y a la de Emilio Javier de Benito sobre la sentencia; ambas se centran en Castilla, y ambas, también, desarrollan sus respectivos temas en el período comprendido entre los siglos XIII y XIX. Las dos llegan a la pasada centuria con la negación de cambios institucionales, a salvo de modificaciones no sustanciales que se explican, como en la época en la que surgen, sobre la base del triunfo de la racionalidad en la tramitación de los juicios. Los dos tienden a

⁽¹⁹⁾ Frente al de Gallego Morell, sigue siendo preferible el de José MALDONADO FERNÁNDEZ DEL TORCO, *Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 23 (1953), pp. 467-493. Sobre el tema del de Domínguez Martín, se encontrará información suficiente en José Luis BERMEJO CABRERO, *Fazañas e historiografía*, en *Hispania. Revista Española de Historia*, t. 32, n. 120 (enero-abril 1972), pp. 61-76. Las reminiscencias no son sólo de título: con respecto al primero de los de Tomé Paule, José LÓPEZ ORTIZ, *El proceso en los reinos cristianos de la Reconquista antes de la recepción romano-canónica*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 14 (1942-1943), pp. 184-226.

demorarse en la descripción de la mera formalidad y construyen la exposición con un criterio sistemático que acerca en el espacio lo separado en el tiempo e impide la reflexión suficiente sobre la globalidad de las instituciones que estudian. Son dos ejemplos significativos de un modo de trabajar la historia del derecho que, por ser todavía frecuente, merecía aquí destacarse.

Y en lo que se refiere al descriptivismo no están solos. Este frecuente carácter de la historiografía procesal actual responde, en mi opinión, al mismo fenómeno de la concepción continuista de las instituciones. Dándose por conocidos tanto el significado como la función del hecho procesal, basta recuperar, para la comprensión del pasado, la peculiaridad del trámite. A veces el pretexto es reconstruir el proceso que regula una determinada fuente normativa: son los casos de Niceto Alcalá-Zamora con respecto al Fuero de Cuenca ⁽²⁰⁾, el de José Bono con su apretadísima síntesis del proceso en el Fuero Viejo, el de Antonio Pérez Martín sobre la base del Ordenamiento de Alcalá, o el del autor de estas líneas con relación al Fuero Real («La regulación», pp. 500-555). En ocasiones la determinación es territorial, buscando Angel Bonet Navaro y Benito Vicente de Cuéllar una exposición clara y ordenada de distintos procesos forales aragoneses y encerrándose los Cillán-Apalategui en las fronteras alavesas ⁽²¹⁾. Otras veces, por último, se persiguen los avatares de un determinado instituto procesal a través de la historia: Santos M. Coronas nos ofrece un buen ejemplo con su monografía sobre la recusación. La objeción que puede hacerse a estos trabajos es la que se ha puesto de relieve, pues, excepción hecha tal vez del que gira sobre la administración de justicia en Alava, más pobre de resultados — exclúyase ahora también si se quiere el supuesto de la procesalmente aberrante coincidencia de juez y parte —, hay que de-

⁽²⁰⁾ Se trata de la última (por fecha de terminación, 1984, que no de edición, nominalmente 1982 a causa del retraso en la aparición del volumen de la publicación periódica que la recoge) y más amplia versión de un trabajo que ha conocido diversas impresiones desde la primera, en 1950, bajo el título *Instituciones Judiciales del Fuero de Cuenca*, en AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II, Padova, pp. 73-95. La preocupación del autor por ponerlo permanentemente al día y el hecho de que no siempre haya visto la luz en su totalidad obligan a considerarlo aquí.

⁽²¹⁾ Algo más amplias son las de Ricardo GÓMEZ RIVERO, en exposición poco ambiciosa, también descriptiva y carente de aparato crítico.

cir que no les faltan méritos. Las páginas de José Bono surgen del intento, atractivo y arriesgado, de determinar a qué regulación procesal se ajustan las noticias sobre juicios de un determinado registro notarial de la primera mitad del siglo XV ⁽²²⁾. Las de Pérez Martín se justifican tal vez por su propia sede, aparte de resultar cómoda base para la lectura de las glosas que publica ⁽²³⁾. Las de Santos M. Coronas se sitúan voluntariamente en un planteamiento metodológico expresamente reconocido como «tradicional» (p. 512), proporcionando en todo caso información siempre útil y contrastada con un sólido aparato bibliográfico. Y es la utilidad la mejor cualidad del libro de Angel Bonet, desbrozando las dificultades que plantean la compleja terminología y peculiar tramitación de los procesos que estudia ⁽²⁴⁾.

Comenzábamos este apartado hablando de codificación. Los párrafos anteriores habrían de habernos llevado a analizar nuestros conocimientos más recientes de la materia procesal en el ochocientos. Mas el siglo XIX, al que llegábamos al principio de esta sección siguiendo un recorrido cronológico, nos ha introducido en una

⁽²²⁾ El riesgo, asumido por el autor, precisamente se cifra en tal intento de determinación: a su juicio, la regulación es la del Fuero Viejo; al mío, otras posibilidades caben. Aparte las diferencias que el propio BONO señala, sobre todo en la fase probatoria (ausencia de fieles en la testifical, intervención de escribano), la presencia de figuras como el otor o el juramento decisorio no es definitiva: tal vez hubiera podido señalarse también el Fuero Real. Pero, en todo caso, quizá lo estéril sea el intento de recurrir a un solo «código». Frente al cuidadoso trabajo de J. BONO, el breve párrafo que Rogelio PÉREZ-BUSTAMENTE dedica a la materia procesal en pp. 55-56 de su obra sobre *El Registro Notarial de Dueñas*, Palencia, Diputación Provincial de Palencia - Fundación Matritense del Notariado, 1985, incluye únicamente las referencias a los escasos y escuetos asientos del Registro que tienen relación con dicha materia.

⁽²³⁾ Este es su principal objeto, pero, empeñado su autor en brindar también al lector una exposición de la regulación completa del Ordenamiento de 1348, no puede evitar ofrecerla de la materia que aquí interesa, razón por la que ocupa su correspondiente lugar en nuestra relación bibliográfica. Las páginas pertinentes son, sobre todo, 62-80, 85-90, 99-100, y 105-107.

⁽²⁴⁾ Todo tiene su reverso. La de BONET es, como acaba de decirse, una buena guía, pero a pesar de que el autor sea consciente del peligro de mitificación de la historia regional como base, respaldo y reivindicación de autonomías contemporáneas, parece ser su objetivo contribuir no sólo al conocimiento de los procesos forales aragoneses, sino también a su posible puesta en práctica (sobre todo ello, y con claves metodológicas, es ineludible la lectura de su «Introducción», pp. 7-16). Leyendo la nítida exposición sistemática de Angel BONET NAVARRO no se puede evitar a veces pensar que un jurista práctico aragonés del siglo XVII sería también interesado lector del libro.

problemática que nos ha devuelto a centurias anteriores: la propia exposición ha ilustrado su argumento.

Diríase que el pasado siglo nos expulsa para ocultar su vaciedad, tanto más evidente, sin embargo, cuanto que no faltan trabajos que, por su aislamiento, la acentúan. Y es soledad que imprime su marca: se resienten las investigaciones de Amalia Montes Reyes y José Manuel Romero Moreno de la escasa elaboración histórica del derecho sustantivo que afecta a su materia, ocupándoles el adjetivo que había de procurar su actuación, y si bien se aprecia sensibilidad en el segundo para intentar paliar la dificultad, no se advierte lo mismo en la primera; el mérito que cabe al artículo de Faustino Gutiérrez-Alviz es, haciendo abstracción de otros, precisamente su tema, el de una doctrina procesalista poco conocida a pesar de apresuradas descalificaciones (25). El ambicioso *Projekt* de Johannes-Michael Scholz que muy recientemente se anuncia tal vez pueda contribuir, por sí sólo o como estímulo, a llenar tantos espacios vacíos.

Y es que aquí se pierde la orientación de una historiografía cuyos fundamentos hemos podido ir repasando. Ya no cabe el desarticulado relato de la ley, pues ya existen manuales de uso académico que solventemente lo hacen. No es necesario tampoco sistematizar normas que son precisamente las que imponen el modelo. No se requieren complejas ediciones de fuentes con extenso aparato crítico. Parece haber terminado la historia.

Y no es que falte el necesario distanciamiento, sin embargo. Pero tal vez no pueda pedirse a una historiografía tan generalmente atenta a las variaciones de la norma como indiferente a las de su contexto que actúe con iguales ímpetus cuando es a éste a quien toca el turno del más absoluto protagonismo. Las modulaciones de dicho contexto, más sutiles desde luego dentro de la etapa contemporánea, poco habrán de significar para la realidad del proceso cuando a éste tampoco han parecido afectar auténticas revoluciones.

6. El de la organización judicial es en esta comunicación terre-

(25) J. LALINDE, *Iniciación*, p. 259 (se transcribe completo, con su título, el parágrafo n. 399): «La escasa brillantez de la doctrina procesalista. - La doctrina procesalista no es brillante, como tampoco lo son los frutos de su codificación, destacando el género del comentario». Un modelo, bien es verdad que complejo, de acercamiento a este tipo de fuentes lo ofrece — las distancias son salvables — SCHOLZ, «De camino», *passim*.

no fronterizo, y no sólo por razones que ya se deducen del índice de este mismo volumen. Sus posibilidades múltiples como objeto historiográfico, propiamente de historia institucional, han propiciado acercamientos desde el campo de la historia social (26), de la historia de la administración (27), o desde el de una así llamada «historia social de la administración» que se ha mostrado, impulsada sobre todo por Pere Molas Ribalta, especialmente activa en estos últimos años (28). Era nuestro objetivo primero el proceso, y no su soporte orgánico. Podrá por todo ello comprenderse la levedad de este apartado.

Sobre tiempos bajomedievales y momentos iniciales de la Edad Moderna las monografías de mayor amplitud de objetivos han pretendido sobre todo la reconstrucción del entramado orgánico de la justicia regia, sin poder dejar de ofrecer una falsa imagen de globalidad al excluir referencia precisa a la pluralidad jurisdiccional vigente y a los problemas de relación entre tales jurisdicciones. Así David Torres Sanz, y así, también, José Sánchez-Arcilla (*La administra-*

(26) Richard L. KAGAN, con su recensión, que a nuestro argumento más interesará, de Bartolomé CLAVERO.

(27) Un claro supuesto de confluencia es el del Ministerio de Justicia, que ha merecido recientemente una monografía debida a Juan Francisco LASSO GAITE: *El Ministerio de Justicia: su imagen histórica (1714-1981)*, Madrid, 1984. El grueso del trabajo, tras breves apartados sobre organización y atribuciones, lo constituye la relación biográfica de los ministros.

(28) Con trabajo justificativo del propio P. MOLAS, *La Historia social de la administración*, pp. 9-18 de la obra colectiva que, encabezada por él mismo, coincide en título; y ya también con su historiografía: L.M. ENCISO RECIO, *Pedro Molas y la Historia social de la Administración*, en Pedro MOLAS RIBALTA, *Consejos y Audiencias durante el reinado de Felipe II*, Valladolid, Facultad de Filosofía y Letras - Cátedra «Felipe II» (Colección «Síntesis», 5), 1984, pp. 5-77. De sus resultados, en cuyo análisis no vamos a entrar, pueden dar cuenta las publicaciones que se incluyen en la relación bibliográfica, en nuestras páginas finales. La extensa labor de P. MOLAS también guarda sus misterios, de los que no tengo ahora más remedio que responsabilizarme: no he podido encontrar, pese a haber buscado en la sede indicada por el autor, la continuación de su artículo sobre la Audiencia de Valencia de 1808 a 1804 que, bajo el título de *La Audiencia de Valencia durante el reinado de Fernando VII*, debió de haber aparecido en *Estudis d'Història Contemporània del País Valencià*, número 4; Johannes-Michael SCHOLZ, en nota 2 de p. 212 de su *Projekt* inserta una cita que no he podido identificar: «... und MOLAS, *L'étude sociale des «Audiencias» dans l'Espagne moderne. Valence au XVIIIe siècle*, (1983-84), p. 143-156».

ción) ⁽²⁹⁾. Mejor ha podido verse la cuestión en una extensa monografía dedicada precisamente al órgano entre cuyas funciones se encontraba la defensa de la jurisdicción regia con ocasión de las inevitables fricciones que tal situación plural planteaba. Me refiero al estudio de Salustiano de Dios sobre el Consejo Real de Castilla, quien también dedica atención notable a la diversidad de vías — de expediente y de proceso — arbitradas como posibles para la realización concreta de la justicia, dando base suficiente, y en ello ha tenido el autor oportunidad de insistir en investigaciones posteriores, para un más correcto entendimiento de la relación entre función y órgano en los siglos bajomedievales y modernos.

Pero volvamos a la cuestión de pluralidad de jurisdicciones, que comparece más en monografías de orientación institucional u orgánica que en las que más detenidamente hasta ahora veníamos considerando: no sólo en el caso castellano que Salustiano de Dios detalla, sino también en otros territorios y con respecto a etapas más recientes — Teresa Canet sobre la Audiencia valenciana — el problema se aborda. No puede extrañar en una historiografía cuyos autores demuestran, salvo excepciones ya consideradas, mayor rigor de historiadores ⁽³⁰⁾. Lo que se ofrece, que no es poco, da sin embar-

⁽²⁹⁾ No se deje de ver, para la correcta valoración de este último trabajo, Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *Renacimiento y miseria de la historia institucional*, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca), 33 (mayo-junio 1983), pp. 169-185. Es artículo que alcanza, tal vez sin saberlo, a otra obra de SÁNCHEZ-ARCILLA. Este, en su estudio sobre la figura del fiscal (sin determinación temporal en el título, conviene señalar que sólo afecta a los siglos bajomedievales), apoya sus tesis en un examen de fuentes una de cuyas bases fundamentales es precisamente el capítulo V, sobre el Consejo Real, de *La administración* (véase, especialmente, p. 695 y notas correspondientes de «Procurador Fiscal»). En la misma línea señalada en el texto, cabe también la cita de otros trabajos: el mismo José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL ha dedicado atención específica a *Las reformas de Alfonso X en la organización territorial de la Corona de Castilla*, en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 9 (monográfico: *Alfonso X el Sabio. VII Centenario*), Madrid, julio 1985, pp. 115-127; en la misma sede que acaba de citarse, Rogelio PÉREZ-BUSTAMENTE y GONZÁLEZ DE LA VEGA se ocupa en pp. 83-102 de *Las reformas de la Administración central del reino de Castilla y León en la época de Alfonso X (1252-1284)*, asunto en el que ya hubo de incidir en *El Gobierno y la Administración de los Reinos de la Corona de Castilla (1230-1274)*, 2 vols., Madrid, Universidad Autónoma (Antiqua et Mediaevalia, 2), 1976.

⁽³⁰⁾ En la metodología y en los resultados: Pablo PÉREZ GARCÍA sobre el Justicia criminal de Valencia.

go la medida de lo que falta. Se echa de menos un mejor conocimiento de los extremos, el más teórico de elaboración contemporánea de la base conceptual en la que se asienta la pluralidad jurisdiccional que conforma políticamente la sociedad de la Baja Edad Media y Edad Moderna, y el más práctico de los modos de actuación de las jurisdicciones no regias precisamente desde el punto de vista procesal. Entre ambos extremos, que no por serlo han de constituir la periferia del problema, su centro, a cuya comprensión más se ha contribuido, proyecta sombras que no pueden disiparse salvo que se varíe el punto de vista. Abandonando la jurisdicción regia, lo hace Alfonso María Guilarte con respecto a la justicia señorial: pese a sus logros, sigue faltando la aludida elaboración de conceptos. Y con respecto al segundo de los mencionados extremos, la desatención es total ⁽³¹⁾, y tal vez no lo fuera tanto si del primero más se supiera: desde la jurisprudencia bajomedieval, la distinción entre la ordenación jurídica sustantiva y la procesal se manifiesta como adecuada vía de resolución de los inevitables roces entre las distintas jurisdicciones.

Trabajos recientes como los de Marta Lorente o Mariano Peset y José Luis Soberanes vienen atendiendo a un siglo XIX que también en esta materia espera contribuciones. Los segundos, con base constitucional; la primera, mostrando, frente a Luis Moreno Pastor, que mayor extensión no implica siempre mejor comprensión. Ambos, todavía en un período que por muchas razones puede aún considerarse de tránsito, sobre la definición de un poder judicial distinto y separado en el marco de la doctrina de la división de poderes. Insisten Peset y Soberanes en que la política de reformas se emprende en Cádiz bajo el prisma de la «restitución» a la Nación de sus derechos, y no bajo el de la instauración de los mismos. Refiriendo las reformas «a la constitución histórica de épocas pretéritas», los legisladores doceañistas «supieron aprovechar... elementos ideológicos para organizar la justicia ordinaria» (pp. 782-783). Similares planteamientos, relativos esta vez a la constitución del poder legislativo y surgiendo en los mismos años, han lastrado permanente-

⁽³¹⁾ Una aportación existe para procesos en la jurisdicción eclesiástica, pero drásticamente limitada: la informada y rigurosa de Joaquín LLOBELL TUSET sobre la motivación de la sentencia canónica.

mente el entendimiento por parte de los historiadores de instituciones pretéritas. Tal vez — es una mera hipótesis de trabajo — algo semejante pueda haber ocurrido con los órganos jurisdiccionales: el examen historiográfico — no sólo: aún las Cortes se reservan funciones judiciales (Marta Lorente; Santos M. Coronas); el Tribunal Supremo no despega todavía como órgano desvinculado de los del Antiguo Régimen (de nuevo, Marta Lorente; Peset y Soberanes) —, por hacer, se presenta desde luego atractivo.

Una última consideración, relacionada con alguna de las ideas en él expuestas, habrá de cerrar este apartado, que lo es precisamente porque independientes o separadas de lo procedimental son las investigaciones que fundamentalmente acoge. Una mayor integración sería deseable, no habiendo sabido huir estas páginas de la tendencia dominante. Interesa por ello resaltar que no es el menor mérito del trabajo de síntesis de Benjamín González Alonso dentro del panorama de la historiografía reciente, el hecho de haber logrado un tratamiento conjunto e integrado de ambas dimensiones, orgánica y procedimental, de la justicia en su historia.

7. He querido dejar para el final una serie de aportaciones que reflexionan sobre un asunto procesal en el que de algún modo confluyen las líneas de esta comunicación. En 1981 aparece una monografía extensa sobre el jurado debida a Juan Antonio Alejandro. Se trata de una exposición amena y bien construída sobre la base de una diversa panoplia de fuentes escogida con la suficiente amplitud como para que adecuadamente pueda reflejar el debate que sobre la institución emprende la sociedad española desde inicios del siglo XIX. Pese a su expresa intención de imparcialidad, no elude Alejandro reconocer la oportunidad política de su obra, cifrada en la previsión constitucional de 1978 (pp. 11 y 55). Y tampoco deja de señalar la intención última de las historias del jurado que aparecen a lo largo del siglo pasado: se trataba de presentarlo como institución apoyada en la tradición, despojándola de componentes «revolucionarios» — pues tal imputación constituyó de hecho argumento contra sus defensores (p. 33) — intranquilizadores (pp. 55-57). Pero no fue la historia sólo arma para sus partidarios, y en ello creo que el autor no insiste lo suficiente, al menos de modo expreso: una de las historias del jurado más citada por Alejandro es la de Escriche,

destacado antijuradista ⁽³²⁾. Ello es ya índice de que la monografía no es en realidad tan aséptica o descomprometida como su autor la pretende (pp. 11-12). Dejando aparte el capítulo final sobre el jurado en la constitución de 1978, en el que el historiador cede paso al jurista preocupado por el derecho vivo, las actitudes del investigador ante determinadas circunstancias pueden resultar más significativas: desde el planteamiento inicial de Alexandre (cap. I: «Unas ideas previas en torno al concepto de Jurado», pp. 17-22), se está considerando el jurado exclusivamente en el ámbito penal; sin embargo, alguna referencia de pasada nos permite intuir que el debate fue más amplio, discutiéndose, y no sólo en la Segunda República sino también en el propio siglo XIX, la implantación del jurado en materia civil ⁽³³⁾. Como también se entrevé en algún momento que la Iglesia hubo seguramente de pronunciarse — directamente o a través de sectores sociales que hacían de la religión bandera política — siendo ámbito en el que nunca se entra (n. 43 en p. 32; p. 90; p. 231 con calificación del periódico *El Debate*).

Rafael Gibert había puesto su grano de arena para el conocimiento histórico del jurado pocos años antes. Pese a la valoración negativa, justificada por la confusión de datos, que su trabajo merece a Alexandre (y que expresa en n. 135 de p. 55 y n. 373 de p. 167), tal vez éste deba a aquél más de lo que reconoce. El trabajo de Gibert es agudo y sugerente, con interesantes comentarios, lamentablemente sin desarrollo, sobre la posible relación entre el propio ordenamiento penal y la actuación tan criticada del jurado en el período de vida de la institución que abrió la ley de 1888, y sobre la necesidad de examinar, por difícil que sea, sus resultados reales junto a las valoraciones contemporáneas (p. 466).

⁽³²⁾ Véase también el caso de Danvila, en p. 178. Al examinar esas obras históricas, a veces es difícil saber si ALEXANDRE está exponiendo sus resultados o es él mismo quien indaga la posible existencia del jurado antes de la pasada centuria.

⁽³³⁾ Véase la cita, indirecta, de Cos-Gayón en p. 27; y también p. 234, ya acerca de la Segunda República, sobre las pretensiones de extender el jurado a asuntos civiles y mercantiles. Y en este mismo orden de cosas, tampoco se ofrece un examen separado y específico del ámbito penal cambiante en el que, en las diversas etapas de su historia, ha de intervenir el jurado: en p. 179 se reserva para nota (406) la noticia de que el artículo más debatido en el proyecto de ley de 1888 es el de las competencias, después de una extensa, y a esas alturas del libro ya algo repetitiva, exposición en texto sobre la conveniencia y fundamento de la institución.

El libro de Alejandro, y no inmerecidamente, suscita atención posterior, inmediata a su publicación. Alberto de la Hera destaca, desde las páginas de un órgano de comunicación de historiadores — la revista *Hispania*, frecuentemente atenta a la historia jurídica — la necesidad de conocer la historia para regular adecuadamente el jurado. Más directamente, en otra recensión, publicada esta vez en la revista más adecuada a su materia — el *Anuario de Historia del Derecho Español* — José Sánchez-Arcilla afirma la conveniencia de que el libro sea tenido en consideración por los legisladores que hayan de desarrollar el art. 125 de la Constitución de 1978. Y un trabajo, como el de Alejandro, de historia del proceso que es también un proceso a la historia, que introduce el presente en el pasado y en el que el pasado es instrumento del presente, puede seguir siendo fuente de paradojas. José Almagro Nosete alaba, en un órgano de comunicación propio de procesalistas — la ya considerada *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* — el «cultivo de la historia del Derecho en razón de utilidad social», afirmando su posición ante el jurado: «la situación política y social española, condicionada gravemente por el terrorismo y el paro, no es propicia al arraigo de la institución del jurado que requiere como presupuesto sociológico de una estabilidad, que no por deseada puede fingirse. De aquí mi posición cautelosa... La cautela, sin embargo, no significa animadversión, ni siquiera un efugio» (p. 504). Leyendo a Alejandro aprendíamos que tal argumento es monopolizado por los anti-juradistas durante todo el siglo XIX, y era contestado con extrema dureza por sus contrarios: en un artículo del periódico *El Liberal*, en 1881, se decía: «No habrá, después del discurso del Sr. Romero Girón, quien se atreva a combatir en serio el Jurado, ni menos quien, reconociendo sus ventajas, acuda al expediente reaccionario de los aplazamientos» (pp. 152-153). Se trata, como puede verse, de un insólito caso en el que una monografía es capaz de ofrecer al lector los criterios suficientes para enjuiciar la intención de sus propias recensiones.

8. Espero que el lector sepa perdonar las omisiones bibliográficas tanto como aprovechar las temáticas. Si de muchas páginas se ha dado razón, más son las que aún no están escritas. Baste insistir en que el tronco común del proceso en las etapas bajo-medieval y moderna y en períodos sucesivos, el civil ordinario, está

aún por hacer. Que se sabe muy poco de la justicia no regia en las etapas de vigencia del *ius commune*, y nada sobre modos no institucionalizados de resolución de conflictos fuera de los límites de la justicia oficial, siendo Antonio Merchán con sus trabajos sobre el arbitraje quien se ha situado más cerca de dichas fronteras. Que la ciencia jurídica que se construye sobre el proceso sólo ha comenzado recientemente a suscitar la atención que merece. En una historiografía en la que monografías tan breves como la de Filippo Ranieri abren con facilidad espacios tan vastos a la investigación, estímulos no faltan.

Ni tampoco orientaciones: cuando la historia del derecho procesal ha sido instrumento para conocer la sociedad a la que sirve, sus funciones aparecen claras y los resultados son apreciables. No ha ocurrido lo mismo cuando la historia del derecho procesal ha sido sólo instrumento para conocer, estrictamente, el proceso.

RELACION BIBLIOGRAFICA

Susana AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid, Reus, 1982, 230 pp. (Publicación de la tesis reprografiada: *El recurso de apelación en el derecho procesal castellano entre los siglos XIII y XIX*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid - Servicio de Reprografía, 1983, 474 pp.).

Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca», en *Anuario de Estudios Medievales*, 12 (1982), pp. 59-132.

Juan Antonio ALEJANDRE, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurados*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense, 1981, 268 pp.

José ALMAGRO NOSETE, Recensión a J.A. Alejandro, *La justicia popular*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1981 nn. 2-3, pp. 503-504.

María Paz ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca - Excma. Diputación Provincial de Salamanca (Acta Salmanticensis - Iussu Senatus Universitatis Edita; Derecho, 42), 1982, 379 pp.

— «El proceso penal en el Fuero de San Sebastián», en *Actas del Congreso «El Fuero de San Sebastián y su época»*, San Sebastián, Eusko-Ikaskuntza - Sociedad de Estudios Vascos, 1982, pp. 397-405.

- Emilio Javier DE BENITO FRAILE, *La sentencia en el proceso civil ordinario en el Derecho castellano: siglos XIII al XIX*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid - Servicio de Reprografía, 1988, 613 pp.
- «Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la Recepción del derecho común hasta la ley de Enjuiciamiento Civil de 1881», en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 1 (Instituto de derecho Común - Universidad de Murcia, 1988), pp. 135-159.
- Eloy BENITO RUANO, «Locvs appellacionis», en AA.VV., *Estudios en Homenaje a Don Claudio Sánchez Albornoz en sus 90 años*, vol. III, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras (Anejos Cuadernos de Historia de España - Instituto de Historia de España), 1985, pp. 303-313.
- A. BERMÚDEZ, Recensión a R. Fernández Espinar, *El principio «Testis unus, testis nullus»*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 49 (1979), pp. 801-802.
- Angel BONET NAVARRO, *Procesos ante el Justicia de Aragón*, Zaragoza, Guara Editorial (Colección Básica Aragonesa, 36), 204 pp.
- José BONO Y HUERTA, «Epílogo: una aportación especializada: el Registro Notarial de Santillana y la materia procesal», en Rogelio Pérez-Bustamante, *El Registro Notarial de Santillana*, Madrid, Fundación Matritense del Notariado (Acta Notariorum Hispaniae, 1), 1984, pp. 87-99.
- Teresa CANET APARISI, «Derecho y administración de justicia en la formación del Reino de Valencia», en *Estudis. Revista de Historia Moderna*, 10 (1983), pp. 7-31.
- «La administración real y los antecedentes históricos de la Audiencia moderna», en *Estudis. Revista de Historia Moderna*, 11 (1984), pp. 7-39.
- (edición, introducción e índices): *Práctica y orde judiciari de les causes civils de contenciosa jurisdicció*, Valencia, Universidad de Valencia - Facultad de Geografía e Historia - Publicaciones del Departamento de Historia Moderna (Monografías y Fuentes, 11), 1984.
- *La Audiencia valenciana en la época foral moderna*, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim - Institució Valenciana d'Estudis i Investigació (Estudios Universitarios, 17), 1986, 278 pp.
- L. CEINO, Recensión a A. Merchán, *El arbitraje*, en *Revista de Derecho Privado*, 65 (1981), p. 1055.
- Joaquín CERDÁ RUIZ-FUNES, «La "Inquisitio" en los Furs de Valencia y en el "Llibre de las Costums" de Tortosa», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50 (1980), pp. 563-586.
- «La "Inquisició" en las Costums de Tortosa (Notas para un estudio)», en *Costums de Tortosa. Estudis*, Tortosa, Universitat Nacional d'Educació a Distància - Centre Associat de Tortosa, 1979, pp. 379-406.
- María del Coro CILLÁN-APALATEGUI GARCÍA DE ITURROSPE y Antonio CIL-

- LÁN-APALATEGUI, «La administración de justicia en Alava después de la disolución de la Cofradía de Arriaga en 1332», en AA.VV., *Formación de Alava. 650 aniversario del Pacto de Arriaga* (Comunicaciones, vol. I), Vitoria, Diputación Foral de Alava, 1985, pp. 181-189.
- Santos M. CORONAS GONZALEZ, «La jurisdicción mercantil castellana en el siglo XVI», en Santos M. Coronas González, *Derecho mercantil castellano. Dos estudios históricos*, León, Colegio Universitario de León - Unidad de Investigación (Publicaciones, 15), 1979, pp. 10-169.
- «La recusación judicial en el Derecho histórico español», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 52 (1982), pp. 511-615.
- «El Senado como Tribunal de Justicia», en AA.VV., *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1983, pp. 159-196.
- Bartolomé CLAVERO, Recensión a R.L. Kagan, *Lawsuits and Litigants*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 52 (1982), pp. 793-795.
- Salustiano DE DIOS, *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, 518 pp.
- «Las Cortes de Castilla y León y la Administración Central», en AA.VV., *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*, vol. II, Valladolid, Cortes de Castilla y León, 1988, pp. 255-317.
- Salvador DOMÍNGUEZ MARTÍN, «Exposición sistemática de las fazañas como fuente del Derecho medieval», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1980 n. 1, pp. 27-67.
- M^a Jesús ESPUNY TOMÁS / José SARRIÓN GUALDA, «El Tribunal de Alzadas o de Apelaciones del Consulado de Comercio de Barcelona: sus reformas (1763-1813)», en *Pedralbes. Revista d'Història Moderna (Catalunya a l'Època de Carles III. Segon Congrés d'Història Moderna de Catalunya. Actes, 1)*, Departament d'Història Moderna. Facultat de Geografia i Història. Universitat de Barcelona, 1988, pp. 161-180.
- Ramón FERNÁNDEZ ESPINAR, *El principio «Testis unus, testis nullus» en el derecho procesal español*, Madrid, 1979, 127 pp.
- Manuel GALLEGO MORELL, «Influencia del Derecho de la Iglesia en el Derecho Procesal», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1980 nn. 2-3, pp. 353-367.
- Rafael GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, «El juicio por Jurado entre nosotros», en AA.VV., *Escritos en Homenaje al Profesor Prieto Castro*, I, Madrid, Editora Nacional, 1979, pp. 447-468 (ya publicado, con mínimas alteraciones, bajo el título «El juicio por jurados en España», en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* (Nueva Serie), vol. 15, n. 42 (1971), pp. 559-572).

- Vicente GIMENO SENDRA, «Causas históricas de la ineficacia de la Justicia», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1987 n. 2, pp. 263-290.
- Juan-Luis GÓMEZ COLOMER, «Origen y evolución de la declaración indagatoria», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1980 nn. 2-3, pp. 369-414.
- Ricardo GÓMEZ RIVERO, «Breve síntesis histórica de la administración de justicia en los territorios históricos vascos y reino de Navarra», en *Revista Vasca de Derecho Procesal*, I-1 (San Sebastián, 1987), pp. 25-47.
- Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, «La justicia», en Miguel Artola (dir.), *Enciclopedia de Historia de España, vol. II: Instituciones políticas. Imperio*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, pp. 343-417.
- Alfonso María GUILARTE, *El régimen señorial en el siglo XVI*, 2ª ed. revisada, Valladolid, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid - Caja de Ahorros y M.P. de Salamanca (Serie: Historia y Sociedad, 8), 1987, 346 pp.
- Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, «Doctrina procesal española sobre la acción (1830-1930)», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979 n. 1, pp. 21-43.
- Alberto DE LA HERA, Recensión a J.A. Alejandro, *La justicia popular*, en *Hispania. Revista Española de Historia*, t. 41, n. 149 (septiembre-diciembre 1981), pp. 698-701.
- Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «El proceso del conde Bera y el problema de las ordalías», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 51 (1981), pp. 1-221.
- Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, «Desamortización y Jurisdicción de Hacienda», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 54 (1984), pp. 449-475.
- Richard L. KAGAN, *Lawsuits and Litigants in Castile, 1500-1700*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1981, XXIV + 274 pp.
- Jesús LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, Ariel, 2ª ed. 1978, XXII + 1040 pp. («El restablecimiento del orden jurídico», pp. 881-947). (3ª ed., con ampliación bibliográfica, 1983).
- «Vida judicial y administrativa en el Aragón barroco», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 51 (1981), pp. 419-521.
- LLLOBEL TUSET, *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Zaragoza, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, 1985 (Prólogo de Carmelo de Diego-Lora), 188 pp.
- Marta LORENTE SARIÑENA, «División de poderes e interpretación de ley», cap. XXII de AA.VV., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 401-420.
- Marta MADERO EGUÍA, «El riepto y su relación con la injuria, la venganza y la

ordalía (Castilla y León, siglos XIII y XIV)», en *Hispania. Revista Española de Historia*, t. 47, n. 167 (septiembre-diciembre 1987), pp. 805-861.

Antonio MERCHÁN ALVAREZ, *El arbitraje. Estudio histórico-jurídico*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla (Anales de la Universidad Hispalense. Serie: Derecho, 43), 1981, 356 pp.

— «La alcaldía de avenencia como forma de justicia municipal en el Derecho de León y Castilla», en AA.VV., *Estudios en Homenaje a Don Claudio Sánchez Albornoz en sus 90 años*, vol. III, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras (Anejos Cuadernos de Historia de España - Instituto de Historia de España), 1985, pp. 263-292.

— «Un arbitraje sobre términos de villas señoriales», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 14 (1987), pp. 123-139.

— «Consideraciones terminológicas y conceptuales sobre la distinción árbitros-arbitradores en el Derecho castellano», en AA.VV., *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. II, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España - Consejo General del Notariado, 1988, pp. 617-628.

P. MOLAS RIBALTA, et al.: *Historia social de la administración española. Estudios sobre los siglos XVII y XVIII*, Barcelona, Consejo Superior de Investigaciones Científicas - Institución Milá y Fontanals - Departamento de Historia Moderna, 1980, 289 pp.

— «Las Audiencias borbónicas en la Corona de Aragón», en P. Molas Ribalta et al., *Historia social*, pp. 117-164.

— «Militares y togados en la Valencia borbónica», en P. Molas Ribalta et al., *Historia social*, pp. 165-181.

— «Los colegiales mayores en la Audiencia de Valencia (siglos XVII-XVIII)», en *Pedralbes Revista d'Historia Moderna*, 1 (1981), pp. 51-75.

— «Magistrados valencianos en el siglo XVIII», en AA.VV., *Mayans y la Ilustración. Simposio Internacional en el Bicentenario de la muerte de Gregorio Mayans*, Valencia, Ayuntamiento de Oliva, 1982.

— «La Audiencia de Valencia de 1808 a 1814», en *Estudis. Revista de Historia Moderna*, 10 (1983), pp. 183-214.

Amalia MONTES REYES, «Vicisitudes del proceso matrimonial civil en España desde 1870», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1 (1983, 2º cuatrimestre), pp. 77-109.

Adela MORA CAÑADA, «El tribunal del consulado de Valencia en el siglo XVIII: conflictos de competencias y legislación aplicable en los procesos», en AA.VV., *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. II, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España - Consejo General del Notariado, 1988, pp. 629-638.

— «Los principios del procedimiento mercantil del nuevo tribunal de comercio

- valenciano de 1762», en AA.VV., *Homenatge al Doctor Sebastià Garcia Martínez*, vol. II, València, Generalitat Valenciana - Conselleria de Cultura, Educació y Ciència, 1988, pp. 355-366.
- Luis MORENO PASTOR, *Los orígenes del Tribunal Supremo: 1812-1838*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid - Servicio de Reprografía, 1988, 660 pp.
- Eulalia M^a MORENO TRUJILLO, «El defensor judicial y sus antecedentes históricos», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 8 (1985, 3^{er} cuatrimestre), pp. 179-233.
- Alfonso OTERO, «Coloquio sobre riepto a concejo», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 54 (1984), pp. 595-598.
- Antonio PÉREZ MARTÍN, «El ordo iudiciarius "Ad summariam notitiam" y sus derivados. Contribución a la historia de la literatura procesal castellana», I, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 8 (1981), pp. 195-226, y II, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 9 (1982), pp. 327-423.
- «El Ordenamiento de Alcalá (1348) y las glosas de Vicente Arias de Balboa», en *Ius Commune*, 11 (1984), pp. 55-215.
- Manuel PÉREZ-VICTORIA BENAVIDES, «El juicio ordinario en el procedimiento de la Recepción», en *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, 10-11, (Granada, 1981-1982), pp. 541-561.
- María de los Angeles PÉREZ SAMPER, «La formación de la nueva Real Audiencia de Cataluña» (1715-1718)», en P. Molas Ribalta *et al.*, *Historia social*, pp. 183-246.
- «La Real Audiencia de Cataluña durante la guerra de Independencia», en *Pedralbes Revista d'Història Moderna*, 2 (1982), pp. 177-209.
- Mariano PESET / José Luis SOBERANES, «El poder judicial en las cortes de Cádiz», en AA.VV., *Estudios en Homenaje al Profesor Diego Sevilla Andrés. Historia, Política y Derecho*, vol. II, Valencia, Universidad de Valencia - Secretariado de Publicaciones, 1984, pp. 775-797.
- Carlos PETIT, «"Arreglo de Consulados" y revolución burguesa: en los orígenes del moderno derecho mercantil español», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 11 (1984), pp. 255-312.
- «De negotiis causarum» I, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 55 (1985), pp. 151-251, y II, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 56 (1986), pp. 5-165.
- «Iglesia y justicia en el reino de Toledo», en AA.VV., *Los visigodos. Historia y Civilización* (Antigüedad y Cristianismo. Monografías Históricas sobre la Antigüedad Tardía - III), Murcia, Universidad de Murcia - Secretariado de Publicaciones, 1986, pp. 261-274.
- Filippo RANIERI, «El estilo judicial español y su influencia en la Europa del Antiguo Régimen», en Antonio Pérez Martín (ed.), *España y Europa, un pasa-*

do jurídico común. *Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común*, Murcia, Publicaciones del Instituto de Derecho Común - Universidad de Murcia, 1986, pp. 101-118.

José Manuel ROMERO MORENO, *Proceso y Derechos Fundamentales en la España del siglo XIX*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (Colección «Estudios Constitucionales»), 1983, XVI + 447 pp. Prólogo de Gregorio Peces-Barba. (Publicación de la tesis reprografiada: *Protección procesal y Derechos Fundamentales en la España del siglo XIX*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid - Servicio de Reprografía, 1982, XI + 884 pp. en 2 vols.).

Jean ROUDIL, *Jacobo de Junta el de las Leyes. Œuvres, I: Summa de los nueve tiempos de los pleitos. Edition et étude d'une variation sur un thème*, Paris, Klincksieck (Publication du Séminaire d'Etudes Médiévales Hispaniques de l'Université de Paris - XIII - Annexes des Cahiers de Linguistique Hispanique Médiévale, vol. 4), 1986, 513 pp.

José Enrique RUIZ DOMENEC, «Las prácticas judiciales en la Cataluña feudal», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 9 (1982), pp. 245-272.

Juan SAINZ GUERRA, «La Justicia en las etapas absolutistas del reinado de Fernando VII», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 8 (1985, 3^{er} cuatrimestre), pp. 133-161.

José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, *La administración de justicia real en Castilla y León en la Baja Edad Media (1252-1504)*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid - Servicio de Reprografía, 1980, VI + 863 pp.

— Recensión a J.A. Alejandro, *La justicia popular*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 51 (1981), pp. 689-691.

— «“Procurador Fiscal” y “Promotor de la Justicia”. Notas para su estudio», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1982 n. 4, pp. 675-702.

Johannes-Michael SCHOLZ, «Acerca de la historia del Derecho en España y Portugal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 58, n. 550 (mayo-junio 1982), pp. 633-661 (trad. de Mariano Peset; originalmente, «Zum Forschungsstand der neueren Rechtsgeschichte Spaniens und Portugal», en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 3-4 (1980), pp. 164-187.

— «De camino hacia el templo 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, Ayuntamiento de Oliva, 1982, pp. 573-609.

— «Gesetzgebung zum Verfahrensrecht. Spanien», en H. Coing, (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III/2: *Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht*, München, C.H. Beck, 1982, pp. 2403-2442.

- «La constitution de la justice commerciale capitaliste en Espagne et au Portugal», en *O liberalismo na Península Ibérica na primeira metade do século XIX*, II, Lisboa, Fundação Gulbenkian, 1982, pp. 65-86.
- «Projekt: Spanische Justiz im 19. Jahrhundert», en *Ius Commune*, 15 (1988), pp. 209-229.
- María Teresa TATJER, *La Audiencia Real en la Corona de Aragón*, Barcelona, Universidad, 1987 (ed. en microfichas).
- Francisco TOMÁS Y VALIENTE, Nota bibliográfica a T. Canet (ed.), *Práctica*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 55 (1985), p. 984.
- J. TOMÉ PAULE, «La organización judicial en los estados cristianos de la España medieval», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1981 n. 4, pp. 669-715.
- «La Organización Judicial española durante la Edad Moderna», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1982 nn. 2-3, pp. 453-487.
- David TORRES SANZ, *La administración central castellana en la Baja Edad Media*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid — Departamento de Historia del Derecho, 1982, 294 pp.
- Jesús VALLEJO, «La regulación del proceso en el Fuero Real: desarrollo, precedentes y problemas», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 55 (1985), pp. 495-704.
- Recensión a M.P. Alonso, *El proceso penal*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 55 (1985), pp. 818-820.
- «Fuero Real 1,7,4: pleitos de justicia», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 11 (1984), pp. 343-374.
- Benito VICENTE DE CUÉLLAR, «Los procesos de infanzonía en el Reino de Aragón», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1981 n. 1, pp. 193-247.

* * *

Post scriptum. El presente trabajo ha querido asumir el riesgo, pero no ha podido sortear el obstáculo: la exhaustividad. Me llegan tardíamente noticias de la publicación de tres monografías editadas por el Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia: la primera, de César HERRERO HERRERO, *La justicia penal española en la crisis del poder absoluto*, Madrid, 1988, 672 pp., podría seguramente modificar alguna de las apreciaciones de nuestro apartado 4; la segunda, de Ricardo GÓMEZ RIVERO, *Los orígenes del Ministerio de Justicia (1714-1812)*, Madrid, 1988, 188 pp., debía de haber ocupado su lugar en la nota 27; de la tercera sólo dábamos noticia de su inicial edición reprografiada, pues se trata de la obra de Luis MORENO PASTOR, *Los orígenes del Tribunal Supremo (1812-1838)*, Madrid 1989. Al comienzo de la

nota 28 conviene incurrir también otro trabajo de P. Molas, "La Historia social de la administración. Balance y perspectivas para el siglo XVIII español", en *Cuadernos de Investigación Histórica*, 6 (1982), pp. 151-168, estudio bibliográfico de copiosa información. Añádanse, por último, dos investigaciones aparecidas en la misma sede, el volumen colectivo que también acoge la contribución de Marta Lorente ya indicada en la relación bibliográfica: la de Antonio MERCHÁN sobre "La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz" (pp. 465-479), y la de Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, "La organización de los tribunales españoles (1808-1812)" (pp. 545-561), tema este último de cuyo indudable interés ya se ha dado cuenta en estas páginas, y que la autora sabe abordar con la solvencia que corresponde a quien muy bien conoce la compleja etapa histórica a la que su título hace referencia.

FRANCISCO LUIS PACHECO CABALLERO

IUS PROPRIUM VERSUS IUS COMMUNE. UN CASO
CONCRETO: TANTEO Y RETRACTO (SIGLOS XIII-XIX)*

«Porque hoy podamos pasarnos sin el retracto no hemos de negar que fuese necesario en su tiempo: los sucesos más extraordinarios hallan su justificación en la historia».

Gutierrez, Códigos, II, pp. 417-418.

I. Planteamientos. — II. Los derechos de tanteo y retracto en la Baja Edad Media. — III. Los derechos de tanteo y retracto en los siglos XVI a XVIII. — IV. La Codificación ante los derechos de tanteo y retracto.

I. PLANTEAMIENTOS.

El objeto del presente trabajo es el estudio de una institución de derecho propio, los derechos de adquisición preferente de la propiedad llamados tanteo y retracto ⁽¹⁾, desde el punto de vista de su coordinación con el *ius commune*. Se trata de analizar las vicisitudes y la suerte final de una institución procedente de una tradición

(*) Presento aquí el texto, en versión corregida y aumentada, de la comunicación que, con el mismo título, presenté al Incontro «Hispania: entre derechos propios y derechos nacionales» y leí en Florencia el 26 de mayo de 1989.

⁽¹⁾ Para evitar malos entendidos, es necesario tener presente que la diferencia existente entre tanteo y retracto radica fundamentalmente en el momento en que se ejerce el derecho de adquisición preferente. Así, hablaré de tanteo para referirme al derecho preferente de adquirir, con exclusión de cualquier otro comprador, antes de consumada la venta; en este sentido, el tanteo implica siempre, por parte del que pretende vender, la obligación de oferta previa al titular del derecho. Hablaré de retracto para referirme al derecho de adquirir después de realizada la venta, mediante el reembolso del precio o tanto pagado por el comprador. Me referiré, finalmente, a derechos de adquisición preferente para aludir indistintamente al tanteo y al retracto.

jurídica propia o especial a partir del momento en que, a esa tradición, y como consecuencia de la *Recepción*, se superpone otra, la romanojustiniana, que si no desconocía por completo la institución, la había combatido hasta hacerla desaparecer ⁽²⁾.

Es necesario que señale previamente que me ocuparé del tanteo y del retracto exclusivamente desde el punto de vista de la historia del derecho privado, y muy especialmente del llamado retracto de sangre, familiar o gentilicio, ya que es éste el que más problemas plantea en orden a su adecuación al *ius commune*. No me ocuparé, por tanto, del desenvolvimiento de los derechos de adquisición preferente en otros campos distintos al de las relaciones entre particulares (tanteo de jurisdicciones, tanteo de oficios públicos, etc).

También es necesario que señale que, aunque al final me referiré brevemente a los llamados derechos forales, me centraré exclusivamente en el derecho castellano. La razón, sin ánimo alguno de polémica, es la siguiente: desde 1812, se decidió en España que el Código Civil fuese uno y el mismo para toda la Monarquía ⁽³⁾. Con todos los problemas que se quieran plantear, lo cual quedó patente en algunas de las intervenciones y discusiones habidas a lo largo del «incontro» florentino, así acabó siendo; pero resultó ser que la tradición jurídica contenida en el Código Civil procedía, en su mayor parte, de la tradición jurídica castellana. Si el Código Civil es nuestro presente y al historiador, se dice, le corresponde, entre otras tareas, la indagación en el pasado para lograr una mejor comprensión del

(2) C. 4.38.14, C. 11.56.1, C. 4.66.3 y C. 4.52.3.

(3) Digo desde y no en porque el espíritu del art. 258 de la Constitución de 1812 persiste, más o menos invariablemente, en los textos constitucionales posteriores.

Art. 258 de la Constitución de 1812: «El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes».

Art. 4 de la Constitución de 1837: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales». (Coincide con el art. 5 del Proyecto de Constitución de 1856).

Art. 91 de la Constitución de 1869: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes. En ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales». (Coincide con el art. 75 de la Constitución de 1876).

presente, se valorará mejor el sentido de las afirmaciones anteriores sin necesidad de entrar en la discusión en torno a la asimilación de lo castellano a lo español.

He titulado mi trabajo «*Ius proprium versus ius commune...*» porque, en efecto, la historia del tanteo y del retracto, como derechos de adquisición preferente de la propiedad, es la historia de una dialéctica o enfrentamiento, derivados de la necesidad de coexistencia, entre lo propio y lo común, entre lo especial y lo general y, cuando en el debate comienzan a tenerse en cuenta otros argumentos, entre lo antiguo y lo nuevo. La coexistencia a la que me refiero se ha resuelto de forma más o menos pacífica durante los siglos XIII al XVIII, pero en el siglo XIX, la opción ente lo especial y lo general, entre lo antiguo y lo nuevo, se planteó en términos excluyentes, al menos en lo que respecta al retracto gentilicio, como comprobaremos, por lo que la Codificación tuvo que decantarse, no sin gran esfuerzo, por una de las opciones.

Voy a analizar los niveles de coexistencia y, en su caso, de enfrentamiento, desde tres frentes diferentes, que corresponden a otras tantas etapas históricas.

Durante la primera etapa, el enfrentamiento *ius proprium versus ius commune* se plantea fundamentalmente en la esfera legislativa ya que, como consecuencia de la política llevada a cabo por Alfonso X, nos encontramos con dos textos legales diferentes que recogen dos tradiciones jurídicas distintas y, por lo tanto, soluciones jurídicas diversas: me estoy refiriendo al *Fuero Real*, exponente de la tradición castellana y de raigambre romano-vulgar-teodosiana, y a *Las Partidas*, exponentes del *ius commune*, profundamente imbuidas, pues, de la tradición romanojustiniana. El análisis de estos dos textos, los problemas que planteó su aplicación, así como la legislación que durante los siglos XIV y XV apareció en materia de retracto nos ocupará durante esta primera etapa.

El comienzo de la segunda etapa viene determinado por la promulgación, en 1505, de las *Leyes de Toro* y la regulación en ellas contenida. En este período, que abarca hasta el momento en que comienza a plantearse en España la necesidad de un Código Civil, la dialéctica *ius proprium versus ius commune* se establece de modo fundamental, aunque no exclusivamente, entre la legislación y la doctrina. Me explico: las *Leyes de Toro* no sólo recogieron la

tradición jurídica castellana del retracto familiar, sino que, además, ampliaron los supuestos de hecho en que tenía lugar su plicación, en unos casos; en otros, reconocieron tipos de retracto que antes no existían y, en fin, la disciplina de los mismos se hizo más pormenorizada. La literatura jurídica que surgió en torno a las *Leyes de Toro*, así como la que posteriormente surgió en torno a la *Recopilación* de 1567, que incluía, además, nuevas especies de derechos de adquisición preferente, no tuvo inconveniente en manifestar desde el principio que el retracto constituía una especialidad hispánica que iba *contra ius communem*, una institución odiosa y restrictiva de la libertad de disposición. Pero esta misma doctrina no tuvo inconveniente en diseccionar literalmente la institución aplicándole los esquemas, las reglas y los principios procedentes del *ius commune*. Esto es, a una institución que se desarrolló al calor de las especiales circunstancias de la llamada Reconquista, se aplicaron las categorías procedentes del Derecho culto. El resultaldo de ese análisis, de esa disección, fue una nueva ampliación de los supuestos de aplicación de las leyes atinentes al retracto y un mayor grado de complicación de la institución. Hay que pensar, además, tal y como se desprende de la documentación, que la opiniones de la doctrina tuvieron eco en la praxis de los tribunales, lo que explica que, posteriormente, en el siglo XIX, una de las razones que se invocan para abolir el retracto, especialmente el gentilicio, es el gran número y la complicación de los pleitos que se originaban en relación con esta materia. A esta complicación, sin duda, contribuyó en no escasa medida la jurisprudencia del *ius commune*.

La tercera etapa coincide con el proceso de Codificación civil. Durante la primera mitad del siglo XIX, aún tiene eco la dialéctica *ius proprium versus ius commune* en los términos en que se produjo con anterioridad, pero, además, en estos momentos, el dilema planteado a los codificadores consistió en dilucidar si se incluían o no en un Código antiguas instituciones y, concretamente, si una institución de derecho propio y especial, contraria al antiguo *ius commune*, podía convertirse en una institución integrante del futuro derecho común español. Pero, y ello es de sumo interés, el debate se planteó también en términos idelógicos, políticos y económicos: el mantenimiento del retracto, sobre todo del familiar, y su inclusión en un Código civil, suponían una violación del sacrosanto principio

liberal-burgués de la libertad de disposición, circulación y contratación. El mantenimiento del retracto suponía, en cierto sentido, la conservación de una institución tendente a la vinculación de la propiedad en un momento en que en España se había producido ya una variada legislación desvinculadora.

Veámos, pues, cuáles fueron los términos exactos del debate en cada una de las etapas mencionadas.

II. LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN LA BAJA EDAD MEDIA.

Los derechos de adquisición preferente concedidos a los parientes del vendedor, bien sea ejercidos antes de consumarse la venta (tanteo), bien sea ejercidos después de consumada la misma (retracto), eran conocidos con anterioridad al *Fuero Real* como lo atestiguan las diversas redacciones de derecho especial municipal de Castilla y las dos Extremaduras. Sin embargo, ni existía uniformidad en lo que respecta al tipo de derecho concedido ni existía uniformidad, pese a la frecuencia del plazo de nueve días y dejando al margen las coincidencias derivadas de la existencia de familias de fueros, en los plazos concedidos a los parientes para el ejercicio del tanteo o del retracto (4). Pues bien, el régimen de los derechos de adquisición preferente ejercidos por los parientes del vendedor fue unificado a mediados del siglo XIII por el *Fuero Real* de suerte que, en adelante, la evolución del tanteo y del retracto no consistió sino en una constante puesta al día del precepto alfonsino, aclarándolo, interpretándolo o ampliando los supuestos en que tenía lugar su aplicación.

Según *F.R.* 3.10.13, antes de que la heredad de patrimonio o abolengo sea vendida, los parientes del vendedor pueden tantearla, esto es, pueden comprarla tanto por tanto con preferencia a cualquier extraño. Si los parientes que concurren a tantear son de igual grado de parentesco, la heredad ha de dividirse; si son de distinto

(4) *Sobre estos extremos*, G. BRAGA DA CRUZ, *O direito de troncalidade e o regim juridico do patrimonio familiar*, I, Braga, 1941, pp. 179-292, sobre todo; también pueden verse, R. FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa en el derecho medieval español», en *AHDE*, 25 (1955), p. 161 ss. (separata) y E. MONTANOS FERRIN, *La familia en la Alta Edad Media española*, Pamplona, 1980, pp. 302 ss.

grado, tiene preferencia para adquirirla el pariente más próximo. Después de producida la venta, si no se ha ejercido el tanteo, el pariente más próximo tiene un plazo de nueve días para ejercer el retracto, es decir, para sacar la cosa vendida del patrimonio del comprador extraño ⁽⁵⁾. El no ejercicio de este derecho por parte del pariente más próximo cierra el paso a los parientes en grado más lejano, salvo en los casos de ausencia de aquél. Estos derechos de adquisición preferente sólo tienen lugar en las ventas, no en las permutas de un inmueble por otro, en cuyo caso existe libertad absoluta de disposición. Es necesario, finalmente, reintegrar al comprador extraño al linaje el precio que entregó por la heredad y que el pariente que ejerce el retracto jure que la quiere para sí ⁽⁶⁾.

El *Fuero Real* admite, además, un derecho de tanteo en favor de aquel sobre cuyo terreno existe plantación, en el caso de que quien plantó o edificó quiera vender las viñas o la casa ⁽⁷⁾.

Poco tiempo después, probablemente en 1265, aparece otro texto legal alfonsino: *Las Partidas*. Frente al *Fuero Real*, apegado a

⁽⁵⁾ Dado que el tanteo no es operativo sin oferta previa por parte del vendedor de la cosa de patrimonio, el retracto posterior vendría a funcionar, opina BRAGA, *O Direito*, pp. 280 ss., como sanción a la inobservancia de esa oferta previa que es menester hacer al pariente más próximo.

⁽⁶⁾ F.R. 3.10.13: Todo ome que heredit de patrimonio o de avolengo quisier vender, si ome de aquel avolengo la quisiere comprar tanto por tanto, ayala ante que ninguno, e si dos o mas la quisieren, si son en igual grado de parentesco, partanla entre si, e si no fueren de igual grado en parentesco, ayala el mas propincuo: mas si ante que la heredit fuer vendida non viniere el pariente, e del dia que fuer vendida fasta IX dias viniere, si diere el precio porque es vendida, ayala. Et si el pariente mas propincuo non la quisiere demandar, otro pariente non la pueda demandar. Et si el mas propincuo non fuere en el logar, puedala demandar otro de su linage: mas si la quisiere por otra heredit camiar, non le pueda ningun pariente contradecir. Et aquel pariente que quiere la heredit que es a otre vendida dél el precio que costó, e jure que la quiere para si, e que lo non face por otro engaño. (Cito por el *Fuero Real del Rey Don Alonso el Sabio. Copiado del Códice del Escorial... y cotejado con varios códices de diferentes archivos por la Real Academia de la Historia*, Madrid, 1836. Edic. facsímil, Valladolid, 1979).

⁽⁷⁾ F.R. 3.10.16: Quin viña o casa o otra labor ficiere en tierra agena por aver parte en la labor, e ante que sea partido lo quisiere vender o despues, puedalo facer: mas si el señor de la tierra, o sus herederos, tanto por tanto lo quisiere comprar, sea tenuto de lo vender ante a él que a otre. (Dejando al margen el derecho de tanteo, que aparece claro, la dificultad estriba en establecer si se trata de una situación creada como consecuencia de la existencia de un contrato agrario o de un derecho de superficie, aunque no reciba todavía esa denominación).

la tradición, *Las Partidas* supusieron una total renovación jurídica gracias a la recepción del *ius commune*. En sede de derechos de adquisición preferente, el carácter de la nueva obra alfonsina tenía necesariamente que dejarse sentir. *Las Partidas*, como tributarias del *ius commune* no contienen una sola alusión al retracto de sangre o gentilicio, el más contrario a la tradición romanojustiniana, mientras reconocen un derecho de tanteo al comunero y al señor de la finca dada a censo. Por lo que respecta al primero de los supuestos, se establece que, mientras la cosa común permanezca indivisa, cualquiera de los comuneros puede venderla, incluso a un extraño, siempre y cuando otro de los comuneros no quiera comprarla por el mismo precio, es decir, tantearla, en cuyo caso tiene preferencia. Salvo permiso de los demás condueños, queda prohibida la venta a extraños cuando se ha iniciado el juicio tendente a la división de la cosa común⁽⁸⁾. Por lo que respecta al segundo de los supuestos, se establece la obligación por parte del que tiene una cosa a censo de informar al señor de la enajenación de la misma para que éste la adquiera con preferencia al extraño, si ofrece el precio correspondiente. El señor tiene un plazo de dos meses para ejercer el tanteo, pasados los cuales, la cosa puede ser vendida libremente⁽⁹⁾.

Henos aquí, pues, ante dos tradiciones jurídicas diferentes y enfrentadas: la castellana, cuyo exponente es el *Fuero Real*, y la romanojustiniana, cuyo exponente son *Las Partidas*. A partir de estos

(8) P. 5.5.55: Dos omes o mas aviendo alguna cosa comunalmente de so uno dezimos, que qualquier dellos puede vender la su parte, maguer la cosa non sea partida. E puedela vender, a qualquier dellos que han en ella parte, o a otro estraño. Pero si alguno delos que han parte en la cosa, quisieren dar tanto por ella, como el estraño, esse la deve aver ante que el estraño. E la vendida del estraño, se deve entender que puede ser fecha ante que sean entrados en pleyto de la parte. Ca si el pleyto fuese ya comenzado en juyzio, para partirla, entonce non la podria vender al estraño, fasta que fuesse partida: fueras ende, con otorgamiento de los otros compañeros. (Utilizo *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad*, Salamanca, MDLV. Edic. facsímil, Madrid, B.O.E., 1974).

(9) P. 5.8.29: Enagenar, e vender puede la cosa, aquel que la rescibio a censo. Pero ante que la venda, deve lo fazer saber al señor, como la quiere vender, e quanto es lo quel dan por ella. E si el señor quisiere dar tanto por ella, como el otro, entonce, la deve vender ante a el que a otro. Mas si el señor dixere, que le non queria dar tanto, o lo callase fasta dos meses, que le non dixesse si lo quiere fazer, o non: dende adelante, puede la vender a quien quisiere: e non le puede embargar aquel que gela dio a censo que lo non faga.

momentos, y hasta finales del siglo XV, tanto la práctica como la legislación tienden preferentemente a la aclaración e interpretación de *F.R.* 3.10.13, referente, como hemos visto, al tanteo y retracto gentilicios, mientras los derechos de adquisición preferente regulados en *P.* 5.5.55 y *P.* 5.8.29 no volverían a recibir atención legal hasta principios del siglo XVI, en las *Leyes de Toro*.

Por lo que se refiere a la práctica observada, varios son los extremos sobre los que nos informan las llamadas *Leyes Nuevas* y *Leyes del Estilo*. Uno de los problemas que, al parecer, planteó la aplicación de *F.R.* 3.10.13 fue el de la venta en secreto de una heredad de patrimonio. La ley 21 de las *Nuevas* plantea, en efecto, el caso del pariente más próximo al vendedor de una cosa de patrimonio que se presenta a retraer después de los nueve días concedidos por la ley, por haberse producido la venta en lugar oculto, en secreto o ante testigos a los que se pidió guardasen silencio. El Rey resolvió que «una vendida como aquesta» no tuviese valor ni imposibilitase al pariente más próximo el ejercicio del retracto ⁽¹⁰⁾.

Aunque más tarde sería resuelto por las *Leyes de Toro*, otro de los problemas que se suscitaron en torno al retracto de sangre fue el

⁽¹⁰⁾ *Leyes Nuevas*, 21: Otrosi el heredamiento que vende un ome a otro, e facen la vendida en soberado, o en casa, o en poridat, e con testigos que ruega que tengan poridat daquela vendida, e pariente propinquo non lo sabe, e quando lo sabe, viene con su haber antel alcalde, e dice que aquel heredamiento que fue vendido, que él lo deve aver, e quiere pagar el precio, e el comprador dice que porque non vino a los VIII días, que non lo deve aver; manda el rey que tal vendida como aquesta, que non vala ni enpexca al pariente propinquo. (Cito por la edición de la Real Academia de la Historia que acompaña al Fuero Real; vid. nota 6).

En términos semejantes se expresan las glosas al Fuero Real que Cerdá atribuyó a Arias de Balboa: E dize en las annadidas de Flores que el Rey D. Alfonso fizo: que si esta vendida a tal es fecha en poridat ante testigos rogados, e el pariente non sabe desta vendida, e quando lo sabe viene con este aver a lo pagar, e dize el comprador que porqué non vino a los nueve dias que non lo deve aver, mandó el Rey que tal vendida non vala ni enpexca al pariente propinquo (J. CERDÁ RUIZ-FUNES, *Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla*, en *AHDE XXI-XXII* (1951-1952), p. 972. Sobre la auténtica paternidad de estas glosas, véanse, sin embargo, A. PÉREZ MARTÍN, *Las glosas de Arias de Balboa al Ordenamiento de Alcalá. Su edición y estudio*, en *Festgabe Coing*, Frankfurt am Main, 1982, p. 247 e A. IGLESIA FERREIROS, *Fuero de alvedrio*, Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* - «Estudos em homenagem aos Prof. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz», Coimbra, 1983, pp. 34 s.).

relativo al ejercicio del retracto cuando el bien patrimonial era vendido en almoneda. En este sentido, la ley 220 de las del *Estilo* nos informa de una práctica que trata de conciliar los intereses del vendedor, que intentará que la cosa sea vendida por el precio más alto posible, con los intereses del comprador y del pariente más próximo. Así, se impide el retracto, esto es, sacar la heredad después de vendida, aunque el pariente más próximo quiera dar al comprador, dentro de los nueve días concedidos, el precio que pagó por ella, pero se concede preferencia al pariente más proximo para ofrecer el tanto que haya ofrecido un extraño. En otras palabras, se concede el tanteo, para no impedir que el vendedor saque el máximo provecho posible de la venta, pero no el retracto, para no dañar los intereses del comprador ⁽¹¹⁾.

Finalmente, por si existían dudas en torno al plazo de los nueve días, la *Ley del Estilo* 230 nos informa de la aplicación en tierras leonesas de *F.R.* 3.10.13, pese a que en las mismas, antiguamente, se observase el plazo de un año para ejercer el derecho de retracto ⁽¹²⁾, lo que pone de manifiesto el triunfo de la tradición netamente castellana en todos los territorios sometidos al monarca.

La legislación, por su parte, también nos informa de otros por menores sobre la aplicación de *F.R.* 3.10.13. Quizá una de las dudas más frecuentes e importantes, no sólo por lo que se deduce de la misma legislación, sino también por lo que se desprende del ciudadano

⁽¹¹⁾ *Leyes del Estilo*, 220: Otrosí, es à saber, que en las vendidas que se facen por las almonedas, tanto vale la cosa quanto puede ser vendida, y no se puede deshacer la vendida porque diga aquel cuya es la cosa, que le fue vendida por menos de la mitad del derecho precio, ni los parientes mas cercanos no pueden sacar la cosa vendida en el Almoneda por mandado del Alcalde, ó del cogedor, ó del entregador, maguer fasta los nueve dias que pone el Fuero quiera dar al comprador lo que le costó: mas quando sacan la cosa en almoneda tanto por tanto, debelo dar ante el que la demandó por abolengo, y la quisiere sacar de la almoneda, que no otro extraño. (Cito por *Los Códigos Españoles concordador y anotados*, I, Madrid, 1847). Igual, en las glosas al *Fuero Real* citadas en la nota anterior (CERDÁ, *Las glosas*, p. 972).

⁽¹²⁾ *Leyes del Estilo*, 230: Otrosí, en tierra de Leon, las heredades, é las otras raíces que vienen de patrimonio o abolengo, y las vende aquel cuyas son, y viene el pariente mas cercano, à quien fue fecho saber por el vendedor que quiere vender la heredad, y quiere-la sacar: y esto se libra en tierra de Leon, por Fuero de las Leyes, también como en Castilla, como quier que en otro tiempo, en tierra de Leon, el pariente fasta un año la podía sacar. Y esto del año se usó asi quando el vendedor no le hizo saber la vendida. Igual, en las glosas al *Fuero Real* editadas por Cerdá (CERDÁ, *Las glosas*, p. 971).

con que esta materia fue tratada por la literatura jurídica posterior, fue la relativa a lo que había de entenderse por bien de patrimonio o abolengo. La duda fue resuelta en 1371, en Cortes de Toro, en las que Enrique II ordenó que para que tuviese lugar el retracto familiar era necesario que el vendedor hubiese *heredado* los bienes de su abuelo o de su padre, excluyéndose así del concepto de cosa de patrimonio o abolengo los bienes adquiridos por el vendedor por compra, permuta o donación⁽¹³⁾. El problema, del que se ocuparía después la jurisprudencia, era determinar si la cosa vendida, objeto del retracto, debía proceder sólo del abuelo, sólo del padre o del abuelo a través del padre.

Hubo, finalmente, dos dudas más que se resolvieron por vía legislativa en 1473, en las Cortes de Nieva, bajo Enrique IV. Tal como se expone en la petición 23 de las Cortes mencionadas, acaecía con frecuencia que algunos, transcurridos cinco, diez o quince años después de la venta de una heredad patrimonial, se presentaban a retraer alegando que al tiempo de la venta eran menores de edad o estaban ausentes; de esta forma, pretendían que la prescripción de nueve días no había corrido para ellos o intentaban beneficiarse de la *restitutio in integrum* o de cualquier otro medio por el que pudiesen recuperar la heredad, a costa del antiguo comprador que, con el tiempo y con trabajo, había conseguido revalorizar la heredad que en su día adquirió. Fue precisamente para evitar que, amparándose en las razones antes citadas, los parientes del vendedor recuperasen la

(13) R. 5.11.15: Por quanto nos ha sido fecha relacion, que ha avido algunos pleytos en algunas ciudades, villas y lugares de nuestros Reynos, en que han pedido los hijos de algunos padres, ò de otros sus parientes, las heredades que venden sus parientes, ò sus padres no las aviendo heredado los vendedores de su linage, sino aviendolas comprado, ò avido por troque, ò por donacion, ò en otra manera: Porende mandamos que no se puedan poner, ni seguir los tales pleytos, ni aya lugar de se pedir, ni sacar tanto por tanto los bienes que assi fueron vendidos: salvo quando tales bienes fueron vendidos por personas que los uvieron heredado de su abolengo, ò de su patrimonio, y los vendiessen los que ansi uviessen heredado, y los que por tales razones los quisieren demandar, que los demanden desde el dia que la vendida fuere fecha fasta nueve dias. (Cito por *Recopilacion de las Leyes destos Reynos, hecha por mandado de la Magestad Catolica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor; que se ha mandado imprimir, con las leyes que despues de la ultima impresion se ha publicado, por la Magestad Catolica del Rey don Felipe quarto el Grande nuestro señor*, Madrid, 1640. Edición facsímil, Valladolid, 1982).

heredad por un precio mucho menor del que en realidad valía, para lo que Enrique IV decidió que los nueve días concedidos por el *Fuero Real* corriese contra menores y ausentes, los cuales no podrían en adelante pedir restitución alguna ni rescisión de tiempo ⁽¹⁴⁾.

La segunda de las dudas, expuesta en la petición 24 de las Cortes de Nieva, era atinente a si la proximidad de la que hablaba el *Fuero Real* cuando atribuía al pariente más próximo la facultad de retraer había que entenderla respecto del vendedor de la cosa patrimonial o respecto del testador cuyas cosas son vendidas. El problema se plan-

(14) R. 5. 11.8: Como quier que la ley antes desta del Fuero, dize, que si alguna heredad se vendiere, que qualquier persona de aquel patrimonio, o abolengo, cuya fuere la heredad, la pueda sacar por el tanto dentro de nueve dias. Y como quiera que entre los sabios antiguos, sobre la disposicion de aquella ley, uvo diversidades, y seyendo aquellas fueron estatuidas diversas leyes: Pero el Rey D. Alonso el Dezimo, de gloriosa memoria, nuestro progenitor, ordenò la dicha ley del Fuero, la qual comunmente assi à la llana es usada, y guardada en toda la mayor parte de nuestros Reynos: Pero sobre algunas causas, y pleytos dependientes de la disposicion desta ley ha auido, y ay continuamente grandes pleytos, dudas, y debates, assi ante los de nuestro Consejo, y Oydores de la nuestra Audiencia, como ante otros muchos juezes ordinarios, y especialmente sobre lo que se sigue. Un hombre compra una heredad de otro, este comprador dispone a pagar esta heredad (por ventura) malbaratando, o vendiendo otros bienes suyos, y despues haze en esta heredad edificios, y labores, y mejoramientos, como en cosa suya, y acaece que un hijo, o hermano, o otro pariente propinquo de aquel vendedor, por ventura incitado por el, y con sus propios dineros del vendedor, o por su induzimiento, acabo de cinco, o diez, o de quinze años que es hecha la venta vè la heredad mejorada, dize al comprador, que aquella heredad es de su patrimonio, o abolengo, y que la quiere tanto por tanto, y que requiere con el precio: y sinole quiere recibir, ponele en deposito, y demandale la heredad, diziendo, que este que la pide, que al tiempo de la venta era menor de edad, assi que no le corrio prescripcion, ni le empecio transcurso de tiempo, ò que fue ausente, ò impedido de pedirla hasta entonces, ò por otro legitimo impedimento: y ayudase del remedio de la restitucion, o de otros, por donde siente que puede sacar su demanda: y con esto saca la heredad, que por ventura vale la mitad mas, ò los dos tercios, que quando la uvo el comprador, lo qual parece cosa muy inhumana, y agra, y muy sugeta à fraude, y à pecado. Por ende declaramos, y ordenamos, y mandamos, que los nueve dias contenidos en la dicha ley del Fuero, para que el mas propinquo saque la heredad vendida, que fue de su patrimonio, ò abolengo, corran contra los menores de veyte y cinco años, quier sea en edad pupilar, ò adulta: y esto mismo contra los ausentes, y que los unos ni los otros no se puedan ayudar de su menor edad ni de su ausencia: y que aya lugar contra ellos esta prescripcion de los dichos nueve dias, y que no les sea otorgado sobre esto restitucion, ni rescission del tiempo, salvo que à la letra se guarde dicha ley del fuero contra los unos, y los otros. Y si el menor tuviere tutor, ò curador, que pueda sacar la heredad para el menor en el tiempo y como de suso se contiene.

teaba, como ejemplificativamente explica la petición 24, cuando alguien vendía una cosa habida por herencia del padre y concurrían a retraer el hijo y el hermano del vendedor. Ambos reclamaban la cosa de patrimonio: el hermano del vendedor, alegando ser el pariente más próximo del padre cuya cosa fue vendida; el hijo, alegando ser el descendiente directo y próximo del vendedor. Se decidió que «*pidiendo la heredad del abolengo el hermano del vendedor, y el hijo del vendedor, ambos en un tiempo, y en forma devidos, que sea preferido, y aya la heredad el hijo del vendedor para si*» (15).

III. LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN LOS SIGLOS XVI A XVIII.

En 1505 es aprobado, bajo el reinado de Juana I, el *Quaderno de leyes y nuevas decisiones sobre las dudas de derecho que continuamente solian y suelen ocurrir en estos reynos, en que avia mucha diversidad de opiniones y entre los doctores y letrados destos reynos*, texto conocido por *Leyes de Toro*. Estas tienen por finalidad salvar las antinomias y contradicciones existentes entre las dos tradiciones jurídicas que ya he mencionado: la romano-vulgar-teodosiana, representada por el *Liber visigótico* y el *Fuero Real*

(15) R. 5.11.8: Sobre la dicha ley del fuero ay otra duda, de que se levantan, y siguen muchos pleytos, ca la dicha ley da facultad al pariente mas propinquo de sacar la heredad de su patrimonio, ò abolengo tanto por tanto: y acaece que un hombre uvo una heredad que fue de su padre primeramente, y este tiene un hermano y un hijo, y vende esta heredad que heredo à un estraño, viene agora este hermano, y este hijo del vendedor, y pide cada uno esta heredad, y quierela cada uno dellos sacar del poder del comprador tanto por tanto, porque dize cada uno que fue de su padre, y el hermano del vendedor dize, que el es pariente mas propinquo de su padre, cuya fue primeramente la heredad que no el hijo de su hermano vendedor della, y assi que es mas antiguo su derecho que del hijo del vendedor: y el hijo del vendedor dize que esta heredad fue de su padre, y precedio en ella al tio hermano de su padre, y que él, representanto la persona de su padre, es mejor en derecho que su tio: es duda, qual deve aver la heredad tanto por tanto, el tio, ò el sobrino. Y Nos declarando la ley del fuero: Ordenamos, y mandamos, que pidiendo la heredad del abolengo el hermano del vendedor, y el hijo del vendedor, y el hijo del vendedor para si: Pero si el hijo del vendedor, dentro de los dichos nueve dias no la quisiere, que la pueda sacar dentro de aquel mismo termino el hermano del vendedor, pues la heredad fue assi mismo avida, y heredada por su padre, ò madre dellos.

castellano, y la romano justiniana de *Las Partidas* ⁽¹⁶⁾. En punto al tema que nos interesa, las *Leyes de Toro* supusieron el apogeo del tanteo y del retracto, no sólo por el carácter de la disciplina en ellas contenida, tendente a reconocer y ampliar la eficacia de tales derechos, sino también porque dieron pábulo para que la doctrina elevase sobre la institución una compleja construcción jurídica.

Pero, más que de superación de las antinomias existentes entre las dos tradiciones, la propia y la común, y más que de fusión de las mismas, quizá haya que hablar de acentuación de las diferencias. En efecto, las *Leyes de Toro* han subrayado aún más la especialidad castellana del retracto gentilicio, no sólo reconociéndolo, sino ampliando las esfera de su eficacia. Las *Leyes de Toro* evidenciaron las diferencias entre el *Fuero Real* y *Las Partidas*, lo que equivalía a realzar la tradición propia sobre la del *ius commune*. Así, las leyes taurinas dedicadas al tanteo y al retracto, 70 a 75 inclusive, están redactadas sobre la más neta tradición castellana o, en otras palabras: si exceptuamos la alusión hecha en la ley 75 a P 5.5.55, la mayoría de las leyes, por lo que hace a la disciplina en ellas contenida, giran en torno a F.R. 3.10.13 y al llamado Ordenamiento de Nieva, cuya regulación, además, presuponen. Este reforzamiento e impulso de la tradición castellana darían lugar a la consagración de un régimen *menor* de vinculación de la propiedad que sólo sería desmantelado a raíz del influjo de la ideología triunfante tras la revolución burguesa ⁽¹⁷⁾.

Veámos en qué consistió la regulación de 1505. Tres han sido los objetos perseguidos por los redactores de Toro, lo que significa que los derechos de adquisición preferente han salido fortalecidos en otros tantos sentidos.

En primer lugar, como he señalado en otro momento, se han ampliado los supuestos de aplicación del retracto gentilicio o familiar, lo que equivale a decidir que se han ampliado los supuestos de aplicación de F.R. 3.10.13. Esta ampliación ha sido provocada por

⁽¹⁶⁾ A. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español. Lecciones*. Fascículo 3, Barcelona, 1988, p. 708.

⁽¹⁷⁾ Si hablo de régimen *menor* de vinculación es para diferenciarlo del sistema vinculatorio por antonomasia: el mayorazgo; aún cabría hablar de un régimen de vinculación *encubierto*: la troncalidad en sus diferentes modalidades que, al contrario de lo ocurrido con los derechos de adquisición preferente, sufrió un duro golpe con las Leyes de Toro (Ley 6).

la ley 70 de Toro, al admitir que el retracto del pariente más próximo tenga lugar también en las ventas realizadas en almoneda pública, voluntaria o por mandato judicial, en cuyo caso los nueve días concedidos se cuentan desde el día del remate ⁽¹⁸⁾ y por la ley 73, al posibilitar que los parientes hasta el cuarto grado puedan ejercer el retracto si el más próximo no quiere o no puede retraer en el plazo de nueve días ⁽¹⁹⁾. Recuérdese, a estos efectos, que según el *Fuero Real*, la negativa o imposibilidad de retraer por parte del pariente más próximo cerraba el paso a los parientes siguientes en grado ⁽²⁰⁾.

En segundo lugar, las *Leyes de Toro* aclararon algunos puntos dudosos planteados por la legislación anterior. Así, la cuestión de la venta conjunta de varias cosas de patrimonio o abolengo fue resuelta por la ley 71 en función de si habían sido vendidas por un solo precio o por varios precios: si fueron vendidas por un solo precio, el pariente más próximo ha de retraer todas o no retraer ninguna; si fueron vendidas por diversos precios, aquél tendrá la facultad de retraer las cosas que prefiera, siempre, sometiéndose a lo preceptuado por el *Fuero Real* y el *Ordenamiento de Nieva* ⁽²¹⁾. La ley 72, por su parte, se ocupó del problema planteado por las ventas al fiado de cosas de

⁽¹⁸⁾ *Leyes de Toro*, 70: La ley del fuero, que habla cerca de sacar el pariente mas propinquo la cosa vendida de patrimonio por el tanto, aya tambien lugar quando se vendiere en el almoneda publica, aunque sea por mandamiento del juez, y los nueve dias que dispone la ley del fuero se quenten en este caso desde el dia del remate, con tanto que consigne el que la saca el precio, y faga las otras diligencias que dispone la ley del Fuero, y la del Ordenamiento de Nieva; y ansi mismo aya de pagar al comprador las costas, y el alcavala, si la pago el comprador, antes que la cosa assi vendida le sea entregada.

⁽¹⁹⁾ *Leyes de Toro*, 73: Quando el pariente mas propinquo no quisiere, ò no pudiere sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propinquo siguiente en grado la pueda sacar: y assi vayan de grado en grado por todos los parientes dentro del quarto grado, con tal que sea dentro de los dichos nueve dias, y con las otras diligencias contenidas en la dicha ley del Fuero, y Ordenamiento.

⁽²⁰⁾ En realidad, tal extremo había sido ya modificado por el Ordenamiento de Nieva de 1473, al permitir que, en defecto del hijo del vendedor, el hermano del mismo pudiese, en el plazo de nueve días, retraer la cosa vendida (vid. nota 15 *in fine*).

⁽²¹⁾ *Leyes de Toro*, 71: Quando muchas cosas fueren vendidas por un precio, que sean de patrimonio, ò abolengo, que el pariente mas propinquo no pueda sacar la una, y dexar las otras, sino que todas las aya de sacar, o ninguna de ellas: Pero si las dichas cosas fueren juntamente vendidas por diversos precios, en tal caso pueda el pariente mas propinquo sacar las que quisiere, haziendo las diligencias, y solemnidades en las dichas leyes del Fuero, y Ordenamiento contenidas.

patrimonio y estableció que para que el pariente más próximo pudiera sacar la cosa patrimonial tendría que constituir, en el plazo de nueve días, las fianzas correspondientes que garantizaran el pago al que el comprador extraño se obligó (22).

En tercer lugar, las *Leyes de Toro* reconocieron nuevos tipos de retracto, algunos de los cuales fueron asimilados a la disciplina del retracto gentilicio. Así, la ley 75, extendiendo el alcance de P. 5.5.55, reconoció el retracto de comuneros, antes sólo tanteo, con las formas, solemnidades, requisitos y plazos exigidos por el *Fuero Real* y por el *Ordenamiento de Nieva* para el retracto familiar (23) y, aunque sin esta asimilación, la ley 74 reconoció el retracto en los casos de dominio dividido al regular el problema de la preferencia en retraer en los casos en que concurran al retracto el pariente más próximo, el señor del dominio directo, el superficiario y el comunero (24).

Pues bien, la *ley del Fuero*, la decisión de Toro de 1371 y la de Nieva de 1473 y las seis leyes de Toro antes mencionadas pasaron a la Recopilación de 1567 y de ésta a la Novísima Recopilación de 1805 (25), de forma que quedaban ya definitivamente consagrados hasta la

(22) *Leyes de Toro*, 72: Quando la cosa que es de patrimonio, ò abolengo, se vendiere fiada, que el pariente mas propinquo la pueda sacar por el tanto assi mismo fiada, con tanto, que dentro de los dichos nueve dias dè fianzas bastantes, à vista de la nuestra justicia, que pagará los maravedis porque assi fuere vendida, al tiempo que el comprador estava obligado.

(23) *Leyes de Toro*, 75: Si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene comun con otro, en caso, que según la ley de Partida, la pudiese el comunero sacar por el tanto, sea obligado el que la quiere sacar à consignar el precio en el tiempo y termino, y con las diligencias, y solemnidades, y de la manera que la pudiera sacar el pariente mas propinquo, quando fuera de patrimonio y abolengo, de suerte que lo contenido en la dicha ley del Fuero y Ordenamiento de Nieva, y en estas nuestra leyes, aya lugar, y se platique en caso que el comunero quisiere sacar la cosa vendida por el tanto.

(24) *Leyes de Toro*, 74: Quando concurran en sacar la cosa vendida por el tanto el pariente mas propinquo con el señor del directo dominio, ò con el superficiario, ò con el que tiene parte en ella, porque era comun, preferase en el dicho retracto al señor del directo dominio, y el superficiario, y el que tiene parte en ella, al pariente mas propinquo.

(25) F.R. 3.10.13 pasó a R. 5.11.7 y después a N.R. 10.13.1; la decisión de las Cortes de Toro de 1371 se incorporó — sin haber pasado por el Ordenamiento de Montalvo — a R. 5.11.15 y más tarde a N.R. 10.13.3; las peticiones 23 y 24 de las Cortes de Nieva de 1473, que si fueron incluídas, junto con F.R. 3.10.13, en el Ordenamiento de Montalvo, pasaron a R. 5.11.8 y de aquí a N.R. 10.13.2; finalmente, las leyes 70 a 75 de Toro tuvieron su correspondencia en R. 5.11.9 a 14, respectivamente, y más tarde en N.R. 10.13.4 a 9, respectivamente.

Codificación el retracto de abolengo, el de comuneros, el del señor del dominio directo y el del superficiario, amén de otros derechos de adquisición preferente que han surgido más tardíamente y de los que me ocuparé después.

La promulgación de las *Leyes de Toro* suscitó la aparición de toda una pléyade de juristas dedicados al comentario de las mismas. Los nombres son de todos conocidos, por lo que me limitaré a señalar que la adicción de los juristas hispánicos al comentario de las leyes taurinas fue tal que todavía en el siglo XIX es posible encontrar ejemplos significativos de este género (Sancho Llamas Molina, Joaquín Francisco Pacheco). La Recopilación de 1567, igualmente, provocó la aparición de obras dedicadas a la exposición de las leyes regias. En este contexto es donde vuelve a reproducirse la dialéctica *ius proprium versus ius commune* porque, de una parte, la legislación, dentro de la más pura tradición propia, mantuvo y desarrolló los derechos de adquisición preferente, y muy significativamente el retracto familiar, el de *naturaleza más medieval* ⁽²⁶⁾ y de otra, los expositores de esa legislación intentaron acercarnos a la misma utilizando unas categorías y unos esquemas procedentes de otra tradición jurídica, la romanojustiniana, combativa de tales derechos de adquisición preferente. De aquí, que desde Gregorio López, al glosar *Las Partidas*, pasando por Antonio Gómez, al comentar las *Leyes de Toro*, hasta Juan de Matienzo o Alfonso de Acevedo, al comentar la Recopilación de 1567, la opinión de la jurisprudencia sea unánime: la materia de retracto y las leyes regias que los regulan *van contra ius commune*, son odiosas, más que favorables, porque son impeditivas de la facultad de disponer. Por todo ello, convienen los autores, la materia de retractos debe ser de interpretación restrictiva ⁽²⁷⁾.

(26) Así habla J. LALINDE ABADIA, *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, 2ª ed. actualizada, 1978, p. 752.

(27) Antes de las *Leyes de Toro*, Díaz de Montalvo, a finales del siglo XV, llegaba a conclusiones semejantes cuando glosaba F.R. 3.10.13: «ista lex est odiosa, et contra ius commune: ergo non extendenda ad permutationem» (glosa (a) *cambiar* a F.R. 3.10.13), «à iure communi exorbitat, non est extendibilis ad permutationem, ... nec ad alios contractos expressum nomen venditionis non habentes (glosa (b) *por una heredad cambiar* a F.R. 3.10.13) (cito por el *Fuero Real de España diligentemente hecho por el noble Rey don alonso IX: Glosado por el egregio doctor Alonso Diaz de Montalvo*, Madrid, 1781. Por lo que respecta a la jurisprudencia citada en el texto, las opiniones no fueron muy diferentes: Gregorio López, al glosar P. 5.5.55 manifestaba, en relación con

Materia odiosa, no favorable y de interpretación restrictiva, pero no por ello falta de justificación. A veces, el argumento esgrimido es la extrema utilidad y necesidad de las leyes sobre el retracto y su frecuente práctica⁽²⁸⁾; otras veces, como ocurre con el retracto gentilicio, el fundamento se encuentra en la natural y lícita afección que se tiene a los bienes de los antepasados⁽²⁹⁾, sobre todo, cuando se trata de inmuebles⁽³⁰⁾ que no deben salir de la familia⁽³¹⁾; finalmente, co-

el retracto de comuneros que «hoc de estricto iure communi non erat ita expressum» (Glosa (d) *Deve aver a P. 5.5.55*) y que «cum non sit materia favorabilis... restringendum est ad venditionem proprie sumptam» (glosa (b) *vender a P. 5.5.55* (cito por la edición mencionada en nota 8). También a mediados del siglo XVI, Antonio Gómez, en el n. 1 de su comentario conjunto a las Leyes 70-75 de Toro, arremetía contra los retractos por ir éstos contra el libre arbitrio, contra la facultad de disponer y contra la propia substancia del dominio en afirmaciones como estas: «quia cum nostras leges regiae sint correctoriae iuris communis, et quodammodo impeditivae libertatis et facultatis disponendi de re propria, in quidem distrahens vellet, merito sunt restringendae» o «tendit contra liberum arbitrium, quod quis habet à iure divino, naturali, et positivo disponendi de re propria in quem velit ad libitum voluntatis» o «talís dispositio tendit contra propriam substantiam et definitionem domini, quod et ius perfecte disponendi de re» (utilizo GOMESII, Antonii, *Opera Omnia, duabus partibus distincta, quarum prior ad Leges Tauri commentarium absolutissimum, posterior vero variorum resolutionum, tomos tres continet*, Lugduni, M.DC.LXI); más adelante, en relación con el retracto de comuneros, el comentarista de Las Leyes de Toro decía «breviter et resolute dico quod de iure communi nullo modo habeat locum retractus, sed de iure Partitarum erat decimum contrarium (GOMEZ, n. 26). A finales del siglo XVI, también Matienzo era partidario de la interpretación restrictiva de las leyes sobre retracto «maxime cum sint correctoriae iuris communis, et quodammodo impeditivae libertatis et facultatis disponendi de re propria, in quem venditor velit (*Commentaria Ioanis Matienzo Regii Senatoris in cancellaria Argentina Regni in librum quintum recollectionis legum Hispaniae, Mantuae Carpentanae, M.D.LXXX, ley 7, glosa I, n. 50*), mientras Acevedo insistía en el carácter odioso y no favorable de la materia de retractos: «licet et odiosum potius quam favorable ius retractus dicatur»; «retractus sit odiosum, et contra ius communem». (Alfonso DE AZEVEDO, *Commentariorum Iuris Civilis in Hispaniae Regias constitutiones. Tomus Tertius. Quintum librum novae Recopillationis complectens*, Duaci, 1612, pp. 358 y 372).

⁽²⁸⁾ «Materia retractus de qua tractant istae leges est valde utilis et necessaria, et quotidie versatur in practica in nostro regno» (GOMEZ, n. 1).

⁽²⁹⁾ «Confirmatur etiam ratione licitae, et naturalis affectionis quam quis habet ad res maiorum suorum» (GOMEZ, n. 1).

⁽³⁰⁾ «Nam ad immobilia maiorum nostrorum habemus non modicam affectionem» (MATIENZO, ley 7, glosa I, n. 2).

⁽³¹⁾ MATIENZO, ley 7, glosa I, n. 3.

mo ocurre con los derechos de adquisición preferente entre comuneros, se invoca la equidad ⁽³²⁾ o la antigüedad del uso ⁽³³⁾.

Materia odiosa y de interpretación restrictiva, pero no por ello menos apta para la elucubración jurídica. Como he dicho antes, la jurisprudencia se afanó en diseccionar literalmente la institución de los derechos de adquisición preferente utilizando los instrumentos proporcionados por el *ius commune*, del cual, paradójicamente, la institución era correctora. El resultado fue un completo, complejo y exhaustivo desarrollo teórico conseguido en torno al planteamiento de infinitas *quaestiones* para cuya resolución se puso a contribución todo el arsenal jurídico del Derecho culto. Así las cosas, no es de extranar que, cuando en el siglo XIX se discute el problema de la supresión o no de los retractos, en particular del gentilicio, los codificadores mantengan una actitud crítica ante los «intérpretes de nuestras leyes» que, si por un lado afirmaban el carácter odioso y restrictivo de la materia, por otro, al menos teóricamente, ampliaban su campo de aplicación. Al objeto de dar cuenta de esa intensa labor de análisis llevada a cabo por la jurisprudencia, me ocuparé seguidamente de algunas de las *quaestiones* fundamentales planteadas en torno a los tres tipos de retracto reconocidos por la legislación.

Por lo que respecta al retracto gentilicio, era fundamental, en primer lugar, fijar el concepto de heredad de patrimonio. La doctrina restringió el término *heredad* a los inmuebles, con lo que quedaban fuera de las cosas objeto de retracto los muebles y semovientes ⁽³⁴⁾, entre otras razones, porque respecto de estos últimos no militaban las mismas razones para la conservación que militaban para los bienes raíces ⁽³⁵⁾. Tampoco se consideró objeto de retracto el usufructo, uso o habitación vendidos, ya que, como *iura incorpora-*

⁽³²⁾ «De aequitate consors debet praeferrri, si velit tantum dare quantum alius» (Gregorio López, glosa *(d) deve aver* a P. 5.5.55 y, siguiendo a López, Gaspar DE HERMOSILLA, *Additiones, Notae, Resolut. ad Partitarum Glosas, et cogita D. Gregori Lopetii. Tomo II. Partis I. Part. Quintae, Biatiae, MDCXXXIII*, ad. gl. VIII, n. 3).

⁽³³⁾ «Iuri antiquiori Hispania idem utebatur» (ACEVEDO, p. 382).

⁽³⁴⁾ Heredad significa «fundus, ager, domus, praedium, villa, possessio et similia quae a loco moveri non possunt» (MATIENZO, ley 7, glosa I, n. 1).

⁽³⁵⁾ «Retractus tantum habet locum in rebus immobilibus, de quibus tantum leges nostrae retractuum loquuntur ut ex eorum verbis deduci facile est, et quia non damus illam affectionem et memoriae conservationem in rebus mobilibus utpote quia usu temporis consumi possunt» (ACEVEDO, p. 359).

lia, no podían ser calificadas propiamente como muebles ni inmuebles ⁽³⁶⁾, como tampoco, y por la misma razón, podían ser objeto de retracto por parte del pariente más próximo el derecho a percibir un canon o renta anual, esto es, un censo vendido ⁽³⁷⁾. En cambio, si se consideró que tenía lugar el retracto en el caso de la venta de herencia, al ser ésta *quid incorporeum, quod inter immobilia collocatur* ⁽³⁸⁾.

Pero el problema fundamental, excluidos los muebles, semovientes y derechos incorporeales, radicaba en la inteligencia de las palabras *patrimonio* y *abolengo*. Desde 1371 ⁽³⁹⁾, había quedado claro que el retracto sólo tendría lugar en los bienes inmuebles vendidos que hubiesen sido heredados por el vendedor de «su abolengo ò patrimonio», pero la cuestión era determinar si los bienes debían proceder sólo del padre, sólo del abuelo o de ambos. Sobre esta cuestión, que ya antes de las Leyes de Toro había sido planteada por Montalvo y resuelta en un determinado sentido ⁽⁴⁰⁾, la doctrina nunca fue unánime ⁽⁴¹⁾ y a juzgar por las diferentes opiniones, es posible pensar que en la praxis judicial los casos fuesen resueltos de forma distinta según las circunstancias ⁽⁴²⁾.

El retracto familiar sólo podía tener lugar, según hemos visto, en las ventas de heredades de patrimonio o abolengo. Como materia odiosa y de interpretación restrictiva, quedaban, pues, excluidas las permutas y cualquier otro contrato que expresamente no fuese denominado venta. La doctrina, sin embargo, en su labor de análisis y de racionalización, efectuó importantes ampliaciones a un principio

⁽³⁶⁾ MATIENZO, ley 7, glosa I, n. 32; ACEVEDO, p. 359.

⁽³⁷⁾ «...dubitatur, an vendito censu, escilicet ius percipiendi pensionem consanguineus possit illum retrahere. Iure nostro concluditur negative... et probatur ea precipua ratione, quia lege nostra loquitur de bonis vere immobilibus, et non est extendenda ad annus reditus, quia iuxta propriam eius naturam nec veniunt appellatione mobilium, nec immobilium» (HERMOSILLA, ad. gl. II, n. 9).

⁽³⁸⁾ MATIENZO, ley 7, glosa I, n. 47; HERMOSILLA, ad. gl. VIII, n. 53.

⁽³⁹⁾ Vid. nota 13.

⁽⁴⁰⁾ «...verba hujus legis ad hoc quod locum habeat sufficit quod res dependeat à solo avo, vel à solo patre, et etiamsi avus sit maternus» (MONTALVO, glosa (b) de patrimonio a F.R. 3.10.13).

⁽⁴¹⁾ Basta confrontar GOMEZ, n. 3 con MATIENZO, ley 7, glosa I, n. 50.

⁽⁴²⁾ Vid. GOMEZ, n. 3, donde, en relación con los casos planteados en la Audiencia de Valladolid, habla de «diversae et contrariae opiniones et sententiae».

que parecía incontrovertible. La más significativa, quizá, consistió en la admisión de retracto en los casos en que la cosa era *data in solutum*. La admisión de la *datio in solutum* como enajenación que daba lugar al retracto por parte del pariente más próximo, aunque era *questio ambigua et disputabilis* (43), fue justificada no sólo porque la dación en pago *vicem venditionis obtinet* (44), sino también porque, de otra forma, se impedía el ejercicio del retracto si las partes modificaban la denominación del contrato, lo que, según Gómez, podía hacerse con gran facilidad (45). No pocas discusiones planteó, por su parte, el caso de las permutas (46), excluidas en principio de los contratos que daban lugar al retracto, pero admitidas si se celebran fraudulentamente o con simulación, para evitar el retracto (47). Algunos autores también admitieron que tenía lugar el retracto cuando la heredad de patrimonio o abolengo era dada en enfiteusis o cedida en *locatio ad longum tempum*, ya que tales cesiones equivalían a la enajenación del dominio útil (48). Según Gómez, podía tener igualmente lugar el retracto aunque la heredad no fuese vendida, cuando el gravamen impuesto sobre la misma era de tal entidad que hacía difícil su recuperación (49).

Otra interesante amplificación, fruto de la labor de análisis por parte de la doctrina, se produjo en relación con la venta de una heredad patrimonial hecha a un pariente. Tanto el *Fuero Real* como la legislación posterior hablaban siempre de venta de heredad de patrimonio a un extraño, pero la doctrina estimó que el pariente próximo

(43) MATIENZO, ley 7, glosa 7, n. 1.

(44) GOMEZ, n. 20; MATIENZO, ley 7, glosa 7, n. 2; ACEVEDO, p. 367.

(45) «Item etiam quia faciliter possunt partes derogare iura nostra, et impedire retractum sola mutatione nominis» (GOMEZ, n. 20).

(46) La cuestión, según decía Montalvo, había sido «Bononiae disputatae» (Glosa (a) *cambiar* a F.R. 3.10.13) y Acevedo, a finales del siglo XVI, habla de «doctorum alterationes disputantium» (ACEVEDO, p. 368).

(47) GOMEZ, n. 19; MATIENZO, ley 7, glosa 10, n. 9; ACEVEDO, p. 368.

(48) Así, HERMOSILLA, ad. gl. II, n. 7; en contra, COVARRUBIAS, Var. Res. 3.11.3 (cito por Didaci COVARRUBIAS A LEYVA, *Omnia opera multo quam prius emendatiora, ac multis in locis auctiora: in duos tomos divisa, prior continet opuscula, posterior autem septem, quorum nomenclaturam unoquoq;* Augustae Taurinorum, M.D.XCIII) y MATIENZO, Ley 7, glosa I, n. 10.

(49) GOMEZ, n. 23.

también podía ejercer el retracto cuando la heredad era vendida a un pariente más remoto ⁽⁵⁰⁾.

También en relación con los parientes, y puesto que desde las Leyes de Toro se permitía el retracto hasta el cuarto grado de parentesco si el pariente más próximo del vendedor no podía o no quería ejercer su derecho, los mayores problemas se plantearon en torno al cómputo, civil o canónico, de los grados de parentesco, si bien es cierto que la mayoría de los autores fueron partidarios del cómputo civil ⁽⁵¹⁾.

En relación con las personas que podían ser admitidas al retracto, las *questiones* planteadas por la jurisprudencia tuvieron en cuenta la filación y la capacidad. Los autores fueron unánimes en admitir al retracto al hijo natural, pero no al espúreo, incestuoso o al nacido *ex damnabile coitu* ⁽⁵²⁾. También se consideró admisible al retracto al hijo desheredado, ya que la pérdida de los derechos sucesorios no implica la pérdida de los derechos de sangre ⁽⁵³⁾ y al condenado a muerte natural o civil ⁽⁵⁴⁾.

Multa dubia plantearon, finalmente, los nueve días de plazo concedidos por la legislación para ejercer el derecho de retracto. La primera de ellas consistía en determinar si los dichos nueve días se empezaban a contar desde la celebración del contrato de venta o desde la entrega efectiva de la cosa. Gran parte de la doctrina, después de analizar los argumentos a favor y en contra, se decantó por la primera de las opciones, esto es, por que los nueve días se contasen *a tempore venditionis* ⁽⁵⁵⁾; fue, sin embargo, Gómez quien introdujo la nota

⁽⁵⁰⁾ Esta cuestión había merecido antiguamente la atención de Montalvo, quien invocaba la costumbre para admitir la posibilidad del retracto en las ventas efectuadas a parientes lejanos: «item est notandum, quod etiamsi res vendita est alicui de genere remotioris gradus, quod proximior posset retrahere virtute consuetudinis» (glosa (a) *En igual grado* a F.R. 3.10.13); vid. también GÓMEZ, n. 13; MATIENZO, ley 7, glosa 5, n. 8; HERMOSILLA, ad. gl. V, n. 1.

⁽⁵¹⁾ MATIENZO, ley 7, glosa 5, n. 7; ACEVEDO, p. 380; HERMOSILLA, ad. gl. VIII, n. 56.

⁽⁵²⁾ GÓMEZ, n. 4; MATIENZO, ley 7, glosa 2, n. 2 a 6, HERMOSILLA, ad. gl. VIII, n. 57.

⁽⁵³⁾ GÓMEZ, n. 5; MATIENZO, ley 7, glosa 2, n. 3; ACEVEDO, p. 360.

⁽⁵⁴⁾ GÓMEZ, n. 11.

⁽⁵⁵⁾ Así, COVARRUBIAS, Var. Res. 3.11.2; MATIENZO, ley 7, glosa 6, n. 10 y HERMOSILLA, ad. gl. VIII, n. 24-26;

discordante al opinar que los nueve días debían contarse *a tempore traditionis*, no sólo porque hasta ese momento, no se había verificado la enajenación y, en consecuencia, la salida de la cosa del patrimonio familiar, que es lo que el retracto trataba de evitar, sino también porque, de otra manera, podría ocurrir que el pariente más próximo no tuviese noticia de la venta, sobre todo si ésta se ha realizado dolosa o secretamente ⁽⁵⁶⁾. Si la venta ha sido realizada *sub conditione*, los nueve días no corren sino desde el momento en que se verifica la condición ⁽⁵⁷⁾. La segunda duda consistía en determinar si los días habían de contarse *naturaliter*, es decir, excluyendo el término *a quo*, o de *momento ad momentum*; en este punto, los autores se decantaron por la segunda de las opciones ⁽⁵⁸⁾.

El retracto de comuneros, con ser también una institución correctora del *ius commune* ⁽⁵⁹⁾, planteó menos problemas, entre otras razones porque muchas de las cuestiones que en torno al mismo podrían haberse planteado ya habían sido resueltas por la jurisprudencia al analizar el retracto familiar. El transvase de soluciones de uno a otro retracto estaba, además, impulsado por la ley 75 de Toro, al extender el régimen de F.R. 3.10.13 a los casos de comunidad y modificar así el alcante de P. 5.5.55. No obstante, el retracto de comuneros planteaba problemas específicos, distintos al de sangre, que la jurisprudencia tuvo que resolver. Por ejemplo; el relativo a la naturaleza de las cosas objeto de esta clase de retracto. Como se recordará, P. 5.5.55 ⁽⁶⁰⁾ se refería a una *cosa comunalmente de so uno*, lo que según Gregorio López debía entenderse como una alusión tanto a muebles como a inmuebles, pero la ley 75 de Toro, al extender la

⁽⁵⁶⁾ GOMEZ, n. 16 y 17.

⁽⁵⁷⁾ COVARRUBIAS, Var. Res. 3.11.1; MATIENZO, ley 7, glosa 6, n. 29-31; ACEVEDO, p. 366; HERMOSILLA, Ad. gl. VIII, n. 30.

⁽⁵⁸⁾ GOMEZ, n. 25; MATIENZO, ley 7, glosa 6, n. 1; ACEVEDO, p. 365.

⁽⁵⁹⁾ «Ecce hic aliud genus retractus, nempe ratione communionis, veluti si quis rem habens communem cum Titio pro indiviso, portionem suam extranea vendiderit, poterit enim Titius eius rei consors, eidem precio quo vendita fuit, ab emptore redimere iuxta ius nostrum regium antiquum ut l. 55, tit. 5 de empt. et vend. part. 5, quod confirmatur per legem nostram cum sequenti, quae hoc addit legi partitae, nempe ut idem tempus novem dierum et aliae solemnitates in retractu sanguinis requisitae in eo intervenciant, et in hoc corrigitur l. falso C. de communi rerum alienatione et l. dudum C. de contrahenda emptione». (MATIENZO, ley 13, glosa 3, n. 1).

⁽⁶⁰⁾ Vid. nota 8.

disciplina del *Fuero Real* a los casos de comunidad previstos por Las Partidas restringió el significado del texto alfonsino al referirse a *alguna heredad que tiene comun con otro*. López, y con él los autores posteriores, estimaron que las razones que militaban en relación con el retracto de sangre no eran las mismas que las que militaban respecto del retracto del comuneros, por lo que había de entenderse que el mismo podía ejercerse sobre muebles, inmuebles y semovientes (61). También podían ser objeto de este retracto los derechos inherentes al fundo, al ser considerados inmuebles (62) y las acciones comunes (63).

La doctrina, después, se ocupó de aquellos casos que, por no existir técnicamente comunidad, no daban lugar al retracto de comuneros. Así, el señor del dominio útil no podía ejercer el retracto si el señor del dominio directo enajenaba su *dominium* (64) y tampoco podían ejercer el retracto de comuneros el usufructuario, si el nudo propietario vendía la cosa (65), ni el nudo propietario

(61) Gregorio LÓPEZ, glosa (b) *alguna cosa a P. 5.5.55*: «...ratio huius legis quae est aequitas ut potius habeat consors rem comunem, quam extraneus ita militat in re mobili et immobili, in contrarium tamem facit lex 75 in Ordin. Thauri, in principium cum dicit (si alguno vendiere parte de alguna heredad que tiene comun con otro, etc.) et sic sentit istam l. procedere in comunione immobilium tantum; et quia etiam in retractu iure proximitatis sanguinis tantum est cautum immobilibus... et forte ita in iudicio practicaretur, ut tantum ista lex procederet in immobilibus... sed de iure verior est prima pars per istam legem indistincte et generaliter loquentem: et quia diversa ratio militat in retractu ratione sanguinis: quam in retractu ratione consortariae», y concluye: «...habebit ergo locum ista lex etiam in re mobili vel semoventi, ut in pecoris et servis: cum istum verbum res, sit generale et omnia comprehendat». En igual sentido, MATIENZO, ley 13, glosa 3, n. 1; ACEVEDO, p. 382.

(62) Gregorio LÓPEZ, glosa (a) *comunalmente de so uno a P. 5.5.55*; MATIENZO, ley 13, glosa 3, n. 3.

(63) HERMOSILLA, Ad. gl. I y III, n. 4.

(64) Gregorio LÓPEZ, glosa (a) *comunalmente de so uno a P. 5.5.55*: «utilis dominus non habet dominium communiter cum directo: sed subalternantur ista dominia: quia non potest idem dominium esse apud duos» y, siguiendo a López, HERMOSILLA, Ad. gl. II, n. 15.

(65) Gregorio LÓPEZ, glosa (a) *comunalmente de so uno a P. 5.5.55*: «quia est diversus ius usus fructus à domino»; GÓMEZ, n. 32: «...si proprietarius vendat suam proprietatem quam habet in re vel fundo, usufructuarius non potest eam retrahere, quia de iure communi hoc non reperitur decisum, nec leges nostrae regiae, hoc disponunt et merito, usufructuarius non est dominus nec quasi dominus directus nec utilis ipsius res,

si el usufructuario vendía su derecho de usufructo ⁽⁶⁶⁾.

Por lo que se refiere, finalmente, al retracto en los casos de dominio dividido, las discusiones doctrinales giraron en torno a la interpretación de la ley 74 de Toro, que establecía, como se recordará, una prelación en los casos en que concurriesen al retracto el pariente más próximo, el señor del dominio directo, el superficiario y el comunero. La cuestión, como decía Gómez, era *subtilis et difficilis* porque, si bien la ley 74 de Toro dejaba claro que el señor del dominio directo, el superficiario y el comunero eran preferidos al pariente más próximo, si concurrían con él al retracto, no decía nada, en cambio, sobre el orden en que debían ser preferidos ni sobre los casos en que concurriesen entre sí personas distintas al pariente más próximo, por ejemplo, el comunero con el superficiario o el señor del dominio directo con el comunero. El problema parece que se resolvió teniendo en cuenta la tensión hacia la consolidación del dominio, de forma que, vendido el dominio útil por el superficiario, tendría preferencia el señor del dominio directo sobre el comunero y el pariente más próximo y, vendida la propiedad del suelo por el señor del dominio directo, tendría preferencia el superficiario sobre el comunero y, desde luego, sobre el pariente más próximo ⁽⁶⁷⁾. El plazo para ejercer el retracto por parte de todas estas personas, incluidos el señor del dominio directo y el superficiario, era, según los autores, de nueve días, pero, al margen, el señor del dominio directo conservaba el derecho de tanteo por dos meses concedido por P. 5.8.29 ⁽⁶⁸⁾. Que la ley 74 de Toro no supuso la derogación de este derecho lo demuestra la Regla 11 para el pago del laudemio de los censos perpetuos en las ventas y fábricas de casas de Madrid, de 1770, donde se concede, además, al titular del dominio útil ⁽⁶⁹⁾.

nec habet partem substantialem eius, sed quandam qualitatem et ius servitutis eius; unde merito proprietarius libere alienare potest».

⁽⁶⁶⁾ GÓMEZ, n. 33.

⁽⁶⁷⁾ GÓMEZ, n. 31; MATIENZO, ley 13, glosa 2, n. único y ley 13, glosa 4, n. 4.

⁽⁶⁸⁾ MATIENZO, ley 13, glosa I, nn. 1 y 2.

⁽⁶⁹⁾ N.R. 10.15.12, Regla 11: Se declara, que no solo al dueño directo compete el derecho de tanteo dentro de dos meses de que se le requiera por el útil, sino también á este en calidad de comunero le pertenece expresamente igual derecho, quando el dueño venda su directo dominio, estando igualmente obligado á requerir al útil, para que dentro de dos meses use, si quiere, este derecho.

Olvidemos momentáneamente los tres tipos básicos de retracto para ocuparnos de otros derechos de adquisición preferente. Tímidamente a fines del siglo XV, durante el XVI y, desde luego, en el siglo XVIII, aparecen unos derechos de adquisición preferente cuyo fundamento no debe buscarse en la necesidad de que los bienes no salgan de la familia, como ocurre con el retracto gentilicio, o en la tensión hacia la consolidación del dominio, como ocurre con el de comuneros o con el del superficiario, sino en el interés y utilidad públicos y en razones de política económica, ya que, como veremos enseguida, o tratan de garantizar la existencia de determinados artículos de primera necesidad o la existencia de determinadas materias primas consideradas fundamentales para ciertos sectores de la industria del Reino ⁽⁷⁰⁾. Son los siguientes:

a) *Candeleros y cereros*. — Los oficiales cereros y candeleros de sebo estaban obligados, según una Pragmática de los Reyes Católicos del 1492, que contenía las Ordenanzas del oficio, a poner en conocimiento de sus compañeros de oficio, por medio de los veedores, la compra de cera o sebo, a fin de que pudiesen comprar la parte que quisieren antes de que tales productos se comercializasen o pudiesen en circulación ⁽⁷¹⁾. Con el mismo fin de exclusión de cualquier comprador no perteneciente al oficio, las citadas Ordenanzas establecían la obligación, por parte de cualquier mercader, de poner

⁽⁷⁰⁾ Un ejemplo de eficacia de los derechos de adquisición preferente en un ámbito bien distinto al señalado en el texto es el tanteo y retracto de moros para redimir cristianos (R. 1.11.3 = N.R. 1.29.3, año 1462): ...y si algun moro en almoneda publica, ò en otra qualquiera manera fuere vendido, y alguno lo quisiere por aquel mismo precio para redimir Christiano, seale dado tanto por tanto, y aunque despues el moro sea vendido, lo pueda aver hasta sesenta dias, dende el dia que el moro fue vendido, por aquel mismo precio, tanto que jure que lo quiere para redimir Christiano. Obsérvese el largo plazo, sesenta días, que, en comparación con el régimen general, se concede para retraer al moro.

⁽⁷¹⁾ R. 7.18.4: Otrosi, ordenamos, y mandamos, que cualquier oficial de dicho oficio que comprare cera, ò sebo, ò labor de cera, ò otra cualquier cosa perteneciente al dicho oficio en la tal ciudad, o villa, ansi de lo que se traxere a ella de fuera parte, como de su tierra, que sea obligado dentro del tercero dia que lo aya comprado, y antes que ponga la tal mercancia en sus casas, ò tiendas, ò almacenes, de lo manifestar a los veedores, para que ellos ho hagan saber a los oficiales del mismo oficio: y a los que quisieren parte de las sobredichas cosas les sea dada dentro del tercero dia por lo que costó, pagandolo, so la dicha pena, con tanto que la dicha compra sea de una arroba arriba.

en concimiento de los oficiales cereros la compra de cera o sebo, a fin de que pudiesen comprar la parte apetecida ⁽⁷²⁾.

b) *Casas de moneda*. — Según el cap. 73 de las Ordenanzas de 13 de junio de 1497, las casas de moneda gozaban de un derecho de adquisición preferente respecto de todo lo necesario para su labor: hierro, acero, carbón, etc. ⁽⁷³⁾.

c) *Pellejeros*. — Desde 1503, los oficiales pellejeros podían tomar por el tanto cualquier pellejería que los mercaderes, otros pellejeros u otra persona cualquiera tuviese comprada para sacar fuera del Reino. Igualmente, los pellejeros, antes de sacar del reino o comercializar las pieles, debían ofrecerlas, por medio de los veedores, a sus colegas de oficio para que en el plazo de tres días las comprasen ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷²⁾ R. 7.18.5: Otrosi, que qualquier otro mercader que comprare en la ciudad, ò villa, ò en sus arrabales qualquier cera, ò sebo por grueso, que sea obligado a lo notificar a los dichos oficiales, para que si quieren parte dello, sea obligado à se lo dar, y si uno, dos, ò mas lo quisieren, sea obligado de les dar la parte que les podía caber, si todos ellos la quisieren, pagandole lo que costare dentro de los dichos tres dias.

⁽⁷³⁾ R. 5.21.73: Otrosi, por quanto Nòs mandamos hazer las monedas susodichas, y para las labrar es menester hierro, y azero, y carbon, sal, y rasuras, y otras cosas, las quales algunas vezes acaece que algunas personas queriendolas comprar para si, no las dexan comprar para la labor de las dichas nuestras casas: Por ende ordenamos, y mandamos a los nuestros contadores mayores dèn nuestras cartas y sobrecartas que menester huvieren, para que sea dado a los nuestros tesoreros de las dichas nuestras casas, las cosas susodichas por justos, y razonables precios antes que a otro ninguno, las quales nuestras cartas mandamos a nuestro Chanciller, y Notario, que libren, y passen, y sellen, sin contradiccion alguna.

⁽⁷⁴⁾ R. 7.19.9: Otrosi, ordeno, y mando, que qualquier pellejero examinado que tuviere tienda publica, pueda tomar por el tanto qualquiera salvagina, ò pellejería que huviere menester para gastar en su tienda para la provisión de mis Reynos, ò qualquier mercader, ó oficial, ò otra qualquier persona que lo tuviere comprado para sacar fuera dellos, pagando el pellejero que tomare tal salvagina, ò pellejería por ello, lo que fuere justo, à vista de los veedores de la tal Ciudad, ò villa. Y mando, que si al tal pellejero sobrare alguna salvagina, ò pellejería, y la quisiere vender, porque no es tal qual conviene, que antes que lo aya de vender lo haga saber a los veedores, para que avisen a los otros oficiales, si lo quisieren gastar en sus tiendas, y si lo quisieren, que dentro del tercero dia vayan a lo comprar, y que yendo los que lo tuvieren, sean obligados de les dar lo que dello quisieren, por lo que fuere justo à vista de los dichos veedores, como dicho es: y lo que dello no quisieren, mando, que lo puedan vender para otra parte de mis Reynos, ò para fuera dellos... y qualquier mercader, ò oficial, ò otra persona alguna, que comprare, ò vendiere alguna cosa, contra el tenor, y forma de lo en estas Ordenanças contenido, pierda el vendedor lo que assi vendiere, y el comprador el precio que por ello oviere dado, todo con el doblo, y se reparta, y de la manera que dichas es.

d) *Albóndigas y casas comunes de las ciudades*. — En 1528, alegando que convenía al «bien público de nuestros Reynos», se estableció un derecho de tanteo en favor de los citados establecimientos dependientes de los concejos para comprar el pan con preferencia a toda otra persona, eclesiástica o seglar ⁽⁷⁵⁾.

e) *Lanas*. — Invocando igualmente el «bien de nuestros reynos», en 1551 se estableció un derecho de preferencia en favor de los fabricantes de paños según el cual, aquéllos podían tomar por el tanto la mitad de las lanas que cualquier persona, natural o extranjera, tuviese compradas para sacarlas del reino, a condición de que las lanas no se extrajesen del Reino, se trabajasen en el mismo y no se revendiesen ⁽⁷⁶⁾. Este derecho fue minuciosamente regulado y amplia-

⁽⁷⁵⁾ R. 5.11.18 = N.R. 10.13.10: Mandamos que las casas y alhondigas comunes de las ciudades, villas y lugares de nuestros Reynos, y sus mayordomos en su nombre, puedan comprar pan adelantado para la provision dellas, segun y como se contiene en la ley precedente. Y porque entendemos que conviene al bien publico de nuestros Reynos, que las dichas Alhondigas sean preferidas en la compra de dicho pan adelantado a todas las personas eclesiasticas, y seglares con quien concurriesen à comprar pan, que no estuviere comprado, que queriendolo ellos por el tanto, lo ayan primero que ninguna de las dichas personas. Y mandamos a los del nuestro Consejo, que sobre esto den las provisiones necessarias en favor de las dichas alhondigas y sus mayordomos.

Aunque sin fundamento legal suficiente, algunos autores defendieron el retracto del trigo en circunstancias de escasez, necesidad o hambre, siempre que los compradores fuesen extraños a la ciudad o villa (COVARRUBIAS, Var. Res. 3.14.6; CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra*... Amberes, 1704, tomo 2, III, III, 50, 51 y 56; HERMOSILLA, Ad. gl. V, n. 10; L. SANTAYANA BUSTILLO, *Gobierno político de los pueblos de España, y el corregidor, alcalde y juez en ellos*, Madrid, IEAL, 1979, p. 49.

⁽⁷⁶⁾ R. 6.18.46 = N.R. 10.13.16: El señor Rey don Enrique Quarto en las Cortes que tuvo, y celebrò en Toledo año de mil y quatrocientos y sesenta y dos, mandò, que de las lanas que en estos Reynos se comprasen para llevar fuera dellos, quedasse la tercia parte en ellos para proveymiento destos Reynos: y agora nos ha sido fecha relacion que convenia para el bien de nuestros Reynos que para los hazedores de los paños se tomasse la mitad dellas: y ansi por el tiempo que nuestra merced, y voluntad fuere, mandamos, que cada, y quando que algunos mercaderes, y personas, assi naturales destos nuestros Reynos, como estrangeros que tuvieren compradas, ò compraren algunas lanas en nuestros Reynos para las sacar fuera dellos, si alguna persona de nuestros Reynos quisiere la mitad de las dichas lanas, las nuestras justicias se la fangan dar, segun, y de la manera, y a los precios, y plaços, y con las condiciones que los susodichos las tuvieren compradas, y compraren: recibiendo ante todas cosas las dichas justicias fianças dellos, legas, llanas, y abonadas en la cabeça de la jurisdiccion donde estuvieren compradas, o se compraren en qualquier pueblo della: seyendo las tales fianças aprovadas por la justicia de tal pueblo:

do en 1779, 1783 y 1802 con el fin de «asegurar y facilitar a las fábricas nacionales las lanas que necesiten para sus operaciones» (77).

f) *Sedas*. — Los tejedores de seda gozaban, desde 1552, del privilegio de tomar por el tanto la seda que los mercaderes comprasen para revenderla (78). En 1760, para evitar la «escasez ó alteracion de precios en los primeros meses inmediatos a la cosecha», se estableció que las fábricas del reino, para poder ejercer el derecho de preferencia antes citado, tendrían que hacer constar que necesitaban la seda para sus labores, obligándose a no extraerla del Reino (79), exigencia que fue suprimida en 1772, a fin de que las fábricas de seda usasen «indistintamente de este derecho sobre todas las sedas compradas para extraer, mientras no hayan salido del reyno, con solo la obligación de manufacturarlas por sí ó de su cuenta» (80). En 1789 se recordó nuevamente que el derecho de preferencia concedido a las fábricas de seda se refería a las sedas compradas por naturales o extranjeros para revenderlas o sacarlas del reino, per no a las sedas cuyo destino fuese las fábricas interiores (81).

g) *Obligados y abastecedores de pescado*. — Una pragmática de 1551 autorizó a los obligados y abastecedores encargados del suministro de pescado a los pueblos para que tomasen por el tanto el pescado que otros tuviesen comprado para revender, de forma que, concurriendo un obligado con un abastecedor, se prefiriese al primero (82). La razón de esta preferencia estribaba en que, mientras el

por las quales se obliguen que la dicha mitad de la lana que assi se les diere, no la sacaran por sí, ni por interpositas personas fuera de nuestros Reynos, y que las labraran en ellos, y no las revenderan, ni traspasaran en persona alguna, so pena de las aver perdido para nuestra Camara, y en pena de otros veynte mil maravedis, la mitad dellos para el Iuez que lo sentenciare, y la otra mitad para el que lo denunciare...

(77) N.R. 10.13.17 y 18.

(78) R. 5.12.20 = N.R. 10.13.12: Mandamos, que qualquier personas que tuvieren por trato de hazer texer seda, puedan tomar por el tanto la seda que qualesquier, mercaderes compraren para tornar à vender, dentro de diez dias despues que uvieren comprado, obligandose que las texeran o haran texer para las vender por junto, ò por menudo, y no en otra manera, so pena que lo haya perdido con el valor de otro tanto.

(79) N.R. 10.13.13.

(80) N.R. 10.13.14.

(81) N.R. 10.13.15.

(82) R. 5.11.20 = N.R. 10.13.11: Mandamos que los obligados a dar abasto de pescado en los pueblos y bastecedores dellos, puedan tomar en los pueblos, y en las ferias, y mercados que se fazen en estos Reynos, por el tanto, el pescado que otros tuvieren

obligado era un suministrador forzoso o necesario, el abastecedor cumplía sus funciones voluntariamente ⁽⁸³⁾.

h) *Casas del Real Sitio de Aranjuez*. — La Real Orden de 27 de agosto de 1757 estableció un curioso derecho de adquisición preferente, según el cual el Monarca se reservaba la facultad de tantear las casas sitas en el Real Sitio de Aranjuez cuyos dueños pretendiesen venderlas. Esta R.O. se insertó como nota a la ley 8, título 13, libro 10 de la Novísima Recopilación, que no era otra que la ley 74 de Toro, reconocedora del retracto entre señor directo y superficiario, porque la razón invocada para el establecimiento de este derecho fue la condición de Su Majestad de dueño del suelo en que las casas estaban edificadas ⁽⁸⁴⁾.

i) *Fábricas de jabón*. — En 1769 se otorgó a las fábricas de jabón del Reino la facultad de tomar por coste y costas todas las cantidades de sosa y barrilla que necesitasen para su consumo, especialmente de aquellos que tuviesen almacenados dichos productos para su posterior extracción del Reino ⁽⁸⁵⁾.

comprado para revender, dentro de dos días despues que lo uvieren comprado, pagando a los compradores lo que les uviere costado, y las costas que uvieren hecho, llevando testimonio como son obligados ò bastecedores de los tales lugares, en que se declare la cantidad que van a comprar, y que en un año no se les de mas de un testimonio, y en las espaldas se pongan las compras que hazen, porque no puedan comprar, ni tomar por el tanto mas de lo que ovieren menester, con que el tal obligado, y bastecedor, no la pueda tornar à vender, sino fuere en cumplimiento de sus obligaciones, so pena que lo aya perdido con otro tanto mas: y concurriendo en la dicha compra un obligado y un bastecedor se prefiera al obligado.

⁽⁸³⁾ MATIENZO, ley 20, glosa 3, n. único; CASTILLO DE BOBADILLA, *Política*, tomo 2, III, III, 26.

⁽⁸⁴⁾ R.O. 20 agosto 1757, nota (1) a N.R. 10.13.8: ...Siempre que cualquier dueño de las casas del Real Sitio de Aranjuez quiera vender alguna ó algunas, sea obligado à hacerlo saber à los oficiales del dicho Real Sitio, para que, dando estos noticia de ello, pueda S.M. tomarlas por el tanto, como dueño del suelo en que están edificadas; y quando no las quiera, se tome la razon de la persona à quien se vende ó enagenan; sabiéndose por este medio, que no se contraviene á la condiccion de que no pasen á Manos-muertas.

⁽⁸⁵⁾ N.R. 10.13.19: Conformandome con el dictamen de mi Junta General de Comercio y Moneda, he resuelto declarar, y conceder por punto general á todas las fábricas y fabricantes de xabon de estos mis reynos el privilegio y derecho de tanteo por costes y costas en todas las cantidades de sosa y barilla, que necesiten para los respectivos consumos de sus propias fábricas; entendiéndose dicho tanteo, no solo en los que se vendan por los cosecheros de los expresados géneros, sino especialmente en los que se hallen

j) *Fábricas de indianas*. — Una Real Cédula de 30 de junio de 1773, por la que se aprobó la constitución de una sociedad de fabricantes de indianas de Barcelona, estableció en favor de ésta y de todas las demás fábricas de indianas de España el privilegio de tantear todos los algodones procedentes de América que fuesen necesarios para la fabricación de dichos tejidos ⁽⁸⁶⁾.

k) *Fábricas de papel*. — Todas las fábricas de papel del reino gozaron con carácter general, desde 1781, del privilegio del «tanteo del trapo», en concurrencia con acopiadores y tratantes ⁽⁸⁷⁾.

l) *Fábricas de tejido de lino y cáñamo*. — Estas gozaron desde 1793 del privilegio de tomar por el tanto el lino y el cáñamo de cualquier comprador, natural o extranjero, que tuviese almacenados tales frutos para revenderlos o sacarlos del reino ⁽⁸⁸⁾.

m) *Bienes de Manos-muertas*. — Como adelanto de la posterior

acopiados o almacenados en poder de factores, comisionistas, o tratantes de ellos, ó para extraerse fuera de mis dominios.

⁽⁸⁶⁾ Nota (3) a N.R. 10.13.21.

⁽⁸⁷⁾ N.R. 10.13.20: Por Real Cédula de 26 de octubre de 1780 (ley 11, tit. 25, libro 8) tuve á bien conceder por punto general á todas las fábricas de papel del reino diferentes gracias y franquicias. Deseando pues mi Junta General la subsistencia y floreciente estado de dichas fábricas, y reflexionando, que han gozado algunas de ellas por cédulas antiguas del privilegio del tanteo del trapo, cuya gracia no se incluyó en las concedidas por punto general, me hizo presente, que hallándose prohibida la extraccion de dicho género á reynos extraños, contemplaba muy útil, se concediese por punto general á las referidas fábricas el citado derecho del tanteo del trapo en competencia de los acopiadores ó tratantes; y he venido en deferir á ello, concediendo, como por la presente concedo, por punto general á todas las fábricas de papel del reino el tanteo del trapo en competencia de los acopiadores y tratantes.

⁽⁸⁸⁾ N.R. 10.13.21: He venido en conceder por punto general á todas las fábricas de texidos de lino y cañamo, establecidas ó que se establezcan de aquí en adelante en estos reynos, el privilegio de tantear en tiempo y forma estos frutos, ó primeras materias de produccion de ellos, sobre cualquier comprador, natural ó extranjero, que las hubiere acopiado para revender ó extraer, y no con expreso destino para otras fábricas nacionales de la misma clase; sin que los que usen de este derecho tengan precision de hacer constar, que lo que tantean lo necesitan para las suyas, pues bastará la obligación jurada de manufacturarlo por sí, ó de su cuenta en el reino; y que executen sin fraude, ni otra inversion que les pueda privar de este privilegio, el qual ha de enterderse con calidad de que el fabricante reintegre al comerciante el precio, á que por contrata ó ajuste con el cosechero resultare haberle comprado el cañamo o el lino, y ademas le pague un medio por ciento al mes, desde el día que hubiere desembolsado su importe hasta el en que se verifique el tanteo, por el lucro cesante, y el premio del dinero que tuviere expendido en ello...

legislación desamortizadora, en 1793 se estableció que en las ventas y trasposos de bienes pertenecientes a Manos-muertas se prefiriese por el tanto a los compradores legos, si los hubiese ⁽⁸⁹⁾.

De toda esta serie de derechos de adquisición prefente, dos aspectos, recientemente señalados por Coca ⁽⁹⁰⁾, merecen ser resaltados. En primer lugar, su relación con el sistema gremial de producción, lo que explica que tales derechos se presenten como verdaderos privilegios. La misma legislación, como acabamos de ver, no es parca en la utilización del término *privilegio* al referirse a los derechos de que gozaban ciertos fabricantes. En segundo lugar, los argumentos de política económica que los inspiran, lo que se deduce de las alusiones que, también en la legislación, se hacen al interés del Reino, a la escasez de bienes, a los precios, etc. Privilegios o instrumentos de política económica, Jovellanos, a finales del siglo XVIII, enumeraba los derechos de adquisición preferente dentro del grupo de los «*Estorbos políticos o derivados de la legislación*» que entorpecían el desarrollo de la agricultura y, en particular, atentaban contra la libre contratación y libertad de comercio, desterrando la competencia ⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁹⁾ N.R. 1.5.16.2: Los bienes adquiridos por Manos-muertas de clérigos particulares después del concordato están sujetos á su concesion, igualmente que los adquiridos de los legos; pero por lo que hace al servicio ordinario y extraordinario, solo deberán cargarse á los adquiridos de legos pecheros, y no á los habidos de nobles, clérigos ó Manos-muertas, debiendo asimismo entenderse, que no están sujetos á la ley del Concordato los bienes que al tiempo de él eran de Manos-muertas, y pasaron sin interrupción á otras de igual clase; con calidad de que semejantes ventas y trasposos se hayan de hacer públicamente, y sea preferido en ellas por el tanto el comprador lego, si le hubiere.

⁽⁹⁰⁾ E. COCA PAYERAS, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988, p. 73.

⁽⁹¹⁾ *Informe de la Sociedad Económica de esta Corte al Real y Supremo Consejo de Castilla en el expediente de Ley Agraria, extendido por su individuo de número el Sr. D. Gaspar Melchor de Jovellanos, à nombre de la Junta encargada de su formación y con arreglo á sus opiniones*, Madrid, M.DCC.XCV, n. 235: Resulta del lo dicho que la prohibición de comprar fuera de puertas: la de vender sino a cierta hora, en ciertos puestos, y baxo ciertas formas impuestas á los revendedores: la de proveerse antes que lo que se llama al público, impuesta a fondistas, bodegoneros, figoneros y mesoneros, como si no fuesen sus criados, las preferencias y tanteos en las compras, concedidos á ciertos grupos de personas y otras providencias semejantes de que están llenos los reglamentos municipales, son tan contrarias como las tasas y posturas á la provisión de sus mercados, pues que no entibian menos la acción del interés individual, desterrando de ellos la concurrencia y la abundancia, Produciendo la carestía de los abastos.

Fue contra estos privilegios, y a fin de fomentar la agricultura y la ganadería, contra los que se dirigieron algunas medidas por las Cortes de Cádiz. Así, el Decreto de 8 de Junio de 1813 *sobre libre establecimiento de fabricas y ejercicio de cualquier industria util* supuso un duro golpe al sistema de organización gremial, al permitir a todos los españoles y extranjeros la creación de fábricas sin licencia alguna y la dedicación a los oficios sin necesidad de incorporación a los gremios ⁽⁹²⁾, mientras el Decreto, también de 8 de Junio de 1813, de *varias medidas para el fomento de la agricultura y ganadería* supuso la supresión de la mayoría de los derechos de adquisición preferente que antes he mencionado ⁽⁹³⁾. Quedaban, pues, los tres tipos básicos, cuya suerte se decidió en el periodo siguiente.

En una clara alusión a Jovellanos y a todos los que culpaban a las leyes del estancamiento de la economía, Benito Gutiérrez, ya en la segunda mitad del siglo XIX, dirá lo siguiente: «Sobre que aquellos tiempos han pasado, sobre que el tanteo entre nosotros no existe ó está reducido a las rarísimos casos consignados en el derecho, vamos a suprimir su estudio, porque si lo hicieramos, francamente, más que motivos para censurar el tanteo, tendríamos ocasión de compadecer la ciega, la rabiosa intolerancia de alguna escuela que declara a las leyes culpables de todos los atrasos; que no sabe perdonar a los *legistas* (subrayado de Gutiérrez) sus errores económicos: ¡errores económicos! ¡ah! ¡de cuántos tendrá que hacer cargo a nuestro siglo la generación que nos suceda! (B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, II, tercera edición, Madrid, 1871, pp. 462-463.

⁽⁹²⁾ Decreto CCLXII: I. Todos los españoles y los extranjeros avecindados o que se avecinden en los pueblos de la Monarquía, podrán libremente establecer las fábricas... de cualquier clase que les acomode, sin necesidad de permiso ni licencia alguna, con tal que se sujeten a las reglas de policía adoptadas, o que se adopten para la salubridad de los mismos pueblos. II. También podrán ejercer libremente cualquier industria ú oficio útil, sin necesidad de examen, título o incorporación a los gremios respectivos, cuyas ordenanzas se derogan en esta parte. (Utilizo la *Colección de Decretos y Ordenes de las Cortes de Cádiz*, tomo II, Madrid, Publicaciones de las Cortes Generales, 1987).

⁽⁹³⁾ Decreto CCLIX: VIII. Así en las primeras ventas como en las ulteriores ningún fruto ni producción de la tierra, ni los ganados y sus esquilmos, ni los productos de la caza y pesca, ni las obras del trabajo y de la industria estarán sujetas a tasas ni posturas, sin embargo de cualesquiera leyes generales o municipales. Todo se podrá vender y revender, al precio y en la manera que más acomode a sus dueños, con tal que no perjudiquen a la salud pública; y ninguna persona, corporación ni establecimiento tendrá privilegio de preferencia en las compras; pero se continuará observando la prohibición de extraer a países extranjeros aquellas cosas que actualmente no se pueden exportar, y las reglas establecidas en quanto al modo de exportarse los frutos que pueden serlo. IX. quedará enteramente libre y expedito el tráfico y comercio interior de granos y demás producciones de unas a otras provincias de la Monarquía, y podrán dedicarse a él los ciudadanos de

IV. LA CODIFICACIÓN ANTE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.

A los codificadores se les planteó el problema de elegir entre dos opciones: o respetar la tradición, lo que suponía seguir manteniendo una reminiscencia del régimen vinculatorio de la propiedad, o adoptar las nuevas corrientes liberalburguesas conducentes a facilitar la libre circulación y contratación, mediante la abolición de todo aquello que resultase cercano a la noción de privilegio.

El Proyecto de Código civil de 1836 ⁽⁹⁴⁾ comenzó a transitar por el segundo de los caminos señalados y, si bien conservó el tanteo y retracto de condueños o comuneros ⁽⁹⁵⁾ y el enfiteútico ⁽⁹⁶⁾, por ser estimados, como se dice en la Exposición de Motivos, «favorables a

todas clases, almacenar sus acopios donde y como mejor les parezca, y venderlos al precio que les acomode, sin necesidad de matricularse, ni de llevar libros, ni de recoger testimonios de las compras.

Con anterioridad, un Decreto de 14 de enero de 1812 sobre Abolición de las Leyes y Ordenanzas de montes y plantíos había suprimido las preferencias y tanteos respecto de la madera. Tanto éste como el Decreto CCLIX de 8 de junio de 1813, antes citado, tuvieron que ser nuevamente puestos en vigor por ley 23 de noviembre de 1836 y por R.D. de 6 de septiembre de 1836, respectivamente, al haber sido derogados durante el período absolutista de Fernando VII.

⁽⁹⁴⁾ En el Proyecto de Código civil de 1821 ya figuraban los principios fundamentales a partir de los cuales hubiese podido operarse el desmantelamiento de los derechos de tanteo y retracto. Su art. 34 decía que «La libertad civil, la propiedad, la seguridad individual y la igualdad legal componen los principales derechos legítimos de los españoles» y, a los efectos que aquí interesan, el art. 43, 3º definía la propiedad como «el derecho de usar, disfrutar y disponer libremente de las cosas muebles o inmuebles que pertenecen a uno o muchos en virtud de título establecido por la ley» (Cito los textos de los diferentes Proyectos de Código Civil por J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación civil (génesis e historia del Código)*, II, Madrid, 1979). El no haber llegado a su fin, impidió que el Proyecto de 1821 se pronunciase sobre los derechos de adquisición preferente.

⁽⁹⁵⁾ Art. 1154 del Proyecto de C.c. de 1836: La ley concede el derecho de tanteo o retracto a los condueños de una cosa cuando alguno de ellos vende la parte que le corresponda en ella, a una tercera persona que no es partícipe del dominio. Este derecho es transmisible a los herederos.

⁽⁹⁶⁾ Art. 1155 del Proyecto de C.c. de 1836: También tienen el derecho de tanteo el enfiteuta y aquel a quien pertenece el dominio directo de la cosa enfiteútica cuando venden los derechos que respectivamente les corresponden en la misma, a menos que en la constitución del enfiteusis hubieren pactado lo contrario.

la agricultura y a la mayor conservación de las propiedades», al facilitar la concentración del dominio en un solo propietario ⁽⁹⁷⁾, suprimió el retracto gentilicio en un contundente artículo 1.176: «Quedan derogadas todas las demás especies de retractos reconocidos anteriormente por la ley o por costumbre de que no se hace mención en este Código».

Merece la pena detenerse en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código civil de 1836, ya con él se inicia el debate decimonónico sobre el retracto gentilicio, al objeto de conocer los argumentos esgrimidos por los firmantes de la Exposición de Motivos para justificar la supresión de este retracto.

En primer lugar, y después de poner de manifiesto los «grandes pleitos» de que había sido origen la materia y el gran perjuicio individual ocasionado, consecuencia de la rescisión del contrato en que consiste el retracto, frente a la poca utilidad pública reportada ⁽⁹⁸⁾, se señaló la negativa repercusión en el principio de libre disposición ⁽⁹⁹⁾:

«Primeramente se coartan con él el derecho de propiedad y la libre disposición que cada uno debe tener de sus cosas, lo cual pugna con uno de los principios fundamentales del Derecho. El dueño de la finca sujeta al derecho de retracto no tiene un pleno dominio de ella por cuanto no puede traspasarla a un tercero libremente; y aunque él sea una persona indigna y viciosa, aunque haya hecho los mayores agravios al vendedor, no obstante este ha de preferirle forzosamente a un extraño más benemérito» ⁽¹⁰⁰⁾.

Se tuvieron en consideración, en segundo lugar, los graves per-

⁽⁹⁷⁾ «...siempre debe procurarse que cada cosa pertenezca a un dueño y no varios, para evitar discordias y promover la industria individual, lo cual se logra mejor que cuando la propiedad de una cosa pertenece a dos o más...».

«Por iguales razones que se ha concedido el derecho de retracto al compropietario, se concede también al enfiteuta y al señor del dominio directo...» (LASSO, *Crónica*, 4-II, p. 106).

⁽⁹⁸⁾ LASSO, *Crónica*, 4-II, p. 105.

⁽⁹⁹⁾ Téngase en cuenta, a estos efectos, que el Proyecto de 1836, en su art. 621, define la propiedad como «derecho que uno tiene en sus cosas para disponer de ellas a su arbitrio, con tal que no haga un uso prohibido por las leyes o pactos».

⁽¹⁰⁰⁾ LASSO, *Crónica*, 4-II, p. 105.

juicios causados a la agricultura y al valor de las propiedades por lo que se calificó de un abuso secular:

«La fatal propensión a vincularlo todo, a coartar más y más la circulación de la propiedad aun después de la institución de los mayorazgos, fue la causa principal de que se conservase este retracto gentilicio con privilegios todavía más extensos; pero ya es tiempo de hacer ver los inconvenientes que resultan a la agricultura y al valor de las mismas propiedades de este abuso mantenido en España por espacio de tantos siglos».

.....

«¿Qué sucederá si la finca recae en un pariente poco industrioso o destituido de medios para adelantar el cultivo de ella? Claro es el resultado: producirá poco; al paso que si hubiese recaído en un extraño provisto de medios para mejorarla, se haría más productiva y en ello ganaría la causa pública.

Además, una finca que se pone en venta con esta calidad de retracto no puede tener tanto precio como si se dispusiese de ella libremente; porque muchos compradores se retraen sabiendo que después de vendida aquélla podrá quitársela un pariente; y es bien claro que la mayor o menor concurrencia de compradores hace subir o bajar el precio de las cosas» (101).

Incluso el plazo de nueve días que desde el siglo XIII se venía concediendo para el ejercicio del retracto era, según los autores de la Exposición de Motivos, fuente de inconvenientes:

«Consideremos ahora bajo otro aspecto el retracto. Los nueve días que se conceden para usar de este derecho, o han de contarse desde que la venta llegue a noticia del pariente retractista, o desde el día en que se celebró el contrato. En el primer caso podrá suceder que el pariente lo ignore muchos años o por larga ausencia o por otras causas. Siendo así, estará en suspenso la propiedad y el comprador no se atreverá a hacer mejoras temiendo al pariente que puede venir a retraerla. En el segundo caso, el derecho de retracto viene a ser ilusorio, porque el vendedor y el tercer comprador harán el otorgamiento con sigilo para que no llegue a noticias del pariente que tiene el derecho de retracto en el expresado término de los nueve días» (102).

En la Exposición de Motivos, finalmente, se hace alusión a la la-

(101) LASSO, *Crónica*, 4-II, p. 105.

(102) LASSO, *Crónica*, 4-II, pp. 105-106.

bor que, a partir de las Leyes de Toro, fue llevada a cabo por la jurisprudencia, consistente en ampliar los supuestos de aplicación en una materia que, como hemos visto, era considerada odiosa y de interpretación restrictiva:

«Como si los perjuicios experimentados en los siglos anteriores fuesen de ningún momento, la ley 73 de Toro amplió el derecho de retracto concediéndolo a todos los parientes del vendedor dentro del cuarto grado. No contentos todavía con esto, los intérpretes de nuestras antiguas leyes, aunque sentaban el principio de que la materia de retractos es odiosa y que por consiguiente la interpretación de las leyes en este punto más bien debe restringirse que ampliarse, defendieron: 1º, que el derecho de retracto correspondía a los parientes más próximos del vendedor cuando éste hubiese vendido la cosa no a un extraño, sino a un pariente más remoto, siendo así que los bienes no salían en tal caso de la familia; 2º, que podía un pariente retraer por mitad la cosa vendida a otro pariente de igual grado; 3º, que estaban sujetas al derecho de retracto no sólo las cosas adquiridas por título de herencia, sino también las habidas por venta, trueque, donación u otro título singular» (103).

El Proyecto de Código civil de 1836 no cuajó y la inquina contra el más tradicional de los retractos volvió pronto a ponerse de manifiesto. El día 13 de mayo de 1841 fue presentada al Congreso una proposición de ley por los Diputados Gómez de Acebo y otros de muy altos vuelos: se pretendía la supresión del retracto gentilicio, del de comuneros e incluso del pacto de retroventa. La correspondiente Comisión del Congreso desestimó el proyecto con el voto particular de Gómez de Acebo y Ruíz del árbol, quienes, en 4 de junio de 1841 propusieron al Congreso la deliberación de un nuevo proyecto de ley, cuyo artículo único era el siguiente: «Se derogan todas las leyes que conceden el derecho de retracto llamado legítimo, gentilicio ó de abolengo» (104).

El proyecto fue discutido en sesión del Congreso de 7 de junio de 1841. Pocas sesiones parlamentarias resultan tan sustanciosas para un historiador del Derecho. En esta sesión no sólo sale relucir la dialéctica derecho castellano / *ius commune*; también sale a colación la dialéctica entre el código y el fuero, entre lo que son instituciones

(103) LASSO, *Crónica*, 4-II, p. 105.

(104) *Diario de las Sesiones de Cortes*. Congreso de los Diputados. Legislatura de 1841. Apéndice tercero al n. 62, p. 1186, col. 2ª.

indispensables de la legislación general y lo que sólo son privilegios y, cómo no, las diferencias entre el nuevo concepto de propiedad sin trabas, liberal, burgués e individualista, y el antiguo. No me ocuparé de los diversos frentes en los que se desarrolló la discusión ni del análisis de los diversos argumentos. Me ceñiré únicamente a la controversia que da título a mi trabajo, es decir, al debate *ius proprium / ius commune* ⁽¹⁰⁵⁾.

Uno de los principales argumentos esgrimidos en contra del voto particular, esto es, en contra de la supresión del retracto gentilicio, fue la antigüedad de éste. Fue precisamente cuando el Diputado Luzuriga puso de manifiesto que el retracto gentilicio se hallaba «incorporado a nuestras costumbres», lo que no podía silenciarse si un Código, decía Luzuriaga, debía ser, además de un sistema, una historia, cuando por primera vez se aludió a la existencia de las dos tradiciones jurídicas a las que me he venido refiriendo anteriormente:

«Se ha dicho que un cuerpo de leyes debe ser una historia, y debe ser un sistema. Una historia, porque al legislador toca reunir las opiniones ya formadas en el pueblo, y abrazarlas, sin perjuicio de modificarlas y reformarlas también.

El derecho de retracto de que se trata, llamado también gentilicio ó de familia, está incorporado en nuestras costumbres. El sabio Mariana, cuya autoridad me parece que es respetable, particularmente en este Congreso, ha llegado hasta calificar de insignes y de sagradas las leyes del retracto y del derecho gentilicio, porque formaban parte de nuestra antigua Constitución política y civil; y ha reprendido amargamente la conducta de los autores de las leyes de Partida, porque habiendo tenido mucho cuidado de consignar en ellas todas las disposiciones del derecho romano, hasta las más menudas, se olvidaron de los retractos.

Por lo mismo, sería faltar á una de las condiciones primeras del legislador el abolirlas solo por incidencia; porque si se tratase de los Códigos, podríamos entrar en el exámen y origen de esta institución; pero por incidencia improvisar la abolición de los retractos familiares ha parecido a la mayoría de la comisión que sería aventurar el acierto.

.....

Pero hoy no dejaría de ser chocante que ya que ponemos la mano en la reforma de la legislación, empecemos por uno de sus ramos subalter-

⁽¹⁰⁵⁾ Para el resto de la discusión habida en la sesión de referencia me remito a COCA, *Tanteo*, pp. 91-105.

nos, por uno que trae su origen de nuestras costumbre más remotas, que es español, esencialmente español» ⁽¹⁰⁶⁾.

Y si Luzuriaga, siguiendo a Mariana, se lamentaba de que las Partidas no hubiesen recogido el retracto gentilicio, Gómez de la Serna, que también era favorable al mantenimiento del mismo, explicó la razón de tal omisión, ahondando todavía más en el debate *ius proprium / ius commune*. Efectivamente, el retracto gozaba de una gran tradición histórica; tan grande, que ni el paso de los siglos, ni las doctrinas del *ius commune* enseñadas en las Universidades, ni la opinión de los letrados habían logrado enterrar la institución en el olvido. Prueba de ello era que toda la legislación originalmente española, vale decir, castellano-leonesa, para matizar a Gómez de la Serna, había recogido el retracto. Porque las Partidas no lo incluyesen no significa que deba abolirse, ya que, concluía Gómez de la Serna, Las Partidas no eran un código de origen español, sino un código importado:

«Digo, señores, que no se tienen presentes los antecedentes que son indispensables para variar esta institución, que ha resistido á los siglos, que no han podido arrancar de España las doctrinas opuestas que hemos bebido en las Universidades, ni el olvido que de nuestra jurisprudencia foral hubo en las mismas Partidas, ni el prurito que ha habido por trasladar á España todas las doctrinas del derecho romano, desde que holladas las Pandectas en Amelfi, se extendió su estudio á Salamanca desde las escuelas de París y de Bolonia, y esta es cosa digna de consideración; porque una institución que ha resistido á las opiniones de los letrados y al espíritu de una legislación nueva, más perfecta sin duda que la antigua, reclama de nosotros circunspección antes de destruirla, y nos revela que en los hábitos y en las costumbres existe aún más que en las leyes. No se entienda por esto que yo abogo por ella; pero creo que es una institución digna de respeto, y que antes de abolirla es menester examinarla detenidamente.

Que en los términos dichos ha existido esta institución, me parece lo ha demostrado perfectísimamente mi compañero el Sr. Luzuriaga. Los fueros de Baeza, el de Cuenca, el de Zamora, el de Alcalá, el de Cáceres, el de Salamanca, todos los fueros municipales de alguna importancia de León y Castilla, el Fuero Viejo, el Real; en una palabra, toda la legislación originalmente española la ha reconocido, y solo la han

⁽¹⁰⁶⁾ *Diario de las Sesiones de Cortes*. Congreso de los Diputados. Legislatura de 1841. N. 64, sesión de lunes 7 de junio de 1841, p. 1219, cols. 1ª y 2ª.

omitido las Partidas; pero excusado es que yo manifieste al Congreso que las Partidas no es un Código de origen español, que es Código importado. Pues bien, señores; ¿tenemos á la vista todos estos Códigos? ¿Hemos visto toda la relación y dependancia que tenga el retracto gentilicio con los demás puntos de la legislación? ¿Lo hemos examinado? Yo en este punto me refiero á la buena fé del Sr. Gomez de Acebo, que sabe que la comisión no se ha ocupado de este trabajo.

.....

Por todas estas razones, yo rogaría al Congreso que desechara el voto particular, y que tuviera presente que si se aprueba se van á destruir leyes que están en el Fuero Viejo, en el Fuero Real, y en todos los municipales, y que solamente están desterradas en un Código de importación extranjera;» (107).

Los detractores del retracto esgrimían, entre otros, el argumento de que las leyes sobre dicha materia, además de oscuras, no eran sino fuente de continuos pleitos que enturbiaban el sosiego y la paz de las familias. Pues bien, para demostrar dichas afirmaciones, sacaron a colación la labor de oscurecimiento llevada a cabo por la jurisprudencia del *ius commune*, en una clara alusión a la complicación de las discusiones en torno a las *quaestiones* que en otro momento he mencionado. Decía así el Diputado Ruíz del Arbol:

«Por la conveniencia pública, porque la conveniencia pública reclama y exige el libre ejercicio del derecho de propiedad; proclama su independencia, que no puede conseguirse con los retractos de sangre, que la embaraza y que por otra parte no hace más que turbar el sosiego y la paz de las familias.

En efecto, señores, esos retractos por su índole misma, por la oscuridad de su legislación especial, que es tal, que aun después de tantos siglos todavía se disputa sobre cosas que ella comprende; esos retractos que dan lugar á tantas controversias reñidas, que tantas disputas ofrecen sobre si la ley de Toro es correctiva del ordenamiento de Nieva y de las leyes del Estilo, sobre si la cosa es mueble ó inmueble, si ha de ser todo patrimonio ó sólo abolengo, si se han de contar los grados de parentesco de esta ó la otra manera, si han de empezar á correr los nueve días desde el día de la convención ó del contrato, ó si desde que se otorgó la escritura ha de correr de momento á momento esos días o civilmente, en una palabra, no son en el día más que una fuente perenne de disputas y pleitos» (108).

(107) *Diario*, p. 1221, col. 1ª y p. 1222, col. 2ª.

(108) *Diario*, p. 1220, col. 1ª.

Pero hasta tal punto era fuerte el convencimiento, por parte del Gobierno, de la necesidad de seguir manteniendo el retracto, que el debate, hasta ahora centrado fundamentalmente en la contraposición leyes castellanas/Partidas/Derecho romano, se extrapoló a los fueros de otras regiones y, pese a la contundente afirmación de Ruíz del Arbol «... yo no comprendo lo que son fueros en una Nación constitucional» (109), el entonces Ministro de Gracia y Justicia, José Alonso, advirtió que el retracto no era sólo una institución de derecho especial castellano, sino también de otras provincias donde se había recibido con mucha afición, lo que no podía pasarse por alto — decía — teniendo en cuenta «que las leyes que se dicten ahora tienen que regir en toda la Monarquía, no en ciertos y determinados territorios, pues tiempo es ya de que la legislación sea uniforme.» El Ministro terminó su intervención proponiendo el aplazamiento de la discusión sobre la supresión del retracto hasta el momento de presentarse el Código Civil a las Cortes. Así, la dialéctica *ius proprium versus ius commune* adquiría nuevas tonalidades:

«Es necesario respetar todas las leyes, no por su antigüedad, sino por el aprecio en que las tienen los pueblos; es necesario antes de roformarlas examinar si están satisfechos y contentos con estas leyes, si las mismas causan perjuicios y si hay reclamaciones sobre ellas. Cuando las leyes causan perjuicios, las reclamaciones son consiguientes; y vemos que la ley de retractos está en práctica por espacio de siglos, porque se remonta hasta el Fuero Juzgo en cierto modo, y tal como se conoce hoy hasta el Fuero Real, y sin embargo no se han oído clamores contra los perjuicios de su observancia.

Esto denota, señores, que no hay necesidad de precipitar la discusión ni la aprobación de esta ley, porque para destruir aquello á que tienen afición los pueblos es necesario ir minando poco á poco esa misma afición, á fin de que la ley que se crea conveniente pueda á su tiempo ser bien recibida. Es necesario además considerar todos los Códigos que han hablado del retracto; consideración que, según he oído á algunos señores, no han tenido los autores del voto particular. Son muchos los Códigos que hay que tener presentes para hacer una innovación en la legislación del retracto.

Hay provincias donde se recibió con mucha afición, que en ellas fué un elemento de su política. En la legislación de Castilla solo se dan nueve días para interponer el retracto; en Aragón, en Navarra, en todas las

(109) *Diario*, p. 1220, col. 2ª.

provincias donde rige el Fuero de Sobrarbe el retracto tiene de término un año y un día. ¿Esto qué prueba? que había una afición inherente á su institución, pues por el Fuero de Sobrarbe tuvo el retracto en esas provincias el mismo objeto que en la ley de los judíos. La Nación judáica se dividió en tribus, y á cada una de ellas correspondía cierto número de familias de aquella Nación: para conservar esta división de tribus preciso era también conservar las familias, y dar á éstas medios para que pudiesen existir conservando sus bienes: esta es la razón por que la Nación judáica estableció el retracto. Pues los fundadores del Fuero de Sobrarbe se propusieron también la conservación de las familias, y entre los medios que para ello escogieron fué uno el de la troncalidad, otro el del retracto: esta es la razón por que para interponerlo se dió allí un término tan lato cual no se conoce en ninguna otra legislación.

Por consiguiente, es necesario examinar todo esto, porque es preciso estar en que las leyes que se dicten ahora tienen que regir en toda la Monarquía, no en ciertos y determinados territorios, pues tiempo es ya de que le legislación sea uniforme. Por otra parte, señores, no habiendo una precisión excitada por reclamaciones de nadie, ¿qué necesidad hay de precipitar la determinación de esta ley, cuando el Gobierno además hará todos los esfuerzos para que venga aquí muy pronto el Código Civil?

.....

Por estas consideraciones, el gobierno conviene en el principio sentado, y en que convienen tanto la mayoría como la minoría de la comisión; pero espera también de la sensatez del Congreso que aplace esta cuestión para cuando se trate en el Código civil de estas disposiciones» ⁽¹¹⁰⁾.

Las razones contrarias al mantenimiento del retracto decidieron a los Diputados a votar a favor del voto particular, esto es, a favor del proyecto de ley derogatorio del retracto gentilicio. La legislatura, sin embargo, terminó en agosto de 1841 y del proyecto nunca más se supo.

El Proyecto de Código Civil de 1851 insiste nuevamente en la necesidad de abolir el retracto gentilicio y, por ello, redujo las especies de retracto legal al de comuneros ⁽¹¹¹⁾, coherederos, variedad, en el

⁽¹¹⁰⁾ *Diario*, p. 1227, col. 2ª y p. 1228, col. 1ª.

⁽¹¹¹⁾ Art. 1451 del Proyecto de C.c. de 1851: El copropietario de una cosa común que no puede dividirse cómodamente o sin menoscabo, puede usar del retracto, en el caso de venderse a un extraño la parte de alguno o de todos los demás condueños.

En el caso que dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorata de la porción que tengan en la cosa común.

fondo, del de comuneros ⁽¹¹²⁾, enfiteútico ^(112bis) y al llamdo de créditos litigiosos ⁽¹¹³⁾. Las razones argüidas por García Goyena están relacionadas fundamentalmente con la ideología desvinculadora propia del siglo:

«El de sangre, abolengo ó gentilicio, a pesar de su antiquísimo origen;... a pesar de hallarse en nuestras leyes vigentes, y del gran favor ó extensión de tiempo hasta un año y un día que se le dió en los fueros municipales, no fue admitido por la Comisión, como no lo ha sido en los Códigos modernos. Los motivos son conocidos de todos: cada siglo tiene su espíritu y carácter especial: los antiguos fueros con este retracto, con la troncalidad y con los vínculos ó mayorazgos, tendían a la concentración de los bienes raíces en la familia, como única ó la más principal riqueza de entonces: la tendencia de nuestro siglo es á la desamortización, á la libre circulación, á la libertad absoluta de disponer de sus cosas; la riqueza comecial e industrial rivalizan, si no superan a la territorial: la citada ley 14 Romana dice de este retracto con gran verdad y admirable energía, *gravis injuria inani honestatis colore velata*.

Pero las mismas razones económicas que obran contra la conservación del retracto de sangre, aconsejan la de los tres artículos citados: la comunión es causa de discordias y de mala administración;... la consolidación del dominio útil con el directo es un gran bien económico; y el retracto del artículo 1466 ahoga pleitos y corta el vuelo á la malignidad y codicia» ⁽¹¹⁴⁾

⁽¹¹²⁾ Art. 916 del Proyecto de C.c. de 1851: Si algún otro que no fuere de los coherederos hubiere comprado el derecho hereditario a uno o más de ellos antes de la partición, pueden todos y cualquiera de los coherederos subrogarse en su lugar, reembolsándole el precio de la compra. La razón de este derecho, sin precedentes en el derecho patrio, está en que «aquí hay un verdadera comunión entre los coherederos» (F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo II, Madrid, 1852, ed. facsímil, Barcelona, 1973, p. 272).

^(112bis) Art. 1563 del Proyecto de C.c. de 1851: En cuanto a los censos enfiteúticos, foros, subforos, derechos de superficie o cualesquiera otros gravámenes perpétuos de igual naturaleza constituídos antes de la promulgación del Código civil se observarán las reglas siguientes: ...7ª. Tanto los terratenientes como los perceptores de las pensiones o gravámenes, podrán usar del retracto legal en toda transmisión de sus respectivos derechos.

⁽¹¹³⁾ Art. 1466 del Proyecto de C.c. de 1851: Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tiene derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubieren ocasionado, y los intereses del precio, desde el día en que éste fue satisfecho... El deudor tendrá nueve días para usar de su derecho desde que el cesionario le reclama el pago.

⁽¹¹⁴⁾ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, III, p. 425.

En el Proyecto de Código Civil de 1851 quedan aclaradas algunas de las grandes cuestiones que con anterioridad habían sido objeto de continuos debates. Así, en la definición que del retracto se hace en el artículo 1450, es admitida la dación en pago como una forma de adquisición que da lugar al retracto ⁽¹¹⁵⁾. García Goyena justifica tal admisión utilizando los mismos argumentos que ya utilizara en la Edad Moderna la doctrina del *ius commune*: la dación en pago funciona como venta y, admitiéndola, se evita la simulación de una deuda para eludir el retracto ⁽¹¹⁶⁾. El artículo 1452, por su parte, aclaró la cuestión en torno al momento a partir del cual había que empezar a contar los nueve días concedidos para ejercer el retracto: desde el requerimiento que haga el vendedor o el comprador al que ha de usar, si quiere, del retracto. Tal requerimiento, añade García Goyena, debe hacerse por ante Notario «para que conste con certeza y se eviten negativas vergonzosas» ⁽¹¹⁷⁾. Y, finalmente, por lo que respecta a los casos de concurrencia, el art. 1453 estableció la preferencia del retracto enfiteúutico sobre el de comuneros ⁽¹¹⁸⁾.

El Proyecto de 1851, en cambio, no profundizó en algo que sí había sido aclarado en el de 1836: las cosas que podían ser abjeto de retracto. Mientras en el artículo 1171 del Proyecto de 1836 se había establecido de forma tajante e inequívoca que sólo los inmuebles o raíces podían ser retraídos, el de 1851, al definir en el artículo 1450 el derecho de retracto, aludió ambiguamente a «una cosa». Pese a que García Goyena reconoce que P. 5.5.55 fue fuente de opiniones encontradas y de disputas sobre si la palabra «cosa» comprendía también los muebles, la Comisión prefirió no añadir en el texto del artículo adjetivo alguno, aunque, nos dice también García Goyena, «entendió limitar la palabra cosa á los inmuebles por su mayor im-

⁽¹¹⁵⁾ Art. 1450 del Proyecto de C.c. de 1851: El retracto legal es el derecho que tiene alguno por la ley de subrogarse en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato.

⁽¹¹⁶⁾ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, III, p. 425.

⁽¹¹⁷⁾ Art. 1452 del Proyecto de C.c. de 1851: No puede usarse del derecho de retracto sino dentro de nueve días, contados desde el requerimiento que haga el vendedor o el comprador al que tiene este derecho; GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, III, p. 427.

⁽¹¹⁸⁾ Art. 1453 del Proyecto de C.c. de 1851: el retracto que se concede en la regla séptima del art. 1563 goza de preferencia sobre el del artículo 1451.

portacia, y por ser muy rara la comunión de cosas o bienes muebles» (119).

Es necesario que me detenga, para finalizar, en una última consideración. De haber triunfado el Proyecto de Código Civil de 1851 se hubiese suprimido definitivamente el retracto gentilicio no sólo de la legislación castellana, sino también, dado el carácter unitario o antiforal del Proyecto, de las llamadas legislaciones forales (120), donde, como advertía José Alonso en 1841, se había recibido con mucha afición. Sin embargo, a finales del siglo XIX, cuando se inician los trabajos conducentes a lo que más tarde sería el Código Civil español vigente, todavía flotaba en el ambiente el fantasma del retracto de sange. La base 16ª del Proyecto de Ley de Bases de 22 de octubre de 1881, para el Código Civil, declaraba: «Se conservará el derecho de tanteo por respecto a la tradición y por la conveniencia que resulta de la consolidación del dominio; pero restringiendo el gentilicio así en cuanto a las personas como en cuanto a las cosas que de él son objeto cuanto sea posible, para no debilitar indebidamente el derecho del dueño a disponer de sus bienes libres y en favor de quien quiera» (121). En sesión de 16 de septiembre de 1881 de la Sección primera de la Comisión de Codificación, el Sr. Ygón impugnó la persistencia del retracto gentilicio, por considerarlo inconveniente. Alonso Martínez, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia y presidente de la Sección, lo consideró, sin embargo, muy útil «como un medio de reconstruir la propiedad y uniformar en algo el Derecho de Castilla con el de las provincias por el íntimo enlace que tiene este retracto con el fuero de troncalidad, que tanta fuerza conserva en algunas de ellas, sobre todo en Vizcaya» (122) y la base quedó aceptada tal como fue leída por el Ministro en Sesión del 9 de septiembre de 1881.

En 1884, volvieron los conservadores al poder, con Francisco Sive-la en Gracia y Justicia, pero ni el Proyecto de ley de Bases de 7 de enero de 1885 para la redacción del Código Civil, cuya discusión se interrumpió en julio de ese mismo año, ni la Ley de Bases del Código

(119) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, III, p. 426.

(120) COCA, *Tanteo*, p. 107.

(121) J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación civil (génesis e historia del Código)*, I, Madrid, 1978, p. 388.

(122) LASSO, *Crónica*, 4-I, p. 392.

civil de 11 de mayo de 1888, de nuevo con Alonso Martínez como titular de la cartera de Gracia y Justicia, hicieron alusión alguna al retracto. La base 27 de esta última y definitiva Ley de Bases preveía la derogación de todos «los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyan el derecho civil llamado de Castilla», mientras su artículo 5 permitía que las provincias y territorios en que subsistía derecho foral lo conservasen «por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código». El Código, efectivamente, se publicó, lo que supuso la desaparición, de acuerdo con el espíritu del Proyecto de 1851, del retracto gentilicio (no así de los otros retractos) que se conservó, sin embargo, y aún hoy se conserva en sudiferentes modalidades, en las legislaciones especiales, esto es, en otros derechos hispánicos no castellanos.

CLARA ALVAREZ ALONSO

TENDENCIAS GENERALES DE LA HISTORIOGRAFIA PENAL EN ESPAÑA DESDE EL SIGLO XIX

- I. Planteamiento. — II. Los antecedentes: el Siglo XIX. Estado de la cuestión. —
III. La servidumbre de un método: los Penalistas y el Derecho Penal histórico. —
IV. La Historiografía propiamente penal: objetivos, problemas y tendencias.

I. En una ponencia presentada en 1983, con ocasión de un encuentro científico hispano-germánico, un jurista español exponía que «hasta el siglo XV nuestra Historia jurídica está muy bien trabajada, mientras que a partir de la Edad Moderna sólo el Derecho privado (y el Penal) conserva una cierta dignidad» ⁽¹⁾. Nada de lo que sigue a continuación en el fragmento al que corresponde esta frase permite advertir cuales son los fundamentos del citado jurista para adelantar una expresión en forma tan catagórica, referida a la Historia de ambas ramas del Ordenamiento, cuando tal rotundidad, además, induce a pensar en la existencia de, al menos, una considerable literatura sobre en este caso el Derecho Penal del Antiguo Régimen. Sin embargo, ni siquiera con posterioridad a la fecha en que esa opinión fue emitida puede decirse que la presencia de publicaciones sobre este tema se acerque siquiera a la cota de lo aceptable, por más que en comparación con otras ramas a las que el mismo autor alude su número sea incluso superior. Ha de señalarse, no obstante, que la calidad de algunas de tales obras — dejando a salvo desde este punto de vista la dignidad a la que alude el citado autor — viene dada en

(1) Se trataba de Alejandro NIETO, administrativista, en su ponencia sobre los «Criterios historiográficos de Danvila», presentada al Simposio «Posibilidades y límites de una historiografía Nacional», celebrado en Madrid del 8 al 12 de Marzo de 1983, pub. en 1984. La opinión en p. 390.

este supuesto no por la ausencia de otras monografías sino por el contenido intrínseco de las existentes. Tal es el caso, cuya referencia es por demás obligatoria, del libro de Tomás y Valiente «*El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta. S. XVI, XVII y XVIII*» (2), el cual, a pesar de los veinte años transcurridos desde su aparición, continúa siendo referencia obligada en nuestro ámbito académico, ya no sólo para los Historiadores del Derecho sino incluso para los juristas del Derecho vigente. De hecho fue este autor el que durante una larga etapa subrayó y reclamó atención sobre la necesidad de este tipo de estudios, incluso con aportaciones de índole menor en los años posteriores a la publicación del «Derecho Penal» (3). Practicó así, casi en solitario, el cultivo de una rama histórico-jurídica que hasta tiempos mucho más recientes no ha sido retomada en el marco de nuestra materia.

Casi, porque con todo existen aportaciones de valor desigual que, de alguna manera, mantienen vivo el interés por la Historia del Derecho Penal hasta lo que viene presentándose como un despegue prometedor desde sus limitados inicios a finales del siglo XIX.

II. Si existe unanimidad entre los estudiosos en señalar un lugar común en la crítica efectuada por los ilustrados — aceptada la disparidad que el mismo concepto de Ilustración conlleva en los ámbitos espaciales, temporales y sobre todo científicos —, tal unanimidad se centra invariablemente en las cuestiones relativas al Derecho Penal. La crítica que suscitó entonces, en todas las formaciones políticas europeas, y que se plasmó en una alternativa presentada por un cierto «humanismo» aplicado a las penas (4), implicaba, como es obvio, una revisión del Derecho Penal existente; si bien las opiniones, tanto por su naturaleza como por sus objetivos, no incorporaron estudios de carácter histórico, aun cuando ese Derecho tuviese en buena parte una existencia multisecular. En lo que aquí interesa, es decir, la investigación propiamente histórica en conformidad con el

(2) Madrid, 1969.

(3) Así los trabajos de distinta índole, recogidos posteriormente en su libro sobre «*La tortura en España. Estudios históricos*», Barcelona, 1973.

(4) Teoría que ampliada posteriormente por el propio Tomás y Valiente, ya expuso aquí, para nuestro ámbito J. ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, in REP, 174, 1966.

método que surge precisamente del movimiento Ilustrado, la influencia de Beccaria, Filangieri o Bentham ni afectó a «los penalistas de la Ilustración» ni sirvió de mucho en los trabajos preparatorios del primer Código Penal en 1822, razón por demás comprensible, en la medida en que, más quizá que en ninguna otra rama del Ordenamiento, la revolución ocasionó una total revisión de los principios de este Derecho que, desde ese momento, por lo menos en teoría, se rechazaba abiertamente.

En este sentido, la oposición es absoluta con otras ramas del Ordenamiento Jurídico, y muy en especial con el Derecho Civil, donde la problemática suscitada por la elaboración del Código sí generó una abundante literatura histórico-jurídica — bien es cierto que casi en ningún caso específica o exclusivamente orientada al estudio histórico del tal Derecho —, motivada en gran parte por la «gran dificultad» de los derechos forales o la pervivencia de los derechos feudales, aunque su impronta no se llegó a percibir en la formación de una ciencia jurídica en el siglo XIX ⁽⁵⁾, necesaria para el esclarecimiento de otras ramas jurídicas y su Historia, como esta del Derecho Penal.

Pero el proceso codificador en materia penal trajo asimismo otra consecuencia: en la medida en que se retrasó en nuestro país — tras la vigencia casi testimonial del primer Código —, dió lugar a la contradicción que significaba la aparición de Manuales o Tratados que estudiaron como Derecho positivo lo que acaso ya debería contemplarse como materia histórica y con métodos que respondían a modelos tradicionales ya superados ⁽⁶⁾. A ello debe añadirse la propia situación de las Universidades, tan «lejanas y ajenas» a la mentalidad crítica e historicista durante buena parte del siglo XIX

(5) Es la acertada tesis sustentada por B. CLAVERO, *La gran dificultad. Frustración de una ciencia del Derecho en la España del signo XIX*, en *Ius Commune*, XII, 1984, pp. 91 y ss.

(6) Cabría citar aquí todas las obras de los prácticos, aparecidas desde fines del siglo XVIII, con un contenido general. Como ejemplo específico de una relación, que como ninguna de las aquí incluidas intenta ser en modo alguno completa, valga, p.e., la «*Materia Criminal Forense o Tratado Universal teórico y práctico, de los delitos y delinquentes en genero y especie para la segura y conforme expedición de las causa de esta naturaleza*». Madrid, 1807, 4 t. Incluye un prólogo en el que se incorporan curiosas opiniones sobre la «jurídica ciencia penal», en conformidad a una teoría que, por entonces, en modo alguno era minoritaria. El autor se Senén VILANOVA Y MAÑES.

como lo habían estado en la centuria anterior (7). Desde esta perspectiva, la situación no mejoró ni siquiera con los diferentes planes de estudios que desde la década de los cuarenta del pasado siglo se elaboraron para las facultades de Jurisprudencia, por más que el proyecto Pastor Díaz, en 1847, contemplase en el tercer curso una «Historia y Elementos del Derecho Civil, Comercial y Criminal». Bien es cierto que, en este ámbito, el propio Derecho sustantivo, es decir, el Penal, no obtuvo individualidad académica ni siquiera con el plan Seijas, en 1850, a pesar de que su impulsor pasa por ser el principal redactor del Código Penal de 1848 (8).

En esa misma década, 1842, salía la primera edición de los «*Elementos de Derecho Civil y Penal de España*», de Gómez de la Serna y Montalbán, sucesivamente reeditada con posterioridad conformada a la legislación vigente. No deja de resultar interesante que de los tres volúmenes de que consta la obra sólo el último se destina al Derecho Penal, y que en el mismo los autores — considerados entre los juristas más conspicuos de la España decimonónica y, sobre todo, que dejaron abundantes aportaciones a la Historia del Derecho por el análisis de instituciones pretéritas —, optaron entonces únicamente por señalar «los principios científicos del Derecho Penal considerado con independencia de nuestras leyes positivas» (9). Leyes positivas que, en el momento en que se produce la primera edición, continuaban siendo en gran parte ya Historia, pero que, por ello mismo, son rechazadas al extremo de no merecerles ni un somero análisis.

(7) M. y J., L. PESET, *La Universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo Ilustrado y Revolución Liberal*, Madrid, 1974, p. 253.

(8) M. y J., L. PESET *La Universidad*. Durante buena parte del siglo, el Derecho Penal estuvo vinculado en los Planes de Estudio al Derecho Civil y, sobre todo, al Derecho Mercantil.

(9) En la edición de 1869, aparecida en los inicios del Sexenio Revolucionario cuando el propio Código Penal de 1848 se había ya reformado en 1850, escriben los autores a modo de justificación: «la reforma que exigía nuestro Derecho Penal necesitaba ser radical y absoluta, Las leyes que lo componían eran heterogéneas, mal combinadas y poco conocidas, y en su mayor parte venían de época lejanas, de otras costumbres, de otro estado social, y de otras instituciones políticas diferentes a las que hoy rigen los destinos del Estado. De aquí provenía la opinión pública, empezada a alimentar en el último tercio del siglo anterior, de que la formación de un código penal era una necesidad imperiosa; de aquí los diferentes ensayos para llevar a cabo la obra», p. 2-3.

Este lógico rechazo, en la medida que contradice el orden constitucional existente, obligó a los juristas y a la ciencia jurídica en general a volcarse en la elaboración de un Código, para el que también en el ámbito de lo penal se siguen otros presupuestos que los históricos. Así no interesaron el Derecho y las instituciones penales del pasado ni a la investigación ni a la manualística aparecida, por lo menos, en las décadas centrales del pasado siglo, aunque el que ha sido calificado como el mejor y más difundido de los manuales de Derecho Penal del siglo XIX, el de Silvela ⁽¹¹⁾ incluya continuas referencias en su introducción al valor de la Historia para el esclarecimiento de determinados aspectos. Tales referencias, sin embargo, quedan pronto desmentidas en el desarrollo de su contenido, donde por el contrario sí está, y muy presente, el «criterio filosófico», ya en su día subrayado por Clavero como uno de los elementos más típicos — y seguramente también más distorsionadores — de la ciencia jurídica española del siglo XIX, que Silvela incorporó a la línea científico penal que afirmaba seguir. A este respecto, y aunque se trate de una obra de derecho positivo, de haber sido aplicados los criterios apuntados por el propio autor, acaso se hubiera arrojado alguna luz sobre la Historia del Derecho Penal, siquiera la más inmediata, y aún con el riesgo de que se llevase a efecto en conformidad a las tendencias que marcaron esa peculiar historiografía surgida aquí por obra de la Restauración Política ⁽¹²⁾. Pero a la altura de la fecha de la primera edición del libro, 1874, esta Historia continuaba sin suscitar excesivo interés.

La propia *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, sin género de dudas la más difundida de especialidad en el siglo XIX y a su vez heredera de otras anteriores, destinó desde su aparición en 1853 una Sección a «Estudios históricos y filosófico-jurídicos», título ya de por sí bien expresivo del carácter de los artículos que va a incluir. En

⁽¹¹⁾ Luis SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2 vols. El primero dedicado al análisis de tales principios. La segunda edición, pub. por Eugenio Silvela en 1903, pasa por ser la más reputada; la primera de 1874.

⁽¹²⁾ Puede verse una interpretación de los mismos, fundamentalmente orientado al estudio de una peculiar «Historia Constitucional», en la ponencia cit., supra nota 1, p. 393, como también en el debate suscitado entre el autor de la ponencia y el prof. Pérez-Prendes.

tal sección cupieron aportaciones de toda clase, y fueron abundantes las relativas a instituciones históricas de Derecho Civil, Procesal y, sobre todo, de Derecho Público. Las hay también, es verdad, de Derecho Penal — al que se dotaba, por vez primer de una sección independiente para el actual o vigente —, pero ya no sólo su número es cuantitativamente inferior sino que su orientación tiende a ser, en esencia, más de Filosofía del Derecho que propiamente histórica. Y ello a pesar del título en que se enmarcan ⁽¹³⁾.

El siglo XIX, pues, por las razones anteriormente expuestas, no significó gran cosa en lo que materia de Derecho Penal se refiere, ni siquiera con los condicionamientos cronológicos de que adolecían las aportaciones de la Historiografía jurídica en general, como fue, ya entonces, el marcado y casi exclusivo interés por las épocas visigótica y altomedieval. A esta servidumbre responden, además, las tres únicas monografías que constituyen el único testimonio específico digno de ser considerado, aparecidas entre los años sesenta y setenta del pasado siglo. Me refiero a la de Du Boys — cuya traducción al castellano salió en 1872 —, de Benito Gutiérrez y de Dahn. Acerca de las mismas, ya vertió Hinojosa, algunos años más tarde, escuetos y acerta-

⁽¹³⁾ Seleccionando al azar un periodo representativo, desde el nacimiento de la revista y el advenimiento de la I República Española, sólo he podido entrar cinco trabajos que, directa o indirectamente, tienen relación con la Historia del Derecho Penal. Son los siguientes: *Observaciones filosófico-jurídicas sobre la imputabilidad de las acciones*, de F. DE LEÓN Y OLARRIETA, en RGLJ, V, 1854, pp. 544 y ss.; *Consideraciones sobre las penas impuestas a los duelistas, ya en nuestras antiguas leyes, ya en nuestro Código Penal*, in RGLJ, VIII, 1856, pp. 574 y ss., de J.A. VALLESPINOSA; *Ensayo histórico-filosófico-legal sobre el duelo*, de Cirilo ALVAREZ, in RGLJ, XVI, 1860, pp. 1 y ss.; *¿Cuál es el origen de la institución social que ejerce el Derecho de castigar? Para cumplir su fin ¿son necesarias las penas de muerte y de reclusión perpetua?*, de M. DE URBINA Y DAÓZ, in RGLJ, n. XX, 1862, pp. 31 y ss.; y *Estudios históricos y filosóficos sobre la pena de muerte*, de L. MACIAS Y ORTIZ DE ZÚÑIGA, in RGLJ, XXXIX, 1871, pp. 1 y ss. Alguno, como el primero de la relación, se incluye en la «Sección de lo penal», pero, y es lo más importante, todos los autores, a pesar de aplaudir en buena parte el elogio a la Historia realizado por Rossi — sin duda el penalista que más influencia ejerció en la España decimonónica — y a pesar también de que, en ocasiones, incorporan datos eruditos que se remontan incluso a la India de los Brahmanes, poniendo de manifiesto un total desconocimiento y desinterés por esa misma Historia siempre despachada en breves frases de matiz peyorativo; dato este en modo alguno sorprendente, pues se trataba de destacar los avances del siglo en materia de ciencia penal frente a la barbarie del pasado.

dos comentarios que pueden ser sustentados en parecidos términos sin gran dificultad ⁽¹⁴⁾.

III. Dejando al márgen las aportaciones específicas sobre esta materia, llevadas a efecto por juristas expertos en Derecho vigente interesados en el tema aquí tratado sólo de una manera secundaria en el conjunto de su producción científica, la historia del Derecho Penal estuvo, no obstante, presente — ciertamente en una manera harto peculiar y sesgada, casi de forma anecdótica — en los Manuales de Derecho Penal, muy numerosos en el último tercio del siglo XIX. Y lo estuvo a pesar de opiniones tan generalizadas como la expresada por el autor de uno de tales manuales en su introducción acerca de que «El Derecho Penal vigente no tiene aspecto verdaderamente histórico, aunque así le consideren varios autores, pues hasta tanto no sea derogado o abrogado por otro nuevo, no entra a formar parte de la Historia» ⁽¹⁵⁾; tan rotunda afirmación, sin embargo, en modo alguno fue óbice para que el mismo dedicase las páginas inmediatas a explicar una evolución de ese Derecho desde la misma Roma, bajo la rúbrica «Carácter general de cada una de las épocas del Derecho Penal».

Esta llamada «evolución», concebida siempre a modo de una introducción a Tratados, Cursos o Manuales del Derecho vigente, fue una de las constantes transmitidas al mismo género de literatura, es decir, los libros destinados al uso del estudiante universitario, hasta épocas relativamente recientes ⁽¹⁶⁾. En lo que interesa a la

⁽¹⁴⁾ DU BOYS, *Historia del Del Derecho Penal de España*, Madrid, 1872; GUTIÉRREZ, *Exámen histórico del Derecho Penal*, Madrid, 1866; DAHN, *Westgothische Studien*, Würzburg, 1874. La opinión de HINOJOSA en *Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria y singularmente en el Derecho Penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, Madrid, 1890, pp. 16 y 17.

⁽¹⁵⁾ Así se expresaba un autor de segunda categoría, A. BENITO Y CURTO, *Elementos de Derecho Penal*, 2ª ed. Madrid, 1897, p. 2.

⁽¹⁶⁾ Sin ánimo de hacer exhaustiva la enumeración y atítulo de ejemplo, sirva los siguientes títulos y autores, cuya calidad es, asimismo, dispar: LAMAS VARELA, *Nuevo Manual de Derecho Penal*, Madrid, 1878. Contiene un primer capítulo «Breve reseña de la Historia del Derecho Penal», pp. y ss. El segundo es igualmente ilustrativo, «Concepto filosófico jurídico de aquél»; R.R. RUEDA, *Elementos de Derecho Penal con arreglo al programa de esta asignatura en la Universidad de Santiago*. 2ª ed. correg. y aument., 1889, 2 vols.. La lección 1ª: «Elementos filosófico e histórico: su significación»;

historiografía jurídica carecen de valor, fundamentalmente por la superficialidad concedida a una materia que, cronológicamente, se remonta en ocasiones a la más remota antigüedad, recurriendo a veces a la Historia comparada, y de la que sólo importa destacar la evolución en el poder de penar, la rudeza de las sanciones y, en ocasiones aisladas, la individualización de algún tipo delictivo que se describe pintoresco. En vano se buscará el más mínimo atisbo de un análisis institucional. Con todo, se hace obligado aludir a esta tan limitada presencia porque durante largo tiempo fue casi la única existente, aunque su fundamentación científica carezca de rigor o, en los casos más evolucionados, se apoye en bibliografía no siempre adecuada.

Por otro lado, de esta supervivencia metodológica, típica de este género de producción surgida en el siglo XIX al compás de los cambios de planes de estudios que, a su vez, responden siempre a directrices de política legislativa universitaria, no se exoneran siquiera dos de los más grandes penalistas del siglo XX hispánico: Jiménez de Asúa y Antón Oneca⁽¹⁷⁾. Bien es verdad que ambos han de ser igualmente mencionados como importante cultivadores o impulsores representativos de estudios propiamente históricos, característica que aún no ha sido abandonada totalmente por los actuales penalistas.

IV. Los párrafos que anteceden quieren servir de introducción o constituirse a modo de antecedente a lo que pudiera ser deno-

J.M. VALDÉS RUBIO, *Programa razonado de un curso de Derecho Penal según los principios y la legislación*, 2ª edic. Madrid, 1892. 2 vols.; del mismo, pero más completo, *Derecho Penal. Su filosofía, Historia, Legislación y Jurisprudencia*. 4ª edic. Madrid, 1909, 2 vols.; A. GARCILÓPEZ, y J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal adaptado a aspirantes a Judicatura*, Madrid, 1940, cuya 1ª lección es una «Evolución histórica del Derecho Penal hasta la codificación»; I. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español*. 5ª edic. Madrid, 1950, 2 vols., contiene al menos 3 capítulos dedicados a nociones de Historia del Derecho Penal, etc. A pesar de todas las objeciones de las que, lógicamente, son acreedores, vinieron sin embargo a suplir una laguna: la difusión de algunas nociones acerca del Derecho Penal histórico, que los manuales de Historia del Derecho tardarían aun décadas en incorporar.

⁽¹⁷⁾ Y sin duda constituyen las más sólidas aportaciones entre los penalistas debido a la sensibilidad demostrada hacia los temas históricos, el primero a lo largo de su extenso *Tratado de Derecho Penal*, en varias ediciones y el segundo, sobre todo, en *Derecho Penal*, Madrid, 1940, 2 vols. La parte histórica incorporada al primero, Parte General.

minado como producción específicamente penal llevada a cabo por la historiografía jurídica y, en menor medida, por los cultivadores del Derecho vigente que han contribuído con aportaciones al respecto. A estos efectos, bien pueden valer como testimonio obras de dos autores de comienzos de este siglo, ubicados en cada una de tales tendencias. Me refiero a E. de Hinojosa y Jerónimo Montes.

En efecto, Hinojosa — a quien se atribuye el mérito de haber sentado las bases de la moderna Historia del Derecho en España —, fue el primer historiador del Derecho entre los españoles, que, ya en 1889, elaboró una Memoria con el título «Influencia que tuvieron en el Derecho Público de su Patria y singularmente en el Derecho Penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo», posteriormente premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. El título, por otro lado, es expresivo en demasía, por la ambición de presupuestos cronológicos — se remonta a los visigodos, según costumbre — y materiales, ya que se trata, en esencia, del análisis de la evolución de los diferentes modos de creación del Derecho, fundamentalmente la legislación, a partir de la influencia que en ellos ejerció la doctrina de teólogos y jurisconsultos ⁽¹⁸⁾.

No obstante el mismo, y aun del propósito ínsito explícitamente en el prólogo, el ensayo se centra más bien en la teoría del poder político, y sólo de forma complementaria alude al Derecho Penal en general, materia a la que únicamente dedica un capítulo monográfico. En este sentido, la obra de Hinojosa, que evidentemente carece de objetivos institucionales, resulta insatisfactoria, a pesar de que aluda de forma superficial a aspectos tan relevantes del Antiguo Régimen como la Usura ⁽¹⁹⁾ y a que en ella se recojan asimismo testimonios sobre la influencia elemental en la conformación del Derecho Penal de la época, de la teología, la filosofía y los Derechos Romano y Canónico. Pero se trata, no obstante, de noticias de matíz secundario, por tanto sin profundidad, lo que añadido al lugar casi testimo-

⁽¹⁸⁾ Vid supra nota 14. El propósito de la obra aparece explicado en las pp. 18 y 19 de la introducción, sólo en lo que se refiere al Derecho Penal. Pero a este, en realidad, sólo dedica el capítulo VI, de los siete de consta la *Memoria*, lo que ya es de por sí bastante ilustrativo, a pesar de las noticias, breves y dispersas, que ocasionalmente incluye en los demás.

⁽¹⁹⁾ Muy brevemente, también se expresa en los mismos términos «respecto a los delitos contra las personas», en pp. 166 y ss.

nial que, en comparación con otros temas analizados, otorgó a la materia criminal, no deja de resultar insuficiente. Insuficiencia que no supera con su acreditada lectura de los tratadistas — carece de referencias a los textos normativos y de una comunicación con la producción legislativa, al menos en forma expresa — ni el conocimiento que poseía de la producción científica alemana de especialidad en la época, cuyo mejor seguimiento en este campo le habría, sin duda, reportado otros resultados más positivos.

En alguna medida este autor y su obra todavía se enmarcan, al menos en lo que aquí interesa, bajo la influencia de aquél «elemento filosófico», asentado a su vez en la bondad de un Derecho Natural interpretado tendenciosamente, pero que vino a postergar al que en la época fue llamado «elemento histórico». Pero aun a pesar de las limitaciones reseñadas, es con todo la primera obra que se produce por la historiografía jurídica específicamente hispana, por un autor cuya profesión y producción académica y científica la constituye exclusivamente la Historia del Derecho. Y aun cabría atribuirle otro mérito: la utilización de fuentes doctrinales que superan lo que convencionalmente ha venido en llamarse Edad Media, por su recurso a los juristas-teólogos de la Segunda Escolástica.

Después de Hinojosa se abre un amplio paréntesis, en el que los estudios sobre la materia no son en modo alguno frecuentes. De hecho, en su mayor parte constituyen aportaciones al Anuario de Historia del Derecho Español, revista de especialidad fundada en 1924, en cuya línea metodológica se incardian. Hasta la década de los sesenta ninguno trasciende el período medieval⁽²⁰⁾, con una marcada inclinación por el Derecho Visigótico y altomedieval, en conformidad con el modelo de los objetivos investigadores que entonces pri-

(20) Entre otros, A. LÓPEZ-AMO MARÍN, *El Derecho Penal Español de la Baja Edad Media*, in AHDE, 26, 1956, pp. 337 y ss.; J. ORLANDIS, *Huellas visigóticas en el Derecho de la Alta Edad Media; La paz de la casa en el Derecho Español de la Alta Edad Media*, ambos in AHDE, 15, 1944; *Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, in AHDE, 18, 1945; *Las consecuencias del Delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, in AHDE, 18, 1947; R. GIBERT, *La paz del camino en el Derecho medieval español*, in AHDE, 27-28, 1958-58; A. OTERO VARELA, *El ripto en el Derecho castellano-leonés*, en *Dos estudios Histórico-jurídicos*, Roma-Madrid, 1955, etc., etc.; *El ripto en los fueros municipales*, en AHDE, 29, 1959; M. TORRES, *Naturaleza jurídico-penal y procesal del desafío y ripto en León y Castilla en la Edad Media*, in AHDE, 10, 1933, etc.

maban en nuestra asignatura. Pero tales investigaciones se asientan ya en presupuestos histórico-jurídicos determinados, con una reconocible influencia en este campo de la producción alemana — medio en el que se habían formado alguno de nuestros historiadores — y el recurso casi exclusivo a fuentes jurídicas específicas. Incluso en ocasiones aspectos relativos al Derecho Penal se utilizan de forma marginal para la defensa de tesis polémicas de mayor envergadura. Tal es el caso de la venganza privada, «faida» o de la sangre, usado con frecuencia entre los defensores de la permanencia o predominio del llamado «elemento germánico» en el Derecho de determinados períodos. Tal polémica, por otra parte, congregó a los más sobresalientes representantes, en su día, de la Historia del Derecho — desde el mismo Hinojosa a Sánchez Albornoz —, o ajenos a la misma — Costa o Menéndez Pidal, por ejemplo.

Con la llegada de los años sesenta, aun sin prodigarse este tipo de estudios, se produce una cierta innovación: por vez primera el interés de los investigadores sale de su reclusión medieval, aunque esta apertura sea todavía insuficiente y, lo que es más importante, todavía deudora, en el plano metodológico, de la etapa inmediatamente anterior ⁽²¹⁾.

Sólo a finales de la década sala a la luz el ya mencionado libro de Tomás y Valiente que, en nuestro campo, va a suponer un punto de partida para los posteriores veinte años. en la medida en que, tanto por el ámbito temporal en que se asienta, el Antiguo Régimen, ignorado prácticamente hasta ese momento, como por el tratamiento que se concedió al mismo, implicó una ruptura con lo que se había producido hasta entonces. En él se analizaba lo que, utilizando dogmática retrospectiva, constituye el objeto de la denominada parte general del Derecho Penal, ya que intenta evaluar — que no definir —, el delito, los sujetos delictivos y la pena, situándolos en el marco jurídico que le corresponde, esto es, el *Ius Commune*. Para su elaboración el autor recurrió a las fuentes adecuadas a través, sobre todo, de la utilización exhaustiva de la jurisprudencia doctrinal, en especial la

(21) Así, p.e. A. IGLESIA FERREIROS, *La crisis de la noción de fidelidad en la obra de Diego de San Pedro*, in AHDE, 39, 1969, y algunos otros posteriores como J.A. ALEJANDRE GARCÍA, *Estudio histórico del delito de falsedad documental*, in AHDE, 42, 1974 y *El delito de falsedad testimonial en el Derecho Histórico español*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 3, 1976.

hispanica, armonizada con textos normativos y fuentes archivísticas que denotan su aplicación en la práctica. En este sentido abrió, en verdad, un filón, el del Derecho Penal de la Monarquía Católica, que se extendería, ahora también a la etapa del Estado Liberal y que no olvidaría, revisándola, la más concurrida desde los visigodos a la Alta Edad Media. El propio autor continuaría en años sucesivos con trabajos sobre el mismo tema, esta vez para incidir en las interconexiones con el Derecho Procesal ⁽²²⁾, hasta entonces sólo atendido por los cultivadores del Derecho Romano.

Desde tal punto de partida, los años setenta y ochenta muestran una mayor disparidad en el ámbito de los resultados o publicaciones, que prestan atención ya a todas las etapas históricas, en ocasiones revisando antiguos planteamientos. Así, p.e., Iglesia Ferreirós, autor que, a la inversa que los primeros historiadores del Derecho en España, utilizó instituciones de naturaleza jurídico-pública, como la traición, para delimitar la «función desarrollada en el campo penal» ⁽²³⁾. Al propio tiempo se contempla, por vez primera asimismo, el siglo XIX, cuyo tratamiento, como es obvio, parte de diferentes planteamientos en atención al modo de creación del Derecho que le corresponde. Acerca del mismo, existen ya aportaciones específicas como la de A. Fiestas sobre «Los Delitos Políticos» ⁽²⁴⁾, en la que la autora sigue la evolución dogmática de un tipo delictivo al compás de la situación socio-política y el orden constitucional en que tiene su tipificación.

Sin embargo, ha de significarse a este respecto que la producción jurídica correspondiente al liberalismo en materia penal — cuya codificación, al igual que la de las demás ramas del ordenamiento

⁽²²⁾ Vid supra nota 4. Ya son anterioridad había trabajado en asuntos de carácter procedimental como *El perdón de la parte ofendida en el Derecho Penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)*, in AHDE, 31, 1961 y *La Prisión por deudas en el Derecho castellano y aragonés*, in AHDE, 1960.

⁽²³⁾ *Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla*. Santiago de Compostela, 1971. Otros investigadores continuaron todavía más fieles a la tradición historiográfica. Así, J. MARTÍN RODRÍGUEZ, *El honor y la injuria en el fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1973; R. SERRA RUÍZ, *Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español*. Murcia, 1969; J.M. GARCÍA MARÍN, *La legítima defensa hasta fines de la Edad Media. Notas para su estudio*, in AHDE, 50, 1980; B. GONZÁLEZ ALONSO, *Los delitos patrimoniales en el Derecho Pirenaico local territorial*, 41, 1971, etc.

⁽²⁴⁾ FIESTAS, LOZA, A. *Los delitos políticos (1808-1936)*. Salamanca, 1977.

aparece finalmente incorporada a la manualística de especialidad surgida también por estos años — suscitó asimismo la atención de los penalistas desde fechas muy anteriores al mismo fenómeno entre los propios historiadores del Derecho, instersándose aquellos fundamentalmente por la génesis y orígenes de los conceptos elaborados por el pensamiento ilustrado. Tales son los supuestos de los citados Jiménez de Asúa, a quien se debe ya desde 1916 el impulso hacia los estudios del Derecho Penal Histórico en seminarios sobre la materia incorporando entonces la presencia de los más prestigiosos historiadores del Derecho ⁽²⁵⁾, o de su discípulo Antón Oneca. ⁽²⁶⁾. Ambos enlazaban así con una cierta tradición entre los cultivadores del Derecho vigente, a la que ya he hecho referencia, y entre los que merece un lugar preeminente J. Montes, quien, en las primeras décadas del siglo estudió a partir de las tesis de Lombroso y la dogmática alemana a los autores hispánicos anteriores al siglo XX ⁽²⁷⁾.

Pero, a diferencia de otros medios académicos, en los que no solo no carece de seguidores sino que el predominio es casi absoluto, no parece haber arraigado entre los historiadores del Derecho español

⁽²⁵⁾ Las sesiones se publicarían posteriormente con el título «*Trabajos del seminario de Derecho Penal*», T.I., Curso 1916-17, Madrid, 1922, incluyendo trabajos de ROMÁN RIAZA, *El Derecho Penal en las Partidas* y VIÑAS MAY, *La política social y criminal en las leyes de Indias*. Pero el mismo JIMÉNEZ DE ASUA tiene aportaciones propias de tipo monográfico en *La Ley y el Delito. Curso de dogmática penal*, Caracas, 1945; y en el *El Criminalista*, 11 vols., Buenos Aires, 1941-52, además del amplio espacio dedicado en su *Tratado*, ya mencionado supra en nota 17.

⁽²⁶⁾ A ANTÓN ONECA le cabe el mérito de profundizar en las ideas jurídicas de los ilustrados, fundamentalmente en lo que atañe a la pena, antes de que los Historiadores del Derecho se preocuparan del tema. Vid supra nota 4, y además, entre otros, *Historia del Código Penal de 1822*, in ADP, 18, 1965; *El Código Penal de 1848 y don José Francisco Pacheco*, in ADP, 18, 1965, *El Código Penal español de 1870*, in ADP, 1970, etc.

⁽²⁷⁾ Son sus dos obras más divulgadas: el primer volumen de su *Derecho Penal*, cuya segunda edic. es de 1919, y *Precursores de la ciencia Penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del Delito*, Madrid, 1919. A ellas hay que añadir *El crimen de herejía (Derecho Penal canónico)*, Madrid, 1919. Pero la tradición de escribir sobre Historia del Derecho Penal no es en absoluto reservada solo a los nombres citados, pues a ellos habría que añadir algunos otros como MELCHOR Y LAMENETTE, *Estudio histórico sobre la penalidad en los pueblos antiguos y modernos*, Madrid, 1877; QUINTILIANO SALDAÑA, *El Derecho Penal por Cesar Bonesana, Marqués de Beccaria*, Madrid, 1930; CASAS FERNÁNDEZ, *Voltaire Criminalista*, Madrid, 1930 o RODRÍGUEZ MOURULLO, *La distinción hurto-robo en el Derecho Histórico español*, in AHDE, 32, 1962.

los estudios sobre criminología histórica. Y, por el contrario, sí existe constancia de los que podrían ser denominados de «sociología penal», casi siempre a través de aportaciones de historiadores no españoles, ninguno de los cuales se dedica en verdad de una manera específica a la Historia del Derecho, dato que, es evidente, contribuye a explicar el sesgo de sus escritos. Son los supuestos de, entre otros, Casey, Kagan y, en cierto modo, Weisser ⁽²⁸⁾.

Estos, a diferencia de otros estudiosos, también foráneos pero sí adscritos al campo del Derecho, como Schaffstein en su trabajo sobre Covarrubias ⁽²⁹⁾, y a pesar de trabajar en el mismo período, se muestran proclives a determinar datos constituídos por el número de delitos, sus clases, la incidencia social en el marco espacial, siempre de la Corona de Castilla, a lo largo del Antiguo Régimen. Llevan además a efecto su investigación desde otros presupuestos que los jurídicos a los que, a excepción de Weisser, apenas prestan atención, en unos estudios que se enmarcan, desde el punto de vista metodológico, en una determinada tendencia anglosajona.

No obstante lo anterior, ha de señalarse que las aportaciones sobre materia propiamente penal en el Antiguo Régimen, además de esa cierta vitalidad a la que acabo de hacer mención, han desarrollado un nuevo impulso que procede, en este caso, de uno de los historiadores del Derecho más empeñados en subrayar la relevancia del *Ius Commune* en la formación de nuestro Derecho histórico: Bartolomé Clavero.

Este historiador, en efecto, ha relanzado el acercamiento al Derecho Penal histórico desde la baja Edad Media con otros presupuestos que los habitualmente utilizados para el estudio de la etapa del Derecho común, incorporando no sólo la Religión y la Teología, por otro lado imprescindibles en cualquier estudio sobre la materia, sino también el recurso a la antropología, que si bien no totalmente desco-

⁽²⁸⁾ Me refiero a los siguientes artículos, sobre todo, R.L. KAGAN, *A golden age of litigation: Castile 1500-1700*; J. CASEY, *Household disputes and the law in Early Modern Andalusia*, ambos en *Disputes and settlements. Law and human relations in the west*, ed. J. Bossy. Cambridge, 1983; y de M. WEISSER, *Crime and punishment in Early Modern Spain*, en *Crime and the Law. The social History of crime in western Europe since 1500*, ed. V.A.C. Catrell, B. Lenman and C. Parker, 1980.

⁽²⁹⁾ Incluido con otros en *La ciencia europea del Derecho Penal en la época del Humanismo*. Trad. castellana de J.M. Devesa, Madrid, 1957.

nocido en las investigaciones sobre otros aspectos jurídicos de la época como el régimen familiar tras la Contrarreforma, se ha manifestado de una importancia incontestable para los aspectos criminales.

Con el auxilio de tales ciencias no sólo se llega, en la medida que ello es posible en el sistema de un Derecho de creación eminentemente jurisprudencial, a la formulación de categorías y a un cierto esclarecimiento conceptual, sino que se ofrece una visión más completa del mismo, proveniente de la interconexión de disciplinas tales como la Historia de la Religión, la teología y la antropología con los Derechos propios y el Derecho Común, este último mediante el uso sistemático y prioritario de la jurisprudencia doctrinal. El mismo Clavero lo aplicó ya desde los últimos años setenta con resultados concluyentes, analizando entonces el supuesto de la Usura — cuestión sobre la que volvería en la década siguiente, ahora para ejemplarizar los presupuestos metodológicos que preconizaba ⁽³⁰⁾. Pero sobre todo aplicándolo a supuestos empíricos, lo ha utilizado con éxito para subrayar la interconexión del elemento estrictamente jurídico con el teológico en la configuración de una cierta tipología delictiva, adecuada al pensamiento y producción normativa de la época. Coincide en el esfuerzo con el de otros historiadores del Derecho que vienen reivindicando desde hace años la atención a otras fuentes — tales las literarias, hasta ahora poco o nada utilizadas para este fin ⁽³¹⁾.

En este sentido, sin duda conforman el intento más serio realizado en los últimos años sobre esta materia, por cuanto abre nuevos cauces y vías de interés en la profundización del tema. Y así también queda de algún modo saldada aquella «cierta dignidad» a la que se refería el autor citado al comienzo de estas líneas, pero, sobre todo, se incrementa un conocimiento más riguroso acerca de una determinada materia a cuyo esclarecimiento también han contribuido cultivadores de otras ramas, desde la Historia General o de la Historia

⁽³⁰⁾ Incluidos todos ellos en el volumen *Usura. Del uso económico de la Religión en la Historia*, Madrid, 1984.

⁽³¹⁾ Tales profesores son E. Gacto y J.L. Bermejo. Ambos, con el profesor Clavero y Tomás y Valiente han colaborado en un libro conjunto, de próxima aparición, precisamente en la línea que aquí se indica, bajo el título «*Sexo Barroco y otras transgresiones de la época Moderna*».

jurídica, muy próxima al Derecho Penal en los remotos tiempos en los que ni siquiera se percibía aquella primigenia «Summa Divisio»⁽³²⁾.

(32) Me refiero, fundamentalmente, a aquellos de un contenido relativo a la Historia del Derecho Procesal penal como M.P. ALONSO, *El Proceso Penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, M. 198; A. IGLESIA FERREIROS, *El proceso del conde de Bera y el problema de las ordalías*, in AHDE, 1981; 51; *Coloquio sobre el riepto a consejo*, de A. Otero, in AHDE, 54; J.L. BERMEJO, *Tormentos, apremios, cárceles y patíbulos a finales del antiguo régimen*, in AHDE, 56, 1986; M.P. ALONSO, *Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla*, in AHDE, 55, 1985; así como a otros de contenido de Filosofía del Derecho Penal, p.e., M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Origen español de la ciencia del Derecho Penal. Alfonso de Castro y su sistema Penal*. Madrid, 1959; J. LALINDE, *El eco de Filangieri en España*, en AHDE, 54, 1984; VON WEBER, *Influencia de la literatura jurídica española en el Derecho Penal*, en AHDE, 23, 1953, etc., etc.

Interventi nella discussione

Discussione sulla relazione Tomás y Valiente

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

Deseo comentar la interesante comunicación del colega y buen amigo Tomás y Valiente. Yo pregunto si el adjetivo *Español* no tiene también un sentido más amplio, comprensivo de la historia del proceso de expansión del derecho castellano a América, y de la formación del derecho indiano. Me permito hacer algunas consideraciones en este aspecto. En la historiografía jurídica española nos encontramos con una línea de trabajo que ya lleva muchas décadas y cuyo fundador fue don Rafael Altamira, que vivió entre 1866 y 1951. Profesor de Historia del Derecho Español y autor de obras de conjunto y monografías muy difundidas en las primeras décadas del siglo, su inclinación hacia el americanismo — que concretó en el estudio del Derecho indiano — fue consecuencia de un largo y fructífero viaje por Hispanoamérica en 1909 y 1910. Desde 1914 ocupó la cátedra madrileña de Historia de las Instituciones Políticas y Civiles de América, donde concurrían graduados en Derecho y Filosofía y Letras, españoles y americanos. De los muchos que pasaron por el aula, Altamira distinguió como discípulos en historia jurídica a los españoles José M. Ots Capdequí, Juan Manzano y Javier Malagón, y al mexicano Silvio Zavala. Los más importantes libros y monografías de Altamira sobre Derecho indiano fueron publicados después de 1936 cuando se jubiló en la cátedra.

No puedo omitir aquí la estrecha amistad que unió a don Rafael con el argentino Ricardo Levene. Cabe recordar que Levene tenía casi veinte años menos. Empezó siendo ávido lector de las obras de Altamira, para convertirse luego en su colega y amigo. Hubo entre ellos un verdadero «paralelismo intelectual». Entre otras afinidades intelectuales, compartían la concepción de una historia jurídica insertada en el marco social, una «historia integral». Dominaba en ellos

otra idea medular: ni la historia de España moderna puede explicarse sin Hispanoamerica, ni ésta sin aquella. Aunque a los ojos exigentes de hoy se puede percibir una cierta ambigüedad metodológica en ambos maestros, lo cierto es que inculcaron en sus discípulos un pragmatismo que dio como resultado el cultivo de una disciplina por juristas más inclinados a la Historia que al Derecho, dominante hasta más allá de la mitad del siglo.

Con don Alfonso Garcia-Gallo — tal como lo ha recordado esta mañana el Prof. Tomás — se inició con vigor en los años cincuenta un cambio en la orientación de esta línea de trabajo. Esta nueva dirección ha ejercido un indudable influjo en la formación de nuevos discípulos en España y en América por los planteos metodológicos y por el rigor de su producción científica expuesta en libros y monografías. Sus planteos metodológicos se orientaron a dar mayor énfasis jurídico a la Historia del Derecho Indiano. Quien cultivamos hoy la disciplina somos deudores de este magisterio, que ha impulsado los estudios en una etapa progresiva durante las últimas tres décadas. Estimo que este influjo no ha borrado la huella dejada por los maestros Altamira y Levene — de quien me honro en ser discípulo —, ni tampoco ha impedido la presencia de otros puntos de vista y orientaciones temáticas. En realidad, todos estos convergen en enriquecer el conocimiento.

Para terminar con este aspecto, he de señalar como un nuevo hito en estos estudios la creación en 1966 del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, que lleva ya organizados ocho congresos de la especialidad. Más allá de la producción científica que gira en torno a esas reuniones, se ha producido desde entonces un despliegue llamativo de las investigaciones en este campo, acompañado del aumento considerable del número de cultivadores, tanto en España como en América.

No me puedo resistir, por último, a la tentación de hacer una brevísima acotación a lo que hemos escuchado hoy sobre el alcance dado en el ámbito científico a las voces *maestro*, *discípulo*, *escuela*. A las opiniones ya dadas, quiero agregar la mía. No soy partidario de dar a esos vocablos una acepción estrecha. Para mi, maestro es quien trasmite lo que sabe y forma al discípulo orientando y dirigiendo sus primeros pasos. Después el discípulo despliega sus alas, amplía los rumbos del maestro, disiente incluso con él, etc. Aun así, el maestro

sigue siendo maestro y el discípulo sigue siendo discípulo de ese maestro. Es un sello indeleble. De ahí que cuando se habla de escuela, no quiere decir que todos sus integrantes compartan los mismos criterios y opiniones, ni que deban seguir un rumbo único. Es éste un punto de vista en disidencia cordial con algunos de los expresados aquí. Muchas gracias.

FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE

Al comentario del profesor Tau Anzoátegui poco puedo decir.

En primer lugar, yo creo muy pertinente que entre los españoles se consideren incluidos los argentinos, cómo no. No estamos en un convenio de nacionalidades con tratados jurídicos por medio, sino hablando de una historia común, que a todos nos importa y a todos nos afecta.

Respecto a sus observaciones sobre Rafael Altamira, Ricardo Le-bene y Alfonso García Gallo como maestros de la Historia del Derecho Indiano, no tengo más que añadir, sino aprender y aprovechar sus muy pertinentes acotaciones.

El único problema que creo que conviene que puntualice es el sentido estricto en que entendamos unos y otros los términos escuela, maestro, discípulo. Efectivamente, en un sentido estricto, yo creo que hay una relación de maestro a discípulo cada vez que un profesor universitario orienta a un joven en una tesis doctoral. Esto puede crear entre ellos una relación personal fría, superficial, o permanente y realmente discipular a lo largo de toda la vida. Pero cuando hablamos de escuela, yo creo que hay que pedir algo más que esta mera vinculación académica por el origen. Por Escuela yo entiendo la existencia de esa relación discipular, o de iniciación, de un profesor respecto a un novicio en la ciencia que ambos cultiven, pero también la existencia de una trasmisión de los modos metodológicos y conceptuales, de entender el quehacer común. Y sólo cuando entre los varios discípulos de un maestro, y la labor continuada de éste hay una coherencia de conceptos, de métodos, hay unos campos comunes sobre los que ellos investiguen, hay una continuidad de tesis de fondo, compartidas y defendidas por ellos, es cuando yo creo que cabe

hablar, con mayor propiedad académica, de Escuela científica de tal o cual persona.

De modo que si la relación entre maestro y discípulo a través del origen del segundo a impulso del primero es una relación entre personas, y naturalmente con la intensidad que cada cual le dé, y vitalicia, puesto que el hecho no se puede borrar, la concepción de la Escuela me parece que añade algo más que esa relación, y yo creo que, sin perjuicio de la originalidad que pueda tener cada uno de los discípulos en tales o cuales cuestiones, si hay una comunidad en el modo de entender las materias básicas, una comunidad de métodos, unas tareas de investigación comunes, una tradición compartida y transmitida, es cuando cabe hablar en un sentido más preciso, de Escuela. Es todo lo que debo decir.

CARLOS PETIT

Buenas tardes a todos. Tomo la palabra porque, en primer término, no me he sentido especialmente provocado por la ponencia de Tomás y Valiente. Don Francisco ha anunciado una relación provocadora; y, de serlo, lo ha sido muy discretamente: ha motivado hasta ahora sólo dos intervenciones. Faltando efectivamente la provocación no sé si nuestros colegas no españoles se han podido hacer una idea acabada de lo que ha sido la evolución de la historiografía jurídica española en los últimos años. Ante todo, y como el hilo de la exposición de Tomás y Valiente han sido los manuales universitarios, adelanto mi convicción de que estos cursos no tienen demasiada relevancia como testigos de un modo de hacer y un nivel de conocimientos, entre otras razones porque no son demasiado diferentes entre sí. No sé si yo resultaré provocador, pero, en mi opinión, de todas las obras de conjunto que existen en España solamente tres merecen atención, pues no se parecen a ninguna otra ni entre sí, dejando por tanto aparte otras consideraciones sobre su mayor o menor calidad: son, en primer lugar, el manual de García Gallo, original en relación a todos los anteriores pero no a los posteriores, que siguen en definitiva su línea y no sé si su escuela o, simplemente, modelo; en segundo lugar está la *Iniciación* de Lalinde, que no se parece más

que a la obra del propio Lalinde..., y a este propósito se me ocurre apuntar un nombre, ya que hablamos aquí de «escuelas», y se trata de Antonio Merchán: Lalinde, por el influjo de su obra, por el atractivo que su grado de conceptualización ha podido ejercer, ha encontrado un continuador en una persona que geográficamente pertenecería a la «escuela» de Sevilla, pero cuyos trabajos le separan bastante de lo que los demás sevillanos solemos hacer. Y en tercer lugar, el manual de Aquilino Iglesia. Todos estaremos de acuerdo en que también el manual de Aquilino Iglesia, incluso por su volumen, goza de gran singularidad. A estas tres obras — insisto de nuevo en que no valoro ahora los términos de su singularidad — cabría haber reducido el panorama de la historiografía jurídica española, considerado desde el punto de vista de las obras generales.

Pero si ya era reduccionista la opción seguida por D. Francisco mi propuesta la reduce aún más, con lo que, cada vez, damos peor cuenta de la historiografía española del derecho: y concluimos así en la poca adecuación de escoger los manuales como hilo conductor o elemento de descripción.

Creo que es preferible atender a la elaboración monográfica. El sentido de la prudencia de Tomás y Valiente le ha llevado a silenciar trabajos importantes que no dejarán de aparecer en las demás ponencias, pero de todas maneras he echado a faltar la relación de aquellas monografías más influyentes en la historiografía jurídica en España. Se ha citado el libro sobre los secretarios de Estado de José A. Escudero; yo lo situaría entre paréntesis. Subrayaría desde luego, y más de lo que Tomás y Valiente ha podido hacer en una exposición que tenía otros objetivos, el trabajo de Bartolomé Clavero sobre el mayorazgo.

Y después de estas observaciones paso a lo segundo, a las «escuelas». De entrada pienso que, cuando se realiza una exposición historiográfica trazando la existencia de escuelas, estamos aplicando ya una serie de valores de jerarquización: aquí hay un maestro, aquí hay un discípulo; por tanto, hay un dominio eminente y un dominio útil... No sé, creo que todo esto no sirve bien para rendir cuentas del estado de nuestra historiografía. Hay algunas manifestaciones de los resultados a que nos lleva la aplicación de este modelo descriptivo que nos sugieren que no es el mejor para lograr la descripción. Pensemos por ejemplo en ese texto que se nos leía, per-

teneciente al curso de Aquilino Iglesia, según el cual existía una presunción, una creencia para ser más exactos, por parte de Iglesia de que él tenía un maestro; por circunstancias que al lector no le son oficialmente conocidas, quien tenía esa creencia deja de tenerla y llega a la conclusión de que su deseo frustrado de contar con un maestro se salda simplemente con la consideración, triste, de que es autodidacta. ¿De qué se trata aquí? De algo que me hace pensar en algún viejo texto jurídico: aquel del Fuero Viejo sobre la concordia y paz existente entre los hidalgos, por lo que se ve, de cuando en cuando rota. Hablando de «escuelas» nos situamos en un mundo de pactos feudales, y por eso, por cierto, no puede extrañar que se tributen (libros) — homenaje... Un pacto feudal en el que cabe, evidentemente, que el vasallo rompa con su señor o el señor se desaire del vasallo, con lo que se llega a esas situaciones de perplejidad en que quien creía tener un maestro resulta no tenerlo o, incluso, se ve contradicho por el que consideraba como tal.

Y es que no parece funcionar bien esto de las «escuelas». Termino, agradeciéndoles su paciencia, mediante un simil que antes comentaba con Josep María Gay: diseñar un panorama historiográfico desde el punto de vista de las escuelas existentes es como la descripción de la tradición del Digesto: hay un texto, la Florentina (que ojalá viésemos), un *codex Secundus* y luego ya la *littera bononiensis*. Cuando, realmente, el problema de la formación de todos nosotros puede explicarse mejor acudiendo a la imagen de la tradición textual del Código de Justiniano: una tradición contaminada, vertical y horizontal, en la que los viejos manuscritos son integrados y completados con cuantos otros presentan algún punto de interés. Creo que así, y no mediante el autodidactismo que proclamaba resignadamente Aquilino, queda mejor descrita la situación de la mayor parte de cuantos nos dedicamos en España la historia del derecho; al menos, es la de quien se ha permitido entretenerles ahora después de una dura sesión de trabajo. Muchas gracias.

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

Claro. Yo esta mañana decía que iba a ser provocador; lo he sido

sólo discretamente, porque también he tomado las cautelas para no ir muy lejos en mis provocaciones, y, como suele suceder, he sido rebasado por la izquierda por alguien más provocativo que yo, como es Carlos Petit. Le agradezco que haya puesto de manifiesto críticas de aspectos singulares, quizá alguna de las cuales se pueda resolver con mi remisión global al texto; pero sobre todo quiero contestar a lo que podríamos llamar «crítica de conjunto» formulada por Carlos. Y es el hecho de que no pueda verse bien reflejada lo que ha sido la historiografía española en los últimos veinticinco años, a través del eje o columna vertebral de la exposición mía, esto es, a través de si ha habido o no ha habido escuelas, y a través de la vertebración de cada una de ellas en torno a obras de conjunto. A mí me parece que estas jornadas, este encuentro que estamos realizando, tenía dos formas de ser construido: o bien hablar de lo que se ha hecho en sectores temáticos determinados, en cada uno de lo que podríamos llamar convencionalmente sectores del ordenamiento jurídico, o bien, a través del análisis de la agrupación de los historiadores en torno a escuelas. Visiones que yo considero complementarias. De la primera visión se encargan todos los demás autores de ponencias, empezando por la de Bartolomé Clavero, la de Benjamín González Alonso y las que mañana escucharemos, entre otras la del propio Carlos Petit.

Y como complemento de esa visión, de ver qué es lo que se ha hecho en estudios monográficos, agrupados por temas, yo he pretendido, precisamente por la insinuación que me brindó Paolo Grossi, que es el autor de ese título, «Escuelas e Historiografía», hacer la visión complementaria.

Que haya sido acertada o no la elección de las exposiciones de conjunto es algo, desde luego, opinable. Es posible que muchas de esas exposiciones de conjunto no tengan originalidad suficiente como para prestarles mucha atención, pero es bueno decir que hay obras de conjunto cuya originalidad es escasa. También eso forma parte de la realidad. En torno a que las tres más singulares y más dignas de ser comentadas sean la de García Gallo, la de Lalinde y la de Aquilino Iglesia, yo estoy totalmente de acuerdo, y precisamente el tiempo que a cada una de ellas he dedicado esta mañana me parece que abunda un poco en la opinión de Carlos.

En cuanto a si el modelo de escuela funciona mal o no en la universidad española es una realidad sometida a opiniones y la mía es

que ciertamente funciona mal el modelo de escuelas en la Historia del Derecho en la universidad española, pero lamento que eso sea así. Porque me parece que una de las formas más fecundas de la organización del trabajo científico es en torno a escuelas. Lo cual no quiere decir, por supuesto que no, que cada cual que integre una escuela sólo beba de las fuentes de su maestro, o exageraciones parecidas, o que no se pueda aprender más que de lo que dentro de la escuela se hace, porque eso conduciría, no a unas escuelas fecundas, sino a un sectarismo rival y, a unas rivalidades acientíficas, y enteramente negativas.

Creo que la escuela es lo que hace unos minutos definía en respuesta a la observación de Víctor Tau Anzátagi. No creo que en las relaciones de las escuelas tenga mucho que ver lo de la fidelidad, la lealtad y el pacto feudal. Personalmente eso me repugna; más bien creo que ésa es una forma negativa de entender las escuelas, que deben ser tan solo núcleos fecundos de debate, de labor de conjunto, sin por ello perder cada uno de sus miembros la responsabilidad individual de aquello que haga.

Si el modelo de las escuelas funciona mal, como ha dicho Carlos Petit, yo creo que eso es malo. Sería bueno que la universidad española, tomara ejemplo de otras, por ejemplo la italiana, en donde percibo la existencia en nuestra disciplina científica de por lo menos dos escuelas muy claramente diferenciadas, lo que constituye un factor sin duda muy fecundo. Y eso es lo que yo echo en falta en el panorama de la Historia del Derecho Español, y lo que he querido denunciar: la escasa vertebración de lo que los historiadores hemos hecho en torno a unos esfuerzos atomizados, individualizados, por más que, según la visión complementaria de lo que yo he querido hacer, las monografías que en cada uno de los grandes sectores del ordenamiento es posible agrupar, puedan dar, como de hecho, sin duda, dan, un resultado bastante alentador, en lo que ha sido la producción investigadora de los últimos veinticinco años. No me gustan las visiones metafóricas feudales; creo que las escuelas son otra cosa, que era bueno hablar de si había o no escuelas en la Historia del Derecho Español, y ésa ha sido mi opinión que, naturalmente, mantengo porque de unas horas a otras dentro del mismo día no es bueno cambiar radicalmente de opinión. Gracias, Carlos.

Discussione sulla relazione Clavero

PAOLO GROSSI

Il mio intervento si risolve molto semplicemente in una richiesta di integrazione. Sono interessatissimo a quell'accenno che tu hai fatto al Codice civile spagnolo del 1888 e al sistema delle fonti che questo Codice civile ci segnala. Certamente è un Codice che fa spicco rispetto a tutta una consolidata tradizione continentale, quindi non solo rispetto al «Code Napoleon», ma a tutta la catena dei Codici civili italiani del secolo XIX, quelli degli Stati preunitari e lo stesso Codice civile unitario del 1865. Mi pare evidente che, se si giunge a questo risultato — che cioè il Codice rinuncia ad essere la fonte esclusiva del diritto —, se il Codice consente una permanenza di pluralismo giuridico a livello delle fonti, si deve ipotizzare una lotta serrata nella preparazione dell'atto legislativo e si deve anche ipotizzare l'emersione di resistenze fortissime, che hanno valso ad annullare il carattere primo di ogni autentica codificazione, che è una esclusività omnicomprendiva. Ecco, dunque, la mia domanda: Se una siffatta ipotesi è fondata, a quali ambienti sono riconducibili queste forze? Sono ambienti cetuali? Sono ambienti provinciali? Mi piacerebbe saperne di più, perché l'accenno a questo Codice singolare ha sollecitato la mia curiosità.

BARTOLOMÉ CLAVERO

La singularidad del Código civil español entre sus congéneres europeos es cosa que no ha dejado de apreciarse en España y fuera de ella, pero me parece que seguimos sin alcanzarse la perspectiva, ni dentro ni fuera, para situársele y valorársele. Ma felicito por tu pregunta, Paolo, pues me permite abundar en extremos que sólo he podido apuntar y que me parecen esenciales. ¿Qué hay bajo tal singularidad? ¿Qué se encierra en la opción?

En primer lugar, es evidente que hay un fondo de resistencia frente a lo que constitucionalmente siempre fue en España un

programa de unificación normativa. Durante el XIX la posición de las Constituciones vigentes es en esto constante: unidad de Códigos. Alguna Constitución admite la posibilidad de modulaciones legislativas, pero la previsión no mira a excepcionar el principio. La realidad sí: a medida que el programa había empezado a ponerse en práctica, a través particularmente de la administración judicial desde el segundo tercio del XIX, una resistencia ya se manifestaba. Así en los países de cultura catalana, defendiéndose instituciones civiles propias. Por la misma época, en la zona vasca, ya ocurre otro tanto también respecto a instituciones políticas. Desde los años treinta, más o menos soterrada, más o menos frontal, esta resistencia existe.

A ella acaba cediéndose por parte de los mismos impulsores del programa constitucional de la Codificación española. Tardíamente, muy a última hora, en las mismas vísperas del Código civil, sólo en los años ochenta. Ya parece que pudo advenir por esta especie de claudicación desde la perspectiva de la Constitución. Curiosamente, esta rectificación se produjo en el ambiente de reacción más antifederal, en los mismos medios que duramente reaccionaron contra la posibilidad de establecimiento de un orden constitucional de carácter federal, tras una Primera República que en 1873 había querido responder a la misma situación de pluralidad normativa. Su aceptación por parte del propio Código fue un elemento de dicha reacción. Fue una opción antifederal.

Se acepta un pluralismo dado para establecerse el Código. No se le ofrecen medios: no se admite posibilidad alguna de que la pluralidad pueda elevarse a nivel constitucional. Hay todavía pluralismo de normas, pero sin el de parlamentos ni el de justicias ni el de gobiernos. El Código sigue representando un principio de unidad, presidiendo la pluralidad. Con dicho objetivo se le sigue planteando y con dicho horizonte se establece. Pero también ocurre que este antifederalismo no está literalmente en el mismo texto del Código. Se encuentra en la Ley de Bases que lo permitió, donde la admisión del pluralismo aparece claramente como una fórmula provisional de transición hacia la unidad, un mal menor. Aun presuponiendo como transitorio este régimen de su ley de bases, la literalidad del Código transmite en cambio otra impresión de mayor estabilidad. Realidad que se le impondrá.

Es un fondo constitucional. ¿Y el transfondo, digamos, social? A

esto también nos lleva la pregunta. ¿Por qué razones sociales se da en España esta resistencia pluralista y se produce tal triunfo en la letra misma de un Código que representaba la unidad? ¿De dónde esta verdadera peculiaridad, no desde luego del resultado, pero sí de su forma? La respuesta no es nada fácil. El asunto parece realmente complejo, y no sólo porque en los diversos territorios la resistencia pueda representar distintos intereses sociales, sino también porque en un mismo caso pueden confluír posiciones en sí plurales.

El más conocido es el de Cataluña. Por una parte parece claro que la resistencia al Código no representa aquí una posición menos liberal dentro del campo constitucional. Frente a la inspiración napoleónica de los proyectos de Código civil español, realmente se defienden planteamientos más integralmente liberales, de un liberalismo exactamente civil: así la libertad de testar frente a la sucesión forzosa, que una libertad de disposición se establezca con toda consecuencia. El liberalismo en el orden sucesorio se defiende frente al Código, evolucionándose a partir de las propias libertades históricas en la materia, conectándose con la misma evolución contemporánea de una cultura romanista que también era propia.

Pero esto no es todo. Hay más. Y puede plantearse la duda de hasta qué punto esto lo decisivo. Porque al mismo tiempo, y en un mismo caso como el de Cataluña, la resistencia social a la unidad de Código también lo es de elementos mucho menos, si algo, liberales. Así en materia de relaciones agrarias. Los proyectos codificadores tampoco puede decirse que ofreciesen una imagen muy liberal en cuanto que códigos rurales, pero la oposición aquí se manifiesta frente a las posibilidades que trae de propiedad y contratación. Se defienden prácticas e instituciones propias de raíz señorial, con división del dominio y supeditación del campesinado, sin evolución de historia ni cultura. Ahí está la complejidad. No sabría dar una respuesta inequívoca.

RAQUEL RICO

Más que una intervención, la mía es solamente una pregunta que, quizás por la premura de la exposición y por la cantidad de cuestio-

nes tocadas, me ha dejado una incógnita. En la exposición del profesor Clavero, en el título ya, aparece una división clara entre derechos hispanos y sistema de fueros, entre Derecho Español y sistema de códigos, que, por otra parte, el ya ha puesto por escrito en algún artículo anteriormente. Y al hacer en concreto una referencia a ese cambio que se produce entre sistemas de derechos hispanos y derecho español, ha dado, en primer lugar, una fecha, que era la de la Constitución de Cádiz, como el inicio de ese cambio de concepto, pero después ha dado otra fecha en la que, por lo menos en lo que yo he oído, no he encontrado una explicación, y que me ha hecho surgir la duda, porque dicha fecha, a partir de la cual entiende que se produce esa definición de Derecho Español, es 1829, que es precisamente una etapa no constitucional, aunque sí codificadora, pero codificadora desde un punto de vista mercantil, que parece responder a criterios distintos. Y lo que yo le quería preguntar es el porqué de esa segunda fecha de 1829.

BARTOLOMÉ CLAVERO

Efectivamente, he hecho alguna distinción que no suele plantearse y en la que puede también convenir abundar. Gracias por la oportunidad. Aunque poco más puedo ofrecer que sugerencias, aún tentativas, en una materia de significación desde luego básica y capital. El estado de la investigación no da lastimosamente para más. No lo da al menos el alcance de mis conocimientos.

El origen del derecho español programáticamente está en la Constitución de Cádiz. Primera afirmación que, con toda su simpleza, no es de curso ordinario. Ya suele presumirse que un tal derecho español es de existencia anterior. Basta ojear cualquier manual. Tampoco su formación contemporánea suele mirarse desde la Constitución. En los mismos manuales el capítulo constitucional es uno más, junto al civil, al penal, al procesal, etc. Pues bien: el principio, para el derecho español, es históricamente la Constitución.

Pero realmente, históricamente, el derecho español no procederá contemporáneamente de Constitución. Esta lo gesta y otros lo engendran. Hay aquí también su singularidad. Bien distinto es un caso

como el de la unidad de Italia. Pero estamos con España. Aquí unos primeros años de interrupciones en la vigencia, no sólo de una Constitución concreta, sino del sistema que representaba, permitió la fundación real de un derecho español con su perspectiva, pero a su margen. Se aprovecha una experiencia constitucional en tiempos no constitucionales con unas perspectivas que ya no son las de pura resistencia del sistema histórico. En los años treinta del siglo XIX, en una situación de verdadera liquidación del orden históricamente establecido, aún no sustituido, unos gobiernos de poder no limitado, sin la competencia de parlamento ni de justicia independientes, establecen los cimientos institucionales del Estado español.

Se constituyen, o se preconstituyen, particularmente dos cosas: la Administración y la Justicia, que no es poco. La Constitución de Cádiz había prefigurado una administración sustancialmente representativa, mediante diputaciones provinciales, y una justicia descentralizada, mediante audiencias de última instancia sustantiva. Se toman las instituciones y se muda su carácter: ahora, sin Constitución, se establecen una Administración y una Justicia centralizadas y jerárquicas. No se trata de matices dentro de una misma concepción, sino de dos concepciones diversas de un Estado y una Nación: de un derecho español. La misma Codificación se replantea en estos años desvinculándola de compromisos constitucionales, con libertades civiles, de un modo que se mantendrá.

He aquí lo importante, que hasta hoy trasciende: éstas, las instituciones centralizadas y jerárquicas, son las que permanecerán, sin restablecimiento de aquéllas, las representativas y descentralizadas, porque se restablezca el sistema constitucional o porque volviera incluso a ponerse en vigor la misma Constitución de Cádiz. El Estado español se constituye desde entonces como poder ejecutivo y no como instancia representativa. El mismo Parlamento le será aleatorio. El nacimiento de una Nación no fue constitucional porque su gestación lo hubiera sido.

CARLOS PETIT

Yo de nuevo tengo que excusarme por poner a prueba su paciencia, pero sin entrar de nuevo en la polémica sobre las escuelas, sí debo decir que como siempre que habla Pipo Clavero yo aprendo, quiero ahora provocar nuevas ocasiones de aprendizaje formulándole algunas preguntas.

La primera. Siento que no esté presente Encarna Roca, pues ella, buena conocedora del derecho catalán, podría animar el debate en un punto que me interesa y que, retomando una aguda observación de Paolo Grossi, yo quisiera destacar. Se trata de que se hiciese una exégesis del art. 258 de la Constitución de 1812, ese artículo en que se anunciaba que los códigos civil y criminal y de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes. Encarna Roca ha entendido en algún trabajo que así se salvaba un derecho catalán del mandato unificador incorporado en el encargo de codificar, pero no parece que esa sea la mejor interpretación. De todas maneras lo importante es que en Cádiz existiese ya alguna base para una lectura foralista de la Constitución, aspecto que tal vez convendría desarrollar.

La segunda cuestión es más concreta. No sé si Bartolomé Clavero considera, en el texto de su intervención, el caso de una conocida colección jurídica, muy conocida en la España del siglo XIX con el hermoso y engañoso título de «Los códigos españoles concordados y anotados», que no falta en las bibliotecas, incluso extranjeras. No se trataba de códigos, sino de obras jurídicas algunas muy antiguas, fueros medievales y recopilaciones; se abusaba así de un término que tenía ya un significado técnico muy preciso. Y tampoco eran españoles, sino, empezando por el derecho visigodo que pasaría a Castilla por una especie de sucesión de dignidades, textos castellanos de épocas diversas. Y no eran, desde luego, colecciones de fuentes históricas como las que proliferaban contemporáneamente a imagen y semejanza de los *Monumenta Germaniae Historica*, sino obra nacida por y para la práctica, a la que, por cierto, tendríamos que volver en un intento de precisar la utilidad de reeditar estas viejas fuentes una y otra vez a lo largo del siglo XIX. Atender a la existencia de tales «Códigos» era mi demanda a Clavero.

BARTOLOMÉ CLAVERO

Aprendemos mutuamente por la misma conformidad de fondo. Me gustaría desde luego seguir con el debate del planteamiento constitucional de la unidad de Códigos, porque efectivamente no suele plantearse así. En la misma Constitución de Cádiz usualmente se aprecia la admisión de una pluralidad que yo tampoco veo. El texto constitucional efectivamente dice que caben variaciones mediante leyes, pero ¿se está mirando a España? La Constitución no sólo era entonces para ella.

El propio texto constitucional puede encerrar la respuesta. El mismo ya incluye variaciones, en materias tan importantes como las de competencias de las Audiencias de última instancia sustantiva y de las Diputaciones territoriales representativas. ¿Para dónde se establecen? Para América. Para Ultramar. Para el resto en efecto regía un principio de unidad, de entendimiento distinto al que luego se impondría, pero ésta ya es otra cuestión.

De acuerdo también respecto a *Los Códigos Españoles*, pero añadiría algo. Y lo añadido: su edición nunca fue oficial. Aun detectada toda su importancia en el manejo forense, queda la duda de la efectividad judicial. A falta de un verdadero Código civil, ¿hasta qué punto realmente fueron durante el XIX las normas de un derecho español vigente?. Hay que ver de cerca lo que hacían no sólo los abogados, sino también y sobre todo los jueces. Sólo ahora la justicia está comenzando a mirarse, con impulso como otras cosas de Tomás y Valiente. Aquí mismo Josep María Gay nos ha ofrecido algún indicio en contra de la suposición de vigencia incontrastada de los mal dichos *Códigos* y peor dichos *Españoles*.

BENJAMIN GONZALEZ ALONSO

La estimulante intervención de Bartolomé Clavero me ha recordado o sugerido algunas ideas sobre las que me gustaría conocer el punto de vista del ponente.

Los temas como el que Clavero ha expuesto esta mañana admiten por lo menos un doble enfoque. Cabe destacar los factores

expresivos de homogeneidad e incluso de unidad o, por el contrario, acentuar aquellos otros hechos que connotan separación o diferenciación. Así, mientras subraya a las que Austrias y Borbones continuaron utilizando a lo largo de la Edad Moderna la intitulación particularizada, esto es, que siguieron llamándose reyes de Castilla, de León, etc., yo no podía por menos de recordar que, quizá no por casualidad, durante la segunda mitad del siglo XVI y todo el XVII, en numerosos documentos también oficiales se denomina a los Austrias reyes de España — de España, en singular — y de las Indias. Me parece que conviene no olvidar la existencia, junto a aquellos documentos más solemnes y protocolarios, de estos otros repito que abundantes y variados.

También comentaste esta mañana la política de Olivares. En una ocasión hablaste del «carácter subversivo» de sus planes (imagino que estabas pensando en el proyecto de la Unión de Armas), y más adelante los calificaste de «aventura» y te referiste a la política aventurera del Conde Duque. Mientras escuchaba se me ocurría que quizá fuera posible incorporar dos matices en absoluto desdeñables. El primero lo aporto en relación con los reinos de la Corona de Aragón (dejando a un lado, por tanto, cuanto concierne a Portugal) y se resume en lo siguiente: el planteamiento de Olivares no consistió en imponer la Unión de Armas prescindiendo de la legislación regnícola, sino en tratar de obtener, por cauces estrictamente legales, el necesario consentimiento de las instituciones legítimas y refrendadas por la historia, para de ese modo implantar las novedades que, en efecto, entrañaba la Unión de Armas. Así pues, planes «subversivos» ¿en qué sentido? Finalmente fallidos, pero en cualquier caso exquisitamente respetuosos con la «legalidad», si se me permite transferir ocasionalmente este concepto al Antiguo Régimen.

Por lo que respecta al «aventurerismo», no es superfluo reiterar lo ya sabido y que Elliott ha recordado en fechas recientes, a saber: a la altura de la primera mitad del siglo XVII la política del Conde Duque era mucho menos caprichosa de lo que se ha pensado y no suponía, en definitiva, sino la versión hispánica de lo que simultáneamente estaba intentando Richelieu en Francia (y tampoco eran Richelieu y Olivares los únicos gobernantes que a la sazón perseguían idénticos objetivos y estaban empeñados en la implantación de muy similares reformas en sus respectivos países).

En tercer lugar, y pasando ya a la parte de tu Ponencia dedicada al análisis de la evolución que se operó en el siglo XIX, sostuviste que los territorios vascos llegaron a la época constitucional con su propia «organización política». ¿Organización política propia? Si nos fijáramos en Navarra la respuesta debería ser afirmativa. Navarra era un Reino, contaba con Cortes, poseía un aparato institucional de evidente enjundia y claramente diferenciado del castellano. Me pregunto, en cambio, si el caso de las Provincias Vascongadas es comparable. ¿Eran sus peculiaridades — por otro lado distintas en Vizcaya, Alava y Guipúzcoa — suficientemente numerosas y, sobre todo, importantes como para que quepa hablar de una «organización política» vasca o vascongada? Es opinable, desde luego. Personalmente pienso que no resultaría menos acertada la alusión a las particularidades de orden administrativo, a la organización administrativa, en suma, de cada uno de los tres territorios vascongados.

Junto a esas cuestiones, otras que Clavero ha silenciado esta mañana y que quizá conviniera tener también en cuenta para comprender el desarrollo del proceso codificador en España. El hecho, por ejemplo, de que, al igual que antes sucediera en multitud de ocasiones con la legislación borbónica, muchos de los preceptos de nuestros códigos no sólo no tenían origen castellano, sino que resultaron tan ajenos a la tradición jurídica castellana como a la de los territorios peninsulares no castellanos. Lo cual me parece que merece ser destacado a la hora de ofrecer una interpretación global del fenómeno codificador y del proceso de unificación jurídica. Tampoco considero superfluo poner de relieve, por último, que la coexistencia durante mucho tiempo de varios «Derechos españoles» en modo alguno constituyó un hecho exclusivo de España. Baste con recordar las incontables diferencias jurídicas que en un país tradicionalmente considerado el arquetipo del centralismo, en Francia, subsistieron, pese a su precoz e intenso grado de unificación nacional, hasta la Revolución, como Tocqueville señaló en su día con insuperable agudeza.

BARTOLOMÉ CLAVERO

Como siempre, Benjamín, me incitas a repensar... y a reafirmarme. Vayamos al grano, que el tiempo apremia. Titulación de los reyes como *Reyes de España*. En efecto, hay documentos. Abundantes, supongo. Pero en ningún momento de forma oficial. El uso oficioso, primero exterior, de apelar al Monarca Católico *Rey de España*, pudo perfectamente entrar en su propia documentación, en su propio medio, pero nunca en términos o con valor oficial. Si había que sintetizar, como en las monedas, ya se recurría al plural: *Rey de las España*. El asunto sabemos que se trató, rechazándose la posibilidad de una titulación singular o no desglosada. En la ponencia escrita me ocupo naturalmente de ello, pues era una cuestión entonces de alcance sustantivo o no meramente protocolario.

El asunto Olivares. Hay una discordancia bastante de fondo sobre la valoración de su política. He insistido en un punto: si hablamos en términos personales, me interesa más la posición del monarca, al fin y al cabo la institución, que la de su ministro, institucionalmente un advenidizo, como ya explicó Tomás y Valiente, y de política además un tanto aventurera, como ya se vió por sus resultados. Haría falta un *Felipe IV* antes que el *Conde-Duque de Olivares*, pero el problema ya estaría en el título: sólo es cuarto de Castilla.

El tema vasco. Que no llegan con su organización política a la época constitucional: depende de las palabras, de como llamemos a las cosas. Con la terminología nuestra, llegan con su organización política; con la de ellos, con la de entonces, llegan con su orden corporativo, que era más. Las Provincias Vascongadas formaban sendas Corporaciones, con toda su institucionalización: unidad política distinta, consolidada y fortalecida en las mismas visperas del sistema constitucional. El calificativo político está mal empleado, por más limitado o menos suficiente, pero ¿se me habría entendido de decir corporativo?

Algún otro matiz de lenguaje, con toda su significación, que parece haber abandonado o no mantener con constancia: derecho español, que no castellano, durante el siglo XIX. Hoy he dicho más lo segundo que lo primero: un derecho castellano que pretende, sólo pretende, ser español. Mi intención ha sido la de hablar en estos términos, para el XIX, sólo respecto al derecho civil, con todo su alcan-

ce; si otra cosa he dado a entender, me he expresado mal. Derecho constitucional, derecho judicial, derecho procesal, derecho penal, derecho mercantil: ya es derecho español, que no castellano, durante el XIX. En esto último me parece que estamos de acuerdo.

El desacuerdo es más general. Que el caso español no es tan peculiar. Desde luego, pero no entendemos del mismo modo qué sea peculiaridad. De entrada históricamente no la hay. Todos nos situamos en la cultura del derecho civil y canónico. Estamos en un mundo común, con semana de siete días y calendario gregoriano. Estuvimos bajo un derecho realmente común que admitía derechos propios ofreciéndoles mecanismos de primacía y defensa. Pero llegamos al siglo XIX y los derechos nacionales, debilitándose la referencia común, más se diferencian. ¿Cuál es nuestro caso? Si queremos aún tipologías, no el de Francia, sino el de Italia o el de la misma Alemania, pese a la apariencia contraria de un programa constitucional de unidad que sólo parcialmente se llevó a efecto. Este es mi entendimiento.

Hubo territorios españoles, pertenecientes a una misma Monarquía, jurídicamente independientes hasta la misma época constitucional. Y la revolución no fue la francesa. Se mantiene una particularidad civil que afecta a toda la estructura constitucional y, más solapadamente, se conservan también diferencias institucionales en el orden político. En el País Vasco nunca ha estado realmente en vigor un orden constitucional español, aunque otra fuera la pretensión, y otra la imagen que ofrecen las mismas Constituciones españolas. Se engañaron y nos engañan: problema de otro tiempo que sigue siendo del nuestro, constitucionalmente por fin reconocido.

Pero seguimos en la historia, en la que nuestra discordancia es efectivamente de fondo. Lo reconocemos y la sobrellevamos. Aprendemos, incitándonos, mutuamente, o eso espero. Me das pie para la contraposición de ponencias. Has ofrecido, Benjamin, un panorama que creo da buena cuenta del fondo de tu planteamiento. Nos has dicho: los esquemas de Galo Sánchez y García Gallo se sostienen. Te refieres a la edad moderna porque, claro, si miramos a la manera como el segundo ha tratado el derecho español del XIX como efecto de una «desnacionalización» pretendiendo restar con ello además legitimidad al sistema constitucional, la cuestión también sería para tí otra. Pero vamos a lo dicho: ambos vieron, o lo vio el uno y le siguió

el otro, el orden moderno como un sistema de tres niveles: derecho común, europeo, derecho regio, recopilándose, y derecho local, en vías de extinción. ¿Esto se sostiene?

La composición ya es a mi entender anacrónica respecto a su misma idea de nivelación. No hay tal. No hay composición trimembre. No hay una estratigrafía en la que cada nivel puede tener entidad y desarrollo propios. Hay una constelación presidida por el derecho común, único entonces consistente; nada se comprende si no es desde su posición. En dicho esquema quedaba cual referencia exterior: lo otro se presentaba ya incluso como nacional. El resultado también era anacrónico: con un derecho regio que se situaba en posición de astro y unos derechos locales sin movimiento propio. Era éste corporativo: todo el derecho restante de este carácter no encontraba su posición. Con el mismo ordenamiento mercantil no se sabía qué hacer. Si se dice que esto se sostiene, el desacuerdo es realmente profundo.

CARLO GHISALBERTI

Desidero anzitutto ringraziare gli oratori che sòno intervenuti in questo interessantissimo convegno che ci ha permesso di meglio conoscere ed apprezzare i colleghi spagnoli e di valutare pienamente i temi ed i problemi che vengono affrontando nei loro studi e nelle loro ricerche. Desidero anche chiedere loro scusa per questo mio intervento, probabilmente tardivo e sicuramente estemporaneo ed ingenuo, dovuto alle molte suggestioni ed ai quesiti che sono emersi durante questa intensa giornata di dibattiti e di discussioni. In particolare riprendendo il discorso, ormai piuttosto comune, sul rapporto intercorrente tra il processo di costituzionalizzazione di un ordinamento e quello di codificazione delle sue fonti normative, o, meglio, forse, sulle basi costituzionali della codificazione del diritto agli inizi dell'Ottocento, vorrei richiamare un punto che non sempre mi sembra venga affrontato.

Ho letto a suo tempo il bel lavoro di Clavero sul rapporto tra codice e «fueros» ed anche taluni studi di storia costituzionale iberica ed ho molto apprezzato ciò che anche oggi ci ha detto. Il punto di ri-

ferimento costante degli studiosi di storia giuridica ed istituzionale spagnola è, naturalmente, per l'età più vicina la costituzione di Cadice del 1812, fondamento ed insieme origine del processo di costituzionalizzazione della Spagna moderna e, possiamo oggi anche dire, contemporanea. In questa e nelle fonti successive vengono intraviste le basi sulle quali dovrà inquadrarsi la realizzazione della codificazione nazionale del diritto in quella penisola, giunta a maturazione, attraverso difficoltà infinite, nel 1888.

Voglio riferirmi, però, ad un altro testo costituzionale, al testo statutario emanato per il Regno di Giuseppe Bonaparte a Baiona nel 1808, testo che prevedeva espressamente, come molte altre costituzioni di matrice o di modello franco-rivoluzionario o napoleonico, la formazione di un codice civile e di un codice penale. Si trattava di un documento statutario che, nell'ideologia dell'Impero, rappresentava, come gli altri documenti consimili emanati per gli Stati egemonizzati, la *tête de chapitre* dei codici da esso annunciati ed insieme imposti come priorità programmatica al legislatore. Ciò è provato dal fatto che Napoleone diede l'ordine di tradurre il *Code civil* nella lingua spagnola affinché il fratello Giuseppe lo introducesse e lo diffondesse nel suo regno seguendo una direttiva già perseguita in altri Stati soggetti all'egemonia francese come in Italia. La traduzione venne fatta, l'ordine da Parigi arrivò ma la diffusione e l'applicazione del codice non avvenne.

Tutti sappiamo la ragione di ciò. Abbiamo quanto meno visto il *Dos de mayo* di Goya ed abbiamo ammirato nella loro stupenda realistica tragicità i suoi *Disastri della Guerra* che ci descrivono la spietata lotta all'invasore francese. Sappiamo che a Bailén è crollato il mito dell'invincibilità di quella che passerà alla storia come la *Grande Armée* ed insieme ad esso il consenso e quindi l'avallo popolare ad un'operazione di politica legislativa dettata od imposta da uno straniero ormai incapace di controllare l'intero territorio spagnolo.

Io vorrei chiedere al professore Clavero ed agli altri eminenti colleghi spagnoli che certamente ci possono illuminare se nella cultura giuridica iberica di quel periodo si sia svolto un dibattito sul *Code civil*, sulla sua natura e sulle prospettive che i suoi contenuti normativi, sicuramente avanzati, avrebbero potuto aprire alla vita sociale del paese, almeno secondo coloro che erano favorevoli all'idea di una sua recezione in Spagna. Ed ancora se questo dibattito, ammesso che

vi sia stato e che abbia mostrato una divergenza di opinioni tra coloro che sostenevano l'iniziativa francese e coloro che ad essa si opponevano, sia assurto ad un certo livello ed abbia rivelato uno spessore ideologico notevole in coloro che potevano, a cagione della loro formazione dottrinale, esservi impegnati.

Si tratta di un problema del tutto aperto, e molto interessante, che ci richiama quanto succede in Germania più o meno nello stesso periodo. Anche lì vi è un popolo in armi, la battaglia di Lipsia lo dimostra, che lotta contro l'invasore francese e che rifiuta le sue istituzioni e le sue leggi: e ciò mentre nel ceto dei giuristi, consapevoli della realtà e dei sentimenti nazionali, si viene teorizzando l'idea della estraneità del *Code civil*, anzi addirittura di ogni codice, alla tradizione ed alla coscienza del popolo tedesco, alieno ed avverso a tutto ciò che è imposto o recepito dall'invasore francese.

È possibile individuare o, quanto meno costruire, se non un parallelo tra le due situazioni storiche, un raffronto o un accostamento tra le differenti esperienze vissute dai due popoli?

BARTOLOMÉ CLAVERO

El profesor Ghisalberti nos pone en la perspectiva europea que más desde luego pudiera aquí interesar y enriquecer. Siento que ni el tiempo ni mis conocimientos lleguen. Pero ya habría que tenerla desde un primer momento presente. Presente también aquí en efecto se hace el programa bonapartista, con la Constitución de 1808 y con su previsión concreta de Codificación. No faltaba. Se miró aquí también a la importación de los mismos Códigos napoleónicos.

El propio Código Napoleón fue objeto de traducción oficial y de amplia difusión, aunque no llegó a promulgarse. En el seno del Consejo de Estado español se formó en 1809 una Comisión de Código civil en la que se integraron incluso juristas franceses más duchos. Su encargo era el de estudiar las modificaciones precisas del texto para la implantación en España. Se partía del supuesto de que sólo haría falta una superficial revisión por razones religiosas, eliminándose poco más que el divorcio vincular. El asunto seriamente en todo caso así se debatía, pero no parece en cambio que se produjera una

discusión más abierta. No hay nada parecido a lo que ocurrió en Alemania.

Pero faltan estudios. Lo que he dicho por ejemplo sobre los planes bonapartistas se sabe más por investigaciones literarias que jurídicas. Así por la biografía que le dedicó Georges Demerson al poeta Meléndez Valdés, también jurista y miembro de dicha Comisión de Código. Estamos en lo mismo: hablando de una historia en buena parte por hacer, o al menos por replantear, con la debida perspectiva europea desde luego. Y lo dicho: no se encontrará, aunque se investigue, un debate a la altura del alemán.

CARLOS PETIT

En aras de la brevedad, algunas notas motivadas por la intervención de Carlo Ghisalberti las dejaré para mañana, pues de alguna forma pueden integrarse en mi relación.

Mi pregunta era la siguiente. Tal vez se debería haber dicho, tanto por parte de Clavero como de B. González Alonso, alguna palabra sobre el Consejo de Estado. Bartolomé Clavero ha observado varias veces que no existía un Consejo de España. Eso es cierto. Existía un consejo de la Monarquía, que era el Consejo de Estado. Enfrentándonos con este argumento podríamos incidir en algo que no es indiferente a la ponencia de Clavero y que él precisamente ha sabido animar, en términos de debate intelectual, entre nosotros: me refiero al entendimiento de la organización política hispana, tan plural en la edad moderna, en los términos de ese Estado, también Moderno, que aparece en la obra tan voluminosa de Maravall, elogiada por Benjamín González Alonso y que a mí, sinceramente, nunca me ha servido de gran cosa. Gracias.

SALUSTIANO DE DIOS

Simplemente se trata de una breve acotación ante la polémica entre el profesor González Alonso y Bartolomé Clavero, respecto a la

aplicación del derecho común y del derecho real. Yo estoy de acuerdo con que en Castilla, primordialmente, se aplica el derecho común. Pero el derecho real tiene una importancia extraordinaria. En concreto, por ejemplo, lo he visto en las Cortes. Un dato importante: éstas acuerdan pagar un salario de las sobras de los encabezamientos al licenciado Arrieta por la elaboración de la Nueva Recopilación. Los propios procuradores de Cortes, y de las sobras del encabezamiento. Otro dato muy interesante: cuando por fin se logra acabar la Recopilación, determinan los procuradores que de las sobras de los encabezamientos, también, se compre un ejemplar para cada procurador. Es decir, que la aplicación del derecho real era muy notable en Castilla, dado que los propios procuradores acuerdan financiar la obra del licenciado Arrieta, aunque él no lo aceptara después, porque prefiere ser pagado por el rey. Pero cuando los procuradores, que tienen que ver bastante con la legislación, ellos mismos prevén financiar al licenciado Arrieta y después, cuando ellos acuerdan comprar, naturalmente a cuenta del reino, un ejemplar para cada procurador, quiere esto significar que el derecho real se aplicaba. Por supuesto, insisto en que el derecho común es el derecho primordial, pero el derecho real tiene una importancia decisiva, y en las Cortes, donde la Nueva Recopilación se cita tanto. Por ello me parece que tiene su interés. Nada más.

Discussione sulla relazione Gonzalez Alonso

PABLO FERNANDEZ ALBALADEJO

Desde mi condición de historiador *general* quería plantear algunas observaciones en relación con las afirmaciones de Benjamín González, particularmente las referidas a la valoración que ha hecho de la labor de Vicens Vives en el campo de la historia del derecho. Bien, yo creo que en este aspecto la valoración es injusta, y me ha parecido percibir en ella — me puedo equivocar — una cierta condena a Vicens por *intrusismo*. Me hago cargo desde luego que los llamados historiadores *generales* ocupamos una posición tan ambigua e

incierta como incómoda, y muy probablemente llegamos a resultar de esta última condición para nuestros colegas que ocupan *territorios* mejor acotados. Los historiadores de la economía, o mejor, los economistas que practican la historia, no se han recatado de manifestarlo así en más de una ocasión. En esto, naturalmente, no se puede generalizar, ni pretendo abrir aquí una guerra contra las historias sectoriales: sería un falso problema. Creo que prima mucho más la comprensión y la aproximación de criterios que la desconfianza, aunque a veces no puedan exorcizarse los demonios internos.

En mi opinión es un poco duro referirse al conocido artículo de Vicens en términos de «pobreza conceptual», o de que su concepción del derecho sea «primaria», o incluso de que hayamos sobrevalorado su aportación. Vicens ciertamente no era un historiador del derecho, bien que algunos trabajos anteriores como el de los *remensas* no hubieran tenido dificultad para ser considerados de esa condición. En cuanto a la «pobreza conceptual»: es posible que en buena medida tenga que ver con el panorama que presentaba aquí entonces la historia del derecho, más interesada en la época medieval que en la moderna según nos ha recordado el profesor Valiente; y en todo caso con un entendimiento del orden político de la modernidad en términos exclusivamente — o casi — estatistas. Vicens, creo yo, supone una reacción instintiva contra ese estado de cosas. En su encuesta sobre las estructuras administrativas de la edad moderna le sucede como a un conocido personaje de Molière: *habla en prosa* sin saberlo; la reconstrucción empírica de los *niveles* de ese orden político, tal como él la realiza, prácticamente coincide punto por punto con lo que puede encontrarse en cualquiera de los manuales de derecho común de la época. En el fondo creo que el gran mérito de Vicens es haber llamado la atención, por simple intuición profesional, sobre la necesidad de analizar el orden político de los siglos XVI y XVII desde una perspectiva, digamos, feudocorporativa, antes que estatal. No creo sin embargo que esta estrategia analítica estuviese presente en él desde los primeros momentos, pero esa es otra cuestión.

También tendría mis dudas a propósito de las consideraciones que se han hecho sobre el libro de Maravall (sin que ello afecte a la importancia, que me parece indiscutible, de su obra) acerca del estado moderno. En esto coincido con lo dicho por Carlos Petit y con lo

que en su día escribiera Bartolomé Clavero. Como historiador general me siento más identificado con los planteamientos de Vicens, que me parecen más concretos y precisos.

Una última petición a Benjamín González: ¿podría precisarnos un poco más el juego entre régimen jurídico y orden político dentro de la monarquía hispana? No obstante — y dada la premura de tiempo en la que nos movemos — si ello queda recogido en el texto escrito de la ponencia, podemos dejar la respuesta para otro momento.

BENJAMIN GONZALEZ ALONSO

Gracias, Pablo, por tus comentarios, susceptibles a su vez, más que de respuestas concisas y terminantes, de nuevas apostillas. Los hechos son hechos, naturalmente, y las interpretaciones, interpretaciones. Aquéllos suelen ser evidentes, incontestables; éstas, personales, subjetivas, y por ende discutibles.

Lamento que mi valoración de Vicens te haya parecido injusta. Quizá no me expresara bien, o quizá no se me haya entendido correctamente. Yo le profeso un profundo respecto, no he escatimado los elogios que a mi juicio merece y he confesado sin rebozo que lo considero un historiador excelente. Lo que no obsta — y es claro que se trata de una interpretación — para que *La estructura administrativa estatal* ... me parezca un estudio en el que los conceptos no se encuentran convenientemente precisados y en el que no faltan consideraciones sólo relativamente conexas. Creo, además, que de dicho estudio y de algunos otros escritos de Vicens se han podido extraer conclusiones que acaso no estuvieran en la mente de su autor, pero que a menudo se han inferido de la literalidad de sus textos. Como ni la hora ni la ocasión permiten demorarse, me conformaré con aducir un único ejemplo: el Prólogo de la *Aproximación a la Historia de España*, en el que hay un párrafo que, pese a haber recibido algunas alabanzas, me sigue pareciendo inaceptable si se aspira a entender medianamente el Derecho. Está en las páginas 14-15 de la tercera edición de la *Aproximación*, y percibo en él ideas un tanto primarias y erróneas acerca del Derecho.

Por supuesto, Pablo, es una opinión, y por tanto discutible; tanto como la tuya.

En otro momento de tu intervención has aludido a lo que dije a propósito de la importancia que en el campo de la Historia del Derecho español han adquirido los manuales. No sé si eso es bueno o no. Es probable que una mayor pujanza de la investigación monográfica hubiera aminorado la importancia de los manuales, lo que me sugiere la hipótesis de que acaso esta sobrevaloración del manual sea consecuencia de la pobreza de la investigación. Pudiera ser. Prefiero no entrar en valoraciones. Ahora bien, con independencia de la opinión positiva o negativa que ello nos merezca, lo que me parece difícilmente contestable es el hecho mismo al que yo me refería en mi exposición y que ahora reitero: en los últimos decenios tales manuales han alcanzado una importancia extraordinaria. Y la han alcanzado, entre otras razones, porque con cierta frecuencia han sido bastante más que mera síntesis de lo ya sabido y, por consiguiente, han cubierto un vacío apreciable. El *Manual* de García Gallo, por ejemplo, encerraba muchas cosas que no estaban dichas en estudios monográficos precedentes, y lo mismo ocurrió más tarde con la *Iniciación* de Lalinde. El *Curso* de Pérez Prendes contiene la exposición más amplia de que seguimos disponiendo sobre cuestiones conceptuales y metodológicas. Si nos adentramos en el campo del Derecho moderno — al que yo me he circunscrito esta tarde — otro tanto cabe añadir del *Manual* de Tomás Valiente o de las recientes *Lecciones* de Aquilino Iglesia. Todos ellos nos informan con relativo detenimiento de materias apenas desbrozadas previamente por investigaciones monográficas. Y, en fin, si pasamos al período constitucional, no resulta menos forzosa la consulta del citado *Manual* de Valiente o del de Gacto, Alejandro y García Marín.

Vayamos, por último, con Maravall; es decir, regresemos al terreno de las puras valoraciones. Podría estar de acuerdo con algunas de las opiniones que Pablo Fernández Albaladejo ha emitido, y desde luego debo dejar claro que en ningún momento le he atribuido a la obra de Maravall el carácter que los juristas medievales, por ejemplo, le concedieron al *Digesto*... No es eso. Los volúmenes de *Estado moderno y mentalidad social* son, sin duda, discutibles y deficientes en algunos aspectos. ¿Existe acaso algún libro que no lo sea? Una cosa es, sin embargo, que no se esté de acuerdo con deter-

minadas afirmaciones de Maravall, o con el enfoque de este o aquel capítulo, y otra muy distinta que neguemos su extraordinaria importancia, discrepancias ocasionales aparte. Al examinar la organización política e institucional de la época de los Austrias e intentar un bosquejo del estado de la investigación, que es lo que esta tarde he pretendido, el libro mencionado vuelve a surgir ante nosotros, lo queramos o no, como el estudio más ambicioso, más complejo y más rico en el tratamiento de los temas fundamentales. Al menos no conozco otro que lo supere en los aspectos que acabo de indicar.

BENJAMIN GONZALEZ ALONSO

Me parece que detrás de las observaciones del Profesor Tau (*), tan pertinentes, late una cuestión sobre la que he reflexionado en ocasiones y para la que, no obstante, carezco por ahora de una respuesta completamente articulada. La Monarquía hispánica era muy extensa, muy compleja, abrazaba territorios extremadamente heterogéneos. La imagen más adecuada para dar cuenta, siquiera en parte, de esa enorme complejidad quizá sea la de los círculos concéntricos.

La Monarquía hispánica es Castilla, evidentemente. Nadie podrá negar que durante los siglos XVI y XVII Castilla fue el centro de la Monarquía. Con su historia, con su pasado... incluso me atrevo a sugerir (tímidamente) la posibilidad de que también con su Derecho, que a veces se oye decir, por sorprendente que parezca, que no existió. Pero de ningún modo la Monarquía es solo Castilla. En el círculo siguiente aparecen incritas las Indias. A efectos jurídicos e institucionales es evidente la superior afinidad de las Indias con Castilla, pero afinidad no equivale a identidad. En el tercer círculo encontramos a los restantes reinos peninsulares, dotados de innegable personalidad aun en el caso de que, como sucedió con Navar-

(*) Il lettore non trova qui l'intervento nella discussione del Prof. Victor Tau Anzoátegui (cui risponde il Prof. Gonzalez Alonso), perché esso è divenuto una comunicazione autonoma (cfr. più sopra, alla pag. 573).

ra, estuvieran formalmente incorporados a la Corona castellana. Y luego topamos con algunos territorios italianos... Y así sucesivamente. Bien, y a todo eso, a ese conglomerado inmenso ¿cómo denominarlo? Si adoptamos la perspectiva propia de la tipología política o de la Historia de las formas políticas y aspiramos, además, a pronunciarlos con un mínimo de rigor, creo que a todo eso no se le debe llamar de la misma manera, no se le puede calificar del mismo modo. Porque lo estimo así, cuando hablo de la existencia del Estado en la Edad Moderna no se me ocurre pensar que la Monarquía hispánica en cuanto tal fuera un Estado. No creo que todos los territorios que entonces formaban parte de la Monarquía tuviesen una organización política propiamente estatal. Entiendo que algunos habían advenido a un régimen estatal y otros no; que en algunos — así, en Castilla — la consolidación de la soberanía regia provocó el giro del régimen político hacia formas de corte estatal, mientras otros reinos continuaban apegados entre tanto a fórmulas de carácter preestatal.

El Profesor Tau hablaba también de la vigencia en las Indias de las Partidas, o sea, del Derecho común. Sí, es claro que las Partidas contienen Derecho común, o mejor, constituyen una versión castellanizada de lo que el *ius commune* había llegado a ser en un determinado estadio de su trayectoria histórica. Mas no olvidemos que las Partidas son a la vez Derecho regio, y no perdamos de vista la existencia, junto a las Partidas, de la Recopilación. Tau ha mencionado a Castillo de Bobadilla, formado, naturalmente, como todos los juristas de su tiempo, en los textos y en las categorías del Derecho común. Ahora bien, ¿qué Derecho expone Castillo de Bobadilla? ¿No es acaso al Derecho castellano al que principalmente se refiere?

Discussione sulla relazione Iglesia

PEDRO CRUZ VILLALÓN

Los organizadores del encuentro han tenido la debilidad de invitar a este encuentro de historiadores del Derecho a un constitucionalista «periférico», lo que se justifica sólo por la amistad. Con ello he

contraído una doble deuda de gratitud; pues aparte la común deuda de gratitud hacia el Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno y, muy en particular, hacia Paolo Grossi, me cabe expresar mi gratitud por el privilegio que supone estar estos días aprendiendo tanto de los historiadores del Derecho españoles y portugueses.

La ponencia de Aquilino Iglesia de esta mañana me da pie para intervenir muy brevemente en el contexto de una afirmación suya, en el sentido de que el presente no es objeto de la historia, con unas u otras palabras; algo que, de paso, me lleva a constatar que no todos los historiadores del Derecho pretenden ser historiadores de la Constitución. Porque lo primero que habría que saber es si la Constitución es Derecho y, segundo, en caso afirmativo, desde cuándo la Constitución es Derecho. Los constitucionalistas tendemos a pensar que el término «Constitución», designa dos realidades cualitativamente distintas, de las cuales solamente una de ellas tendría carácter de Derecho, en tanto la otra, carente del mismo, debería ser calificada más bien de «metaderecho», en el sentido en el que lo hace Ignacio de Otto. La primera de ellas, la que permite hablar de Constitución normativa, es aquélla que vincula efectivamente a los jueces, con preferencia a cualquier otro derecho. En Europa, esta Constitución es un producto del siglo XX, prácticamente, pues, derecho contemporáneo. En el siglo XIX, por el contrario, las Constituciones europeas son un «metaderecho» como programa que, si bien pretende vincular a los poderes públicos, de hecho no lo hace, y ello por una serie de razones estructurales que están en el mismo modelo de la Constitución del siglo XIX.

Esto es lo que determina el que, a mi modo de ver, mientras los Códigos fueron derecho, las Constituciones no lo fueran. Y de ahí también el que el hecho de que hubiera o no Códigos ocurra con independencia de lo que dijeran las Constituciones, y con independencia incluso de que hubiera o no Constituciones.

Todo ello, desde luego, con independencia de que las Constituciones, ciertamente, hubieran pretendido desde el principio ser derecho; y, si no lo consiguieron en Europa, sí lo hicieron, desde el primer momento, en América; en América sí fueron desde los inicios de derecho inmediatamente aplicable y norma suprema.

Ello explica el que, en mi opinión, la Historia Constitucional no haya sido, en Europa, Historia del Derecho, porque no era el Derecho su objeto. La Constitución, en Europa, sólo es Derecho en el presente, y el presente no es objeto de la historia.

Dicho ésto, sólo creo deber añadir que sólo cabe esperar lo mejor de la que acaso sea, por su propósito, la primera historia constitucional de España, de inminente aparición. El que su autor, Bartolomé Clavero, sea un historiador del Derecho, y no un constitucionista «de carné» es algo que, por sí mismo, carece de trascendencia.

AQUILINO IGLESIA

Yo he planteado un problema de tipo teórico — cada uno tiene su opinión — desde mi particular experiencia. Y desde mi particular experiencia, yo he afirmado que del presente no se hace historia. Se pueden hacer otras cosas muy interesantes, yo no lo pongo en duda, pero no se hace historia. O, digámoslo de otra manera, no se escribe la historia, se hace la historia. Y cada uno elige lo que quiere. Yo he elegido escribir la historia, y las razones las he dado. Se pueden aceptar o no, eso es otra cosa, pero lo que hay que discutir son las razones que yo he dado. Es muy sencillo. Aquí hay varios españoles, y el que tiene menos interés por este problema soy yo. A mi los problemas nacionales no me interesan, entre otras razones, porque creo que desde hace tiempo se ha puesto de manifiesto, que no hay cosa más horrorosa que un hombre ejerza poder sobre otro hombre. Pero también es cierto, que todos los juristas se han pasado la vida tratando de justificar este hecho. Y una manera de justificar el que un hombre ejerza poder sobre otro hombre es el concepto de nación. Y el concepto de nación se utiliza con esta finalidad. Por unos momentos puede aparecer el concepto de nación como un concepto revolucionario, que dará la libertad a los pueblos, pero pronto ese concepto de nación sirve sólo para justificar ese ejercicio del poder.

La Constitución de 1812 dice que es manifestación de la voluntad de la nación española. Y yo, como historiador, aplicándolo al pasado, me lo creo. ¿Qué más me da? Pero cuando se plantea el problema de si existe la nación española ya es otra cosa; lo que decíamos

esta mañana, ¿de la constitución española actual se puede llegar a una constitución federal? Bien, pero en la constitución española actual, y en la de 1812, el titular de la soberanía es la nación española. En un estado federal, que sepa yo, no hay una nación. Y cualquier opción que se tome, por legítima que sea, es precisamente para tratar de hacer otra constitución o para tratar de mantener la que existe. Por eso digo que no hay historia, es decir, que ahí no se escribe la historia, ahí se está construyendo, haciendo la historia y yo no tengo intención alguna de salvar ni a la nación española ni a la nación gallega. Si a mí me dejaran elegir, yo quisiera ser norteamericano, que son los que tienen el poder. Ya que no tengo elección, al menos no me interesa preocuparme de lo que no es el pasado, sino el presente.

Y con esta afirmación no estoy despreciando, y sobre todo me parece oportuno decir que ¿cómo voy a despreciar la historia del constitucionalismo español que va a hacer el profesor Clavero, si no la conozco? No puedo despreciarla. Cuando llegue el momento es posible que no me guste, y no tendré inconveniente en decirlo, pero mientras tanto yo no hago juicios de intenciones. Yo aquí planteo una cosa, en la que se perfectamente que no está de acuerdo conmigo, como yo no estoy de acuerdo con él, pero, vuelvo a decir, el punto crucial es el siguiente, es el señalado ¿es que la nación española es hoy una cuestión muerta? Esto es, y aludo a todos los que están aquí, hablo ahora de los españoles y me excluyo, ¿es que todos los que están aquí se sienten españoles? Porque una cosa es decir: yo soy catalán y por ello español, y otra cosa es decir, yo soy catalán y por ello no soy español. Y eso es lo que se está discutiendo. Y se está discutiendo desde 1812, y como eso es lo que se está discutiendo, eso no es nuestro pasado, nuestro pasado es Felipe II. ¿A quién le importa Felipe II? Le importa a los que le importa si hay o no nación española, y entonces sacan a colación a Felipe II, pero realmente Felipe II está muerto y enterrado, y bien enterrado, pero la nación española o la nación catalana..., bueno, basta, simplemente esto.

ENRIQUE GACTO

Básicamente lo que yo iba a decir lo acaba de decir la doctora Ro-

ca (*), a la que no estoy subordinado por ningún tipo de jerarquía académica. Lo que pasa es que lo que yo quería preguntarle a Aquilino, quizás porque esta mañana yo no he sido capaz de captar toda la sutileza que se contenía en su intervención, es si él cree realmente que en estos momentos se puede abordar una Historia del Derecho Privado; porque me dio la impresión de que se refería con una cierta displicencia a la reciente aportación suya a la Enciclopedia de la Historia de España de Alianza Editorial. Y, claro, si es una Historia del Derecho Privado hecha sobre la norma legal estamos en el don Benito Gutiérrez, al que citaba también esta mañana. Si entramos en los archivos estamos rozando el terreno de la sociología; si acudimos a la doctrina estamos en el campode unos intereses corporativos. Pues quiero simplemente que expliques en pocas palabras, si crees que es posible, si es posible hacer una Historia del Derecho Privado, y sobre todo, cómo habría que hacerla. Gracias.

AQUILINO IGLESIA

Brevemente es difícil. Cómo se debe hacer, yo no tengo la fórmula. Puedo decir cómo creo que se debe hacer. Es evidente que los romanistas pueden hacer una historia — cuando se deciden a hacer historia del derecho romano privado y no dogmática del derecho privado romano —, porque tienen todo a mano. Los que, como yo, trabajamos preferentemente sobre las épocas visigoda y altomedieval, estamos en buenas condiciones: en la época visigoda partimos del punto de vista que el *Liber* se aplicaba y, entonces, explicamos el derecho a partir del *Liber*, porque no tenemos documentos de aplicación del derecho ni tenemos tampoco ni sentencias ni obras jurídicas. Y en la Alta Edad Media la situación es semejante, ya que contamos únicamente con los documentos de aplicación del derecho. El problema se plantea con la Baja Edad Media y con la Edad Moderna.

(*) Il lettore non trova qui l'intervento nella discussione della Prof. Encarna Roca Trias, perché esso è divenuto una comunicazione autonoma (cfr. più sopra, alla pag. 535).

Indudablemente acudir a toda la documentación es imposible; entonces es indudable que hay que seleccionar; es decir, cada uno tiene que comenzar a trabajar sobre aspectos muy concretos. Pero la documentación, para mi, no da el derecho vivido. ¿Por qué? porque para recordar unas palabras de quien no me considera su discípulo, ya que estamos en este juego, de quien me ha excluido de entre sus discípulos, con lo que me obliga a estar fuera de esa escuela — un maestro tiene siempre derecho a elegir a sus discípulos y allá él con su elección —, pero a lo que no me puede obligar es a renunciar a mis raíces y, por ello, me sigo moviendo dentro de su línea, aunque modificada, pues lo único que se ha roto es una relación personal y discipular, relaciones privadas que nunca pueden hacer desaparecer una tradición científica. Pues bien, repito, según aquella famosa frase los documentos son un mundo oscuro y turbio de negocios jurídicos indirectos. Dicho con otras palabras, ya que está tan de moda la sociología: cuando uno tiene que trabajar con tres documentos, ¿cómo puede saber si en esos documentos se está testimoniando la aplicación de la ley, la violación de la ley pura y simplemente o se está testimoniando un nuevo derecho que es contrario a la ley, pero que no se siente como una violación de la ley? Esto quiere decir, por lo tanto, que, y por otro lado esto no es ninguna novedad y mucho menos en Italia, hay que tener en cuenta que hay que trabajar sobre los documentos, hay que trabajar sobre la legislación, hay que trabajar sobre la jurisprudencia y hay que trabajar, perdonen este titubeo, porque es la misma palabra, pues estoy habituado a la jurisprudencia de estilo romano; hay que trabajar sobre las obras científicas y hay que trabajar sobre las sentencias de los jueces. Y de ahí hay que reconstruir el derecho del pasado. ¿Por qué? porque yo parto del punto de vista, equivocado o no, de que hay una realidad, que son las conductas que se observan en una sociedad, y después hay un trabajo reflejo, que es el trabajo de los juristas, que es como el de los botánicos, que clasifican esa realidad. Y nosotros venimos después, a clasificarla de nuevo, unas veces para corregir lo que han dicho esos juristas, otras veces para aceptar sus planteamiento. Esto sin duda, a veces significa una complejidad enorme. Cuando yo estoy diciendo que no se puede trabajar de forma aislada, quiero decir que no podemos trabajar sobre Mieres y decir: esto es el derecho catalán. En todo caso, éste es el derecho catalán, según la visión de Mieres. Y cua-

ndo tengamos la visión de Mieres, la visión de Callís, la visión de Montjuïc, etc., y las completemos con la visión de los documentos, con la visión de las sentencias y con la visión de la ley, entonces podremos intentar, quizá, hacer esa historia. Tomen Vds. lo que les digo de esa separación entre la realidad radical y la reflexión jurídica; esto es precisamente lo que se ve en ese desprecio hacia el derecho gallego y ese ensalzamiento del derecho catalán. Porque, dejando a un lado la legislación, hay un hecho evidente ¿por qué las costumbres gallegas no son aceptadas y las costumbres catalanas son aceptadas y ensalzadas? Por una sencilla razón, porque en Galicia no hubo juristas.

En cambio, en Cataluña, sí, y entonces los juristas catalanes han configurado científicamente esa costumbre. En Galicia, no. Y como no hay juristas, sino prácticos, que tienen nociones de derecho, cuando se ponen a captar ese derecho vivido en Galicia, pueden hacer las cosas más espantosas del mundo, porque construir el derecho exige saber derecho, exige ser un profesional del derecho; y quien no sabe y pretende captar un derecho consuetudinario, lo que hace normalmente es arruinar, acabar con esas costumbres. Un simple ejemplo, cuando se trataba de una institución que se dice consuetudinaria gallega, la compañía familiar gallega, que por otro lado no es nada de extraño, porque prácticamente existe en todas las sociedades agrícolas poco desarrolladas, alguien tuvo la feliz idea de decir que para constituir esa familia tenía que hacerse en escritura pública y nadie, creo recordar, escuchó a un notario, que dijo que si tenía que hacerse en escritura pública, no habría ya ninguna compañía familiar gallega. Lo cual no es cierto: no habría ninguna compañía familiar gallega según la ley; entonces tendríamos un nuevo fraude a la ley, como se dice habitualmente entre los historiadores del derecho. Hoy se necesita la simple escritura para constituir la mencionada compañía, pero pongo muy en duda, si sigue existiendo dicha institución, que se observe la forma escrita.

CARLOS PETIT

Simplemente quisiera hacer una pequeña puntualización en

relación a la ponencia de ayer presentada por Aquilino. El montaba su razonamiento sobre la idea de que nada se sabe, tal vez como concesión retórica a nuestros colegas portugueses, siendo por tanto imposible, al menos por ahora, trazar una historia del derecho privado. Pero a mí no me gustaría que nuestros colegas italianos y de otros países se llevaran la impresión de que en España no se cultiva la historia del derecho privado. Precisamente ayer también un no sé si discípulo o no, en todo caso, una persona intelectualmente muy vinculada a Aquilino Iglesia, como es Francisco Pacheco, nos dio un buen ejemplo de lo que actualmente se está haciendo en España en relación al derecho privado. Nada más.

Discussione sulla relazione Petit

JOSÉ IGNACIO FORTEA

Sólo pretendo hacer un comentario a lo que ha dicho el Prof. Petit. Yo no niego ni mucho menos el rigorismo con el que los tratadistas castellanos juzgan la licitud de las operaciones mercantiles o el problema de la usura. Pero también creo que se podría matizar algo más la interpretación que el Prof. Petit ha dado de estos asuntos tanto en el orden práctico como incluso también en el doctrinal.

Desde luego, la actitud del tratadismo castellano ante el problema de la usura puede contemplarse perfectamente en todos sus detalles a través del análisis que hace de los *cambios*. A este respecto es evidente que todos los teólogos se mostraron unánimes a la hora de condenar el llamado *cambio seco* por considerarlo práctica abiertamente usuraria. No obstante, me da la impresión de que se adoptó una actitud más fluctuante en lo que se refiere a los *cambios interiores*. Es cierto, por un lado, que la ordenanza de 1551 los prohibía, poniendo fin a una práctica a la que hasta entonces habían recurrido ampliamente los mercaderes de Medina del Campo, Burgos y Sevilla. Parece ser, sin embargo, que la prohibición de 1551 no interrumpió de forma significativa la existencia de cambios entre, por ejemplo, Madrid y Sevilla. Para legitimar la operación se hacía poner en las le-

tras la cláusula *a la par*, formalidad que no excluía el que se cobrara algún interés encubierto, aunque esto sea, evidentemente muy difícil de probar.

En cualquier caso, incluso en el terreno doctrinal la actitud ante los cambios interiores pudo ser bastante permisiva en algunos tratadistas, como Martín de Azpilcueta o Tomás de Mercado. En la opinión de ambos la licitud de la operación quedaba asegurada por el argumento de que si en dos plazas del mismo espacio monetario el dinero no es igualmente abundante no tiene por qué tener idéntico precio. Es decir, no exigían la *permutatio pecuniae* como condición inexcusable para reconocer la licitud del cambio interior. Es también evidente, sin embargo, que otros tratadistas condenaban tajantemente tal práctica por considerarla usuraria. Pero es precisamente este contraste de pareceres lo que debe subrayarse, por cuanto permite suponer que la actitud de la tratadística castellana respecto al problema de la usura no fue tan sin fisuras como me ha parecido que se desprendía de la ponencia del Prof. Petit.

Por otro lado, se ha hecho también referencia a las leyes del Consulado de Burgos de los años treinta del siglo XVI que prohibían las *mohatras*. Ciertamente era una práctica perseguida, pero, pese a todo, estaba bastante generalizada. Como muestra, valga un ejemplo. Todavía en 1588 un grupo de mercaderes de Córdoba fue acusado de dedicarse a ellas. Interesa subrayar que la denuncia se inscribió en el contexto de un típico conflicto entre *mercancía y renta*. Pues bien, es bastante significativo que fuera el propio regimiento cordobés el que acabara echando tierra en el asunto, pese a que inicialmente alguno de sus miembros se mostraran partidarios de condenar por logrerros a los mercaderes denunciados. Los intereses de la ciudad acabaron prevaleciendo sobre lo preceptuado en la doctrina.

El Prof. Petit ha hecho asimismo mención a los *censos*. Es evidente que encajan perfectamente con la concepción tradicional del crédito. No obstante, también me parece que debería subrayarse el hecho de que el uso de los *censos* no ha sido siempre el mismo. O dicho de otra forma, el censo ha sido un tradicional instrumento de crédito que permitió una considerable movilización de capitales tanto en Castilla como en toda Europa durante buena parte del siglo XVI, aunque a fines de la centuria acabara por convertirse en un instrumento de renta en el caso del que lo compra y en un medio de

conseguir dinero muchas veces para fines suntuarios en el del que lo vende.

En definitiva, lo que pretendo señalar con todo esto es que la actitud del tratadismo castellano ante el problema de la usura fue más compleja y variada de lo que he creído entender.

CARLOS PETIT

La intervención del compañero Fortea me permite darle la razón y excusarme por falta de sentido práctico a la hora de exponer, uno de mis muchos posibles defectos.

Al tratar de Juan de Hevia Bolaño, cuya *Curia Filípica* asume y sitúa al inicio de la parte general de las obligaciones mercantiles la teoría de la usura, observé que, evidentemente, este autor toma de la tradición, del patrimonio cultural en materia de usura, aquello que resultaba más permisivo en el ámbito mercantil para el que escribía. Porque las opiniones nunca fueron uniformes. A la larga se va a consolidar un probabilismo que desembocará en la admisión sin limitaciones de préstamos con intereses; dentro de la corta atención que he prestado en mi exposición a las sutilizas y variedades doctrinales, muy importantes en términos económicos, algo creo haber dicho sobre ese punto.

En lo que hace a otros: me manifiesto totalmente conforme en que las cosas eran plurales; ahora añadiría que tenían, además, que serlo, porque precisamente aprovechando los resquicios que dejaban unas opiniones coincidentes en el fondo — condena de la usura — pero no en todas sus manifestaciones, hubo posibilidad de lucrarse. Y acepto que tal condena, que la prohibición de mohatras en obras teóricas y en textos de la práctica, puedan ser contestadas con otros datos de la misma práctica mercantil que las contradicen; por eso la usura era pecado, porque había la posibilidad de cometerla o no. A mí me interesaba mostrar a grandes rasgos cuál era el sistema de tratos mercantiles de la España moderna, de la Europa moderna si Vds. prefieren, aunque aquí ya comienza a imponer la Reforma importantes matizaciones.

La existencia de prácticas contrarias al principio no quiere decir

nada desde el punto de vista su afirmación como configurador de un sistema jurídico. Por supuesto, y tiene razón Fortea, quien hace la ley, hace la trampa; quien introduce el tema de la usura en un terreno luego puede, solapadamente, llegar a mitigarlo en otro. Y voy a resaltar algo a lo que no se ha prestado la menor atención: me refiero a la amplia regulación de las limosnas en las ordenanzas consulares modernas. Ya antes les leí un texto de Saravía de la Calle donde se dice que siendo pecado y cosa fea pretender un beneficio económico en los tratos mercantiles, ciertas circunstancias lo justificarían; una sería la limosna. Si tenemos en cuenta un sistema contractual que reprime el beneficio cobra perfecto sentido que en una regulación de mercaderes sobre sus propios contratos aparezca el asunto de la limosna, pues como dice algún autor conviene ser muy limosneros porque, aún no queriendo cometer usura, es tan difícil moverse en los términos del justo precio sin llegar a lucrarse ilegítimamente que siempre el mercader se condena: la válvula compensatoria serían así estas limosnas, practicadas personal y corporativamente para contrapesar las ilicitudes imperceptibles que los tratos traen consigo.

En definitiva, estamos una vez más situándonos en el ámbito del derecho común. Un mundo diferente al nuestro, en el que todo encuentra encaje; un mundo flexible, donde las prácticas que nos recordaba Fortea no contradecían el principio que configuraba el derecho de contratos; prácticas cuya existencia automáticamente quedaba reciclada o compensada por mecanismos — limosnas — que resolvían la tensión creada por la simultánea vigencia de un principio — condena de la usura — y de su contravención.

RAQUEL RICO

Yo voy a ser telegráfica, prácticamente. En la intervención del Prof. Petit ayer sobre Derecho mercantil, entre corporaciones y Códigos, él ya señalaba en un momento determinado de su exposición que en la parte correspondiente a los derechos corporativos, o en los siglos correspondientes a dicha denominación, había una excepción que no concretó después, o que al menos no dedicó un apartado especial a ello, que sería el derecho mercantil del XVIII,

al que él ya le daba alguna característica diferenciadora, aunque globalmente la incluía dentro de los derechos corporativos. Y yo querría pedirle una precisión sobre ese tema: solamente si él entiende que esa diferencia está en el intervencionismo real, y que por tanto a lo mejor ese siglo XVIII debía considerarse como una etapa de derecho real mercantil, o bien podía calificarse como una etapa de derechos corporativos intervenidos por el poder real, o finalmente por el contrario, primar todavía el carácter corporativo sobre el intervencionismo real. Quisiera saber su opinión sobre estas distintas posibilidades.

CARLOS PETIT

Sí, muchas gracias; también muy brevemente. La singularidad del siglo XVIII viene dada por dos razones. En primer lugar, algo de lo que acaba de apuntar la señora que ha intervenido es cierto: desde el punto de vista de las transformaciones del intervencionismo real en el mundo corporativo, ya Enrique Gacto, en un bonito trabajo sobre la historia de la jurisdicción mercantil, habló de los consulados borbónicos como órganos de promoción de la economía, dentro de los parámetros mercantilistas de la Monarquía. Lo más característico a este respecto vendría de América: la difusión de corporaciones mercantiles creadas en el siglo XVIII por iniciativa de la Corona, no ya reconociendo la existencia de un gremio de comerciantes que viene ejerciendo jurisdicción, se encuentra vinculada a la relativa apertura del tráfico americano. El Decreto de Libre Comercio permitía que en los nuevos puertos habilitados hubiese consulado de comercio. Pero es que, además, los nuevos consulados creados siguen a las famosas visitas de Gálvez para Nueva España y Areche para el Perú. Y parece ser que la erección de consulados en América está dentro de una política..., Víctor Tau me puede corregir si me equivoco, de una política, decía, de la Corona borbónica de sustituir unas capas dirigentes criollas que han conseguido poco a poco insertarse en el aparato de gobierno español mediante una nueva remesa de conquistadores, pero conquistadores ya togados, conquistadores con casa y tricorno, procedentes de la Península y que aspiran a ocupar

esa administración americana que se había ido perdiendo para las manos de la Corona. En este sentido Veracruz, sede del nuevo consulado, es el enemigo de México, y algo similar sucede en Perú. Mi conclusión sería, pues, abiertamente favorable al intervencionismo real en el mundo corporativo, pero dentro de este contexto más general.

Y en segundo lugar, la singularidad del siglo XVIII viene dada por ser éste un siglo de crisis. En lo que me afecta intenté ayer, luchando con la falta de tiempo, destacar que la discusión de la usura tiene, en el siglo XVIII, otro sentido. La literatura sobre la usura, que parece reverdecer en esta centuria, no revela otra cosa que la crisis de un modelo hasta entonces vigente: el desajuste entre la condena, teóricamente aún en vigor, y la práctica, cada vez más contraria a la misma, es lo que justifica prestar nueva atención al viejo tema de la usura.

Sobre estos dos polos articulo el capítulo de mi ponencia sobre la singularidad del derecho mercantil del siglo XVIII que, por lo demás, desde el punto de vista de las fuentes tiene como elemento fundamental las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737, cuya importancia histórica justificaría de por sí conceder alguna peculiaridad al XVIII. Gracias.

Discussione sulla relazione Gacto

ANTONIO M. HESPANHA

Quería hacer una puntualización acerca de lo que ha dicho el Prof. Enrique Gacto, sobre las distintas prácticas penales portuguesas y castellanas. Para Castilla, los números de Sevilla son, de hecho, impresionantes. Pero hay un estudio reciente de Fernando Cortés y Cortés, que trabaja sobre Extremadura española, donde los números son muy próximos a los de Portugal. O sea, también aquí, en la segunda mitad del siglo XVII, casi no se ejecutaban condenaciones a muerte. Estábamos en guerra, y las que hay son casi sólo por crímenes militares. Parece entonces que hay distintas áreas, que no

corresponderán precisamente a las áreas nacionales respectivas de Portugal y España, con distintas prácticas punitivas. Esto abre una cuestión teórica muy interesante: ¿si es verdad que hay distintas áreas de disciplina, de práctica punitiva, en la Península, como explicarlo? Y esta no es sólo una cuestión de derecho penal, sino también de modelos más generales de disciplina social y de organización de los poderes.

PABLO FERNÁNDEZ ALBALADEJO

Una pequeña observación sobre la ponencia de Enrique Gacto. Yo también creo, en línea con lo dicho por Antonio Hespanha, que el contraste España-Portugal en términos de derecho penal quizás sea excesivo. La represión que, por ejemplo, siguió a los motines contra Esquilache — y es el conflicto más relevante de todo el XVIII —, demuestra a mi entender la continuidad aquí de la imagen — todavía — de un rey que no calificaré como *pastor*; pero si al menos de *dispensador* y *paternal*.

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

Conclusion

Querría clausurar, o decir unas palabras finales, no solemnes, pero sí un poco protocolarias para dar las gracias ciertamente a muchas personas aquí presentes. En primer lugar a nuestros anfitriones en Lucca porque nos han permitido visitar, pasear un poco por la ciudad, conocerla y esto es ya muy de agradecer; pero además porque nos han invitado a venir aquí a escucharnos nosotros a nosotros mismos y a exponer algunos de los temas de nuestro encuentro. En segundo lugar, quiero agradecer a los profesores italianos que ayer y antes de ayer en Florencia y hoy en Lucca nos han prestado su atención. Pensaba que la invitación de Paolo Grossi tenía como finalidad primordial que los españoles, portugueses, hispanoamericanos viniéramos aquí a una especie de terreno neutral, a debatir nuestros problemas en secreto, encerrados. Efectivamente nos hemos peleado, hemos discutido, pero con espectadores. Con espectadores inteligentes, con espectadores procedentes del campo de la Historia del Derecho, o con constitucionalistas, o con comparatistas; con personas, repito, que han puesto su silencio atento, sus comentarios de pasillo, su mirada inteligente, su sonrisa apaciguadora en determinados momentos; y que con su compañía silente pero amistosa, silente pero no pasiva, nos han estimulado y nos han permitido discutir acerca de la situación de nuestra disciplina, pero con el contrapunto constante de lo que aquí, en Italia, se hace en Historia del Derecho y que nosotros los españoles no sé si conocemos bien, pero a lo que desde luego prestamos mucha atención. Porque quizá una de las características de la Historiografía española de los últimos veinticinco años consista en habernos curado de una obsesiva atención hacia lo que hacían en Alemania, casi monopolísticamente, y haber superado esa especie de obsesión por el ejemplo alemán, que naturalmente no hay que desdeñar tampoco ahora, por una actitud más abierta que nos ha permitido ver algo que teníamos más cerca, que por latino y

procedente del Sur carecía de las prestigiosas brumas germánicas, pero que estaba y está más vivo, dotado probablemente de una inteligencia más profunda, más cercana en todo caso a la nuestra, y que se refleja sobre una realidad histórica también más afín a la nuestra. Gracias, pues, por la presencia hasta este mismo momento de los profesores italianos en torno a nuestra reunión. Y finalmente, cómo no, quiero decir unas palabras en relación con la figura de un toscano sabio, dotado de enorme capacidad de organización, de generosidad intelectual y cuya hospitalidad no sólo con los españoles, pero desde luego con nosotros, es reiterada, y por supuesto, digna de agradecimiento. Si le diera las gracias simplemente a Paolo Grossi estaría expresando con mis palabras lo que piensan ahora todos los profesores aquí invitados, italianos y no italianos, y muy especialmente los españoles, portugueses, hispanoamericanos. Pero me parece que los «pecados» de Paolo Grossi no merecen sólo el agradecimiento. Merecen algo mucho más grave: merecen la «venganza», una muy cariñosa y amistosa venganza en nombre de la cual yo quisiera comprometerme aquí a aplicarle a Paolo Grossi, y por extensión a todos los colegas italianos aquí presentes, nada menos que la ley del Talión.

A todos nos gustaría mucho, y algo hemos hablado sobre esto algunos profesores presentes, devolverles la visita, es decir, hacer con ustedes (y por eso evoco la ley del Talión) lo mismo que han hecho con nosotros, devolverles su hospitalidad con la nuestra, su amable acogida, con la nuestra. Quisiéramos invitar al profesor Grossi, y con él a todos los profesores italianos que quieran hacer uso de esta invitación a venir a España, para que allí tuviéramos la oportunidad de seguir escuchándonos unos a otros (los intelectuales somos muy amigos de estar narcisistamente oyéndonos a nosotros mismos) y para tener la posibilidad de agradecer no sólo con palabras sino con hechos, la amabilidad, la gentileza, la hospitalidad y todas las cualidades que el querido Paolo Grossi ha puesto de manifiesto una vez más con nosotros. De modo que mis palabras de agradecimiento quieren ser también una especie de palabras de invitación. Intentaremos, no sé si lo conseguiremos, repetir en España las virtudes que aquí ha puesto de manifiesto Paolo. En cualquier caso, y por ahora, aquí, en Lucca, muchas gracias, querido Paolo, en nombre propio y en nombre de todos los asistentes a este encuentro. Muchas gracias.

I collaboratori di questo volume

Paolo GROSSI

Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Francisco TOMAS Y VALIENTE

Catedrático de Historia del derecho - Universidad Autonoma de Madrid -
Presidente del Tribunal Constitucional

Bartolomé CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Benjamin GONZALEZ ALONSO

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Salamanca

Antonio Manuel HESPANHA

Auxiliar de Historia institucional moderna - Universidade Nova de
Lisboa

Aquilino IGLESIA FERREIROS

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Barcelona

Carlos PETIT

Catedrático de Historia del derecho - Universidad Autónoma de Barcelona

Enrique GACTO

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Murcia

Encarna ROCA TRIAS

Catedrática de Derecho civil - Universidad de Barcelona

Victor TAU ANZOATEGUI

Catedrático de Historia del derecho argentino - Universidad de Buenos
Aires

Carlos GARRIGA

Ayudante de Historia del derecho - Universidad de Salamanca

Salustiano DE DIOS

Titular de Historia del derecho - Universidad de Salamanca

Josep Maria GAY ESCODA

Ayudante de Historia del derecho - Universidad de Barcelona

Mario REIS MARQUES

Assistente de História do direito - Universidade de Coimbra

Jesus VALLEJO

Asociado de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Francisco Luis PACHECO

Titular de Historia del derecho - Estudio General de Lérida

Clara ALVAREZ ALONSO

Titular de Historia del derecho - Universidad Autónoma de Madrid

Raquel RICO LINAGE

Titular de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Carlo GHISALBERTI

Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Roma I

Pablo FERNANDEZ ALBALADEJO

Catedrático de Historia moderna - Universidad Autónoma de Madrid

Pedro CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho constitucional - Universidad de Sevilla

José Ignacio FORTEA

Catedrático de Historia moderna - Universidad de Santander

INDICE SOMMARIO

Paolo GROSSI, <i>Premessa</i>	pag. v
---	-----------

INCONTRO DI STUDIO SU «HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES»

ATTI

PROGRAMMA	3
Paolo GROSSI, <i>Parole di saluto</i>	5

RELAZIONI

Francisco TOMÁS Y VALIENTE, <i>Escuelas e historiografía en la Historia del derecho español (1960-1985)</i>	11
Bartolomé CLAVERO, <i>Anatomía de España. Derechos hispanos y derecho español entre Fueros y Códigos</i>	47
Benjamin GONZALEZ ALONSO, <i>Derecho e instituciones en la Castilla de los Austrias: notas sobre su consideración por la reciente doctrina historico-jurídica española</i>	87
António MANUEL HESPANHA, <i>Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução</i>	135
Aquilino IGLESIA FERREIROS, « <i>Doctrinas e instituciones civiles: familia, patrimonio, sucesiones</i> » - <i>La situación de los estudios de historia del derecho privado en España</i>	205
Carlos PETIT, <i>Derecho mercantil: entre Corporaciones y Códigos</i>	315

Enrique GACTO, <i>Aproximación a la historia del derecho penal español</i>	501
--	-----

COMUNICAZIONI

Encarna ROCA TRIAS, <i>El Código civil, derecho supletorio</i>	535
Victor TAU ANZOÁTEGUI, <i>El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común</i>	573
Salustiano DE DIOS, <i>La evolución de las Cortes de Castilla durante los siglos XVI y XVII</i>	593
Carlos GARRIGA, <i>Observaciones sobre el estudio de las chancillerías y audiencias castellanas (siglos XVI-XVII)</i>	757
Josep Maria GAY ESCODA, <i>Notas sobre el derecho supletorio en Cataluña desde el decreto de nueva planta (1715) hasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1845)</i>	805
Mario REIS MARQUES, <i>Sur l'histoire de la justice administrative au Portugal</i>	867
Jesús VALLEJO, <i>Historia del proceso, procedimiento de la historia - Diez años de historiografía procesal en España (1979-1988)</i>	885
Francisco Luis PACHECO CABALLERO, <i>'Ius proprium versus ius commune'. Un caso concreto: tanteo y retracto (siglos XIII-XIX)</i>	923
Clara ALVAREZ ALONSO, <i>Tendencias generales de la historiografía penal en España desde el siglo XIX</i>	969

INTERVENTI NELLA DISCUSSIONE

Discussione sulla relazione Tomás y Valiente

Victor TAU ANZOÁTEGUI	987
Francisco TOMÁS Y VALIENTE	989
Carlos PETIT	990

Francisco TOMÁS Y VALIENTE	992
--------------------------------------	-----

Discussione sulla relazione Clavero

Paolo GROSSI	995
Bartolomé CLAVERO	995
Raquel RICO	997
Bartolomé CLAVERO	998
Carlos PETIT	1000
Bartolomé CLAVERO	1001
Benjamin GONZALEZ ALONSO	1001
Bartolomé CLAVERO	1004
Carlo GHISALBERTI	1006
Bartolomé CLAVERO	1008
Carlos PETIT	1009
Salustiano DE DIOS	1009

Discussione sulla relazione Gonzalez Alonso

Pablo FERNANDEZ ALBALADEJO	1010
Benjamin GONZALEZ ALONSO	1012
Benjamin GONZALEZ ALONSO	1014

Discussione sulla relazione Iglesia

Pedro CRUZ VILLALÓN	1015
Aquilino IGLESIA	1017
Enrique GACTO	1018
Aquilino IGLESIA	1019
Carlos PETIT	1021

Discussione sulla relazione Petit

José IGNACIO FORTEA	1022
Carlos PETIT	1024
Raquel RICO	1025
Carlos PETIT	1026

Discussione sulla relazione Gacto

Antonio MANUEL HESPANHA	1027
Pablo FERNANDEZ ALBALADEJO	1028
Francisco TOMÁS Y VALIENTE, <i>Conclusión</i>	1029
I Collaboratori di questo volume	1031

UNIVERSITÀ DI FIRENZE
CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987), Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO

Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972

Atti, a cura di Paolo Grossi

(1973), 8°, p. 484

2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS

Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna

(1974), 8°, p. 399

3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO

Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico

Vol. I: Da Hobbes a Bentham

(1974), 8°, p. XIII-414

- 4 Mario Sbriccoli, **ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO**
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « **UN ALTRO MODO DI POSSEDERE** »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, **STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO**
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, **GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO**
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, **I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE**
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 La « **CULTURA** » **DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638

- 18 Luca Mannori, **UNO STATO PER ROMAGNOSI**
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, **GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE**
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, **LO STATO IMMAGINARIO**
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra ottocento e novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 **STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO**
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Palo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, **STILE FIORENTINO**
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, **UNO STATO PER ROMAGNOSI**
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, **TRA WEIMAR E VIENNA**
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « **LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO** »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 **LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA**
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Palo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 **LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES**
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144

- 30 Adam Smith, **LEZIONI DI GLASGOW**
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, **PER UNA SORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO
TEDESCA**
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 **PIERO CALAMANDREI**
Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 **IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI**
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 **HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES**
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036

