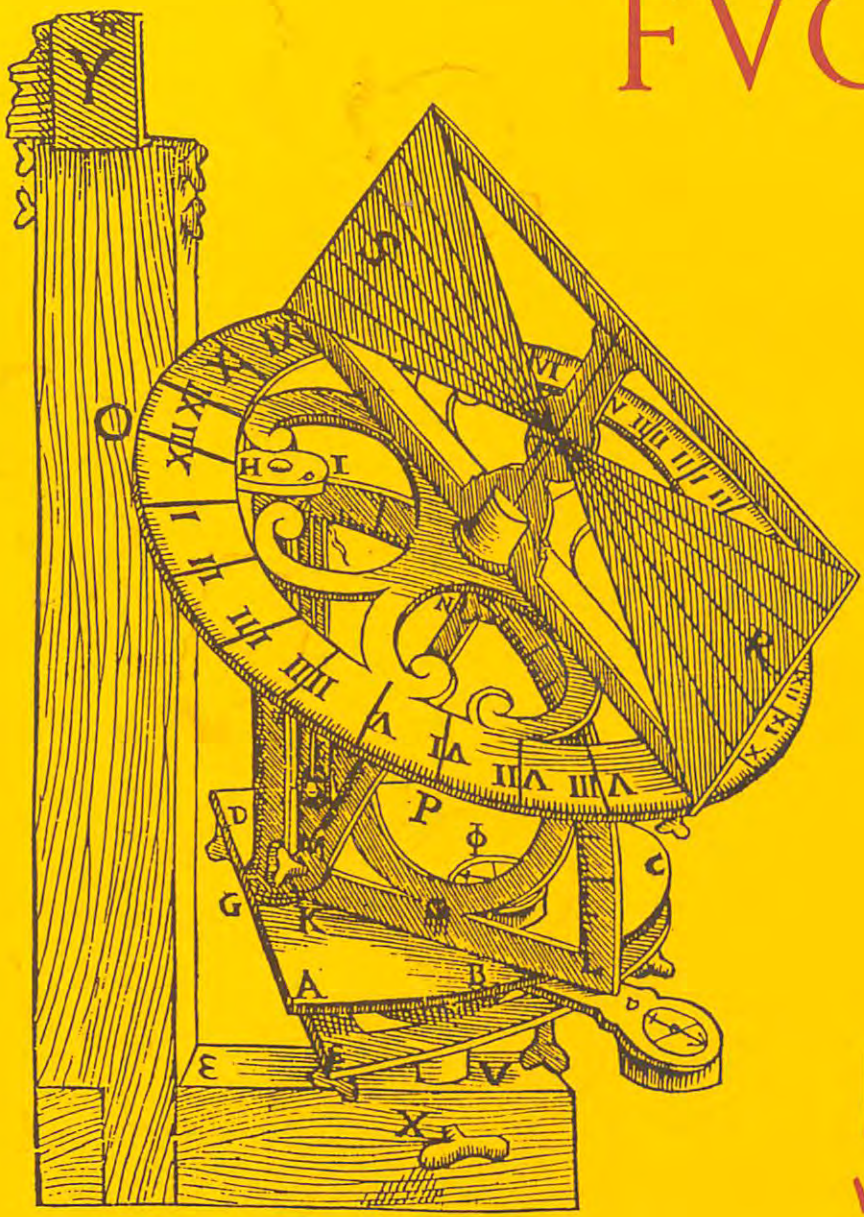
IVS FVGIT



5-6

REVISTA INTERDISCIPLINAR DE ESTUDIOS HISTÓRICO-JURÍDICOS

FACULTAD DE DERECHO — UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»

La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/1799

Esta obra está sujeta a la licencia CC BY-NC-ND 4.0 Internacional de Creative Commons que determina lo siguiente:

- BY (Reconocimiento): Debe reconocer adecuadamente la autoría, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de una manera que sugiera que tiene el apoyo del licenciador o lo recibe por el uso que hace.

- NC (No comercial): La explotación de la obra queda limitada a usos no comerciales.

- ND (Sin obras derivadas): La autorización para explotar la obra no incluye la transformación para crear una obra derivada.

Para ver una copia de esta licencia, visite https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es.

IVS FVGIT

Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos

vol. 5-6 (1996-1997)

DIRECCIÓN

José Antonio Armillas Vicente y José María Pérez Collados
Universidad de Zaragoza

CONSEJO ASESOR

Presidente

Miguel Ángel González de San Segundo
Universidad de Zaragoza

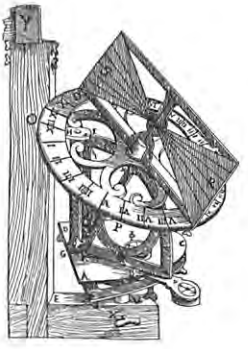
Vocales

Ángel Alcalá Galve. *University of New-York City.*
Yom Tov Assis. *Hebrew University of Jerusalem.*
Feliciano Barrios. *Universidad de Castilla-La Mancha.*
Beatriz Bernal. *Universidad Complutense de Madrid.*
Bernardino Bravo Lira. *Universidad de Chile.*
Óscar Correas. *Universidad Nacional Autónoma de México.*
Trevor J. Dadson. *University of Birmingham.*
José Antonio Escudero. *Universidad Complutense de Madrid.*
Guillermo Fatás Cabeza. *Universidad de Zaragoza.*
Eloy Fernández Clemente. *Universidad de Zaragoza.*
Ricardo Gómez Rivero. *Universidad de Castilla-La Mancha.*
Antonio M. Hespanha. *Universidad de Lisboa.*
Henry Kamen. *University of Warwick.*
José Ignacio Lacasta Zabalza. *Universidad de Zaragoza.*
Marta Lorente. *Universidad Autónoma de Madrid.*
Javier de Lucas. *Universidad de Valencia.*
Miguel Ángel Motis Dolader. *Universidad de Zaragoza.*
Luis Ribot García. *Universidad de Valladolid.*
Esteban Sarasa Sánchez. *Universidad de Zaragoza.*
José Luis Soberanes. *Universidad Nacional Autónoma de México.*
Enrique Solano Camón. *Universidad de Zaragoza.*
Esteban Varela. *Universidad Autónoma de Madrid.*

IVS FVGIT

Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos

vol. 5-6 (1996-1997)



FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Institución «Fernando el Católico»
Zaragoza
1997

Publicación número 1.838
de la
Institución «Fernando el Católico»
(Excma. Diputación de Zaragoza)
Plaza de España, 2
50071 Zaragoza
Tff.: (34) 976 28 88 78/79 - Fax 976 28 88 69
ifc@mail.sendanet.es

FICHA CATALOGRÁFICA

IVS FVGIT: Revista interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos / Área de Historia del Derecho. - N.ª 1 (1992) - . - Zaragoza: Área de Historia del Derecho. Universidad de Zaragoza, 1992 -
24 cm.
Anual
ISSN 1132-8975
I. Área de Historia del Derecho, ed.
340.15

La correspondencia (remisión de originales, monografías para su recensión científica e intercambios) deberá dirigirse a: *Ivs Fvgit*, Área de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Ciudad Universitaria s/n., 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 / 76 13 88 y 76 13 92. Fax 976 / 76 14 99.

e-mail JOSPEREZ@POSTA. UNIZAR. ES

La Redacción no suscribe necesariamente las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

© Es propiedad
Los autores

© De la presente edición
Institución «Fernando el Católico»

ISSN: 1132-8975

Depósito Legal: Z.2098-92

Cometa, S. A. — Ctra. Castellón, km. 3,400 — Zaragoza, 1997

SUMARIO

Págs.

Historia del Derecho

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, «La capacidad para capitular de los menores de edad en los Fueros de Aragón» 9

BERNAL, Beatriz, «Las constituciones liberales cubanas» 37

DE DIOS, Salustiano, «El absolutismo regio en Castilla durante el siglo XVI» 53

MAQUEDA ABREU, Consuelo, «Reflexiones sobre el Aposento de corte» 239

MATA Y MARTÍN, Ricardo M., «Aproximación histórica al robo con fuerza en las cosas» 277

SÁNCHEZ, Pilar, «Después de las Alteraciones aragonesas. Aspectos de la represión inquisitorial de la revuelta de 1591» 311

Derecho indiano

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, «*Mos italicus* y praxis judicial indiana» 359

CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, «Los asientos de la avería de la Armada de la Carrera de Indias» 431

Pensamiento jurídico y Ciencia política

GARRIDO LÓPEZ, Carlos, «El problema regional en el primer tercio del siglo XX y sus causas: una aproximación» 447

GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José, «Habito, luego existo (Algunas reflexiones sobre la distribución jurídico-política del espacio» ... 465

RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J., «Derecho natural, propiedad y utilidad en el humanismo jurídico» 495

Varia

SALAZAR, Jaime de, «Austria o Habsburgo: reflexiones sobre una denominación» 533

SOLÍS FERNÁNDEZ, José, «Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*» 539

SOLÍS FERNÁNDEZ, José, «Sobre provisión de oficios en el Reino de Murcia por el Archiduque Carlos (Años 1707 y 1708)» 543

VALLEJO GARCÍA-HEVIA, José María, «Sobre los Intendentes españoles del siglo XVIII. (A propósito de las investigaciones de Fabrice Abbad y Didier Ozanam)» 551

HISTORIA DEL DERECHO

LA CAPACIDAD PARA CAPITULAR DE LOS MENORES DE EDAD EN LOS FUEROS DE ARAGÓN

María del Carmen BAYOD LÓPEZ
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

1.- Introducción. 2.- Planteamiento. 3.- El sistema de capacidad en los fueros de Aragón: 1.- La edad de 14 años. Fuero único *De contractibus minoris*; 2.- Los diversos sistemas de capacidad durante la vigencia de los fueros de 1348, 1564 y 1585. La capacidad para capitular desde los 14 años en el período comprendido entre 1348 y 1564: A.- Los fueros de 1348: *Ut minor XX annorum* y fuero único *de liberationibus*; B.- Los Fueros de 1564 y 1585; C.- La capacidad para capitular de los aragoneses a partir de los 14 años ente 1348 y 1564: a) La capacidad para capitular de los mayores de 14 años desde 1348 a 1564; b) Razones acerca de por qué en 1564 se hace expresa referencia a los capítulos matrimoniales, de los que no se hizo mención en los fueros de 1348, siendo que en uno y otro sistema la capacidad para capitular fue la misma. **4.- Matrimonio y capitulaciones matrimoniales. 5.- La edad núbil como fundamento de la capacidad para capitular:** 1.- Planteamiento del problema; 2.- La opinión de la doctrina aragonesa: A.- Opiniones de los Foralistas: Los menores de edad requieren asistencia; B.- La posibilidad de capitular a partir de la edad núbil. Opiniones de los foristas: a) La mayoría de edad por matrimonio; b) La edad núbil como fundamento de la capacidad para capitular.

1. INTRODUCCIÓN

La capacidad para capitular de los menores de edad aragoneses se regula en el art. 27 de la vigente Compilación aragonesa. Dicho precepto dispone:

> «Tienen capacidad para otorgar capítulos matrimoniales antes de contraer matrimonio los que válidamente puedan celebrarlo. Los menores de edad necesitaran de la asistencia de uno cualquiera de sus padres y, en su defecto, del tutor, Junta de parientes o Juez de Primera Instancia».

Observamos, que cualquiera que sea el régimen económico que los aragoneses menores de edad adopten en sus capítulos matrimoniales requerirán éstos, para la validez y eficacia del negocio capitular, ser asistidos por los sujetos a que dicha norma se refiere. Y ello aun en el supuesto de que dichos menores quisieran adoptar en el instrumento capitular el régimen económico matrimonial de muebles y adquisiciones, que sería al que irónicamente quedarían sometidos estos sujetos para el caso de contraer matrimonio sin otorgar capítulos, y por lo tanto sin asistencia de nadie.

Esta solución adoptada por el legislador aragonés se muestra mucho más restrictiva que la regulada para el mismo supuesto en el art. 1329 del Código civil.

En efecto, los menores españoles sometidos por razón de su vecindad civil al Código civil pueden desde los 14 años —siempre que medie dispensa, o bien hayan resultado emancipados por un anterior matrimonio— otorgar por sí solos y sin asistencia de ningún otro sujeto capítulos matrimoniales, siempre y cuando adopten uno cualquiera de los regímenes económicos regulados en dicho Cuerpo legal —gananciales, participación o separación— sin introducir en ellos modificación alguna.

Como fácilmente se observa el Código civil reconoce a los menores de edad plena capacidad para otorgar capítulos matrimoniales, si dichos sujetos eligen sin modificación alguna uno de los regímenes económicos regulados en dicho Código. En virtud de esta regulación que ofrece el art. 1.329 C.c. los menores de edad a los que les es aplicable dicho cuerpo legal ven aumentada de forma notable su capacidad en el trafico jurídico, pues frente a la regla general, que exige que éstos sean representados por sus guardadores legales —los padres o el tutor— resulta ahora que en la elección del régimen económico matrimonial actúan por sí solos.

Sin embargo, en el vigente Derecho civil aragonés los menores de edad desde los 14 años no están sometidos a representación alguna, sino que, a tenor lo dispuesto en el art. 5 de la Compilación, son ellos por sí los que puedan celebrar cualquiera actos y contratos, siempre y cuando estén asistidos por uno cualquiera de sus padres, por el tutor o la junta de parientes.

En consecuencia, se observa que el vigente art. 27 de la Compilación no aumenta la capacidad para capitular de los menores de edad, como sí que lo hace el art. 1.329 del Código civil.

Esta diferencia de regulación, fruto de la competencia legislativa que Aragón tiene en materia de Derecho civil, se muestra a mi juicio gravosa, puesto que en el Derecho histórico aragonés, fueron los arago-

neses menores de edad los sujetos que más amplias facultades tuvieron para capitular en lo que hoy es el territorio nacional español.

Con todo, bien es verdad, que la solución adoptada por el legislador aragonés es una de las muchas que se podrían haber elegido, pues la norma jurídica queda la arbitrio del poder legislativo. Sin embargo, por ser nuestro Derecho civil aragonés de gran tradición histórica no estaría de más el recordarla a la hora de legislar para que, conocida que sea ésta, decidir con muchos más elementos de juicio, cómo ha de ser la regulación actual de los diversos elementos de nuestro Derecho civil[1].

Así pues, analicemos la capacidad para capitular de los menores de edad durante la vigencia de los Fueros aragoneses.

2. PLANTEAMIENTO

Los Fueros de Aragón, a diferencia de otros ordenamientos hispanos[2], regularon expresamente la capacidad para otorgar capítulos matrimoniales.

En concreto el fuero *Que los menores de veinte años* de 1564 estableció la posibilidad de que los menores de 20 años (y mayores de 14) pudieran por sí, y sin asistencia de nadie, otorgar capítulos matrimoniales[3]. En consecuencia, a partir de 1564 hubo una norma expresa según la cual los aragoneses desde los 14 años pudieron otorgar por sí solos capítulos.

---

[1] En relación con la capacidad para capitular en Aragón, puede consultarse mi monografía *Sujetos de las Capitulaciones matrimoniales aragonesas*, edit. Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1995.

[2] En general, el resto de los ordenamientos medievales no hicieron expresa referencia a la capacidad para otorgar capítulos matrimoniales. La razón de ello como ya pusieran de manifiesto el profesor LALINDE para el Derecho Catalán y CERDÁ GIMENO para el Derecho Balear había que buscarla en la inexistencia de este tipo de contrato en el Derecho romano. (Cfr. LALINDE, *Capítulos y donaciones en el Derecho catalán*, Barcelona, 1965, p. 46; CERDÁ GIMENO, *Comentarios a la Compilación de Baleares*, T. XXXI, Vol. 2, EDERSA, Madrid, p. 55).

Por lo que respecta al Derecho castellano manifiesta la misma opinión PEÑA BERNALDO, señalando que lo único que se reguló en el Derecho castellano fue la capacidad de los menores para constituir la dote. (Cfr. PEÑA BERNALDO, *El concurso de las personas designadas en el art. 1.318 del C.c. en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales*, ADC, 1956, pp. 308-309).

[3] El fuero *Que los menores de 20 años* de 1564, dado en Monzón estableció lo siguiente:

«Otrosi, su Magestad de voluntad de la Corte, proveyendo a los inconvenientes que resultan de las parturas, contratos y obligaciones que se hacen por los menores de edad de 20 años estatuece y ordena que los que fueran menores de edad de 20 años, y no fueren casados, no puedan hacer vendiciones, donaciones, parturas, obligaciones, ni otros contratos algunos (esceptuados capitulos matrimoniales) sino con voluntad de sus padres o del sobreviviente de ellos y en falta de ellos con el consentimiento del juez ordinario de la ciudad villa o lugar donde tales actos se tuvieran que hacer y que los actos hechos de otra manera sean nulos y de ningún valor» (Cfr. SAVALL Y PENEN, Fueros, Observancias y actos de Corte del Reino de Aragón, T. I, edición facsímil dirigida por DELGADO ECHEVERRÍA, Zaragoza, 1991, p. 406).

Ahora bien, hasta la promulgación del Apéndice al Código civil de 1925, en general, la doctrina regnícola consideró que los aragoneses eran mayores de edad a partir de los 14 años[4], sin perjuicio de que hasta llegar a la edad cronológica de 20 años, tuvieran limitada la plena capacidad de obrar. Los sujetos comprendidos entre los 14 y los 20 años fueron tradicionalmente considerados por la doctrina aragonesa como «mayores de edad en aprendizaje»[5].

Pues bien, si desde los 14 años se fue mayor de edad, nos queda por determinar cuál fue la capacidad para capitular de los menores de

---

[4] Entre otros, pueden citarse, a) entre los foristas, MIGUEL DEL MOLINO, *Repertorium fororum et observantiarum regni aragonum*, Zaragoza, 1585, voz *Minor*, fol. 226; PORTOLÉS, *Scholia sive adnotationes ad repertorium Michaelis Molini, super foris et observantiis Regni Aragonum*, Zaragoza, 1637, T. I, voz *aetas*, p. 593-594; T. 3, voz *Minor*, p. 330.; PEDRO MOLINOS, *Practica judiciaria del reino de Aragón*, Zaragoza, 1625, p. 462; FRANCO DE VILLALBA, *Fororum at que observantiarum Aragonia codex*, Zaragoza, 1743, T. II, en comentario al *Fuero de contractibus minorum*, pp. 71-77; LA RIPA, *Ilustración de los cuatro procesos forales de Aragón, orden de proceder en ellos según el estilo moderno; y las reglas para decidir conforme a la naturaleza de cada uno de ellos*, Zaragoza, 1764, pp. 347-349; DIESTE, *Diccionario sobre el Derecho civil aragonés*, Madrid, 1889, p. 410. En contra de esta opinión y desplazando la mayor edad a los 20 años, cabe citar a LISSA, *Tyrocinium iurisprudentiae forensis* Zaragoza, 1788, Lib. II, tít, VIII, pp. 161-162, y SESSE, que en diversas decisiones parte de considerar menor al que no tiene 14 años, si bien declara que a los efectos de enajenar la mayor edad se alcanza a los 20 años; a estos efectos *Vid.* SESSE, *Decisionum sacri senatus regnii aragonum, et curiae.*, Zaragoza, 1625, T. I, dec. 99, fol, 666; T. II, dec. 199, fol. 506.

b) Entre los foralistas, PLANO, *Derecho Aragonés*, Madrid, 1842, pp. 43-44 y 63; MARTON y SANTA PAU, *Derecho y jurisprudencia de Aragón*, Zaragoza, 1865, p. 386; SERRANO MILLÁN, *Apuntes de Derecho foral aragonés en cien años de legislación civil aragonesa (1883-1984)*, Zaragoza, 1983, p. 3; PEÑA, *Recopilación por orden de materia de los Fueros y Observancias vigentes*, Zaragoza, 1880, p. 12; NAVAL y SCHMID, *Compilación articulada del Derecho foral de Aragón y conclusiones aprobadas por el congreso de jurisconsultos aragoneses con observancias a las mismas*, Zaragoza, 1881, pp. 27 y 28 y 147-148; BLAS y MELENDO, *Derecho aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el derecho común y con la jurisprudencia aragonesa del T.S.*, Zaragoza, 1898, p. 58; VIDIELLA, *La capacidad jurídica restringida por la edad —suplementos de la incapacidad y privilegios de los incapaces*, Zaragoza, 1903, p. 31; ISÁBAL, *Exposición y comentario del Cuerpo legal «fueros y observancias del Reino de Aragón»*, Zaragoza, 1926, Reimpresión por el R. e I. Colegio de abogados de Zaragoza, en 1985, pp. 149-153; ORTEGA SAN IÑIGO, *Ut minor XX annorum*, ADA, 1943, p. 133-134; SANCHO REBULLIDA, *La edad en el Derecho aragonés*, en «Homenaje a la memoria de d. Juan Moneva», Zaragoza, 1954, pp. 346-347, y *La capacidad de las personas por razón de la edad en la Compilación de Derecho civil de Aragón*, RCDI, 1968, p. 321. En contra, de estas opiniones, AZPEITIA, *Los menores aragoneses y sus instituciones de edad ante los fueros, observancias y el Código civil*, Zaragoza, 1903, p. 113.

c) La Audiencia Territorial de Zaragoza también ha declarado en repetidos fallos que la mayor edad comenzaba, según la legislación foral aragonesa, a los 14 años. Entre otras sentencias *Vid.* SS de la ATZ de 17-11-1894 (RIPOLLÉS, *Jurisprudencia civil de Aragón*, 1897, T. I, p. 80); 18-2-1898 (ADA, vol. V, 1947, p. 210); 26-10-1895 (RIPOLLÉS, *Jurisprudencia...*, 1897, T. I, p. 134). En contra de estos fallos, y declarando que la mayor edad es a los 20 años Vid. SS ATZ de 30-6-1887 (RIPOLLÉS, *Jurisprudencia...*, 1897, T. I, p. 116-117); 10-6-1914, (ADA, V, 1947, p. 372).

[5] *Vid.* SANCHO REBULLIDA, La edad en el Derecho aragonés, en «*Homenaje a... MONEVA*», 1954, p. 63; VIDIELLA, *La capacidad jurídica restringida...*, 1903, pp. 29-42; LAFUENTE y PERTEZGAZ, *Derecho foral de Aragón*, Zaragoza, 1936, p. 46.

edad; o dicho de otra manera ¿Podían capitular los aragoneses menores de 14 años?

La anterior pregunta hay que ponerla en relación con la posibilidad de contraer matrimonio por debajo de la edad de 14 años durante la vigencia del Ordenamiento foral aragonés, haciendo referencia a la interdependencia entre capítulos y matrimonio: lo dispuesto en capítulos sólo es aplicable a la relación matrimonial, esto es, al matrimonio válido y eficaz o putativo[6].

3. EL SISTEMA DE CAPACIDAD EN LOS FUEROS DE ARAGÓN

Siguiendo al profesor SANCHO REBULLIDA[7], podemos afirmar que el tratamiento de la edad en la historia aragonesa ha pasado por varias etapas: la edad de 14 años, a la que hacen referencia los Fueros y Observancias más antiguos; la edad comprendida entre los 14 y los 20 años, y los mayores de 20 años. Junto a esta tres fases, y en cada una de ellas, está a su vez la situación del aragonés casado al que, independientemente de su edad cronológica, el *status matrimonii* le convierte en mayor con capacidad, en principio, plena.

Estas tres etapas pueden relacionarse con tres períodos distintos de la legislación foral, aplicándoles a cada uno de ellos los fueros que en distintas Cortes aragonesas se promulgaron y, como veremos, tuvieron por finalidad ampliar o limitar la capacidad de obrar del mayor de 14 años y menor de 20. Por lo tanto, seguidamente analizaremos cada una de estas etapas relacionándolas posteriormente con la capacidad para contraer matrimonio y para capitular.

1. La edad de 14 años. Fuero único *De contractibus minoris*

En el período de la historia correspondiente al medievo es difícil establecer y aplicar los conceptos jurídicos que hoy están en la mente de cualquier estudioso del Derecho. La distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, que hoy nos parece tan precisa y concreta,

---

[6] En la Decisión 145 de SESSE explica en qué circunstancias y con qué condiciones el matrimonio putativo es equiparable al verdadero matrimonio, al fin de producir los mismos efectos que éste. Y en esta misma decisión se manifiestan las relaciones entre capítulos y matrimonio.

En concreto, SESSE narra una sentencia judicial y su fallo, mediante el cual se determinó que, pese a haber sido nulo el matrimonio entre unos cónyuges, de los cuales uno era menor de edad, habiéndose otorgado capitulaciones matrimoniales entre ellos, debía ser mantenido el cónyuge menor en todos los derechos adquiridos en base al contrato capitular, pues el matrimonio putativo era equivalente al verdadero matrimonio. (Cfr. SESSE, *Decisionum Sacri sanatus regii Regni Aragonum, et curiae, Zaragoza*, 1625, t. II, p. 248).

[7] SANCHO REBULLIDA, La edad en el Derecho aragonés, en «*Homenaje ... a D. Juan Moneva*», 1954, p. 354.

así como el hecho de afirmar de forma contundente e indudable la edad cronológica de cualquiera de nosotros, no son, sin embargo, conceptos y categorías que estén perfectamente determinadas en esta época.

Por lo tanto, y a pesar de la referencia a una edad determinada, en este caso la de 14 años, no hemos de olvidar lo difícil que en este período fue determinarla[8].

Por ello, como escribe SANCHO REBULLIDA «serán más bien los aspectos externos, indiciarios de la madurez física y el discernimiento mental, los que definan la capacidad de obrar de los sujetos, así como el hecho de que el establecimiento de una determinada edad como paso de la menor a la mayor edad se haga, como veremos, de una forma más bien explicativa, como un hecho constado por la realidad práctica que presume que al alcanzar un número de años, más o menos amplio, se tiene capacidad para hacer y actuar con independencia»[9].

---

[8] En efecto, hemos de tener en cuenta que hasta la Ley de Registro Civil de 1862 no hay en España registros oficiales donde se haga constar la fecha de nacimiento de los sujetos. Con todo, al menos a partir del Concilio de Trento hubo registros parroquiales, pero la eficacia y control de los mismos tardaría unos cuantos siglos en ser perfecta, amén de que las únicas referencias que en ellos había eran las relacionadas con los actos sacramentales.

En consecuencia, el criterio básico para determinar la edad era la apariencia externa que poseían los sujetos. Así, MIGUEL DEL MOLINO escribió que la edad de 14 años se demostraba por el aspecto físico (Cfr. *Repertorium...*, voz *Aetas*, fol. 118 y *Minor*, fol. 226).

La mayor edad del varón se puede probar por mujeres, según la Observancia 8 *de probationibus*, y las constantes opiniones de los foristas (vid. entre ellos, MOLINO, op. cit., idém loci; PORTOLÉS, *Scholia sive..., Aetas*, p. 594, donde además concede valor probatorio a los libros registros de la Iglesia, puesto que la obra de PORTOLÉS es posterior a la celebración del concilio de Trento).

Las dificultades para determinar la edad de los sujetos las pone también de manifiesto PEDRO MOLINOS (*Tratado de la práctica judiciaria del reino de Aragón*, Zaragoza, 1625, pp. 462 y ss.) al referirse al proceso de creación de la mayor edad. Así, en primer lugar, señala que «en Aragón, tanto varón como mujer, luego que tiene 14 años cumplidos se dice ser mayor de edad; y conforme a nuestro fuero esa se tiene por perfecta edad para administrar uno sus haciendas. Y para probar que se es mayor de edad de 14 años se puede probar por el aspecto: cuando claramente se puede decir y verificar. Y es practicado. Y pueden ser testigos las mujeres. Y así para hacerse uno crear la mayor edad, parecerá ante el juez ordinario y dirá que por muerte de su padre o madre quedó menor de edad y debajo de tutores, y por la gracia de Dios ha llegado a edad perfecta, y tiene ya cumplidos 14 años y suplicará al señor Juez que se mande informar de la dicha edad. Y el juez se mandará informar y producirá testigos. Y suministrada la información si constaré ser mayor de la edad de 14 años, el juez creará mayor edad, y el notario testificará su acto, y lo sacará a publica forma».

La dificultad para determinar la edad de las personas se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones por los historiadores, que constatan, a través de los documentos notariales, la circunstancia de que en estos no se hace constar la edad de los sujetos.

En concreto, GARCÍA HERRERO señala que a excepción de los contratos laborales, ventas de esclavos, definiciones de tutores y particiones, la edad no aparece constatada en la documentación. Así, la forma de determinar la edad en estas circunstancias debía de ser a su vez comprobada por la apariencia externa del sujeto. (cfr. *Las mujeres en Zaragoza en el siglo XV*, T. I, en «Cuadernos Zaragoza», nº 62, Zaragoza, 1990, p. 29).

[9] *Vid.* SANCHO REBULLIDA, La edad en el Derecho aragonés, en «*Homenaje ... a D. Juan Moneva*», 1954, pp. 345-346. También MARTÓN y SANTA PAU se refirieron a la dificultad histórica para fijar un momento a partir del cual se considera al sujeto con

Por lo demás, las referencias a la edad hacen su aparición muy tempranamente en la legislación foral aragonesa, y según se esté o no en posesión de ella se podrán realizar ciertos actos y negocios.

La referencia más lejana que encontramos acerca de los 14 años en los Fueros de Aragón es del año 1247.

En efecto, la Compilación oscense varios fueros configuran la mayor edad con referencia a los 14 años[10]. Así los fueros 3 *de Solutionibus*; 3 y 4 *de Praescriptionibus* y de forma especial el fuero único *de contractibus minoris*[11].

De dichos fueros, el que especialmente configuraba la mayor edad de los aragoneses a partir de los 14 años es el Fuero único *de contractibus minoris*, que declaró nulas las donaciones hechas por los menores, y como mera aclaración establecía que menor es el que no ha cumplido los 14 años (*minorem intelli infra quatuordecim annos*).

Igualmente, las Observancias más antiguas ratificaban ya lo dicho por el fuero. Así en unas observancias comprendidas entre los años 1307-1311 se dice «*...tan cito quam filius vel filia habuerint XIIII annos completos est etatis legitime et perfecte ut in rubrica de contractibus minorum...*»[12].

Igualmente, las Observancias recopiladas por JAIME DE HOSPITAL señalaban los 14 años como la edad perfecta (*Item hic habes quod aetas minoris est usque ad XIIII annorum, et est maior factus in XIIII, deci quod haec aetas est perfecta hodie ad condemdum testametum et ad contractus alios faciendo*; ...)[13].

Por lo demás, las Observancias oficiales inciden y mantienen la

---

capacidad plena para ejercer sus derechos. Los criterios que en la historia se barajaron estaban tomados de la realidad práctica. Por ello —según los citados autores—, los godos, y demás pueblos guerreros, consideraron que el hombre sería mayor de edad y capaz para ejercitar sus derechos civiles y político una vez que fueran aptos para el servicio de las armas. (Cfr. MARTÓN y SANTA PAU, *Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla*, Zaragoza, 1865, pp. 332 y 333).

[10] El origen de cifrar en los 14 años la mayor edad es según FRANCO DE VILLALBA de Derecho longobardo. (cfr. FRANCO DE VILLALBA, *Fororum at que observantiorum aragonia codex*, segunda edición, Zaragoza, 1753, p. 72). El mismo origen defienden MARTÓN y SANTA PAU, *Derecho y Jurisprudencia...*, 1865, p. 336.

[11] *Vid.* SAVALL y PENEN, *Fuero y Observancias...*, 1991, T. I, pp. 285, 253 a 255 y 236, respectivamente.

Con todo, y en atención a los documentos más antiguos, pueden consultarse las siguientes obras: Por lo que respecta a los dos primeros fueros citados Vid. *Fueros de Aragón*, según el m.s. 458 de la Biblioteca Nacional, en la edición de Gunnar Tilander de 1954, pp. 202. El fuero único de *contractibus minoris* se encuentra en la versión romanceada de los fueros de Aragón según el manuscrito 207 de la Biblioteca Universitaria de Zaragoza, publicados por José Luis LACRUZ BERDEJO (ADA, vol. IV, 1947, p. 90), pues este fuero no se contiene ni en la versión romanceada de los fueros de Aragón según el manuscrito 458, ni en Vidal Mayor.

[12] Esta y otras observancias de la época fueron trascritas y publicadas por MARTÍNEZ DÍEZ, en el AHDE, 1975, p. 582. *Vid.* también la página 567, nº 162, donde igualmente se hace referencia a la edad de 14 años señalando la referencia a los fueros *de solutionibus, praescriptionibus* y *contractibus minoris*. Dicho autor atribuyó la redacción de estas observancias a SALANOVA, Justicia de Aragón en esa fecha.

[13] MARTÍNEZ DÍEZ, *Observancias del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1986, p. 225.

mayoría de edad en los 14 años, así la observancia única *de contractibus minoris*[14].

Así pues, y hasta el año 1348 en el que se promulgan nuevos fueros que inciden sobre la edad, podemos afirmar con SANCHO REBULLIDA y la generalidad de la doctrina aragonesa que en la Compilación de Huesca se estableció la mayoría de edad a los 14 años[15].

En consecuencia, el aragonés que ha cumplido los 14 años es capaz para realizar por sí mismo todo tipo de actos y contratos a excepción de los que requieran una edad superior[16]. Por lo tanto, no hay duda de que a partir de esta edad el sujeto fue capaz de otorgar pos sí capitulaciones matrimoniales, pues era mayor de edad.

2. Los diversos sistemas de capacidad durante la vigencia de los fueros de 1348, 1564 y 1585. La capacidad para capitular desde los 14 años en el período comprendido entre 1348 y 1564

A. *Los fueros de 1348: Ut minor XX annorum y fuero único de liberationibus*

Los fueros a los que ahora hacemos referencia fueron promulgados por Juan II en las Cortes reunidas en Zaragoza en el año 1348.

El fuero *Ut minor vigenti annorum* dispuso que los menores de 20 años no puedan hacer a sus tutores, curadores, administradores o procuradores, ni a ninguna otra persona, donaciones o liquidación de finiquito de sus cuentas pendientes, y que tampoco podrían enajenar por ningún título sus bienes inmuebles, si no era por su propia necesidad probada ante el juez competente con cuya autoridad podía hacer tales enajenaciones hasta el límite de lo necesario para cubrir la necesidad alegada. Se exceptuaba de esta regla la testamentifacción a partir de los 14 años[17].

---

[14] SAVALL y PENEN, *Fueros, Observancias...*, 1991, T. II, p. 40.

[15] Por todos, SANCHO REBULLIDA, La edad en el Derecho... en «*Homenaje... Moneva*», 1954, p. 347.

[16] En efecto, también había unas edades especiales para poder llevar a cabo determinadas actuaciones o ejercer ciertos oficios. De ello habla MOLINO en las voces *Aetas, Minor* y *Notaris*, fol. 118, 226 y 232 y ss. respectivamente. En ellas indica que para ser Notario o Justicia del Rey es necesario haber cumplido 25 años.

[17] «*Statuimos, ac etian ordinamus Nos Rex praedictus cum voluntae Curiae supradictae, quod aliquis minor vigenti annorum non faciat, nec facere possit Albaranum, diffinimentum, relaxationen, seu remissionen, aut donationen suo tutori, vel curatori, aut administratori, vel procuratori, nec alium alii personae, donec dicti viginti anni completi fuerint, & transacti. Nec etian possit dare, vendere, impignorare, vel cambium facere, nec aliter alienare de suis bonis sedentibus, quousque ad etatem vigenti annorum pervenerit supradictam, nisi pro sua propia necessitate illud facere opportuerit. Quae necessitas probetur primitus fore iustam coram Iudice competenti: de cuius auctoritate possit fieri dicta alienatio usqued ad complementum necessitatis ipsius tamtum. Excepto tamen quod in testamento, & codicilo, vel codicillis possit ordinare de bonis suis, si aetatem XIV. annorum excesserit tempore conditi testamenti.*» Cfr. SAVALL y PENEN, Fueros, Observancias..., 1991, T. I, p. 238.

El fuero *de liberationibus* disponía que los pupilos no pudieran hacer quitamiento, liberación, remisión ni ningún otro contrato con sus tutores, por el cual éstos se vean favorecidos hasta que el pupilo alcance la edad de 20 años; si bien podían hacerlo desde los 14 años con el consejo de dos parientes legales y más próximos de la rama de la que los bienes procedieran y con la autoridad del juez[18].

Con la promulgación de estos fueros se instaura un nuevo sistema de capacidad, pues ahora la edad de referencia no son solamente los 14 años, sino que es a una edad superior, los 20 años, a partir de la cual el sujeto adquiere la plena capacidad de obrar.

En consecuencia, la primera cuestión que hemos de abordar es determinar si la mayor edad fue trasladada por estos fueros a los 20 años.

Siguiendo al profesor SANCHO REBULLIDA, y a la mayoría de la doctrina aragonesa, podemos afirmar que estos fueros no desplazaron la mayor edad alcanzada a los 14 años, pues el fuero de 1348 no derogó al fuero *de contractibus minoris*[19]. Igualmente, reafirman la mayoría de edad a los 14 años las Observancias. Así, la observancia de *contractibus minoris*, y la observancia única *de privilegium minoris y privilegio ausentium*[20].

También los foristas mantuvieron la mayoría de edad a los 14

---

[18] «*Ad removendas fraudes, & deceptiones, quae frecuenter per tutores pupillis, quorum fuerunt tutores fiunt, & fieri consueverunt. Statuimos & ordinamos, quod de caetero pupilli, qui tutoris habuerint, et si quaturdecimum annum aetatis suae compleverint, tutoribus, qui tutellas ipsorum gesserunt, & bona ipsorum administrarum, non possint facere quitationem, liberationem, nec absolutinem, nec aliquem alium contractum, per quem qui tutores fuerunt, possint se tueri, quousque dicti pupilli vicesimum annum suae aetatis compleverint. Verumtamen dicti pupilli, postquan quatuordecimun annum suae aetatis attigerint, de consilio duorum bonorum, et legalium parentum, & proximorum pupilli ex parte illa, unde bona descendum, & cum auctoritate Iudicis, id facere, & non aliàs possint.*» Cfr. SAVALL y PENEN, *Fueros, Observancias...*, 1991, T. I, p. 237.

[19] A pesar de ser esta la opinión mayoritaria de la doctrina aragonesa, no faltaron autores modernos que pusieran en duda la mayoría de edad a los 14 años una vez promulgados estos fueros de 1348. Entre estos cabe citar a ISÁBAL, pues para él el fuero de 1348 derogo al fuero de 1247, (*de contractibus minoris)*; si bien, en su opinión, se restablecería posteriormente la mayor edad a los 14 años en virtud de la Observancia única *de contractibus minoris*, (ISÁBAL, *Exposición y comentarios...*, 1926, pp. 150-151). En el mismo sentido, MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, *La mayoría de edad en el Derecho aragonés*, ADA, 1942, pp. 117-118.

Por lo demás las sentencias de la ATZ, durante todo el siglo XIX, al aplicar los Fueros y Observancias de Reino de Aragón, mantienen la mayoría de ellas la afirmación de la mayor edad a los 14 años. (Cfr. SANCHO REBULLIDA, La edad en el..., en «*Homenaje...*», 1954, p. 352).

[20] «*De privilegio minorum, & maiorum absentium causa Republicae. Minoris in Aragonia dicuntur si non habent completos XIV. annos, ex tunc postquam compleverint XIV. annos sunt perfectae aetatis, & habent privilegium, quod ubi de iure Romano datur restitutio in integrum, tales servantur de Foro ipso iure illesi: restitutiones enim in integrum non sunt in Aragonia: nec de illis circuitibus curaverunt: sed ipso iure proviederunt eisdem, ut in tit. DE PRAESCRIPTION., & DE CONTRACTIBUS MINORUM, idem de absentibus caus Republicae, ut in cap. un. De PRIVILEGIO ABSENT. CAUSA REPUBLICAE.*». Cfr. SAVALL y PENEN, *Fueros, Observancias...*, 1991, T. II, p. 44.

años. MIGUEL DEL MOLINO afirmaba que por fuero antiguo del reino es mayor de edad en Aragón el que tiene 14 años[21].

En consecuencia, los aragoneses siguieron siendo mayores de edad a los 14 años. Ahora bien, lo que sucede es que a partir de 1348 se instaura un nuevo sistema de capacidad que, como dice SANCHO REBULLIDA, no puede ser entendida al sistema romano.

En efecto, ser mayor de edad no significa tener capacidad general de obrar sino que se establece una especie de aprendizaje o entrenamiento vigilado durante la *mediae aetatis* (edades comprendidas entre los 14 y los 20 años).

Con todo, la regla general es la capacidad a partir de los 14 años, si bien con ciertas limitaciones en su ejercicio. Así, la capacidad del mayor de edad pero menor de 20 años queda limitada, considerando a este mayor de edad como un mayor en aprendizaje[22].

Dicho lo anterior, nos queda por determinar cuál fue el sistema de capacidad que instauran los fueros de 1348.

El sistema se encuentra determinado por una prohibición general de disponer sobre bienes inmuebles a todo soltero menor de 20 años[23]. Este no podrá efectuar ningún acto de enajenación sobre inmuebles —pues lo tiene prohibido por fuero— si no es con decreto del juez competente y previa demostración de la necesidad de la enajenación, y aun entonces no cesa la prohibición, pues el acto de disposición sólo cubre la necesidad del sujeto, pero no más.

B. *Los Fueros de 1564 y 1585*

En las Cortes reunidas en Monzón en el año 1564, se promulgó el fuero *Que los menores de 20 años*, que tenía el siguiente tenor:

> «Otrosi, su Magestad de voluntad de la Corte, proveyendo a los inconvenientes que resultan de las parturas, contratos y obligaciones que se hacen por los menores de edad de 20 años estatuece y ordena que los que fueran menores de edad de 20 años, y no fueren casados, no puedan hacer vendiciones, donaciones, parturas, obligaciones, ni otros contratos algunos (esceptuados capitulos matrimoniales)

---

[21] MOLINO, voz *Minor*, fol. 226. En el mismo sentido, PORTOLÉS, voces *Aetas*, y *Minor*, pp. 593-594 y 335-336. Vid. también, MOLINOS, *Practica judiciaria...*, 1625, p. 39; DIESTE, *Diccionario de Derecho civil aragonés*, 1889, p. 414.

[22] SANCHO REBULLIDA, La edad en el..., en «*Homenaje...*», 1954, p. 348, *vid.* también a VIDIELLA, *La capacidad jurídica restringida por la edad...*, 1903, p. 31 y ss.

[23] Así lo afirmó MOLINO: « *Limita dictum forum in Ut minor 20 annorum, & procede nisi minor 20 annorum fuisset coniugatus, vel coniugata: dum tamen sint conniugati nubilis aetatis, quia tunc tales coniuges etiam minores 20 annorum posunt alienare bona sua sedentia, etiam sine decreto, secundum foristas. Et talis est practica, & consuetudo regni (...) Limita secundum dictum forum procedere in alienatione bonorum sedentium. Secus est in alienatione mobilium: quia mobilia possunt alienari, etiam per minorem 20 annorum: ut patet in dicto foro, ibi dum dicit, de suis bonis sedentibus*» (Cfr. *Repertorium...*, 1585, voz *Minor*, fol. 226, vid también voz *alienatio*, fol. 15 v).

> sino con voluntad de sus padres o del sobreviviente de ellos y en falta de ellos con el consentimiento del juez ordinario de la ciudad villa o lugar donde tales actos se tuvieran que hacer y que los actos hechos de otra manera sean nulos y de ningún valor» [24].

Este fuero vino a ser complementado o explicado por el fuero De las obligaciones de los menores de 20 años de 1585 acordado en las Cortes de Monzón-Bienefar. Dicho fuero disponía:

> «Por no estar bastante proveído en el fuero hecho en el año 1564 acerca de las obligaciones de los menores de 20 años y mayores de 14 y la obligación que hay a mirar por el beneficio de ellos, su Magestad de voluntad de la Corte (añadiendo y declarando dicho fuero) estatuece y ordena, que en cuanto habla de obligaciones hechas con voluntad de sus padres o del sobreviviente de ellos, se entienda cuando tal padre o madre no se hubieran casado otra vez, y esto se entienda para las obligaciones que de aquí en adelante se harán» [25].

Siguiendo también al profesor SANCHO REBULLIDA, a partir de 1564 nos encontramos ante una nueva modalidad del sistema de capacidad aragonés, pues de alguna manera el fuero de 1564 modifica la modalidad establecida por el fuero *Ut minor* de 1348.

En efecto, la modalidad que ahora se instaura en el sistema de capacidad de la *mediae aetatis* es la siguiente: Desde 1564 el mayor de 14 años soltero puede realizar por sí toda clase de actos y contratos, pues ningún negocio dispositivo esta prohibido. Sin embargo, para que estos fueran válidos y eficaces deben ser realizados con la voluntad de sus padres, y en defecto de estos con la del juez. Como dice SANCHO REBULLIDA, la modificación es cualitativa y la intervención del Juez ya no es jurisdiccional sino tutelar [26].

C. *La capacidad para capitular de los aragoneses a partir de los 14 años ente 1348 y 1564*

A partir de 1564 se instaura un nuevo sistema de capacidad: los menores de 20 años solteros pueden realizar todo tipo de actos y contratos, requiriendo para su validez y eficacia que sea hecho con la voluntad de sus padres. De este sistema de capacidad asistida se excluyen las capitulaciones matrimoniales, que podía por sí otorgar el soltero menor de 20 años.

Observamos, pues, que en esta ocasión las capitulaciones matrimoniales se excluyen expresamente del sistema general de capacidad, fren-

---

[24] SAVALL y PENEN, *Fueros, Observancias...*, 1991, T. I, p. 406.

[25] SAVALL y PENEN, *Fueros, Observancias...*, 1991, T. I, p. 418.

[26] SANCHO REBULLIDA, La edad en el Derecho..., en «*Homenaje...*», 1954, p. 362.

te a la regulación impuesta por los fueros de 1348, en la que no se hacía referencia alguna a los capítulos matrimoniales, y únicamente quedaba excluida la testamentifacción.

En vista de ello nos ha parecido interesante analizar a qué se debió la exclusión de las capitulaciones matrimoniales del sistema de capacidad instaurado a partir de 1564; y si acaso ello supuso que la capacidad para capitular de los mayores de 14 años y menores de 20 fue distinta entre los años 1348 y 1564.

Para resolver esta cuestión, a lo que creo, tenemos varias posibilidades.

La primera sería pensar que sólo a partir de 1564 pudieron los menores de 20 años y mayores de 14 capitular por sí, modificando así el sistema de 1348, que nada dijo de las capitulaciones matrimoniales. La segunda opción, es pensar que los fueros de 1564 y 1585 vinieron a confirmar la práctica aragonesa de capitular antes de la edad de 20 años, y la tercera sería pensar que dada la modificación cualitativa del sistema se hizo necesario en esta ocasión hacer un referencia expresa a las capitulaciones matrimoniales, que simplemente no fue necesaria en el sistema de 1348.

a) *La capacidad para capitular de los mayores de 14 años desde 1348 a 1564*

El fuero *Ut minor XX annorum* no hizo referencia a las capitulaciones matrimoniales, y simplemente excluyó de su estricta regulación la testamentifacción a partir de los 14 años.

Con todo, hemos de tener en cuenta que el mayor de 14 años seguía siendo mayor de edad, si bien se le prohibió enajenar por cualquier título sus bienes inmuebles, si no era con autoridad y decreto del juez competente.

En vista de ello, cabe que nos preguntemos si el soltero[27] menor de 20 años y mayor de 14 pudo por sí solo —al igual que en el sistema de 1247 y de 1564— otorgar capítulos matrimoniales, o bien había que entender que por aplicación del fuero *Ut minor XX annorum*, requería para celebrar dicho contrato decreto del juez competente.

Por lo que respecta a la doctrina foralista aragonesa, la cuestión no ha sido expresamente planteada, y más bien se ha considerado que el mayor de 14 años y menor de 20 pudo por sí en el Derecho histórico aragonés otorgar capitulos matrimoniales; si bien, esta afirmación suele

[27] Una vez que desde 1348 la edad de 20 años fue en la que se alcanzaba la plena capacidad de obrar, las referencias a los menores de 20 años exigen que distingamos entre solteros y casados, puesto que en Aragón, los casados, con independencia de su edad, han sido siempre considerados mayores con plena capacidad. Así, lo expresó MOLINO (*Repertorium..., Minor*, fol., 226 r) y fue seguido por el resto de la doctrina regnícola. En la actualidad tal principio tiene el valor de ley, pues así se reconoce en el art. 4 de la vigente Compilación aragonesa.

hacerse teniendo presente el fuero *Que los menores de 20 años* de 1564, no el fuero *Ut minor* de 1348.

Todavía, algunos autores aragoneses cuando enumeran las excepciones que estableció el fuero *Ut minor XX annorum*, en relación con la prohibición general impuesta a los menores de 20 años y mayores de 14 para disponer por cualquier título sobre bienes inmuebles, señalan con meridiana claridad que la única excepción al sistema fue precisamente la contemplada por dicho fuero: la testamentifacción a partir de los 14 años, para todos los demás actos de disposición sobre bienes inmuebles requerirían estos menores de 20 años autorización judicial, añadiendo, a partir de 1564, la posibilidad de que éstos sujetos puedan por sí solos otorgar capítulos[28].

En concreto GUILLÉN señalaba:

> «Por vía de excepción, aparece concedida en éste último fuero —se refiere al de 1348— a los mayores de 14 años y menores de 20, la facultad de disponer de sus bienes por testamento y codicilo; y en otro dictado dos siglos después, se exime a los capítulos matrimoniales de la prohibición de contratar, que se ratifica respecto a los jóvenes solteros: fuero de 1564, Que los menores de 20 años no puedan hacer contrato alguno»[29].

Igualmente señala ISÁBAL que el fuero de 1564, trae dos importantes aditamentos con respecto al fuero *Ut minor*:

> «esto es, la consideración de la mayoría de edad de los casados menores de 20 años y la facultad de otorgar capítulos matrimoniales sin el asentimiento requerido para los otros contratos»[30].

Por lo que respecta a la opinión de los foristas no cabe duda que para éstos pudieron igualmente los aragoneses desde los 14 años otorgar por sí —sin requerir ningún tipo de habilitación—, capítulos matrimoniales[31].

De forma expresa SESSE analiza esta situación. En concreto afirma que el menor de 20 años y mayor de 14 puede otorgar capítulos matrimoniales y disponer en dicho documento de inmuebles. Igualmente señala que esto era así ya con anterioridad a 1564, si bien este fuero vino a confirmar la práctica aragonesa que así se practicaba tanto antes como durante la vigencia de los fueros de 1348.

Esta afirmación de SESSE —que también mantuvo la doctrina reg-

---

[28] En este sentido VIDIELLA, *La capacidad restringida...*, 1903, pp. 31-32; y MARTÓN y SANTA PAU, *Derecho y jurisprudencia...*, 1865, p. 337.

[29] GUILLÉN, en el prólogo a la obra de NAVAL Y SCHMID, *Compilación articulada del Derecho foral de Aragón y conclusiones aprobadas por el congreso de jurisconsultos aragoneses con observancias a las mismas*, Zaragoza, 1881, p. 12.

[30] ISÁBAL, *Exposición y comentarios...*, 1926, reimpresión de 1985, p. 160.

[31] En este sentido, MOLINO, *Repetorium...*, 1585, *Minor*, fol. 226 y *Vir &uxor*, fol. 335; PORTOLÉS, *Scholia...*, T. IV, 1590, Observ. 58, p. 915.

nícola— es, por lo que hace a este autor especialmente importante, por cuanto para SESSE la mayor edad —a los efectos de disposición sobre inmuebles— fue traslada a los 20 años por efecto del sistema impuesto en 1348.

En consecuencia, la posibilidad de que los menores de 20 años y mayores de 14 pudieran otorgar capítulos matrimoniales, es doblemente interesante, pues por un lado resuelve el sistema de capacidad para otorgar capítulos matrimoniales en un período de tiempo (1348-1564) en el que no teníamos plena certeza de que las cosas fueran exactamente así, si bien podíamos presumir con cierta seguridad, lo que ahora se confirma. Por otro lado, esta consideración de «menores» que, a los efectos de disponer sobre inmuebles, SESSE predica con respecto a los mayores de 14 y menores de 20, no es baladí, pues en ella se diseña ya el sistema de la especialidad que los capítulos matrimoniales han presentado en Aragón en punto a la capacidad de los sujetos.

Dicho lo anterior, transcribamos la opinión de SESSE en este punto:

> «*De foro minor dicitur qui non habet 14 annos (...) minor etas finiebatur decimo quarto anno, & ex tunc quan maior poterat alienare omnia bona sua: postea fuit ista minoritas aucta ad viginti annos ad effectum alienandi, ante quam aetatem non potest minor facere aliquem contractum, seu alienationem de suis bonis sedentibus, foro unico, tit. ut minor 20. anno. (excepto testamento, vel codicilis, & capitulis matrimonialibus, ubi potest de bonis disponere, dummodo habeat quaturdecim annos dicto foro) nisi cum authoritate, & decreto Iudicis, & usque ad necesitatem occurrentem; sed hoc procedit in bonis sedentibus, de mobilibus autem poterat contrahere ad libitum, (...). De capitulis matrimonialibus, ut & ante dictum forum Anni 64, posset minor viginti annor in eis disponere de bonis sedentibus, ...*»[32].

b) *Razones acerca de por qué en 1564 se hace expresa referencia a los capítulos matrimoniales, de los que no se hizo mención en los fueros de 1348, siendo que en uno y otro sistema la capacidad para capitular fue la misma*

Tal y como hemos señalado la capacidad para capitular a partir de los 14 años fue la misma tanto en 1348 como en 1564, pues como escribió SESSE, el fuero de 1564 venía a confirmar la práctica aragonesa en dicha materia.

Ahora bien, en 1348, según creemos, no fue necesario excluir expresamente los capítulos matrimoniales del sistema general de prohibiciones instaurado, pues como seguidamente argumentaremos, el contrato de capítulos no estaba incluido en su sistema; esto es, a los capítulos no se les aplicaba el fuero de 1348.

---

[32] SESSE, *Decisionum sacri...*, T. II, 1625, dec. 199, p. 507. De todo lo expuesto en esta decisión se trató y falló en la Corte del Justicia de Aragón en el año 1596.

Por el contrario, y a lo que creo, en 1564 sí fue necesario excluir expresamente a los capítulos del nuevo sistema que, en materia de capacidad, imponía dicho fuero, pues de lo contrario, los capítulos también hubieran quedado sometidos al sistema de asistencia, cambiándose entonces lo que ya era práctica y tradición en Aragón: la posibilidad de que los solteros desde los 14 años, en principio, pudieran por sí capitular.

En efecto, en 1348 la mayoría de edad no fue removida. Si bien, y como ya hemos dicho, hasta la edad de 20 años el mayor de 14 años no podía dar, vender, empeñar, o hacer cambio, ni de otra manera enajenar sus bienes sitios (sí los muebles)[33] hasta tener cumplida dicha edad, salvo que justifique la necesidad de disposición y lo autorice el Juez competente.

Ahora bien, esto es lo que el menor de 20 años no puede hacer, lo que tiene prohibido, y en esta prohibición no se encuentran las capitulaciones matrimoniales[34].

Con todo, podemos intentar contrargumentar la anterior afirmación y su razón. En efecto, el mismo fuero *ut minor* excluye de entre los actos prohibidos los testamentos y codicilos, éstos pueden ser realizados por los menores de 20 años a partir de la edad de 14. En consecuencia, si esta es la única excepción que a la regla general hace el legislador[35], parece que en todo lo demás regirá la prohibición.

Así pues, y siendo consecuentes con lo anterior, la conclusión nos lleva a decir que el menor de 20 años, aunque alcance la edad de 14 años, no podrá otorgar capitulaciones matrimoniales, salvo que se otorguen con autorización del Juez y demostrada previamente la necesidad de su otorgamiento.

Sin embargo, y a pesar de que el anterior razonamiento constituya un silogismo, no es menos cierto que su estructura nos conduce a una solución absurda e incorrecta, según la demostrada práctica aragonesa.

Así, y a lo que creo, el fuero *Ut minor* establece una regla especial únicamente aplicable a las situaciones que sean subsumibles en su supuesto de hecho: actos de disposición o liberación de cuentas a tuto-

---

[33] Así lo afirmó MOLINO, y fue seguido por el resto de la doctrina regnícola: «*Limita secundum dictum forum procedere in alienatione bonorum sedentium. Secus est in alienatione mobilium: quia mobilia possunt alienari, etian per minorem 20 anniorum; ut patet in dicto foro, ibi dum, de suis bonis sedentibus, &c*» (Cfr. voz. *Minor*, p. 226).

[34] VIDIELLA, aunque no se refiere a las capitulaciones matrimoniales, señala un argumento idéntico al que exponemos, pues igualmente este autor consideró que el fuero *Ut minor*, en cuanto limitativo de derechos, únicamente debe aplicarse a los supuestos taxativamente señalados: «todo lo puede hacer, salvo lo que el Fuero le prohíbe expresamente, o lo que le niegan virtualmente las consecuencias bien derivadas del fuero». (Cfr. *La capacidad jurídica restringida por la edad...*, 1903, p. 31-32).

[35] En este sentido, VIDIELLA, *La capacidad restringida...*, 1903, pp. 31-32; GUILLÉN, en el prólogo (p. 12) a la obra de NAVAL Y SCHMID, *Compilación articulada del Derecho foral de Aragón y conclusiones aprobadas por el congreso de jurisconsultos aragoneses con observancias a las mismas*, Zaragoza, 1881 y MARTÓN y SANTA PAU, *Derecho y jurisprudencia...*, 1865, p. 337.

res y otros guardadores[36], cuando estos actos son realizados por el menor de 20 años. Por ello, son excluidos de la norma los testamentos y codicilos.

En efecto, de no haber hecho esta importante salvedad el legislador foral de 1348 los actos de «disposición» *mortis causa* también hubieran estado contenidos en el supuesto de hecho de la norma, pues aunque los efectos de los mismos queden en suspenso hasta que acaezca el fallecimiento del testador, no dejan por ello de ser actos de disposición[37].

Ahora bien, por lo que respecta a las capitulaciones matrimoniales hemos de tener en cuenta el amplio contenido que el instrumento capitular puede albergar. Pero ello, no hace que la capitulación matrimonial, en cuanto negocio capitular, éste incluida dentro de la regla especial del fuero *Ut minor*. En efecto, su contenido propio y especifico no son las ventas, donaciones[38], permutas, etc, que de forma especial prohibe el mencionado fuero a los menores de 20 años. Por esta razón no fue necesario, según creo, excluir expresamente a las capitulaciones matrimoniales, pues a este negocio no le era aplicable el fuero *Ut minor*.

Por el contrario, en el sistema de capacidad instaurado por los fueros de 1564, sí fue necesario, según creo, hacer expresa referencia a los capítulos.

En efecto, desde 1564 todos los actos y contratos de disposición, tanto de bienes muebles como inmuebles, que realice el sujeto desde los 14 a los 20 años requieren ahora la intervención de los sujetos mencionados por el fuero para su plena validez y eficacia. Pero, a mi juicio, en esta ocasión el legislador foral no se conforma con ello, sino que una vez expresado que el menor de 20 años «que no fuere casado

---

[36] Para esto sujetos además se ha de aplicar de forma más específica el fuero de *Liberationibus*. Sobre si este fuero es aplicable únicamente a los tutores y no a los demás guardadores Vid. MOLINO, *Repertorium...*, voz *Decretum* y SANCHO REBULLIDA, La edad..., en «*Homenaje...*», 1954, pp. 349 y ss.

[37] En este sentido VIDIELLA, *La capacidad restringida...*, 1903, p. 32.

[38] Desde luego, no me pasa inadvertido el hecho de que las donaciones han sido el negocio más típico y habitual que se contenía en el contrato de capitulaciones matrimoniales, si bien, como tendré ocasión de explicar más adelante, estas donaciones que se incluían en el instrumento capitular, tuvieron siempre un trato privilegiado, como consecuencia de una regulación particular que las alejaba de las donaciones en general. Así, y a modo de ejemplo, podemos enunciar algunas diferencias.

En efecto, las donaciaones que se hacían por razón de matrimonio no necesitaban ser insinuadas ni aceptadas, ni tampoco estaban sometidas a las formalidades de las donaciones corrientes. Además, y creo que tiene especial importancia, las donaciones hechas en capitulaciones matrimoniales no tenían causa lucrativa, sino onerosa.

Es más, justamente se refiere a ellas también SESSE en la dec. 199, señalando al efecto, que estas donaciones (dotes y donaciones *propter nuptias*) no requieren en el Reino de Aragón Decreto judicial aún cuando se otorguen por menores de 20 años. A su vez comenta que en el Derecho común también son privilegiadas, pues aun cuando el menor de 25 años no puede disponer por causa lucrativa ni donar aun con decreto del juez, para las dotes y las arras puede hacerlo con intervención del curador, y decreto, si se trata de inmuebles (dec. 199, p. 508-509).

En consecuencia, el fuero *ut minor* se refiere a las donaciones que siguen el régimen general, pero no a estas donaciones *capitulares*, pues históricamente tuvieron un régimen peculiar y privilegiado, que no se vio afectado por el referido fuero.

no puede hacer donaciones, parturas, obligaciones», añade, a modo de cajón de sastre, «ni otros contratos algunos (...) sino con voluntad de sus padres o del sobreviviente de ellos (si no se hubiera vuelto a casar, añade el fuero de 1585) y a falta de ellos con el consentimiento del Juez ordinario».

Por lo tanto, entiendo que todo acto o negocio sin excepción[39] quedan sometido a la intervención de los padres hasta que los mayores de edad pero menores de 20 años alcancen dicha edad o contraigan matrimonio.

Por lo tanto, de no haber excluido de forma expresa las capitulaciones matrimoniales, éstas también hubieran estado en el ámbito de aplicación del fuero, es por ello que en esta ocasión sí que fue necesario el tomarlas en cuenta, precisamente para que se siguiera manteniendo el principio tradicional por el cual podían los menores desde los 14 años capitular por sí, y disponer en capítulos incluso de inmuebles, sin ser requerida autorización judicial.

4. MATRIMONIO Y CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Las capitulaciones matrimoniales están íntimamente relacionadas con el matrimonio, pues a esta relación van a ser destinados sus pactos.

Por este motivo es interesante tener en cuenta la capacidad de los sujetos para contraer matrimonio, y así determinar qué capacidad, con relación a la edad, se exigió durante la Edad Media para acceder a la relación matrimonial.

Seguidamente, y tras comprobar si la edad exigida para contraer matrimonio coincidía o no con la edad civil de mayoría (14 años), y en especial en el supuesto de que la edad para contraer matrimonio estuviera por debajo de la edad de mayoría civil, analizaremos si en estas circunstancias, supuesta la capacidad para matrimoniar, se poseía también capacidad para capitular.

Así pues, hagamos una breve referencia a la edad para contraer matrimonio en la Edad Media.

En el Derecho romano proculeyanos y sabinianos establecieron que la edad para contraer matrimonio era de 14 años para el varón y 12

---

[39] No fue esta la interpretación del profesor SANCHO REBULLIDA, pues para él la *coletilla* del fuero «ni otros contratos algunos» hacía referencia simplemente a otras contratos que fueran de enajenación. En esta ocasión no puedo estar de acuerdo con su opinión, pues de lo contrario no tendría sentido el excluir ahora el contrato de capitulaciones matrimoniales, si tenemos en cuenta que esta exclusión que ahora hace el fuero no es una posibilidad más que se concede al menor de 20 años, puesto que ya la tenía antes de la promulgación del mismo. Es más, si como el propio SANCHO REBULLIDA entiende, este fuero supuso un cambio cualitativo en el sistema de capacidad donde no hay actos prohibidos sino actos intervenidos, es precisamente por que todos ellos están sometidos a la intervención de los padres o del juez, aunque sea el menor de 20 años el que actúe por sí. (Vid. SANCHO REBULLIDA, La edad..., «*Homenaje...*», 1954, p. 359).

para la hembra, desde entonces y casi hasta nuestros días han permanecido invariables[40].

En el medievo la edad para contraer matrimonio siguió siendo la misma que ya se estableció en Roma, pero ahora fijada y establecida por Iglesia Católica.

En efecto, en los siglos X y XI se puede afirmar que la Iglesia había alcanzado la exclusiva competencia jurisdiccional sobre el matrimonio *in fieri*, estableciendo tanto la edad para contraer matrimonio como el régimen de los impedimentos[41].

En consecuencia, la regulación del matrimonio que habremos de tener en cuenta es la establecida por la Iglesia Católica.

Con todo, aún habiéndose establecido en los 14 y 12 años las edades para contraer matrimonio, según fuesen varón o mujer, no fueron aquéllas un elemento inamovible, pues mediante la dispensa de edad podía contraerse válidamente el matrimonio, aún antes de que cualquiera de los esposos hubieran alcanzado las edades prefijadas[42].

Sin embargo, no fue la dispensa el único mecanismo que permitió a los esposos contraer matrimonio antes de las edades de 14 y 12 años. En efecto, en el Derecho canónico, al igual que antes hemos dicho para el civil, era difícil establecer la edad cronológica de los sujetos, y, por tanto, se atendía a otros criterios que pudieran determinar el grado de madurez requerido. Así, el criterio que prevaleció fue el de la pubertad real frente a la pubertad legal.

En consecuencia, para constituir un verdadero matrimonio era suficiente con el intercambio de consentimientos y que hubiera mediado cópula carnal[43]. Este criterio fue el que mantuvo e impuso Alejandro III afirmando «... *cum in iis aetatem supleuisse malitia videatur*»[44].

---

[40] Por lo que respecta al Derecho canónico, dichas edades (14 y 12 años) se mantuvieron invariables hasta el *Corpus Iuris Canonici* de 1917. En efecto, el canon 1.083 estableció la edad para contraer matrimonio a los 16 años para el varón y 14 para la mujer, edades que fueron mantenida por la reforma del CIC en 1983.

Por lo que respecta a España y al matrimonio civil apenas puede hablarse de él antes de la ley de matrimonio civil de 1870, que en materia de edad poco variaba de la regulación canónica. Por lo tanto, casi hay que esperar a la legislación matrimonial actual, a excepción de los acontecimientos de la segunda república española, para tener una regulación ajena, en lo que cabe, de matrimonio civil. Así, desde 1981 el matrimonio civil exige la edad de 18 años en varón y mujer, igualando así la mayor edad con la capacidad para contraer matrimonio. Con todo, tal igualdad no es completa, pues aún antes de los 18 años puede contraerse válidamente el matrimonio, volviendo así a las diferencias entre mayor de edad civil y edad matrimonial.

[41] AZNAR GIL, *La institución matrimonial en la Hispania cristiana bajo medieval (1215-1563)*, Salamanca, 1989, pp. 11 y ss.

[42] AZNAR GIL, (*La institución matrimonial...*, 1989, p. 71) cita un ejemplo referido a la península ibérica en el que se concede licencia a una mujer de 11 años para contraer matrimonio.

[43] En este sentido, AZNAR GIL, *La institución matrimonial...*, 1989, p. 71 y KNECHT, *Derecho matrimonial canónico*, Eunsa, Madrid, 1932, p. 252. Con todo, a partir del Concilio de Trento es suficiente para que haya verdadero y legitimo matrimonio con que este se hayan contraido con las solemnidades que exige la iglesia y se haya producido el intercambio de consentimientos entre los esposos. (A este respecto Vid. SÁNCHEZ,

Una vez establecida la posibilidad de contraer válido matrimonio por debajo de la edad de mayoría civil establecida en los Fueros de Aragón, será necesario determinar cuál es la situación respecto a las capitulaciones matrimoniales.

5. LA EDAD NÚBIL COMO FUNDAMENTO DE LA CAPACIDAD PARA CAPITULAR

1. Planteamiento del problema

En las fuentes aragonesas, bien sean legales, bien sean a través de la opinión de glosadores y comentaristas, no encontramos ninguna referencia expresa a la máxima *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*, sin embargo, consideramos que los menores de 14 años con capacidad para contraer matrimonio, pudieron por sí solos capitular[45].

Como hemos señalado fue posible contraer matrimonio por debajo de la edad de 14 años. Ante esta situación, parece conveniente discurrir acerca de si podrían estos menores de 14 años otorgar capítulos matrimoniales y en su caso, con qué requisitos; esto es, si podían por sí solos capitular o necesitaban la habilitación de otros sujetos para la plena validez y eficacia del negocio.

Según hemos señalado las capitulaciones matrimoniales fueron contempladas de forma especial en la legislación foral aragonesa, estableciéndose para ellas unos requisitos especiales en materia de capacidad: desde 1247 los aragoneses han podido por sí otorgar capítulos matrimoniales a partir de los 14 años aun cuando desde 1348 la plena capacidad se alcanzaba a los 20 años.

Ahora bien, ¿pudieron igualmente los aragoneses capitular por sí aun antes de alcanzar la edad de 14 años, siempre y cuando tuvieran capacidad para contraer matrimonio?

Este supuesto no sería extraño, si tenemos en cuenta que la mujer tenía capacidad para contraer matrimonio desde los 12 años: ¿podrá a partir de esa edad —la edad núbil— celebrar válidamente el contrato de capítulos?

La cuestión no es fácil. Con todo, si tenemos en cuenta que en Aragón la plena capacidad —con independencia de la edad que tuvieran los esposos— se adquiría con la celebración del matrimonio y que además tradicionalmente se ha podido capitular constante matrimonio, consideramos que los capítulos matrimoniales gozaron en el Derecho foral

---

De sancto matrimonii sacramento, Ludugni, 1669, *Disputatio* XXV y XXVII, del Lib. II, pp. 148 y ss.

[44] *Vid.* SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, Ludugni, 1669, *Disputatio* XV, lib. I, pp. 40-43.

[45] En relación a dicha máxima, puede consultarse mi trabajo, *La capacidad para contraer matrimonio y la capacidad para capitular: ¿habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptiatia?*, en RJN, 17, 1994, pp. 12 y ss.

aragonés de unas reglas especiales en materia de capacidad, tal que la capacidad para otorgar capítulos no hay que ponerla en relación con los 14 años años, sino con la edad núbil del sujeto. Para defender esta tesis contamos con escasos datos documentales, pero según creemos significativos, y también con las diversas opiniones de los foristas, que relacionaban edad núbil y capacidad para otorgar capítulos.

Por un lado, podemos hacer referencia a documentos que aun siendo muy escasos, en algunos se hace referencia a la minoridad de alguno de los esposos.

En efecto, a pesar de que los Archivos Históricos de la Comunidad Autónoma aragonesa no cuentan con documentación anterior al siglo XIII; sin embargo, a partir del siglo XIV, y por lo que respecta a las capitulaciones matrimoniales, la documentación es abundante, si bien, como ya señalamos no era habitual hacer referencia a la edad de los sujetos, debido a la dificultad en su determinación.

Con todo, aunque en varias de las capitulaciones matrimoniales analizadas no se mencionaba a la edad, sin embargo, en algunas de ellas se hizo referencia al sujeto que «*es menor en días*», expresión que implicaba la menor edad del sujeto. En estas ocasiones el escribano no hacía referencia a que dicho sujeto actuase representado o con voluntad de sus padres, aun cuando éstos por regla general intervenían en el otorgamiento formal del documento, siendo especialmente significativo el hecho de que la intervención de los padres no se relacionase con la asistencia a los hijos.

En efecto, el hecho de que el escribano no hiciera referencia, en el caso de ser el contrayente menor en días, a la aquiescencia o voluntad de sus padres, entiendo que es relevante, si tenemos en cuenta que en las enajenaciones realizadas por mujeres casadas siempre se señalaba la licencia o voluntad del marido, pues en estos casos tal aquiescencia se consideraba necesaria. Ello nos acerca a mantener que aun siendo los sujetos menores, no requerían para otorgar el contrato matrimonial asistencia de otros sujetos[46].

Seguidamente analicemos las opiniones que foristas y foralistas han defendido en este punto.

---

[46] GARCÍ HERRERO, *Las mujeres en Zaragoza...*, 1990, p. 144 y ss., la autora, desde luego, en esa páginas no hace referencia a la capacidad de los sujetos, pero deja constancia documental de que los menores en día otorgaban y firmaban el documento capitular, sin que en él se hiciera referencia a la aquiescencia o voluntad paterna.

Por lo demás, los medievalistas cuando han estudiado las edades a las que se contraía matrimonio manifiestan total unanimidad al señalar los 16 años como edad común a la que las mujeres contraían el mismo, siendo aún más elevada la de los varones, por lo que es evidente que siendo mayores de edad poseían por sí capacidad para capitular. (*Vid.* GARCÍ HERRERO, *Las mujeres...*, T. I, 1990, p. 144).

En consecuencia, y por lo que respecta a Aragón, si esta era la práctica más habitual y a los 16 años determinaban la edad de maridar, obviamente no hay problema que resolver, pues desde esa edad es seguro que otorgaban los capítulos por sí mismos en aplicación de los fueros aragonés. Sin embargo, la cuestión reviste un especial interés teórico para analizar la evolución del Derecho aragonés, que como hemos señalado ha ido reduciendo las amplias posibilidades que ofrecía en su origen.

2. La opinión de la doctrina aragonesa

A. *Opiniones de los Foralistas: Los menores de edad requieren asistencia*

La generalidad de la doctrina moderna ha considerado que los menores de 14 años debían de ser asistidos en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. El fundamento, que no comparto, en alguna medida era lógico, pues partían del fuero de 1564.

En efecto, si desde los 14 años expresamente se permite capitular sin asistencia, antes de alcanzar dicha edad requerirán ser asistidos por sus padres, en función también de lo que establece ese mismo fuero. Esta es la opinión de BANDRÉS-SÁNCHEZ CRUZAT[47] y de RAMOS BASCUÑA[48]: ambos autores consideran que las capitulaciones serán válidas si los contratantes obtienen el permiso de sus padres o tutor.

También defiende esta postura MOREU, si bien su fundamento es otro[49].

En concreto señala este autor que:

> «Una débil similitud con la idea de asistencia en la capitulación con los padres a sus hijos menores presenta el párrafo del Fuero extenso de Jaca según el cual la mujer no podría renunciar a la dote sin el consentimiento del padre (...), sin el de sus más próximos parientes o el de otros dos hombres leales. El párrafo (...) se recogió en el fuero llamado de contractibus coniugun del libro V de los fueros de la colección general de Fueros y observancias».

Así, MOREU parece encontrar un antecedente sobre la necesidad de asistencia de los padres en las capitulaciones del menor de edad al establecer este fuero que la hija no podrá renunciar a la dote sin el consentimiento del padre y en su defecto sin el consentimiento de sus más próximos parientes o de otros dos hombres leales.

A mi juicio, este fuero no fundamenta la necesidad de asistencia de los padres a las capitulaciones del menor por un triple motivo:

En primer lugar, porque este fuero es de aplicación tanto a la mujer mayor de 14 años como a la mujer que aún no haya alcanzado di-

---

[47] BANDRÉS considera que los menores de edad no emancipados, que —según la autora— son los que no han cumplido 14 años, deben de complementar su capacidad, la menor edad ha de ser expresada en la capitulación matrimonial y por ello han de acudir con sus padres. Sin embargo, en las capitulaciones matrimoniales que transcribe la profesora BANDRÉS no he encontrado ninguna en la que se compruebe la asistencia de los menores de edad, pues el hecho de que asistan acompañados de sus padres no es una excepción que confirmela regla, pues aun no siendo menores también solían ir acompañados de sus padres (Cfr. *Estudio histórico jurídico de las capitulaciones matrimoniales en Aragón en el siglo XVII (Zaragoza, 1600-1707)*, Tesis doctoral inédita, Zaragoza, 1979, p. 25-26).

[48] RAMOS BASCUÑA, *Capacidad de los menores para contratar y obligarse*, T. II, p. 170.

[49] MOREU, *Comentario al art. 27 de la compilación*, en «Comentarios a la compilación...» T. I, 1988, p. 686 y ss.

cha edad, pues ciertamente el fuero no hace referencia a ninguna edad, luego podemos aplicarlo a todas. Y desde los 14 años no hay duda de que podían los contrayentes otorgar por sí mismos capítulos matrimoniales.

En segundo lugar, porque igualmente se aplica dicho fuero a la situación previa a la celebración del matrimonio como con posterioridad a su celebración, y una vez celebrado éste no hay duda de que la mujer es mayor de edad.

Y, en tercer lugar, pero como razón principal, porque este fuero regula los requisitos que exige la renuncia a la dote, y no la asistencia en capitulaciones matrimoniales. Por ello, se aplica tanto a mayores como a menores de 14 años, así como también a esposos y cónyuges, como confirma la Observancia primera *de Iure dotium*[50].

B. *La posibilidad de capitular a partir de la edad núbil. Opiniones de los foristas*

Con todo, y a pesar de la postura contraria de los autores actuales, fue posible en Aragón, el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales por los menores de edad sin necesidad de asistencia.

Las razones son dos: En primer lugar, la mayoría de edad por matrimonio con independencia de la edad a la que éste se contrajese y, en segundo lugar, porque así lo afirman los foristas aragoneses que se han referido a esta materia, señalando la edad núbil como fundamento de la capacidad para capitular.

a) *La mayoría de edad por matrimonio*

Tradicionalmente se ha considerado mayor de edad en Aragón a los menores de edad que hubieran contraído matrimonio. El fundamento más claro de esta mayoría de edad por matrimonio lo encontramos en el fuero de 1564, al excluir a los casados de las limitaciones que introduce. Sin embargo, es muy posible que la mayor edad por matrimonio tenga un origen muy anterior a este fuero[51].

---

[50] Dicha observancia establece: «*Nota, quod de consuetudine Regni, uxor potest transferre in virum, sicut in extraneum bona sua mobilia, & inmobilia, quae non sunt dotes vel axovarium: dotes aut axovarium non potest transferre in virum: nisi iuxta formam fori* DE CONTRACTIBUS CONIUGUM: *verum tamen mobilia de quibus facta esset talis translatio quae supersunt post mortem alterius coniugum veniunt in divisione*» (Cfr. SAVALL y PENEN, *Fueros, Observancias...*, 1991, T. II, p. 32). *Vid.* LACRUZ BERDEJO, *Comentario al art. 31 de la Compilación*, en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», T. I, Zaragoza, 1988, p. 785 y ss.

[51] Así opinan también SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, en *Comentario al art. 4 de la Compilación del Derecho civil de Aragón*, «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», T. I, dirigido por José Luis LACRUZ BERDEJO, Zaragoza, 1988, pp. 312-313.

En efecto, tanto en Vidal Mayor *(In excelsis dei tehsaurus)* como en la Compilación de Huesca (m.s. 458 de la Biblioteca nacional) aparece un fuero, a lo que creo, especialmente significativo para configurar la mayor edad por matrimonio desde el más remoto derecho aragonés. En concreto me refiero al fuero *Ne parter vel mater pro filio teneatur.* En dicho fuero se establece que los padres no responderán de las obligaciones de los hijos, si éstos estuvieren casados[52]. Igualmente en la colección oficial se encuentra dicho fuero[53].

En efecto, esta desvinculación entre padres e hijos por razón del matrimonio considero que es significativa para que, a partir de este momento, pueda comenzar la evolución de esta mayoría de edad, equivalente sin duda a la plena capacidad.

Que estos fueros pudieran ser el origen de la mayor edad por matrimonio, no es seguro, pero MOLINO ya consideró como costumbre en el reino la situación especial de los casados aunque fuesen menores de edad.

En concreto, MOLINO señala varias limitaciones a la prohibición de disposición de bienes inmuebles establecida en 1348 a los menores de 20 años. Entre ellas, ocupa un lugar destacable la inaplicación del fuero *Ut minor* a los casados, aunque fueran menores de 20 años. Así, los aragoneses casados, independientemente de los años que tuvieran, tenían plena capacidad para administrar y disponer de bienes muebles e inmuebles, y dicho esto MOLINO aduce como razón: *«Et talis est práctica, & consuetudo regni»*[54].

Por ello, el fuero de 1564 —en apreciación que ya realizó SESSE— únicamente declaró con valor de ley escrita lo que sin duda era desde tiempo inmemorial la práctica y costumbre del reino[55].

Ya en el siglo XIX destacados autores han buscado la justificación de esta mayor edad por matrimonio.

MARTON y SANTA PAU se expresaban de la siguiente manera:

---

[52] El mencionado fuero dispone: «*Por negún maleficio que faga el fillo, el padre ni la madre non son tenudos de responder por él ni complir dreito, si no es cosas sabudas, e las cosas son aquestas: si fiziere homezidio o furto o roperia. E si el fillo fore casado o clérigo de tal orden ordenado que non pueda ni deva prender muller o que sea cavallero, entonç el padre ni la madre por malfeito qu'el fillo faga non deven fer ni complir dreito por él, ni encara de deudas qu'el devandito fillo faga, ni de otras cosas*» en GUNNAR TILANDER, *Los fueros de Aragón según el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, Lund, 1937, p. 38.

[53] El fuero *Ne pater, vel mater pro filio teneatur* establece lo siguiente, según el texto de la Colección oficial:

«*Pater, vel mater qualicumque modo se habeat filius eorum, non teneatur respondere pro illo, aut complere directum, nisi in certis casibus: scilicet si commiserit homicidium, furtum, vel repariam: sed si filius habuerit uxorem, aut fuerit in Clericum ordinatus, eo ordine quod non possit nec debeat accipere uxorem: vel erit miles, de caetero pater, aut mater pro maleficio quod ipse filius faciat, facere aut complere directum pro eo non tenetur, nec etiam de debitis, aut de aliis causis*». (Cfr. SAVALL y PENEN, *Fueros, Observancias, y...*, T. II, 1991, p. 175).

[54] MOLINO, *Repertorium...*, 1585, voz *Minor*, fol. 226; voz *alienatio*, fol. 15 v. y voz *vir & uxor* fol. 347.

[55] SESSE, *Decisionum sacri...*, 1625, T. II, dec. 199, p. 507.

> «sería un contrasentido suponer ineptitud, falta de cálculo y falta de discernimiento en el que ha consumado el acto más importante y grave de la vida, o sea, el matrimonio; sería extremadamente ridículo el someter a la aprobación de otros los actos del que está constituido en jefe de la familia»[56].

A su vez, NOGUÉS SECALL, califica de contra principio que no pueda disponer de los bienes, que es lo menos, el que puede disponer de la persona, que es lo más, concluyendo que en Aragón es un axioma que el varón se hace mayor casándose, y entra en el pleno goce de sus derechos hasta tal punto, que todo lo que le es dado hacer, al que ha cumplido los 20 años, a él se le permite del mismo modo[57].

Como vemos, el denominador común en ambos razonamientos es que el que es capaz de disponer de su persona es capaz de hacer todo lo demás. Y no les falta razón. Así, pues, no hay duda de que los aragoneses menors de 14 años que puedan contraer matrimonio, podrán también otorgar por sí y de forma válida y eficaz sus capitulaciones matrimoniales. Ahora bien, ¿pueden otorgarlas antes de contraer matrimonio?

Considero que también. En efecto, NOGUÉS viene a decir que quien pude lo más puede lo menor, esto es, quien pude disponer de su persona (que es lo más) con mayor razón podrá disponer de sus bienes. Ahora bien, ¿en qué momento el sujeto es capaz de disponer de su persona? ¿una vez casado o antes? Siguiendo el planteamiento de NOGUÉS la disposición de la persona: contraer matrimonio, es anterior al mismo hecho de contraerlo, luego si ya entonces puede lo más, por qué negarle lo menos, que es pactar sus acuerdos matrimoniales.

En consecuencia, la mayor edad por matrimonio nos puede servir para fundar la capacidad para capitular antes de la celebración del matrimonio, puesto que una vez celebrado éste no cabe duda de que podrán capitular por sí.

b) *La edad núbil como fundamento de la capacidad para capitular*

Entre los foristas aragoneses se mantuvo la posibilidad de que los menores de 14 años, pero con edad núbil, podían igualmente y por sí solos capitular.

MOLINO consideró, como ya hemos señalado, que el fuero *Ut minor*, en cuanto a la enajenación de bienes inmuebles, no era de aplicación a los aragoneses que hubieran contraído matrimonio, permitiéndoles desde ese momento efectuar por sí actos de enajenación sin cumplir los requisitos del fuero (autorización judicial).

En esta afirmación que hace MOLINO es relevante la circunstancia

---

[56] MARTÓN y SANTA PAU, *Derecho y jurisprudencia...*, 1865, p. 335.

[57] NOGUÉS SECALL, *Tratado del consorcio conyugal con arreglo a la jurisprudencia de Aragón*, Zaragoza, 1859, pp. 28 y ss.

de que, para justificar la posibilidad de que los casados puedan por sí enajenar los bienes inmuebles, dicho autor no se refiere a los 14 años, sino a a la edad núbil, esto es a la capacidad para contraer matrimonio.

En concreto MOLINO señala lo siguiente:

> «*Limita dictum forum in Ut minor 20 annorum, & proceder nisi minor 20 annorum fuisset coniugatus, vel coniugata: dum tamen sint conniugati nubilis aetatis, quia tunc tales coniuges etiam minores 20 annorum posunt alienare bona sua sedentia, etiam sine decreto, secundum foristas. Et talis est practica, & consuetudo regni*»[58].

La expresión que considero de especial trascendencia para la argumentación que pretendemos es justamente la utilización por MOLINO del femenino *vel coniugata*, tal que incluye también a la mujer con tal que sea de edad núbil, o sea que pueda contraer matrimonio.

En efecto, la mujer podía contraer matrimonio antes de la edad de 14 años, por ello —a lo que creo— MOLINO hizo expresa mención a ella, para señalar que aún no contando con 14 años, tampoco a ella le sería aplicable la disposición foral de 1348.

Ahora bien, este especial cuidado que puso MOLINO en determinar la edad núbil, por referencia a la mujer, creo que permite dar un paso más y considerar como una edad de especial trascendencia aquélla en la que se permite contraer matrimonio, pues esto nos llevará a interpretar los fueros de 1348 y de 1564 en relación, desde luego, a las capitulaciones matrimoniales no en cuanto a la edad de mayoría civil —14 años— sino a la edad núbil: desde los 12 años en el caso de la mujer, y quizás también en el caso del varón, en virtud de su desarrollo corporal y la posibilidad física de efectuar la cópula carnal.

Pues bien, a lo que creo, esta fue la interpretación que diversos foristas mantuvieron al respecto, pues todos ello justifican la posibilidad de que la mujer pueda antes de contraer matrimonio capitular por sí y sin asistencia desde que posee edad núbil, con referencia al párrafo que hemos transcrito de MOLINO (voz *Minor*, fol. 226)[59].

En primer lugar, PORTOLÉS al comentar la observancia 58 *De iure dotium*, se refiere a la renuncia que al tiempo de las nupcias puede hacer la mujer en capítulos matrimoniales, dándose ésta por contenta con determinados bienes, y este respecto señala, que los menores pueden hacer tal pacto sin necesidad de Decreto del Juez:

---

[58] MOLINO, *Repertorium...*, 1585, voz *Minor*, fol. 226. vid también la voz *vir & uxor* fol. 335.

[59] PÉREZ DE PATOS en su glosa al fuero *de contractibus minorum*, mantiene a lo que creo, la misma referencia a la edad núbil. Así, tras señalar que menores en Aragón son los que no tienen 14 años; seguidamente señala la mayor edad por matrimonio, así como en relación con la mujer su referencia no es a los 14 años sino a los 12 años. (Cfr. PÉREZ MARTÍN, *Las Glosas de Peréz de Patos a los fueros de Aragón. Estudio introductorio y edición del manuscrito 13408 de la Biblioteca Nacional de Madrid*. Institución «Fernando el Católico». Instituto de Derecho Común Europeo de la Comunidad de Murcia, Zaragoza, 1993, p. 420.

> «& *renunciatio acqueftus, inter minores de 20 annorum ante contractum matrimonium fiant, iudicis decretum in illis intervenire debeat, ut illa valeant (...) Molin. in ver. minor, fol 226 col.2 (...) inter istos minores coniuges futuros, decretum non requeritur...*» [60].

La misma postura mantiene LA RIPA, que en diversos pasajes, y siempre con referencia a MOLINO, indica que en Aragón los solteros pueden por sí capitular desde la edad núbil; esto es la mujer desde los 12 años y el varón desde los 14, sin ser para ello necesario ningún tipo de asistencia.

En efecto, por un lado señala el autor que el marido es el administrados de la sociedad conyugal desde que se casa, y ello aun cuando antes de casarse fuera menor de edad, circunstancia ésta última que aprovecha para señalar que ya entonces puede por sí capitular:

> «Todos estos derechos, y facultades que competen al marido (se esta refiriendo a la administración de los bienes de la sociedad conyugal), sin embargo de que sea menor de edad: en la que sobre poder otorgar la capitulación sin tutor, ni curador, en contrayendo el matrimonio, queda también libre en absoluto gobierno de sus bienes y de los dotales», y seguidamente cita el párrafo que hemos trascrito de Molino: « *Molino in repertorium. ver. Minor*» [61].

En segundo lugar, LA RIPA se refiere en su *Resumen de la jurisprudencia más obvia de Aragón* [62] a los menores de edad.

A este respecto señala que son menores de edad los que no tienen 14 años, y que éstos no pueden enajenar ni disponer en forma alguna de sus bienes. Posteriormente se refiere al mayor de 14 años y menor de 20, para decir que no pueden enajenar ni hacer donaciones, ni otros contratos, a nos ser que dispongan de sus bienes por testamento o capitulación matrimonial, y aun cuando se casen en la menor edad tiene el manejo y la administración de sus bienes [63].

Posteriormente dedica en ese mismo estudio un título a la *Capitulación matrimonial, dote y viudedad*; y en concreto señala que:

«la mujer mayor de doce años y el hombre mayor de catorce, pue-

---

[60] PORTOLÉS, *Scholia ad...*, T. IV, 1590, Observ. 58, p. 915.

[61] LA RIPA, *Segunda ilustración de los cuatro procesos forales de Aragón y al tratado de los monitorios, con discurso general acerca de la naturaleza de los recursos, en que se insiere otro tratado de los emparamientos, y de los derechos de los cónyuges en los bienes del matrimonio*, Zaragoza, 1772, p. 161.

[62] Este estudio es la Parte Quinta. Resumen de la jurisprudencia más obvia de Aragón, que se contiene en la obra de LA RIPA, *Ilustración de los cuatro procesos forales de Aragón, orden de proceder en ellos según el estilo moderno; y las reglas para decidir conforme a la naturaleza de cada uno de ellos*, Zaragoza, 1764.

[63] LA RIPA, *Ilustración de los cuatro procesos forales...*, 1764, pp. 347 y 348, (Parte Quinta. Resumen de la jurisprudencia más obvia de Aragón, Tít. pupilos: Menores, nº 5, 8 y 9).

den otorgar capitulación matrimonial»[64]; sin requerir para ello asistencia de ningún otro sujeto, como previamente había señalado al referirse a los menores de 20 años.

En consecuencia, las edades a que se refieren son las que posibilitan la celebración del matrimonio y desde entonces pueden por sí capitular.

De la misma opinión es FRANCO DE VILLALBA, que a estos efectos, y analizando la capacidad de la mujer, que a partir de los 12 años puede contraer matrimonio, dice que ésta puede estipular sus capitulaciones matrimoniales, con tal que tenga edad núbil:

> «*Unde foeminae, & etiam obligationes contrahere, & capitula matrimonialia stipulari queunt, dum ad nubilem aetatem perveniant*»[65].

En consecuencia, parece que si los menores son capaces de contraer matrimonio lo son también para otorgar sus capitulaciones matrimoniales, por ello consideramos que en Aragón, y por lo que respecta a los capítulos matrimoniales los fueros de 1348 y 1564 había que interpretarlos, en materia de capacidad, en relación con la edad núbil de los sujetos: teniendo capacidad para contraer matrimonio, podían otorgar por sí el contrato de capítulos matrimoniales.

Esta especialidad del Derecho aragonés fue destacada por LISSA, que señala que los aragoneses menores de 20 años —a los que este autor considera menores de edad, y en esa medida nos sirve su argumentación— pueden por sí otorgar contratos de matrimonio, frente a lo que sucede en los Furs de Valencia y en las Constituciones de Cataluña, en las que los menores de edad requieren la intervención de sus padres o del tutor[66].

En relación con todo lo anterior podemos afirmar que la edad núbil bastaba para que en Aragón los menores de edad pudieran por sí y sin asistencia capitular.

Esta situación en la que los aragoneses menores de edad pudieron por sí capitular sin requerir para ello la asistencia de otros sujetos, fue mantenida en el Derecho foral aragonés hasta la promulgación del Apéndice al Código civil de 1925; si bien, los cambios de

---

[64] LA RIPA, *Ilustración de los cuatro procesos forales...*, 1764, p. 350. (Parte Quinta. Resumen de la jurisprudencia más obvia de Aragón, Tít. pupilos: Menores, nº 15, en el que se remite al nº 9, que es precisamente en el que señal que los menores de 20 años pueden disponer por sí solos de sus bienes en capítulos matrimoniales.)

[65] FRANCO DE VILLALBA, *Fororum at que observantiorum aragonia codex*, Zaragoza, T. II, 1743, Fuero *Que los menores de 20 años*, p. 77.

Por lo demás, FRANCO DE VILLALBA refiriéndose al Derecho común señala que los menores no pueden constituir dotes sin su tutor, como así —indica VILLALBA— señala también FONTANELLA para el Derecho catalán. Cfr. *Fororum at que...*, T. II, 1743, comentario al fuero *de contractibus minoris*, p. 72.

[66] LISSA Y GUEVARA, *Tyrocinium iurisprudentiae forensis*, Zaragoza, 1788, Lib. II, tít. VII, *Ad § Nunc Admonendi*, pp. 161-162.

criterio que van a determinar la necesidad de asistencia a los menores para capitular comenzó a fraguarse a partir de la promulgación de las Leyes Generales y, fundamentalmente, a partir de la entrada en vigor del Código civil de 1889.

LAS CONSTITUCIONES LIBERALES CUBANAS

Dra. Beatriz BERNAL
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

I.- Introducción. II.- La constitución de Guáimaro y la abolición de la esclavitud. III.- Las constituciones de Jimaguayú y La Yaya. IV.- La guerra hispanoamericana y la intervención de los Estados Unidos en Cuba. V.- La constitución liberal de 1901.

I. INTRODUCCIÓN

Desde sus orígenes hasta las primeras décadas de nuestro siglo, la historia política de Cuba se confunde y entrelaza con la constitucional. Esto se debió a que, hasta los albores del siglo XIX, no hubo en Cuba una idea de patria o nación, ni nadie concibió, siquiera como realidad pensada, el crear un Estado independiente. Dicha historia se entrelaza y confunde también con el pensamiento liberal, debido a que las primeras nociones de patria y nación aparecen en los pensadores cubanos cuando ya en el viejo continente se ha dado el tránsito del Estado moderno al Estado liberal. Además, dichas nociones corresponden a las tres tendencias políticas —autonomista, anexionista y separatista— que se entrecruzaron a lo largo de la centuria decimonónica con el fin de liberar a

[1] Una primera versión de este trabajo puede verse en: B. BERNAL, «Cuba. Breve historia de sus constituciones liberales», *Ideas Jurídicas para la Cuba Futura*, Fundación Liberal José Martí, Madrid, 1993. Ver también de la misma autora: «Las constituciones liberales de Cuba en armas», en el *Boletín del Comité Cubano Pro Derechos Humanos*, Núm. 8, Madrid, invierno de 1993.

la Isla de la dominación española; tendencias todas ellas afiliadas al liberalismo.

La primera, la autonomista —representada a lo largo del siglo XIX por clérigos, juristas y educadores—[2], solicitaba a España un régimen de gobierno autonómico para la Isla, a la manera del que Inglaterra había concedido a Jamaica y Canadá. Dicho régimen, que nunca entró en vigor, fue concedido por la Metrópoli muy tardíamente, tanto que ya estaba a punto de finalizar la Guerra de Independencia.

La segunda, representada por miembros de la sacarocracia criolla[3] y estimulada por ciertas autoridades norteamericanas[4], propugnaba la anexión de Cuba a los Estados Unidos como un estado más de dicha nación. Así, a lo largo del siglo XIX, los Estados Unidos ofrecieron, en varias ocasiones, comprarle la isla a España[5]. Y a mitad de la centuria, con la colaboración de los cubanos, intentaron invadirla[6]. Pero esta opción tampoco prosperó.

La tercera, la separatista, buscó siempre la separación de España

---

[2] Entre ellos destacan: Francisco Arango y Parreño (1765-1837), José Agustín Caballero (1771-1835), Félix Varela (1787-1853), José de la Luz y Caballero (1800-1862) y Domingo Delmonte (1804-1883). En la segunda mitad del siglo XIX fue representada por el Partido Liberal Autonomista (PLA).

[3] Destacaron entre ellos, en la capital, los miembros del «Club de La Habana», presidido por Miguel Aldama e integrado por hacendados habaneros y algunos intelectuales como el famoso novelista Cirilo Villadarde y el norteamericano John S. Tacher, director del periódico *El faro industrial*. En el interior de la Isla se formó el grupo de Puerto Príncipe, dirigido por Gaspar Betancourt Cisneros, «El Lugareño», a quien se deben algunas de las más claras exposiciones sobre el anexionismo. Otros destacados anexionistas fueron el Conde de Pozos Dulces y Narciso López. También fue acusado de anexionista el famoso ensayista cubano José Antonio Saco. Sin embargo, hay textos precisos de él que critican el anexionismo. Ver de Luis NAVARRO GARCÍA, «Patriotismo y autonomismo en José Antonio Saco» *Anuario de Estudios Americanos*, LI, Núm. 2, Sevilla, 1994.

[4] Destacaron por sus proyectos expansionistas, en distintos momentos históricos, los presidentes norteamericanos James Polk, Francis Pierce y James Buchanan. Ver el capítulo «Los esfuerzos anexionistas norteamericanos» en la obra de Luis NAVARRO GARCÍA: *La independencia de Cuba*, MAPFRE, Madrid, 1992, pp. 241-249.

[5] Desde mediados del siglo XIX comienzan los norteamericanos a gestionar la compra de la isla de Cuba. El primer intento se produjo en julio de 1847, cuando John L. O'Sullivan, inventor de la expresión «Destino manifiesto» inició gestiones con el secretario de Estado James Buchanan para inducir a su gobierno a comprar Cuba. Un año después en 1848, el presidente John Polk envió a su embajador Romulus Saunders a Madrid donde se hizo a España una oferta de 100 millones de dólares. Otro intento se hizo en 1857, por parte de una asociación bancaria norteamericana de acuerdo con el Consejo de Gobierno cubano, que ofreció 150 millones de dólares por la independencia de la Isla. Sin embargo, este plan no contó con las autorización del presidente de los Estados Unidos. Los intentos de compra-venta de la isla continuaron hasta fines de siglo.

[6] En la primera mitad del siglo XIX hubieron varios intentos de invasión y de anexión de Cuba a Colombia, México y los Estados Unidos, respectivamente. Pero el apogeo del anexionismo se produce en la mitad del siglo fomentado en Washington por el Club de la Habana y el general William Jenkins Worth. A esta etapa parece corresponder también la invasión de Narciso López. Ver de Luis NAVARRO GARCÍA, *La independencia de Cuba, ob. cit.*, los capítulos: «Entre la independencia y la anexión», «Los proyectos de invasión y el pensamiento de Varela», «El auge del anexionismo» y «El ciclo de Narciso López», pp. 65-74, 101-121 y 184-210.

por la vía de las armas y fue la triunfante[7]. Como consecuencia de ello, Cuba se independizó de España, adoptó el sistema republicano y se otorgó una constitución liberal en 1901. Con anterioridad, durante las dos cruentas guerras que se sucedieron en la segunda mitad del siglo XIX[8], los cubanos promulgaron tres constituciones (las de Guáimaro, Jimaguayú y La Yaya) que rigieron en los territorios ocupados por las armas.

El motivo de esta comunicación es analizar las partes dogmática y orgánica de dichos textos constitucionales, haciendo referencia a sus respectivas reformas y, cuando así lo requiera, a las circunstancias históricas que les sirvieron de marco. Ahora bien, sólo me referiré a las constituciones que entraron en vigor en parte de la Isla: las constituciones de Cuba en armas; o en toda ella: la constitución republicana de 1901. Los proyectos de reformas autonómicas[9], así como los proyectos de constituciones separatistas[10] que se elaboraron en la primera mitad del siglo XIX, quedan excluidos de este trabajo.

Sólo me resta añadir que para la elaboración de este trabajo he utilizado como fuentes las siguientes obras: 1) los tomos I y II de la recopilación realizada por Hortensia Pichardo bajo el título de: *Documentos para la Historia de Cuba* (Instituto del Libro, La Habana, 1969-1971); 2) la recopilación de textos constitucionales realizada por Leonel de la Cuesta bajo el título de: *Constituciones Cubanas* (Ediciones Exilio, Madrid, 1974); y 3) la antología del pensamiento liberal cubano realizada por Beatriz Bernal bajo el título de: *Cuba. Fundamentos de la Democracia. Antología del pensamiento liberal cubano desde fines del siglo XVIII hasta fines del siglo XX* (Fundación Liberal José Martí, Madrid, 1994).

---

[7] Los primeros intentos separatistas fueron las conspiraciones de Román de la Luz y de Joaquín Infante —ambas de orientación masónica— en la segunda década del siglo XIX. A la última se debe un proyecto de Constitución. A esta tendencia corresponden también la Guerra de los Diez Años (1868-1878) y la Constitución de Guáimaro, la Guerra Chiquita de Calixto García (1879) y la Guerra de Independencia (1895-1898) que culminó con la separación de Cuba de España, y a la cual corresponden las constituciones de Jimaguayú y La Yaya.

[8] Estas fueron: la Guerra de los Diez Años (1868-1878) y la Guerra de Independencia (1895-1898). Ver nota anterior.

[9] En la primera mitad del siglo XIX, José Agustín Caballero en 1811, Gabriel Claudio Zequeira en 1822, Félix Varela en 1823 y Domingo Delmonte en 1838, elaboraron y enviaron a las Cortes españolas sendos proyectos solicitando la autonomía de Cuba. A mediados de siglo, el autonomismo, llamado ahora reformismo, tuvo su máximo exponente en José Antonio Saco. A partir de la fundación en 1878 del Partido Liberal Autonomista, fueron constantes las peticiones a las autoridades metropolitanas para que le dieran la autonomía a Cuba. Ver los dos trabajos ya citados de Navarro García, y la nota 19 de esta comunicación.

[10] Estos fueron: el de Joaquín Infante en la segunda década del siglo XIX y el de Narciso López redactado entre 1850 y 1851.

II. LA CONSTITUCIÓN DE GUÁIMARO Y LA ABOLICIÓN DE LA ESCLAVITUD

La primera Constitución de tinte liberal que se promulgó en Cuba fue la de Guáimaro[11]. Esta, producto de un compromiso entre las huestes orientales de Carlos Manuel de Céspedes[12] con las camagüeyanas de Ignacio Agramonte[13] y otros, entró en vigor seis meses después de que Céspedes, el 10 de octubre de 1868, diera el «grito de Yara» en su ingenio de La Demajagua e iniciara, mediante su *Declaración de Independencia*[14], la Guerra de los Diez años (1968-1978). En dicho Manifiesto, céspedes acorde con los principios imperantes de la época, sentaba las bases de una futura constitución de corte liberal para la Cuba que soñaba independiente. Así, el documento alude a una «legislación vigente interpretada en sentido liberal» que regularía el sufragio universal, la representación nacional, el respeto a la propiedad privada, el libre cambio entre las naciones y, sobre todo, la «libertad e igualdad entre todos los hombres».

Sin embargo, estos dos últimos principios —a pesar de que Céspedes dio la libertad a sus treinta esclavos— estuvieron condicionados a una «emancipación gradual y bajo indemnización de la esclavitud» y fueron seguidos, meses después, por un *Decreto sobre la Esclavitud* de 27 de diciembre de 1868, en el que, con absoluta ambigüedad, después de declarar que «Cuba libre es incompatible con Cuba esclavista», no sólo se estableció a favor de los propietarios «el derecho a la indemnización que la nación decrete» sino que, además de llamar «libertos» a los esclavos libres con todo lo que dicho término significaba, retrasó la declaración abolicionista a posteriores tiempos al estipular, en su apartado séptimo, que: «Los propietarios que faciliten a sus esclavos para el servicio de la revolución sin darlos libres por ahora, conservarán su propiedad mientras no se resuelva sobre la esclavitud en general». Esto no era de extrañar, como décadas antes, en las primeras conspiraciones separatistas, la guerra de independencia cubana se planteó en sus momentos iniciales como una lucha entre peninsulares y criollos. Era, por consiguiente, la población blanca de la isla la destinataria, tanto del Manifiesto como del Decreto. Además, con su precaución al tratar el problema esclavista, Céspedes, hombre pragmático, se aseguraba el apo-

---

[11] Llamada así porque se dictó en el pueblo de Guáimaro, provincia de Camagüey.

[12] Céspedes nació en Bayamo, Oriente, en 1819 y murió, en combate, en el campamento de San Lorenzo, Oriente, en 1874. El 10 de abril de 1869 fue proclamado en Guáimaro, Presidente de la República de Cuba en Armas.

[13] Agramonte nació en Camagüey en 1841 y murió, combatiendo, en Jimaguayú, en 1873. Durante la Guerra de los Diez Años fue General en Jefe de las huestes revolucionarias, diputado de la Asamblea de Representantes a la Cámara de la República de Cuba en Armas, y redactor del *Acta de Abolición de la Esclavitud* y de la *Constitución de Guáimaro*.

[14] Manifiesto que fue leído ante un grupo de pobladores de la ciudad de Manzanillo, Oriente, que desde hacía varios meses conspiraban contra las autoridades españolas, con el fin de lograr la libertad de Cuba.

yo de los terratenientes orientales y de los cubanos ricos del Oeste, reformistas pero no abolicionistas, quienes, después de intentar sin resultado una mediación con las autoridades españolas, no sólo cruzaron el Rubicón y apoyaron públicamente a los rebeldes, sino que también los ayudaron desde un punto de vista económico, al partir de inmediato a Nueva York para buscar fondos con destino a la causa de la insurrección.

En cuanto al sistema de gobierno de la «República en Armas» que él inició, Céspedes propugnaba en su Manifiesto «un jefe único que dirija las operaciones con plenitud de facultades» y una «Comisión gubernativa de cinco miembros para auxiliar al General en Jefe en la parte política, civil y demás ramas de que se ocupa un país bien reglamentado.» Fue así como, a finales de 1868, Céspedes y los rebeldes de Oriente habían constituído ya una República en toda regla, bajo las mencionadas directrices[15].

Pero no pensaban de igual forma los insurrectos camagüeyanos que emularon de inmediato al oriental en la lucha armada. Ni sus fuerzas estaban compuestas de la misma manera. Estos, bajo el mando del ganadero Ignacio Agramonte, contaban entre sus huestes con una minoría de blancos y una mayoría de negros libres. De ahí que, desde que se levantaran en armas el 4 de noviembre de 1868, adoptaran una actitud más liberal en torno al álgido problema de la esclavitud.

Era entonces Camagüey una región eminentemente ganadera, y no contaba con grandes dotaciones de esclavos como sucedía en Oriente, región que, destinada fundamentalmente a la industria azucarera, había basado su economía en la mano de obra esclava. Por ésta, entre otras causas, el 26 de febrero de 1869, pocos meses después del levantamiento, los camagüeyanos dictaron un Decreto de abolición plena de la esclavitud. Dicho Decreto estaba firmado por la Asamblea de Representantes del Centro, entendiendo por Centro al Camagüey «alzado» de la época, en relación con las provincias circunvecinas de Oriente y Las Villas, también «alzadas». Además, la mera creación por los camagüeyanos de una Asamblea de Representantes constituía otro punto de diferencia con los vecinos orientales. En efecto, los primeros, sin duda con un comportamiento más democrático, se oponían a un gobierno unipersonal como el de Céspedes. Es más, lo consideraban dictatorial.

Tales fueron las razones principales que llevaron a las dos fuerzas insurrectas más importantes, a la sazón con dos gobiernos y dos banderas distintas, a buscar una solución de compromiso. Y lo hicieron convocando a una Convención en el «pueblo libre» de Guáimaro. A dicha Convención asistirían representantes de las tres zonas geográficas que contaban con «alzados» (Las Villas, Camagüey y Oriente), y tendría como propósito formar un gobierno nacional que rigiera por igual en

---

[15] Para conocer la organización de dicha República ver la carta-comunicación que Céspedes envía a José Morales Lemus, su Ministro Plenipotenciario en los Estados Unidos de Norteamérica, en: *Cuba. Fundamentos de la Democracia...*, *ob. cit.*, pp. 136-138.

toda la «República». De ella surgió la primera carta fundamental de la República Cuba en Armas.

La *Constitución de Guáimaro* consta de 29 artículos y fue votada el 10 de abril de 1869 por Céspedes y por otros catorce «ciudadanos diputados» que integraron la primera Asamblea de Representantes de alcance nacional. Aunque se preveía en ella la posibilidad de enmienda (art. 29), su período de vigencia estaba dado de antemano: la duración de la contienda bélica. En efecto, en el artículo 15, se estipuló que la Cámara de Representantes debía constituirse en Sesión Permanente desde el momento de la ratificación de la ley fundamental hasta el final de la guerra. Y así sucedió. El breve texto constitucional de sólo seis artículos expedido por Antonio Maceo[16] como resultado de la entrevista que sostuvo con el general Arsenio Martínez Campos el 15 de marzo de 1978 en Mangos de Baraguá, un mes después de haberse firmado el Pacto del Zanjón (10 de febrero) que dio fin a la guerra, no puede entenderse como constitución. Fue sólo un documento a través del cual Maceo, quien no había sido derrotado en los territorios a su mando (Oriente y Tunas), no sólo se dio el lujo de rechazar una capitulación que, como es lógico suponer, ni otorgaba la independecia a los cubanos ni abolía la esclavitud, sino también los de elegir nuevo gobierno y redactar una especie de constitución provisional donde expresaba, en referencia clara a los insurrectos capitulantes que habían firmado el Convenio del Zanjón, que: «el Gobierno queda facultado para hacer la paz bajo las bases de la independencia» (art. 3) y que: «no podrá hacer la paz con el Gobierno español bajo otras bases sin el conocimiento y consentimiento del pueblo». Este breve texto, jamás derogado, rigió sólo dos meses, los mismos que Maceo pudo aguantar en Oriente hasta verse obligado a abandonar la Isla, debido al acoso de las tropas de Martínez Campos.

Contenía la Constitución de Guáimaro, aunque todavía en pañales, una parte dogmática en su artículo 28. Este establecía las libertades de culto, imprenta, reunión pacífica, enseñanza y petición, así como los demás derechos «inalienables del pueblo». También declaraba la abolición de la esclavitud. «Todos los habitantes de la República —dice el art. 24— son enteramente libres». Sin embargo, tres meses después (5 de julio) se daría un paso atrás mediante la expedición de un *Reglamento de Libertos* que regularía la vida del esclavo liberado y su relación con el antiguo amo. Aún quedaban muchas amarras del antiguo sistema esclavista en las zonas azucareras de la isla.

En cuanto a la parte orgánica, la Constitución de Guáimaro estableció la clásica división de poderes. El poder legislativo radicaba en la Cámara de Representantes, integrada por diputados de los cuatro estados —Oriente, Camagüey, Las Villas y Occidente— en los que dividía

[16] El general Antonio Maceo, uno de los próceres de la independencia de Cuba, nació en Santiago de Cuba en 1848 y murió peleando en Punta Brava, provincia de La Habana, en 1896. Intervino en las dos guerras de independencia, y por ser mulato fue llamado: «El titán de bronce».

la Constitución la isla. Dicho poder, junto al Presidente de la República, quien gozaba del derecho al veto (arts. 10 al 12), elaboraba y promulgaba las leyes. Tenía además la facultad de nombrar al Presidente y al General en Jefe de las Fuerzas Armadas, y la de ejercitar sobre ellos un cierto control judicial, ya que ambos, Presidente y General en Jefe, podían ser acusados ante el Legislativo por cualquier ciudadano. El poder ejecutivo radicaba en el Presidente de la República, quien tenía a su cargo tanto la política exterior como la bélica, sujetas ambas a la ratificación de la Cámara, y en los Secretarios del Despacho quienes debían ser nombrados por la Cámara a propuesta del Presidente. El poder judicial, cuya regulación se dejó a una ley posterior, fue declarado independiente.

Fue pues la Constitución de Guáimaro el resultado del choque entre dos corrientes contrapuestas que, aunque surgidas de antemano, se enfrentaron en el seno de su Asamblea Constituyente. La una defendida por Agramonte quien propugnó el establecimiento de un gobierno civilista, de carácter parlamentario, en el cual se subordinarían todas las actuaciones del Poder Ejecutivo a las leyes, acuerdos y decisiones de la Cámara Legislativa, no sólo en problemas de orden bélico, sino también institucional. La otra abanderada por Céspedes quien fue partidario de una jefatura militar centralizada con el fin de impedir la atomización de la autoridad, impropia para una república en tiempos de guerra. Los hombres de aquel entonces le dieron la razón a Agramonte y elaboraron una constitución civilista. Pero la guerra se perdió. La historia, por consiguiente, le ha dado la razón a Céspedes[17].

El otro punto de desacuerdo entre Céspedes y Agramonte, la abolición irrestricta de la esclavitud, no fue resuelto debidamente mientras duró la guerra. Ahora bien, terminada ésta a favor de España y firmado el Pacto del Zanjón, los cubanos reformistas se agruparon en un partido político para asegurar el cumplimiento de dicho pacto. Así se creó, el 1 de agosto de 1878, el Partido Liberal que, tres años más tarde, se convertiría en autonomista[18]. El autonomismo había tenido sus primeras manifestaciones en Cuba desde las primeras décadas del siglo[19], pero sus partidarios no habían sido oídos. A finales de la década de los setenta, empero, las circunstancias habían cambiado y los autonomistas pudieron presionar sobre las autoridades de la Metrópoli para lograr,

---

[17] En tal sentido se expresa Néstor CARBONELL en su libro: *El Espíritu de la Constitución Cubana de 1940*, Playor S.A., Madrid, 1974, p. 56.

[18] Para conocer el ideario del Partido Liberal Autonomista, ver los textos de José Antonio CORTINA, Rafael MONTORO, Antonio GOVÍN y Nicolás HEREDIA en: *Cuba. Fundamentos de la Democracia...*, *ob. cit.*, pp. 139-156.

[19] Para los primeros proyectos autonomistas ver notas 2 y 9 de este trabajo. Más tarde, iniciada la Guerra de los Diez Años hubo un intento del general Prim de negociar con los cubanos de Nueva York la autonomía de Cuba, a la manera de la de Canadá, mediante el pago de 200 millones de dólares garantizados por Estados Unidos. La negociación fracasó porque se opusieron los insurrectos. Hubo posteriormente otros dos proyectos autonómicos: el de Antonio Maura en 1893 y el del Ministro Abarzuza en 1895. Ambos llegaron tarde.

aunque fuera paulatinamente, la abolición de la esclavitud en Cuba. Así, y desde España, el 13 de febrero de 1880 se dictó una *Ley de Abolición de la Esclavitud para la Isla de Cuba* como respuesta al programa del Partido Liberal Autonomista que solicitaba «la emancipación indemnizada de los que queden en servidumbre...» Y quedaban muchos. En efecto, en el Pacto del Zanjón, la Monarquía española reconoció la libertad de los esclavos insurrectos, pero mantuvo en esclavitud a aquellos que le habían sido fieles. Sin embargo, la *Ley de Abolición* de 1680, también llamada *Ley de Patronato* porque era este régimen de semiservidumbre el que tal ley establecía, no satisfizo a los liberales autonomistas quienes, en 1682, celebraron una Junta Magna en la cual acordaron solicitar la «libertad inmediata y absoluta de los patrocinados», entendiéndose por tales a los libertos sujetos a la *Ley de Patronato*. Esta se obtuvo, por fin, en 1886, mediante un artículo adicional a la *Ley de Presupuestos del Estado para la Isla de Cuba*, donde se estipuló que: «queda autorizado el Gobierno para decretar en breve plazo, la libertad de los actuales patrocinados de Cuba...» cosa que se hizo a través de la expedición de una Real orden de 29 de octubre de 1886 que suprimió el patronato[20].

Abolida la esclavitud, y en parte gracias a las presiones y campañas de prensa lideradas por el ilustrado mulato cubano Juan Gualberto Gómez, España dio importantes pasos legislativos hacia la integración racial en Cuba. Así, a partir de 1887 no se pudo excluir a nadie del servicio público por motivos raciales; en 1889 se permitió la entrada de negros y mulatos en los teatros, cafés y bares; y en 1893 fueron admitidos en las escuelas públicas, junto a los blancos, los niños «de color».

III. LAS CONSTITUCIONES DE JIMAGUAYÚ Y LA YAYA[21]

Estas dos textos constitucionales corresponden a la guerra hispanocubana de 1895 y deben analizarse juntos, dado que uno es presupuesto del otro. Ambas tienen como antecedentes tres importantes documentos martianos: las *Bases del Partido Revolucionario Cubano* (PRC), el *Manifiesto de Montecristi* y la carta a Manuel Mercado del mismo año, interpretada esta última como el «testamento político» de José Martí[22].

El PRC fue fundado por Martí en el sur de los Estados Unidos, donde vivían numerosos emigrados cubanos desde la guerra de 1868. Allí llegó éste en 1891, precedido ya de gran fama como escritor y ora-

---

[20] Estas leyes pueden ser consultadas en la recopilación ya citada de Hortensia Pichardo: *Documentos para la Historia de Cuba.*

[21] *Ibidem.*

[22] Martí nació en La Habana en 1853 y murió combatiendo en Dos Ríos, Oriente, en 1898. Fue el promotor de la guerra del 95 que culminó con la separación de Cuba de la Corona española y su conversión en república independiente. Poeta, ensayista, activista político y revolucionario, Martí ha sido considerado «el más universal de todos los cubanos».

dor político, a consecuencia de la incansable propaganda revolucionaria en pro de la causa cubana que había llevado a cabo en Nueva York y varias capitales de América Latina. En Tampa redactó unas primeras *Resoluciones* que serían el germen de las *Bases* de PRC. Y en Cayo Hueso las *Bases* mismas, que fueron aprobadas el 5 de enero de 1892. En ellas, además de llamar a sus compatriotas a una guerra «generosa y breve» e insistir en la unión de «los elementos de revolución hoy existentes» y de «los cubanos residentes en el extranjero», así como a la necesidad de establecer buenas relaciones «con los pueblos amigos», propugna el establecimiento de una «sincera democracia» y de una República eficaz en sus instituciones, llegado el momento de la liberación de Cuba. El *Manifiesto de Montecristi*, datado el 25 de marzo de 1895 en Santo Domingo, patria del viejo luchador de la Guerra de los Diez Años Máximo Gómez[23], fue firmado por ambos, sobre la base de sus respectivos cargos de Delegado del PRC, el primero, y de General en Jefe del Ejército Libertador, el segundo. Dos meses antes, en Nueva York, se había dado la «orden de alzamiento» que fue cumplida de inmediato por los grupos rebeldes.

En el Manifiesto —modelo del género en cuanto a su estilo— se hace patente el americanismo de Martí, así como su republicanismo, su sentido de solidaridad, su recomendaciones de tolerancia con el enemigo y su cabal conocimiento, apoyo y confianza en ese pueblo integrado no sólo por blancos, sino también por negros y mestizos que era y es Cuba. Por último, en la carta a Manuel Mercado, posiblemente interrumpida por la muerte de Martí en Dos Ríos, además de arremeter contra anexionistas y autonomistas, esboza el autor la constitución de un gobierno en armas «útil y sencillo ... sin las trabas que antes le opuso una Cámara sin sanción real, o la suspicacia de una juventud celosa de su republicanismo, o los celos y temores de excesiva prominencia futura de un caudillo puntilloso o previsor», aunque sin renunciar a una «sucinta y respetable representación republicana»[24].

Apoyándose en el pensamiento de Martí y con la experiencia del fracaso anterior, los dirigentes de la nueva lucha armada, integrados en Asamblea Constituyente, se reunieron en Jimaguayú y promulgaron, el 16 de septiembre de 1895, una Constitución donde se declaró «solemnemente» la escisión de Cuba de la Monarquía Española. En ella, los nuevos constituyentes se cuidaron de no incurrir en los errores cometidos en el pasado y acordaron separar el mando civil del militar. Para el primero se estableció un organismo colegiado, el Consejo de Gobierno, integrado por un Presidente, un Vicepresidente y cuatro Secretarios de Estado (Interior, Exterior, Hacienda y Guerra) que comprendía tanto al

---

[23] Máximo Gómez, General en Jefe del Ejército Libertador, nació en Bani, Santo Domingo, en 1936, y murió en La Habana, en 1906. Intervino en las dos guerras de independencia. Fue el único de los próceres que sobrevivió a las mismas.

[24] Además de en las varias ediciones que se han hecho de sus *Obras Completas*, los tres documentos antes citados de José Martí pueden consultarse en la recopilación ya mencionada: *Documentos para la Historia de Cuba.*

Ejecutivo como al Legislativo. El Poder Judicial procedería con «entera independencia», aunque su organización y reglamentación estarían a cargo del Consejo de Gobierno. El mando militar quedaría a cargo del General en Jefe. «Todas las fuerzas armadas de la República y la dirección de las operaciones de la guerra estarán bajo el comando directo del General en Jefe —dice el art. 17— quien tendrá a sus órdenes como segundo en el mando a un Lugarteniente General en caso de vacante.» Dicho artículo se complementaba con el art. 4 que estipulaba: «El Consejo de Gobierno solamente intervendrá en la dirección de las operaciones militares cuando a su juicio sea absolutamente necesario a la realización de otros fines políticos».

La Constitución de Jimaguayú fue un texto constitucional sencillo, corto y de carácter provisional. Careció de parte dogmática y aspiró sólo a servir de instrumento para regular el gobierno mientras duraba la lucha armada. Su provisionalidad quedó contenida en el último de sus artículos, el 24, que limitaba su vigencia a un período de dos años. «Esta Constitución regirá a Cuba durante dos años a contar desde su promulgación si antes no termina la guerra de independencia —expresa—. Transcurrido este plazo se convocará a la Asamblea de Representantes que podrá modificarla y procederá a la elección de nuevo Consejo de Gobierno y a la censura del saliente». Y así se hizo. Dos años después, la Asamblea de Representantes, convertida de nuevo en Constituyente, se reunió en el potrero de La Yaya, territorio de Guáimaro, y dio a luz a la última de las constituciones de Cuba en armas, promulgada el 29 de octubre de 1897.

La Constitución de La Yaya se divide en 5 títulos[25], consta de 48 artículos y fue la primera denominada «Constitución de la República de Cuba». Los constituyentes anteriores, conscientes de la provisionalidad de su obra, habían llamado «Constitución Política que regirá lo que dure la Guerra de Independencia» a la de Guáimaro y «Constitución del Gobierno provisional de Cuba» a la de Jimaguayú. Sus innovaciones, con respecto a la anterior, fueron: 1) incluir y desarrollar la parte dogmática, regulando en 11 artículos (del 4 al 14) los derechos individuales y políticos: libertad religiosa, de enseñanza, de pensamiento, reunión, asociación y comunicación, derecho de petición o audiencia, inviolabilidad de correspondencia, sufragio universal, principio de *nullum crimen sine lege*, etc., propios todos ellos de las constitucionaes liberales de la época; 2) ampliar, desarrollar y tecnificar la parte orgánica en los títulos III y IV, «Del Gobierno de la República» y «De la Asamblea de Representantes»; títulos donde se establecen las competencias y funciones de los poderes públicos conforme a la división clásica establecida por Montesquieu; y 3) consolidar el gobierno civil omitiendo el cargo de General en Jefe, cuyas funciones asumiría el Consejo de

[25] I. «Del territorio y la ciudadanía». II. «De los Derechos individuales y políticos». III. «Del Gobierno de la República». IV. «De la Asamblea de Representantes». V. «Disposiciones Generales».

Gobierno. El texto constitucional de La Yaya vislumbra ya el fin de la guerra. Por tal razón, recordando al de Baraguá, establece que el tratado «de paz con España ha de ser ratificado por la Asamblea y no podrá ni siquiera iniciarse sino sobre la base de independencia absoluta e inmediata de toda la isla de Cuba» (art. 22, inciso 15). Trataron así de evitar los constituyentistas posibles acuerdos pactados con la Metrópoli por los autonomistas, o entre Estados Unidos y España a instancias de los anexionistas. Estipula además (arts. 40 y 41), que de pactarse dicha paz o de producirse la retirada de las tropas españolas, será la Asamblea de Representantes la que designe el Gobierno provisional que regirá la República hasta su futura reunión en Constituyente.

IV. LA GUERRA HISPANOAMERICANA Y LA INTERVENCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS EN CUBA [26]

Pero la guerra no terminó en la forma prevista por los insurrectos del 95. Cuando ya las fuerzas libertadoras dominaban la mitad oriental de la isla los norteamericanos intervinieron en el conflicto hispano-cubano, haciendo abortar una tardía tentativa de la Metrópoli para llegar a un acuerdo con los autonomistas de la isla. No es este el momento ni el lugar para analizar los factores que llevaron a McKinley, a la sazón presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, luego de múltiples indecisiones y del último intento de compra del país[27], a solicitar al Gobierno de España que renunciara a seguir ejerciendo su autoridad en la isla de Cuba y retirara de ésta y de sus aguas sus fuerzas militares y navales. Baste mencionar que lo fundamentó en la destrucción del acorazado Maine, nombre de un barco de guerra noteramericano que se encontraba entonces anclado en la bahía de La Habana y cuya explosión produjo la muerte de 266 norteamericanos, entre oficiales y tripulantes. Y también, como quedó expresado en la Resolución Conjunta *(Joint Resolution)* aprobada por el Congreso de Estados Unidos el 18 de abril de 1898 y sancionada por su presidente dos días después, en «...el aborrecible estado de cosas que ha existido durante los tres últimos años en la isla de Cuba, tan próxima a nuestro territorio (que) ha herido el sentido moral del pueblo de los EEUU y afrentado la civilización cristiana».

En dicha Resolución Conjunta, además de autorizar al presidente Mac Kinley a usar las fuerzas militares y navales del país contra España, el Congreso norteamericano declaraba que «el pueblo de la isla de Cuba es y de derecho debe ser libre e independiente» y que los Estados Unidos «no tienen deseo ni intención de ejercer soberanía, jurisdicción o dominio sobre la dicha isla, excepto para su pacificación», afirmando

---

[26] Para este acápite ver de HUGH THOMAS, *Cuba: La lucha por la libertad, 1762-1970*, 3 vols., Barcelona, 1973. En el primer volúmen, Thomas proporciona una detallada historia de las relaciones de la isla con los Estados Unidos.

[27] Ver nota 5 de este trabajo.

además su determinación de que cuando dicha pacificación se hubiere conseguido, se dejaría el gobierno y dominio de Cuba en manos de su propio pueblo. Esta última disposición correspondió a una «enmienda» que Horacio Rubens, amigo de Martí y abogado de la Junta Cubana logró incluir, con la ayuda del senador Teller (Enmienda Teller), en la Resolución Conjunta del Congreso norteamericano. Dicha documento constituía el *ultimatun* que EEUU daba a España antes de iniciar el conflicto bélico. Un día después (21 de abril) Mc Kinley ordenaba a la flota anclada en Cayo Hueso que bloquera La Habana. Y el 25 del mismo mes el Congreso norteamericano declaraba formalmente la guerra a España.

La guerra hispano-americana fue de corta duración y estaba decidida de antemano. Los españoles no podían ganarla y, además, visto desde la Metrópoli, todo parecía indicar que querían perderla, y rápido. Rotas las negociaciones diplomáticas, fracasados algunos intentos de mediación desde Europa (entre ellos el de la Santa Sede), tardías las negociaciones con los autonomistas cubanos, y con la muchedumbre en las calles de Madrid manifestándose en contra de los Estados Unidos, María Cristina, reina regente, y Sagasta, su Primer Ministro, comprendieron que la guerra era inevitable, y que alargarla podría acarrear el derrumbamiento de la monarquía[28]. Lo mejor era, pues, una derrota rápida.

Y así sucedió. En unos cuantos meses, el 12 de agosto de 1898, aceptada ya la capitulación de Santiago de Cuba por los españoles, estaban los dos países contendientes firmando un armisticio. Y pocos meses más, el 10 de diciembre del mismo año, se sellaba el *Tratado de París*, por el que se estableció la paz entre España y Estados Unidos. Tanto en la guerra como en la paz la voz de los cubanos estuvo ausente. Ni los autonomistas presididos entonces por José Gálvez, ni los independentistas liderados por Bartolomé Masó fueron oídos por españoles y norteamericanos a la hora de resolver el conflicto. Quizás Máximo Gómez y Calixto García hubieran continuado en la lucha armada, pero estaban viejos y cansados, y sin posibilidad alguna de vencer a los Estados Unidos. De ahí que se conformaran con la nueva situación. Por el *Tratado de París*, y a cambio de de 20 millones de dólares, España cedía a Estados Unidos las Islas Filipinas, Puerto Rico y la isla de Guam (en el archipiélago de las Marianas), y renunciaba a todo derecho de soberanía y propiedad sobre Cuba, la cual sería ocupada temporalmente por los vencedores.

La ocupación duró de enero de 1898 a mayo de 1902. Durante ese período Cuba estuvo sometida al mando militar de los Estados Unidos y gobernada por los generales Brooke y Wood. La administración civil, central y local continuó atendida, ahora por cubanos, bajo las antiguas estructuras españolas: cuatro Secretarios del Despacho (Gobernación;

[28] Ver el capítulo «La guerra del 98» en la obra ya citada de Luis NAVARRO GARCÍA: *La independencia de Cuba*, pp. 367-386.

Hacienda; Justicia y Enseñanza; y Agricultura, Industria, Comercio y Obras Públicas), seis gobiernos provinciales y los antiguos municipios y alcaldías. En cuanto a la administración de justicia, se creó el Tribunal Supremo (compuesto por un presidente y seis magistrados) por debajo del cual estaban seis Audiencias, una por cada provincia. La diferencia estribaba en que, por encima de todo ese entramado político-administrativo de origen español, estaba el gobierno militar estadounidense con ramificaciones análogas al civil.

Durante esta primera etapa de intervención norteamericana se llevó a cabo en Cuba una efectiva política de salubridad en el país, se reorganizaron las escuelas públicas y se reabrió la Universidad de La Habana. Además, se pacificó la isla después de más de medio siglo de luchas sangrientas y se licenció el Ejército Libertador, no sin dificultades por razones de indemnización. Asímismo, se dictaron leyes separando la Iglesia del Estado, surgieron nuevos partidos políticos —los republicanos, de tinte liberal, los nacionalistas, seguidores de Máximo Gómez, y la Unión Democrática que agrupó a los conservadores y ex anexionistas—, y se celebraron elecciones municipales, primeras «libres» que se realizaban en Cuba. También, durante este período, se promulgó una Constitución.

V. LA CONSTITUCIÓN LIBERAL DE 1901

Muchas fueron las circunstancias previas que llevaron a Wood, en aquel entonces Gobernador militar de la Isla, a dictar, el 25 de julio de 1900, una convocatoria para elegir a los comisionados que, integrados en la Asamblea Constituyente, elaborarían la Constitución. Entre ellas, la propias tendencias anexionistas del Gobernador. Y las discusiones entre los posibles constituyentistas cubanos sobre qué documento debería servir de base para preparar la futura Constitución, si la Resolución Conjunta del Senado norteamericano, o el Tratado de París[29]. Además, al hacer la convocatoria, Wood no sólo ordenaba una elección con el fin de seleccionar a los miembros de la Convención que elaboraría el texto constitucional, sino que también implicaba dentro de ella la realización de acuerdos que regulasen las relaciones que habrían de existir entre el futuro gobierno de Cuba y el de los Estados Unidos. No es pues de extrañar que dicha convocatoria produjese entre los grupos políticos cubanos, no sólo estupefacción, sino también la sospecha de que estuviese destinada a fijar las bases de la anexión. Tanto fue así que varios de dichos grupos políticos remitieron un mensaje de protesta a

[29] Como ejemplo de esta disparidad de opiniones es interesante ver la carta (datada en La Habana, el 16 de abril de 1900) que le envió el general Juan Ríus Rivera al coronel Cosme de la Torriente, líder, este último, del *Partido de Unión Democrática* (PUD). En ella Ríus critica que el programa del PUD se base en el *Tratado de París* y no en el *Joint Resolution*, mediante el cual EEUU garantiza la soberanía e independencia del Cuba.

Wood, especificándole que las relaciones entre Cuba y Estados Unidos no eran tema propio de una Constitución.

A pesar de esta atmósfera de suspicacia, el 15 de septiembre de 1900 se eligieron los delegados de la Asamblea Constituyente[30] y pocos días después, el 5 de noviembre, se inauguraban sus sesiones. Presidió el acto de apertura el propio general Wood quien, consciente de las protestas que su convocatoria había suscitado, hizo una alocución en la cual supeditó los acuerdos sobre las futuras relaciones entre Cuba y EEUU a tener concluída la Constitución. «Será vuestro deber —dijo— redactar y adoptar una Constitución para Cuba y, una vez terminada ésta, formular cuáles deben ser, a vuestro juicio, las relaciones entre Cuba y los Estados Unidos».

Dicho acuerdo de relaciones se convertiría después en la famosa Enmienda Platt (llamada así porque fue propuesta por Orville H. Platt, a la sazón presidente de la Comisión de Relaciones con Cuba del Senado de EEUU, pero en realidad pergeñada por Elihu Root, en aquel entonces Secretario de Guerra de dicho país)[31] y quedó contenido en un Tratado Permanente entre Cuba y los Estados Unidos. La enmienda se les impuso a los constituyentistas cubanos haciendo caso omiso de la propuesta que éstos, en el cumplimiento de su compromiso, habían aprobado el 27 de febrero de 1901, una semana después de haber dado fin a la Constitución (21 de febrero de 1901). De los ocho puntos que la Platt contenía, los más ominosos fueron el III y el VII[32]. En el tercero se estableció el derecho de los EEUU de intervenir en Cuba para «la conservación de su independencia», en el séptimo se le impuso a Cuba la obligación de vender o arrendar a su vecino del Norte tierras suficientes para construir bases o «estaciones navales»[33]. Resultado de la Enmienda Platt es la Base Naval que todavía tienen los Estados Unidos en Guantánamo.

Volvamos ahora a la Constitución de 1901. Pues bien, lo primero que se plantearon los constituyentistas fue si discutirían conjuntamente Constitución y Acuerdo de Relaciones con Estados Unidos. Una vez resuelto que lo harían por separado, nombraron una comisión para redactar el proyecto que serviría de base a la Carta Magna. Cuando la comisión entregó su trabajo comenzaron los debates. La igualdad de los cubanos ante la ley, el principio de soberanía nacional y el sistema representativo de gobierno fueron aprobados sin discrepancias, no así la

---

[30] Eran: 3 por Pinar del Río, 8 por La Habana, 4 por Matanzas, 7 por Santa Clara, 2 por Puerto Príncipe (Camagüey) y 7 por Santiago de Cuba.

[31] Hay un informe que le envía Root a Wood, donde se sientan las bases de la Enmienda Platt.

[32] Para consultar la Enmienda Platt ver los *Documentos para la Historia de Cuba*, ya citados, de Hortensia Pichardo.

[33] En contra de la Enmienda Platt se alzaron las voces de los viejos independentistas Salvador Cisneros Betancourt y Juan Gualberto Gómez. El primero, miembro de la Convención Constituyente, hizo un voto particular oponiéndose a la Enmmienda, fechado el 15 de marzo de 1901. El segundo lo hizo a través de una «ponencia» que le envió al Gobernador militar de Cuba, fechada el 26 de marzo del mismo año.

invocación «con el favor de Dios» en el preámbulo y las relaciones entre Estado e Iglesia. Estas provocaron largas discusiones entre los partidarios de la confesionalidad, por un lado, y de la laicización, por el otro. Triunfaron los últimos. Si bien es cierto que se mantuvo la invocación a Dios, prevaleció la tesis secularizadora, quedando separadas explícitamente ambas instituciones[34].

Fue también fuente de controversia la organización territorial de la isla en provincias y el mayor o menor grado de sujeción de éstas al gobierno central. El resultado fue el establecimiento de una administración local de carácter unitario con sólo una relativa descentralización (tit. I, art.3 y tit.XI, arts. 91 al 102). Se discutió asímismo si el sufragio debía ser universal o restringido, directo o indirecto[35]. Con respecto a la primera disyuntiva prevaleció la tesis de la universalidad en varones mayores de 21 años, siempre que no fuesen asilados, incapacitados mentales, inhabilitados por vía judicial o miembros activos de las fuerzas armadas. Con respecto a la segunda, se estableció un sistema de votación por «sufragio de segundo grado» para el cargo de Presidente de la República que resultó inoperante (art. 66).

Igualmente —pensando en las posibilidades de Máximo Gómez— estuvieron sujetos a debate los requisitos para ocupar la Presidencia, estableciéndose que podían hacerlo, tanto los cubanos por nacimiento como los que hubieran obtenido la ciudadanía por naturalización, siempre que hubieran servido por diez años a Cuba en las guerras de independencia (art. 65). Se discutió, por último, el tema de las deudas que reconocía la República de Cuba hasta que quedó redactada la Disposición Transitoria Primera en el sentido de que sólo se afrontarían aquellas contraídas en beneficio de la Revolución por los jefes del Ejército Libertador «hasta la fecha en que se promulgó la Constitución de Jimaguayú» y las que «el Gobierno Revolucionario hubiere contraído posteriormente, por sí o por sus legítimos representantes en el extranjero».

La Constitución se promulgó el 21 de febrero de 1901. Contiene 115 artículos y 7 disposiciones transitorias, y está dividida en 14 títulos con sus correspondientes secciones[36]. Su parte dogmática es exhaustiva y *numerus apertus*. Agota todos los derechos y garantías individuales que reconocían en aquel entonces las constituciones liberales del

---

[34] Ver el texto del debate ante la Asamblea Constituyente de Juan Gualberto Gómez, sobre las relaciones entre el Estado cubano y la Iglesia católica, en la obra ya citada: *Cuba: Fundamentos de la Democracia*, pp 198-200.

[35] Ver el texto de José Alemán ante la Asamblea Constituyente sobre el sufragio universal. *Ibidem*, pp 191-194.

[36] I. «De la Nación, de su forma de Gobierno y del Territorio Nacional», II. «De los cubanos», III. «De los extranjeros», IV. «De los Derechos que garantiza esta Constitución», V. «De la Soberanía y de los Poderes Públicos», VI. «Del Poder Legislativo», VII. «Del Poder Ejecutivo», VIII. «Del Vice Presidente de la República», IX. «De los Secretarios del Despacho», X. «Del Poder Judicial», XI. «Del Régimen Provincial», XII. «Del Régimen Municipal», XIII. «De la Hacienda Nacional» y XIV, «De la Reforma de la Constitución».

Orbe[37]. Y establece, como la Constitución de 1869 española que: «la enumeración de los derechos garantizados expresamente por esta Constitución no excluye otros que se deriven del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno», declarando nulas las leyes secundarias que «disminuyan, restrinjan o adulteren» dichos derechos individuales.

En cuanto a la parte orgánica, establece el sistema bicameral (Cámara de Representantes y Senado), sigue, al estilo de la Constitución norteamericana, la clásica división de poderes sobre la base de un ejecutivo fuerte o presidencial, aunque el Presidente era responsable ante el Tribunal Supremo por delitos comunes con previa autorización del Senado. En el título correspondiente al Poder Judicial[38] se explicita la gratuidad de la justicia y la organización de los tribunales.

El régimen económico fue poco tratado en ella y, dada su fecha, hace caso omiso de cuestiones relativas a los derechos sociales y a la regulación laboral; materias que serían tratadas con profusión por las constituciones de corte socialdemócrata que le habrían de suceder en el tiempo en América Latina, —entre ellas la «mítica» Constitución cubana de 1940— a consecuencia de las influencias que ejercieron en ellas la Constitución alemana de Weimar, la española de 1931 y la Carta Magna mexicana de 1917, primera esta última en regular los derechos sociales.

Sólo me resta añadir que, puesta a valorar la Constitución liberal de 1901, opino que a través de ella se establecieron con solidez las bases para que comenzara en Cuba la era republicana.

---

[37] En comparación con la de La Yaya, explicita los principios de igualdad, libertad de culto y de imprenta, y el sufragio universal, añade el *Habeas Corpus*, la inviolabilidad del domicilio, el libre tránsito, la libertad de enseñanza y aprendizaje a nivel secundario y universitario y la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria, el derecho a la propiedad intelectual, y prohibe la pena de muerte por motivos políticos, la obligatoriedad de declarar contra sí mismo, el cónguye o parientes y la pena de confiscación de bienes.

[38] La Constitución de 1901 es la primera que lo incluye en el texto contitucional. Las anteriores de la República «en armas» sólo declaraban su independencia y dejaban la regulación de su organización y funcionamiento para leyes posteriores.

EL ABSOLUTISMO REGIO EN CASTILLA DURANTE EL SIGLO XVI

Salustiano de DIOS
Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de Salamanca

SUMARIO

1.- Introducción. 2.- Precedentes. Del reinado de Alfonso X al de Enrique IV. 3.- La época de los Reyes Católicos. 4.- El absolutismo en los Austrias del siglo XVI: 4.1.- La práctica del derecho. 4.2.- La doctrina de los juristas: 4.2.1.- Preliminares. 4.2.2.- Postura tradicional: 4.2.2.1.- Su reflejo en tiempos de Carlos V. 4.2.2.2.- La recepción de esta tendencia en la segunda mitad del siglo XVI. 4.2.3.- Una posición menos convencional. 4.2.4.- Los críticos. **5.- A manera de conclusión.**

1. INTRODUCCIÓN

El tema del absolutismo no es pacífico entre los historiadores y los estudiosos de las ideas políticas; muy al contrario, suscita recelos, rechazos y no pocas interpretaciones distintas[1]. Como tantas otras cuestiones, a decir verdad, según podemos apreciar por lo que ocurre con el propio concepto de Estado en su aplicación a épocas antecapitalistas.

Para empezar, ya el término de absolutismo puede ser objeto de

[1] La perplejidad salta ya a la vista con sólo examinar la voz absolutismo en diversos diccionarios y enciclopedias españoles. Así, en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo II, Barcelona, 1950, pp. 98-111, voz debida a P. Lucas Verdú. Véase también el *Diccionario de Historia de España*, I, Madrid, 1968, pp. 26-29, voz escrita por M. Cardenal. Igualmente, *Enciclopedia de Historia de España*, vol. 5, Madrid, 1991, pp. 3-4, voz firmada por Mª T. Nava Rodríguez.

discusión, puesto que así enunciado no se encuentra en las fuentes del período estudiado. Las leyes, los documentos y los escritos de los juristas de lo que nos hablan es de poder absoluto, poderío real absoluto, o potestad absoluta. El absolutismo, como tantos otros ismos: liberalismo, republicanismo, federalismo, constitucionalismo, feudalismo o socialismo, es relativamente reciente. Más en concreto, el vocablo absolutismo es una creación de los políticos e historiadores liberales, que así designaban al régimen político precedente, el Antiguo Régimen, y por cierto con un sentido peyorativo, por la ausencia de libertades y la indivisión de poderes que entrañaba, a la par que no estaba exento de temor, por el miedo a que pudiera ser restaurado[2]. Con otra particularidad, que la palabra absolutismo no se implantó de repente, ni eliminó otras denominaciones de carácter semejante, como la de monarquía absoluta, tal vez de mayor propiedad para designar el fenómeno que nos ocupa y de no menor éxito entre la historiografía que lo viene estudiando. En España, la expresión monarquía absoluta precedió a la de absolutismo[3].

En cualquier caso, empleemos la terminología de absolutismo o la de monarquía absoluta, la carga negativa que ambas locuciones parecen llevar consigo es muy grande. Tan negativa, como que se las hacía, y se las hace, sinónimas de despotismo, tiranía, arbitrariedad[4], totalitaris-

---

[2] Según G. Oestreich, el concepto, de carácter negativo, surgiría en círculos liberales tardíamente, hacia mediados del siglo XIX («Problemi di struttura dell'assolutismo europeo», en *Lo stato moderno. I. Dal Medioevo all'età moderna*, testi a cura di E. Rotelli e P. Schiera, Bolonia, 1976, p. 173). Pero con razón, P. Schiera adelanta la fecha a la primera mitad del siglo XIX, e incluso al siglo XVIII, manteniendo el mismo significado negativo del término (en *Diccionario de Política*, I, Madrid, 1982, voz «absolutismo», p. 1). Por su parte, P. Fernández Albadalejo atribuye a la historiografía liberal española el haber imputado a los primeros Austrias la introducciòn del absolutismo en España, con una imagen tan ideológica como negativa, según sus palabras («Los Austrias Mayores», en *El Siglo de Oro (siglo XVI)*, Historia de España Planeta, vol. 5, Madrid, 1988, p. 66). Desde luego, el vocablo absolutismo fue ya utilizado por Martínez Marina, con clara intención despreciativa y en medio de recelos hacias las políticas restauradoras europeas de las viejas monarquías (*Principios Naturales de la Moral, de la Política y de la Legislación*, ed. de J. Varela Suanzes, Oviedo, 1993, Tomo II, p. 79).

[3] En Cádiz, conforme reconoce M.ª C. SEONE, no se habla de absolutismo: *El primer lenguaje constitucional español (Las Cortes de Cádiz)*, Madrid, 1968, pp. 85-86. En cambio, sí nos topamos con la expresión de monarquía absoluta, en boca de personajes de distinta filiación política, tales como Inguanzo, Ostolaza, Oliveros y Argüelles, a la hora de pronunciarse en favor de una monarquía moderada, alejada de los extremos de poder absoluto y de democracia. Puede comprobarse en *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, Madrid, 1870, Tomo III, pp. 1825 y 1839, y Tomo IV, pp. 2664 y 2669. Y asimismo encontramos este calificativo en escritos ocasionados por las Cortes de Cádiz, según se observa en Jovellanos (*Memoria en defensa de la Junta Central*, ed. de J. M. Caso, Tomo II, Apéndices, Oviedo, 1992, p. 232) y en el Conde de Toreno (*Historia del levantamiento, guerra y revolución de España*, BAE, 64, Madrid, 1953, p. 520).

[4] De despotismo, tiranía y poder arbitrario, como sinónimos de poder absoluto, o de monarquía absoluta, por contraposición a monarquía moderada o templada, hablan con suma frecuencia los diputados de Cádiz. Valgan, a título de ejemplo, las discusiones en torno al art. 27 de la Constitución, relativo a la naturaleza representativa de las Cortes (D S, III, p. 1820 y ss.). Del mismo modo lo hacen los escritores que se mueven en este entorno, según muestra el ejemplo de Martínez MARINA: *Discurso sobre el*

mo[5], o cuando menos autoritarismo, en términos más suaves[6]. Pero no es todo, pues para colmo el absolutismo sería aún más negativo por tratarse de un régimen frustrado, ya que según muchos autores nunca llegó a desarrollarse, sino que quedó en una simple aspiración de la monarquía[7]. Si es que no se contempla pura y simplemente desde su rechazo historiográfico más radical, considerando la palabra absolutismo inútil y vacía, una categoría sin sentido[8].

Eso, claro está también, cuando ha sido analizado bajo el punto de vista de la organización política y jurídica, dado que en numerosas ocasiones únicamente ha preocupado a los estudiosos su función social de clase, su condición clasista: si el absolutismo, o la monarquía absoluta, habría estado al servicio de la clase feudal, de la clase burguesa, o del

---

origen de la monarquía y sobre la naturaleza del gobierno español, ed. de J. A. Maravall, Madrid, 1957, pp. 188-202 y *Principios de la Moral, de la Política y de la Legislación*, pp. 51-52 y 61-62. También el de ARGÜELLES: *Examen histórico de la Reforma Constituional*, Londres, 1835, tomo II, pp. 82-84. Pero no es muy distinto el supuesto de Capmany: «Informe presentado a la Comisión de Cortes», en J. ÁLVAREZ JUNCO, «Capmany y su informe sobre la necesidad de una Constitución (1809)», *Cuadernos Hispanoamericanos*, 210 (1967), pp. 548-549, en particular.

[5] Véase al respecto, OESTRICH, «Problemi», pp. 174-175, y SCHIERA, «Absolutismo», p. 1, que insisten en la utilización bien reciente de esta equiparación. También señalaron lo mismo F. HARTUNG y R. MOUSNIER en una célebre ponencia, «Quelques problemes concernant la Monarchie Absolue», en *Rapports, X Congrès International des Sciences Historiques*, Roma, 1955, p. 4.

[6] Es la opinión de M. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, por ejemplo («Los Austrias mayores, ¿Monarquía autoritaria o absoluta?», en *Studia Historica-Historia Moderna*, Vol. III-3 (1985), pp. 7-10). También la de Fernández ALBADALEJO, «Monarquía, Cortes y cuestión constitucional», en *Revista de las Cortes Generales*, 1 (1984), pp. 11-34. Pero el adjetivo de monarquía autoritaria, frente al de monarquía absoluta, ya la había empleado Vicens Vives, aun con matices, porque el autor habría preferido el de monarquía preeminencial, de apariencia todavía más moderada, que desecha por sus escasas posibilidades de aceptación historiográfica («Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII», en *Obra Dispersa*, II, Barcelona, 1967, p. 364, en especial).

[7] Por lo común, los autores que prefieren designar a la monarquía como autoritaria, y no como absoluta, es porque les parece que la monarquía no logró llevar a cabo sus pretensiones, a las que les empujaban los juristas formados en el derecho romano. Mas las frustraciones absolutistas de la Corona han sido resaltadas en trabajos de distinta naturaleza, y en particular en los últimos años en el ramo de Cortes. Por lo que hace a esta materia, conviene citar a C. D. HENDRICKS, *Charles V and the Cortes of Castile. Politics in Renaissance Spain*, Cornell University, 1976. También a Ch. JAGO: «Habsburg absolutism and the Cortes of Castile», en *The American Historical Review*, 86-1 (1981), pp. 307-326; «Philip II and the Cortes of Castile: the case of the Cortes of 1756», en *Past and Present*, 109 (1985), pp. 24-43 y «Crisis sociales y oposición política: Cortes y monarquía durante el reinado de Felipe II», en *Las Cortes de Castilla y León durante la Edad Moderna*, Cortes de Castilla y León, 1989, pp. 315-340. Y, cómo no, a I. A. A. THOMPSOM: «La Corona y las Cortes de Castilla, 1590-1665» y «El final de las Cortes de Castilla», en *Revista de las Cortes Generales*, 8(1986), pp. 8-42 y 43-60.

[8] Conforme puse de relieve en mis trabajos: «Sobre la génesis y características del Estado absolutista en Castilla», en *Studia Historica-Historia Moderna*, Vol. III-3 (1985), pp. 1-46 y «El Estado moderno, ¿un cadáver historiográfico?», en *Realidad e imágenes del poder*, Valladolid, 1988, pp. 389-408. Aunque con anterioridad ya había tratado de la cuestión F. TOMÁS Y VALIENTE, «El gobierno de la monarquía y la administración de los reinos en la España de Felipe IV», en *La España de Felipe IV*, Historia de España Menéndez Pidal, tomo XXV, Madrid, 1982, pp. 9 y ss.

equilibrio entre ambas, cuando no se pretende que cumplió una tarea de transición, preparando el capitalismo desde el seno del feudalismo, en el llamado proceso de acumulación del capital, que daría lugar al sistema capitalista[9].

Lo primero que nos corresponde por tanto es delimitar qué se entiende por absolutismo, y nada parece mejor al respecto que centrar nuestras pesquisas y nuestras conclusiones en torno a lo que se comprendía por poder absoluto en la época de que tratamos. Con tal fin atenderemos tanto a lo que se dice en los libros de los juristas como a lo que acontece en el ejercicio regio de ese poder absoluto, en la documentación emanada de la Cámara de Castilla, principalmente, contrastando así la teoría con la práctica[10].

Esta actitud metodológica, de atender a la teoría y a la práctica del derecho, evita tentaciones de estudiar el derecho —y las instituciones jurídicas— sin conexión con la realidad social, porque asimismo hemos de preocuparnos por la función social que cumplía en la sociedad señorial castellana el absolutismo regio, que no era poca, sino bien decisiva, ya que gracias a su poder absoluto estaba el rey en condiciones de reproducir el privilegio, elemento definitorio de la llamada sociedad estamental del Antiguo Régimen, estructurada en torno a la desigualdad jurídica de sus miembros, pertenecientes a distintos estados, linajes y corporaciones. El monarca era de este modo el último garante de semejante sistema.

¿Qué entendemos por absolutismo regio? A la luz de los citados testimonios, por absolutismo regio cabe comprender un régimen monár-

---

[9] Sin entrar en una relación detallada de autores, a partir de los análisis de Marx y Engels, me limitaré a mencionar algunos trabajos que ofrecen una orientación bibliográfica sobre el tema, no exenta de crítica. En concreto: M. DOBB y otros, *La transición del feudalismo al capitalismo*, Barcelona, 1980; D. PARKER, «The social foundation of french absolutism 1610-1630», en *Past and Present*, 53 (1971), pp. 67-89; F. PÉREZ ROYO, «Hacienda Real y Monarquía absoluta. Nota crítica sobre la obra de Josep Fontana», en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, 5 (1975), pp. 202-240; P. ANDERSON, *El Estado Absolutista*, Madrid, 1979; A. M. ESPANHA, «O Estado Absoluto. Problemas de interpretaçao històrica», en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, 1979, II, pp. 3-43; D. LÓPEZ GARRIDO, «El modelo absolutista español», en *REP*, 26 (1982), pp. 57-75; TOMÁS Y VALIENTE, «El gobierno de la monarquía y la admnistración de los reinos en la España del siglo XVII», ya citado, y S. DE DIOS, «Sobre la génesis y carácteres del Estado Absolutista en Castilla», igualmente mencionado.

[10] Por ello juzgo de interés el pronunciamiento metodológico de Mousnier, de acuerdo con el cual, del absolutismo monárquico no pueden aceptarse otras definiciones que aquellas de sus contemporáneos, según señalaba en «Quelques problemes concernant la monarchie absolue», en colaboración con Hartung, pp. 4-15, y de forma más desarrollada en *Les Institutions de la France sous la monarchie absolue*, Paris, 1974, I, pp. 499-525. Como por lo mismo estimo oportunas muchas de las posiciones al respecto de J. A. MARAVALL, en su libro: *Estado Moderno y mentalidad social*, Madrid, 1972, 2 vols. De este autor, sin embargo, no comparto su opinión de que el pensamiento político sobre el absolutismo se manifieste principalmente a través de los escritos de funcionarios y confesores, que pretenden obtener resultados prácticos, y no de obras de carácter teórico y académico, producto de la Universidad (*Estado Moderno*, I, pp. 303-304), cuando fue justamente la Universidad la que difundía la doctrina absolutista, aunque ésta no fuera muy sistemática.

quico caracterizado porque el rey estaba desligado del derecho positivo y por lo mismo podía legislar y privilegiar conforme a su voluntad, sin trabas institucionales que se lo impidiesen. En este sentido, poder absoluto será poder soberano. El concepto de soberanía, como sucede con sus precedentes, de señorío real, mero imperio, mayoría, majestad, *suprema iurisdictio, suprema potestas*, o *plenitudo potestatis*, expresados y manifestados en las regalías del monarca, van a estar íntimamente vinculados con la idea de poder absoluto, de *absoluta potestas*. La monarquía castellana, en consecuencia, era absoluta y soberana.

Mas absoluto no es equivalente de despotismo o tiranía, sino de modo distinto, el poder absoluto del príncipe, y no es una paradoja, era simultáneamente un poder limitado[11]. Limitado, sí, por los derechos divino, natural y de gentes, ya que la desvinculación se producía respecto del solo derecho positivo o derecho civil[12]. El rey de Castilla no podía dar leyes generales ni particulares que atentaran contra la religión, el derecho de propiedad o el orden monárquico, los pilares sobre los que se sustentaba el sistema señorial y de privilegio de aquella sociedad.

Absoluto y limitado, conforme venimos diciendo, pero por necesidades emanadas de la propia sociedad señorial castellana, desigualitaria ante el derecho, que exigía un poder capaz de reproducir condiciones de privilegio, aunque no con tanta fuerza como para abolirlas, lo cual habría sido revolucionario, propio de otros tiempos, del liberalismo. De aquí la tarea de los juristas, sus aforismos que favorecían el poder absoluto del rey, como asimismo sus elucubraciones en defensa del privilegio, de limitar la capacidad del monarca, atendiendo fundamentalmente a la salvaguardia de los derechos de terceros, de los derechos adquiridos, incluidos los de la Corona. También ponderan la doctrina de la causa, una y otra vez aducida en sus argumentaciones como justificación de la intervención del príncipe *contra ius*, incluso en ocasiones contra el derecho natural y de gentes, cuando la causa, de utilidad pública, fuera urgente y necesaria.

No es esto todo, porque aún se precisan algunas matizaciones más, relacionadas con el contenido de las fuentes utilizadas en el trabajo, pues, como se verá, en la Corona de Castilla existieron divergencias respecto a la manera de entender el poder absoluto del príncipe en el siglo XVI. Me refiero a la doctrina de los autores del *ius commune*, ya que no a la práctica documental emanada de la Corte, dada la extraor-

---

[11] Así lo plantearon Mousnier y Hartung en la ponencia ya varias veces citada, para quienes no existe contradicción entre absolutismo y límites («Quelques problèmes concernant la Monarchie absolue», pp. 5-8). Pero la misma pregunta se hacía H. Lapeyre, acerca de la antinomia entre absolutismo y límites al mismo (*Las monarquías europeas del siglo XVI*, Barcelona, 1969, p. 210).

[12] Por ello coincido con esta afirmación de Mousnier y Hartung: «Ainsi, ce que les Français appelaient monarchie absolue, est une monarchie limitée par la loi divine et la loi naturelle. Mais elle est absolue, en ce sens que, si elle est limitée, elle n'est pas contrôlée». En «Quelques problémes concernant la monarchie absolue», p. 8. Aunque más me identifico con el desarrollo que en estos términos hace de la cuestión Tomás y Valiente, «El gobierno de la Monarquía y la administración de los reinos», pp. 30-43.

dinaria coherencia observable en ésta a lo largo de todo el siglo XVI, que empalma sin solución de continuidad con tiempos anteriores, cuando menos desde el reinado de Juan II.

Por lo que hace a los juristas castellanos, aunque la mayor parte de ellos se mueve dentro de las pautas trazadas por eximios representantes de la glosa y de los doctores, cuya huella es ya bien patente en la obra legislativa de Alfonso X, nos encontramos también con una línea de pensamiento que establece ciertas distancias con el «mos italicus» y se muestra reticente —y en ocasiones notoriamente crítica— con la doctrina del poder absoluto del príncipe [13].

Dentro de esta orientación minoritaria, sin embargo, no existe unanimidad de criterios entre sus seguidores, ni son capaces de evitar las numerosas contradicciones en que suelen incurrir a la hora de exponer sus ideas. Esto se explica por la dificultad de encajar en sus esquemas una función necesaria del monarca, la de otorgar privilegios, tarea que se englobaba bajo los términos de la justicia distributiva, o de institutos como la dispensa; y tanto el privilegio como la dispensa, no se olvide, son por definición excepción o exención del derecho común o general, como también la justicia distributiva es de su esencia discriminatoria, atendiendo a criterios de méritos y linaje.

En el dilema entre la voluntad y la causa, los dos polos de la secular antinomia en las disputas sobre el poder del príncipe o del papa, estos juristas críticos toman abierto partido por la causa, como mejor defensa de los derechos adquiridos por terceros, que en el fondo no dejan de ser privilegios [14]. Parece como si una vez consolidada la monarquía absoluta, y la sociedad señorial, en el periodo que va desde Alfonso X a los Reyes Católicos, desde el Fuero Real a las Leyes de Toro, la doctrina castellana, parte de ella al menos, se sintiera obligada a cargar el acento más en los límites que en los postulados del poder absoluto del rey, del estar *supra ius*.

Por último, para acabar estas páginas introductorias, quiero hacer una mención a la metodología expositiva del trabajo, que adoptará un criterio de orden cronológico. En efecto, el primer epígrafe se dedicará

---

[13] Su constatación me obliga a rectificar unos juicios que en un trabajo anterior sostuve respecto a la doctrina jurídica castellana, que yo veía como uniforme, fijándome en Montalvo, Palacios Rubios, Hugo de Celso y la Peregrina. Lo peor del caso es que interpretaba de forma negativa opiniones vertidas por Carlos Petit sobre la existencia de una doble tradición en relación con el poder del príncipe, que yo habría podido observar, con los matices de rigor, alargando mi campo de estudio con los juristas posteriores, más allá en el tiempo del «casus» estudiado por Petit. Mi trabajo se titulaba: *Gracia, merced y patronazgo real. La Cámara de Catilla entre 1474 y 1530*, Madrid, 1993. La referencia a Petit se encuentra en la página 421, nota 18. A cada cual, lo suyo; es de justicia.

[14] Para las relaciones entre la voluntad y la causa, en el mundo de los juristas medievales, es imprescindible una obra de E. CORTESSE: *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, I, 1962 y II, 1964. Como es imprescindible igualmente para el conocimiento de la jurisprudencia medieval, en el tema del poder del príncipe, el libro de J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa. (1250-1350)*, Madrid, 1992.

a recordar lo que podemos calificar como precedentes, que trancurren entre los reinados de Alfonso X y Enrique IV, por los años de 1252 a 1474. En segundo lugar me ocuparé de la la época de los Reyes Católicos, comprendida entre 1474 y 1516, de plena afirmación del poder absoluto del príncipe, tanto en los escritos de los juristas como en la práctica de la Corte. Finalmente, en un tercer apartado, se estudiará lo que sucedió en el resto del siglo XVI, con atención a la doctrina y a la práctica jurídica, no siempre concordes, como se acaba de apuntar, pese a un mayor afianzamiento de la potestad regia.

Si se tiene en cuenta que las dos primeras etapas ya las analicé en una monografía sobre la Cámara de Castilla, se comprenderá que me reduzca en su exposición a un resumen de lo dicho entonces, aunque ahora haré más hincapié en la doctrina para la etapa de los Reyes Católicos. La parte más original, y más extensa, será la tercera, donde primará el esfuerzo por dar a conocer la doctrina de los jurisconsultos en torno al poder absoluto del príncipe.

2. PRECEDENTES. DEL REINADO DE ALFONSO X AL DE ENRIQUE IV

Antes de proceder al estudio del absolutismo regio en la Castilla del siglo XVI, o del poder absoluto del príncipe, si se prefiere, por su mayor fidelidad a las fuentes, estimo que es imprescindible hablar de los precedentes, los cuales arrancan de la obra legislativa de Alfonso X. Tanto más imprescindible me parece el conocimiento de los precedentes, cuanto que en la citada obra se encuentran ya casi todos los caracteres que hallamos después en los juristas castellanos seguidores del *mos italicus*. En este orden de cosas no nos deben sorprender las semejanzas entre lo que se nos dice en el Fuero Real, el Espéculo o las Partidas, en la segunda mitad del siglo XIII, y lo que leemos en Castillo de Bobadilla, Alfonso de Villadiego o Diego Pérez de Salamanca a últimos del XVI y comienzos del XVII, en el momento final de nuestras pesquisas. Según tendremos oportunidad de comprobar, ésto se observa tanto por relación a la concepción desigualitaria ante el derecho de los componentes de la sociedad señorial castellana, como con respecto al poder absoluto del monarca, cuya condición de absuelto del derecho positivo estaba al servicio del privilegio, por lo que también se señalaban límites a su ejercicio.

En efecto, en Partidas se declara sin ningún rubor que según derecho es distinto el estado de la persona libre que el del siervo, el de los hidalgos que el de los que no ostentaban tal condición, y asimismo gozaban de distinta consideración ante el derecho los clérigos y los legos, los hijos legítimos y los de ganancia, los cristianos y los moros y los judios y, cómo no, el varón que la mujer; siempre mejor la condición de los primeros [15].

[15] Partidas, 4, 23, proemio del título.

Pero también encontramos una definición del poder absoluto del rey, expresada por cierto de forma no menos rotunda, en otro texto de Alfonso X, ahora en Fuero Real, a propósito del perdón del aleve cometido por un hidalgo contra el propio monarca, quien lo podía otorgar si así era su merced, pese a la gravedad del delito. De este tenor: «Ca tan grande es el poder del rey, que todas las cosas, e todos los derechos tiene so sí, y el su poder no lo ha de los homes, mas de Dios, cuyo lugar tiene en las cosas temporales» [16].

Este pasaje del Fuero Real ofrecía un sólido fundamento al poder absoluto del príncipe, a su condición de desligado del derecho, en particular por atribuir a la potestad regia un origen divino, de modo que hacia muy difícil cualquier control institucional. La apelación a la divinidad venía recogida igualmente en Partidas, donde se nos ofrece la imagen de los reyes como vicarios de Dios en la tierra, a imitación de los papas. Como no dejaba tampoco el Espéculo de afirmar el origen divino del poder de los monarcas.

Sin embargo, a pesar de la afirmación de que el rey estaba situado por encima del derecho, con la consecuencia de que podía dar leyes y derogarlas a su voluntad, entendiendo por leyes tanto las generales como las particulares, es decir, los privilegios, no dejaban de señalarse límites al poder regio en la mencionada obra alfonsina. Estos límites venían marcados sobre todo por el sometimiento del poder del príncipe a los derechos divino y natural, reservando la desvinculación del derecho para el positivo, o derecho civil. Además de que se empleaban otras argumentaciones para constreñir el poder del rey, de naturaleza más moral que jurídica, como era la distinción entre *vis directiva* y *vis coactiva*, de manera que el monarca estaba sujeto a la primera, pero no a la segunda, «como quiera que por premia no sea tenudo de lo hacer», de acuerdo con el decir de las Partidas.

El príncipe no lo podía todo, por tanto, según estos textos legales. Al rey, por ejemplo, no le era lícito quitar el derecho de otro, salvo por razones de justa y urgente causa. Al monarca tampoco le estaba permitido actuar en contra del señorío del reino, vendiendo y enajenando las cosas a él pertenecientes. Por supuesto, el príncipe tenía prohibido expedir rescriptos contrarios a la ley divina y la fe católica.

Al tiempo que perfilan el significado del *solutus a legibus*, estos libros alfonsinos declaran cuáles eran los derechos pertenecientes al señorío del rey, en todo equivalentes al dominio del emperador, en virtud de la asimilación que se hace entre el emperador (y el papa) y el rey que no reconoce superior en el reino, y que cabe considerar como germen de la idea de soberanía. Estos derechos son los que en los textos legales y en la doctrina del *ius commune* suelen conocerse como regalías, pero que en Fuero Real, Espéculo y Partidas se recogen bajo el rótulo de señorío o poderío real. Entre tales derechos de regalía se encontraba la potestad de crear y derogar leyes y hacer justicia y merced.

[16] Fuero Real, 4, 21, 5.

Cierto que esto fue en el terreno de los propósitos, porque la obra de Alfonso X encontró, conforme se sabe, muchas dificultades a la hora de su aplicación. Habrá que esperar al Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, reinando Alfonso XI, para que las Partidas y el Fuero Real obtengan rango legal en el sistema castellano de fuentes de derecho, cuando además en el referido Ordenamiento se produce una importante declaración sobre las regalías de la Corona.

No obstante, sería con la dinastia *trastamara* cuando se produjo un progresivo y definitivo fortalecimiento del poder real en una dirección absolutista. De un absolutismo entendido con las notas con las que le venimos caracterizando: entendido como poder absoluto del príncipe, quien no reconoce superior en su reino, como el emperador o el papa, y se encuentra desligado del derecho positivo.

Tales caracteres tienen ocasión de plasmarse de forma ejemplar en los documentos regios a partir de Enrique II, cada vez con mayor intensidad. Esto lo comprobamos por la presencia de un conjunto de cláusulas en diversos tipos documentales emanados de la Corte castellana, a semejanza de las que se emplean en otros territorios de la órbita del *ius commune*, ideadas por la doctrina con la finalidad de dejar bien sentada la condición privilegiada del príncipe en relación con el derecho positivo, una de cuyas principales manifestaciones consiste precisamente en la facultad de privilegiar, de perpetuar las condiciones de desigualdad jurídica de la sociedad señorial, lo mismo se tratara de personas individuales que corporativas. Me refiero a expresiones como las de *ex certa scientia, motu proprio, non obstante lege, de plenitudo potestatis*, de poderío real absoluto y otras varias más, que se verían reforzadas desde el reinado de Juan II con frecuentes apelaciones a la soberanía del monarca.

Fue en tiempos de Enrique II, se insiste, cuando comenzamos a descubrir en la documentación de la Corte algunas de las cláusulas acabadas de recordar, en concreto las de *non obstante lege*, o *lege aliqua*, particularmente indicativas de la desvinculación del príncipe respecto del derecho positivo, ya que el rey, mediante las mismas, sanaba o validaba cualquier defecto de derecho que pudiera contener el negocio jurídico objeto del pronunciamiento regio, dejando sin efecto para la ocasión lo dispuesto en las leyes. Pero también se empleaban otras formulaciones, como las *de cierta ciencia* o *de nuestro llenero poderío real*, que indicaban que el monarca había procedido con conocimiento de causa, sin vicios de voluntad, de obrepción y subrepción, ocasionados por defectos en las preces de los peticionarios. Hallamos esta serie de cláusulas en materia de concesión de señoríos, en el testamento del propio monarca y en otros asuntos de menor entidad.

Si estas expresiones las contemplamos en el reinado del primer *trastamara*, con Juan I descubrimos una nueva y de gran carga simbólica, la de *poderío absoluto*, dentro de un contexto de distinción entre poderío (o potestad) ordinario y absoluto, tan querido de glosadores y comentaristas. Es un signo inequívoco del poder absoluto del príncipe, que en cuanto absuelto del derecho positivo podía derogar, anular, casar

y abrogar las leyes que fueran en contrario de sus mandamientos, y muy valioso en consecuencia para legitimar la función regia de otorgar privilegios.

Pero será un poco más tarde, durante el largo periodo de gobierno de Juan II, cuando ya observamos la plena eclosión del absolutismo real. Es un momento en que las cláusulas referidas al poder absoluto del monarca, en sus diversas formulaciones, han llegado a un gran desarrollo, coincidente con las primeras expresiones de la palabra soberanía aplicable al príncipe que no reconoce superior, según era el caso del rey castellano. Como también es coetáneo con el fenómeno de fortalecimiento del poder legislativo del monarca, de lo que es un buen testimonio la pragmática sanción, librada por el rey con valor de ley general, como si fuera aprobada en Cortes, pero sin cumplir con esta formalidad, por lo que se veía obligado a utilizar todo el consabido repertorio de fórmulas, entre las cuales se encontraba la de poderío real absoluto.

¿Cómo se manifestaba el poder absoluto del rey? El absolutismo monárquico tenía ocasión de expresarse tanto al dictar pragmáticas, con rango de leyes generales emanadas de Cortes, como al expedir cartas y cédulas de privilegio. Tal vez, sin embargo, dentro de las dos manifestaciones, donde mejor se dejaba sentir era en el ejercicio de la gracia, en la concesión de privilegios, entendidos como ley privada o particular, que por su propia naturaleza suponían una excepción, o exención, del derecho común del reino y en gran medida eran disposiciones *contra ius*. De hecho, conforme luego expondremos, la doctrina centrará mucho más su atención en los problemas que planteaban los rescriptos, que no en la afirmación de la facultad regia de promulgar leyes de alcance general, que parece muy asumida por todos, incluso en su formulación de pragmáticas.

Por fortuna, para el conocimiento del ejercicio de la gracia regia en el reinado de Juan II, y en el de su hijo y sucesor Enrique IV, conservamos varios formularios de la Corte, donde se recogen numerosos modelos de documentos de esta naturaleza, de gracia y privilegio, los cuales dan rienda suelta al empleo de las cláusulas anteriormente citadas, con expresa referencia a la facultad regia de suspender, derogar, abrogar, casar y anular el derecho, en asuntos que afectan lo mismo al dominio que a la condición de las personas[17].

Todo esto ocurría en un momento en que se estaban intentando deslindar las nociones de gracia y justicia, de modo que mientras se entendía que la justicia afectaba a intereses contrapuestos de partes, a la gracia se le hacía depender de la sola voluntad del monarca para su concesión, sin por ello dejar de comprender a la gracia dentro del ámbito de la justicia, en cuanto justicia distributiva, frente a la justicia estricta, o conmutativa. Aunque la palabra gracia tenía conexión con otras

[17] De valor extraordinario es al respecto el «Formulario de cartas y mercedes de don Juan el II», conservado en la Biblioteca del Palacio Real de Madrid, ms. 2988.

varias, como la de la propia justicia, o con las de merced, donación, privilegio, rescripto y dispensa ¡Tantas eran las caras de la gracia! Como varios son los términos bajo los que se expresaba la gracia, utilizados de forma redundante y acumulativa en los documentos: gracia, merced, privilegio, prerrogativa, honra, preeminencia, inmunidad, libertad, franquicia, exención y otros más.

¿Cuáles eran las materias que se consideraban de gracia y merced regias por los tiempos de Juan II y Enrique IV? Muy variadas, de acuerdo con los formularios documentales de la Corte. Entre ellas se encuentra la provisión de una amplia gama de oficios, bien fueran cortesanos, o de alcance territorial o municipal. Asimismo era una rama exclusiva de la gracia o merced del monarca el capítulo de los títulos nobiliarios, e igualmente la concesión de hidalguías y caballerías, emparentada directamente con el género de los títulos de nobleza. También era de atribución de la gracia real todo el campo de licencias y dispensas, de un casuismo exagerado, pero que encuentra su fundamento en la facultad legisladora del príncipe, de dar y derogar leyes, entendida la particular derogación de leyes como privilegios, como actos de gracia. Como supuestos de esta peculiar actividad graciosa podemos considerar, entre otros, las licencias para cercar heredades, para sacar del reino cosas vedadas, para portar armas, para pedir limosna en favor de la redención de cautivos, para cambios de apellidos, para ejercer de abogado sin reunir los requisitos que se exigían por las leyes, para que una viuda pudiera casarse antes del año dispuesto por la ley, o para que un moro pudiera ser eximido de la obligación de llevar prendas y distintivos a la que legalmente venía obligado.

No eran éstos los únicos renglones de la gracia, porque de igual naturaleza participan las legitimaciones, de hijos de clérigos o de laicos, de trascendencia para la continuidad de oficios y linajes, y en cuyas cartas de otorgamiento se hace una equiparación entre la potestad del papa y la del rey que no reconoce superior en lo temporal.

Si trascendente era para el mantenimiento de los linajes la regia concesión de legitimaciones, no lo era menos la expedición de licencias para fundar mayorazgos, e incluso para proceder a su enajenación, mediante diversos negocios jurídicos, no obstante las escrituras de constitución de los vínculos y cualquier ley que a ello pudiera oponerse. Según luego expondremos, el asunto de las licencias para enajenar mayorazgos fue uno de los más debatidos por la doctrina del siglo XVI, señal de su importancia, y desde luego era una de los principales exponentes del poder absoluto del monarca.

Las cartas de naturaleza son otro buen ejemplo de lo dicho, que en este caso afecta a la idea de comunidad política. En su virtud, se autorizaba a clérigos extranjeros para que pudieran obtener beneficios eclesiásticos en la Corona de Castilla, o a mercaderes foráneos para que ejercieran el comercio, en semejanza de condiciones con los naturales del reino.

Un capítulo clave de la gracia regia, entendida en esta ocasión como relajación de la justicia, por causa de misericordia, o de piedad,

de conformidad con lo que se señalaba en las oportunas provisiones, era el de los perdones. Se concedían antes o después de pronunciada la sentencia y con sorprendente abundancia.

Las suspensiones o sobreseimientos de pleitos, de ordinario con carácter temporal, eran, si cabe más aún que los casos anteriores, una explícita demostración del poder absoluto del príncipe, de un príncipe que estaba desligado del derecho positivo y no tenía control institucional. De un príncipe que, según aforismos empleados por diversos autores del *ius commune*, podía juzgar a todos y por nadie podía ser juzgado, a imitación del papa.

Una nueva muestra de la potestad absoluta del monarca, bien llamativa además, es la referida a la confirmación por el rey de concordias, conciertos y negocios jurídicos celebrados entre partes, en virtud de la cual el monarca suple los defectos que podrían haber impedido que alcanzaran validez jurídica. En este supuesto se encuentra, por ejemplo, el dar por válida la donación hecha por un clérigo en favor de un hijo ilegítimo, mediante persona interpuesta, no obstante la prohibición expresa de las leyes. De manera similar actuaba el monarca cuando confirma una legitimación de suyo inválida, supliendo sus defectos, por no haber declarado en la petición el interesado la circunstancia de estupro respecto de la mujer que era virgen. No era tampoco muy diferente el caso en que el rey acepta la renuncia de un oficio, a pesar de la existencia de precio en la transmisión, supliendo todo vicio de derecho.

Pero de *motu proprio*, cierta ciencia y poderío real absoluto, interponiendo su autoridad, procedía el monarca en otras muchas cuestiones, actuando contra el derecho positivo, como sucedía en la relajación de juramentos, por apuntar un ejemplo más. El casuismo desde luego es inmenso y no creo que merezca la pena en este tipo de trabajo un relato más pormenorizado, con lo dicho parece sufiente para poder hacerse una idea cabal de cómo se refleja en los documentos el poder absoluto del príncipe.

Si no es preciso continuar aportando datos, sí me parece conveniente dejar constancia inequívoca de cómo la facultad de gracia y merced del monarca, la facultad graciosa y de privilegiar, ha alcanzado ya su madurez hacia mediados del siglo XV. Tanto es así, que en los reinados posteriores al de Juan II, incluido el de Felipe II, que acaba a fines del siglo XVI, no aparecerán grandes diferencias en este punto, como no habrá modificaciones sensibles en las cláusulas de exaltación del poder absoluto del príncipe, quien de *motu proprio* y cierta ciencia, de poderío real absoluto y soberano, dispensa, suspende, abroga, deroga, revoca, alza, quita, casa y anula el derecho positivo, según las reiteradas y acumulativas expresiones usadas en los formularios documentales que venimos comentando.

Mas por no variar, no cambiará siquiera otro género de esteorotipos, de ficción jurídica, empleado durante estos años del siglo XV en muchos de los documentos de gracia a que acabamos de hacer referencia, complemento de la serie de cláusulas ya mencionadas y una nueva

señal por tanto del desligamiento del rey respecto del derecho. Son de este dictado: «así como si nunca hubiera ocurrido ni pasado cosa alguna»; «así como si lo hubiera cumplido»; «así como si hubiéredes nacido de legítimo matrimonio»; «así como si fuéredes natural de estos reinos»; «bien así como si yo por mi persona real lo dijere y mandare»; «bien así como si por mi persona no fuera hecho ni dicho». Como si el monarca tuviera poderes especiales para alterar el estatuto jurídico de cosas y personas, a semejanza del papa, que como sucesor del apóstol Pedro tenía la potestad de las llaves, de atar y desatar.

En fin, que el poder absoluto había calado hondo en la práctica del derecho a lo largo de los reinados de Juan II y Enrique IV se puede documentar en dos episodios de aparente oposición al propio poder absoluto del monarca, ocurridos en momentos de debilidad política de ambos reyes[18]. El primero tiene lugar en las Cortes de Valladolid de 1442, con motivo de la llamada ley pacto por la que Juan II se compromete ante los procuradores a no enajenar ninguna ciudad, villa o lugar perteneciente a la corona real. Pues bien, a pesar del valor de pacto y contrato entre partes del acuerdo, el rey declara que de «propio motu e cierta ciencia e poderío real absoluto» abroga, casa y anula cualquier disposición que hubiera dado o diere en contrario[19]. Un anticipo de los contratos que más de un siglo después el rey celebrará con el reino mediante Cortes en la oportunidad de los millones, en cuyas escrituras también nos topamos con estas cláusulas de poder absoluto utilizadas en confirmación y validación de las condiciones establecidas en los pertinentes contratos de millones.

El segundo acontecimiento viene fechado en 1465 y lleva la rúbrica de sentencia compromisaria, por la que el rey Enrique IV cede a las presiones de un numeroso sector de la alta nobleza y del clero superior que ha preparado el documento. En esta oportunidad una vez más encontramos las consabidas fórmulas de potestad absoluta, empleadas como instrumento de confirmación, aprobación y validación del acuerdo, señal inequívoca de su valor jurídico, ya que de lo contrario no habrían reclamado del rey su aposición, sobre todo en una situación política tan precaria para el monarca. La literalidad de las expresiones no parece dejar dudas: «por ende de mi propio motu e ciencia cierta e poderío real absoluto, de que quiero usar e uso en esta parte, confirmo e apruebo e hé por firme todo los sucedido e declarado e ordenado por los dichos diputados (...), e suplo qualesquiera defectos de substancia e de forma e de solepnidad que en ello aya entervenido, e si necesario es para validación e firmeza de todo, yo lo ordeno e mando e establezco

---

[18] Y por descontado en los momentos de exaltación monárquica, según ocurrió en las Cortes de Olmedo de 1445, donde a petición de los procuradores queda aprobada una declaración donde entre otros extremos se recoge el origen divino de los reyes y la superioridad de éstos sobre el derecho, en los mismos términos que el pasaje de Fuero Real citado páginas atrás. Su texto puede verse en CLC, III, pp. 461-491

[19] CLC, III, pp. 394-401.

de nuevo, e mando que sea guardado e complido e esecutado por ahora e para siempre jamás»[20].

3. LA ÉPOCA DE LOS REYES CATÓLICOS

La etapa de los Reyes Católicos representa en Castilla un momento decisivo en el proceso de consolidación de la monarquía absoluta, iniciado en el reinado de Alfonso X. Lo atestiguan, entre otros datos, la teoría de los juristas y la práctica del despacho de la Cámara, organismo ahora naciente para atender a las concesiones regias de gracia y merced.

Por lo que hace a la doctrina, es de destacar la labor de dos notables juristas, que también desempeñaron oficios regios, en las Audiencias y el Consejo Real: Alonso Díaz de Montalvo, de longeva vida, que transcurre por todo el siglo XV, y Juan López de Palacios Rubios, cuya actividad se prolonga durante el primer decenio del reinado de Carlos I. Ambos se mueven en la senda de los comentaristas del *mos italicus*, en especial de Baldo, y empalman con los postulados proclamados en la obra legislativa de Alfonso X; baste considerar que un libro de Montalvo tiene por objeto glosar al Fuero Real[21], y otro está destinado a hacer lo propio con las Partidas[22]. Aunque a este respecto tampoco podemos olvidar un libro anónimo, madurado durante decenios y que ahora goza de gran difusión gracias a la imprenta, como es la Peregrina, cuyo contenido es en gran medida otra glosa a Partidas[23]. Todos ellos, desde luego, sirvieron de espléndido auxilio para potenciar el poder absoluto de los monarcas, no obstante los límites que no dejaron de señalar a su ejercicio.

Comenzaremos por la doctrina de Montalvo, que muestra sus cautelas al tratar del poder del príncipe, en una línea que arranca de los glosadores y llega hasta el siglo XVIII, aunque como veremos varios juristas castellanos del siglo XVI se atreven a discrepar de postura tan reverente. En particular, Montalvo, siguiendo de forma expresa la conducta de Lope de Barrientos, nos advierte que es sacrilegio disputar de la potestad del príncipe[24], mezclando así lo humano y lo divino.

En consecuencia, no nos podrá extrañar que se encuentre entre los partidarios de otorgar origen divino al poder de los reyes. El rey es un *donum dei*, es vicario de Dios en el reino[25] y como el papa y el emperador recibe su potestad de la majestad divina, por lo que al igual que

---

[20] En *Memorias de Don Enrique IV de Castilla*, II, Madrid, 1913, p. 479 en particular.

[21] *El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble rey don Alonso IX*, glosado por el egregio doctor Alonso Díaz de Montalvo, Burgos, 1533.

[22] *Las Siete Partidas del sabio rey D. Alonso el Nono*, Con la glosa del insigne doctor Alfonso Díaz de Montalvo, Lyon, 1550.

[23] *Peregrina a compilatio glossatorum dicta Bonifacia*, Sevilla, 1498.

[24] Glosa «ca assí como el apostólico» a Fuero Real, 3, 6, 17.

[25] En glosa «el rey» a Fuero Real 1, 1, 1.

ellos es ministro de Dios[26]. Aunque, a la postre, de las dos potestades citadas, es el papa el verdadero modelo del poder del rey para Montalvo.

El monarca tiene un origen divino, lo afirma con claridad, como por su parte lo dejaban bien sentado los libros de derecho de Alfonso X. Pero también tiene el príncipe una supremacía humana en los escritos de Montalvo, dado que el rey de Castilla, a semejanza del emperador, y del papa, no reconocía superior en su reino[27], con lo que de nuevo se manifiesta fiel continuador de Fuero Real y Partidas.

¿Cómo se expresaba esta superioridad del monarca? La potestad del rey tenía ocasión de traducirse a través de una serie de facultades, que solían conocerse como regalías, derechos reservados a la autoridad del príncipe, a su señorío real. Si bien Montalvo, como otros autores, no hace una elaboración sistemática de las mismas, de acuerdo con categorías abstractas, sino que de manera casuística, a lo largo de sus obras, las va describiendo una tras otra, si no nos da algunos catálogos de ellas[28], y muy habitualmente realiza esta tarea como respuesta a una interrogación sobre lo que puede y no puede hacer el príncipe, o sobre lo que debe o no debe hacer, según una lógica de proceder muy escolástica[29]. Entre estas facultades privativas de los príncipes que no reconocen superior se encontraba la de dar leyes generales e interpretarlas, así como la de otorgar privilegios y dispensas[30], además de corresponder a los reyes la suprema jurisdicción, o mayoría de justicia, que tiene su atributo principal en las apelaciones ante los tribunales regios de los casos sentenciados por los jueces señoriales[31].

Con todo, la noción de regalía o de señorío real no era la única capaz de explicar los derechos-mejor privilegios-del rey, pues existían otras, en especial la de plenitud de potestad, muy utilizada por Montalvo. Esta última idea es central para comprender el alcance del poder absoluto del monarca.

¿En qué consiste la plenitud de potestad? De conformidad con lo expresado por Montalvo, en el papa y en el príncipe, que no reconocen superior, existe una doble potestad: una ordinaria y otra absoluta o de plenitud de potestad, si bien en ocasiones la distinción que ofrece es tripartita, entre una potestad ordinaria, otra que titula de plenitud de potestad y una tercera denominada potestad absoluta. De potestad ordina-

---

[26] En la citada glosa «ca assí como el apostólico».

[27] Entre otros pasajes: Fuero Real, 3, 6, 17; glosa «emperadores y reyes» a Partidas 2, 1; glosa «legitimar», a Partidas 2, 2, 12; glosa «cabeza», a Partidas 2, 9, 6; voz «Generosus», en *Solemne Repertorium seu Secunda Compilatio legum Montalvi*, Salmantica, 1549.

[28] Así en glosa «ninguna de señorío de rey» a Fuero Real 2, 11, 5.

[29] En particular en la glossa a Fuero Real «ca assí como el apostólico». Tambien en *Secunda Compilatio*, voces «rescriptum» y «rex».

[30] Entre otros lugares, en glosa «ca assí como el apostólico» a Fuero Real y en glosa «tomar a ninguno lo suyo», a Partidas 2, 1, 2.

[31] *Secunda Compilatio*, voces «appellatio» y «domini locorum».

ria actúa el príncipe cuando se somete a las disposiciones de derecho, mientras que lo hace de potestad absoluta o de plenitud de potestad cuando no se somete a dichas disposiciones y está por tanto *solutus a legibus*[32].

Cierto que esta formulación de plenitud de potestad o potestad absoluta, y otras varias afirmaciones más, como la de lo que al príncipe place tiene fuerza de ley[33], o la de que es ley animada[34], o que por nadie puede ser juzgado, puesto que no hay quien pueda preguntar al príncipe por qué obras así, *cur ita facis*[35], se recoge en un contexto de contradicciones y limitaciones, de antinomias, tan propio del pensamiento escolástico, que en esto era bien coherente en una sociedad de privilegio, de desigualdad jurídica.

El juego de contrastes comienza con la propia distinción entre potestad ordinaria y absoluta, la primera de derecho y la segunda de hecho según Montalvo[36], y sigue por sus propios fundamentos textuales extraídos del derecho romano, que se pretenden no menos contrapuestos, según los significados que se atribuyen a las leyes *digna vox, princeps legibus solutus y quod principi placuit*[37]. Pero no son lo únicos, porque abundando en criterios morales, dirá, en una aseveración tópica, que el príncipe está obligado *de honestate* al cumplimiento de la ley, aunque no *de neccesitate*, así como también que está ligado a la *vis directiva* de la ley, mas no a su *vis coactiva*[38]. No obstante, la principal diferenciación se encuentra en la diversa naturaleza del derecho, que condiciona la capacidad del poder absoluto del monarca, de modo que tiene distintas consecuencias según se atiende al derecho divino, al natural y de gentes o al positivo[39]. De tanto valor, se insiste, por cuanto el príncipe puede actuar *contra ius* ordinariamente y sin causa en aquellas cosas que son de derecho positivo, ya que su dispensa sólo pende de la voluntad del príncipe, y la sola voluntad de dispensa era la causa, al decir de Montalvo[40]. Por el contrario, el monarca se encuentra limitado por el derecho divino, natural y de gentes. Por derecho divino entiende los artículos de la fe o lo relativo al estado universal de la iglesia[41], mientras por derecho natural y de gentes, para este autor indistintos, está pensando en el dominio (la propiedad señorial) y las

---

[32] Glosa «ca assí como el apostólico» a Fuero Real y glosas a Partidas 1,1, leyes 11 y 12, o glosa «tomar a ninguno lo suyo», a Partidas 2, 1, 2.

[33] En concreto en Glosa «ca assí como el apostólico» a Fuero Real.

[34] Glosa citada «el rey», a Fuero Real.

[35] En la tan mencionada glosa «ca assí como el apostólico».

[36] Glosa «gran mayoría» a Partidas 1, 1,5 y glosa «en dos maneras» a Partidas 2, 1, 2.

[37] Para ello me remito a la glosa «ca assi como el apostólico» a Fuero Real, así como a las glosas a Partidas 1, 1, leyes 11 y 12.

[38] Como siempre, glosa «ca assí como el apostólico» a Fuero Real y glosas a Partidas 1, 1, leyes 11 y 12, pero también glosa «en dos maneras» a Partidas 2, 1, 2.

[39] Véase al respecto, *Secunda Compilatio*, voces «generosus», «rescriptum» y «rex», y cómo no, la glosa «ca assí como el apostólico» a Fuero Real.

[40] En glosa «ca assí como el apostólico» a Fuero Real.

[41] Glosa «ca asssí como el apostólico» a Fuero Real.

obligaciones y contratos[42], particularmente en los contratos, a los que asimila los privilegios remuneratorios[43]. Cierto que para todo hay una excepción o distinción en el mundo del *ius commune*, como venimos apuntando, y en esta ocasión también se produce, ya que Montalvo admite la posibilidad de que el papa, en virtud de su plenitud de potestad, y con causa legítima, pueda rescribir contra el derecho divino. Igualmente reconoce que aunque el rey no tiene privilegio para quitar el derecho a alguien, o para no cumplir sus propios contratos, pese a su condición de *solutus a legibus*, por tratarse de asuntos de derecho natural y de gentes, sin embargo sí lo puede hacer con causa. Volveremos después sobre ello.

Pero, ¿qué podía hacer el rey de potestad absoluta?, ¿cuál era su ámbito de actuación? Montalvo no duda en afirmar las virtualidades del poder absoluto del principe, que afectan tanto al dominio como a la condición de las personas, de ordinario poniéndolas en parangón con la plenitud de potestad del papa, quien como sucesor del apóstol Pedro tiene la potestad de las llaves, de atar y desatar[44]; aun cuando tampoco se refrena a la hora de precisar sus límites, algo estamos viendo ya. Así, de plenitud de potestad, en signo de universal dominio, que sólo corresponde al rey, según dice Montalvo, puede cambiar a un hombre de un estado a otro, como sucede en el caso de las concesiones de libertad o de nobleza, o restituir a una persona a su primitiva condición natural, supuesto de las legitimaciones, e igualmente restituir la buena fama del condenado, preferir lo no escrito al rigor de lo escrito, dar e interpretar leyes generales y decretos, hacer gracia del juramento, dar heredamientos, eximir de tributos y conceder inmunidades, suplir defectos de solemnidad de derecho en pleitos y contratos, confirmar beneficios, otorgar venias de edad y en general todo tipo de privilegios y dispensas[45].

Será justamente a propósito de algunos de estos supuestos cuando Montalvo precisa sus argumentos sobre la significación de la potestad absoluta del rey. En concreto lo hace con motivo de comentar las legitimaciones para suceder efectuadas por el monarca, que solamente él puede hacer, ya que la legitimación es un don del príncipe, nos dice, y no de otro inferior, lo cual no es de admirar, porque la legitimación *deducit quem de non esse ad esse*[46]. O de otra manera, que la legitima-

---

[42] Valgan sobre el particular las glosas a Partidas 3, 18, leyes 29-32. También *Secunda Compilatio*, voces «rescriptum» y «rex».

[43] Glosas «las cosas que el rey dieree» y «no puede toller» a Fuero Real 13, 12, 8. Los contratos obligan al príncipe por derecho de gentes y por derecho civil.

[44] Glosas «ca assí como el apostólico» a Fuero Real y «noble razón» a Partidas 2, 27, 6.

[45] Al respecto, *Secunda Compilatio*, voces «donatio», «donatio loci», «donare seu mercedes facere», «generosus», «rescriptum» y «rex». También glosas «pero si el rey», «fazer legitimo» y «ca assí como el apostólico», a Fuero Real, 3, 6, 17. Asimismo glosa «tomar a ninguno lo suyo» a Partidas 2, 1, 2 y glosa «legitimar», a Partidas 2, 1, 12.

[46] En varias ocasiones emplea esta argumentación, según puede comprobarse en glosa «cabeza» a Partidas, 2, 9, 6 y glosas «fazer legítimo» y «ca assi como el apostólico» a Fuero Real 3, 6, 17. También en *Secunda Compilatio*, voz «generosus».

ción es de sólo los reyes que no reconocen superior, porque es como una restitución, la *restitutio a natalibus*, y ésta está reservada al príncipe que tiene la suprema potestad[47]. De una forma harto gráfica, según la literalidad de los raciocionios, que hace que sobre cualquier comentario.

No menos expresivo de sus intenciones resulta un caso que plantea con detenimiento, es a saber, si el rey de Castilla que no reconoce superior puede a un plebeyo o no generoso conceder privilegio para que sea generoso y pueda gozar de exención o libertad. Su respuesta es positiva, pero después de muchos distingos y salvedades, ya que tras exponer los argumentos en contra, centrados en lo sustancial en la defensa del derecho natural, por posibles daños a terceros como consecuencia de las exenciones fiscales del nuevo noble, apunta luego los considerandos favorables, derivados de la plenitud de potestad del príncipe, que no está sometida a las disposiciones de derecho y como en el caso de las legitimaciones *deducit quem de non esse ad esse.* Si bien al final se decide por una solución de compromiso, para obviar lesiones del derecho natural, como es la de considerar que si no puede el rey conceder tal exención príncipalmente y sin causa, en cambio sí lo puede hacer a modo de consecuencia o de derivación y con causa[48].

Todavía pondré un nuevo ejemplo, de extraordinaria importancia, puesto que afecta a la capacidad de privilegiar del principe, que por lo mismo es necesariamente absoluto, desligado del derecho positivo. La afirmación de Montalvo es rotunda al respecto: sólo pueden conceder privilegios el papa, los emperadores y también el rey de Castilla, que están por encima del derecho y a los derechos no se ligan[49]. Y explica el porqué de este desligamiento, de este poder absoluto, que lo encuentra en la misma definición de privilegio: *beneficium contra ius commune indictum*[50], o ley privada o particular[51]. Es decir, que el privilegio, como también apunta, por su propia naturaleza (*eo ipso*) discrepa del derecho común[52], no sería privilegio si contuviera derecho común[53], y por tanto nadie puede otorgarlo a no ser que *indulgeat speciale*, a no ser que tenga la facultad de conceder derecho privado y especial[54].

Sin embargo, como antes hemos adelantado, Montalvo no se reduce a afirmar que el rey de Castilla, que no reconoce superior, como el papa y el emperador, está desvinculado del derecho y por lo mismo

---

[47] En glosa «legitimar», a Partidas 2, 1, 12.

[48] De forma idéntica en *Secunda Compilatio*, voz «generosus» y en glosa «cabeza» a Partidas 2, 9, 6.

[49] Glosa «privilejios» a Partidas 2, 1 y glosa «los privilejios», a Partidas, 3, 18, 26.

[50] En glosa a Partidas, 1, 11, 1.

[51] Entre otros pasajes: glosa a Partidas 3, 18, leyes 1, 27 y 28.

[52] Glosa «si alguna dubda acaeçiere» a Partidas 3, 18, 27.

[53] Glosa «la fuerza» a Partidas 3, 18, 28.

[54] En glosa a Partidas 1, 11,1, o a Partidas 3, 18, 27.

puede privilegiar y dispensar, quizá su atributo más llamativo[55], ya que a la par se esfuerza por dejar bien patentes los límites del monarca. Porque el rey no lo puede todo, incluso puede ser considerado como tirano, cuando en lugar de atender al interés de la república solamente mire al suyo, según usual definición entre los juristas del *ius commune*[56]. En opinión de Montalvo, tampoco muy original, el rey puede ser privado del reino si enajena los derechos del reino o causa la destrucción de éste. Y no es de extrañar, continúa, que por la conservación del reino se deponga al tirano, pues dicha conservación es de derecho natural. Aunque para que se dé tal situación se requiere a su entender causa ardua y grande. Amén de que una hipotética deposición la fía al papa, ya que no al emperador[57].

La existencia de límites al poder regio se constata asimismo por la inclusión en los recriptos *contra ius* de una serie de cláusulas que tienen por finalidad dar validez a unos actos que de suyo podían no tenerla. Se trata en concreto de las cláusulas *non obstante lege, ex certa scientia* y *de plenitudine potestatis*, que a juicio de Montalvo tienen distinto valor entre sí[58]. No otra explicación debemos dar a su preocupación porque los rescriptos regios no lesionen derechos de terceros, los derechos adquiridos[59], incluidos los de la Corona[60], que debe respetar el príncipe. También es otro ejemplo la presunción por él defendida de que en todos los rescriptos del príncipe está recogida la cláusula de si así es, *si preces veritate nitantur*, si es verdad lo que se dice en las preces y no ha habido defectos de voluntad[61]. Por lo mismo, su postura favorable a obedecer pero no cumplir estos mandamientos del príncipe y esperar una segunda yusión, tras el pertinente recurso de suplicación, por entender que la disposición regia contra el derecho del rey o de persona singular se obtiene por importunidad del peticionario[62].

Mas, sobre todo, los límites al poder del monarca vienen dados por su sometimiento a los derechos divino, natural y de gentes. El príncipe, ni de plenitud de potestad puede dispensar y dar rescriptos y privilegios que vayan contra el derecho natural y de gentes, en cuya órbita se en-

---

[55] Precisamente en la capacidad de dispensa coloca Montalvo la superioridad del «apostólico» sobre los obispos (Glosa «gran mayoría», a Partidas 1, 5, 5). De modo distinto, véase la escasa importancia de la voz «leges» en su *Secunda Compilatio*, cuando tanta espacio dedica a los rescriptos de gracia y merced en las voces «generosus», «rescriptum» y «rex».

[56] Glosa «el rey» a Fuero Real, 1.

[57] *Secunda Compilatio*, voz «rex».

[58] Véanse como muestra las glosas «fazer legítimo» y «ca assí como el apostólico» a Fuero Real 3, 6, 17, y también la glosa «la fuerza» a Partidas, 3, 18, 28.

[59] Para el caso de la legitimación véase su glosa «fazer legítimo», a Fuero Real 3, 6, 17.

[60] Particularmente en el terreno de las donaciones, según lo expone en *Secunda Compilatio*, voces «donatio», «donatio loci», «donare seu mercedes facere», «rescriptum» y «rex».

[61] Glosa «por quales cartas» a Partidas 3, 18, 48.

[62] Esto lo expone en las glosas «cartas» y «si contra», a Partidas 3, 18, 29 y 30, respectivamente.

cuentran el dominio, las obligaciones y los contratos, partiendo de la idea de que al rey le competen las cosas que son de derecho civil, pero no las de derecho natural y de gentes[63]. Bien que aun en este caso hay una notable excepción para Montalvo, ya que si existe causa el rey puede rescribir contra el derecho natural y de gentes, como puede ocurrir justamente en materia de dominio[64] y de obligaciones y contratos[65]. Al igual que también el papa puede dictar disposiciones contra los estatutos divinos si hay causa legítima[66].

De esta manera el verdadero y último límite de la actuación del príncipe vendría dado por el elemento de la causa[67]. De hecho, el argumento de la causa, de la justa y legítima causa, o de la urgente y necesaria causa, se convertirá para la doctrina castellana a lo largo de todo el siglo XVI en la vara de medir la actuación del príncipe, tanto para los que admiten su poder como absoluto como para los que lo cuestionan.

La doctrina que sobre el poder del príncipe recoge Montalvo en sus escritos era en esencia la dominante en Castilla en la época de los Reyes Católicos, pero venía desde mucho tiempo atrás, desde Fuero Real y Partidas, según volvemos a verificar por una obra conocida con el nombre de Peregrina. En efecto, en este libro otra vez nos encontramos con el temor reverencial al príncipe: comete casi sacrilegio quien mal dice de sus estatutos. Como también vemos atribuido origen divino al monarca: el rey es vicario de Dios, puesto en su lugar para administrar la justicia. A semejanza del papa, porque de nuevo se formula aquí una equiparación interesada entre el poder del rey y el del papa.

El papa era un buen modelo sin duda, por ejemplo para las legitimaciones, ya que él, llamado apostólico por su condición de sucesor de san Pedro, ostenta la potestad de las llaves y por tanto, según la Peregrina, tiene potestad plenaria de atar y desatar. En consecuencia, no es sorprendente que en esta obra se afirme que el rey está absuelto de las leyes.

Mas absolución no significa carencia de límites, porque de acuerdo

---

[63] El raciocinio se encuentra en glosa «contra el derecho», a Partidas 3, 18, 31.

[64] Sin causa no puede el rey quitar el derecho a ninguno, que no lo puede hacer de ordinaria potestad, pues aunque está *solutus a legibus*, no puede quitar sin causa el dominio, que es de derecho de gentes, afirma en glosa «tomar a ninguno lo suyo», a Partidas 2, 1, 2. Cosa que repite en semejantes términos en glosa «van afincadamente», a Partidas 3, 18, 32, donde señala que el príncipe no debe dar rescripto o privilegio en el que se quite el débito o el derecho de otro sin justa y verdadera causa, puesto que es contra el derecho natural. Sin embargo se ha de notar, precisa, que el príncipe puede rescribir contra el *ius gentium* dando la cosa de uno a otro con causa.

[65] *Secunda Compilatio*, voces «rescriptum» y «rex». También para los contratos, pero incluyendo en este género los privilegios remuneratorios, la glosa «que traslado», a Partidas 3, 18, 44.

[66] Glosa «ca assí como el apostólico» a Fuero Real.

[67] No sólo para los rescriptos de gracia y merced. Los mismos criterios valen para la ley, pues al decir de Montalvo las leyes y constituciones dadas contra el derecho natural sin causa no obligan ni en el foro del alma ni en el civil (*Secunda Compilatio*, voz «leges»).

con la doctrina común se señala que no vale el rescripto regio contra el derecho divino, ni tampoco contra el derecho natural, como ocurriría en el caso de que el rey pretendiera quitar los bienes a uno[68]. Si bien no deja de estar presente en la Peregrina la consabida excepción a esta regla, que viene formulada bajo la denominación de justa causa.

Por fin, y en el mismo orden de cosas, también procede la Peregrina a la valoración de las distintas cláusulas de los rescriptos, caso de la *non obstante tale lege*, o de la *ex certa scientia*, así como queda constancia del valor del segundo mandato del príncipe, a efectos del cumplimiento y validez de las disposiciones dadas contra los derechos del rey o impetradas callada la verdad, esto es, con los vicios de obrepción y subrepción[69].

No daríamos cumplida cuenta del pensamiento de los juristas castellanos acerca del poder absoluto del príncipe en la época de los Reyes Católicos, si no atendieramos a la obra de Palacios Rubios, que llegó a adquirir una gran notoriedad entre los autores del siglo XVI. Su postura no difiere gran cosa de la mantenida por Montalvo, por mucho que quepa calificarla de más prorregia[70].

Para empezar, Palacios Rubios muestra también una actitud reverente al tocar estos temas: es sacrilegio dudar de la potestad del príncipe[71]. Aunque va más alla, al sostener, con citas de san Pablo, que no cabe la resistencia al poderío real, a las órdenes del rey[72]. Si bien Palacios Rubios no deja de cargar las tintas sobre la figura del tirano[73], e incluso admite que el papa tiene potestad para corregir, castigar y deponer a emperadores y reyes[74].

Por seguir las comparaciones con Montalvo, Palacios Rubios atribuye igualmente al poder del príncipe una raíz divina: toda jurisdicción y potestad radica en Dios y los reyes son ministros de Dios e imagen

---

[68] Este era uno de los supuestos que más venía preocupando a la doctrina durante toda la Edad Media. Puede verse sobre el particular: U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropiazione per pubblica utilità*, Milán, 1952. También: T. X. LEDUC, «Le droit du Roi à donner la chose d'autrui à la fin du XIVe siècle», en *RHDFE*, 45 (1967), pp. 612-663.

[69] Para la comprobación de estas notas sobre la Peregrina véanse sus voces: «dispensatio», «legitimatio», «papa», «rescriptum» y «rex».

[70] De hecho tres de sus obras están destinadas a defender derechos de los reyes, a veces con argumentos contradictorios, en concreto respecto al poder del papa, según fuera el objeto que se defendiera. Compárese el tenor de las tres, dedicadas por cierto al rey Fernando: *Libellus de beneficiis in curia vacantibus, Salamanca, 1517; De obtentionis retentionisque Regni Navarrae iustitia*, Salamanca, 1517; *De las islas del mar océano*, introducción de S. Zabala y traducción de A. Millares Carlo, México, 1954.

[71] *De las islas del mar océano*, p. 4.

[72] *De las Islas del mar océano*, pp. 4-5 y 113 y *Libellus de beneficiis*, parágrafos o rúbricas 3 y 4.

[73] Véanse al respecto las diferencias que establece entre el rey y el tirano en el prólogo a su opúsculo *De obtentionis Regni Navarrae*. También incide en distinción en *Commentaria et repetitio rubricae et capituli, per vestras, de donationibus inter virum et uxorem*, Salamanca, 1578, Repetitio C., secundo notabili, nº 43, p. 408.

[74] *De obtentionis Regni Navarrae*, Sec. Part.4, 6 y 7.

de la majestad divina[75]. Aunque en punto al origen del poder del rey, Palacios Rubios no siente inquietud alguna al asignarle simultaneamente condición humana. Y no la siente, ya que defiende sin matices la tesis de la *translatio imperii*, en virtud de la cual, el pueblo, titular originario del poder (o de la jurisdicción), traspasó éste en su totalidad al emperador y por derivación al rey, perdiendo el poder por consiguiente[76]. De modo que el poder, en su plenitud, desde uno y otro supuesto, residía en el monarca. La dualidad de teorías, así formuladas, lejos de resquebrajar la autoridad o potestad del príncipe servía para una mejor fundamentación de su legitimidad.

La exención del imperio es otro argumento utilizado para reforzar el poder de los reyes de Castilla, que Palacios Rubios hace derivar de los tiempos godos y de las luchas contra los infieles. En virtud de esta exención, los monarcas castellanos no reconocen superior[77]. De forma no muy distinta a Montalvo, quien también establecía semejanzas entre el emperador y el rey que no reconoce superior en su reino, caso del de Castilla.

El emperador es un modelo para Palacios Rubios, pero más lo es el papa, porque lo que se dice del papa se dice del emperador y del príncipe, y si el papa no reconoce superior en las cosas espirituales, tampoco lo reconocen los reyes cristianos en lo temporal[78]. En línea con Montalvo y la tradición de Fuero Real y Partidas.

¿Qué poder tenía el papa? El papa, vicario de Dios en la tierra, está dotado de la máxima potestad, de la potestad de las llaves, como sucesor de san Pedro[79]. Está *supra ius* y *supra concilium*, lo que a él place tiene fuerza de ley, y por lo mismo puede dispensar *supra* y *contra ius*. Su autoridad no está vinculada a las leyes, sino que está *solutus a legibus*. Tanta es su potestad, recuerda Palacios Rubios, que a todos juzga y por nadie puede ser juzgado y puede hacer de lo cuadrado redondo, y dispensar sin causa con la cláusula derogatoria *non obstante*, teniendo en cuenta además que en el papa se presume que siempre obra con causa[80].

Lo cual no significa carencia de límites, pues si está *solutus a legibus* en cuanto a la *vis coactiva*, de voluntad sin embargo debe moverse por justa causa, interpretando según criterios usuales el texto de derecho romano que comienza por las palabras *digna vox*. El papa,

---

[75] *De las islas*, pp. 4, 75-79 y 112-113; *De obtentionis Regni Navarrae*, prólogo y 5, 2; *Libellus de beneficiis*, par. 4.

[76] *De las islas del mar océano*, pp. 73- 79.

[77] *De donationibus*, Repetitio Rubricae, introductio, núm. 18 y 24. Asimismo *Libellus de beneficiis*, par. 8.

[78] Entre otros pasajes: *De donationibus*, Repetitio Rubricae, Introd., 7; *Libellus de beneficiis*, par. 4; *Glossemata legum Tauri*, Salamanca, 1542, ley 12, III.

[79] *Libellus de beneficiis*, par. 1 y *De obtentionis regni Navarrae*, part. sec., 2, 3, y 4.

[80] *Libellus de beneficiis*, par. 1 y 4. Una doctrina que tenía muchas semejanzas con la que exponía otro jurista castelllano de su tiempo, Juan de Castilla (T. de Azcona, *Juan de Castilla, Rector de Salamanca. Su doctrina sobre el derecho de los reyes de España a la presentación de obispos*, Salamanca, 1975).

continúa, está obligado por la razón natural y si hace algo injusto, como quitar el derecho a otro, peca. El papa, y esto es de suma trascendencia, no puede ir ni contra el derecho natural ni contra la ley divina, salvo con causa. Caso de que el papa rescribiera cosas injustas, como disponer contra el derecho natural sin causa, entonces se suspende la ejecución a la espera de una segunda yusión. Por la defensa de los derechos de terceros, que concreta particularmente en el caso de los oficios beneficiales provistos desde Roma, cuya ejecución se ha de sobreseer —se han de retener las bulas— hasta tanto que el papa resuelva por un segundo mandato, una vez ya mejor informado tras la oportuna suplicación[81].

¿Cómo era el poder del príncipe según Palacios Rubios? Semejante al del papa, de modo que no está *sub lege*, sino *supra legem*; el rey es ley animada, está por encima de la ley y puede cambiarla y dispensarla, como puede dar leyes generales e interpretarlas. Sin embargo, el príncipe también tiene sus límites, porque se halla desligado de la ley en cuanto a la *vis coactiva*, pero no por lo que hace a la *vis directiva*, a la que debe someterse por propia voluntad. Cierto que nadie puede intentar contra él un juicio condenatorio, que no hay quien le juzque, que no tiene que dar cuenta de sus actuaciones, pero peca si actúa con injusticia y sin causa. Más aún, en este mismo sentido, aunque el rey está exento de la ley, no por ello deja de encontrarse obligado por la razón natural y la equidad, y aunque la ley dependa exclusivamente de su voluntad no significa que no deba obrar con causa, según contraposición extraída de dos proverbios romanistas: *quod principi placuit legis habet vigorem* y *digna vox est maiestati regnantis alligatum se profiteri*. Por la salvaguardia de los derechos legítimos de terceros, los derechos adquiridos, para lo que recomienda que en los rescriptos dados *contra ius* no se proceda a su ejecución inmediata, sino que se espere una segunda yusión del príncipe, después del correspondiente recurso de suplicación, a no ser que el rescripto no dañe a otro y beneficie al que lo pide[82].

Aunque los principales límites, en lo cual también coincide con Montalvo, vienen determinados por el sometimiento del rey a los derechos divino, natural y de gentes, que condicionan decisivamente la potestad del príncipe y sirven de contrapeso a su condición de *solutus a legibus*[83]. Semejantes límites incidirían incluso en el tema de la causa, porque según Palacios Rubios se presume causa en el príncipe en aquellas cosas que son de derecho positivo, pero no en las que son de dere-

---

[81] *Libellus de beneficiis*, par. 4-7.

[82] En su globalidad, para el príncipe: *De las islas del mar océano*, pp. 180-186. Lo mismo, pero por su relación con el papa, *Libellus de beneficiis*, par. 4-7. Para el punto concreto del estar «supra ius», también *De donationibus*, Repetitio Rubricae, 37, 11-22. Para la facultad de crear e interpretar leyes, *Glossemata legum Tauri*, comentario a la ley 1, núm. V-VIII.

[83] Entre otros lugares, *De las islas del mar océano*, pp. 184-185.

cho natural y de gentes[84]. Siempre por la defensa de terceros, de los derechos adquiridos, que obsesiona al autor, tanto que dice que los privilegios y las concesiones y donaciones del príncipe se entienden concedidos sin perjuicio de tercero, incluida la Corona[85].

Son varios los ejemplos donde Palacios Rubios deja bien patente las distintas consecuencias que se originan de la actuación del príncipe según se mueva en el terreno del derecho positivo o en el del natural y de gentes, aparte del supuesto ya referido de la causa. Lo observamos a propósito de la pregunta que se hace sobre si el rey puede donar a su concubina, cosa que no pueden efectuar los militares, porque están sometidos a las leyes, pero sí el rey, que no está bajo la ley, sino sobre ella, y por tanto puede derogar las leyes, como cada día hacen nuestros gloriosos reyes, según asegura Palacios Rubios. En consecuencia, prosigue, pueden los reyes derogar aquellas leyes que prohiben donar a las concubinas, teniendo en cuenta, por otro lado, que expresamente les es permitido hacerlo, ya que no se trata de un derecho necesario, sino voluntario y positivo, y si los derechos naturales son inmutables, los voluntarios se quitan a voluntad de los reyes[86].

El tema vuelve a plantearlo con motivo de las legitimaciones efectuadas por rescripto del príncipe, a partir de la idea de que no pueden perjudicar a terceros, al derecho adquirido de los hijos legítimos. En un orden de cosas, en el que siguiendo los pasos de la doctrina, afirma que la legitimación es odiosa y se pregunta *an sit veritas vel fictio*[87], tan disputada estaba su naturaleza. Pues bien, Palacios Rubios, dando respuesta a puntuales cuestiones, se manifiesta favorable a que no se revoque la legitimación, pese a la existencia de hijos legítimos, por su condición de beneficio del príncipe, que por tanto se debe de interpretar favorablemente, como los privilegios. Como se muestra muy firme en la defensa del derecho de los hijos legitimados a la legitima, por ser ésta de derecho natural. En cambio, muchas dudas muestra, entre optar por la voluntad del testador o la del príncipe, en relación con la posibilidad de que los legitimados puedan ser preferidos a los legítimos en los mayorazgos, ya que si no está explicita en la escritura de fundación del mayorazgo la exclusión del hijo legitimado se ha de atender a la potestad del príncipe, a la palabras de la legitimación o dispensación a través de las cuales se conjetura la mente del rey que legitima. Y esta solución la razona, porque el rey, según dice, es ley viva y puede dispensar en aquellas cosas que son de derecho positivo, con derogación de esta ley (la 12 de Toro) y otras que regulan la materia de legitimaciones[88].

Mas la misma cuestión surge en otros supuestos, especialmente en

---

[84] *De donationibus*, LXXXI, 4.

[85] *De donationibus*, Repetitio R., LXXXI, 1, 7 y 9 y Repetitio C., XX, 2.

[86] *De donationibus*, Repetitio R., XXXVII, 11-13.

[87] *Glosemata legum Tauri*, ley 12, XIII y XXX.

[88] Para el tema, *Glosemata legum Tauri*, ley 12, VIII, XII-XIII, XVIII, XXX, XXXIX-XLIV.

relación con los contratos, que al decir de Palacios Rubios obligan naturalmente al rey, e incluso civilmente, ya que en orden a los contratos se considera al principe como un particular[89]. Lo cual tenía su virtualidad en el caso de los privilegios remuneratorios, que no podía revocar el monarca, a diferencia de los estrictamente graciosos, pues para Palacios Rubios aquéllos no son propiamente una donación sino una permuta[90]. Un nuevo punto de confluencia con Montalvo.

Muchas restricciones ponía Palacios Rubios al ejercicio del poder absoluto del príncipe, pero ello no significa que para este autor careciera de contenido la potestad absoluta. De modo muy distinto, tenía gran entidad. Tanta entidad tenía como para que de plenitud de potestad, a imagen del papa, pudiera el rey legitimar y dispensar[91]. Y la legitimación, con cita de Montalvo, la define Palacios Rubios como un don del príncipe, en virtud del cual *deducitur quis de non esse ad esse*[92]. No es menor el alcance que atribuye a la dispensa, que hace lícito lo ilícito, según expresión literal[93], y el rey, también lo apunta, puede dispensar *contra ius* si lo hace de ciencia cierta y plenitud de potestad[94].

El rey legitima en lo temporal como el papa lo hace en lo espiritual y asimismo dispensa, como cuando concede venias de edad, hace gracia del juramento o restituye las condiciones de nacimiento[95]. Todo en virtud de su poder absoluto. Como de plenitud de potestad, que a ninguna necesidad se encuentra sujeta ni se halla limitada por ningunas reglas de derecho, en cita ahora de Baldo, puede hacer el príncipe otras cosas que son privativas suyas, así dar leyes generales e interpretarlas o interponer decretos[96].

La postura de Palacios Rubios, al igual que la de Montalvo, era nítida, defendía que la potestad regia era absoluta, mas al mismo tiempo sostenía que se hallaba sometida a diversos límites. Aboluta, ciertamente, respecto del derecho positivo, y limitada, no obstante, con relación a los derechos divino, natural y de gentes. De modo muy adecuado a la realidad social, según cabe constatar por la práctica del despacho de la Cámara, donde junto a las cláusulas de absolutismo encontramos una sensible preocupación por dejar a salvo los derechos de terceros, los derechos adquiridos, los privilegios e inmunidades, incluidos los de la Corona. Si la Cámara despachaba por el procedimiento de expediente, una vía de hecho, extrajudicial o de gobierno, sin audiencia expresa de partes, la más apropiada para los negocios de gracia y merced, que por su propia naturaleza dependen de la potestad absoluta del rey, no por

---

[89] *De las islas del mar océano*, pp. 180-181 y *De donationibus*, Repetitio R., LXIX, 16 y 17.

[90] *De donationibus*, Repetitio R., LXIX, 13-17.

[91] *Glosemata legum Tauri*, ley 12, III- VI y XLIII- XLIV.

[92] *Glosemata legum Tauri*, ley 12, III y IV.

[93] *De donationibus*, Repetitio C., VII, 6, p. 434.

[94] *De donationibus*, Repetitio R., LXXXI, 3 y 4.

[95] Entre otras cosas privativas del príncipe (*Glosemata legum Tauri*, ley 12, IV).

[96] *Glosemata legum Tauri*, ibidem.

ello se dejaba en numerosas ocasiones de solicitar información *in situ* a las partes afectadas y siempre, desde luego, cabía recurso de suplicación, con efectos suspensivos, a la espera de un segundo mandato del príncipe.

Por lo demás, las materias que eran objeto del despacho de la Cámara, los asuntos de gracia y merced, reservados a la majestad del príncipe, como regalías suyas, no variaron apenas en relación con cuanto ya conocemos del reinado de Juan II. De manera que por vía de Cámara se despachan ahora perdones, legitimaciones, cartas de naturaleza, mayorazgos, concesiones de nobleza, licencias, dispensas, habilitaciones, provisiones de oficios reales y todo género de gracias y mercedes.

Si no hay muchos cambios en los asuntos de gracia y merced, lo mismo cabe decir de las proclamas de poder absoluto contenidas en las cartas o provisiones y cédulas donde se recogen las decisiones del rey a las correspondientes peticiones de los interesados. En efecto, si contemplamos estos documentos regios observaremos la frecuente y reiterativa utilización de cláusulas como de plenitud de potestad, poderío real absoluto, *motu proprio*, ciencia cierta, no embargante leyes, o tal ley, y algunas más, en virtud de las cuales el monarca abroga, casa, deroga, dispensa y da por ninguno para la concreta ocasión el derecho positivo. Como sucede lo mismo con otras cláusulas complementarias, de ficción jurídica, muy utilizadas en las cartas de naturaleza, en las legitimaciones, en los perdones o en las licencias para alterar mayorazgos. Estas últimas cláusulas son otra manifestación, según decimos, de la potestad absoluta del monarca y muy gráfica, por la carga simbólica de las expresiones, como si el rey pudiera hacer algo de la nada, o pudiera hacer pasar a alguien del no ser al ser, según señalaban los juristas del *ius commune*[97].

Aunque las manifestaciones de poder absoluto y el empleo de las cláusulas correspondientes no se producían solamente en el ámbito de las materias antes reseñadas de gracia y merced. También ocurría lo propio en el campo de las leyes y pragmáticas, y aun en el de los testamentos de los reyes, uno de los campos más abonados para la expresión de la potestad absoluta de la monarquía[98]. Todos estos asuntos eran propios de la majestad o soberanía real.

4. EL ABSOLUTISMO EN LOS AUSTRIAS DEL SIGLO XVI

4.1. La práctica del derecho

Si comparamos la documentación emanada de la Cámara de Castilla durante los años que transcurren entre 1516 y 1600 con la producida

[97] Sobre todos estos extremos me pronuncié con detalle en el libro ya mencionado: *Gracia, merced y patronazgo real. La Cámara de Castilla entre 1474 y 1530.*

[98] Se comprueba en el *Testamento de Isabel la Católica*, ed. de Angel de la Plaza, A. G. S., Valladolid, 1944.

por el mismo organismo entre 1480 y 1516, observamos que apenas existen diferencias entre sí. A falta de un examen al por menor de las cédulas y provisiones de Cámara, tarea que no he podido llevar a cabo en esta oportunidad, nos sirven de espléndido contraste entre ambos momentos dos formularios documentales, de provisiones, utilizados por la Cámara a lo largo de los distintos reinados del siglo XVI[99].

La materia de mayorazgos ocupa un lugar preferente en los mencionados formularios, signo inequívoco de la importancia de la institución en la sociedad castellana[100]. En uno de ellos, el más breve, nos encontramos con licencias regias para fundar mayorazgos[101] y también para poderlos alterar, como era el supuesto de establecer obligaciones sobre los bienes de los mismos con la finalidad de asegurar el pago y restitución de la dote y las arras[102], o para imponer censos en los bienes y rentas del mayorazgo con objeto de asegurar la satisfacción de deudas contraídas por su titular[103], e incluso para incorporar bienes a un mayorazgo ya constituido[104].

Lo más llamativo para nosotros es que en todas estas fórmulas de documentos se recogen las conocidas cláusulas de absolutismo regio: *proprio motu*, cierta ciencia, poderío real absoluto y *non obstante leges*, de las que el monarca quiere usar, según se afirma, como rey y señor natural no reconociente superior en lo temporal. Su trascendencia, particularmente en las licencias o facultades para alterar mayorazgos, venía dada porque la institución de mayorazgo no admitía de suyo modificaciones en los vínculos establecidos por su fundador y sólo ello era factible por la intervención regia. Mas también, como es el caso de las licencias de mayorazgos recogidas en este formulario, porque autorizaban la fundación sobre todos los bienes de los otorgantes, por encima del tercio y quinto de mejora que permitían las leyes, aunque ciertamente se dejaban a salvo en estas minutas de provisiones el derecho de alimentos de los otros hijos legítimos, por mucho que no fuera en la cantidad que les podía pertenecer de su legítima, conforme se precisa. Y facultar semejantes otorgamientos de mayorazgo, por encima del tercio

---

[99] Ambos formularios proceden del Archivo General de Simancas. El primero de elllos, de breve extensión, perteneciente al reinado del emperador Carlos y cuyo contenido es fundamentalmente materia de mayorazgos, fue publicado hace unos cuantos años por F. ARRIBAS ARRANZ, *Estudios sobre diplomática castellana. I, La carta o provisión real. II, Fórmulas de documentos reales*, Cuadernos de la Cátedra de Paleografía y Diplomática, II, Valladolid, 1959. El segundo, muy extenso y completo, que abarca los reinados de los Reyes Católicos, la reina Juana y los reyes Carlos I y Felipe II permanece todavía inédito, bajo la signatura Cámara de Castilla, Títulos Rasgados, leg. 163. El conocimiento de este legajo lo debo a la archivera Isabel Aguirre Landa, que me ofreció amable información al respecto.

[100] Según puede comprobarse en B. CLAVERO, *Mayorazgo. propiedad feudal en Castilla (1369-1834)*, Madrid, 1974.

[101] *Fórmulas de documentos reales*, docs. V y VI.

[102] *Fórmulas de documentos reales*, III y VIII.

[103] *Fórmulas de documentos reales*, IV.

[104] *Fórmulas de documentos reales*, VII.

y quinto de mejora, le estaba reservado al rey. Sobre estos extremos insistirá mucho la doctrina.

Que los efectos de la intervención regia eran decisivos se comprueba por las virtualidades que le atribuyen los propios textos, como las de suplir los defectos de sustancia y solemnidad de hecho y de derecho que pudieran contener cualquier escritura de mayorazgo. También, y en línea con lo anterior, las de roborar, confirmar, loar, aprobar y validar por la autoridad real las cartas y escrituras que los titulares del mayorazgo establecieran para su constitución y modificación. Pero no menos las de dispensar, derogar, abrogar, casar, anular y dar por ninguno y de ningún valor y efecto cualesquier cláusulas, vínculos y condiciones del mayorazgo, en los casos de alteración, así como cualesquier leyes, fueros, derechos, usos y costumbres que en contrario fueran, no obstante las mismas, que quedaban en toda su fuerza y vigor para todo lo demás, en unos y otros supuestos, conforme a la literalidad de las expresiones. Eso sí, siempre sin perjuicio de terceros y de la Corona real, como no se deja de señalar de forma bien explícita en todos y cada uno de estos documentos, en los de fundación y en los de alteración de mayorazgos, con el fin de dejar a salvo los derechos adquiridos.

Las modalidades sobre mayorazgos incluidas en el primer formulario se repiten y amplían en el segundo, que abarca desde los Reyes Católicos hasta Felipe II, dentro de una continuidad admirable, aunque aquí nos hayamos fijado preferentemente en las provisiones relativas a la época de Carlos V y Felipe II.

¿Qué supuestos recoge sobre el particular este segundo formulario? Entre otros, los siguientes: licencias para fundar mayorazgos[105], facultades para acrecentar mayorazgos[106], licencias para alargar la sucesión de un mayorazgo, ante el fallecimiento del llamado a suceder[107], facultades para acumular mayorazgos[108], licencias para obligar bienes de mayorazgo en seguridad de dote y arras[109], licencias para que un grande o caballero pueda dejar mantenimientos después de los días de él y su mujer, obligando los bienes de mayorazgo[110], licencia para que marido y mujer puedan hacer mayorazgo de sus bienes reservándose el usufructo mientras vivan[111], facultad para que el titular pueda dejar a su mujer renta de por vida de los bienes del mayorazgo[112], facultades para imponer censos al quitar sobre los bienes de mayorazgo[113], facultades para redimir censos y volverlos a imponer a precios más ventajosos, con la

---

[105] AGS, CC Títulos Rasgados, 163-76, 436, 443-448, 450, 463, 467 y 469-472, amén de otros.

[106] *Ibidem*, 163-439 y 440.

[107] *Ibidem*, 163-125.

[108] *Ibidem*, 163-276.

[109] *Ibidem*, 163-118, 277, 441, etc.

[110] *Ibidem*, 163- 278.

[111] *Ibidem*, 163-442.

[112] *Ibidem*, 163-449.

[113] *Ibidem*, 163-472 y 474, etc.

consiguiente enajenación de renta del mayorazgo[114], licencias para vender bienes de mayorazgo y con el precio obtenido subrogar otros en su lugar[115], licencias para enajenar y permutar bienes de mayorazgo[116], facultades para vender bienes y rentas de mayorazgo con que sufragar los gastos «de jornada» que el titular del mayorazgo realiza acompañando a reyes y príncipes[117], licencias para establecer igualas y conciertos entre partes en pleitos pendientes sobre bienes de mayorazgo[118], confirmaciones regias de concordias sobre bienes de mayorazgo celebradas con el fin de evitar litigios[119], o confirmaciones de escrituras de mayorazgo, por las que suplen cualesquier defecto que pudieran contener[120].

Al igual que sucedía con los documentos incluidos en el otro formulario, los de éste recogen las consabidas cláusulas de absolutismo, insertas con reiteración en varios momentos de las provisiones, así como volvemos a encontrar expresas referencias a la facultad regia de dispensar, abrogar, casar y anular el derecho positivo, a veces también de forma repetida, y en ninguna ocasión deja de aparecer la intención del monarca de salvaguardar los derechos de terceros y de la Corona. Quizá, por destacar algo nuevo, merece que resaltemos cómo en algunas de estas licencias y facultades se señala que es necesaria la interposición de la autoridad real para que sea válido el negocio jurídico objeto de la licencia[121]. En plena coherencia con lo que enseñaba la doctrina, según lo que venimos anticipando.

El ámbito de los mayorazgos goza de atención preferente en los formularios, pero eso no quiere decir que no se ocupen de otros ramos de la gracia real, tan variados entre sí. Como sucede con las legitimaciones, que también tenían su interés para la perpetuación del privilegio, explícito en las provisiones bajo un sinfín de rótulos: honras, gracias, mercedes, franquicias, libertades, exenciones, preheminencias, prerrogativas, inmunidades y otras más. Asimimismo volvemos a descubrir las pertinentes clausulas de poder absoluto: *motu proprio*, ciencia cierta y poderío real absoluto, no menos que las no obstancias de leyes, en cuya virtud las dispensa, deroga, abroga, casa y anula para la concreta ocasión. No dejan de manifestarse tampoco las otras cláusulas de ficción jurídica, muy apropiadas para este supuesto de *restitutio in natalibus*, de alzar y quitar toda infamia y defecto que por razón del nacimiento le pudiera ser alegado. Tan extraordinaria era la situación que se

---

[114] *Ibidem*, 163-53 y 65.
[115] *Ibidem*, 163-22, 120, 275, 479, etc.
[116] *Ibidem*, 163-274 y 451.
[117] *Ibidem*, 163-71 y 74.
[118] *Ibidem*, 163- 42, 75 y 279.
[119] *Ibidem*, 163-116.
[120] *Ibidem*, 163-226 y 273.
[121] Esta afirmación aparece en la fórmula de licencia de concierto en pleito sobre bienes de mayorazgo (Ibidem, 163-75, ya citado). También en la licencia para que cualquier grande o caballero pueda dejar mantenimiento después de sus días a su mujer (*Ibidem*, 163-278, ya mencionado).

suscitaba para el derecho por causa de las legitimaciones, en fin, que nunca se olvidan estos documentos de establecer un parangón al respecto entre el poder espiritual del papa y el temporal de los reyes que no reconocen superior[122]. Lo hacían conforme a las ideas expuestas por la doctrina, que venían avaladas por la práctica desde hacía tiempo, cuando menos desde los formularios redactados en la Corte de Juan II.

Lo dicho para las legitimaciones vale para las cartas de naturaleza: aparecen las mismas cláusulas de poder absoluto y no obstancias de leyes, así como las de ficción jurídica, porque se trataba de otorgar condición de natural de los reinos a alguien que carecía de la misma, e igual retahila de denominaciones privilegiadas se incluye de forma consecuente en estas provisiones, teniendo en cuenta que la naturaleza se consideraba como un privilegio para el beneficiario, a efectos de honras, tratos, oficios y beneficios[123].

Otro ejemplo del poder absoluto del monarca tiene lugar con motivo de la restitución de la buena fama de un condenado, ya que el rey alzaba y quitaba toda mácula, infamia y defecto en que por razón de la sentencia hubiera incurrido, restituyéndolo al estado anterior, no embargante las leyes que a ello se opusieran, las cuales dispensaba, abrogaba, casaba y derogaba para el caso particular, quedando en vigor para todo lo demás, según dictados literales de los documentos[124]. Como ocurría por lo demás en la generalidad de los perdones, porque todos ellos llevaban consigo el carácter de disposición singular y privilegiada, otorgada contra el derecho común o general, que el rey procedía a relajar y dispensar para la ocasión[125].

Las concesiones de hidalguía[126] y las donaciones de señoríos[127] suponen otras manifestaciones de absolutismo recogidas en las fórmulas documentales, en las cuales contemplamos la utilización de las cláusulas de *motu proprio*, ciencia cierta y poderío real absoluto, así como la de no obstante leyes.

Capítulo numeroso del formulario, de un notable casuismo, es el que formam las licencias, habilitaciones y dispensas, aparte de los supuestos ya comentados, todos ellos verdaderas dispensas *contra ius*. Por medio de las citadas licencias, y a despecho de las leyes que a su tenor se opusieran, el rey suple defectos o suspende efectos y siempre dispensa normas. En este epígrafe cabe incluir las moratorias de deudas[128], las licencias y cartas de seguro y salvaguarda[129], las licencias para vender mercancias vedadas[130], la licencia para edificar casas derribadas por or-

---

[122] *Fórmulas de documentos*, X. AGS, Títulos Rasgados, leg. 163-46, 121, 256, 473, etc.
[123] Cartas de naturaleza se recogen en AGS, Títulos Rasgados, 163-35, 45, 119, 316, etc.
[124] *Ibidem*, 163-68 y 117.
[125] *Ibidem*, 163-345, 346 y 347.
[126] *Ibidem*, 163-260.
[127] *Ibidem*, 163-375 y 376. Se trata de las donaciones efectuadas a Germana de Foix.
[128] *Ibidem*, 163-14 y 44.
[129] *Ibidem*, 163-33.
[130] *Ibidem*, 163-34 y 103.

den de la justicia[131], la licencia para dotar a hijas en menor cantidad de la legítima[132], la dispensa del requisito de que el renunciante de un oficio hubiera vivido al menos veinte días después de la renuncia[133], la ampliación o suplimiento del plazo que estaba establecido para tomar posesión de un oficio concejil renunciado[134], la licencia por la que a un menor se le suple el requisito de edad para poder ejercitar un oficio[135], la dispensa para que un regimiento vacante que se había de consumir conforme a las leyes pueda ser proveido[136], la licencia para servir un oficio por teniente[137], la licencia a un capellán para estar ausente de la Corte y no obstante percibir el salario como si hubiera estado residiendo[138], la licencia a un juez para que pueda ser árbitro de un pleito entre partes a pesar de su condición de oidor[139], la licencia a un clérigo presbítero para poder abogar en pleitos civiles[140], o la licencia a un regidor para desempeñar oficio de justicia en un lugar de señorío[141].

No es todo aún, porque según las citadas minutas de documentos el monarca podía determinar la suspensión de una pragmática[142], o la suspensión de un pleito iniciado en una Chancillería[143], como también el rey ordenaba que un pleito en una Audiencia se viera y determinara por oidores de dos salas[144], al igual que se dirigía al receptor general de la Corte para que pagara una libranza de forma irregular[145].

Los testimonios citados son muy indicativos de la actuación del monarca *contra ius* y del empleo de las cláusulas de poder absoluto y no obstancia de leyes, y además de forma continuada a lo largo del siglo XVI. Cierto que también cabe escoger otros no menos significativos de lo dicho ni de menor duración en el tiempo, pues como ellos se prolongan hacia el siglo XVII, especialmente en materia de Cortes, siempre con la Cámara de por medio. Es el caso de las cédulas regias concediendo venias de edad o dispensando vecindades a efectos de elección de procuradores de Cortes, cuando no daba licencias el monarca para desempeñar el oficio de procurador mediante sustituto[146], como asimis-

---

[131] *Ibidem*, 163-84.
[132] *Ibidem*, 163-58 y 85.
[133] *Ibidem*, 163-21.
[134] *Ibidem*, 163-37 y 66.
[135] *Ibidem*, 163-60.
[136] *Ibidem*, 163-64.
[137] *Ibidem*, 163-131.
[138] *Ibidem*, 163-20 y 24.
[139] *Ibidem*, 163-29.
[140] *Ibidem*, 163-32.
[141] *Ibidem*, 163-56.
[142] *Ibidem*, 163-11.
[143] *Ibidem*, 163-12.
[144] *Ibidem*, 163-58.
[145] *Ibidem*, 163-59 y 127.
[146] Lo he puesto de relieve en «La evolución de las Cortes de Castilla durante los siglos XVI y XVII», en *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, a cura di Bartolomé Clavero, Paolo Grossi, Francisco Tomás y Valiente, Milano, 1990, II, en particular pp. 679-680 y 723.

mo son un buen ejemplo las cédulas reales mediante las cuales se concedía a los procuradores el privilegio de suspensión de los pleitos civiles que se intentasen contra ellos a partir del instante de su elección[147].

E incluso si se quiere otra muestra, que abarca todo el siglo XVI, valga la que representan los testamentos de los reyes Carlos I, fechado en 1554[148], y Felipe II, datado en 1594[149], de naturaleza semejante al de la reina Isabel, de 1504, al que aludimos en el epígrafe precedente. Nada diferentes, por cierto, de los otorgados por los reyes Felipe III, Felipe IV y Carlos II en el siglo XVII[150]. En todos ellos se recogen de forma reiterada fórmulas de absolutismo regio, como la siguiente: «y de nuestro proprio motu, cierta ciencia y poderío real absoluto, de que en esta parte queremos usar y usamos, como rey y soberano señor no reconociente en lo temporal superior en la tierra, revoco, caso y anulo y doy por ningun efecto y valor...»[151]. ¡En pocos documentos ha lugar una tan solemme autoafirmación de poderío real absoluto como en los testamentos de los propios reyes![152].

Tan consolidado, en fin, estaba el poder absoluto del príncipe que, hasta en un momento tan poco propicio para su exaltación como fue el de las Comunidades, acaban pidiendo al rey los comuneros que otorgue, conceda y confirme sus capítulos, por vía de contrato, «de nuestra licencia e poderío real absoluto de que en esta parte queremos usar como reyes soberanos señores no reconocientes superiores en lo temporal»[153]. A semejanza de la llamada sentencia compromisaria de 1465, que citamos en otra oportunidad[154]. Menos nos puede extrañar, por supuesto, que se escucharan proclamas de poder absoluto en las Cortes de 1523, tras la derrota comunera[155].

No es cuestión de seguir ofreciendo documentos de valor jurídi-

---

[147] Lo he tratado con cierto detenimiento en mi trabajo: «Libertad de voto y privilegios procesales de los procuradores de las Cortes de Castilla (siglos XVI y XVII)», en *AHDE*, 63-64 (1993-1994), pp. 235-244.

[148] *Testamento de Carlos V*, introducción de M. Fernández Alvarez, Madrid, 1982.

[149] *Testamento de Felipe II*, Introducción de M. Fernández Alvarez, Madrid, 1982.

[150] Para su comprobación: *Testamento de Felipe III*, otorgado en 1620 (Introducción de Carlos Seco Serrano, Madid, 1982); *Testamento de Felipe IV*, fechado en 1665 (Introducción de A. Domínguez Ortiz, Madrid, 1982) y *Testamento de Carlos II*, firmado en 1700 (Introducción de A. Domínguez Ortiz, Madrid, 1982).

[151] *Testamento de Carlos V*, pp. 12-13 y también pp. 84-85. *Testamento de Felipe II*, p. 25 y asimismo pp. 59-60. *Testamento de Felipe III*, p. 29, e igualmente p. 61. *Testamento de Felipe IV*, pp. 36-37, 83 y 97-98. *Testamento de Carlos II*, pp. 185 y 203.

[152] Pese a ello, L. Sánchez Agesta atribuye un simple valor ritual a las cláusulas de poder aboluto recogidas en los testamentos («El 'poderío real absoluto' en el testamento de 1554», en *Carlos V (1500-1558)*, Granada, 1958, pp. 439-467).

[153] «Capítulos de la junta de Tordesillas», en fray Prudencio de Sandoval, *Historia del emperador Carlos V*, BAE, 80, Madrid, 1955, p. 316.

[154] B. González Alonso las ha comparado, observando este punto de coincidencia entre ambos programas políticos, aunque retringe mucho su alcance («Las Comunidades de Castilla y la formación del Estado absoluto», en *Revista de Historia del Derecho*, II-1 (1977-1978), pp. 263-313).

[155] En concreto por parte del procurador de Granada Juan Rodríguez de Pisa (AGS, Patronato Real 70-9).

co[156], con los que hemos traído a colación creo que ha quedado patente cómo en la práctica el poder del rey era aboluto, desligado del derecho positivo, lejos de cualquier principio de legalidad, pero para defensa del privilegio, tal como lo demandaba una sociedad señorial, como era la castellana de la época, fundamentada en la desigualdad ante el derecho de sus miembros, clasificados en estados, linajes, corporaciones, universidades, gremios, cofradías y vecindades. Lo cual no significa que el poder del monarca fuera despótico o tiránico, conforme venimos insistiendo. El propio derecho del reino ofrecía límites a la actividad real[157]. Tanto es así que tras las Comunidades, en una de sus demandas acogida por las Cortes, llegó a concretarse un recurso de suplicación desde la Cámara hasta el Consejo, a la espera de la segunda yusión del rey, para el caso de que la gracia o dispensa pudiera lesionar derechos de terceros, es decir, para el supuesto en que la Cámara se entremetiera en cuestiones de justicia entre partes. El texto de la ley recopilada es meridiana al respecto: «Las cosas que tocaren a perjuicio de tercero se despachen en Consejo Real, y no por Cámara, y si contra esto se diere alguna cédula por Cámara, y la parte suplicare en el Consejo, no se de sobrecédula por Cámara[158]. El Consejo era un Consejo de justicia y la Cámara era un Consejo de gracia y merced.

4.2. La doctrina de los juristas

4.2.1. *Preliminares*

Acabamos de contemplar por que derroteros se movía la práctica del derecho, ahora nos toca exponer lo que decían los juristas en sus li-

---

[156] Y hay campos que en este epígrafe no se han considerado, caso de las leyes generales y pragmáticas, de sumo valor a la hora de calibrar el poder aboluto del rey. Precisamente, según A. García Gallo, lo que caracteriza a las pragmáticas sanciones frente a las leyes de Cortes es que las pragmáticas se promulgan en virtud de su poderío real absoluto, sin propuesta o acuerdo de las Cortes. Lo expuso este autor en su trabajo: «La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI», en *AHDE*, XXI-XXII (1951-1952), pp. 624-625, en especial.

[157] Véanse al respecto las doce leyes que contiene el título catorce del libro cuarto de la Nueva Recopilación. El rótulo del título es ilustrativo: «De las provisiones, y cédulas que se dan contra derecho, y en perjuicio de partes». Mas debe hacerse una lectura cuidadosa, ya que con perjuicio de partes se está aludiendo a cosas de justicia, de particulares o de la Corona, y no a las de gracia y privilegio, aunque fueran de particulares. No comparto por ello la interpretación de García Gallo a la ley de Valladolid de 1442, luego incorporada a la Nueva Recopilación, según el cual al acceder el rey Juan II a lo pedido por los procuradores respecto «de las cartas que fueren entre partes o sobre negocios de personas privadas..., por manera que por ellas non se faga nin engendre perjuizio a otro alguno», se excluyen las materias que tocaban a la cosa pública, que quedaban reservadas a la facultad del rey. Su opinión la expone en «La ley como fuente del derecho en Indias», pp. 626-627. Como tampoco compartí la opinión de Pérez Prendes, quien al comentar esta ley piensa que con las palabras entre partes y personas privadas se está refiriendo el rey a los privilegios y prebendas. La opinión de Pérez Prendes se encuentra en su libro: *Cortes de Castilla*, Barcelona, 1974, pp. 142-145. La mía, en *Gracia, merced y patronazgo real*, pp. 101-104.

[158] Nueva Recopilación 2, 4, 11.

bros, para así contrastar teoría y práctica. Dos mundos, el de los documentos y el de los libros, no siempre coincidentes, pese a que casi todos los autores que vamos a analizar ejercieron el derecho en el foro, como miembros de los Consejos y Audiencias, o como abogados. Quizá nos puede sorprender esta divergencia, más a la vista de lo que ocurría en la época de los Reyes Católicos, cuando la doctrina de los letrados sobre la potestad absoluta del monarca no difería gran cosa de los dictados de las cédulas y provisiones expedidas por la Cámara. Mas la vida política y jurídica no permanecía inmutable, según ponen de relieve una mayor consolidación del poder real y la propia evolución doctrinal del *ius commune*. No podemos olvidar a este respecto la influencia que tuvo en la jurisprudencia castellana lo que se conoce como *mos gallicus* y humanismo jurídico, ni tampoco la de algunos notables teólogos, que acentúan la procupación ética o moralizante que ya venían sintiendo los seguidores del *mos italicus*, representada por la defensa de los derechos de terceros y la doctrina de la causa. Alargar los supuestos de los derechos natural y de gentes y exigir el requisito de la causa aun para los negocios tocantes al derecho positivo son las soluciones que se ofrecen para limitar el poder del príncipe.

No obstante, hemos de dejarlo bien claro, la mayor parte de juristas castellanos continúan moviéndose en la órbita de Partidas y de Fuero Real, así como en la senda que venían trazando algunos renombrados doctores, civilistas y canonistas, que sostenían que el rey, como el papa, estaba por encima del derecho positivo. Si bien, luego no hay unanimidad de criterios entre aquellos juristas de la Corona de Castilla que vamos a incluir en esta tendencia; los matices marcan la personalidad de cada autor.

Al lado de éstos, otros se manifiestan de manera más cauta, como intentando compaginar posiciones distintas, por lo que son más dificiles de encasillar. No rompen con la doctrina de los doctores del *mos italicus* pero muestran reticencias con la postura tradicional de quienes afirman que el poder del monarca está desligado de las leyes, principalmente por los efectos que podía tener sobre los derechos de terceros, los derechos adquiridos. Hay influencias en ellos de algunos autores que criticaban el poder absoluto del príncipe, en especial de Covarrubias, pero ciertamente no cabe calificarlos de antiabsolutistas, debemos insistir en este punto.

Es tan sólo una minoría la que defiende que el rey no se encuentra desvinculado del derecho, y para eso esta corriente minoritaria no está exenta de contradicciones, como no podía ser por menos, dado que continúa atribuyendo al príncipe capacidad de privilegiar y dispensar. También debemos de dejar apuntado que dentro de esta tendencia se encuentran algunos de los más afamados jurisconsultos de la Corona de Castilla.

Dadas estas diferencias entre la doctrina, hablaremos en primer lugar de los juristas que siguen las pautas tradicionales y que hemos visto culminar en Montalvo y Palacios Rubios. A continuación trataremos de aquellos autores que ante nuestros ojos se muestran más ambiguos en la

definición del poder del absoluto del príncipe pero sin llegar a su negación. Por fin, daremos a conocer las posturas de quienes rechazan de forma más o menos explícita que el príncipe esté desvinculado del derecho, que sea *legibus solutus*.

Todavía he hacer algunas reflexiones más. La primera, para señalar que no he efectuado un examen exhaustivo de la doctrina castellana, a pesar de haber sido generoso, e incluso se ha extendido el estudio por los primeros años del siglo XVII. El lector echará en falta algunos nombres, sin duda. En otro momento espero subsanar la deficiencia.

La segunda tiene que ver con la provisionalidad de cuanto diga a continuación, dado que es la primera aproximación que realizo, y se realiza, sobre el pensamiento de un número tan amplio de juristas castellanos. Esto lleva consigo otro inconveniente, el carácter descriptivo del presente trabajo, el ir dando a conocer opinión tras opinión, que sólo se podría evitar con un estudio monográfico y sistemático, mostrando a través de epígrafes sucesivos lo que opinan los autores sobre las diversas cuestiones que atañen al poder de los monarcas, o bien restringiendo su alcance al examen de la doctrina de algunos autores solamente. Aunque el carácter descriptivo también viene facilitado por la forma de exponer que tenían los juristas del *ius commune*, acentuadamente casuística. Pocos fueron los juristas capaces de abstrarse de alguna manera de los problemas puntuales y concretos que se suscitaban en Consejos, Audiencias y otros tribunales. Unos problemas que en relación con el poder absoluto del príncipe versan sobre pactos y contratos, donaciones, legitimaciones, herencias, provisión de oficios públicos, perdones, licencias para fundar y alterar mayorazgos, y asimismo sobre otras cuestiones, como la citación, apelación y defensión en el mundo de los procesos, o el tema de los tributos, por citar otra materia.

4.2.2. *Postura tradicional*

4.2.2.1. *Su reflejo en tiempos de Carlos V*

A continuación vamos a examinar la actitud de aquellos juristas castellanos del siglo XVI, y comienzos del XVII, que convencionalmente podemos calificar de tradicional. Es heredera de Fuero Real y Partidas, acaba de conocer un momento de esplendor con Montalvo y Palacios Rubios y tiene firmes apoyos doctrinales en los doctores del *ius commune*. Entre estos últimos, y a juzgar por las citas que encontramos en los libros de los autores castellanos, sobresalen los civilistas Baldo, Paolo di Castro y Filippo Decio, así como los canonistas denominados el Cardenal, Inocencio y el Abad Panormitano.

¿Quiénes fueron los juristas que en la Corona de Castilla defienden en estos tiempos la doctrina del poder absoluto del príncipe? No es pequeña su nómina, por lo que parece conveniente establecer alguna clasificación entre ellos, aunque sólo sea a efectos expositivos. Con este único objetivo expondremos primeramente lo que sobre la potestad ab-

soluta del monarca dijeron los juristas que se desenvolvieron en el reinado de Carlos V. Dentro de éstos, a su vez, me ha parecido conveniente comenzar por un autor como fue Rodrigo Suárez, de reconocida notoriedad, que empalma cronológicamente con Palacios Rubios y al igual que éste es deudor de la doctrina de Baldo, aunque Suárez parece mostrar mayor distanciamiento del doctor de Ubaldi.

La legitimidad de la autoridad del rey es incuestionable para Suárez, sin dependencias del pueblo, como también habían sostenido sus predecesores. Ahora con el argumento de la *translatio imperii*, de la *lex regia*, porque según este autor toda la jurisdición pertenece al rey en su reino, ya que el pueblo se la trasladó por completo[159]. Aunque no descuida tampoco atribuir a Dios la potestad temporal del príncipe, tanto que los reyes por Dios gobiernan, según recuerda, entre otras cosas con el fin de justificar las obligaciones morales del príncipe[160].

Sentado lo anterior, es lógico que en varias oportunidades afirme que el príncipe es *solutus legibus*, o que está *supra ius*, o que es ley viva[161]. Lo que no es óbice para que al mismo tiempo se señalen límites al poder del monarca. Entre éstos, uno es de carácter moral, que viene determinado por la distinción entre *vis coactiva* y *vis directiva*: de obligación no está el principe sometido a las leyes, pero sí de voluntad, porque los reyes quieren vivir conforme a ellas[162].

De mayor virtualidad es la distinción de naturaleza entre derechos. En este punto se manifiesta como los juristas precedentes: el príncipe puede rescribir contra el derecho positivo o civil, pues está sobre el mismo, pero no contra el derecho natural y el de gentes, que son inmutables[163].

¿Qué cosas son de derecho natural para Suárez? El dominio, ante todo, de modo que el rey no puede quitar a otro su derecho[164]. Por lo mismo la legítima de los hijos, que es de derecho natural, instituida en lugar de los alimentos, y que ha de dejar salvada el monarca en sus li-

---

[159] *Allegationes et consilia quaedam*, Salamanca, 1568, Allegatio III, 7 y 9.

[160] *Commentarii in L. Quoniam in prioribus C. de inoffic. testa. et in L. post rem iudicatam ff. de re iudic. nec non in alias fori et ordinamenti leges*, Salamanca, 1556, Ad Repetitio I. Quoniam in prioribus, Declaratio legis Regni «Secundo limitabis», núm. 15, p. 146.

[161] *Commentariii*, con reiteración a lo largo de la Ad Repetitio, Declaratio legis regni «Secundo limitabis», pp. 134-148. También *Allegationes*, Allegatio VIII, núm. 4 y Allegatio IX, 1 y 13.

[162] *Allegatio* VIII, 4.

[163] Es doctrina persistente a lo largo de sus obras. Como sucede en torno a la legítima, que entiende es un derecho natural de los hijos, pero no su cuota, que para él es de derecho civil, por lo que la potestad del príncipe, al conceder licencias de mayorazgo, puede ejercerse respecto a la cuantía, pero no en relación con toda la legítima. Puede comprobarse en *Commentarii*, Ad Repetitio Declaratio legis Regni, núm. 1-9, pp. 134-141. Como también en orden al dominio, que es de derecho de gentes, de modo distinto a los asuntos de derecho civil, relativos por ejemplo a juicios y sentencias, sobre los que más fácilmente puede obrar el príncipe (*Allegationes*, Allegatio XII, núm. 53 y 55).

[164] *Commentarii*, Ad Repetitio Declaratio legis regni «Secundo limitibus», 2, p. 135. *Allegationes*, Allegatio XII, núm. 55.

cencias de constitución de mayorazgos. En pugna con los doctores, entre ellos Bártolo y Baldo, que habían defendido que la legitíma, como la facultad de testar, era de derecho civil. Suárez se mostraba así partidario de ampliar los supuestos de derecho natural, que el define de derecho natural de gentes[165]. Pero igualmente está obligado el príncipe por los contratos, y no sólo naturalmente, sino también civilmente[166], y en este sentido equipara a los contratos los privilegios otorgados por el rey por remuneración o por precio[167]. Además de apuntar otros supuestos, caso de los defectos de incapacidad en la provisión de oficios, que puede suplir el rey de su autoridad si afectan al derecho positivo, pero no si son de derecho natural[168].

Todo por la salvaguardia de lós derechos de terceros, de los derechos adquiridos, como siempre. En este sentido se encuentra su opinión de que las confirmaciones efectuadas por el rey valen si no se perjudica a tercero[169]. Idéntico significado tiene su afirmación de que siempre se presume en la duda que el príncipe no quiere perjudicar a derecho de tercero[170]. No otra es su intención a la hora de valorar las conocidas cláusulas que se recogían en los rescriptos, tales como las de plenitud de potestad, *motu proprio, non obstante* y ciencia cierta, llegando a decir que en caso de duda no se debe presumir que el rey quiera usar de plenitud de potestad. De aquí también la importancia que de cara a la eficacia de los rescriptos atribuye a los vicios de voluntad del príncipe, de obrepción y subrepción, ocasionados por importunidad del peticionario, por lo que se debe de esperar una segunda yusión regia[171].

Tanto es asi, que no obstante sus reiteradas afirmaciones de que el príncipe puede rescribir contra el *ius civile* o positivo, y no contra el natural de gentes, se atreve a sostener que para que el príncipe pueda rescribir contra el derecho positivo se requiere justa causa y que de no obrar así peca. Eso a pesar de que emplee la cláusula no obstante y él mismo sea ley civil, porque el príncipe, como un buen padre de familia, debe obrar por rectitud de justicia y de equidad, no por sola voluntad. O con otras palabras, utilizando un proverbio muy usual entre los juristas del *ius commune*, para el caso de que el papa o el príncipe procedan a la dispensa sin causa, *quia illa est magis dissipatio quam dispensatio*[172]. Está pensando Suárez cuando hace este pronunciamiento en las licencias regias para fundar mayorazgo de todos los bienes en favor

---

[165] Me remito a la nota 163.

[166] *Allegationes*, Allegatio IX, núm. 1-3 y Allegatio X, núm. 1 y 2.

[167] *Allegationes*, Allegatio VII, núm. 7 y 9 y Allegatio IX, núm. 5.

[168] *Allegationes*, Allegatio XII, núm. 6-21.

[169] *Allegationes*, Allegatio VIII, n. 18 y Allegatio XI, núm. 3.

[170] *Allegationes*, Allegatio VII, 3 y 4.

[171] Véanse al respecto lo que dice especialmente en la alegación XII, pero también en las anteriores, las que llevan los núemeros VII a XI, o posteriores, como las alegaciones XIV y XXVIII, siempre de su obra *Allegationes*.

[172] Particularmente en *Commentarii*, Ad Repetitio Declaratio legis Regni «Secundo limitabis», núm. 14 y 15, pp. 143-146.

del hijo mayor, en daño de la legítima, o al menos por encima del tercio y quinto de mejora, así como en las licencias para poder enajenar bienes de mayorazgo, por la naturaleza de estos mismos bienes, que él se muestra partidario de restringir fuertemente en todas estas situaciones, frente a la práctica de la Cámara, que bien conoce y tanto parece desagradarle [173].

Es importantísima su toma de postura, ya que siguiendo a santo Tomás se aparta de la glosa y los doctores, especialmente de Baldo y de Inocencio —y asimismo por tanto de Montalvo y de Palacios Rubios, aunque no mencione a éstos—, que afirmaban que en los rescriptos contra el derecho civil no se requería causa en el príncipe, que lo podía hacer de voluntad [174]. Si bien, y esto quita fuerza a la declaración anterior, en otros instantes, cuando alega en propia causa, en un regimiento de Salamanca por el que pleitea, no se muestra tan tajante y llega a sostener que la justa causa, causa racional o causa de utilidad pública siempre se presume en el príncipe [175]. Con lo cual los límites parecen más de carácter moral que jurídico, como se muestra además por la afirmación que hace en otros pasajes de que no se puede hacer mayorazgo más alla del tercio y quinto sin licencia del rey, y con la cláusula *non obstante lege*, ya que es una dispensa de ley y ésta le está reservada al príncipe [176]. Más aún, para Suárez en todos los casos se precisa facultad regia para hacer mayorazgo, a excepción de cuando no existan herederos necesarios a los que se deba legítima [177]. En línea en esta ocasión con Palacios Rubios, a quien ahora recuerda.

La doctrina de la causa va a ser en definitiva la clave de todo el edificio que construye Suárez, a imitación de tantos y tantos juristas, tomando el argumento de la escolástica. Si antes apuntábamos que a su entender el rey no podía rescribir contra el derecho positivo sin causa, en varios pasajes sostiene que el príncipe puede dictar con justa causa disposiciones contra el derecho natural y de gentes. Así, nos dice que el rey no puede quitar a otro su derecho si no es con causa, porque es un derecho adquirido de derecho de gentes o natural [178]. Como en particular el monarca no puede quitar el dominio, por su condición de dere-

---

[173] Y en este sentido no duda en aconsejar a los reyes y a lo consejeros que no se expidan facultades con cláusulas que dañen los derechos de la legítima. En *Commentariii*, Ad Repetitio Declaratio legis Regni «Secundo limitabis», núm. 14, p. 144. Por otro lado, en cuanto a las licencias o privilegios regios para vender y enajenar bienes de mayorazgo, a su entender sólo pueden hacerse «maxime ex iusta causa» (*Allegationes*, Allegatio III, núm.4).

[174] Puede verse su opinión en *Commentarii*, Ad Repetitio Declaratio legis Regni «Secundo limitabis», 9, p. 141, y sobre todo en *Allegationes*, Allegatio XII, núm. 52-58.

[175] *Allegationes*, Allegatio XII, núm. 53-58.

[176] *Commentarii*, Ad Repetitio legis Regni «Secundo limitabis», núm. 6-16, pp. 140-147, incluyendo fórmula de licencia regia de mayorazgo, en la que son abundantes las cláusulas de poderío real absoluto. También, *Consilia*, Madrid, 1599, consilium primi, 13, pp. 8-9.

[177] *Commentarii*, Ad Repetitio Declaratio legis Regni «Secundo limitabis», núm. 16-17, pp. 146-147.

[178] *Allegationes*, Allegatio VII, 1 y 2.

cho natural y de gentes, salvo que lo haga con causa[179]. Pero es que si hay causa justa el príncipe, por medio del derecho positivo, puede hasta interpretar el derecho divino, y aun derogarlo, como sería el caso de que por una ley o estatuto se evitara el pecado[180]. Cuando no da más rodeos aún y admite que el papa, y el príncipe en consecuencia, puede quitar a otro el derecho adquirido de derecho natural si se encuentra como accesorio respecto al principal de derecho eclesiástico[181].

Este es en síntesis el pensamiento de Rodrigo Suárez sobre el poder del príncipe, seguidor de la doctrina tradicional castellana, aunque con algunos matices, que no se vieron libres de contradicciones. Como tradicional, más tradicional, fue la postura del doctor Diego del Castillo, un contemporáneo suyo, que también se atreve a corregir a Baldo, pero en esta ocasión por considerarle excesivamente riguroso en la exigencia de requisitos para los rescriptos de legitimación. Diego del Castillo, por otra parte, es un autor de menor entidad que Rodrigo Suárez[182].

El pronunciamiento de Diego del Castillo sobre el poder absoluto del príncipe se produce al comentar la ley 12 de Toro, que trata de las legitimaciones. Sus palabras no dejan lugar para la duda. Según este autor, sólo el papa y el príncipe pueden legitimar porque son los únicos que pueden dispensar *supra ius*. Y a la inversa, no puede legitimar y dispensar quien no pueda dispensar *supra ius*[183].

Idea que remacha a continuación, cuando nos habla de las facultades reservadas a la excelencia del príncipe, además de la legitimación. Entre otras enumera las de conceder venias de edad, interpretar y declarar la ley general, así como revocarla y hacerla de nuevo, interponer decreto sobre arrogación, o hacer gracia del juramento. Se pregunta por la fundamentación de estas facultades y contesta que esto lo hace el príncipe de *plenitudo potestatis*, que a ninguna necesidad está sometida y por ningunas reglas de derecho está limitada, de acuerdo con la doctrina de los doctores, particularmente de Baldo[184]. De forma bien contundente.

A tal punto lleva la exaltación del poder del príncipe, que Diego del Castillo se muestra partidario de que no es preciso incluir la cláusula *non obstante* en el privilegio de legitimación. Contra Baldo, que decía que la legitimación debía contener claúsula derogatoria y expresamente la de *non obstante tale lege*. La razón no es menos clara para el autor castellano: porque la concesión de privilegio es ley privada y por

---

[179] *Commentarii*, Ad Repetitio Qoniam in prioribus, Declaratio legis Regni Praemito quod, 8, p. 128. También *Allegationes*, Allegatio VII, 1 y 2 y Allegatio XII, 58.

[180] *Commentarii*, Declaratio L. IV, lib. II, foro 11, núm. 30-35, pp. 428-430 y Disputatio quaestionis in materia maioricatus, núm. 8 y 26-30, pp. 433-434 y 438-439.

[181] *Allegationes*, Allegatio XII, 57.

[182] Según refleja su libro *Utilis et aurea glossa super leges Tauri*, Salamanca, 1544.

[183] *Ibidem*, glosa a ley 12, fo 65r., col. 4.

[184] *Ibidem*, glosa a ley 12, fo 65r., col. 5.

lo mismo se da en derogación de leyes[185]. Y no niega que la cláusula no embargante sea eficaz para invalidar cualesquier leyes y costumbres en contrario[186].

Cierto, también, que Diego del Castillo no se olvida de señalar límites a la actividad del príncipe. Estos son los que bien conocemos, derivados de la doctrina de la causa y del sometimiento del príncipe a los derechos divino, natural y de gentes. No es ahora menos concluyente, contémplense sus afirmaciones: la ley humana nada puede aclarar contra la ley divina[187]; la ley divina no puede ser derogada por ley o estatuto del príncipe, por defecto de potestad, porque el inferior no puede quitar la ley del superior[188]; el rey no puede dispensar sin justa causa contra el derecho de gentes[189].

Otro de los autores que se mueve en la línea tradicional fue el doctor Hugo de Celso, contemporáneo de los dos precedentes. LLevó a cabo una obra en lengua romance, muy semejante en su naturaleza y contenido a la Peregrina o a la *Secunda Compilatio* de Montalvo[190].

De Hugo de Celso nos importa su pronunciamiento sobre el poder absoluto del príncipe: el rey no es sujeto a las leyes pero debe vivir por las leyes, compaginando proverbios, según ya hicieran las Partidas[191]. Como también nos interesan varias de sus definiciones, que inciden en lo mismo, como la que nos da de la dispensa: otorgamiento a algunas personas sobre las que se ha poder para que puedan hacer y usar de las cosas que de derecho les son defendidas[192]. No son menos útiles sobre el particular sus descripciones de lo que entiende por privilegio: cuando el papa, emperador o rey otorga alguna cosa que es contra ley o contra el derecho para hacer bien y merced a aquel a quien da tal privilegio[193]; o de otro modo: tanto quiere decir como ley apartada que es hecha señaladamente por provecho o por honra de algunos hombres o lugares y no de todos generalmente[194]. Pero otro tanto podemos decir de la idea de gracia: don que face el rey a alguno que por derecho se podía excusar de hacer[195]. E incluso de la noción de perdón: perdonar es relajar o quitar a algún hombre la pena que debiera recibir por el yerro que hubiera fecho[196]. No podemos decir cosa distinta tam-

---

[185] *Ibidem*, glosa a ley 12, fo 64v, col. 3.

[186] *Ibidem*, glosa a ley 1, fo 16, col. 4.

[187] *Ibidem*, glosa a ley 1, fo 12v.

[188] *Ibidem*, glosa a ley 1, fo 12v.

[189] *Ibidem*, glosa a ley 45, fo 143r.

[190] La edición que manejo es la siguiente: *Repertorio de las leyes de todos los Reynos de Castilla, abreviadas y reducidas por..., y agora nuevamente por el doctor Aguilera... y por el doctor Victoria*, Valladolid, 1547.

[191] Voz *Rey*.

[192] Voz *dispensación*.

[193] Voz *cartas y escripturas*.

[194] Voz *privilegio*.

[195] Voces *gracia y merced y mercedes*.

[196] Voz *perdonar* y *perdones*.

poco del concepto de justicia distributiva del monarca: debe honrar y amar y guardar a su pueblo haciendo merced a cada uno según que son ellos y los hechos que por el rey y el reino han hecho[197].

Estas definiciones llevan consigo unos inevitables corolarios para el ejercicio del poder absoluto y soberano del monarca. Los extracta el propio Hugo de Celso, de este modo: ninguno puede dar en estos reinos privilegios salvo el rey[198]; ninguno puede armar caballero salvo el rey y la reina[199]; tales perdones ninguno los puede hacer sino el rey[200]; o más genéricamente por cuanto hace a la dispensa, al afirmar que el rey dispensa en lo temporal como el papa lo hace en lo espiritual[201]; o también la reserva en favor del rey de la suprema jurisdicción, que concreta en la apelación de los grandes señores al rey[202]; o la reserva igualmente del dictado «es mi merced»[203].

Si estos son los puntos que debemos destacar en el Repertorio de Hugo de Celso para comprender el lugar que ocupa entre los juristas que se pronunciaron sobre el poder absoluto del príncipe, todavía deberíamos señalar otros para hacernos más cabal idea de su pensamiento al respecto, verdaderamente práctico, como es su valoración de las tres clases de derechos: divino, natural y positivo de gentes, o la triple clasificación que hace de las cartas o rescriptos: *secundum ius, praeter ius* y *contra ius*, o su relación de la segunda yusión del príncipe, que lleva consigo apreciaciones clásicas en torno a los vicios de obrepción y supreción[204]. En fin, no debemos pasar por alto, por lo que significaba en el mundo de la gracia y el privilegio, que el autor recoja ya la existencia de un recurso de suplicación, desde la Cámara hasta el Consejo, para el caso de que la Cámara se entrometiera en asuntos que afectaran a derechos de terceros[205].

Más indefinida que la postura de los tres autores que acabamos de referir —pero menos que la de otros—[206] se nos presenta la de Juan Bernardo Díaz de Lugo, un autor algo posterior, que entre otros trabajos introdujo en Castilla un genero literario, el de la exposición de reglas de ambos derechos. No se pronuncia de forma expresa sobre si el

---

[197] Voz *rey*.

[198] Voces *cartas y escripturas* y *privilegio*.

[199] Voz *caballero* y *caballería*.

[200] Voz *perdonar* y *perdones*.

[201] Voces *legitimación* y *papa*.

[202] Voces *apelación, grandes señores* y *jurisdicción*.

[203] Voz *grandes señores*.

[204] Voz *cartas y escripturas*.

[205] Voz *cédulas*. También lo recogió Jaime Soler en una obra de mucha menor entidad: *Repertorio de todas las leyes de Castilla*, Toledo, 1529, voz *pleyto*.

[206] Es el supuesto de Miguel de Cifuentes, *Nova lectura sive declaratio legum taurinarum*, Medina del Campo, 1555, pese a que se lo podían haber puesto en bandeja las dos primeras leyes de Toro, pero que no llega a comentar. Aunque reconoce, cómo no, al comentar la ley 12, que puede legitimar el príncipe que no reconoce superior, en el núm. 8, fo 15r.

rey está o no desvinculado de las leyes, aunque todo parece dar a entender que se mueve dentro de los cauces tradicionales[207].

Sí se enfrenta en todo caso con el valor de la cláusula *non obstante*, que a su entender no puede quitar la determinación de una ley antigua, ni tampoco de un acto o constitución jurada[208]. También nos habla de la segunda yusión del príncipe, que hace equivalente de la cláusula *motu proprio*, capaz de quitar los vicios de obrepción y subrepción[209]. Asimismo afirma, por otro lado, que el príncipe no puede perjudicar el derecho de otro, de tercero, siempre que no sea por justa causa[210]. Como por causa puede incluso interpretar el derecho divino, aunque no quitarlo *in totum*[211]. Y la causa, según el autor, siempre se presume en el príncipe[212], quien además puede ser juez en causa propia, como rey que no reconoce superior[213]. La causa, pues, es el eje sobre el que gira su raciocinio sobre el poder del príncipe, que parece bien defendido en su obra, pese a la falta de pronunciamientos más explícitos sobre su condición de absuelto de las leyes.

Tras la exposición de Bernardo Díaz de Lugo corresponde dar cuenta de lo que pensaron acerca del poder del príncipe una serie de juristas que escriben hacia mediados de siglo, todavía en vida del emperador, algunos de reconocido renombre, que cabe encuadrar dentro de lo que hemos venido en denominar postura tradicional. De entre todos ellos vamos a referirnos en primer lugar a Fernando de Loazes, un autor foráneo, que llegó a arzobispo de Tarragona y gozó de mucha fama por sus escritos. Si aquí lo traemos a colación es por su dictamen a favor del marqués de Los Vélez, en el conflicto que enfrentaba al noble con los vecinos de la ciudad de Mula por la jurisdicción de la citada ciudad[214]. Loazes se manifiesta en esta obra como un perfecto conocedor de lo que decían los doctores acerca del poder absoluto del príncipe y en el futuro sería uno de los autores más citados por los juristas castellanos al tratar de la potestad regia.

El dictamen de Loazes, como era clásico en el mundo del *ius commune*, se divide en dos partes diferentes, pues mientras en la primera expone los argumentos que pudieran favorecer a la parte de los vecinos, en la segunda pasa a refutarlos en beneficio de las pretensiones del marqués. Y en ambas ocasiones, de forma contrapuesta, como veremos,

---

[207] Aquí manejo, por razones del tema, una de sus obras: *Selectarum regularum et fallentiarum utriusque iuris liber unus*, Alcalá, 1569, con adiciones de Iñigo López de Salcedo, quien si se pronuncia sobre el poder absoluto del príncipe y en sentido totalmente crítico con la doctrina de los doctores, conforme más tarde veremos.

[208] *Selectarum*, reg. 89 y 90.

[209] *Selectarum*, reg. 576, fo 53 r.

[210] *Selectarum*, regula 572, fo 52 r-v.

[211] *Selectarum*, reg. 525, fo 138v.

[212] *Selectarum*, regula 72, fo 16 r.

[213] *Selectarum*, reg. 581, fo 151.

[214] *Consilium sive iuris allegationes super controversia oppidi a Mula, orta inter ilustrissimum Dominum a Velez Marchionem, et illius subditi supradicti oppidi dominio, atque iurisdictione*, Milán, 1552.

saca a relucir la teoría de los juristas sobre el poder absoluto del príncipe. En la primera de ellas al centrar su argumentación en la fuerza de los contratos que hace el príncipe con los súbditos, en este caso del compromiso de varios reyes de Castilla de no enajenar a la villa de la jurisdicción real. En efecto, según Loazes, de acuerdo con Baldo, los contratos no obligan civilmente al príncipe, sino sólo naturalmente, ya que las cosas que son de derecho civil pueden ser cambiadas por él. El príncipe, asegura con Baldo, no está obligado por ley positiva, pero sí por los contratos, porque del dictamen de la razón nunca se libera. Ni siquiera de plenitud de potestad puede ir el rey contra sus contratos, coincidiendo con la opinión de Baldo, Paolo di Castro, Decio y otros. Pero lo dicho para los contratos vale para los privilegios remuneratorios, anticipando raciocinios, ya que en su opinión tienen fuerza de contratos, e igual sucede también con las inmunidades concedidas por contrato o cuasi contrato.

Con el valor de los contratos se está intentando salvar el derecho de terceros. Según Loazes, nunca es intención del príncipe querer perjudicar a un tercero en sus concesiones, privilegios y rescriptos, y esto aunque se haga la concesión *motu proprio* o *ex certa scientia*. Principalmente si se trata de un notable perjuicio. Las cláusulas *motu proprio* y *ex certa scientia* no suplen los defectos de intención si se prueba que las causas alegadas no existen. Más aún, en aquellas cosas que consisten en pactos no operan las cláusulas *motu proprio, ex certa scientia* y *ex plenitudine potestatis*, y cuando el príncipe quita a alguno el derecho adquirido por derecho de gentes no actúa el príncipe de *plenitudo potestatis*, sino de *plenitudo tempestatis*, utilizando uno de los aforismos, sentencias o brocardos tan al uso entre los juristas del *ius commune*[215].

En otra dirección se manifiestan los argumentos en favor del marqués, dirigidos a mostrar la validez de la donación de la ciudad de Mula hecha por Juan II a Alfonso Yáñez Fajardo. De entre ellos, uno muy consistente, intentar demostrar que había sido una merced remuneratoria, hecha por justa y necesaria causa, por grandes y urgentes servicios. La razón era obvia, porque para Loazes, en doctrina tampoco original, la donación remuneratoria más que donación es permuta y compensación, y por tanto era irevocable[216].

Tampoco extrañará, en consecuencia, que vuelva a enfrentarse con las cláusulas *ex certa scientia, motu proprio, non obstante* y *de plenitudine potestatis*, contenidas por cierto en abundancia en la mencionada donación, pero ahora en defensa de los intereses del marqués. Si bien, todo hay que decirlo, el elemento determinante de su argumentación será la causa.

Loazes da a conocer lo que dicen la glosa y los doctores, entre ellos Inocencio y Francischinus Curtius, al que califica de su preceptor.

---

[215] De los argumentos esgrimidos a favor de la ciudad de Mula inrteresan especialmente los recogidos en el «Quintum fundamentum», *Consilium*, pp. 28-65.

[216] *Consilium*, pp. 105-108.

De conformidad con estos autores, el príncipe, de plenitud de potestad, constando su voluntad, puede sin causa quitar los bienes de los súbditos y dárselos a otros, en perjuicio de terceros. Más aún, cuando se dice que el príncipe usa de las cláusulas, no sólo es que le sea lícito lo que quiere, sino que como tiene la condición de ser *causa causarum* puede hacer todas las cosas que son *supra ius et contra ius*. Por lo mismo, al príncipe no se le puede resistir, ni preguntarle *cur ita facis*, ni cuestionarse sus hechos y provisiones, ni disputar de su potestad. Incluso cuando el príncipe, de plenitud de potestad, constando su voluntad, y por vía extrajudicial, priva a sus súbditos de sus cosas y se las entrega a otros no se exige citación de aquéllos. Como también, usando de las cláusulas *ex certa scientia* o *de plenitudine potestatis*, todo dolo, toda lesión, todo presunto error y todos los defectos de solemnidad quita, suple y excluye. Por más que mayor efecte producen esas cláusulas cuando se utilizan todas juntas, concluye con Baldo[217].

Son argumentos acumulativos, como otros varios que no voy a citar. Sin embargo sí quiero aludir a uno ya anticipado, el valor de la causa, que en su discurso también va a favorecer al rey. Loazes lo saca a relucir al preguntarse si hubo en efecto un contrato entre los reyes castellanos y los vecinos de Mula, pues en caso de que lo hubiera, y aun aceptando que los otros argumentos carecieran de valor, todavía era posible la intervención del príncipe a favor del marqués, ya que habiendo causa puede el príncipe romper el contrato y venir contra su obligación jurada. Argumento que se torna muy ventajoso para la intervención del príncipe si consideramos que Loazes afirma que siempre se presume causa verdadera en el príncipe, especialmente si éste usa de las cláusulas *motu proprio* o *ex certa scientia*, como es nuestro caso, señala, de conformidad añade con la doctrina común de los doctores, y no sólo se presume causa en el príncipe en aquellas cosas que son de derecho positivo, sino también en las que son de derecho divino[218].

Pero tan absoluto es el rey en la argumentación de Loazes como para que el monarca pueda hacer leyes sin consejo de otros[219], e incluso valen las donaciones regias sin formalizarse en escritura, porque según su sentencia lo que a la palabra del príncipe place tiene vigor de ley[220].

Otro autor bastante clásico y cercano a los doctores, y a otros autores más modernos que con ellos coinciden, es Pedro de Dueñas. Su obra está plagada de citas de Inocencio, Angelo, Baldo, Cino, El Abad, Paolo di Castro, Belluga, Decio y el propio Loazes. El mayor interés para nosotros estriba en su preocupación procesal, ya que no observamos aportaciones en relación con la distinción de derechos, el alcance

---

[217] *Consilium*, pp. 308-317.
[218] *Consilium*, pp. 217-374.
[219] *Consilia*, pp. 390-414.
[220] *Consilium*, pp .421-424.

de las cláusulas recogidas en los rescriptos o el valor de la causa, aunque siempre puede observarse algún matiz personal[221].

El valor de la causa es decisivo en su exposición, según cabe apreciar por su afirmación de que el príncipe con justa causa puede quitar el dominio de cosa ajena y dispensar el derecho de gentes, natural y divino. De modo que por mucho que titule de divino el derecho de apelación y citación, o califique de derecho natural la defensión, luego queda matizado cuando dice que el príncipe puede quitar estas garantías procesales por justa causa. Además de que siguiendo a una parte importante de la doctrina se muestra partidario de presumir siempre causa en el príncipe, hasta identificar voluntad con causa, como hacen también no pocos doctores[222].

Conoce y menciona la opinión de los doctores sobre el alcance de las cláusulas *de plenitudine potestatis* y *ex certa scientia*, particularmente la de Baldo, según la cual todo lo puede el príncipe, *supra ius* y *contra ius*, usando de la cláusula *ex certa scientia*, o la de Castro y Decio, en forma de regla, según la cual el príncipe actúa de plenitud de potestad cuando de otra manera el acto pudiera no valer, a fin de que el acto no se pierda[223]. No obstante introduce una matización en este terreno, a la hora de interpretar la eficacia de la confirmación de un acto nulo efectuada por el príncipe, que para los doctores si se hace *ex certa scientia* suple sin más todo defecto y según él, para que valga esta confirmación hecha sobre cosa invalida *ex certa scientia*, debe efectuarse con conocimiento de causa y citación de la parte[224].

Si a Pedro de Dueñas acabamos de calificar como autor clásico, no podemos hacer otra cosa con Francisco de Avilés, que trata con mucho más pormenor todo lo relativo al poder del príncipe. La propia naturaleza de su obra así lo exige[225].

Para empezar, Avilés vuelve a recordarnos el origen divino del poder del rey de España, que no reconoce superior[226]. El rey es vicario de Dios en la tierra y recibe la potestad de la espada de la majestad divina[227]. Mas al tiempo, tampoco juzga contradictorio señalar un origen humano, emanado del pueblo, que le entregó toda la jurisdicción, de modo que ésta reside en el rey y nada de ella le queda al pueblo; el argumento de la translatio imperii[228]. Sea por uno o por otro camino la monarquía quedaba a la postre al margen de cualquier control institu-

---

[221] *Regularum utriusque iuris cum ampliationibus ac limitationibus. Liber Primum*, Lyon, 1557.

[222] *Regularum*, pp. 62-65.

[223] *Regularum*, p. 66.

[224] *Regularum*, p. 182.

[225] *Nova diligens ac perutilis expositio capitum seu legum praetorum, ac iudicum syndicatus regni totius Hispaniae*, Medina del Campo, 1557.

[226] En varias oportunidades nos recuerda que el rey de España no reconoce superior, comenzando por el *proemium*, *Nova diligens*, fo. 2v, núm.13.

[227] *Nova diligens*, fo 12v-13r, núm. 4 y 9.

[228] *Nova diligens*, cap. 1,1, fo 19r.

cional, como además se verifica por otros postulados de Avilés, según veremos a continuación.

El rey es ley animada[229], continúa, puede dar leyes generales e interpretarlas[230]. De acuerdo con Bártolo y Baldo nos dirá que para dar leyes generales no necesita del consentimiento de los próceres, no está obligado a ello *de necessitate*, sino *de congruitate, de honestitate*, o *de humanitate*. Como tampoco necesita usar de la cláusula *non obstante* para derogar una ley, siguiendo ahora a Paolo di Castro, porque se juzga que lo puede hacer *ex certa scientia*. Mas no sólo le compete dar ley general, sino que es ley común o general cuanto le place al príncipe, *placitum principis est lex*, de modo que si no quiere no es ley común o general, porque si no quiere no lo es, redunda. Incluso la sentencia del príncipe de ordinario se hace ley general, y también los contratos del príncipe tienen fuerza de ley general.

Sin embargo, donde con fuerza concluyente expone la tesis del poder absoluto del príncipe es con motivo de las dispensas. El rey, señala, puede dispensar en todas las cosas y remitir la pena. La razón de ello es clara para él: porque el rey está investido de plenitud de potestad y no está atado a las leyes[231].

El rey está desvinculado de las leyes, lo que a él place es ley, pero no lo puede todo. Para Avilés el monarca tiene sus límites, como los tenía para la glosa y los doctores del *mos italicus*. Por la protección de los derechos de terceros y con los argumentos en su defensa de la distinción de naturaleza entre derechos, la doctrina de la causa, la diferente valoración de las cláusulas contenidas en los rescriptos y el mecanismo de la suplicación a la espera de la segunda yusión del príncipe.

Por ejemplo, en materia de mandamientos del rey, que no se han de cumplir si van contra los artículos de la fe. Tampoco se han de cumplir si van contra la república o contra el derecho de tercero, en cuyo caso se sobresee la ejecución y se suplica al rey a la espera de una segunda yusión, a no ser que sean dados con causa, según puede inferirse de las cláusulas *ex certa scientia* y *non obstante*[232].

Aunque aquí Avilés confiesa discrepar de aquellos autores que como Baldo y Cino sostenían que siempre se presume causa en el príncipe, que su voluntad se toma por justa causa, especialmente si dice el príncipe que actúa *ex certa scientia*. Lo señala a propósito de la facultad del rey de imponer tributos y sigue la opinión en este punto de Francisco de Aretino. Porque para Avilés no se presume causa en el príncipe, si no se expresa, en aquellas cosas que son contra el derecho adquirido de derecho natural y de gentes y en perjuicio de otro. Es decir, que se exige que el príncipe exprese la causa para que pueda dis-

[229] *Nova diligens*, fo 12v, 3.

[230] *Nova diligens*, proemio, 1-3 y 13-14, fos 14v-15v., para todo lo relativo a las leyes generales.

[231] *Nova diligens*, cap. 36,1, fo 229v.

[232] *Nova diligens*, cap. 1, núm. 15-22, fos 47r-48r.

pensar contra el derecho natural y de gentes, pues de lo contrario no vale la concesión, como también señala[233].

Semejantes ideas, me refiero ahora a las que se basan en la distinción de derechos, vuelve a repetir cuando habla del valor de la confirmación de negocios jurídicos por parte del príncipe, en especial de la confirmción de oficios. Porque a su entender la confirmación del papa, o del rey, suple defecto de solemnidad, de forma y de personas solamente en cuanto a defectos de derecho civil, pero no de derecho natural o de gentes, como es por ejemplo el caso del consentimiento[234].

Francisco de Avilés, con sus glosas y comentarios a los capítulos de corregidores es un buen representante de los juristas castellanos que cabe encuadrar dentro del *mos italicus*, pero su prestigio y calidad no llegó a la de un gran maestro de esta corriente, Antonio Gómez, catedrático de la Universidad de Salamanca, que también se mueve dentro de los postulados tradicionales acerca del poder del príncipe. Si bien Antonio Gómez, aun dentro de esta tendencia, va a destacar por su firme defensa de los derechos adquiridos, de los derechos de terceros, aunque no deja de admitir el correctivo de la causa[235].

Por de pronto, su clasicismo se observa ya en las tesis sobre el origen del poder regio, que comparte con otros autores que venimos examinando, a partir de Palacios Rubios. Desde el punto de vista humano, o civil, se remonta a la translatio imperii, aplicable al emperador, rey o príncipe que no reconoce superior, en virtud de la cual el pueblo, personificado en el senado y el pueblo romano, trasladó toda su potestad al emperador, de lo cual deriva su poder de hacer leyes[236]. Mas al mismo tiempo sostiene un origen divino, porque si la ley humana o positiva obliga según él en conciencia es porque está hecha por autoridad divina a través de sus ministros, que por Dios reinan, y quien resiste a la autoridad de los reyes resiste a la autoridad de Dios, de la cual toma fuerza la ley humana positiva, con citas de Los Proverbios, san Agustín o san Pablo[237].

Los poderes del rey no eran pocos. Según Antonio Gómez, el rey o príncipe tiene en su reino diversos derechos y privilegios que le competen en signo de plenitud de potestad, son los *privilegia regalia*, que sólo corresponden a la suprema potestad del príncipe[238]. En la línea de Belluga y otros autores. De entre estos derechos, el primero es el de dar leyes, declararlas e interpretarlas[239]. También se considera regalía

---

[233] *Nova diligens*, cap. 24, núm. 8 y 13, fos 200v-201r.

[234] *Nova diligens*, cap. 17, núm. 13, fo 173r.

[235] Véanse al respecto: *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Madrid, 1780 y *Variae Resolutiones Iuris Civilis, Communis, et Regii*, Madrid, 1780.

[236] *Ad leges Tauri*, Comm. ad legem primam, núm. 6, p. 5.

[237] *Ibidem*, 3 y 11, pp. 5 y 8.

[238] Los enumera en *Ad leges Tauri commentarium*, commentarium in legem XLX, 10, pp. 269-270.

[239] Tema que trata con más detenimiento en los números 6 y 7 del comentario a la ley primera de Toro, edición citada, pp. 5-6.

del monarca la venta por su parte de cosa ajena, aun cuando el dueño tenga la posibilidad de ejercitar acción contra el rey para su recuperación en el plazo de cautro años. La moneda es otra facultad suya. Igualmente está en sus manos revocar la sentencia definitiva pasada a cosa juzgada cuando conste la inocencia del condenado. Sólo puede el rey transgredir la ley dispensando y concediendo legitimación a los espurios e incestuosos. El crimen de lesa majestad se predica únicamente de quienes comenten crimen contra el rey y no contra otros señores temporales. Al rey le está reservado restituir la fama. Es exclusivo del rey remitir la pena del delito y conceder el perdón. Nadie puede sino el monarca conceder a los deudores moratorias temporales de deuda. Asimismo se encuentra entre sus privilegios remover la apelación de la sentencia, conocer en causa propia u otorgar venias de edad a los menores.

¿Está absuelto el rey del derecho positivo? El tema lo toca de forma indirecta al tratar de la naturaleza de la obligación derivada de los contratos efectuados entre el príncipe y sus súbditos[240]. A estos efectos se pregunta si el rey se obliga por los contratos natural y civilmente o sólo naturalmente. Según Gómez, la opinión común se pronuncia porque el príncipe únicamente se obliga naturalmente, careciendo de eficacia la obligación civil. Esta sería la razón: porque como la obligación civil proviene y se origina inmediatamente del derecho civil, y el rey no está sometido a las leyes, entonces no puede obligarse civilmente sino sólo naturalmente, surtiendo en consecuencia eficacia la sola obligación natural. Mas esta tesis no la sostiene Antonio Gómez, ya que en su opinión el rey se obliga en los contratos tanto civil como naturalmente, por esta otra razón, que califica de indubitable y verdadera: porque aunque el rey está *solutus legibus*, sin embargo en la duda, contrayendo con los súbditos, se ha de ver que se somete a las disposiciones de las leyes. Raciocinio que dice defienden entre otros Alberico, Baldo, y Aretino.

La posición de Gómez en relación con el poder absoluto del príncipe es rebuscada, aunque menos de lo que pudiera parecer a primera vista. No niega que el príncipe esté absuelto de las leyes, antes lo afirma, pero limita su alcance, ya que en principio, si no consta otra cosa, en la duda, se ha de entender que el rey se somete a las leyes. De ordinario, pues, el monarca no actuaría de plenitud de potestad, como también defendía Baldo, que entendía que la plenitud de potestad era una facultad extraordinaria, de modo que en la duda se juzgaba que el rey no quería usar de la mima. Estas opiniones de Baldo, pero para refutarlas con un argumento *ad absurdum,* las manejará un famosísimo jurisconsulto castellano, Vázquez de Menchaca, conforme más tarde veremos. Por otro lado, la afirmación de que los contratos obligaban al príncipe no sólo de derecho natural sino también del civil había venido sosteniéndose por diversos juristas castellanos, como Palacios Rubios o

[240] *Variae resolutiones*, tomus secundus, cap. 1, núm. 1, pp. 425-426.

Rodrigo Suárez, según dejamos constancia en su momento, y ninguno de los dos, por continuar con su cita, negaban que el principe estuviera desvinculado de las leyes positivas.

Siempre por la defensa de los derechos adquiridos, de los derechos de terceros, aunque con el lenitivo de la causa y la distinción entre ley general y rescripto o privilegio particular. De este modo el príncipe, dando ley común o general, o ley humana positiva, puede quitar a los súbditos el *ius quaesitum* por justa causa, que siempre se presume, según Gómez. Sin embargo, por rescripto, o privilegio particular, no puede quitar el dominio, ya que éste es de derecho natural, salvo que exista causa de pública utilidad, y para eso mediante satisfacción de precio[241]. Como tampoco puede el príncipe, ni siquiera de plenitud de potestad, conceder licencia y facultad para que se vendan o enajenen bienes de mayorazgo o sometidas a restitución. La razón que ofrece es porque desde que se concede licencia para fundar mayorazgo ya hay *ius quaesitum* para todas las personas nombradas y llamadas al mayorazgo, y sería entonces contra toda razón natural, por lo cual no se podría efectuar la enajenación sin el consentimiento de las mismas. Aunque también en este caso, para dejar atados todos los cabos, juega para él la justa causa como mecanismo de excepción capaz de amparar las licencias regias para enajenar bienes de mayorazgo[242].

En fin, tanto es su interés por dejar bien a salvo el derecho de terceros, que también lo lleva al ámbito de los delitos. En este sentido dice que aunque el restituido por el príncipe recupere sus bienes confiscados, esto se debe de entender cuando no han sido enajenados por el propio príncipe o fisco, pues entonces, cuando fuesen enajenados a otro por cualquier título oneroso o lucrativo, no podrá recuperar dichos bienes, ni la restitución se extiende a ellos, dado que eran derecho adquirido por un tercero, cuyo derecho no puede someterse al beneficio y restitución del príncipe[243].

Expuesto a grandes rasgos el pensamiento de Antonio Gómez sobre el poder del rey, parece obligado que nos ocupemos de otro jurista coetáneo de no menos fama y proyección dentro del *mos italicus* castellano, como es Gregorio López. Se trata de un autor plenamente ortodoxo, entroncado doctrinalmente en la obra de Partidas, a la que glosa, buen conocedor de la práctica, a la cual se remite de continuo y no menos sabedor de los autores, según se refleja en sus citas, entre las que destacan las de Baldo, por parte de los doctores, y Palacios Rubios por el lado de los jurisconsultos de la Corona de Castilla[244].

Las características apuntadas las podemos apreciar ya en el plan-

---

[241] *Ad leges Tauri*, Commentarium in legem I, núm. 11, pp. 6-7, e In legem XL, núm. 89, p. 332.

[242] *Al leges Tauri*, Commentarii in legem XL, núm. 89, pp. 332-333.

[243] *Variae resolutiones*, Tomus Tertius, cap. XIII, núm. 39, pp. 295-296.

[244] De su glosa a Partidas manejo la edición de *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Madrid, 1848.

teamiento que hace del problema de los orígenes del poder del rey[245]. En efecto, no desconoce, como no desconocían las Partidas, la tesis de la *translatio imperii*, por la *lex regia*, que podía aplicarse en su tiempo, por cuanto por pueblo romano cabía entender entonces todas las gentes que obedecían a la iglesia romana, según nos cuenta. Mas la tesis no era muy convincente para él, por el problema de la revocación del poder por el pueblo, sobre lo que existían dos teorías, que pasa a explicar a renglón seguido. Una de ellas, defendida entre otros nada menos que por Erasmo, decía que el pueblo romano podía revocar el poder del emperador y reasumirlo, pues quien había dado el consentimiento podía retirarlo, lo cual ciertamente no encajaba en los presupuestos de Gregorio López. A su vez, la otra, sostenida por Bártolo, era muy diferente, ya que señalaba que esta translación era una especie de pacto recíproco, como un contrato innominado entre el pueblo y el emperador, que no podía ser alterado unilateralmente por el pueblo mientras el rey cumpliera con su oficio.

No le convencían estas teorías, no, hasta el punto de confesarnos que hoy, por su tiempo, más iba el imperio por ordenación de la iglesia que por sufragio del pueblo. De este sentir era Baldo, continúa, quien afirmaba que era falsa la opinión de los que decían que el pueblo romano podía deponer al emperador, puesto que a quien no pertenece la creación no pertenece la destrucción, y que sólo el papa podía deponer al emperador, y para eso no por toda causa, sino únicamente por grave y notoria causa, por la cual se perturbara el orden universal cristiano, o de la iglesia.

Esta última opinión, la que recoge el derecho del papa a privar de su poder a emperadores y reyes, era la común, al decir de López. Aunque, según él, la deposición también procedería *a fortiori* en el caso de un pacto inicial asumido por la multitud del pueblo, dado que *pacta servanda sint*, y si el rey fuera un tirano podía ser destruido por la multitud, o al menos ser refrenada su potestad, sin que por ello incurriera en infidelidad la multitud, incluso si la multitud del pueblo se sometió perpetuamente al monarca con anterioridad. Si bien ésta no era su última palabra, porque en un pasaje posterior, al tratar de la definición del tirano, rechaza el empleo de la violencia con el rey tirano, porque no se acomodaba a la doctrina apostólica, siguiendo a santo Tomás y san Pedro, para los cuales —dice— los súbditos debían ser reverentes con sus señores, y no sólo con los buenos y modestos, sino igualmente con los díscolos, por lo que aconseja utilizar otros remedios lícitos contra los tiranos[246].

Conoce las tesis sobre el origen humano del poder de los reyes, y hasta a veces parece que se inclina por ellas, como cuando glosa el significado del mero imperio, ya que en este pasaje, citando también a Baldo, dice que mero imperio, en cuanto está en el príncipe, es *absolu-*

---

[245] Para lo que ahora sigue, glosa «otorgassen» a Partidas 2, 1, 3.

[246] Glosa a «tyrano», Partidas 2, 1, 10.

ta potestas concedida al emperador por la *lex regia*, mientras que mero imperio, en cuanto está en el papa, es *absoluta potestas* concedida por Dios al apostólico en las cosas espirituales[247]. Pero no desdeña Gregorio López las de origen divino, con la tutela del papa. Que esto es así, además de lo expuesto con anterioridad, se comprueba por las afirmaciones de Partidas, que comparte, conforme a las cuales el rey es vicario de Dios en la tierra, ocupa su lugar[248]. Unas afirmaciones nada inocuas, que llevaban consigo la ausencia de un control institucional de naturaleza temporal o humana, que por otra parte ya se daba por admitida con su criterio de que los reyes son de derecho de gentes[249], no del civil o positivo humano. Las diversas tesis sobre el origen del poder de los reyes serían en suma más complementarias que excluyentes, siempre que no pusieran en cuestión la *absoluta potestas* o mero imperio del príncipe.

¿Estaba desligado del derecho el rey de Castilla, que como el emperador no reconocía superior en lo temporal[250] y por tanto residía en él la suprema jurisdicción y potestad?[251]. Es una pregunta que con carácter de rutina nos venimos haciendo, el tema obliga, mas en este caso, a la luz de cuanto venimos diciendo sobre Gregorio López, su respuesta no puede ofrecer sorpresas.

Gregorio López se pronuncia en varios pasajes sobre la cuestión. Uno de ellos tiene lugar cuando glosa el texto de Partidas que afirma que el rey debe guardar las leyes, en un contexto donde la facultad de crear leyes y de interpretarlas aparece como propia y exclusiva del supremo imperio y potestad del príncipe[252]. En la oportunidad que comentamos, y citando la *digna vox*, distingue entre la *vis coactiva* y la *vis directiva* de la ley. Los súditos, señala, están obligados a la ley por necesidad de coacción, pero el rey solamente de voluntad, pues nadie puede obligarse a sí mismo con coacción. Más todavía, continúa razonando, el rey no está bajo la ley, sino en la ley, porque a tanta celsitud como la suya no se le puede imponer la ley, a la cual Dios las mismas leyes sometió, sentencia con Baldo[253].

Otra de las ocasiones en que se manifiesta sobre el particular es en una largísima y valiosísima glosa, particularmente para materia de mayorazgos, donde afirma sin tapujos que nadie salvo el príncipe está bajo la ley, quien puede rescribir contra el derecho con la cláusula *non obs-*

---

[247] Glosa «Puro y esmerado señorío» a Partidas 3, 4, 18.

[248] Glosa «vicarios» a Partidas 2, 1, 5 y glosa «lugar de Dios» a Partidas 2, 1, 7.

[249] Glosa «Primero» a Partidas 2, 1, 7.

[250] La afirmación de que el rey de Castilla era como el emperador en su imperio es una constante a lo largo de sus glosas, como no podía ser de otra manera dado el texto que le servía de referencia. Pero por citar un ejemplo, véase glosa «Como el emperador» a Partidas 2, 1, 5, donde recuerda que de esto trata Palacios Rubios, «Doctor noster».

[251] Glosa «Justicia e escarmiento» a Parrtidas 2, 1, 2.

[252] Glosas a leyes 12 y 14 del título 1 de la Partida 1.

[253] Glosa «Guardar debe el rey», a Partidas 1, 1, 16.

tante, al contrario del testador, que no puede disponer contra las leyes, como era el supuesto de las legítimas[254]. El rey, añadirá en la misma glosa, es ley viva[255].

El poder absoluto del rey es sin embargo un poder limitado, de forma simultánea. Gregorio López se encarga de ponerlo de relieve en variedad de oportunidades, como sucede en cuestión de los perdones, con la finalidad de evitar perjuicios de terceros. Porque el príncipe, nos dice, está sujeto a la *vis directiva* de la ley, como cualquier otro, ya que su potestad es limitada, para que con razón y causa disponga todas las cosas, de sí mismo y de los súbditos. En un asunto, como los perdones, que le estaban reservados al monarca[256].

De manera muy parecida razona al comentar el poder de hecho del emperador. La majestad del príncipe, nos recuerda con Baldo, es fundamentalmente para el ejercicio de lo bueno y lo justo, y aunque en el príncipe resida la plenitud de potestad hacia todos, sin embargo él mismo debe pensar qué hace, pues no todas las cosas le convienen al príncipe[257].

Mayor concreción de los límites se produce a la hora de distinguir la eficacia de los mandatos regios según fuera la naturaleza de los derechos afectados por esos rescriptos, con el fin, como siempre, de dejar salvaguardados los derechos adquiridos de terceros. Lo lleva a cabo, por ejemplo, cuando recoge en sus líneas generales toda la doctrina tradicional acerca de los rescriptos regios, particularmente los *contra ius*, distinguiendo dentro de éstos entre rescriptos contra el derecho divino, natural y regio, como hacía la Peregrina o Hugo de Celso, en pura continuidad, por otra parte, con Partidas[258]. De este modo, según se apunta, son nulos los rescriptos contra la fe[259] y no valen los rescriptos impetrados contra el derecho natural y de gentes, como acontece en materia de dominio y de contratos, porque los derechos naturales son inmutables, de modo que nada opera la cláusula *non obstante*[260].

Estos principios tienen aplicación en su obra, como ocurre cuando comenta las licencias del príncipe para fundar y alterar mayorazgos a propósito de una ley sobre mandas de testamentos. A este respecto nos recuerda que no puede el rey autorizar escrituras de fundación de mayorazgo si no se recoge la cláusula de que se deje a salvo la legítima de los hijos, aunque pueda variar su cuantía, porque la legítima es de derecho natural, introducida en lugar de los alimentos, por mucho que no deje de recordar que en las licencias regias siempre se ponía esa

---

[254] Glosa «Non valdra» a Partidas 6, 9, 32, en su inicio.

[255] En la página 150 del tomo 3 de la edición que manejo, versículo «sed quaero».

[256] Glosa «El Rey», a Partidas 7, 32, 1.

[257] Glosa «Ganar», a Partidas 2, 1, 3.

[258] Véanse al respecto las glosas a las leyes 27 a 33 del título 18 de la Partida 3.

[259] Glosa «Contra derechos de nuestra Fe», a Partidas 3, 18, 29.

[260] Glosas «Natural seria» y «A otro», a Partidas 3, 18, 31 y glosa «Natural» a Partidas 3, 18, 3.

condición, de modo que por ella consta de evidencia que el príncipe no ha querido que se quite toda la legítima[261].

Vuelven a reproducirse sus criterios, pero ahora con mayor decisión, y hasta virulencia, con motivo de las licencias reales que autorizaban mayorazgos en favor de hijos legitimados, y eso que la legitimación era un don del príncipe, según nos recuerda en otros textos, reservado a los que no reconocen superior en las cosas temporales, aunque, bien es cierto, anunciando ya que no podía efectuarse en perjuicio de tercero[262]. Es muy duro en este punto, se insiste, mostrando una defensa a ultranza del derecho de los hijos legítimos frente a los legitimados. En concreto, cuando comenta la circunstancia de que habiendo hijos legítimos, el príncipe, *ex certa scientia* y *de plenitudine potestatis* daba licencia para hacer mayorazgo en favor de un hijo espurio o natural, dejando a los legítimos solamente alimentos. Esto lo estima prohibido por el derecho divino y natural, pero tampoco le parece que deba hacerse por derecho civil y ley positiva, porque sólo cuando la ley civil y positiva sea razonable y honesta está obligado a su observancia, según el dictamen de la razón, porque es un animal racional y no está *solutus* del dictamen de la razón, ni tampoco lo está de la ley eterna o natural, ya que aunque el príncipe sea suprema autoridad no por ello puede cambiar la razón natural por su autoridad[263].

La distinción entre derechos la sienta en otros supuestos referidos a mayorazgos, sobre todo en relación con las licencias regias para enajenar bienes de mayorazgo o para obligarlos en favor de dote y arras, cosa que muchas veces sucedía, según se observa de costumbre, en palabras de Gregorio López. Para éste, el rey no podría dar tales facultades, en subversión del mayorago, cuando las licencias de fundación de mayorazgo se hubieran dado por dinero, en remuneración de servicios. o en pago de algún favor, porque entonces tal licencia se habria causado mediante contrato, y los contratos, como refiere en otros instantes de la misma glosa, son de derecho de gentes, bien distinto del derecho civil, del que podía dispensar[264].

Mas la protección de derechos de terceros también se extendía a los rescriptos dados contra los derechos del rey, mediante el mecanismo de la suplicación, que suspendía su eficacia hasta tanto no se diera una segunda yusión. Eso a pesar de que tales rescriptos llevaran cláusulas de *motu proprio* y de *ex certa scientia.* Según Gregorio López, esta práctica de la segunda yusión, y la previa suspensión o no cumplimien-

---

[261] Glosa «non valdra», ya citada, p. 145.

[262] Glosas «Merced», «Emperadores» y «Son dende adelante legitimos», a Partidas, 4, 15, 4.

[263] Frente al de animal racional, Gregorio López utiliza el de *pecus*, bruto o animal, tomándolo de Baldo, cuando en las sucesiones el emperador da un trato al menos semejante a los hijos espureos y a los legítimos. Véase sobre esto la citada glosa «Non valdra», pp. 145-146 de la edición que venimos utilizando.

[264] Puede comprobarse en la misma glosa, versículos «Ex quo potest dici», «Quid autem, si Rex concedit licentiam faciendi majoriam» y «Sed quaero», pp. 148 y 150 de la edición mencionada.

to de la primera cédula, se consideraba usual en la audiencia de contadores mayores en materia de concesiones de exención de tributos[265].

Cierto que las limitaciones a la actividad del príncipe, derivadas del derecho divino, natural y de gentes, contra los que no podía rescribir, encontraban un mecanismo de corrección en la doctrina de la causa. Según Gregorio López, en afirmación reiterada, el rey no podía dar rescriptos contra el derecho natural, a no ser que existiese justa causa, como en el caso de que pretendiera quitar la cosa a otro, o conceder moratorias de deudas[266], o remitir la pena en daño de tercero[267]. Aunque no se pronuncia sobre si el príncipe puede interpretar y limitar el derecho divino, cosa que sí habían hecho otros juristas castellanos; él, por su parte, se reduce a remitirnos a los doctores, El Abad, Alberico o Bártolo[268]. Y desde luego, lo que predica del príncipe también se lo atribuye al papa, quien con causa podía dispensar contra el derecho de gentes, glosando precisamentre una ley que atribuía la *mayoría* del papa sobre los obispos a la capacidad de dispensar[269].

Si Gregorio López es un autor muy importante para conocer lo que pensaban los juristas castellanos del *mos italicus* sobre el poder del príncipe, tienen escaso interés para nosotros otros juristas de la época, como es el caso de Santiago García de Villalpando[270]. Alguna mayor atracción posee Pedro Núñez de Avendaño, con cuyas referencias cerraremos el apartado que hemos abierto para los jurisconsultos defensores de la potestad absoluta del príncipe en la época de Carlos I. Pero Pedro Núñez no se enfrenta directamente con el tema del poder absoluto del príncipe, por más que de su exposición se puede deducir razonablemente que se movía dentro de la senda tradicional[271].

Su preocupación se centra, como en los demás autores que venimos examinando, en la defensa de los derechos de terceros, dando por bueno que en el rey se presume que no quiere perjudicar el derecho de tercero. También con la misma finalidad insiste en la necesidad de la causa, como para significar que el príncipe no puede quitar sin causa el privilegio, y particularmente la costumbre inmemorial, que equipara al privilegio[272].

---

[265] Glosa «contra los derechos del rey» a Partidas 3, 18, 29.

[266] Glosas a leyes 31, 32 y 33 del título 18 de la Partida 3.

[267] Glosa «El Rey» a Partidas 7, 32, 1.

[268] Glosa «Contra derechos de nuestra fe», a Partidas 3, 18, 29.

[269] Glosas a la ley 5 del título 5 de la Partida 1.

[270] *Solemnis lectura et repetitio legis vigesima secunda tituli primi septime partite*, León, 1552. Aunque no dejamos de encontrar alusiones al poder del príncipe y a sus límites, en fos 15v-17r, en materia específica de rescriptos regios de perdones, cuando identifica privilegio y rescripto especial, que en todo caso no puede incluir el crimen perpetrado por delito o traición, o cuando se exige que el segundo rescripto de perdón recoga el primero, para evitar vicios de obrepción y por presupuestos de la justa causa.

[271] Aquí manejamos una obra editada por su hijo, el también doctor Luis Núñez de Abendaño: *Quadraginta responsa, necnon novum ac diligens tractatus de secunda suplicatione cum pena et cautione 1500 duplarum*, Salamanca, 1576.

[272] *Quadraginta responsa*, Responsum decimosextum, núm. 1 y 2, fos 33v-34r.

En cuanto al poder absoluto del príncipe, tan sólo hallamos algunos atisbos de que le preocupe este tema al autor. Uno de ellos es que nos diga que por equidad y de plenitud de potestad puede el rey conceder la tercera apelación con la conocida fianza[273]. Otro es la rígida interpretación que hace del sistema de fuentes establecido en Toro, en todo favorable al derecho real frente al derecho común, en un reino que no reconoce superior, según nos recuerda, distanciándose de forma expresa de la opinión de Rodrigo Suárez al respecto[274].

4.2.2.2. *La recepción de esta tendencia en la segunda mitad del siglo XVI*

El análisis de lo que dicen sobre el poder del príncipe los juristas que durante esta etapa se mueven dentro de los cauces tradicionales lo podemos comenzar por Antonio de Padilla y Meneses, muy apegado a la doctrina de los doctores del *mos italicus*, entre los que por extensión cabe incluir a diversos autores castellanos, como Antonio Gómez, a quien cita Antonio de Padilla. La toma de postura de éste adquiere mayor relieve por cuanto cuando él publica ya circulaban los escritos de Covarrubias[275]. Padilla y Meneses fue por otra parte un buen conocedor de la práctica, a la que hace frecuentes remisiones, nada extraño en un hombre que fue catedrático de Salamanca y presidente del Consejo de Órdenes.

No duda Padilla en recoger en su obra la doctrina que exalta el poder de los príncipes, en particular cuando estudia el alcance de los rescriptos. He aquí los epítetos por él empleados: los rescriptos del príncipe se llaman divinos y celestiales; oráculos celestiales se dicen los que proceden del príncipe; el emperador es Dios en la tierra. Aunque, por sobreentendido, con actitud reverente: es crimen de sacrilegio disputar de la potestad del emperador[276].

Al igual se comporta con ocasión de las leyes, y de forma específica al preguntarse si el papa, o el príncipe, pueden dar leyes sin el colegio de cardenales y el consejo de los próceres. Su respuesta es nítida: el príncipe, o el papa, sólo por cierta urbanidad está obligado a requerir el consejo de sus proceres o cardenales, pero no de necesidad, incluso en los negocios que parecen arduos. Porque el papa, añade, tiene plenísima potestad, y a su imagen el príncipe tiene la misma potestad, dominio y plenitud en las cosas temporales, bien que la facultad de dar leyes al emperador, y al príncipe, le ha sido trasladada desde los pueblos

---

[273] *Quadraginta responsa*, Tractatus de secunda supplicatione, 2, fo. 91r.

[274] *Ibidem*, 8, fo 135 v.

[275] Aquí manejaré dos de sus obras: *In quaedam Imperatorum rescripta et nonnula iurisconsultorum responsa Commentaria*, Salamanca, 1563 e *In titulum de transactionibus C. Commentarius*, Salamanca, 1566. Interesa menos a nuestros efectos su libro *In titulum de fideicommisis commentarius*, Madrid, 1568.

[276] *In quaedam Imperatorum*, Lex 3. Sancimus, núm. 1, 2 y 3, p. 82.

y al papa le viene de Cristo, a quien le es dada toda potestad en el cielo y en la tierra[277].

La materia de rescriptos le preocupa sobremanera. Ya de entrada, en su definición y diferencia del privilegio, asunto de suyo fundamental para comprender el poder absoluto del príncipe. Queda claro en este aspecto que para Padilla el privilegio es una de las especies del rescripto, cuando el príncipe rescribe derogando al derecho común en gracia de alguno, como si se estableciera una ley privada en su favor. Es decir, prosigue, que si el rescripto concede algo *contra ius* conviene llamarlo privilegio. Aunque a reglón seguido, trasladando una sabia sentencia de Baldo, nos dirá que en sentido amplio todo lo que emana del príncipe puede ser llamado privilegio[278].

Luego se interroga por la interpretación de las cláusulas recogidas en los rescriptos. Se pregunta si es preciso que en el rescripto del príncipe esté expresa la cláusula *si preces veritate nitantur*, si es verdad lo que se dice en la relación de las preces hechas al príncipe, o basta con que se sobrentienda, para lo que apela a la glosa y a los doctores. La pone en relación con las otras cláusulas: *ex certa scientia, motu proprio* y *de plenitudine potestatis* y llega a la conclusión de que se sobrentiende, pues estas cláusulas no tendrían sentido si se presume que el príncipe tiene ignorancia[279]. Cuestión decisiva para la validez de los rescriptos, como se sabe.

Asimismo acude al mecanimo de la segunda yusión, para los casos en que los rescriptos lesionen derechos de partes, porque el mandato injusto del príncipe no merece ejecución si no interviene segunda yusión, nos dice. En principio no se presume que el príncipe por su rescripto quite su derecho a alguien, antes, por el contrario, en este caso se presume que ha sido obtenido por importunidad y ambición del impetrante. De hecho, continúa, cuando la regia majestad decreta en perjuicio de tercero, es libre el que se siente agraviado por aquel rescripto de poder requerir al Consejo Real para que entienda de esta causa[280]. Antonio de Padilla sabía muy buen cuál era el funcionamiento de la Corte, en esta ocasión en relación con el recurso de suplicación ante el Consejo.

Otra cláusula debatida es la derogatoria *non obstante*, si basta que el príncipe diga en el rescripto no embargante cualesquier leyes, o es preciso que derogue expresa y nominalmente la ley vulnerada en cuestión. En opinión de Padilla, tras exponer los juicios contradictoriaos de los doctores, se inclina por que basta que en el rescripto se recoja la fórmula genérica. Fortalece su criterio con la práctica castellana y a tal efecto incluye la fórmula utilizada por los reyes de Castilla: «Y es nuestra voluntad que así se haga y cumpla no embargante cualesquier

---

[277] *In quaedam Imperatorum*, lex 7. Universi, núm. 7-15, pp. 93-96.

[278] *In quaedam Imperatorum*, cap. de diver. rescript., 2, p. 75.

[279] *In quaedam Imperatorum*, L. 7. Universi, núm. 1-3, pp. 92-93.

[280] *In titulum de transactionibus*, C. de transactionibus, L. Causas vel lites, núm. 1-5, pp. 92-93.

ordenanzas, prohibiciones o mandamientos, estilo, uso, costumbre, o otro cosa que en contrario desto ay, que nos dispensamos con ello, y lo abrogamos y derogamos, casamos y anulamos, e damos por ninguno e de ningún valor y efecto para lo que a esto toca, quedando en su fuerza y vigor para lo demás»[281]. Es una muestra patente de la coincidencia que existía entre lo que señalaba la doctrina, por lo menos esta doctrina, y lo que ocurría en la práctica jurídica.

También conoce perfectamente la práctica seguida en la Cámara de Castilla, a la que designa por su nombre en lengua romance, en relación con los rescriptos regios mediante los que se concedían facultades impetradas para obligar o enajenar bienes de mayorazgo por causa de dote, bien para asegurar la restitución de la dote y arras por parte del marido, o para contribuir a la dote de hijas y nietas, siempre en defecto de bienes libres del mayorazgo en los que poder obligar o constituir la dote. Cosa que solía concederse, según se señala de forma expresa, pese a estar prohibida la obligación y enajenación en las fundaciones de mayorazgo. Bien es cierto, como no deja de recordar Padilla, que los consejeros de la Cámara se informaban de la causa de la petición antes de proceder a las oportunas facultades[282].

De lo expuesto hasta ahora queda claro que para Padilla el rey castellano podía rescribir *contra ius*, mediante la cláusula *non obstante*, otorgando privilegios, y lo hacía de ordinario. Es decir, que el príncipe estaba desligado del derecho positivo. Mas que lo estaba para él se comprueba por la valoración que hace de la obligación del príncipe de someterse al cumplimiento de los contratos celebrados con los súbditos. Como para que cite uno de tantos apotegmas de Baldo, pero muy recordado por los autores: porque aunque Dios sometiera a los príncipes las leyes, de ningún modo les sometió los contratos, puesto que a ellos quedan obligados como los particulares. Y sobre si los contratos obligan al príncipe sólo de derecho natural, o también del civil, parece inclinarse por esta segunda postura, de acuerdo entre otros con Baldo y Antonio Gómez[283]. Su actitud tradicional se apoyaba en firmes pilares.

Si Antonio de Padilla es un fiel continuador de la tendencia que se inicia en Fuero Real y Partidas y tiene su raíz doctrinal en buena parte de los glosadores y doctores del comentario, otro jurista, Juan Redín, no va menos a su zaga. La peculiaridad de este autor, en relación con los escritores precedentes, es el tono acentuadamente moralizante que emplea en su obra, dedicada a tratar de la majestad del príncipe. En realidad es un libro sobre las virtudes del príncipe[284].

---

[281] *Ibidem*, 6, p. 93.

[282] *In quaedam Imperatorum*, In Authent., núm. 118, pp. 236-237.

[283] Aunque sea a título de excepción voy dar cuenta del texto literal del apotegma de Baldo: «Licet enim Deus subiecerit principibus leges, contractus illis minime subdidit, quoniam illis obligantur, sicut privati». Para este punto de los contratos, *In titulum de transactionibus*, C. de transactionibus, L. Praeses, núm. 36 y 37, p. 86.

[284] *De maiestate principis, tractatus, relectioni Proemii Imperalium Institutionum accommodatus*, Valladolid, 1568.

Según Redín el rey es como el emperador en su reino, y aún más, y tratándose del rey de España le conviene como a ningún otro el título de majestad. Sus poderes son grandes: rige a todos y por nadie es regido; los derechos civiles son aprobados por su majestad; las dignidades de duque, marqués o conde sólo pueden ser concedidas por emperadores y reyes.

El rey tiene un origen divino, según Redín, lo que refuerza la potestad real. A estos efectos no deja de recojer una serie de aforismos: el rey es vicario de Dios en la tierra; el rey, y el príncipe, es en la tierra como Dios en el cielo; como Dios es adorado en los cielos, tmbién el príncipe es adorado en la tierra. Si bien, y aunque todavía de forma más explícita reconozca que los reyes son de derecho divino, en cuanto que de él inmediatamente procedan, y el mismo Dios es rey de reyes, no le importa admitir que si se considera la causa mediata los reyes son de derecho de gentes[285]. Ambas teorías se compaginabn bien, como ya conocemos por otros autores. El rey, en todo caso, no era de derecho civil.

No dejamos de encontrar en Redín otra afirmación repetida por multitud de juristas: se juzga crimen de sacrilegio disputar de la potestad del príncipe[286]. Una actitud bien poco crítica, según se vé, y que llegará a ser impugnada por algunos autores castellanos en este siglo XVI, entre ellos por Covarrubias y Vázquez de Menchaca.

Sentadas estas premisas no puede causar extrañeza que Redín sea uno de los defensores de la potestad absoluta del monarca; en coincidencia con Baldo, casualmente. Redín admite que en el príncipe existen dos potestades, una ordinaria y otra absoluta. Mas en la duda, siguiendo a Baldo, se ha de presumir que no quiso usar de la potestad absoluta, de modo que solamente se entiende que desea utilizar la potestad absoluta cuando de otra manera, de potestad ordinaria, no tuviera validez el acto[287]. Por lo mismo, igualmente, Redín distingue entre obligaciones del príncipe respecto a la ley: constreñido por voluntad, no está sometido al derecho por necesidad[288], o como también dice en otra oportunidad, conviene que los emperadores estén armados de la ley y sean religiosísimos del derecho[289].

Mas absoluto, como para otros muchos juristas, significaba que el príncipe estaba desligado del derecho positivo, no del natural y de gentes. Lo deja claro en el punto de los contratos, que según Redín obligan al príncipe al menos naturalmente, porque nada hay más brillante, continúa, que la recta fe y observancia en el príncipe, o dicho con otra máxima, que no deja de tomar prestado de los juristas del *mos italicus*:

---

[285] Para lo que de él llevamos visto hasta ahora, véase *De maiestate*, Proemium Imperalium Institutionum, núm. 1-52, fos 1v-8v.

[286] *De maiestate*, Sed etiam legibus oportet esse armatum, núm. 180.

[287] *Ibidem*, 58, fo 9r.

[288] *De maiestate principis*, Sed etiam legibus oportet esse armatam, 181, fo 93v.

[289] En el enunciado del Proemium Imperalium Institutiomum, para empezar.

el príncipe debe ser inmóvil como piedra angular y como el polo en el cielo[290].

Aparte de esto, Redín se dedica a aconsejar al rey todo tipo de virtudes. Debe ser justo, severo, grave, magnánimo, benéfico, liberal..., de forma ajustada a sus títulos de santísimo, sacratísimo, divino, oráculo de Dios, que empalman con épocas precedentes, pero que preludían el Barroco, tanta es la continuidad en la doctrina[291].

Otro representante de la posición dominante es Diego Burgos de Paz, Diego Salón de Paz o Diego Burgos Salón de Paz, hijo del notable jurista Marcos Salón de Paz. Incluso podemos decir que se sitúa en una postura radicalmente favorable al poder absoluto del príncipe, cuando su padre había mantenido una actitud mucho más matizada y razonada, según comprobaremos en otro epígrafe[292].

El rey está por encima del derecho positivo, confiesa con reiteración. Así nos dirá que el príncipe de voluntad puede revocar las cosas que son de derecho positivo, o que el príncipe puede revocar voluntariamente las leyes. Las leyes del príncipe, dice también, son promulgadas por boca de la divinidad, de modo que en aquellas cosas que son de justicia positiva se tiene por razón la voluntad del fundador. En consecuencia nadie puede decirle al rey *cur ita facis*, nadie puede pedirle cuentas de su conducta, siguiendo a Baldo, porque lo que al príncipe place tiene fuerza de ley, y está sobre el derecho, y no puede ser juzgado por nadie[293].

Hasta tal punto llega en su coherencia que dice que el príncipe, de su sola voluntad y sin causa, puede revocar la concesión, donación y privilegio de la que fue autor, porque es *dominus causa quaerendi*. El príncipe, reitera su pensamiento, puede revocar el privilegio incluso si genera para otro un derecho adquirido, especialmente si el privilegio contiene gracia. Es un derecho especial del príncipe, concluye, que pueda revocar su privilegio, incluso sin causa, a pesar de que de él se derive un derecho adquirido para otro[294].

Es decir, que en los privilegios, particularmente en los estrictamente graciosos, la voluntad del rey es causa. Pero no es ésto todo, pues según Diego Burgos de Paz se ha de atender también a la voluntad del monarca para valorar la causa en las donaciones concedidas en remuneración de servicios. En este supuesto, dice el autor, se ha de estar a la aserción del príncipe, porque no se puede creer que de su ciencia no tenga conocimiento de la veracidad de los servicios[295].

No obstante, no conviene emitir juicios apresurados sobre el poder que atribuye al príncipe, ya que Diego Burgos de Paz no dejaba de mo-

---

[290] *Ibidem*, 19-21, fo 74v.

[291] Para estos extremos: Ibidem, fos. 99-107.

[292] La obra de Diego se titula: *Prima pars. Quaestio civilium*, Medina del Campo, 1576.

[293] *Ibidem*, Sexta Quaestio, 24-32, fos 157r-160v.

[294] *Ibidem*, 22-23, fos 155v-157r.

[295] *Ibidem*, Quaestio Undecima, 17, fos 268v-269r.

verse dentro de la ortodoxia doctrinal. Esto se comprueba por su afirmación de que el príncipe con sus licencias de mayorazgo no podía quitar la legítima de los otros hijos, dado que ésta es de derecho divino y natural, aunque sí podía disminuir la cuantía, pues la cuota era de derecho civil[296]. Precisamente, por la defensa de la legítima, manifiesta su opinión de que la facultad regia para hacer mayorazgo, que por definición debía ir más allá del tercio y quinto de mejora, es odiosa y se debe restringir[297].

En la misma línea doctrinal que los tres autores que acabamos de comentar en este apartado se encuentra un jurista de cierto renombre, Juan García de Saavedra. Si bien, todo hay que decirlo, se muestra más moderado en sus expresiones que Antonio de Padilla, Juan Redín y Diego Burgos de Paz[298]. Es especialmente importante para nuestro estudio porque trata con detenimiento las figuras del privilegio y la dispensa.

Juan García de Saavedra conoce y hace suya la teoría de la translatio imperii, de la *lex regia*, en virtud de la cual el pueblo trasladó todo su imperio, autoridad y potestad al príncipe, que por ello quedaba facultado para dar leyes a la república[299]. A estos efectos también destaca que el emperador que no reconoce superior crea leyes, como lo puede hacer el rey de España, que no reconoce superior en lo temporal y es *rex sui iuris*, cosa que ya le venía desde los visigodos y la guerra contra los moros, sin haber recibido en consecuencia nada del emperador, como así lo señalan, dice, Avendaño, Palacios Rubios y Gregorio Lopez, siguiendo entre otros al Cardenal[300]. En fin, y en el mismo contexto, afirma igualmente que el príncipe es ley animada[301].

En cambio, García de Saavedra no insiste en el carácter divino del origen de los reyes. Tan sólo descubrimos alguna referencia a que los reyes son vicarios de Dios en las cosas temporales[302]. O como también dice, que el rey de España, que no reconoce superior, de sólo Dios es súbdito y obediente[303]. Más indirecta parece en este sentido su afirmación, clásica ente numerosos juristas del *ius commune*, de que el príncipe tiene dos personas, una mortal, como hombre, y otra inmortal y per-

---

[296] *Ibidem*, 39, fos 162v-163r.

[297] *Ibidem*, Prima Quaestio, núm. 2-4.

[298] De él manejo su *Opera Juridica*, Colonia, 1787, que recoge dos obras de interés para nosotros: Tractatus de Hispaniorum nobilitate et exemptionis; sive ad Pragmaticam Cordubensem, quae est in L. 8, Tit. 11, lib. 2 Novae Recopilationis, que es el *tomus primus* y Tractatus de expensis et meliorationibus, que se encuentra en el *tomus secundus*.

[299] *Tractatus de nobilitate*, Inscriptio, núm. 5 y 6, pp. 18 y 19, así como glosa XXXI, haciendo al rey que no reconoce superior sucesor de la república romana.

[300] *Ibidem*, núm. 24 y 25, p. 22 y *Tractatus de expensis et meliorationibus*, p. 82, núm. 68 y 69.

[301] *Tractatus de nobilitate*, glosa XXI, «O hijo de tal que nunca fue legitimado», núm. 81, p. 255 y glosa XXXI, núm. 12, p. 80.

[302] *Ibidem*, núm. 46-48, p. 247.

[303] *Tractatus de nobilitate*, Inscriptio, núm. 25, p. 22.

petua como rey[304]. Más indirecta, pero no por eso carece de valor, ya que en unión de los demás criterios servía para presentar la imagen de un rey que no estaba sometido a controles institucionales.

Mucha sustancia encierran, insistiendo en la imagen que nos suministra García de Saavedra del rey, sus afirmaciones de que éste es el más noble e hidalgo y está dotado de todo género de nobleza, o que tiene mejores privilegios en su reino que el emperador en su imperio, y mejor aún, que es fuente y origen de la nobleza. De este modo, después de haber reservado al monarca la capacidad de legislar, ahora hace lo propio con la de privilegiar. Que era el más privilegiado, se observa por ejemplo en el mundo procesal, ya que según García de Saavedra si el rey atestigua en un negocio su solo testimonio basta como prueba[305].

Si el rey es *rex sui iuris*, si el rey es *lex animata*, si el rey es la fuente del privilegio, es bastante consecuente que sostenga que el rey está por encima del derecho positivo. Lo hace varias veces, siempre en comparación con la situación del rey respecto a otros tipos de derecho, el derecho divino y el derecho natural, a los que se haya sometido. En especial descubrimos estas aseveraciones cuando habla de la legitimación de los hijos espurios, donde nos recuerda que el rey puede legitimar en cuanto a los efectos civiles, pero no en cuanto a los defectos y vicios naturales, porque los derechos naturales son perpetuos y nada puede el príncipe contra ellos. En expresión muy gráfica, tomando la cita de Alejandro y Baldo, nos refiere García de Saavedra que aunque el rey sea cabeza del derecho civil, está sin embargo bajo los pies del derecho natural. De otro modo, según también nos dice: aunque el príncipe esté por encima del derecho civil, está por debajo en cambio del derecho natural[306]. Pero es que de nada le vale al rey que sea vicario de Dios en las cosas temporales, porque nada puede contra el derecho natural y el divino[307]. Y lo mismo sucede en relación con la legítima del legitimado, que el rey no puede quitar porque es de derecho natural, pero sin embargo puede verse mejorar el legitimado en el tercio y quinto, ya que en la mano del príncipe está conceder lo que es de derecho civil[308].

Aparte de que asimismo recogía otros límites que se oponían a la potestad absoluta del príncipe, aunque en esta ocasión quepa considerarlos como más éticos que jurídicos. No son nada extraños en su obra, como no lo venían siendo para los juristas de esta tendencia, es suficiente con que recordemos simplemente el significado de la *digna vox*. Así nos topamos con la afirmación de que la voluntad del rey debe ser conforme a la razón natural y a la naturaleza de las leyes. Semejante

---

[304] *Tractatus de nobilitate*, glosa XXXI, núm. 14, p. 80.

[305] *Ibidem*, glosa 48, núm. 1-3, p. 296.

[306] Como otra excepción vayan los dos textos latinos. El primero de ellos reza así: «Quia licet sit caput juris civilis, est tamen sub pedibus juris naturalis». El segundo: «cum praesit civili, subsit vero naturae juri».

[307] *Ibidem*, glosa XXI, núm. 1-8, 42, 46-48, 53 y 64.

[308] *Ibidem*, 69 y 70, p. 252.

fuerza ostenta el aserto según el cual las leyes deben responder a principios de justicia y de equidad[309].

No se queda en la teoría García Saavedra, ya que desciende a la práctica de los privilegios y dispensas. De hecho uno de sus libros, el que más estamos utilizando, gira en torno a una pragmática de los Reyes Católicos sobre causas de hidalguía, recogida en su inicio, llena por cierto de cláusulas de absolutismo regio: no embargante cualesquier leyes y pragmáticas y de nuestra ciencia y propio motu y poderío real absoluto, como para que en su virtud pueda proceder el rey a dispensar abrogar y derogar el derecho en cuanto atañe al objeto de la pragmática, quedando en su fuerza y vigor para todo lo demás. A la vista de la pragmática es lógico que se pregunte si se requiere en el privilegio una especial derogación de las leyes, *non obstante tale lege*, o basta con una mención de carácter general, *non obstante leges*. García de Saavedra opta por hacer distinciones, en dependencia de la calidad de los negocios, ordinarios y extraordinarios. Mas lo importante para nosotros de estas disquisiciones, en relación siempre con el poder absoluto del príncipe, es que constate que *quotidie, tota die*, éstas y otras leyes expresamente se derogan en privilegios, rescriptos y donaciones expedidos por «nuestro príncipe». En semejante caso, dice, se encuentran las facultades dadas al poseedor de mayorazgos para vender, permutar, enajenar u obligar bienes de los mismos, así como las que se dan a los padres para instituir mayorazgos en uno de sus hijos y para privar a los demás de la porción hereditaria, dándoles alimentos, no menos que para otras cosas de este género sobre las cuales existen leyes del reino que prohiben abiertamente tales concesiones[310].

No deja de interrogarse tampoco, a propósito de la confirmación regia de los privilegios, sobre qué valor tienen en esa situación las cláusulas *motu propio y de plenitudine potestatis*, partiendo del supuesto de que se ha de entender la confirmación conforme a la petición de la parte impetrante. Es partidario de la nulidad si las confirmaciones contienen violencias, falsedades y simulaciones, pues han sido ganadas con obrepción y subrepción. Sin embargo apunta una excepción a lo dicho: a no ser que el príncipe haga mención de la falsedad, violencia, simulación, obrepción y subrepción de la sentencia, contrato o privilegio, de cuya confirmación se trate, pues entonces se entendería ciencia cierta en el príncipe[311]. En la comprensión siempre de que el rey está por encima del derecho positivo.

Menos definido que García Saavedra se nos presenta otro jurista de esta misma época, Gaspar de Baeza, ya que no se pronuncia directamente sobre la potestad absoluta del monarca. No obstante, sus escritos nos dan a entender que se movía dentro de lo que hemos denominado

[309] *Ibidem*, glosa 31, núm. 11 y 13, p. 80.
[310] *Ibidem*, glosa 1, núm. 5, pp. 35-36.
[311] *Ibidem*, glosa 1, núm. 71-73, pp. 48-49.

postura tradicional, pero dentro de un tono de considerable moderación[312].

Que para Gaspar de Baeza estaba el príncipe desligado del derecho positivo, parece deducirse del valor que atribuye a las dispensas y a los rescriptos *contra ius*. En efecto, comentando una ley de 1534 que intentaba poner freno a las dotes excesivas, nos dice que por rescripto regio se puede disponer en contra de esta ley, siempre que el rescripto contenga la cláusula derogatoria *non obstantibus*. Porque si el príncipe dispensase, añade, no habrá lugar para esa ley, pues de la misma manera que puede quitarla del todo, puede dispensar para un caso concreto y se le ha de obedecer por derecho humano y divino[313]. ¿Mas cómo podía dispensar el príncipe contra las leyes, en derogación de ellas, si no estaba desvinculado del derecho positivo, cabía preguntarse? La cuestión no tenía alternativas si continuaba atribuyéndose al príncipe la capacidad de privilegiar y dispensar.

Su posición, en la dirección apuntada, se confirma también por los límites que no olvida de señalar a los actos del príncipe, para salvaguardar los derechos de terceros. De este modo dirá que nunca se juzga que el privilegio del príncipe quiera dañar a otro, y más en particular que no debe ser dañoso al acreedor[314]. No otra función tiene su preocupación porque en los rescriptos del príncipe se recoja la verdad de las preces, de modo tal que si en la gracia concedida al delincuente no se hace mención del delito se considera subrepticia, ya que es de creer que si el príncipe supiere que hubiera delinquido no habría otorgado la gracia, concluye Gaspar de Baeza[315].

En fin, un nuevo indicio de la orientación que seguía el autor podemos detectarlo por la distinta posición en que sitúa al príncipe en dependencia de la naturaleza de los distintos derechos. En este sentido, y teniendo en cuenta que la legítima de los hijos les es debida por derecho natural, afirma que no se les puede quitar totalmente[316]. Por lo mismo, pero por elevación, dirá que la ley civil no podrá disponer acerca del matrimonio, aun cuando sí le es dado hacerlo respecto a las dotes y su cuantía[317].

Tras Gaspar de Baeza podemos pasar a contemplar la doctrina de otro coetáneo, Juan de Rojas, natural de Roda, estudiante en el colegio mayor Santiago el Zebedeo de Salamanca y más tarde obispo en el reino de Sicilia. En este caso se trata de uno de los más firmes defensores de la potestad absoluta del príncipe, a imagen y semejanza del papa, que lo ve como su modelo. Fue muy citado por los juristas castellanos,

---

[312] Aquí se utiliza su *Opera Omnia*, Madrid, 1592, y dentro de ella, dos de sus tres obras: *De non meliorandis ratione dotis filiabus* y *De inope debitore creditori addicendo*.

[313] *De non meliorandis*, cap. 19, núm. 17, fo 86r. y cap. 37, 1 y 2, fo 118 r-v.

[314] *Tractatus de inope debitori*, cap. 16, 6, fo 180v-181r.

[315] *Tractatus de inope debitori*, cap. 11, 5, fo 167r.

[316] *De non meliorandis*, cap. 1, 1, fo 2r-v y cap. 2, 15, fo 10v.

[317] *De non meliorandis*, cap. 2, 3 y 10, fos 9r-10r.

entre cuya tradición se inserta, y particularmente denostado por Fernando de Mendoza, el más abiertamente antiabsolutista de todos los jurisconsultos que en su momento vamos a examinar[318].

El Sumo Pontífice, nos dirá Juan de Rojas, es vicario de Cristo, sucesor de Pedro y en todas las cosas puede dispensar, a no ser en los artículos de la fe. Aquello que hace el papa se entiende que lo hace Dios, continúa, precisamente por ser su vicario y sucesor de Pedro. Pero lo que se dice del papa vale para el emperador en las cosas temporales[319].

De los hechos del romano pontífice nadie puede dudar, también indica. Mas aún, siguiendo una larguísima tradición mantiene el autor que es sacrilegio disputar de la potestad del papa o del emperador[320].

Cuando el príncipe hace algo de plenitud de potestad, advierte, nada puede oponérsele que anule la gracia. Por lo mismo, cuando actúa de plenitud de potestad nadie puede interpelar al príncipe preguntándole por qué obra así[321].

Pero, ¿en qué consiste la plenitud de potestad? Juan de Rojas, de conformidad con Baldo, mas con cita también de Palacios Rubios, señala que la plenitud de potestad es potestad de arbitrio que a ninguna necesidad está sometida y por ninguna regla de derecho está limitada[322]. Y lo que se dice de la plenitud de potestad, añade, otro tanto vale para las cláusulas *ex certa scientia* y *motu proprio,* además de considerar que la segunda yusión del príncipe opera como la cláusula *motu proprio*[323].

No se detiene aquí Juan de Rojas, porque tiene oportunidad de manifestarse todavía con mayor claridad en relación con el poder absoluto del príncipe, o mejor dicho, del papa, su modelo. En efecto, llegará a decir, con un viejo aforismo de los canonistas, que el sumo pontífice todo lo puede *supra ius* y *contra ius*[324].

Sin embargo, no siempre obra el príncipe de plenitud de potestad. Según Rojas, en la gracia no se presume plenitud de potestad a no ser que se exprese en ella[325]. De un modo más general, empleando un criterio bastante común entre los seguidores del *mos italicus,* únicamente se presume que el príncipe actúa de plenitud de potestad cuando de otro modo, de potestad ordinaria, no valdría el acto[326].

---

[318] De entre las varias ediciones de las obras de Juan de Rojas, la manejada aquí lleva por título: *Opus tripartitum: De succesionibus, De Haereticis et Singularia in fidei favorem*, Salamanca, 1581. De las tres, la más importante para nuetro trabajo es la primera, que con rótulo más largo se denominaba: *Epitome omnium successionum ex testamento, et ab intestato iure communi et regio.*

[319] *De successionibus*, cap. 23, núm. 70-71, p. 148.

[320] *Ibidem*, núm. 67 y 68.

[321] *Ibidem*, núm. 66.

[322] *Ibidem*, núm. 74.

[323] *Ibidem*, núm. 76-78.

[324] *Ibidem*, núm. 69.

[325] *Ibidem*, núm. 72.

[326] *Ibidem*, núm. 74.

Poder absoluto tampoco significa que esté exento de límites, por mucha paradoja que en un principio pueda encerrar esta afirmación, mas en un mundo de privilegio era una antinomia comprensible, por lo menos para muchos juristas. Así, según Rojas, el príncipe está absuelto de las leyes positivas, del derecho civil, pero no del divino y natural. Siempre pensando en la defensa de los derechos de terceros, de los derechos adquiridos, como para que no pueda juzgarse que el príncipe mediante su privilegio quiso perjudicar el derecho de otros, ni siquiera cuando el privilegio o gracia se concede *motu proprio,* de acuerdo con el sentir del autor[327].

Estas limitaciones se producen en relación con la legítima, por ejemplo, que según precisa Rojas es de derecho de gentes, o natural seundario, propio de los hombres, frente al estrictamente natural, común a brutos y hombres. En todo caso los derechos naturales son inmutables[328]. Lo mismo acontece con el dominio, que es igualmente de derecho natural, aunque aquí distingue entre *ius quaerendi* y *ius quaesitum,* más fácil de quitar el *ius quaerendi,* como también distingue entre dominio y formas de adquirir el dominio, porque éstas son de derecho civil[329].

Los principios los enuncia con suficiencia y claridad: aquellas cosas que son de derecho civil las puede quitar el príncipe, pero no puede cambiar las que pertenecen al derecho natural o de gentes[330]. Mas los efectos debían ser no menos patentes, ya que en aquellas cosas que son de derecho positivo la voluntad del príncipe es causa, *sufficit sola voluntas pro causa.* El príncipe podrá por consiguiente dispensar *contra ius,* contra el derecho civil, sin necesidad de causa expresa, ni prueba en contrario, que de ningún modo se ha de admitir, señala, por cuanto siempre se presume causa en el príncipe[331]. Un raciocinio que se expresa fundamentalmente en torno a las legitimaciones[332], tanto que se atreve a discrepar de Covarrubias y seguir a Baldo en la cuestión que se plantea sobre si el emperador o rey que no reconoce superior puede legitimar sin más a un hijo suyo espurio. En opinión de Rojas, de acuerdo con el parecer de Baldo, el rey de España, o el de Francia, que no reconocen superior en las cosas temporales, ni están sometidos al emperador, pueden legitimar a sus hijos espurios[333].

La actitud tradicional de Rojas no ofrece dudas, y es una posición poco templada, como es por otro lado la de varios juristas que ahora estamos comentando. Pero la suma sigue con más autores, caso de Luis

---

[327] *Ibidem*, núm. 40-41, p. 144.

[328] *De successionibus*, cap. septimum, núm. 1-3 y 8-10.

[329] *De succesionibus*, cap. 23, núm. 60-65.

[330] De forma expresa en Ibidem, núm.58-60.

[331] *Ibidem*, núm. 10-13, 58 y 65.

[332] Y en general respecto a los privilegios, ya que como en el conceder privilegios el príncipe está libre de sus derechos puede concederlos en perjuicio de otro, y por supuesto sin citarlo. *Ibidem*, núm. 97, p. 151.

[333] *Ibidem*, núm. 81-83, pp. 149-150.

Velázquez de Avendaño, decidido prorregio y proabsolutista, en la línea de Baldo, El Abad y Palacios Rubios, a los que confesadamente imita, conforme atestiguan sus citas[334], aunque yo diría que sobrepasa a Palacios Rubios, que estaba más preocupado por mantener a salvo los derechos de terceros. Las legitimaciones para suceder efectuadas en las licencias de mayorazgos y las facultades para alterar éstos son los motivos que van a inducir a Velázquez de Avendaño a tratar de la potestad del príncipe.

En el fondo nada, o casi nada, de su doctrina nos va a sonar a nuevo, con la excepción tal vez del tono del discurso y la terminología en torno a los derechos adquiridos, en la que es palpable la huella de Luis de Molina[335]. De la firmeza de los postulados es una muestra su afirmación de que no se exige citación cuando el príncipe, de plenitud de potestad y ciencia cierta, procediendo extrajudicialmente, concede la gracia y quiere perjudicar a un tercero, porque puede ser hecha contra la voluntad de éste y por supuesto en su ignorancia; de forma harto semejante a la empleada por Juan de Rojas[336].

Velázquez de Avendaño insiste con reiteración en sus tesis[337]. Según el autor, es válida la legitimación efectuada por el príncipe cuando de su propia y espontánea voluntad, a petición del padre, de ciencia cierta y plenitud de potestad procede a concederla[338], y entonces no hace falta conocimiento de justa causa ni citación de los interesados, porque el príncipe puede hacerlo al tratarse todavía de un derecho no adquirido en la realidad del presente, sino que ha de ser adquirido en el futuro[339]. Incluso el príncipe tiene poder para hacerlo en el caso de que se tratara de un derecho que ya fuera firmemente adquirido en expectativa[340]. Claro que si esto es así, con mayor razón puede sostenerse, tanto por lo que hace a la citación como para la causa, que no se han de requerir en aquellas situaciones en que no hay siquiera expectativa de herencia[341].

A Velázquez de Avendaño se le podrá acusar de radical, pero no de incoherente. La congruencia de su doctrina viene dada por la identificación entre causa y voluntad del príncipe. En éste, nos advierte, siempre se presume justa causa. Más aún, la misma voluntad del prínci-

---

[334] En su *Legum Taurinarum a Ferdinando et Joanna Hispaniorum regibus foelicis recordationis utilissima glosa sequitur*, Toledo, 1588.

[335] A Luis de Molina hay una explícita remisión, como se observa en: *Ibidem*, 22, pp. 120 r-v.

[336] Para Velázquez de Avendaño, *Legun Taurinarum*, Ad L. 40, glosa 11, núm. 26, fos 120v-121r. En cuanto a Rojas, véase la nota 326.

[337] *Legum Taurinarum*, ibidem, núm. 22, fo 120r-v.

[338] Lo que se dice de plenitud de potestad vale para las cláusulas *ex certa scientia* y *motu proprio*, en opinión del autor. Para su verificación, *Ibidem*, núm. 28 y 29, fo 121r.

[339] Que, conforme a sus palabras, fuera un «ius nondum in re quasitum sed in posterum quarendum».

[340] «In spe firmiter iam quaesitum», en su tenor literal.

[341] «Ubi re, neque spe, successione delata est», en reproducción del dictado del texto. Para su comprobación, *Ibidem*, núm. 30-31.

pe se dice justa causa. Aunque no se detiene aquí, porque a su entender basta con que la justa causa pueda ser imaginada en el príncipe, dado que la propia voluntad del príncipe es justa causa[342].

No se contenta Velázquez de Avendaño con esta equiparación entre voluntad y causa, ya que busca otro argumento para rematar su discurso, y lo encuentra en la definición de la plenitud de potestad del príncipe, como también lo hacía Juan de Rojas. ¿Por qué se dice que el príncipe tiene plenitud de potestad, se pregunta? En su opinión, con citas de Baldo, Inocencio y Palacios Rubios, plenitud de potestad se dice por aquello que a ninguna necesidad está sometido y por ninguna regla de derecho está limitada[343]. De forma tajante y rotunda, pues. En la ambivalencia entre la voluntad y la causa, Velázquez de Avendaño toma postura en definitiva por la voluntad del príncipe, que está desligada del derecho positivo. Como extrema también el límite en que debía situarse el derecho adquirido, al filo de lo posible, frente a lo que no eran más que expectativas de tal derecho. Y no es que desconozca las tesis de quienes opinaban que se requería justa causa para la legitimación, que esta justa causa debía probarse y por tanto se requería la citación, o que no podía legitimar el príncipe en perjuicio de los hijos legítimos, ya que como era habitual en la técnica expositiva de estos juristas comienza el relato por las opiniones que debemos entender como contrarias a la suya[344].

A la luz de lo dicho no puede producir sorpresa la actitud que toma en relación con las licencias o facultades reales para fundar mayorazgos y para poderlos enajenar y obligar, las cuales califica por cierto, y no es secundario, de gracia y privilegio[345]. Se muestra partidario de la necesidad de que preceda licencia regia para instituir mayorazgo de heredero[346], aunque no niega valor a los otorgados sin ella, que se pueden probar por testigos[347]. Mas sobre todo manifiesta esta necesidad para el caso de acrecentar los bienes de mayorazgo, o para subrogarlos y enajenarlos, ya que, según Velázquez de Avendaño, como suponen un nuevo acto es preciso que preceda al mismo la licencia del príncipe[348]. En este ámbito también apunta que es más difícil de conceder la licencia para enajenar mayorazgos si están establecidos de tercio que si lo han sido por facultad regia[349], para instituir heredero de todos los bienes, o por encima de la cuota de mejora, se entiende.

---

[342] *Ibidem*, núm. 124, fo 120v.

[343] *Ibidem*, núm. 27, fo 121r.

[344] *Ibidem*, núm. 7-21.

[345] *Ibidem*, Ad legem 41, glosa 3, núm. 2, fo 143r y Ad legem 42, glosas 1 y 2, fos. 153v-155v.

[346] *Ibidem*, Ad legem 42, glosa 1, fos 153v-154r. Incluso ve la conveniencia de que el rey de licencias de concesión de mayorazgos no sólo a los nobles, sino también a los que no lo eran, en el supuesto de mayorazgo de tercio. Expone esta opinión en *Ibidem*, Ad legem 27, glosa 1, fos. 52v-53r.

[347] *Ibidem*, Ad legem 41, glosa 2, núm. 1.

[348] *Ibidem*, Ad legem 42, glosa 1 y 2, fos 153v-155v.

[349] *Ibidem*, Ad legem 27, glosa 1, núm. 3.

La postura de Velázquez de Avendaño relativa a las licencias de mayorazgo se acomodaba bien, por otro lado, a la práctica que seguía la Corte durante el último tercio del siglo XVI, según pondrá de relieve la obra de un práctico, Gabriel de Monterroso y Alvarado, aunque dentro de una mayor inquietud por los derechos de terceros, cosa que venía sintiendo la gran mayoría de la doctrina[350]. De conformidad con este autor, no hay necesidad de licencia real en el tercio y remanente del quinto de bienes que cualquiera puede poner por vía de mejoría con todos los gravámenes, submisiones y restituciones que quisiere. En cambio, en cuanto a los que quisieran hacer mayorazgo de todos sus bienes, o de tanta parte que pase y exceda del tercio y quinto de ellos, habiendo ascendientes o descendientes, no se puede hacer sin licencia expresa del rey, porque es contra derecho y en perjuicio de terceros, por lo cual ha de ir expresado en la licencia el que pueda perjudicar en la legítima a otros hijos, dejándoles eso sí alimentos[351]. A las palabras las acompaña de fórmulas documentales de los dos tipos de constitución de mayorazgos[352], junto a otras fórmulas, como de legitimación de hijo bastardo, las cuales nos sirven para apreciar el valor de los formularios de la propia Cámara de Castilla que dimos a conocer en un epígrafe anterior.

También durante el último tercio del siglo XVI se desarrolla la obra de un jurista que alcanzó gran difusión, me refiero a Diego Pérez de Salamanca y a sus comentarios al Ordenamiento de Montalvo[353]. Diego Pérez, a diferencia de Velázquez de Avendaño y de otros autores del reinado de Felipe II, parece más equilibrado en sus postulados sobre el poder del príncipe y sigue mejor las trazas de Montalvo, Palacios Rubios y la Peregrina, que al fin y al cabo no eran sino las de las Partidas. Aunque Diego Pérez no sólo cita estas fuentes doctrinales, de entre las castellanas, ya que en él descubrimos alguna referencia positiva a Covarrubias, signo de una mayor amplitud de mente. De entre los autores foráneos gozan de primacía en su exposición los nombre de Baldo, Decio y El Abad, teniendo en cuenta que al fin y al cabo Diego Pérez de Salamanca es un representante típico de la postura que hemos venido en calificar de tradicional.

Como autor que encarna bien esta actitud, Diego Pérez exalta la condición del príncipe, comenzando por los orígenes de su poder. Sus orígenes humanos arrancan del príncipe romano, tal y como pone de manifiesto cuando atribuye al rey de Castilla toda la jurisdicción, suprema media e inferior, civil y criminal, y de ella deriva y en ella se funda, dice, la jurisdicción que tienen los demás en el reino, de modo que ni la más mínima jurisdicción puede ser concedida si no es por su me-

---

[350] *Práctica civil y criminal, y instrucción de escribanos*, Madrid, 1591, aunque ya tenía el autor licencia para imprimir desde 1563.

[351] *Práctica*, pp. 186r-187r.

[352] *Práctica*, pp. 187r-189v.

[353] Manejo esta edición de su obra: *Commentaria in quatuor priores libros Ordinationum regni Castellae*, Salamanca, 1609.

diación, por su autoridad. Mas si toda la jurisdicción reside en el rey de Castilla es porque antes estuvo en el príncipe romano, en el emperador, que la obtuvo a su vez del pueblo, de quien fue trasladada al príncipe. Con lo cual si inicialmente estuvo en el pueblo ahora está en el rey de España que no reconoce superior en lo temporal, concluye su raciocinio, que no es otro que el de la conocida tesis de la *translatio imperii*[354].

Si sus opiniones en torno a los orígenes humanos del poder están expresadas de manera diáfana, no lo están en cambio las referentes a sus orígenes divinos, aunque eso no significa que no dejen de hacerse algunas alusiones a los mismos. En Pérez de Salamanca, como hemos visto en tantos otros, aparece la atribución al príncipe de la condición de vicario de Dios en las cosas temporales, que servía para acentuar su independencia del emperador y destacar la superioridad en el reino[355]. Referencias indirectas descubrimos también cuando se pregunta el autor si las leyes humanas obligan en conciencia, bajo pecado. Diego Pérez, con cita de Baldo, dirá que la ley civil es parte de la divina, o que la ley humana se deriva de la eterna. El autor nos recuerda igualmente, en este caso con mención de Los Proverbios, que los reyes por Dios reinan[356].

En cualquier caso, sea por sus orígenes humanos o divinos, la superioridad del rey tiene múltiples manifestaciones. Acabamos de contemplar la afirmación de la supremacía de la jurisdicción real[357]. No es de escaso relieve tampoco la consideración de que sólo al rey que no reconoce superior le toca dar leyes generales, declararlas, corregirlas y cambiarlas[358]. Lo mismo cabe decir de las dispensas, porque únicamente al rey, como al emperador, que no reconoce superior, le corresponde legitimar en cuanto a las cosas temporales, reservándose al papa las espirituales[359]. También, y es otro ejemplo de dispensa, sólo al rey le compete dar licencias para obligar y enajenar bienes de mayorazgo[360].

Es en semejante contexto donde encuentran lógica cabida sus reconocimientos del poder absoluto del monarca, que se suceden en varios episodios de su obra. Lo afirma con motivo del comentario a la ley que

---

[354] *Ibidem*, vol 1, glosa «jurisdicción» y el correspondiente «quaero», a Ordenanzas 3, 1, 1, pp. 454-455, que corresponde a la paginación propia del primer volumen, ya que el segundo tiene paginación independiente. Por otra parte la idea de que toda la jurisdicción e imperio está en el príncipe es una constante en su obra. Puede verse al respecto lo que dice al comentar Ordenanzas, 3, 13, 6, p. 718, o al hacer lo propio con Ordenanzas 2, 1, 4, p. 195, ó 2, 15, 1, p. 354.

[355] *Ibidem*, vol 1, proemio, «prima quaestio proemialis», p. 6.

[356] *Ibidem*, vol. 1, decima quaestio proemialis, p. 12 y vol. II, en glosa a Ordenanzas 5, 2, 1, p. 105.

[357] Sobre el tema de la superioridad de la jurisdicción real vuelve el autor al hablar de los *iura regalia* (*Ibidem*, vol. I, Ordenanzas 3, 1, 1, p. 459).

[358] *Ibidem*, vol. I, «prima quaestio proemialis», p. 6, «secunda quaestio proemialis», pp. 6-9 y vers. «quarto quaero», a Ordenanzas 1, 4, 1, p. 11.

[359] *Ibidem*, vol. I, vers. «utrum autem», Ordenanzas, 3, 1, 11, p. 465.

[360] *Ibidem*, vol. 2, «De institutionis haeredis», Ordenanzas, 5, 2, 1, pp. 65-71.

permitía al monarca nombrar procuradores de Cortes *motu proprio*, cosa que puede hacer, dice Pérez de Salamanca, porque el rey está *supra ius* y a él corresponde interpretarlo y derogarlo[361]. Vuelve a hacerlo en un episodio donde señala que no tienen ningún efecto los rescriptos contra el derecho comun, o general, a no ser que conste la voluntad del príncipe de querer derogar tal derecho expresada mediante una segunda yusión, dado que su voluntad a todos los derechos positivos se extiende y es *supra ius* y *praetrer ius*, argumenta Pérez de Salamanca[362]. Una vez más hallamos expuestas estas ideas cuando se plantea si el príncipe puede dispensar para las sagradas órdenes a una persona —un hidalgo que había sido culpable de homicidio de un labrador que no se había defendido con armas—, ya que esta irregularidad era de derecho positivo. A juicio de Pérez de Salamanca no debía proceder la dispensa, pero por causa de la dificultad, la gravedad del crimen, no por defecto de potestad, teniendo en cuenta, conforme apunta el autor, que la potestad del príncipe es suprema sobre el derecho positivo y la irregularidad es una invención humana[363].

En este mismo orden de cosas encontramos en Diego Pérez una de las clásicas distinciones de la glosa y los doctores, la que separa la potestad ordinaria de la absoluta, en particular en relación con el papa que puede convertir un legado dejado para un determinado uso pío en otro uso pío diferente, algo que no le es permitido hacer de potestad ordinaria, sino que debe servirse de la absoluta, apostilla el autor[364]. En fin, por no faltar, no falta en Pérez de Salamanca otra expresión equivalente a la de potestad absoluta, como es la de plenitud de potestad[365]. Tampoco la valoración de las cláusulas *motu proprio, ex certa scientia*, o *non obstante*, que a su entender operan como la cláusula *ex plenitudine potestatis*[366], y alejan al príncipe de cualquier responsabilidad institucional, como para que no se pueda preguntarle *cur ita facis*, según argüía Baldo, a quien según costumbre se le atribuyen aquí todas las ocurrencias en defensa del poder absoluto del príncipe[367].

Aboluto no quiere significar, empero, ilimitado. Diego Pérez, como Montalvo, distingue al rey del tirano. Rey se dice, en clásica frase, quien rectamente obra y busca el bien común, el bien de tercero. Tirano, en cambio, es el que únicamente se preocupa de su propio y particular provecho. En consecuencia, prosigue, ley recta y regia se dice la que pretende el bien común, mientras que es ley tiránica si sólo busca lo que es propio del príncipe, un príncipe que debe estar adornado de

---

[361] *Ibidem*, vol. I, glosa «mas de nuestro proprio motu», Ordenanzas 2, 11, 3, p. 305.

[362] *Ibidem*, vol. I, vers. «quo sit», Ordenanzas, 3, 12, 3, p. 685.

[363] *Ibidem*, vol I, glosa «matare», Ordenanzas 4, 11, 13, pp. 893-894.

[364] *Ibidem*, vol. II, «De institutione haeredis», Ordenanzas 5, 2, 1, p. 72. De potestad ordinaria también se habla en glosa «los perdones», Ordenanzas, 1, 11, 1, pp. 173-174.

[365] *Ibidem*, vol I, Ordenanzas 3, 12, 3, pp. 695-696 y vol. II, Ordenanzas 5, 2, 1, p. 72.

[366] *Ibidem*, vol. I, Ordenanzas 3, 12, 3, pp. 694-696.

[367] *Ibidem*, Quinto, p. 695.

múltiples virtudes, en especial de la justicia y la equidad[368]. Si bien estos límites parece que son de naturaleza más ética o moral que estrictamente jurídica, de difícil traducción en la práctica.

Otros límites de naturaleza también ética, aunque más próximos al derecho, vienen determinados por la célebre distinción entre *vis directiva* y *vis coactiva* de la ley. Diego Pérez expone su manera de pensar al respecto en un momento en que se pregunta por el alcance que deben tener los perdones regios: muy restrictivo, a su entender. Para fundamentar se juicio se remite a la distinción antedicha, dado que a la *vis directiva* de la ley el príncipe está sometido como cualquier otro, y su potestad está limitada, a fin de que con causa y razón disponga de todas las cosas, en versión literal de las palabras del autor[369].

Los verdaderos límites, como sucedía en la doctrina de tantos juristas, vendrán determinados por la distinta naturaleza de los derechos, el correctivo de la causa y el recuso de suplicación, a la espera de una segunda yusión, o segundo mandato, del rey. Siempre en amparo de los derechos de terceros, de los derechos adquiridos, idea obsesiva en el autor.

La protección de los derechos de terceros la observamos incluso cuando está aludiendo a la potestad absoluta del príncipe. Así, en el asunto de la elección de procuradores de Cortes, va a decir que no podrá designarlos a su voluntad el príncipe si hay interés de parte de por medio[370]. También lo descubrimos en materia de perdones, cuando nos habla de la fuerza directiva de la ley, ya que insiste en que no puede el príncipe remitir la pena del delito sin causa y en perjuicio de parte o de tercero, momento que aprovecha para recordarnos una general presunción a favor del príncipe, como es que no se entiende que obre nunca en perjuicio de tercero[371].

Aunque quizá sea con motivo de los recriptos y las cláusulas en ellos contenidos cuando con mayor insistencia incide en la defensa de los derechos de terceros. En algún momento, en la circunstancia de analizar el valor de las clásulas regogidas en los rescriptos, llega a decir que los rescriptos se conceden bajo la condición de no perjudicar a otro en su derecho adquirido, lo que se expresaría con la cláusula *si non sit alteri ius quaesitum*[372]. También nos asegura que en la duda se ha de entender que el rescripto del príncipe no se concede en perjuicio de alguien, y si se concediera, tal disposición es inválida, aunque no lo sea por defecto de potestad, sino de voluntad. Tan sólo sería válido el rescripto si no dañara a nadie, a pesar de que fuera contra derecho, si-

---

[368] *Ibidem*, vol. I, glosa «el rey», Ordenanzas, 2, 1, 1, pp.190-191.
[369] *Ibidem*, vol. I, glosa «Los perdones», Ordenanzas Reales, 1, 11, 1, p. 174.
[370] *Ibidem*, vol. I, Ordenanzas 2, 11, 3, p. 305.
[371] *Ibidem*, vol. I, Ordenanzas Reales, 1, 11, 1-3, pp. 173-179.
[372] *Ibidem*, Vol I, Ordenanzas 3, 12, 3, pp. 694-695.

guiendo los criterios de Palacios Rubios[373]. Pero hay más manifestaciones al respecto, una de ellas, y quizá sea la declaración de mayores vuelos, se produce cuando se interroga Pérez de Salamanca por el valor que tiene la data en estos documentos y nos aclara que una vez puesta en las cartas de gracia desde aquel instante hay derecho adquirido para la parte[374]. Es tanto más importante esta afirmación, por cuanto Pérez de Salamanca se ha esforzado en otras páginas por distinguir entre rescriptos de justicia y de gracia. Pues bien, en virtud de lo ahora afirmado, una vez concedida la gracia se convertía en justicia, con todas las consecuencias que ello llevaba para la protección procesal de los intereses de tercero. El privilegio quedaba así sólidamnte defendido, que en definitiva es lo que más importaba a un jurista que se desenvolvía en una sociedad de privilegio, o de derecho desigual.

El amparo de los derechos de partes, o de terceros, no se quedaba en esta declaración de principios, sino que descendía a terrenos más pragmáticos. Según Pérez de Salamanca, los rescriptos *contra ius*, contra ley, fuero o derecho, se obedecen pero no se cumplen, en aplicación estricta de lo que venía establecido en las propias Ordenanzas de Montalvo[375]. Ello llevaba consigo la correspondiente impugnación, que se llevaba a cabo mediante un recurso de suplicación a la espera de una segunda yusión del príncipe. A tal efecto Pérez de Salamanca recuerda en numerosas ocasiones la necesidad de suplicar contra estos rescriptos que van contra derecho de terceros y esperar la segunda yusión del príncipe. Justificaba esta conducta, como era común entre la doctrina, en el entendimiento de que semejantes rescriptos habían sido impetrados por importunidad del beneficiario, con vicios de obrepción y de subrepción, callando la verdad o expresando falsedades, lo que dañaba la voluntad del príncipe concedente[376].

La distinción entre derechos también marcaba los límites de la actuación del rey. El monarca estaba desligado del derecho positivo, pero no de los derechos divino, natural y de gentes. Con carácter general nos da a conocer su pensamiento cuando analiza la eficacia de los rescriptos contra los diversos derechos. Si los otorgados contra el derecho positivo en daño de partes se obedecían y no cumplían, ningún valor tenían los rescriptos dados contra el derecho divino, puesto que el inferior no puede quitar la ley del superior y los derechos naturales son inmutables[377].

---

[373] *Ibidem*, vol. I, Ordenanzas 3, 12, 3, pp. 700-701. Pero la citada presunción aparece recogida en otros lugares, como en glosa «por las quales se quita el derecho», a Ordenanzas 2, 4, 29, p. 252.

[374] «Quia in illo instanti est ius quaesitum parti», en su literalidad latina. En *Ibidem*, vol. I, Ordenanzas Reales, p. 697.

[375] *Ibidem*, vol. I, Ordenanzas 3, 12, 1-3, pp. 681-705, y particularmente pp. 700-701.

[376] *Ibidem*, vol. I, Ordenanzas 2, 4, 29, pp. 252-253 y 3, 12, 1-3, pp. 681-705, siendo de destacar que el autor, después de los esfuerzos realizados por distinguir entre obrepción y subrepción, acaba confesando (pp. 689 y 702) que en la práctica ambos términos se utilizan con el mismo significado, que hoy se usan promiscuamente, nos dice.

[377] *Ibidem*, vol. I, Ordenanzas Reales, 3, 12, 3, quaero 33, pp. 700-701.

Más en particular se pronuncia respecto a los contratos, que obligan naturalmente al príncipe, si bien no se atreve a decidir si también civilmente, ya que a su entender las dos opiniones —que expone largamente— pueden ser justificadas y aprobadas[378]. Otro supuesto es el de la legítima de los hijos, que es de derecho natural, y en consecuencia, según Pérez de Salamanca, no puede el rey dar licencia a un padre para constituir mayorazgo en perjuicio de la misma[379]. Vuelve a tomar partido el autor cuando analiza el valor de las distintas cáusulas utilizadas por el rey en sus rescriptos, donde además de las más comentadas por los juristas: *motu proprio, non obstante, ex certa scientia* y *ex plenitudine potestatis*, considera otras que aparecen mucho en las cartas regias, como la de *pro expressis habentes*, dándolo por expresado, y la de *suplentes omnes defectus*, supliendo cualquier defecto, y justamente al glosar esta última señala que el príncipe puede quitar los defectos de derecho positivo, pero no los del natural[380]. También manifiesta su opinión en la ocasión de preguntarse qué sucede con las dispensas que pueden provocar pecado o ser materia de escándalo. En tal coyuntura es del parecer que caben las dispensas que son de derecho positivo y sobre las cuales tiene competencia el príncipe, mas no sobre las de derecho divino, en cuyo caso no tiene potestad[381].

Por fin, otro elemento importante de su discurso es la causa, la justa causa, que sirve de correctivo a los criterios que acabamos de exponer. Es en último termino el patrón por el que se debía guiar la conducta del príncipe[382]. De esta manera se considera indispensable la existencia de causa para la remisión de penas del delincuente, para los perdones, porque afectaban a derechos de terceros, de carácter pecuniario fundamentalmente[383]. De forma semejante se juzga necesario que se dé causa justa para que el rey pueda otorgar licencias para enajenar o permutar bienes de mayorazgo, habida cuenta de la naturaleza vinculada de los mismos; justa causa, o causa de utilidad pública, que se cifra en que las enajenaciones y obligaciones redunden en la propia utilidad del mayorazgo[384]. Como sin causa no podía el príncipe dar licencia para fundar mayorazgo en daño de la legítima, supuesta la condición de derecho natural de ésta[385]. Tampoco, y es otro ejemplo, tenía potestad el príncipe para revocar la donación, a no ser que lo hiciera por justa causa[386]. Pero, eso sí, el derecho divino podía alguna vez ser distinguido,

---

[378] *Ibidem*, vol. I, Ordenanzas 3, 8, 3, pp. 610-621.

[379] *Ibidem*, vol. II, Ordenanzas, 5, 2, 1, pp. 128-129.

[380] *Ibidem*, vol. I, Ordenanzas, 3, 12, 3, p. 695.

[381] *Ibidem*, vol. I, Ordenanzas 3, 12, 3, vers. «item quando rescriptum», p. 694.

[382] Las propias leyes civiles debían buscar la pública y común utilidad (*Ibidem*, vol. II, Ordenanzas, 5, 1, 1, p. 23).

[383] *Ibidem*, vol. I, Ordenanzas 1, 11, 1, glosa «los perdones», pp. 173-174.

[384] *Ibidem*, vol. I, Ordenanzas 2, 2, 2, p. 199 y vol II, Ordenanzas 5, 2, 1, p. 72.

[385] *Ibidem*, vol. II, Ordenanzas 5, 2, 1, pp. 128-129.

[386] *Ibidem*, vol. II, Ordenanzas, 5, 2, 1, p. 127.

añadido y suplido por el derecho humano[387]. Y Diego Pérez, catedrático de cánones de Salamanca, no desdeñaba la práctica, según atestigua la inclusión como modelo en su libro de su propia licencia regia de constitución de mayorazgo, llena de cláusulas de absolutismo, de no obstancias y de validaciones de actos irregulares que pudiera contener la futura escritura[388].

Según acabamos de relatar Diego Pérez es un buen ejemplo de la doctrina que cabe denominar cómun o dominante en la Corona de Castilla, mas lo dicho para este autor vale con determinados matices para otros juristas, como es el caso de Jerónimo Castillo de Bobadilla, aunque este autor mantiene una posición más radical, particularmente en el punto del origen del poder real. Castillo de Bobadilla escribió a fines de siglo un voluminoso y famoso libro sobre la jurisdicción territorial de corregidores y señores. La fama de la obra se debio en gran parte a estar redactado en castellano, lengua vulgar que pocos juristas se habían atrevido a utilizar y que él se ve obligado a justificar; diríamos más, de entre todos los letrados que hemos comentado hasta hora tan sólo Hugo de Celso había hecho imprimir una obra en lengua castellana[389].

¿Cómo contempla Castillo el origen del poder del monarca? Para él, el rey tiene un origen divino, está constituido por Dios[390] y es vicario de Dios en la tierra[391], mas no es esto sólo, ya que en su exaltación de la monarquía llega casi a identificar a la realeza con la divinidad. Según Castillo el rey es Dios en la tierra y al igual que Dios debe ser adorado y quien menosprecia al rey menosprecia a Dios[392]. La divinización del poder del rey es manifiesta, y tan palpable que era, como que le atribuye a éste virtudes milagrosas, para no ser menos que el rey de Francia, del que se decía que era taumaturgo. Es consecuente entonces que Castillo tilde de sacrílego al que pretendiera resistir a los mandatos reales, teniendo en cuenta además que las leyes son sacratísimas[393].

El origen divino del rey era un buen argumento para proclamar la preeminencia de la jurisdicción real frente a la señorial, pero no eran para despreciar tampoco los orígenes humanos, derivados de la *lex regia*, en virtud de la cual el pueblo romano transfirió todo su poder y señorío al emperador, y lo que se dice del pueblo romano se dice hoy, asevera, de todas las gentes, naciones y provincias sujetas a la iglesia

---

[387] *Ibidem*, Ordenanzas, 2, 15, 8, p. 361.

[388] *Ibidem*, vol. II, Ordenanzas, 5, 2, 1, pp. 122-126.

[389] La obra de Castillo de Bobadilla se titula *Política para corregidores y señores de vasallos*, aquí se maneja la edición de Amberes de 1704, reproducida en facsímil por el I. A. L., Madrid, 1978, que va precedida de un estudio preliminar de B. Gónzalez Alonso. Además del estudio de González Alonso contamos con otro debido a F. Tomás y Valiente: «Castillo de Bobadilla. Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen», *AHDE*, 45 (1975), pp. 159-238.

[390] Política: 1, 2, 2, 10, p. 224; 1, 2, 16, 11, p. 443 ; 1, 2, 17, 2, p. 493.

[391] *Ibidem*, 1, 1, 2, 18, p. 16.

[392] *Ibidem*: 2, 3, 2-4, p. 12; 2, 10, 15, p. 313; 2, 5, 1, 137, p. 451; 2, 5, 3, 58, p. 549.

[393] *Ibidem*, 1, 1, 14, 17, p. 189 y 1, 2, 10, 65, p. 326.

de Roma[394]. No era baladí, no, porque llevaba consigo la equiparación entre el poder del rey y el del emperador, de un rey, el de España, que como el de Francia no reconoce superior en cuanto a lo temporal en el reino[395]. Fruto precisamente de esta preeminencia real son las mayorías o regalías reservadas a los reyes y señores soberanos y que éstos no pueden enajenar ni apartar de sí[396].

¿Cúales eran estas mayorías o regalías que distinguían a los reyes o señores soberanos de los señores de vasallos? Castillo pasa a enumerarlas, dentro de un ejercicio bastante usual entre los juristas, según ya lo hacían las Partidas, aunque el catálogo variara de unos a otros. Castillo, en coherencia con la naturaleza de su trabajo, y de su oficio de corregidor, destaca de entre todas las regalías la suprema jurisdicción, o justicia, que la ve como la forma sustancial de la majestad real. A continuación enumera la facultad de conceder venias de edad y otras dispensas, remitir las penas legales, es decir otorgar perdones, e incluso, al decir de Castillo, el poder quitar el derecho de tercero en alguna circunstancia. Sólo el rey puede conceder cartas de moratoria de deuda y de seguro y amparo. Por supuesto, también es regalía reservada al rey dar leyes generales, derogarlas e interpretarlas. Batir moneda es otra de las manifestaciones, como lo son el conceder emancipaciones y legitimaciones o restituir a uno en su buena fama y honra. Particular relevancia presta Castillo a la utilización de la cláusula de plenitud de potestad, en virtud de la cual el monarca suple defectos y deroga el derecho común o general en contrario, o al uso también de las cláusulas de cierta ciencia y no obstante el derecho, cosa que no pueden hacer los señores de vasallos al ser exclusivo de los señores que no reconocen superior en lo temporal. Pueden los reyes, en fin, como mera gracia suya dar vida a la instancia de pleito ya extinguida, u oír a las partes en justicia sobre la sentencia pasada en cosa juzgada, y a él le están reservados los casos de corte[397].

Expuestas estas facultades o regalías, entre las cuales predominan las de gracia y dispensa, no queda lugar para la incertidumbre sobre cual pudiera ser el pensamiento de Castillo respecto del poder aboluto del monarca, si está o no desvinculado del derecho positivo. En varias oportunidades se pronuncia sobre la cuestión, en sentido tradicional. Lo hace, por ejemplo, con ocasión de destacar el significado que tiene para la preeminencia real el que no puedan usar los señores de vasallos de las cláusulas cierta ciencia y no obstante, que no es otro que la supremacia regia sobre el derecho positivo, ya que los señores no pueden usar de estas cláusulas, dice Castillo, porque han de observar las leyes[398]. Vuelve a aparecer su opinión sobre el tema con motivo de expo-

---

[394] *Ibidem*, 1, 1, 2, 14-17, p. 16.

[395] Es una constante en su libro. Entre otros pasajes puede verse: *Política*, 1, 1, 2, 17, p. 16 y 1, 2, 16, 67, p. 459.

[396] *Ibidem*, 1, 2, 16, 144, p. 474.

[397] *Ibidem*, 1, 2, 16, 67-218, pp. 459-486.

[398] *Ibidem*, 1, 2, 16, 185, pp. 480-481.

ner la diferencia que existe entre la jurisdición de reyes y jueces, momento en que señala que estos últimos están atados y obligados a las leyes porque no son ley viva, como los reyes[399]. También vemos expresada su manera de pensar cuando se interroga Castillo por el valor que tienen los contratos para el rey, en cuyo pasaje se manifiesta partidario de que le obligan natural y civilmente, porque es legislador y de poderío absoluto es suelto de la ley, afirma[400].

Absuelto de la ley, sin embargo, es sinónimo de desvinculado del derecho positivo, que no del divino, natural y de gentes. Y para Castillo de Bobadilla se consideran de derecho de gentes natural nada más ni nada menos que los señoríos y los contratos, o en un orden más amplio, la propiedad, que remonta hasta Caín[401]. Insiste de forma especial en el valor de los contratos, que no sólo obligan al rey de derecho natural, ya que también lo hacen de derecho civil[402]. También hace alguna alusión a la vinculación del príncipe en relación con el derecho divino, en concreto respecto del papa que no puede a los clérigos quitarles el privilegio de fuero y someterlos a la jurisdicción seglar, porque ello es de derecho divino[403].

Mas como tampoco podía faltar en una tesis clásica sobre el poder regio, en Castillo descubrimos asimismo referencias a la doctrina de la causa, que sirve de lenitivo al sometimiento del rey a los derechos no positivos. De este modo se cuestiona el autor si con causa el rey puede suprimir la jurisdicción de los señores[404]. Se da por sobreentendido el principio de la causa cuando nos dice que en alguna circunstancia el rey puede quitar el derecho de tercero, como en los perdones, cosa que no pueden hacer los señores de vasallos, asegura[405]. Pero es que hasta la doctrina de la causa la refiere al papa, pues tras su afirmación de que el papa tiene prohibido dispensar en las cosas que son de deecho divino, luego dice que movido por justa causa, y siempre se presume en él justa causa, puede restringir la exención de la jurisdicción seglar en ciertos casos y negocios[406].

Castillo de Bobadilla cierra un siglo, el XVI, donde la doctrina sobre el poder absoluto del príncipe había gozado de extraordinario predicamento, a continuación vamos a ver un par de ejemplos de juristas que publican en los primeros años del siglo XVII y que no abandonan la postura tradicional, tanto era el arraigo de sus postulados. Uno de es-

---

[399] *Ibidem*, 2, 10, 15, p. 313.

[400] *Ibidem*, 1, 2, 10, 52, pp. 321-322.

[401] *Ibidem* 1, 1, 1, 6- 18, pp. 7-9, así como 1, 2, 16, 1, p. 439. Incluso en el sumario, respecto de 1, 1, 1, 17, dice que la propiedad de las cosas es de derecho divino.

[402] *Ibidem*, 1, 2, 16, 192, p. 482 y 1, 2, 10, 52, pp. 331-332.

[403] *Ibidem*, 1, 2, 8, 42, p. 556.

[404] *Ibidem*, 1, 2, 16, núm. 51, 82 y 89.

[405] *Ibidem*, 1, 2, 16, 99 y 142, pp. 465 y 473-474.

[406] *Ibidem* 1, 2, 18, 42, p. 556.

tos jurisconsultos se llamó Alfonso de Villadiego, que hizo un comentario al Fuero Juzgo[407].

Para empezar, en Villadiego observamos unos criterios semejantes a los ya vistos en relación con los orígenes del poder. Villadiego también conoce y admite la tesis de la *translatio imperii*, pues nos dice que el rey de Castilla tiene su jurisdicción recibida de una traslación expresa o tácita del pueblo o república[408]. Mas el príncipe se dice asimismo vicario de Dios en la tierra, que hace sus veces en las cosas temporales, por lo que debe ser muy venerado[409], y quien traiciona al rey traiciona a Dios[410]. Desde luego la protección del rey por parte de la dininidad esta asegurada, ya que éste está en las manos de Dios, o como igualmente dirá, siguiendo los tópicos al uso entre diversos seguidores del *ius commune*, el rey tiene dos ángeles custodios[411].

En estas condiciones, tras proteger al rey con un doble origen que lo hacía inacesible a cualquier control institucional, es lógico que Villadiego refiera que ningún súbdito puede atreverse a reprender al rey, ni a preguntarle por qué obra así, ya que es sacrilegio disputar sobre la actuación del príncipe, reiterando lo que venía afirmando la mayor parte de la doctrina[412]. Por lo mismo, es congruente que señale que los súbditos están ligados en conciencia a las leyes de sus reyes[413].

Viladiego, conforme estamos observando, se alinea con las tesis más clásicas sobre el poder del monarca, como lo va a hacer con quienes sostienen que el príncipe está desvinculado del derecho positivo. Así nos lo asegura cuando trata de la facultad de excomulgar que tenían los concilios nacionales: *cum ipse legibus solutus sit,* o *licet ipsum non ligetur legibus*, referido al príncipe[414]. De forma semejante dirá que el príncipe no está sometido por fuerza a las leyes, sino solamente voluntariamente o de honestidad. El príncipe está vinculado a la ley en cuanto a su fuerza directiva, en cuanto es padre de las leyes, pero no está atado coactivamente por las mismas, ya que la suma y absoluta potestad no puede estar bajo la ley, según afirma[415].

Fruto de tal poder es la facultad del rey de dar, declarar, corregir, enmendar y cambiar las leyes[416]. En el rey, que según recuerda no reconoce superior, también está la libre potestad de hacer noble a quien

---

[407] *Forus Antiquus Gothorum regum Hispaniae, olim Liber Iudicum: hodie Fuero Juzgo nuncupatus. XII Libros continens*, Madrid, 1600.

[408] *Ibidem*, Prol. Leg. 1, glosa leg. I, núm. 9, p. 10r.

[409] *Ibidem*, glosa legis 9, núm. 7, p. 32 r. La idea del vicariato divino la repite en glosa legis 18, 5, p. 55r.

[410] *Ibidem*, núm. 12.

[411] *Ibidem*, glosa legis 9, núm. 41 y 42.

[412] *Ibidem*, glosa legis 7, 1, p. 70r.

[413] *Ibidem*, glosa a libro 1, tit. 2, ley 1, núm. 3 y 4, p. 64r.

[414] *Ibidem*, glosa legis 1, 63 y 64, pp. 15v-16r.

[415] *Ibidem*, glosa a libro 2, tit. I, leyes 1 y 2, p. 64r.

[416] *Ibidem*, glosa a lib. 5, tit. 2, ley 12, núm. 1-3, pp. 74v-75r.

lo desee, por su privilegio[417]. Aunque este último ámbito, el de la justicia distributiva, premiar a los fieles vasallos y castigar a los malos, lo contempla como una obligación regia. Los reyes y los príncipes están obligados a remunerar a los que lo merecen, en proporción a la calidad de los servicios, señala[418]. Esto no era secundario precisamente en una sociedad de privilegio, como muy bien habían comprendido las Partidas que ya recogen esta doctrina.

El rey está dotado de la suma y aboluta potestad, según piensa Villadiego, mas al tiempo no deja de sufrir condicionantes ese poder en la exposición del autor. Acabamos de ver hace unos instantes cómo distinguía entre *vis directiva* y *vis coactiva*, estableciendo obligaciones morales, mas también debemos considerar su afirmación de que la ley debe ser dada para utilidad común y no para provecho singular[419]. De forma semejante, no hace sino poner límites a la actuación del rey cuando explica que éste tiene la suprema jurisdicción solamente en cuanto a la protección pero no en relación con el dominio de las cosas de los particulares, siempre en defensa de los derechos de terceros, los derechos adquiridos, según doctrina habitual entre los juristas del *ius commune*[420]. Asimismo nos advierte que no debe revocar la donación perfecta que haya hecho, porque de la naturaleza del beneficio es que permanezca en el tiempo, particularmente las donaciones remuneratorias, cuyo privilegio pasa a gozar de la condición de contrato[421]. A más llega Villadiego, ya que dice que el rey que atiende a lo propio y no al bien común es un tirano, en una afirmación tan poco original como todas las precedentes[422].

Si bien no podía faltar en Villadiego, como de hecho no falta, la doctrina de la causa, que corrige la rigidez de algunos de los límites antedichos. De esta manera, pese a su afirmación de que el príncipe no puede quitar el dominio de tercero, sostiene que podría hacerlo con justa causa, que no es otra que de pública utilidad, la cual según Villadiego había de ser muy grande para que el rey pudiera proceder a la enajenación de alguna ciudad del reino[423]. De la misma manera, no obstante sus afirmaciones sobre la estabilidad de las donaciones, particularmente las remuneratorias que adquirían naturaleza de contrato, admite que puedan ser revocadas por causa, la cual en este caso a su en-

---

[417] *Ibidem*, glosa a ley 8 del prólogo, pp. 26v-27r.

[418] *Ibidem*, glosa a la ley 18 del prólogo, núm. 2 y 3, p. 54r.

[419] *Ibidem*, glosa a lib. 1, tit. 1, ley 3, núm. 1, p. 63r, así como a lib. 2, tit. 1, ley 9, núm. 2, p. 72r-v.

[420] *Ibidem*, glosa a la ley 1 del prólogo, núm. 39-41, pp. 13v.-14r.

[421] *Ibidem*, Glosa a ley 1 del prólogo, núm. 54-56, p. 15r y glosa a lib. 5, tit. 2, ley 2, núm. 1, p. 264r.

[422] *Ibidem*, glosa a la ley 1 del prólogo, núm. 57-58, p. 15r-v.

[423] *Ibidem*, glosa a la ley 1 del prólogo, núm. 39-51, pp. 13v-15r.

tender debe ser gravísima, como sería el supuesto de traición contra el rey y el reino[424].

Cerraremos este apartado, que ha resultado un largo elenco de autores, con la referencia a un jurista de los que suelen conocerse como prácticos, tal es el caso de Alonso de Villadiego Vascuñana y Montoya, que escribe en castellano, hecho que justifica en el prólogo, como ya lo hiciera Castillo de Bobadilla[425]. De él nos importan sus referencias a las licencias regias para fundar y alterar mayorazgos, una de las manifestaciones de mayor trascendencia social del poder absoluto del príncipe.

¿Se puede fundar mayorarazgo sin licencia o facultad real? Villadiego Vascuñana afirma que era posible para aquellos mayorazgos que fueran establecidos por vía de mejora de tercio y quinto en uno de los hijos legítimos, bien por contrato entre vivos o por causa de testamento y última voluntad, con las condiciones y gravámenes, sustituciones, restituciones y prohibiciones que quisiera poner su fundador, de modo que durara y fuera firme para siempre[426].

Sí era en cambio necesaria la facultad real en el supuesto de que una persona quisiera hacer mayorazgo en más cantidad de bienes, en perjuicio de los que de derecho deben suceder en aquellos bienes. El padre que tiene hijos, insiste Villadiego Vascuñana, no puede fundar mayorazgo sin licencia del rey en perjuicio de los legítimos en más del tercio y quinto de mejora[427].

Al decir de Villadiego Vascuñana hay diferencias notables entre los mayorazgos, o vínculos, según se hayan establecido con facultad regia o sin ella. La diferencia entre uno y otro estriba en que en el fundado con licencia real puede el padre perjudicar a los demás hijos en su legítima, dejándoles congruo sustento, mientras que en el otro no puede exceder de la legitima de tercio y quinto de mejora del hijo en quien hizo el vínculo. Aparte de que en el mayorazgo hecho con licencia del rey puede el fundador llamar a quien quisiera a falta de descendientes, aunque sea a extraño, mientras que en la fundación del vínculo sin licencia del rey se ha de estar a lo establecido en la ley 27 de Toro, más restrictiva[428].

¿Se pueden vender bienes de mayorazgo con facultad regia, aunque haya prohibición de enajenar? Con dificultad, pues de acuerdo con lo que dice el autor tan sólo se podía llevar a cabo tal enajenación, contra lo dispuesto por el testador o fundador del mayorazgo, cuando se produjera causa justa, bien por razón de la dote de las hijas, o para reden-

---

[424] *Ibidem*: glosa a ley 1 del prólogo, núm. 56, p. 15r; glosa a la ley 9 del prólogo, núm. 7, p. 55r-v; glosa a lib. 5, tit. 2, ley 2, núm. 1-3, p. 264r.

[425] *Instrucción política y práctica judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del reino*, Valladolid, 1626, que no es la primera edición.

[426] *Ibidem*, p. 273r, núm. 203.

[427] *Ibidem*, p. 274v, núm. 204.

[428] *Ibidem*, p. 274 v., núm. 274.

ción de cautivos, o por otra causa de urgentísima necesidad[429]. En esto Villadiego y Vascuñana se mostraba muy exigente, como muchos juristas, frente a la práctica de la Cámara, que expedía con frecuencia licencias regias para enajenar y obligar bienes de mayorazgo, según se demuestra sin ir más alla por los formularios documentales de ese organismo, construidos con casos de la vida real.

Eso si, en el supuesto de que se hubieran vendido bienes de mayorazgo con licencia real, o tomado bienes a censo, el comprador o tomador a censo quedaba asegurado en su posesión[430]. Y lo que es de mayor significación para nuestro trabajo, las ventas, enajenaciones o permutas de bienes de mayorazgo hechas sin facultad real eran nulas *ipso iure*, en expresión literal del autor[431]. Villadiego Vascuñana, por su parte, también nos aporta una fórmula documental de escritura de mayorazgo con facultad regia, plena de cláusulas de absolutismo[432].

4.2.3. *Una posición menos convencional*

Al lado de los juristas que acabamos de examinar, existieron otros que sin negar que el rey estuviera desligado del derecho positivo lo someten a mayores restricciones, acentuando la dependencia del monarca respecto de los derechos divino, natural y de gentes, al tiempo que apelan de continuo a la exigencia de la causa en los actos del príncipe, siempre para dejar a salvo los derechos de terceros, los derechos adquiridos. Uno de estos autores, y muy citado por sus colegas, es Marcos Salón de Paz, también conocido como Burgos de Paz o Burgos Salón de Paz, que se mueve a caballo entre los reinados de Carlos I y Felipe II y estuvo muy influenciado por Covarrubias, pero sin abominar de Baldo, a quien en alguna ocasión pretende reinterpretar a la luz de la doctrina del obispo de Segovia, como si quisiera hacer compatibles a ambos[433].

El punto de partida de este autor es clásico, de modo que no rehuye magnificar el poder del príncipe. La potestad de los reyes, nos advertirá, no es tanto de derecho positivo como divino, no hay potestad que no venga de Dios, y el dictado por la gracia de Dios únicamente lo pueden emplear los reyes que no reconocen superior en las cosas temporales, como es el caso de los reyes de España[434]. En consecuencia, remachando sus ideas, al rey se le debe obedecer no sólo por derecho

---

[429] *Ibidem*, p. 269v, núm. 186 y p. 276r, núm. 211.

[430] *Ibidem*, p. 276, núm. 212.

[431] *Ibidem*, p. 276r, núm. 213.

[432] *Ibidem*, pp. 276v-278r, núm. 215.

[433] Son sus obras: *Ad leges Taurinas insignes commentarii*, Valladolid, 1568 y *Prima Pars consiliorum*, Medina del Campo, 1576.

[434] *Ad leges Taurinas*, Proemii Relectio, núm. 29-32, fo 8r-8v y 143-144, fos. 22v-23r.

positivo, sino también por el divino, de modo que las leyes obligan en conciencia[435].

Sin embargo, pese a estas ortodoxas declaraciones sobre el poder del monarca, Marcos de Paz no se identificaba, no comulgaba del todo, con la postura tradicional, o al menos así lo deja entrever. Cabe fundamentar estas conjeturas en la pregunta que se hace Salón de Paz acerca de en qué momento es lícito discrepar de la potestad de los príncipes, una cuestión que no se la planteaban los juristas hispanos del *mos italicus*, en sintonía con Baldo. Cierto que todo queda en la pregunta, porque luego dice que no perjudica a su sentencia —limitativa de la actuación del monarca en tema de últimas voluntades y contratos— si se dice que de la potestad de los príncipes no se ha de discutir, pues quien de su potestad discute se hace superior o igual al príncipe[436]. El paso, atreverse de forma explícita a discutir de la potestad del príncipe, contra lo que decía la *lex de sacrilegio*, sí lo darían otros juristas, como Fortún García de Ercilla, Covarrubias o Vázquez de Menchaca y Hurtado de Mendoza, influenciados por el *mos gallicus* y el humanismo jurídico.

¿Qué poderes tenía el príncipe? Marcos de Paz atribuye al monarca la capacidad de dar leyes, declararlas e interpretarlas. Lo dicho para las leyes, particularmente la interpretación, vale también para los beneficios y privilegios, que al monarca toca explicar, aunque como sucede con el papa la declaración de sus gracias puede dañar el derecho adquirido de algunos[437].

Este ámbito de los beneficios y privilegios es clave en su discurso, y nos atreveríamos a decir que en el de todos los juristas del siglo XVI, mucho más preocupados por los privilegios y rescriptos regios que por las leyes de carácter general, cuya regia facultad de creación e interpretación no les origina grandes problemas. De hecho, para Salón de Paz el príncipe puede crear y abrogar las leyes incluso omitidas las formas, sin el consejo de los próceres, y sus declaraciones e interpretaciones de las mismas tienen fuerza de ley. La razón es muy clara para él, ya que el rey no puede imponerse a sí mismo una ley de la que no puede apartarse o, dicho de otra manera, siguiendo una sentencia de Paolo di Castro, no puede poner una cláusula en derogación de su potestad, de futura facultad, dado que ésta tiene su validez en el derecho público[438]. Por el contrario, como veremos, son las licencias en materia de mayorazgos y las donaciones regias las que ocupan buena parte de la atención de Salón de Paz en sus indagaciones sobre la potestad del príncipe.

¿Le es lícito al príncipe interpretar las palabras dudosas de los ma-

---

[435] *Ad leges Taurinas*, comentando la ley 3, nº 1428, fos. 372v-373r.

[436] *Ad leges Taurinas*, Proemii Relectio, nº 347, fo. 347.

[437] *Ad leges Taurinas*, Proemii relectio, núm. 307-309 y 317-319, fos. 45v-46r.

[438] *Ad leges Taurinas*, Proemii Relectio, núm. 457-466, fos. 66v-68r y *Prima Pars consiliorum*, consilio 38, núm. 19, fo. 51v.

yorazgos y declarar sus sucesores? Es una pregunta que se hace Marcos de Paz para iniciar el debate de fondo, como luego vendrán otras, en un tema, el de los bienes de mayorazgo, en el que tantísimo poder tenía el príncipe, según podía constatarse por la doctrina, que así lo decía[439], y tambien se observaba por la práctica, ya que, como nos narra el autor, cada dia, *singulis diebus*, a instancia de los poseedores se concedían muchas facultades, *quamplura, frecuenter*, mediante las cuales eran enajenados bienes de mayorazgo contra la explícita voluntad de los constituyentes y en daño de los futuros sucesores, cosa que sucedía de forma más abundante en los mayorazgos instituidos con licencia regia[440].

A la pregunta inicial que hace unos instantes recogíamos, responde afirmativamente Marcos de Paz, que nos aporta una precisión, como la de que es mejor que esta declaración del príncipe se haga en vida del poseedor del mayorazgo, en el entendimiento de que muchos defienden —aunque él no lo va a compartir— que sin causa le es lícito al príncipe apartar a sustitutos y fideicomisarios a petición del poseedor, al ser más fácil poder quitar el *ius quaerendum*, la expectativa de suceder o *ius in spe*, que el *ius quaesitum*, el derecho ya adquirido[441].

Introducida la cuestión, Marcos de Paz señala que no es nada pacífica en el seno de la doctrina, ya que hay dos posturas enfrentadas al respecto. Según el autor, la primera de ellas dice que sin causa de pública utilidad puede el rey mudar y derogar las leyes y cláusulas de mayorazgo, y más en concreto de aquellos que fueron establecidos sin regio privilegio, por testamento o por contrato con fideicomisarios y sustitutos, que son las que mayores obstáculos presentan. Otra, bien distinta, defendida por Covarrubias, amén de varios más, sostiene que es preciso que se dé causa de pública utilidad, y su razón es porque si bien las solemnidades de los testamentos son instituidas por derecho civil, la libertad de testar le corresponde a los hombres por derecho de gentes y natural.

Marcos de Paz se inclina por la decisión de Covarrubias, de modo que el príncipe no puede rescindir el testamento por rescripto, o cambiar la voluntad en él expresada, como tampoco puede quitar por rescripto las donaciones y contratos, a no ser que exista causa de pública utilidad. Marcos de Paz fundamenta su actitud en la creencia de que el príncipe es un animal racional y está sometido por tanto al derecho natural y de gentes, en cuyo ambito se encuentran la libertad de testar y los contratos, según reitera una y mil veces. Los derechos de gentes no están en la potestad del príncipe, porque son inmutables, Dios no sometió al príncipe los contratos. En el caso de que por pública utilidad pu-

---

[439] «Princeps plurimum potest in bonis maioricatuum» (*Ad leges Taurinas*, Proemii Relectio, núm. 325, fo 47r).

[440] *Ad leges Taurinas*, en el mismo lugar que en la nota anterior, e igualmente en un pasaje posterior, núm. 349-353, fos. 51r-52r, y ya de una manera monográfica en *Prima Pars Consiliorum*, nono consilio, fo. 48r. y ss.

[441] *Ad leges Taurinas*, Proemi Relectio, núm. 320-322, fo. 46r-v.

diera el príncipe apoderarse de la cosa ajena, entonces estaba obligado a suministrar un bien a cambio[442].

La misma receta aplica en el punto de la declaración e interpretación de derechos por parte del príncipe, pensando siempre en los mayorazgos, que no pueden ser efectuadas en perjuicio de tercero, de los derechos adquiridos, de modo que de ninguna manera procede la declaración hecha sin causa de pública utilidad por la cual el derecho natural o de gentes, o *in re quaesita*, se deroga, conforme expone Salón de Paz[443].

Una cuestión quedaba sobre el tapete entonces, lo que podía y no podía hacer el príncipe de potestad absoluta, de plenitud de potestad, para lo que de nuevo vuelve sobre las dos tesis que se enfrentaban al respecto. De acuerdo con Marcos de Paz, tanto Baldo, como Paolo di Castro o Decio se mostraban tan favorables a valorar las cláusulas *de plenitudine potestatis, ex certa scientia* y *non obstante* que afirmaban que el príncipe de potestad absoluta podía derogar los testamentos y las últimas voluntades, así como las donaciones. En sentido contrario, Covarrubias mantenía que la plenitud de potestad del príncipe no conviene a aquellas cosas que son instituidas de derecho natural y de gentes, porque son inmutables.

Al decir de Marcos de Paz la anterior sentencia de Baldo es contra derecho, a no ser que el príncipe por causa de pública utilidad procediera contra aquella donación o transacción. En esto no hacía sino recoger la opinión de Covarrubias, y también otros autores, para quienes las cláusulas *ex certa scientia* y *de plenitudo potestatis* nada operan contra aquellas cosas que son de derecho de gentes, salvo con causa, al margen de que al príncipe tampoco le es lícito usar de la plenitud de potestad sin causa[444].

Es en el citado contexto cuando Marcos de Paz se decide a interpretar a Baldo en sentido diferente a como lo hacían sus seguidores, y en apoyo por tanto de su propio sentir, que al fin y al cabo se acercaba al pensamiento de Covarrubias, por lo menos según nos lo presenta el propio Marcos de Paz. Se observa en particular respecto a la afirmación de Baldo según la cual si el príncipe rescribiera con la cláusula de *non obstante* contra el testamento, y a pesar de que obrara injustamente, no por eso se le podía reprender. Para Marcos de Paz esta sentencia de Baldo se ha de entender como es, dice, y no que Baldo piense que con la cláusula *non obstante* puede derogar o cambiar el testamento. En su opinión sería Decio quien lo interpreta mal[445]. Que Marcos de Paz deseaba mostrarse en armonía con la doctrina de Baldo se comprueba también por la cita de este doctor que decía que el derecho adquirido en

---

[442] Para la exposición de las dos posturas y los razonamientos consiguientes, *Ad leges Taurinas*, Proemii Relectio, núm. 327-332, fos. 47v-48r.

[443] *Ad leges Taurinas*, Proemii Relectio, núm. 357-362, fos. 52r-53v.

[444] Para las dos posturas citadas y la suya propia: *Ad leges Taurinas*, Proemii Relectio, núm. 334-337, fos. 48r-49r.

[445] *Ad leges Taurinas*, Proemii Relectio, núm. 339, fo. 49r.

expectativa por un tercero no lo podía quitar el príncipe, que era justamente su opinión respecto a la intangibilidad del *ius in spe quaesitum*[446], y aún mencionaremos más concordancias con Baldo.

Marcos de Paz precisa más sus ideas, en el cuadro de la distinción entre derechos, como no podía ser de otra manera a la vista de cuanto estamos contemplando. De este modo insiste en que el príncipe no puede quitar aquellas cosas que son de derecho de gentes sin causa de pública utilidad, llegando incluso a decir que sin causa no puede quitar el derecho todavía no adquirido, *iuri nondum quaesito*, mientras semejante derecho se origine por contrato o testamento. Es distinto el caso, especifica, cuando se tratara de derecho adquirido conforme a las leyes humanas, porque si la causa no se exige bien puede por ejemplo conceder la *restitutio in natalibus*, en materia de legitimación[447].

Pero por si acaso, dentro de esta diversidad entre derechos, que nos indica la diferencia de potestad del príncipe según atendamos al derecho positivo o al natural y de gentes, Marcos de Paz nos da una regla de conducta: la autoridad del príncipe está exceptuada en aquellas cosas que convienen al príncipe, pero no en las que no se admite su poder[448]. No es menos interesante otra de las reglas que emplea: las cláusulas *de plenitudine potestatis* y *ex certa scientia* recogidas en las cédulas regias no operan en perjuicio de tercero ni se han de observar[449], dentro de un sinfín de declaraciones en favor de los derechos de terceros, como el conocido presupuesto de que no debe estimarse que el príncipe desea perjudicar el derecho de otro[450]. También debemos de atender a otra regla que no deja de ofrecernos una visión complementaria, y que ya conocemos por otros juristas, según la cual aunque no se juzga que de ordinario obra el príncipe de plenitud de potestad, esto se atempera para el caso en que de no actuar de otra manera se perdería la eficacia del acto, ya que entonces sí había de entenderse que lo hacía de plenitud de potestad. Esto lo dice cuando nos habla de que el rey no está obligado a guardar las solemnidades de la ley en sus testamentos, puesto que en el monarca reside toda la jurisdicción y desde el momento que no observa las formalidades del testamento ya nos está indicando que usa de la plenitud de potestad[451]. No debemos olvidar tampoco el criterio que expone a la hora de tratar de la concesión de privilegios *contra ius*, porque en tal caso se ha de entender, dice, que usa de la plenitud de potestad. dado que por aquello mismo que se concedió el privilegio consta que el príncipe quiso trangredir el derecho común[452] por propia definición.

---

[446] *Prima Pars Consiliorum*, consilium 26, nº 7, fo. 109.
[447] *Ad leges Taurinas*, Proemii Relectio, núm. 340-347, fos. 49r-50v.
[448] *Ad leges Taurinas*, Proemii Relectio, núm. 345-346, fo. 50v.
[449] *Prima pars consiliorum*, consilium 25, nº 45, fo. 105r.
[450] *Prima Pars Consiliorum*, nono consilio, núm. 28, fo. 53r.
[451] *Ad leges Taurinas*, ley 3, núm. 729, fo 263v.
[452] *Prima Pars Consiliorum*, consilio 45, núm. 14 y 15, fo. 161r-v.

Marcos de Paz se muestra especialmente enérgico contra las licencias dadas por el príncipe para enagenar y obligar bienes de mayorazgo, pese a constatar su práctica habitual, por la defensa que hace el autor del vínculo, que no es otro que el de la familia señorial. Lo obsevamos en relación con las licencias regias para enajenar bienes de mayorazgo legados al sucesor por testamento o contrato, no por privilegio del príncipe, ya que no las acepta el autor ni para el caso que pudieran permutarse por otros de más valor, o más útiles, al considerar que esto es una causa de utilidad privada[453]. Mas también lo contemplamos en un contexto más general de todo tipo de constitución de mayorazgo, con licencia regia o sin ella, citando a su favor a Gregorio López, Covarrubias, Antonio de Padilla y Antonio Gómez, de modo que nunca o raramente deberían ser concedidas tales licencias, ni siquiera en favor de la dote, a no ser que existiera gran causa, de utilidad pública, que no se daría en el caso de la dote, pues a su entender no hay obligación de constituirla. E incluso en apoyo de su opinión cita a Baldo, según el cual la voluntad del príncipe debía conformarse con los dictados de la razón, como para pecar si abroga los derechos más allá de la justa causa[454].

No menos inconvenientes para la actuación del rey alega en el caso de las donaciones remuneratorias. En su criterio, como por otra parte era doctrina común, no podían ser revocadas por el príncipe, ya que habían sido concedidas en remuneración de servicios y las donaciones remuneratorias no eran verdaderamente donaciones sino una especie de contrato o de cuasi permuta. Mas los contratos, siguiendo doctrina no menos común, son de derecho natural y de gentes y por ello inmutables. Los contratos, por tanto, obligan al príncipe, como era el sentir de Baldo, una vez más citado, quien decía que a pesar de que el príncipe esté desligado de las leyes, no lo estaba sin embargo del dictamen de la recta razón. Hasta el propio Dios se obliga por sus promesas, nos recuerda de nuevo con Baldo. En materia de contratos, en fin, el príncipe se reputa y considera como un particular, de modo que en él no se presume causa al respecto[455].

En la postura de Marcos de Paz todo giraba en torno a la defensa de terceros, para lo que bien servía alargar el contenido del derecho natural y de gentes, en su caso en relación con el derecho de testar y los contratos. También aprovechaba al mismo fin recurrir a la doctrina de la causa, aunque no estará demás apuntar que la causa gozaba de un doble sentido, o sentido ambivalente, pues por una parte sirve de salvaguarda para esos derechos de terceros, al exigírsela al rey en sus actuaciones, de manera que no podía obrar de propia y exclusiva voluntad, mientras por otra parte podía valer para correctivo de los límites que

---

[453] *Ad leges Taurinas*, Proemii Relectio, núm. 349-352, fo. 51r-v.

[454] *Prima Pars Consiliorum*, núm. 7-32, fos 48r-53r.

[455] *Prima Pars Consiliorum*, consilium 25, núm. 48-60, fos. 105r-106v y consilium 46, núm. 24, fo 167v-169r.

suponían para el príncipe la existencia del derecho natural y de gentes, dado que con causa legítima no sólo era posible interpretarlos sino también vulnerar los dictados de estos derechos, disponer *contra ius*.

Todo esto sin embargo no suponía que hubiera de negarse que el príncipe estuviera situado por encima del derecho positivo. En Marcos de Paz no encontramos esta negación, antes por el contrario, de su exposición cabe extraer suficientes elementos como para afirmar que no rompió con la actitud tradicional de los juristas castellanos. Basta con recordar algunos pasajes, la mayor parte de ellos mencionados ya de pasada. En este caso se encuentra la referencia de Baldo según la cual si el príncipe no está sometido a las leyes no por eso deja de estarlo al dictamen de la recta razón[456]. Semejante valoración nos merece el hecho de que se oponga a Paolo di Castro para decir con reiteración verbal que de potestad absoluta y sin causa el príncipe no podía actuar contra los testamentos, contratos y transacciones[457]. Es indicativo de lo mismo su definición del privilegio regio, del privilegio *contra ius*, como voluntaria impugnación del derecho común, a cuento de la cual analiza el valor de las distintas cláusulas: no obstante ley, motu proprio, de ciencia cierta, de plenitud de potestad, asi como considera el alcance de la segunda yusión[458]. En esta circunstancia también nos parecen un recordatorio valioso sus continuas alusiones a la plenitud de potestad del príncipe[459], término que en ocasiones identifica con el de absoluta potestad[460]. En fin, de su opinión sobre el poder absoluto del príncipe creo que es bien ilustrativo su propio testimonio en un *consilium* donde, a propósito de un conflicto internobiliario, le correspondió defender una enajenación de bienes de mayorazgo efectuada con licencia regia. En esta ocasión nos dice que no obstaba a su dictamen que en la escritura de fundación de mayorazgo se contuviera la prohibición de que pudieran venderse bienes de mayorazgo por licencia regia. La razón que aduce es que no puede imponerse en el mayorazgo ninguna cláusula en derogación de futura facultad regia, teniendo en cuenta que ni el mismo rey podría imponerse una ley que pudiera ser abrogada por su potestad[461].

Es decir, para concluir, que Marcos de Paz a pesar de mostrar abiertas discrepancias con Baldo y su escuela mantiene en lo fundamental los postulados de la postura tradicional, entendiendo por éstos tanto la doctrina de la causa como la del poder absoluto del príncipe. Marcos de Paz lo que hace es acentuar la exigencia de la causa frente a ese po-

---

[456] «Quia etsi princeps legibus sit solutus, non tamen a dictamine rectae rationis», en *Prima Pars Consiliorum*, consilium 25, nº 53, fos. 105v-106r.

[457] *Ad leges Taurinas*, Proemii Relectio, núm. 334-338, fos. 48r-49r.

[458] *Prima Pars Consiliorum*, consilium 45, núm. 15-23, fo. 161r-v.

[459] Valgan, por ejemplo, las contenidas en el *consilium* 25, así como en el 45 de su *Prima pars Consiliorum*.

[460] *Ad leges Taurinas*, Proemii Relectio, núm. 334-338, fos. 48r-49r.

[461] *Prima Pars Consiliorum*, consilium 41, núm. 1-3 y 18-19, fos. 149v-150r y 151v, respectivamente.

der absoluto, para lo que encuentra excelente ayuda en Covarrubias, de quien no toma sin embargo sus tesis antiabsolutistas, que como veremos a su tiempo estuvieron llenas de contradicciones. Los reproches a unos y el acercamiento a otros es lo que hace más peculiar la figura de Marcos Salón de Paz, razón del largo espacio que le hemos dedicado.

Si la originalidad de Marcos de Paz, si así la deseamos considerar, estuvo en su pretensión de armonizar posturas discrepantes, la de otro jurista contemporáneo, Pedro de Peralta, catedrático de derecho civil en la Universidad de Salamanca, consistió en mostrarse partidario de una nueva fórmula de limitar el ámbito de intervención del poder absoluto del príncipe, consistente en convertir en actuaciones de potestad ordinaria lo que para la mayoría había venido considerándose como de potestad absoluta[462]. Este camino podía ser fecundo, pues llevado hasta sus últimas consecuencias significaría que era innecesaria la categoría de potestad absoluta. Tal trayectoria la llegaría a recorrer Diego Hurtado de Mendoza y de suyo no significaba un debilitamiento del poder regio, sino un mayor fortalecimiento, si cabe.

Para Peralta puede el príncipe de potestad ordinaria conceder todas esas licencias que con suma frecuencia, *quotidie*, otorgaba para enajenar bienes de mayorazgo y otras cosas que afectasen a la calidad de la sucesión, a los solemnidades del testamento y a los modos o maneras de suceder. ¿Qué razones aducia para ello el autor? Una bien simple pero coherente, la de estimar que todos esos asuntos eran de derecho civil y las cosas de derecho civil las podía otorgar y alterar el príncipe a su voluntad. No era obstáculo para ello la consideración de dominio todavía no adquirido, *nondum est quaesitum sed quaerendum*, en relación con los siguientes llamados en grado, que no respecto de la voluntad del poseedor, según deja claro. Al decir de Peralta, era fácil la dispensa que tenía por objeto impedir la traslación de dominio futuro o todavía no adquirido, porque bastaba la voluntad del príncipe para ello, habida cuenta de que tal dominio o derecho de adquirir es de derecho civil, conforme lo señalado por Baldo y Paolo di Castro. El autor alargaba por tanto los supuestos de derecho civil, cuando otros muchos juristas lo que hacían era ampliar el campo del derecho natural y de gentes.

Por otra parte sostenía Peralta que no era necesario que continuaran recogiéndose en las facultades regias esa serie de cláusulas exorbitantes, como de potestad aboluta, ciencia cierta y *motu proprio*, pues antes de que se procediera al otorgamiento de las licencias había precedido ya conocimiento de justa causa por el príncipe, por información de testigos. Además de otra consideración que se hace en favor de la facilidad de las susodichas licencias de enajenación de bienes de mayorazgo, y es la obligación que se establecía en ellas de subrogar otros bienes en lugar de los enajenados, de modo que habían de permanecer

---

[462] Interesa de este autor a nuestros efectos: *Relectiones titulis ff. de haered. instit. et ff. de legat. secundo et legat. tertio*, Salamanca, 1563. Menos importa: *Commentaria in titul. ff. de legatis secundo*, Salamanca, 1563.

dentro del vínculo[463]. Peralta no conocía mal la práctica de la Cámara, aunque ésta seguiría insertando en las licencias la conocida retahíla de cláusulas, pese a los deseos del autor.

Cierto que esta posición de Peralta no llevaba consigo todavía la negación de la distinción entre potestad ordinaria y extraordinaria. En este sentido va a decir Peralta que el príncipe, de potestad extraordinaria y con causa legítima de pública utilidad, puede quitar a uno el derecho de alguna cosa, aunque no sin entregarle un bien a cambio[464].

Tampoco se manifiesta Peralta contrario a la diferenciación entre derechos. De acuerdo con Peralta el príncipe no puede privilegiar en perjuicio de tercero[465], ni en contra del derecho natural y de gentes. En concreto, el testamento, la sustancia del testamento, es de derecho de gentes[466]. Además de considerar que las dispensas son odiosas y deben ser restringidas, por causa pública, pensando en las dispensas de la voluntad del testador[467].

Peralta no negaba en definitiva que el monarca careciera de potestad absoluta, lo que hace es limitarla, reducirla a supuestos muy especiales, para lo que considera que el rey hacía de potestad ordinaria lo que otros entendían era de potestad absoluta. A continuación vamos a ver un autor, el obispo Diego de Simancas, que también procede a limitar el poder absoluto del príncipe, pero bajo la capa de la moral. Diego de Simancas no se comporta propiamente como un jurista, pese a serlo, pero esta vertiente moralizante no deja de ser importante para nosotros, porque establecía los cauces conforme a los cuales era legítima la facultad regia de dispensar[468].

Dentro de los terrenos de la moral, que nunca abandona, Diego de Simancas da cuenta de una buena serie de textos y autoridades que afirmaban la conveniencia —con el verbo *decere* o con otros términos semejantes— de que el rey observara las leyes[469], a la vez que ponían en guardia contra los aduladores del príncipe, que no hacían más que

---

[463] Para todas estas cuestiones: *Relectiones*, Praelectio Rub. ff. de haere. inst., núm. 145-150, fos. 94-98.

[464] *Ibidem*, nº 146, fo. 95.

[465] *Relectiones*, Praell. l. 3 qui fideicomissam. ff. de haere. inst., nº 54, fo. 186 y nº 115, fo. 238.

[466] *Relectiones*, Praelectio Rub. ff. de haere. inst., nº 145, fo 94 y núm. 151-152, fos. 98-99.

[467] *Relectiones*, Praelectio l. 3 qui fideicommisam. ff. de haerede inst., núm. 41 y 43, fos. 225-226. También, *Commentaria*, Praelectio et proculo, núm. 41-42, fos. 225-226.

[468] De él citamos: *De primogenitis Hispaniae Libri quinque*, Salamanca, 1566 y *Collectaneorum de Republica. Libri IX*, Amberes, 1574, dedicado por cierto a Felipe II.

[469] Como la ley de Teodosio y Valentiniano: «Digna vox maiestati regnantis legibus alligatum se principem profiteri, adeo de authoritate iuris nostra pendet auctoritas, et revera maius imperio est summitere legibus principatum». También otra ley del emperador Alejandro: «Licet lex imperii solemnibus iuris imperatorem solverit, nihil tamen proferimus imperii est, quam legibus vivere». O una sentencia de Julio Paulo: «Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa imperatorem vindicare inverecundum est. Decet enim tantae maiestati servare leges, quibus ipse solutus esse videtur». Estos textos los incluye en *Collectaneorum*, Libri Quarti, cap. 15, pp. 210-214.

persuadirle que estaba sobre las leyes[470]. Además de afirmar, por supuesto, que las leyes deben mirar a la utilidad común[471], un punto de encuentro entre juristas y teólogos.

Era bueno que el rey viviera conforme a las leyes, así se decía en numerosos testimonios, mas Diego de Simancas no deja de recoger la práctica de la Cámara de Castilla según la cual se procedía cotidianamente a dispensar del derecho positivo, y la justifica, que es lo más significativo. Se observa en materia de mayorazgos, pero también en otros asuntos.

Diego de Simancas va a pronunciarse por la conveniencia de que los mayorazgos se hagan por concesión del rey[472], que se transformaba en necesidad en el caso de que se procediera a la obligación y enajenación de bienes de mayorazgo, ya que sólo podían ser llevadas a cabo éstas con licencia del príncipe, algo que se hacía de manera frecuentísima, *frecuentissime,* según afirma. Lo cual le parecía bien, porque el príncipe debía dar facilidades, especialmente cuando había alguna justa causa que lo pidiera, como era el caso de la redención de cautivos, la dote de las hijas o cualquier otro asunto semejante[473].

Con mayor amplitud, no sólo en materia de mayorazgos, constata Diego de Simancas que al oficio de consejeros de la Cámara correspondía referir al rey los decretos o dispensas que únicamente podían ser concedidas por el monarca, como eran las venias de edad, la remisión de determinadas penas, la facultad de constituir mayorazgos y otros tantos miles de cosas parecidas, *et mille talia*[474]. Aunque no deja así la cosa, ya que apunta una justificación para este ejercicio de la Cámara: según el autor, el decreto justo del rey y la recta dispensación no es violación de las leyes, sino excepción, declaración y enmienda, que debe hacerse en determinadas circunstancias, atendiendo a los tiempos, personas, lugares, edades, etc.[475]. Si bien no deja luego de poner límites a este ejercicio, predominantemente de carácter moral. De este modo recuerda que los consejeros de la Cámara debían tener presentes tres cosas: que no persuadan al rey de algo que no sea justo y bueno hacer; que no impidan que el lesionado por sus acuerdos vaya al príncipe en suplicación de su justicia, habida cuenta de que este tipo de decretos suelen hacerse sin conocimiento de causa y sin haber oído a la parte afectada; que recuerden la máxima de san Bernardo, de acuerdo con la cual, cuando la necesidad urge es permisible la dispensa y cuando la provoca la utilidad la dispensa es plausible, siempre que la utilidad sea común y pública, no propia y privada, ya que de lo contrario, si ningu-

---

[470] Los textos al respecto, de Paulo Orosio, los recoge en el capítulo citado en la nota anterior.

[471] *Collectaneorum*, cap. 7, pp. 190-192.

[472] *De primogenitis*, cap. 5, pp. 99-100.

[473] *De primogenitis*, cap. 24, p. 123.

[474] *De primogenitis*, Libri Septimi, cap. 6, nº 1, p. 372.

[475] *De primogenitis*, Libri Septimi, cap. 7, nº 3.

na de estas condiciones concurren, no es verdaderamente *fidelis dispensatio,* sino *crudelis dissipatio*[476].

De naturaleza muy distinta a la exposición de Diego de Simancas va a ser la de una serie de juristas, de reconocida fama, que publican en los últimos treinta años del siglo XVI y tratan con detenimiento y profundidad sobre el poder del príncipe. No hay unanimidad entre ellos, unos están más cerca que otros de lo que hemos califado de posición tradicional, incluso alguno se mueve en términos no poco ambiguos, pero todos coinciden en la firme defensa que hacen de los derechos de terceros y en el valor que atribuyen a la doctrina de la causa. Me refiero ahora a Luis de Molina, Melchor Peláez de Mieres, Juan de Matienzo y Alfonso de Azevedo.

De entre estos nombres comenzaremos por el de Azevedo, que si cronológicamente no es el más antiguo en publicar sí tiene el mérito de ser de todos ellos el autor que más concienzudamente trata de los rescriptos, e incluso podíamos hacer extensiva esta afirmación respecto a todos los juristas castellanos del siglo XVI, tarea que estuvo condicionada por la naturaleza de su estudio, unos notables comentarios a la Nueva Recopilación[477]. En relación con el poder absoluto del príncipe Azevedo se muestra un tanto ambiguo y vacilante, como ya se refleja en las citas de autoridades recogidas en su obra, porque lo mismo apela a Baldo, Rodrigo Suárez, Palacios Rubios, Gregorio López, Marcos Burgos de Paz, Luis de Molina y Diego Pérez, que acude a Covarrubias y Vázquez de Menchaca, e incluso se permite citar a Alciato. En lo que no ofrece titubeos Azevedo es en la defensa del derecho de terceros y en el recurso a la doctrina de la causa, verdadera preocupación de su obra, que es probablemente la razón de sus indecisiones en torno al poder absoluto del príncipe.

La apuntada falta de determinación o resolución de Azevedo se contempla ya en la actitud, en el talante que manifiesta hacia el poder del príncipe. En un principio es laudatoria, en pura continuidad con los juristas del *mos italicus.* De esta manera va a señalar que al rey, que no reconoce superior, y en cuanto es propio de la suprema potestad, le corresponde en exclusiva dar leyes, interpretarlas y revocarlas. Tan en exclusiva, añade, que lo puede hacer sin el consejo de los próceres, a lo cual no está obligado de necesidad, sino solamente de voluntad o de humanidad, coincidiendo con Marcos de Paz. No sólo es esto, porque en su equiparación con el emperador, de cuya figura hace sus veces, el rey puede dar leyes en contra del derecho civil o positivo de los romanos, que para él no es el común, pues el derecho común es a su juicio el derecho regio[478]. También reconoce que al rey por derecho divino se

---

[476] *De primogeniis,* Libri Septimi, cap. 6, nº 6, p. 374.

[477] *Commentarii Juris Civilis in Hispaniae Regias Cosntitutiones,* Lyón, 1737. Debo advertir que la obra está dividida en tres volúmenes y cada volumen se subdivide a su vez en tomos, con paginación independiente, por lo que lo más útil es referirse como punto de partida al pasaje concreto de la Nueva Recopilación que comenta.

[478] *Commentarii,* Nueva Recopilación, 2, 1, rúbrica y leyes 1-5, pp. 99-129.

le concedió la suprema potestad de jurisdicción o mayoría, que no puede abdicar de sí[479]. Del mismo modo, sólo el rey o el príncipe que no reconoce superior puede usar de la cláusula por la gracia de Dios, siguiendo en esta afirmación otra vez a Marcos de Paz[480]. No deja de recordar tampoco que el rey tiene una doble persona, una mortal y verdadera y otra inmortal y perpetua, de conformidad con otra tópica representación[481].

Hasta aquí todo es muy normal, la peculiaridad de su posición, de forma no muy resuelta ciertamente, consiste en que Azevedo se atreve a afirmar que en algún supuesto, que podría no ser infrecuente, cabe preguntar al príncipe por qué obra así y entonces no sería considerada sacrilegio tal conducta, cuando la glosa y los doctores habían dicho lo contrario. De acuerdo con su opinión, aunque sea como sacrilegio el obedecer los rescriptos del rey y cumplirlos, no es sacrilegio, sin embargo, ni se castiga no obedecer las cartas emanadas *contra ius* en daño de terceros, y en este caso cabe preguntar al príncipe por qué actúa así[482].

La defensa del derecho de terceros y la referencia a la doctrina de la causa es una constante en Azevedo, que reitera hasta la saciedad, una y otra vez. Lo observamos para comenzar en relación con el papa, aunque ya entonces hace extensibles sus conclusiones al rey. Según Azevedo, el papa, como cualquier otro, peca si quita injustamente el derecho a un tercero o derecho adquirido, es decir, si lo hace sin causa. En esa situación lo que se ha de presumir es que el rescripto, privilegio o gracia fueron obtenidos por importunidad y circunloquios, por subrepción del impetrante, y no por justa causa, por lo que no se han de cumplir de inmediato, sino que se ha de suspender o sobreseer la ejecución, mediante la oportuna suplicación, a la espera de la segunda yusión, conforme dice que sostenían Palacios Rubios y otros autores. Azevedo precisa que al que sobresee por justa causa la ejecución de un mandato del superior no se le puede llamar inobediente[483].

Su opinión la vuelve a exponer cuando estudia los efectos de las cédulas y provisiones dadas *contra ius,* sea el derecho divino, el natural y de gentes y el regio. En su opinión, no cabe el rescripto contra el derecho divino porque el inferior no puede quitar el derecho del superior, de modo que si atentase contra la fe no habrían ni de recibirse. Tampoco vale el rescripto contra el derecho natural, ya que éste es inmutable, ni contra el derecho de gentes, como si se me quisiera quitar el dominio de una cosa mía, y si lo hiciera el príncipe pecaría, porque afecta al foro de la conciencia. No valdría —no se había de cumplir— en fin el rescripto dado contra el derecho civil, aunque sí se habría de obede-

---

[479] *Commentarii*, Nueva Recopilación 4, 1, 1, pp. 1-9.
[480] *Commentarii*, Nueva Recopilación 5, 10, 17, p. 341.
[481] *Commentarii*, Nueva Recopilación, 4, 15, 1, nº 69, p. 351.
[482] *Commentarii*, Nueva Recopilación 4, 14, 1, nº 26, p. 325.
[483] *Commentarii*, Nueva Recopilación, 1, 3, 14 y 15, pp. 47-51.

cer, a la espera de una segunda yusión, dado que tales rescriptos se juzgan concedidos por importunidad de parte, al margen de la intención del concedente, como para entender que no es un problema de falta de potestad del príncipe, sino un defecto de voluntad, o como también gusta de decir, la licencia conseguida por importunidad no es licencia sino violencia, en unos de los muchos juegos de palabras a los que estos juristas eran tan adictos.

De forma consecuente con estos principios, Azevedo asegura que las cartas regias expedidas en daño de tercero, de los derechos adquiridos, aunque se hayan de obedecer no se han de ejecutar, a pesar de que contengan cualesquier cláusulas derogatorias o abrogatorias, generales o especiales, sino que se debe de esperar una segunda yusión, y éste era el sentir de Baldo, a su entender. Mas Azevedo no se queda en el terreno de las declaraciones, sino que va analizando en su obra el valor de las distintas cláusulas: *ex certa scientia, motu proprio, non obstante, non obstante tale lege, de plenitudine potestatis,* etc., siempre en la dirección de los enunciados, rechazando su valor en el supuesto de que los rescriptos se den en perjuicio de tercero y proclamando la suspensión de su ejecución, a la espera de la resolución de la suplicación. En este contexto nos recuerda que las cosas que afectan a perjuicio de tercero se han de ver en el Consejo de Justicia y no en la Cámara, y en caso contrario se ha de suplicar al Consejo para que allí se revea, pues no se ha de presumir que el rey o los consejeros quieren perjudicar el derecho de tercero. Tampoco se olvida de referirnos otro axioma, que en los rescriptos del príncipe siempre se entiende que está contenida la cláusula sin perjuicio de tercero o salvo el derecho de tercero. Pero no es el último, porque Azevedo recoge otra sentencia de sumo interés, como es que la causa no se presume en el príncipe, o en el papa, cuando se daña el derecho de tercero. Más aún, si el papa, o el príncipe, deliberadamente actuaran sin causa contra el derecho adquirido por tercero, entonces pecarían y ejercerían su potestad para destrucción no para edificación. En apoyo de estas doctrinas sobre la causa cita a Marcos de Paz y a Alciato.

Azevedo recoge numerosos ejemplos donde aplica estos enunciados, referidos a beneficios, exenciones, privilegios, dispensas, validaciones y confirmaciones. A todo da un repaso el autor, que se muestra excelente conocedor de la práctica, ya que lo mismo comenta las donaciones regias, que las licencias sobre mayorazgos, las venias de edad, las moratorias de deudas, los perdones o los contratos efectuados por el príncipe[484].

La defensa de los derechos de terceros o derechos adquiridos es nítida y repetitiva en Azevedo, como también va ser muy reiterada por él la doctrina de la causa. Ya anunciamos hace unos instantes el tema

[484] Para todo lo anterior, dada la continua reiteración de los mismos postulados, me remito a sus *Commentarii*, a Nueva Recopilación 4, 14, 1-6, principalmente a las leyes 1 y 2, pp. 322-335. Pero la misma doctrina descubrimos en los *Commentarii*, Nueva Recopilación: 3, 14, 4; 5, 6, 2, 3 y 7; 5, 10, 1, 3, 4, 13 y 16; 6, 7, 5; 8, 25, 1.

de la causa, cuando decíamos que según Azevedo no se presume causa en el príncipe si daña los derechos de tercero, incurriendo en pecado si se atreve a rescribir sin causa contra los derechos adquiridos. Es el anticipo, porque a continuación debemos añadir la segunda parte de la misma cuestión, consistente en que el autor admite la validez de los rescriptos *contra ius* si se da la condición de que emanaron del príncipe con causa legítima[485].

Ya exige causa, causa conocida, o mejor aún gran causa, para que en perjuicio de tercero el príncipe use de las conocidas cláusulas *motu proprio, ex certa scientia, de plenitudine potestatis* o *non obstante,* pues de lo contrario nada operan, todas juntas o cada una de por sí. Luego, más en concreto, dirá que el príncipe no puede derogar los testamentos de particulares, porque la facultad y libertad de testar es de derecho natural y de gentes, aunque existan entre los juristas discrepancias respecto al derecho en expectativa, en relación con el *ius non radicatum, neque quaesitum, sed quaerendum,* pero que a su entender, en coincidencia con Covarrubias, no puede quitar el príncipe, porque el heredero ya tiene derecho adquirido. Desde luego, no puede el príncipe apoderarse del dominio de una cosa, porque el dominio es de derecho de gentes y los derechos de gentes son inmutables, cuando no sostiene que el dominio es de derecho divino. No lo podría hacer sin causa, insiste, ni siquiera de potestad aboluta y de plenitud de potestad, porque entonces sería más bien de plenitud de tempestad, o como también dice, no será tal potestad sino la de un tirano. Es a este propósito cuando cita a Covarrubias y sus proclamas antiabsolutistas, que califican de falsísima y diabólica la distinción en el príncipe entre potestad ordinaria y absoluta. Aunque, eso sí, confiesa Azevedo en tono de precaución, este no es el caso de nuestra España, donde los príncipes y reyes no tiránicamente sino cristianamente se comportan, ayudando a los súbditos y no quitándoles directa ni indirectamente sus bienes, a no ser por causa, de máxima necesidad y de pública utilidad, pues con causa, o si el daño fuera pequeño, los reyes pueden expedir cartas en daño de tercero, según concluye el comentario[486].

Sobre la necesidad de las causa vuelve Azevedo al tratar de aspectos más específicos, pero de capital importancia para la propiedad señorial, como lo eran más genéricamente el propio dominio y los testamentos, a lo que acabamos de hacer mención. Me refiero ahora al tema de los mayorazgos, donde afirma que las licencias regias para constituir mayorazgo de todos los bienes son injustas, van en contra de la conciencia, de modo que el padre que usara de tal licencia y no dejase a los otros hijos alimentos pecaría y no estaría defendido en el foro de la conciencia, por lo cual el rey, dice, actuaba con máxima deliberación y

---

[485] De forma preferente en sus *Commentarii* a Nueva Recopilación 4, 11, 3-5, pp. 335-341. Tambiém, Nueva Recopilación: 5, 6, 2, 3 y 7; 5, 10, 1, 3 y 4.

[486] La idea de que el rey puede rescribir contra derecho de tercero si el daño no es grave, o es pequeño, lo afirma también en otros instantes, valgan al respecto: *Commentarii,* Nueva Recopilación, 4, 14, 2, núm. 51 y 57.

con conocimiento de causa al conceder tales licencias, de modo que primeramente mandaba hacer información de la cantidad de las rentas y del número de hijos. La legítima, en concordancia con la doctrina común, es para Azevedo de derecho natural, puesto que ocupa el lugar de los alimentos, no así la cantidad, que es de derecho positivo y puede moderarla el rey[487]. También apunta el autor que si en la confirmación del mayorazgo se inserta el privilegio confirmado se presume conocimiento de causa, así como que la licencia para hacer mayorazgo no podía ser revocada sin causa por el concedente después de que con causa fuera otorgada[488]. En cambio se define menos sobre la cuestión de si el príncipe puede cambiar o revocar las leyes y condiciones del mayorazgo, pues se limita a dar cuenta de las contrarias opiniones de Vázquez de Menchaca y Covarrubias, el primero a favor de las licencias para enajenar dichos bienes y el segundo opuesto[489]. No obstante da la impresión de que se mueve en una línea restrictiva, porque nos dice que la pública utilidad en el mayorazgo consiste en la conservación del mismo[490]. Por otra parte, al distinguir la distinta eficacia que tiene la acción en el caso de que el rey otorgue el beneficio de mayorazgo por manera de acción, dirá que si la acción del beneficiario es personal entonces la licencia para enajenar bienes de mayorazgo no pasa al sucesor, pero sí es real sí se transmitiría al sucesor, por la dignidad del mayorazgo[491].

Otro campo de suma importancia para la propiedad señorial, pero también para la capacidad de privilegiar del monarca o justicia distributiva, era el de las donaciones regias, que en el caso de las remuneratorias, las verdaderas mercedes, se conectan directamente con los contratos y por ello se consideran intangibles. Luego, sin embargo, se manifiesta muy exigente con ellas, por la posible lesión de derechos de terceros. En particular respecto a las villas o fortalezas del reino, que llevaban incorporadas vasallos, de modo que no podía ser hecha tal donación a no ser que fuera máxima la causa, redundara en utilidad común y la hubieran provocado grandes servicios, siguiendo la tradición de la doctrina castellana, ya establecida en las Partidas.

En efecto, para Azevedo las donaciones remuneratorias, concedidas por causa, por méritos y servicios, tienen naturaleza de contrato o cuasi contrato y no pueden ser revocadas sin causa por el príncipe, siguiendo a Baldo, hasta el punto de que no valdría para su revocación la cláusula derogatoria *non obstante*. Sin embargo, en las donaciones efectuadas en perjuicio de tercero no es causa suficiente la remuneración de servicios para evitar la revocación. Por supuesto, como era doctrina común, las donaciones voluntarias, sin intervención de méritos o precio, podían

---

[487] *Commentarii*, Nueva Recopilación, 4, 14, 2, núm. 45 y 47.
[488] *Commentarii*, Nueva Recopilación, 5, 6, 2, núm. 7 y 9, p. 215.
[489] *Commentarii*, Nueva Recopilación, 5, 6, 3, nº 5, p. 217.
[490] *Commentarii*, Nueva Recopilación, 5, 6, 3, nº 7, pp. 221-222.
[491] *Commentarii*, Nueva Recopilación, 5, 6, 2, nº 14, p. 215.

ser revocadas a voluntad por el príncipe, sin necesidad de causa; de acuerdo con Azevedo nada es tan congruo como que las cosas se quiten por las mismas causas por las que nacen.

Donde más exigente se manifiesta Azevedo con el príncipe es en los privilegios obtenidos por precio, de muy difícil revocación. Según Azevedo, ni de plenitud de potestad puede el príncipe o su sucesor revocar el privilegio o concesión hecha por contrato, naturaleza que tiene el privilegio concedido por dinero. Pero aún había más, pues para reforzar su opinión sostiene que no le conviene la revocación al príncipe ni de honestidad ni de necesidad, negando una distinción clásica que hacían muchos juristas, entre ellos Covarrubias, a quien no menciona en la ocasión. Si bien después admite que existiendo causa, caso de que fuera perjudicial para el reino, sí puede ser revocado tal privilegio[492].

Otro tema de interés eran los perdones regios. En este punto, como en tantos otros, vuelve a manifestarse Azevedo muy exigente con la potestad del monarca, por la defensa del derecho de terceros, de los derechos adquiridos, que en la duda no se presume quiera perjudicar el príncipe, según apostilla para la ocasión. Remitir la pena al que la merece, sin causa, es contra el derecho divino, señala. Sólo con causa, dice asimismo, puede el príncipe remitir las penas corporales. Mas no deja pasar la oportunidad sin dar remate a su argumentación con la distinción entre *vis directiva* y *vis coactiva,* que en otra coyuntura parecía negar. En efecto, para Azevedo el príncipe está sometido a la fuerza directiva de la ley como cualquier otro súbdito, porque su potestad es limitada[493]. Sus contradicciones en relación con la potestad del príncipe eran continuas, dando la impresión de que cambiaba de considerandos según la naturaleza de los asuntos que trataba.

Si los asuntos a que nos hemos referido precedentemente eran importantes, los cuales de un modo u otro afectaban al derecho natural y de gentes, cuando no al divino, no era menos trascendente, ni dejaba tampoco de tocar a esos derechos, la apelación procesal. Azevedo, por de pronto, ya lanza la proclama: la apelación puede decirse de derecho natural y aun divino, pues la apelación es defensión y la defensión no puede quitarse por el príncipe porque es de derecho natural, y así no puede suprimirse por el príncipe la apelación como no lo puede hacer con la defensión y el derecho natural y el divino.

Enunciado así el dogma, no es obstáculo para que se preguntara Azevedo si el príncipe que no reconoce superior en algún supuesto podía suprimir la apelación, porque el interrogante venía suscitado por la propia ley recopilada que lo admitía. Existían varias tesis al respecto, según informa. Una de ellas afirmaba que lo que en la ley se quita es solamente una modalidad o forma de defenderse, no toda la defensión, entendiendo que la apelación es una defensión inducida por el propio

---

[492] *Commentarii,* Nueva Recopilación 5, 10, leyes 1-17, pp. 318-341.

[493] Para la materia de perdones, *Commentarii,* Nueva Recopilación, 8, 25, 1, núm. 17, 27, 28, 69, 70 y 71, pp. 453-455.

príncipe, con lo cual cesaban los inconvenientes aducidos de la defensa natural y el príncipe la podía impedir, más teniendo en cuenta, en último término, que las cosas nacen por algunas causas y por las mismas se disuelven. A lo que responde Azevedo que aunque el príncipe no puede quitar la apelación de forma indistinta y general en todas las causas civiles y criminales, sin embargo, en una u otra causa, existiendo razón y causa de pública utilidad y necesidad bien podía quitar la apelación el príncipe, puesto que el derecho natural y el derecho divino en esas circunstancias no pueden obligar, antes por el contrario pueden ser moderados y limitados por él.

Otra postura distinta, decididamente ventajosa para el monarca, sostenía que así como la citación es defensión de derecho natural, que no puede quitarse por el príncipe, la apelación no es defensión de derecho natural y divino, sino del humano y positivo, por lo cual el príncipe podía suprimirla.

Azevedo no se siente identificado con ninguna de las dos posturas y se atreve a aventurar una interpretación personal de la ley recopilada, de acuerdo con la cual en la ley sólo se impediría la apelación en cuanto al efecto suspensivo y no en cuanto al devolutivo, o como también dice, la ley solamente quita lo que es frívolo en la apelación, no aquello que es justo y expreso en derecho[494]. La razón, una vez más, está en la defensa del derecho de parte, o de tercero, amparado por el derecho natural, si no es también por el divino, aunque estos derechos podían ser moderados y limitados con causa por el príncipe.

Llegamos ya al final y una pregunta se impone, ¿cuál era en definitiva la posición de Azevedo respecto al poder absoluto del príncipe? Avanzamos en su momento que nos parecía ambigua y ahora estamos en condiciones de poder fundamentar esa apreciación. Algunos datos, desde luego, dan a entender que no es partidario del poder absoluto del príncipe, como cuando cita el abierto rechazo de Covarrubias a la distinción entre potestad ordinaria y absoluta, que ya expusimos en su momento. También recordamos que en algún momento expresa su oposición a distinguir el comportamiento del príncipe conforme a criterios de honestidad o de necesidad, pero no es menos cierto que en otros instantes sí admite la diferencia entre *vis directiva* y *vis coactiva*, de modo que el príncipe, como cualquier particular está sometido a la fuerza directiva de la la ley, cosa que admitía Covarrubias, de forma contradictoria con otros postulados suyos.

Una espléndida oportunidad se le presentó a Azevedo para decantarse cuando hubo de comentar el precepto de la Nueva Recopilación que autorizaba al rey para que de *motu proprio* pudiera elegir a los procuradores de Cortes, pero él va a optar por una solución de compromiso. En principio esta ley favorece la afirmación de que el rey está por encima del derecho y lo puede interpretar y derogar, sobre todo si tenemos en cuenta que otra ley de la misma Recopilación decía que

[494] *Commentarii*, Nueva Recopilación, 3, 14, 4, núm. 29-36, pp. 308-309.

ninguna carta regia, incluso con la cláusula, debe ser ejecutada si va en perjuicio de tercero, aparte de diversas disposiciones que establecen que no puede dañar el derecho de tercero y una en particular atribuye a los pueblos y ciudades la elección de sus procuradores, según pone de manifiesto el autor.

Este era un caso, se insiste, donde es indudable que el rey quiso dictar una disposición en contra de las otras, como no deja de reconocer Azevedo, a quien se le ocurren varias posibilidades hermenéuticas. Una de ellas sería la de que no suponía ninguna dificultad tal contradicción, porque el príncipe, que es legislador, así quiso disponer e interpretar las leyes. Otra, que el príncipe puede si lo estima oportuno perjudicar a quien quisiere. Pero también cabe una tercera, la suya, que dado que esto es un leve o nulo perjuicio se ha de creer que el rey quiere elegir al hombre conveniente y útil para semejante ministerio, de modo que así cesaría la dificultad, a su entender[495]. Con semejante solución se compaginaría para el autor el poder del príncipe con la defensa de los derechos de terceros, los derechos adquiridos, en esta coyuntura los de los pueblos.

Sin embargo, frente a estos pasajes, en otros se nos manifiesta Azevedo como un seguidor más de la postura tradicional, que no es otra sino que el rey está desligado del derecho positivo. Para empezar, así lo da a entender su definición de licencia, conforme a la doctrina del Cardenal: gracia concedida a alguno por la cual le es lícito lo que antes no le era lícito[496]. Y si el rey concedía licencias, y muchas, y estos eran sus efectos ¿cómo no iba a estar desvinculado del derecho positivo?

Hay otro textos más explícitos, como cuando habla de la legitima, que considera de derecho natural, para la conservación de la familia, pero no su cuota o cantidad, que es de derecho positivo, y que el príncipe puede disminuir, aduciendo el siguiente argumento, que nadie puede imponerse a sí mismo una ley de la que no pueda apartarse, además de apuntar a renglón seguido que el príncipe es ley viva[497].

Ninguna oscuridad presenta tampoco otro episodio, me refiero al comentario que hace respecto a las cartas dadas contra ley y derecho. En esta oportunidad Azevedo recalca que se trata de cartas dadas contra la ley pero en perjuicio de partes o de terceros, pues si sólo fueran *contra ius* valdrían tales rescriptos. De derecho civil, dice, bien valdría el rescripto que solamente fuera *contra ius* y no dañara a alguna parte, pues aquellas cosas que son de derecho civil el príncipe de hecho las quita, e incluso añade que de derecho civil el príncipe quita el *ius quaesitum* cuantas veces no resulta grave daño a un tercero[498], que es

---

[495] *Commentarii*, Nueva Recopilación, 6, 7, 5, pp. 130-131.

[496] *Commentarii*, Nueva Recopilación 5, 6, 2, nº 1, p. 214.

[497] *Commentarii*, Nueva Recopilación, 4, 14, 2, núm. 45-46, p. 333.

[498] *Commentarii*, Nueva Recopilación: 4, 14, 1, nº 24 ; 4, 14, 2, núm. 47-51; 4, 14, 3, núm. 11 y 16.

la doctrina que dejó sentada a propósito de las elecciones de procuradores *motu proprio* del príncipe.

Un nuevo pasaje que puede clarificar su postura lo descubrimos a propósito de sus reflexiones sobre la intangibilidad del dominio, que no puede quitarlo el príncipe sin causa de utilidad pública, y en concreto, ya que lo asimila, las deudas, pese a la concesión de moratorias en favor de los deudores, porque hasta el mismo débito es de derecho natural, en opinión de Azevedo, que alarga mucho sus supuestos, en defensa de los derechos de terceros. Pues bien, en este episodio nos dirá el autor que no se le pueden impedir al acreedor las acciones pertinentes para recuperar su deuda, ya sean reales o personales, porque aunque el príncipe esté *supra ius* y puede dispensar contra el derecho, sin embargo no lo puede hacer en perjucio de la acción de un tercero adquirida de derecho, *ex iure quaesita*, al menos sin alguna causa pública[499].

Un valor semejante al texto acabado de mencionar tiene una cita de Baldo, que trae a colación el autor cuando habla de las solemnidades que se recogen en los instrumentos de los escribanos. De acuerdo con Baldo, en relato también de Luis de Molina, si Dios sometió las leyes al príncipe no por eso le sometió los contratos[500].

En este género de preocupaciones pudiera ser definitorio el texto donde distingue la potestad del rey y la de los señores de vasallos en torno a la facultad de dispensar o de disponer contra el derecho. De este modo nos indica que la aposición en los documentos de las cláusulas *non obstante*, *ex certa scientia* o *de plenitudine potestatis* le están reservadas al príncipe (o al papa) en signo de suprema potestad, y como el príncipe no puede transferir a otro la plenitud de potestad, así nadie que no sea el príncipe puede usar de estas cláusulas: el inferior no puede derogar la ley del superior. Los señores no pueden disponer contra el derecho regio, recalca, sino que tienen que observarlo en sus tierras, dado que crear leyes y derogarlas no corresponde más que al príncipe, y esto es de supremo imperio, cosa de que carecen los señores, que no pueden derogar las leyes regias ni dispensar contra ellas[501].

La realidad de la dispensa, de la facultad de privilegiar del príncipe acababa por imponerse, lo que al fin y al cabo no era sino muy compatible con la defensa de los derechos de terceros, de los privilegios ya concedidos. En este sentido, me parecen de suma relevancia los efectos que se le atribuyen por Ayevedo a la gracia regia o papal, de manera que una vez concedida ya es derecho adquirido, *ius ex concessione quaesitum*[502].

En fin, no quisiera finalizar esta larga serie de referencias sin una cita donde Azevedo declara sin reservas que el monarca estaba desligado del derecho positivo. Aparece la afirmación en un medio propicio,

---

[499] *Commentarii*, Nueva Recopilación 4, 14, 4, núm. 4-7, p. 338.
[500] *Commentarii*, Nueva Recopilación 4, 25, 13, nº 59, p. 613.
[501] *Commentarii*, Nueva Recopilación 4, 14, 2, núm. 55-57.
[502] *Commentarii*, Nueva Recopilación, 5, 6, 2, nº 4, p. 214.

como era la guarda que se había de hacer de los privilegios de las ciudades y villas en relación con la elección de sus oficiales. En esta situación dirá Azevedo que el príncipe todas las cosas las puede conceder en derogación de la ley que comenta y del derecho positivo[503]. Siempre, según podrá comprobarse, en defensa de terceros, de los derechos adquiridos, del orden de privilegio, para lo que igual valía limitar que exaltar el poder del príncipe, todo dependía de las circunstancias.

Analizada la posición de Azevedo vamos a pasar revista a lo que decía Luis de Molina sobre la potestad del príncipe ante el derecho. Este autor destaca no sólo por enfrentarse monográficamente a la institución de mayorazgo, en forma de tratado, sino por la capacidad crítica que manifiesta en sus opiniones, no exenta de originalidad[504]. Conoce muy bien la doctrina de los juristas de Castilla, de todas las tendencias y matices, de lo que ya hace gala en el prefacio de su obra, aunque tampoco desprecia las citas de Bártolo, Baldo, Alciato, Connan, Coras, Julio Claro o Arias Pinel, con independencia de que fueran del *mos italicus* o del *mos gallicus*. Sus pronunciamientos respecto al poder absoluto del rey los hace cuando trata de las licencias regias para constituir mayorazgos o para enajenar u obligar sus bienes, u otras cosas similares. Exige causa al monarca para casi todas sus actuaciones en relación con el mayorazgo, alarga los supuestos de derecho natural y de gentes, bien diferenciado del derecho civil[505], y postula con firmeza la defensa de los derechos adquiridos, los derechos de terceros. Estos aparecen bajo forma de vínculo de la propiedad señorial, de los llamados al mayorazgo, que es tanto como decir la familia[506] y que él hace extensivo al reino, al mayorazgo del reino, a la sucesión dinástica[507], los tres pilares laicos de la sociedad señorial. En ningún momento, sin embargo, va a cuestionar la potestad absoluta del príncipe.

¿Eran precisas las licencias regias para fundar mayorazgos? ¿De qué valor gozaban los mayorazgos fundados sin autorización del monarca? Son interrogantes que se plantea en diversos momentos, pero da la impresión de que no siempre responde con la misma claridad, al menos

---

[503] *Commentarii*, Nueva Recopilación 7, 2, 7 y 8, nº 9, p. 190.

[504] LLeva el título de *De primogeniorum hispanorum origine ac natura, Libri Quatuor*, Lyón, 1632, y está dedicado a Felipe II. La edición tiene graves defectos de paginación, por lo que es más útil atender a los otros elementos que identifican los diversos pasajes que aquí se citan.

[505] Molina rechaza la distinción entre derecho de gentes primario y secundario, pero diferencia muy bien la libertad de disponer y de testar, que son de derecho de gentes, de las cuestiones de forma, solemnidad y aprobación, propias del derecho civil (*De primogeniis*, lib. 1, cap. 2, núm. 4-6).

[506] En los mayorazgos se trata del honor y de la conservación de la dignidad de la familia, nos dirá en *De primogeniorum*, lib. 1, cap. 13, nº 3 y de forma semejante en lib. 1, cap. 10, núm. 20-26, así como en lib. 1, cap. 18, núm. 1-7.

[507] Para la equiparación entre los amyorazgos de particulares y el mayorazgo del reino, *De primogeniorum*, lib. 1, cap. 2, nº 7, y cap. 3, todo él. No conviene olvidar al respecto que Luis de Molina fue legado del rey Felipe II para la sucesión de Portugal, como el mismo se autotitula, junto al cargo de consejero de Castilla y de la Cámara, en la portada del libro.

para un determinado tipo de mayorazgos, los constituidos por encima del tercio y quinto de mejora que pueden afectar a la legítima.

Sí se manifiesta sin oscilaciones en relación con la institución de mayorazgo de tercio y quinto, o de la que toca a la legítima pero habiendo consentimiento de los hijos, e igualmente en el supuesto de que ante la carencia de hijos la fundación se hiciera de todos los bienes o de una porción de los mismos, pues en estos casos no se precisaría licencia y sería tan verdadero mayorazgo, tendría idénticos efectos que si hubiera sido otogado con facultad del monarca. La razón de las semejanzas se encuentra, según Molina, en que la facultad de la ley (la ley 44 de Toro) y la del príncipe se equiparan, lo cual no es para maravillarse, señala, porque el príncipe es ley viva, de modo que lo que se consigue por la ley se dice adquirido por concesión del príncipe. En estos casos, concluye, si el mayorazgo se hace sin licencia regia es verdadero mayorazgo[508].

En ciertos pasajes nos da también la sensación de que en general se equiparaba para Molina la condición de los mayorazgos constituidos con licencia regia o sin ella, lo cual significaba en suma que no se precisaba de facultad real para la constitución de cualquier mayorazgo. Esto lo comprobamos cuando Molina se plantea si el príncipe puede cambiar la sustitución establecida en los mayorazgos y perjudicar al derecho de los llamados a adquirir, es decir de los que no tuvieran todavía derecho adquirido, cuya respuesta negativa la hace aplicable lo mismo al mayorazgo instituido sin licencia regia que con ella[509].

En esta dirección Molina va a dar un paso más, ya que en algún instante no sólo afirma que para él no es necesaria la licencia regia para fundar mayorazgo, sino que dice que es más ventajoso que se haga el mayorazgo por ley que por licencia real. Explica sus razones, y éstas son que es más fácil que se sujete a enajenación si fue fundado con licencia del monarca que sin ella, pues lo mismo que se dio licencia para fundar, luego vuelve a otorgarse para enajenar. No es todo su argumento, pues según Molina tiene más fuerza la costumbre inmemorial que el privilegio, teniendo en cuenta que más difícilmente se quita lo adquirido por contrato o prescripción que por privilegio, si consideramos que la costumbre inmemorial es como si fuera una especie de derecho natural, *quasi alterum ius naturale*. Aunque, esto también, reconoce Molina que la facultad regia es útil cuando el fundador del mayorazgo dispone más allá del tercio y quinto, porque estaría mejor defendida la legítima[510].

En cambio, en otros instantes la imagen que ofrece al lector es distinta, como si determinados mayorazgos no pudieran constituirse sin licencia real. Esto sucede, por ejemplo, cuando se pregunta si los mayorazgos llevan aparejados dignidad pública o nobiliaria, a lo cual

---

[508] *De primogeniorum*, Lib. 1, cap. 1, nº 25.

[509] *Ibidem*, cap. 8, nº 31.

[510] *Ibidem*, lib. 2, cap. 2, núm. 10, 12 y 20-21.

responde negativamente, pues de lo contrario se seguiría a su entender que un hombre de condición vil y abyecta podía crear dignidades, dado que cualquiera en las tasas fijadas por la ley puede hacer mayorazgo sin licencia del rey[511]. Es decir, que por encima de las tasas marcadas por la ley no podría establecerse mayorazgo sin facultad del monarca, aparte de que el nombramiento y confirmación de las dignidades de conde o marqués depende en exclusiva del príncipe[512].

De distinción entre mayorazgos vuelve a hablarnos en un asunto estrechamente conectado con el anterior, desde el momento que nos dice que las facultades para instituir mayorazgo más fácilmente se conceden a aquellos que gozan de nobleza civil. De hecho, señala, por los consejeros reales suele hacerse antes de la concesión al menos un sumario conocimiento de la nobleza, calidad y riquezas de la persona que quiere fundar el mayorazgo, para que no se concedan las licencias a personas innobles o de ínfima condición[513].

Se reproduce la cuestión que tratamos en un pasaje en que se interroga el autor sobre si la condición del mayorazgo es odiosa o favorable. A su juicio son enteramente favorables aquellos mayorazgos en los que no se irroga perjuicio a tercero, como acontece en los de tercio y quinto, o también de todos los bienes si el fundador no tiene ascendientes ni descendientes, porque con estos mayorazgos se trata de la sola conservación de la familia, en cuyo favor y publica utilidad se constituyen. Cosa distinta podía ocurrir si los mayorazgos causaran perjuicio en la legítima, aunque en el caso de que dejasen competentes alimentos a los demás hijos deberían ser juzgados favorables, como quiera, dice, que dichos mayorazgos fueron instituidos por regia facultad[514].

Una vez más comprobamos que para Molina existían diferencias entre unos y otros mayorazgos a la hora de escribir sobre las solemnidades de la facultad regia que debería preceder a la constitución de mayorazgo. En este momento señala en varios epígrafes que la licencia del rey no es necesaria salvo cuando afecte a la legítima de ascendientes y descendientes, o también para el caso de que en el mayorazgo se imponga gravamen en la legítima[515].

Si la licencia regia para fundar mayorazgos no está totalmente clarificada en su obra, sí lo van a estar otros negocios relacionados con el mayorazgo, donde aparecen firmente establecidas las coordenadas de su pensamiento, que eran las tradicionales, por otro lado, aunque aquí se expresen de forma más rígida, incluso con relación a las posiciones que mantuvieron Antonio Gómez, Gregorio López, Marcos de Paz o el mismo Covarrubias, y por supuesto Vázquez de Menchaca, a quien ataca en varias ocasiones Molina. La exigencia de la causa y las distinciones

---

[511] *Ibidem*, lib 1, cap. 13, nº 4.

[512] Para esta reserva en favor del Príncipe, *Ibidem*, lib. 1, cap. 11 y 13.

[513] *Ibidem*, lib. 1, cap. 18, núm. 8-9.

[514] *Ibidem*, lib. 1, cap. 18, núm. 1-7.

[515] *Ibidem*, lib. 2, cap. 7, núm. 2, 19 y 42.

entre derechos son las mejores vías para preservar el vínculo privilegiado del mayorazgo. Aunque tampoco duda Molina en acudir a criterios morales, en términos de conciencia y de pecado, con tal de salvar el objetivo, que era la intangibilidad de lo dispuesto por el fundador del mayorazgo, especialmente si era por contrato o testamento, sin olvidar la costumbre inmemorial o prescripción.

Uno de tales asuntos era si el príncipe podía mudar las sustituciones establecidas en los mayorazgos y perjudicar el derecho todavía no adquirido por los llamados a suceder, pero del que tenían expectativa o esperanza debida, como podía ser por ejemplo transmitir la sucesión al segundogénito, o el caso de que el príncipe quisiera hacer hábil a una mujer excluida de la sucesión. Molina se muestra tajante ante esta situación, y ante todo tipo de autores, de tal modo que según él el príncipe no podía alterar el orden de suceder, ni de plenitud de potestad, a no ser que concurriera legítima causa, o causa pública, y lo mismo antes que después de que fuera deferida la herencia, y tanto ocurriría ésto en los mayorazgos constituidos con licencia regia o sin ella. Lo cual, al decir de Molina, siguiendo a Covarrubias, Fortún García de Ercilla y Redín, no disminuye la potestad del príncipe, sino que la aumenta, porque esa actitud no conviene al príncipe cristiano, que debe guiarse por principios de equidad y de justicia.

La causa, por otro lado, según Molina, no se presume en el príncipe en perjucio de los sucesores, a no ser que hubiera prueba en contrario. En consecuencia, en el supuesto que tratamos deberían ser llamados los sustitutos para la prueba. De todos modos, conforme constata el autor, raramente o nunca los consejeros regios solían cambiar los antiguos llamamientos de los primogénitos[516].

Otro asunto importante era el de la enajenación y obligación de los bienes de mayorazgo por licencia o facultad del rey, bajo la forma de venta, pignoración, permuta o hipoteca, a pesar de que los bienes de mayorazgo como los del reino eran inalienables[517], o como también dice, aunque de la esencia del mayorazgo sea conservar perpetuamente los bienes en la familia[518], cosa que en sí misma es de pública utilidad, a su entender[519].

De acuerdo con Molina sólo debía proceder la enajenación u obligación de bienes de mayorazgo por causa de evidente utilidad del propio mayorazgo, sin perjuicio de tercero —el siguiente llamado en el orden de suceder— y en defecto de bienes libres, equiparando estas licencias con la figura de la dispensa[520]. De modo semejante a como el rey podía enajenar bienes del reino, para lo que se requería causa y que no fuera en perjuicio de tercero[521].

---

[516] *Ibidem*, lib. 1, cap. 8, núm. 28-33.
[517] *Ibidem*, lib. 1, cap. 3, nº 17 para la declaración de principios.
[518] *Ibidem*, 1, 10, 20-26.
[519] *Ibidem*, 1, 18, 10.
[520] *Ibidem*, Lib. 4, cap. 4-7.
[521] *Ibidem*, lib. 1, cap. 2, nº 26.

Molina presta mucha atención a la causa en este fenómeno de enajenaciones y obligaciones de bienes de mayorazgo, de manera que para él no puede ser concedidas sin grande y justísima causa, pues en defecto de causa legitima no tendría valor y efecto en cuanto a derecho del fuero, *ius fori*, ni los consejeros regios debían conceder estas licencias, contra Vázquez de Menchaca, que pensaba que raramente o nunca deberían concederse facultades para fundar mayorazgos, mientras debían ser concedidas con facilidad para disolverlos[522]. Dicho de otro modo, que se precisa causa necesaria, ya que no sería suficiente causa voluntaria[523]. También utiliza otras palabras, que la facultad para enajenar bienes de mayorazgos no pueda hacerse sin causa pública y evidente utilidad del mismo mayorazgo, o intervenga necesidad[524].

Molina desciende más a detalles y pasa a explicar qué se suele entender por pública utilidad y necesidad cuando el poseedor del mayorazgo pide que se enajenen los bienes de mayorazgo o se sometan a hipoteca. De acuerdo con Molina, se comprendería por pública utilidad el servir al rey en la guerra o en alguna expedición, o en algo semejante que lleve utilidad del reino. Necesidad sería si se da licencia para rehacer casas de mayorazgo que de otro modo se arruinarían, para aumentar y mejorar los bienes de mayorazgo, para permutarlos con otros en evidente utilidad del mayorazgo, para satisfacer deudas del fundador del mayorazgo o para el pago de dotes u otras cosas parecidas. De un modo especial constata Molina cómo ordinariamente, *quotidie*, suelen concederse a los poseedores de mayorazgo facultades para obligar o hipotecar o someter a censos bienes de mayorazgo, en defecto de bienes libres, para constitución y restitución de dote y arras.

Si bien a él, por mucho que esto sea frecuente, no le convence en derecho. Tanta es su determinación al respecto que Molina exige que no se dé facultad para enajenar bienes de mayorazgo, a no ser con conocimiento de causa y habiendo sido citado primero el sucesor, pues de lo contrario los consejeros regios que participaran en la expedición de las facultades incurrirían en laxitud de conciencia, además de exigir que siempre haya un bien a cambio, en defensa del mayorazgo, de sus sucesores[525]. Con esta doctrina decía mostrarse Molina más severo que Covarrubias y Marcos de Paz.

Para abundar en lo mismo, Molina recuerda que cuando el príncipe revoca una ley no puede quitar los efectos que se hubieran perfeccionado con anterioridad, a no ser que se diera causa pública. De este modo, dice, aunque el príncipe puede revocar la facultad concedida por él, no puede sin embargo quitar o alterar el mayorazgo por él constituido[526].

No tiene otra finalidad su afirmación de que el príncipe no puede

---

[522] *Ibidem*, 1, 18, 10.
[523] *Ibidem*, lib. 1, cap. 10, núm. 20-26.
[524] *Ibidem*, 4, 3, 1.
[525] *Ibidem*, 4, 3, 2-6.
[526] *Ibidem*, 4, 3, 12.

quitar el dominio aun cuando sea adquirido por privilegio, lo cual es de decisivas consecuencias para una sociedad precisamente de privilegio, fundamentada en el respeto de los derechos adquiridos. Nos recuerda al respecto, siguiendo a Baldo, que el príncipe tiene limitado revocar el privilegio gratuito, concedido sin causa, en aquellas cosas que habiendo sido de concesión del príncipe hubieran pasado ya a dominio directo o indirecto, dado que la firmeza de esta concesión era ya defendida por derecho de gentes, lo que es como decir también que los derechos adquiridos mediante el príncipe no pueden ser revocados por él cuando ya recibieron carácter de derecho natural[527].

Además de estos asuntos que afectan a la autoridad del príncipe, Molina estudia otros, como es la cuestión de la legítima, que es nuclear en su discurso y en el de tantos juristas que tratan del mayorazgo. Para él, los mayorazgos en los cuales no se hace fraude de la legítima a los ascendientes y descendientes, o que no imponen gravamen al primogénito en la legítima son justos y obligan en el fuero interno y externo, *fori et poli*. Precisamente, añade Molina, los rescriptos del príncipe se han de entender expedidos conforme al doble fuero, de conciencia y de la ley, y las palabras de los mismos deben acomodarse a derecho y equidad. En el caso de que el rey concediera facultades en que no se dejaban competentes alimentos a los hijos segundos, serían injustisimas y nada seguras, ni en el fuero interno ni el externo, nos dice, como cuando se otorgan licencias para fundar mayorazgos de todos los bienes.

El razonamiento en favor de su tesis es el habitual, tanto que a su opinión la llama doctrina común, defendida entre otros por Rodrigo Suárez, Covarrubias, Gregorio López y Antonio Gómez. De acuerdo con esta postura el príncipe no puede dictar rescriptos que supongan quitar la legítima, pero sí podía hacerlo respecto a su cuota o porción, dado que la legítima, entendida como tal, es de derecho natural, pero no su cuota o cantidad, que es de derecho civil positivo. Aun cuando otros autores, entre los que se encontraría Tello Fernández, sostenían que la necesidad de alimentos de los hijos es de derecho civil.

Cierto, como no podía ser por menos, que todavía faltaba el recurso de la causa, en este caso como excepción a favor de la intervención regia, pues con legítima causa también podían ser quitados a los hijos los alimentos mediante rescripto del príncipe[528].

La potestad del príncipe es objeto de atención en otros supuestos, referidos particularmente a la forma y solemnidad que se exige en la constitución y confirmación de los mayorazgos. De este modo, interpretando la ley 42 de Toro, afirma que es necesaria la confirmación regia de forma especial y *ex certa scientia* para hacer válido un mayorazgo instituido sin licencia real que de suyo fuera nulo, por no haber precedido la misma. Es decir, que no vale en su opinión la confirmación he-

[527] *Ibidem*, 4, 3, núm. 21-22.

[528] *Ibidem*, para todo el razonamiento, lib. 2, cap. 1.

cha de forma común y sin que el príncipe esté plenamente informado de los hechos[529].

Otra cosa que se plantea al respecto es si vale la confirmación real de un mayorazgo hecho sin licencia regia, que hubiera sido efectuada después de instituido el mayorazgo. Molina se muestra muy restrictivo, como en otras muchas ocasiones, en este caso frente a Gregorio López y más aún contra Vázquez de Menchaca, demandando causa para la confirmación y que no vaya en perjuicio de tercero. En este sentido va a insistir Molina en el valor de las cláusulas *ex certa scientia, non obstante* y *de plenitudine potestatis*, que nada operan en perjuicio de tercero cuando la lesión de sus intereses es grave y enorme, por lo cual han de interpretarse que se conceden solamente en pequeño perjuicio. Al decir de Molina mucho debe de restringirse la potestad del príncipe en daño de tercero, como para recordarnos que la dispensa que sin justa causa se concede es más *dissipatio* que *dispensatio*, o dicho de otro modo, que cuando el príncipe usa de la plenitud de potestad sin causa justa y razonable no es *plenitudo potestatis* sino *plenitudo tempestatis*. No olvida tampoco recoger la doctrina común, según la cual los dominios, por cualquier razón que se busquen, son de derecho de gentes, y así lo decía Baldo, según Molina[530].

En otras varias ocasiones expone Molina su pensamiento sobre el poder del príncipe, pero vamos a considerar tan sólo un supuesto más para finalizar las líneas que le estamos dedicando, donde el autor va a distinguir la posición del príncipe ante el derecho según se trate del derecho civil o positivo y del natural y de gentes, amén de volver a considerar la causa. La oportunidad surje en el momento de preguntarse si a falta de hijos legítimos pueden ser admitidos a la sucesión de mayorazgos los hijos legitimados o los naturales no legitimados. Para Molina, el príncipe no puede derogar el derecho de los sustitutos aunque use de las cláusulas *ex certa scientia* o *de plenitudine potestatis*, a no ser que sea por causa pública y con citación de los interesados, para que haya conocimiento de causa. El príncipe, aclara más, no puede derogar sin causa el derecho adquirido incluso *in spe* que proceda de contrato o testamento, porque tanto el derecho de testar como la facultad de contratar son de derecho de gentes. Si al príncipe, siguiendo a Baldo, Dios le sometió las leyes, no le sometió sin embargo los contratos, o dicho de otro modo, que aunque el emperador sea cabeza del derecho civil está bajo los pies del derecho natural, lo cual también se expresa con la afirmación de que es más potente el derecho natural que el del principado. El príncipe, de acuerdo con Molina, ni siquiera de potestad absoluta puede quitar el derecho que compete por contrato. De aquí que si el príncipe, sin conocimiento de causa y citación de los interesados, procediera a quitar a alguno su derecho adquirido *in spe*, entonces pecaría y sería considerado como una especie de tirano, además de como

[529] *Ibidem*, 2, 7, núm. 2-10.

[530] *Ibidem*, lib. 2, cap. 7, núm. 12-36.

un bruto, *quod esset unum pecus*, disintiendo Molina de quienes decían que de plenitud de potestad podía hacerlo el príncipe sin causa y sin citación de testigos. Cierto que no deja de reconocer que en estos reinos, en el tribunal donde se otorgan las gracias, en la Cámara, cuando se procede a conceder una legitimación en derogación del derecho de otro llamado a suceder, no se atiende sólo a la relación de la parte, sino que siempre precede un sumario conocimiento de causa, habiendo sido citados aquellos a quienes se puede irrogar un perjuicio, o al menos el primero de los llamados a la sucesión del mayorazgo, de modo que se entiende que hay causa legítima para la concesión si éste presta consentimiento o no se opone[531].

A continuación vamos a examinar la postura de Melchor Peláez de Mieres, contemporáneo de Molina, Azevedo y Matienzo, a quienes cita. Peláez de Mieres escribe otro tratado sobre el mayorazgo, aunque de corte más ampuloso y menos coherente en su exposición que el de Molina, quizá por un exceso de erudición[532]. En cuanto a la doctrina de Peláez de Mieres sobre el poder del príncipe, hemos de decir que se mueve dentro de los postulados conocidos de la salvaguarda de los derechos de terceros, del recurso de la causa y de la distinción de naturaleza entre los diversos derechos[533]. Trata este autor con reiteración del valor de las cláusulas recogidas en los rescriptos regios, restringiendo su alcance, salvo el de la cierta ciencia, que suponía el conocimiento de causa, y se atreve a debatir de forma expresa sobre los límites de la potestad del príncipe, alejándose en varios pasajes de la línea sostenida por Montalvo y los doctores. No obstante, aunque se esfuerza en señalar los límites del poder regio, no niega que el monarca esté desvinculado del derecho positivo.

La defensa de los derechos de terceros es una constante en su obra, ya aparece en sus inicios cuando se pregunta si la facultad regia para hacer mayorazgo de todos los bienes significa que puede quitar la legítima de los hijos, o en sentido diverso, si la licencia real para fundar mayorazgo y mejorar al hijo que se quisiera llevaba consigo el que pudiera mejorarse la dote de una hija en detrimento del mayorazgo, dando el autor una respuesta negativa en ambos supuestos. El privilegio de testar, nos recuerda, se ha de entender conforme al derecho común y sin perjuicio de tercero[534], lo cual se debe compaginar con una afirmación suya anterior, y es que por el bien público, o por utilidad pública, se permitían las instituciones de mayorazgo[535].

Precisamente por la preservación de los derechos de terceros se muestra muy exigente Peláez de Mieres con el contenido y veracidad

---

[531] *Ibidem*, lib. 2, cap. 2, núm. 1-28.

[532] *Tractatus maioratuum et meliorationum Hispaniae, quatuor constans partibus*, Lyón, 1678.

[533] Aunque no acaba de aclararse en materia de distinción entre derechos, particularmente entre el derecho natural y de gentes (*Tractatus*, Praefatio, núm. 18-38).

[534] *Ibidem*, Par. 1 , Quaest. 1, núm. 140-147.

[535] *Ibidem*, Praefatio, núm. 40-42.

que deben poseer las preces de los impetrantes, no menos que se nos presenta riguroso con las cláusulas recogidas en las dispensas, de cuya naturaleza participan según él las licencias del rey para fundar y derogar mayorazgos o para enajenar o hipotecar sus bienes[536].

La verdad de las preces, de la relación del peticionario, tenía suma trascendencia, en opinión del autor, ya que los vicios de obrepción y subrepción hacían nula la facultad del príncipe, por defecto de voluntad. Más si se tiene en cuenta, como recalca Peláez de Mieres, que en el príncipe siempre se presume que no quiere hacer daño a tercero, de modo que cualquier concesión regia se entiende efectuada con esta condición, aunque sea de naturaleza tácita, y en el caso de que algo quisiera disponer con perjuicio de tercero había de estimarse que era de pequeño perjuicio.

Al príncipe, dirá Peláez de Mieres, se le debe hacer mención y relación de aquellas cosas o cualidades que si fueran expresas no habría concedido lo que concedió, de modo que de otra manera la disposición sería subrepticia. El privilegio obtenido por falsa causa no vale, la subrepción vicia *ipso iure* el rescripto de gracia, sentencia el autor. El privilegio, en fin, es subrepticio, si no se hace mención del perjuicio de tercero, según aclara. De este modo, por ejemplo, el que impetra un privilegio de primogenitura, de mayorazgo, debe hacer expresa mención del valor de los bienes y del número de hijos que tiene, dado que el número de hijos es decisivo a efectos de concesión de la licencia, para que no se les dañe en exceso; por el problema de los alimentos, los cuales son de derecho natural, o por razón de la dote de las hijas asimismo. También es de la opinión que en la petición de la facultad para fundar mayorazgo se debe hacer mención del hijo que habría de nacer póstumamente. Y esto, apunta, lo deben observar los que asisten a la Cámara real, los cuales tienen el cuidado de tales cosas, pues de atender en las facultades al número de hijos y al valor del mayorazgo se evitarían muchos litigios y discordias que surgen entre hermanos, en daño de la república.

Pero igualmente en el supuesto de que se trate de una segunda concesión, para que la disposición regia para hacer mayorazgo no sea subrepticia y no dañe a tercero, debe hacer relación el impetrador de la otra que le fue concedida con anterioridad. Dentro de un contexto más general, ya que al sentir de Peláez de Mieres, como opinaban otros muchos juristas, no vale la segunda gracia que no contenga la primera.

En el caso de que se pida facultad al príncipe para enajenar bienes sometidos a fideicomiso, se ha de indicar en la narracción que en virtud del testamento estaban prohibido venderse, pues de lo contrario aparecerá como subrepticia. Como se ha de expresar idéntica circunstancia en las licencias solicitadas para enajenar mayorazgos. Más aún, en las licencias dadas para enajenar bienes de mayorazgo siempre se conceden

---

[536] Como dispensaciones considera estas facultades desde un principio, aunque luego dehatirá sobre su naturaleza (*Ibidem*, Par. 1, Quaest. 2, nº 49).

con la condición de que sea verdad lo expuesto en las preces, *si preces veritate nitantur.*

Por supuesto, lo dicho para los mayorazgos vale para la remisión de las penas, para las legitimaciones, para las concesiones de nobleza y todo tipo de dispensas, ya que para evitar la subrepción y obrepción se debe hacer una relación en forma expresa de lo que se pide al príncipe, indicando la causa y cualquier cualidad del hecho, no bastando la forma genérica, según Peláez. Por cierto que en este punto de la subrepción, particularmente en la exigencia de que se exponga el número de hijos en la petición de licencia de mayorazgo, el autor se manifiesta más riguroso que otros juristas, a quienes contradice su opinión, caso de Gregorio López y Covarrubias[537].

La verdad en las preces, la relación verdadera del suplicante, no tiene otra finalidad que informar adecuadamente al concedente para que proceda con conocimiento de causa y no lesione derechos de terceros. Es en este orden de cosas cuando Peláez de Mieres examina con detenimiento las distintas clásusulas que solían recogerse en las facultades regias, en los rescriptos y dispensas, tales como las de *ex certa scientia, motu proprio*, de plenitudine potestatis, de poderío absoluto y *non obstante lege*. Para él, ninguna de estas cláusulas quita el vicio de subrepción caso de que produzca perjuicio de tercero, a diferencia de lo que habían dicho numerosos doctores. Según Peláez, cuando la gracia es subrepticia, todas las cláusulas son subrepticias, de modo que las cláusulas *motu proprio* y *ex certa scientia* puestas en las facultades regias para hacer mayorazgos no quitan el vicio de subrepción. Cuestión distinta resulta, al entender del autor, si la Cámara expide cosas que a nadie perjudican, pues entonces sí proceden.

De acuerdo con Peláez, aunque los derechos y los doctores antiguos gran fuerza atribuían a estas cláusulas, en el tiempo en que él vivía comunmente se ponían tanto en las facultades regias para hacer mayorazgo como en en todas las otras facultades reales, de cualquier género que fueran. En estas condiciones no tendrían ya el mismo valor las mencionadas cláusulas, hasta el punto de considerar que se escribían más por el estilo de los secretarios del rey que por intención del príncipe, y en consecuencia nada operaban ni urgían.

Sin embargo, pese a estas afirmaciones de que las referidas cláusulas son de estilo de secretarios y escribanos, luego admite su utilización si hay causa para ello, o si hay conocimiento de causa, como también dice, pues entonces, al no existir subrepción, al estar bien informado el príncipe, gozan de eficacia, en particular la cláusula *non obstante*, siempre que se haga mención especial y no general de los vicios de voluntad. Salida lógica de su discurso, que gira en torno a las facultades regias para fundar y enajenar mayorazgos, a las que considera como dispensas, y las dispensas, por definición que no deja de recoger, son provisiones contra el derecho común. Las fundaciones de mayorazgo,

[537] Para el tema de la subrepción, véase: *Ibidem*, Par. 1, Quaest. 2-9, pp. 59-98.

hemos de entender, son de las que superan el tercio y quinto de mejora, que establecen grandes desigualdades entre los hijos, odiosas como todas las dispensas concedidas a instancia de parte, al entender de Peláez, de ahí la cantidad de restricciones y garantías que establece en favor de los derechos —la legítima y la dote— de los otros hijos que no suceden en el mayorazgo[538].

Del hecho de la dispensa, entendida como disposición *contra ius*, o relajación del derecho común efectuada por quien puede llevarla a cabo, según las definiciones que maneja el autor, ya podemos concluir que el príncipe había de estar por fuerza absuelto del derecho positivo si quería otorgar las oportunas licencias, por muchos límites que se establezcan respecto del uso de las cláusulas. Un nuevo paso más en esta dirección, pero más explicito, lo descubrimos dentro del mismo estudio sobre la subrepción en privilegios y dispensas cuando nos dice que aunque el príncipe esté desvinculado de las leyes, *solutus a legibus*, se ha de juzgar sin embargo que actúa de derecho ordinario, no extraordinario, o dicho de otro modo, que el mandato del príncipe debe interpretarse *secundum ius*, o que el príncipe más quiere usar del derecho común que del especial[539]. Si bien el momento en que se define con mayor claridad sobre la potestad del príncipe será cuando se pregunta si éste puede revocar los mayorazgos constituidos por su facultad y dar licencias para enajenar y obligar bienes de mayorazgo. Vamos a verlo de inmediato.

Interesantes son sus reflexiones en torno a la cuestión de si el príncipe puede revocar la licencia que concedió para hacer mayorazgo. De entrada por su actitud, bien táctica, que luego modificará, ya que expresa que de este asunto va a tratar muy brevemente porque es sacrilegio disputar de la potestad del príncipe. Luego por su pronunciamiento de fondo, según el cual no puede el príncipe proceder a la revocación salvo que haya causa para ello, que debe ser de pública utilidad. Pero sobre todo porque se desmarca de la postura tradicional de los juristas castellanos, seguidores del *mos italicus*, personificada en Montalvo y Antonio Gómez. Discrepa de Montalvo, pues éste decía que el mayorazgo otorgado por el rey es mero privilegio por él concedido y sin causa podía revocarlo. Tampoco comparte la opinión de Antonio Gómez, quien a su entender sostenía demasiado generalmente que el príncipe podía revocar la licencia por él dada para hacer mayorazgo, incluso si era derecho adquirido para otro, para un tercero[540]. Pero no le convencía igualmente lo que defendía Palacios Rubios, otro eximio re-

---

[538] El estudio de las citadas cláusulas lo realiza conjuntamente con la subrepción, al tratarse de problemas de formación de voluntad del príncipe. A la nota anterior me remito, aunque de forma especial puede consultarse: Part. 1, Quaest. 5, pp. 87-90 y Quaest. 7, pp. 91-93. En cuanto a la consideración de las licencias regias de mayorazgos como dispensas, en derogación de leyes, y su condición de odiosas, Part. 1, Quaest. 3, núm. 62-76, pp. 80-82.

[539] *Ibidem*, Par. 1, Quaest. 3, núm. 31-32 y 74-75.

[540] *Ibidem*, Part. 1, Quaestio 20, pp. 156-157.

presentante de esta corriente, aunque fuera en un asunto diferente, por cuanto Palacios Rubios afirmaba según Peláez que el príncipe no sólo podía modificar la donación hecha por él, sino también la efectuada por otro tercero[541].

Cuando de verdad se enfrenta con el poder del príncipe será a propósito de las licencias regias para enajenar mayorazgos, después de algún amago, que nos recuerda que el príncipe todo lo puede y que es sacrilegio disputar del príncipe[542]. Esta es la pregunta: supuesto que los bienes del reino y del mayorazgo son inalienables, ¿pueden ser enajenados por autoridad del rey, por su facultad y dispensa? Según costumbre escolástica primero expone los argumentos favorables y con posterioridad los contrarios. Véamoslos[543].

El gesto reverencial hacia la autoridad del príncipe es un buen comienzo para dar cuenta de la primera postura. Nadie mejor que Baldo podía servir entonces para la empresa, ya que el de Ubaldi se mostraba partidario de que era sacrilegio disputar de la potestad del príncipe, y más todavía, como el príncipe era *causa causarum* nadie podía inquirir sobre su potestad, porque no hay causa de la primera causa y por consiguiente a nadie le estaba permitido decir al príncipe por qué obras así. A renglón seguido, Peláez nos va exponiendo una serie de sentencias favorables al poder absoluto del príncipe, tomadas unas del propio Baldo y otras de distintos autores, como Mateo d'Aflictis. De este modo apunta que el príncipe movido por ciencia cierta todo lo puede *supra ius, praeter ius* y *contra ius*, o que en el príncipe la voluntad se tiene por razón, o lo que él quiere que se haga se tiene por hecho, o cosas semejantes, como considerar que es capaz de cambiar la naturaleza de las cosas. Y si era adecuado el gesto reverencial en el inicio, no venía mal acabar reafirmándolo, como para decir que el príncipe tiene nombre divino, o que es temerario establecer límites a la majestad del rey y del emperador.

La exposición de la segunda postura es un lugar propicio para el cambio de actitud a la hora de hablar de la potestad del príncipe, tánto que sostiene en este pasaje que pese a lo dicho antes se ha de limitar su potestad según razón y justicia, y no sólo con relación al príncipe cristiano, que ha de observar la ley evangélica bajo pena de condenación eterna, sino también respecto al príncipe pagano, que ha de gobernar con recta razón. Aprovecha la ocasión para recordar las diatribas que se lanzaban contra los que adulan al príncipe, persuadiéndole de que todo le es lícito hacer y se atreve a afirmar Peláez que una vez circunscrita así la autoridad del príncipe es lícito disputar de la potestad del príncipe, con citas del mismísimo Baldo. Esta conducta era verdaderamente novedosa en el panorama de los juristas castellanos que hasta

---

[541] *Ibidem*, Part. 1, Quaest. 26, nº 133, p. 230.
[542] *Ibidem*, Part. 1, Quaestio 51, nº 318, p. 387.
[543] Para lo que sigue, *Ibidem*, Part. 4, Quaest. 1, núm. 1-166, pp. 126-141.

el presente hemos examinado, yendo mucho más allá que Azevedo, conforme cabe apreciar.

¿Qué raciocinios se utilizaban por parte de Peláez para limitar la potestad absoluta del príncipe? Variados son, y en mezcolanza los emplea. Unos, por los que vamos a empezar, los toma prestados de los aforismos al uso entre los juristas, Baldo incluido. De este modo dirá que a la ley debe el príncipe lo que él mismo escribió, o que el príncipe que no está bajo la ley del fuero lo está bajo la ley de la conciencia, no menos, según nos cuenta, que el príncipe quiere que todos sus actos se regulen por la justicia del fuero externo e interno, o asimismo que el príncipe sólo puede lo que puede hacer lícitamente, lo cual le sirve para volver a insistir en que no está prohibido disputar de la potestad, ciencia y voluntad del príncipe. Mas no acaban aquí los apotegmas, porque todavía nos menciona otros varios, como aquel que dice que aunque el papa en la concesión de beneficios tiene plenísima potestad no por ello puede disponer de forma indiscreta y sin causa, u otro que señala que a pesar de que el príncipe esté absuelto de las leyes no lo está del dictamen de la razón natural y de la ley natural, así como el no menos conocido aserto, conforme al cual, aunque el príncipe sea cabeza del derecho civil sin embargo está bajo los pies del derecho de gentes. También recogerá las afirmaciones de que si el César algo manda contra la conciencia no se ha de cumplir, del mismo modo que los príncipes están obligados a tomar en consideración las leyes que hacen.

En cualquier caso, según confiesa, si él se atreve a disputar de esta cuestión es para que los que vengan después sepan instruirse con mayor facilidad sobre cuándo y en qué cosas es lícito a los príncipes dar facultades para enajenar bienes de mayorazgo, de manera que las últimas voluntades de los difuntos no sean inútiles.

Peláez es restrictivo en el tema, pues en su opinión los príncipes no pueden conceder facultades lícitamente para enajenar mayorazgos salvo por causa de utilidad pública. En ayuda de su tesis aporta un buen puñado de juristas castellanos: Antonio Gómez, Covarrubias, Antonio de Padilla, Francisco de Sarmiento, Fernando de Mendoza, Juan Gutiérrez, así como el portugués y catedrático de Salamanca Arias Pinel. Aunque él, según confiesa, no desea limitarse a los doctores y prefiere exponer las razones de su sentencia, que no es otra, recuerda, que la facultad del príncipe para enajenar bienes de mayorazgo es inicua y contra razón y contra la pura y sincera majestad del príncipe.

Una razón en favor de lo que piensa la encuentra en una regla muy justa y equitativa, a su entender, de conformidad con la cual el príncipe de potestad ordinaria no puede quitar a sus súbditos los dominios adquiridos de sus cosas, a no ser por justísimas causas. Regla que procede sobre todo, nos dice, en los dominios adquiridos por derecho de gentes, como por lo regular son todos: así la adquisición de las cosas por los herederos es de derecho de gentes y la misma sucesión de los herederos es de derecho de gentes, si no es que el testamento sea de derecho divino. En estas condiciones el príncipe no puede derogar el testamento en perjuicio de terceros, por reiterarse en lo dicho.

Es más, ni aun de plenitud de potestad puede el príncipe quitar el derecho adquirido por consentimiento de las partes, salvo con causa y citación de los interesados. Precisamente, por el problema de la causa, Peláez va a insistir mucho en el valor de la citación en la concesión de las licencias para enajenar los bienes de mayorazgo, para que sean más justas y jurídicas, dice. A su entender, conviene que sean citados los llamados al mayorazgo después de la vida de aquél que quiere impetrar la licencia, de modo que los señores del Consejo puedan examinar más rectamente la justicia de la licencia que se solicita, y no basta la citación general, sino que deben ser especialmente citados todos a quienes importa la causa próxima de la sucesión. Para Peláez, en el supuesto de que en la licencia dada para enajenar bienes de mayorazgo se haya hecho derogación de las leyes e incluya las cláusulas *non obstante, de plenitudine potestatis, de motu proprio* y otras semejantes, si no fue citado el sucesor y llamado al mayorazgo, entonces puede éste contradecir tal facultad.

El esfuerzo de Peláez es grande para justificar que las licencias para enajenar mayorazgos no le son lícitas al príncipe, salvo con justa causa, que debe ser pública, y no mixta con privada, siguiendo al obispo Sarmiento. Toda insistencia sobre los límites de la potestad del príncipe, a quien califica de ministro de Dios en la tierra y alma del cuerpo del reino, le parece poca a los efectos de defender el derecho de terceros, sobre todo si el mayorazgo procede de contrato, porque en su criterio más difícilmente puede el príncipe dispensar en este supuesto que en el testamento dado que sería más eficaz el consentimiento de las partes y de mayor firmeza.

No obstante, y conforme al usual proceder escolástico, tras de sus reparos a la potestad del príncipe en la concesión de licencias para enajenar mayorazgos, luego dedica gran espacio a estudiar las excepciones a la regla, es decir, las causas que justifican las licencias regias para enajenar y obligar bienes de mayorazgo, que no eran pocas[544]. Las diferencias entre Peláez y los juristas que hemos encasillado dentro de la posición tradicional estribaban en una mayor capacidad crítica de este autor, que se plasmaba en redobladas exigencias de control de la actuación regia, ya que no en la negación de la potestad absoluta del monarca. Peláez no llega a tanto, según se refleja en las propias facultades del rey contra lo dispuesto en las leyes, contra el derecho común, como era el caso de las licencias para enajenar mayorazgos.

Peláez de Mieres no cuestionaba la capacidad del príncipe para res-

[544] Júzguese si no por las interrogantes que encabezan cada límite a su tesis, hasta seis posibles bloques de excepciones: Limitatio I. An possint alienari boni maioratuum in evidentem eorum utilitatem; Limitatio II. An bona maioratus possunt alienari pro dotibus filiarum; Limitatio III. An bona maioratus ob remunerationem possint alienari; Limitatio IV. An bona maioratus alienari possint ad redimendum a captivitate possessorem; Limitatio V. An bona maioratus ad supervenientes necessitates alienari possint; Limitatio VI. An bona maioratus modici valoris et utilitatis alienari possint. Puede comprobarse, en *Ibidem*, Quart. Part., pp. 153-187.

cribir contra el derecho positivo, por su condición de desvinculado del mismo, como tampoco lo va a hacer Juan de Matienzo, otro de los juristas que antes mencionamos junto a los nombres de Azevedo, Luis de Molina y el mismo Peláez. Juan de Matienzo, sin embargo, va a enfrentarse con el significado de la potestad absoluta del príncipe, limando sus aristas, haciéndola más presentable, para lo que elige una vía media entre muchos de los doctores italianos, caso de Baldo o Decio, y los castellanos Covarrubias y Fortún García de Ercilla, que representaban una corriente minoritaria en la propia Corona de Castilla[545]. Las preocupaciones de Matienzo, como venía siendo la regla de la doctrina castellana desde Montalvo, a cuyos autores cita con gran soltura, giran en torno a lo que por rescripto puede y no puede hacer el príncipe, o debe y no debe[546]. Sus recetas, por lo demás, salvo en la estricta cuestión de la definición de la potestad absoluta, no variarán nada, o casi nada, de las que venimos conociendo, motivadas una vez más por la custodia de los derechos de terceros, de los derechos adquiridos, que en la duda no se juzga que el príncipe desee perjudicar, según afirma, repitiendo asertos bien conocidos[547]. La distinción en la naturaleza de los derechos y la doctrina de la causa, sin excluir tampoco raciocinios de naturaleza ética o moralizante, son los instrumentos utilizados para esa defensa de terceros en su exposición, que por lo que a nosotros se refiere versa sobre dos negocios capitales para la sociedad señorial: mayorazgos y donaciones.

La dignidad del rey es encomiada sin tapujos por Matienzo, lo cual es relevante, teniendo en cuenta que también justifica sin reparos la condición social preeminente de la nobleza[548]. Para Matienzo la suprema potestad corresponde al príncipe y ve una de sus señales en el ejercicio de la jurisdición, la jurisdicción suprema, incluso en los lugares de señorío, por medio de la apelación y de la mengua de justicia. El rey, insiste, es fuente de la jurisdicción, como también lo es de las dignidades y de los magistrados. O como igualmente dirá, el rey de Castilla tiene fundada intención en su reino en cuanto a la jurisdicción.

Por lo mismo, como signo de su suprema potestad, nadie tiene capacidad para obtener por privilegio lo que pertenece al rey, sus regalías, que no pueden ser separadas del dominio real ni están sujetas a prescripción. De un rey, como el de Castilla, que no está sometido al imperio, que es *sui iuris*, en virtud de las guerras de reconquista contra los infieles.

La jurisdicción reside en el rey por derecho propio, *sui iuris*, según acbamos de ver, pero Matienzo no rechaza la tesis de la *translatio im-*

---

[545] Su obra lleva por título: *Commentaria in librum quintum Recollectionis legum Hispaniae*, Madrid, 1613, que no es la primera edición.

[546] Para su comprobación me remito al índice del libro, a sus voces *princeps* y *rex*.

[547] El principio lo recoge en *Ibidem*, tít. 10, l. 17, glossa 2.

[548] Lo hace, por ejemplo, a propósito de la justificación de los mayorazgos (*Ibidem*, Lib. 5, Tit. 7, L. 7, glossa 1-4). Pero también lo hace cuando estudia las donaciones remuneratorias (*Ibidem*, Tit. 10, L. 15, glossa 6.

perii, a partir del pueblo romano, fuera expreso o tácito el consentimiento de la república, del pueblo, que para él tanto da, al equipararse en potencia el consentimiento tácito y el expreso, conforme nos recuerda. Todos los argumentos venían bien, en fiel seguimiento de los doctores que le habían precedido, partidarios de técnicas más acumulativas que de racionalidad lógica[549].

En fin, para Matienzo, como para otros muchos juristas, entre ellos Baldo, o Tiraquello, según confiesa el autor, el rey tenía una doble personalidad, mortal e inmortal. Como persona mortal se consideraba en cuanto particular, mas como persona inmortal se asimilaba a la dignidad, que perdura y sobrevive[550].

No duda en enaltecer el poder del príncipe, lo estamos poniendo de relieve, pero Matienzo, como era la práctica del *ius commune*, tampoco se retrae a la hora de manifestar sus límites, entre otras cosas por la distinción de naturaleza entre derechos. De acuerdo con Matienzo, aun cuando el rey está desvinculado del derecho civil, no lo está con relación al derecho natural, de gentes y divino, y aunque no queda ligado coactivamente al derecho, nadie puede reprenderle, sí debe sujetarse a él de honestidad y de razón. De este modo, señala, el príncipe está obligado al cumplimiento de pactos y contratos y todo cuanto es de derecho adquirido, porque Dios no sometió los contratos al príncipe. Si bien los contratos, para Matienzo, sólo le obligan al príncipe naturalmente, ya que no civilmente, al estar desligado de las leyes de las que procede la obligación civil. Por otro lado, en opinión del autor, si el príncipe se debe sentir atado por todo lo que es de derecho adquirido, sin embargo lo que es de *iure quaerendo* puede derogarlo de plenitud de potestad[551].

La causa es otro elemento central de su discurso, en sentido limitativo de la autoridad del monarca, según se observa cuando se pregunta si el rey con sus licencias puede alterar las cláusulas de los mayorazgos. Al decir de Matienzo, el príncipe lo puede hacer por ley general, mas no por rescripto, salvo que fuera por causa de utilidad pública de la república, contrariando a Covarrubias que sostendría que si el mayorazgo había sido otorgado por privilegio o licencia regia cabía hacerlo el monarca sin causa. El príncipe, lo deja claro Matienzo, no puede perjudicar a nadie sin justa causa. Tanto es esto así, que las cláusulas de poderío real absoluto, *ex certa scientia, de plenitudine potestatis, motu proprio* y *non obstante leges* nada operan en perjuicio de tercero, a no ser por legítima causa. En las cosas que son de derecho positivo, lo repite una vez más, puede actuar sin causa si no son de de derecho adquirido, sino de *iure in quarendo*. Dicho de otro modo, aquellas cosas que son derecho adquirido procedentes de pacto, contrato o testa-

---

[549] Estos criterios relativos a la jurisdicción regia los expone en *Commentaria*, Lib. 5, Tit. 10, L. 1, glossa X-XXI. Para las regalías, además de lo apuntado: Lib. 5, Tit. 10, L. 3, glossa 3 y 10.

[550] *Ibidem*, Lib. 5, Tit. 10, L. 3, glossa 3, nº 6.

[551] *Ibidem*, Tit. 10. L. 3, glossa 2 y 11.

mento, que son de derecho de gentes, no pueden ser alteradas por el príncipe si no se da causa de utilidad pública[552].

Lo señalado para la alteración de las condiciones de los mayorazgos vale para las donaciones regias, para el ejercicio de la gracia distributiva del monarca, en un contexto donde al rey se le atribuyen las cualidades de liberal y clemente[553] y a sus privilegios se les asigna un valor ficticio, no natural, como sucedería cuando el rey hace noble a un plebeyo u originario a un extranjero[554]. De conformidad con lo sustentado por Matienzo, el príncipe no puede sin causa quitar lo concedido, porque no es propio de la imperial majestad quitarlo, sobre todo si consideramos que el privilegio otorgado por méritos y servicios se convierte en contrato. No acaban aquí las limitaciones, porque en consonancia con lo que venía pregonando la doctrina acude a criterios de índole moral, ya que si el rey *de plenitudine potestatis* actuara en cosa injusta o en perjuicio de tercero no se diría *plenitudo potestatis*, sino *plenitudo tempestatis*, sería un tirano y pecaría mortalmente[555].

La novedad más llamativa de su exposición, a nuestros efectos, se produce cuando se interroga por las diferencias existentes entre *potestas ordinaria* y *potestas absoluta*, aun cuando él prefiere una distinción tripartita, entre potestad ordinaria, extraordinaria y absoluta, porque en su opinión la absoluta se proyectaba de dos maneras, como extraordinaria y como propiamente absoluta. Matienzo se manifiesta muy contrario a esta última, hasta el punto de pensar que de lo que debería hablarse es de potestad extraordinaria y no de potestad absoluta.

¿Qué entiende la doctrina de los juristas por potestad ordinaria y extraordinaria? Potestad ordinaria, según expone, se dice cuando el rey actúa conforme a las leyes. En cambio, con potestad absoluta se está aludiendo a la facultad del príncipe para cambiar y derogar todos los derechos civiles, bien que no los derechos divinos, naturales o de gentes. Una distinción, común opinión según Matienzo, que había combatido en términos muy duros Covarrubias, para quien sólo cabía la potestad ordinaria, haciendo sinónimos a la potestad absoluta de injuria y violencia y al rey de tirano, dada la definición de Baldo, de acuerdo con la cual la plena o absoluta potestad del príncipe es plenitud de arbitrio, a ninguna necesidad sometida y por ningunas reglas de derecho público limitada. Aunque con anterioridad a Covarrubias también se había opuesto a la distinción Fortún García.

A Matienzo no le convencen los planteamientos habituales sobre la distinción de potestades, en particular no le parece lícito que exista en el príncipe una potestad que se condujera por su capricho y libre voluntad. En estas condiciones opta por una salida, por una vía intermedia entre la postura más seguida por los doctores y la mantenida por Cova-

---

[552] *Ibidem*, Lib. 5, Tit. 7, L. 7, glossa 5-8.
[553] *Ibidem*, Lib. 5, Tit. 10, L. 1, glossa 1.
[554] *Ibidem*, Tit. 10, L. 1, glossa 5.
[555] *Ibidem*, Tit. 10, L. 6, glossa 1 y 2, así como L. 9, glossa 1.

rrubias y Fortún García, y es la de considerar de una doble manera la potestad absoluta del príncipe, que a él le gustaría llamar mejor extraordinaria, diferenciada así de la ordinaria no absoluta. De conformidad con su pensamiento, por esta potestad extraordinaria puede el príncipe derogar las leyes positivas sin máximo perjuicio de otro, como cuando quita a alguno el derecho que todavía no es adquirido, o si es adquirido dándole un bien a cambio. De esta potestad puede usar el príncipe con causa, dice, pues si se atreviera a utilizarla sin causa no estaría defendido en el fuero de la conciencia, como tampoco lo estaría aquel que se beneficiara de la dispensa, y a esta potestad, insiste, es mejor que se la denomine extraordinaria que absoluta.

En cambio, de forma diferente, la potestad absoluta es aquella que por ningunos límites de la recta razón se conduce, va en contra del derecho de gentes y ocasiona un grave perjuicio de los súbditos, sin que exista causa alguna para ello, por lo cual es más propio de un tirano. Su punto de vista lo refuerza con citas de Covarrubias y del portugués Arias Pinel.

De lo cual se deduce, concluye, que cuando se emplea en un recripto la cláusula de plenitud de potestad, o de potestad absoluta, se ha de entender que es de potestad extraordinaria, concedida por el derecho por alguna causa, y no de aquella que por ninguna razón es limitada[556].

Con estos distingos Matienzo se enfrenta con el problema del poder absoluto del príncipe, cosa que no habían hecho muchos de sus predecesores, y lo hace ofreciendo un camino intermedio entre la postura de los doctores, Baldo a la cabeza, y Covarrubias, según hemos avanzado. La posición de Baldo es la seguida por Palacios Rubios y otros muchos autores castellanos, que defienden sin mayores escrúpulos la potestad absoluta del príncipe, por su facultad de privilegiar, de actuar contra el derecho común. De otro lado está la actitud de Covarrubias, que rechaza la distinción de potestades, pronunciándose abiertamente en contra de la potestad absoluta del monarca, por mucho que luego incurra en graves contradicciones, según hemos insinudo en otros instantes de este trabajo, como es la de admitir la diferencia entre *vis coactiva y vis directiva* de la ley, en armonía con los dictados de la escolástica tomista, de tal modo que el rey estaba sometido a la fuerza directiva de la ley pero no a la coactiva.

En cualquier caso, Matienzo no niega que el príncipe esté absuelto del derecho civil o positivo, antes de modo muy distinto, lo sostiene en diversas ocasiones, según hemos tenido ocasión de comprobar, frente a las vinculaciones originadas por los derechos divino, natural y de gentes. No son éstos los únicos ejemplos, habida cuenta de que en su libro encontramos nuevas alegaciones, bien sean de carácter general[557], o de

[556] *Ibidem*, Tit. 10, L. 3, glossa 12.

[557] Lo que al príncipe place tiene fuerza de ley, según se expone en *Ibidem*, Tit. 10, L. 20, glossa 2, fo. 324 r.

condición más particular, entiéndase por tal los rescriptos *contra ius*[558] o las confirmaciones regias de actos inválidos que obtienen fuerza por la nueva concesión del príncipe[559].

Después de Matienzo aún cabe señalar algún que otro jurista dentro de esta tendencia que hemos calificado de menos convencional, entre los cuales quizá quepa incluir a Juan Guillén de Cervantes, uno de los comentaristas de las leyes de Toro, bien que no de los más significados. Su obra se fecha a fines de siglo[560].

No se enfrenta este autor de forma explícita con el poder absoluto del príncipe, pero podemos decir que de alguna manera lo limita, en concreto por el valor que atribuye al requisito de la publicación para la validez de las leyes, considerándolo de su esencia, de tal modo que niega que pueda aceptarse sin más el aforismo *sed quod principi placet legis habet vigorem.* Para Guillén la voluntad del príncipe no tiene fuerza de ley, o la voluntad del rey no se obseva como ley, si esta última no goza de las cualidades que deben adornar a las leyes, entre ellas la de la publicación. Según el autor, antes de la publicación no obligan las leyes ni en el fuero interno ni en el externo[561]. Lo que no es obstáculo para que luego nos diga que el rey es ley animada en su reino[562], uno de los postulados del absolutismo jurídico, o que el rey tiene dos ángeles custodios, uno por razón de la persona y otro por su dignidad[563], otro de los adagios utilizados para magnificar el poder del príncipe.

Que no iba en contra del absolutismo, sino que se detenía en la comprensión de sus límites, se comprueba también por la enconada defensa que hace del privilegio, presupuesto inexcusable para que quepa hablarse de potestad absoluta del monarca. Según Guillén, los privilegios no se derogan por una ley que disponga lo contrario, porque es conforme a razón que todo lo que fue instituido por especial razón no se entiende que pueda ser quitado por general mandato. La promulgación de una ley general no deroga los especiales privilegios otorgados con anterioridad, salvo que estén incluidos en el cuerpo de la ley, precisa. Como también juzga que el rey no debe abolir los privilegios, antes por el contrario, el privilegio concedido por el príncipe debe ser considerado perpetuo. Los privilegios deben entenderse en sentido favorable y amplio. A este respecto el autor aporta el dicho de Baldo: *Princeps debet esse immobilis, sicut lapis angularis, et polus in coelo; sive interest, ut quod semel de labiis suis precessis irritum non foret*[564]. El

---

[558] El rescripto gracioso concedido por el príncipe *secundum vel contra ius* se presume otogado a suplicación de la parte, de modo que si la relación contiene falsedades es nulo el rescripto (*Ibidem*, Tit. 10, L. 17, glossa 9).

[559] *Ibidem*, Tit. 10, L. 3, glossa 17.

[560] Su obra es la siguiente: *Prima Pars Commentariorum in leges Tauri*, Madrid, 1594.

[561] *Ibidem*, Praefationes Series, núm. 5-13.

[562] *Ibidem*, Praefationes Series, nº 29.

[563] *Ibidem*, Praefationes Series, nº 32.

[564] Para la primacia de lo particular respecto de lo general, del privilegio frente a la ley general, *Ibidem*, Legis Primae Series, núm. 19-26.

principe, pues, es la piedra angular del edificio del privilegio, de quien depende su firmeza. La función social del poder absoluto del rey no se podía exponer mejor.

Por fin, como otra vertiente de la misma actitud, de amparo del privilegio, Guillén de Cervantes pone en guardia contra los perjucios que se irrogan por el príncipe en los derechos de terceros. El príncipe, señala, no puede perjudicar a alguno en su derecho adquirido, de modo que si el príncipe legitima a alguien ningún perjuicio debe redundar para nadie, como que el derecho adquirido por el nacimiento no puede ser quitado por el rey, pero otro tanto sucede con las donaciones, salvo por necesidad y con una compensación de por medio[565].

Guillén de Cervantes no está muy alejado de la postura tradicional, tanto que con tranquilidad podía ser considerado junto a aquellos juristas que vimos en epígrafes anteriores, como algo semejante ocurre con muchos de los autores examinados en este apartado. Si estas apreciaciones valen para Guillén, probablemente con más justicia todavía quepa aplicarlas a Alfonso Pérez de Lara, que escribe ya a comienzos del siglo XVII[566]. La razón de que lo incluyamos en este lugar se debe al eclecticismo doctrinal que deja entrever en su libro, capaz de aunar en un texto las opiniones de Baldo y Mateo d'Aflictis con las de Covarrubias y Arias Pinel.

Para Pérez de Lara el rey, como el papa, cuyos poderes equipara, está absuelto del derecho positivo o civil, pero al tiempo está sujeto a límites. Un límite infranqueable viene dado por la distinción entre derechos, como observamos por su afirmación general de que por ley positiva no puede ser contravenido el derecho natural[567]. Esta afirmación la pone a prueba en otro pasaje, cuando al tratar de las preferencias de los nobles para la colación de beneficios se pregunta si el príncipe puede hace que una persona no noble pueda llegar a gozar de las prerrogativas de la nobleza de sangre. Para el autor sí, porque aunque el príncipe no puede quitar los derechos de sangre puede hacer que un no noble disfrute de los privilegios de los nobles por leyes y estatutos civiles. El apoyo doctrinal lo toma de los doctores, de uno de sus múltiples brocárdicos: pues aunque el príncipe se encuentra bajo los pies del derecho natural, al que no puede derogar, es sin embargo cabeza del derecho civil[568].

Los límites al poder del rey, y del papa, también asoman en otro capítulo, donde se plantea la cuestión de si pueden destinarse a otro uso unos bienes dejados en concepto de capellanías u otro fin piadoso, y en caso positivo, cuándo y por quién puede efectuarse. A este respecto, primero recoge las doctrinas más favorables al poder absoluto del príncipe, sintetizadas bajo estos sumarios: al príncipe no se le puede

---

[565] *Ibidem*, ley 5, núm. 52 y 54 y ley 12, nº 70.

[566] *De anniversariis et capellaniis. Libri duo*, Madrid, 1608.

[567] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 25, nº 5, p. 255.

[568] *Ibidem*, Lib. 2, cap. 4, nº 102, p. 326.

decir por qué obra así, el príncipe puede actuar *contra ius*, o asimismo: el pontífice romano en las cosas de la iglesia tiene amplísima, absoluta y libre potestad. Al decir de Pérez de Lara, eran varios los autores defensores de estas tesis, como Baldo, que sostenía que el príncipe era la causa de las causas, *causa causarum*, y no podía preguntársele por qué obrababa así, como no dejaba de señalar el mismo doctor que el príncipe todo lo podía *contra ius*, o que la voluntad de éste se entendía como ley, *eius voluntas sufficit pro lege*, o que lo que quiere se tiene por hecho, o que podía cambiar la naturaleza de las cosas, en cuanto a su efecto. Pero no sólo era Baldo, porque cosas semejantes mantenían Mateo d'Aflictis y Luca de Penna. Tampoco deja de recordarnos Pérez de Lara la famosa ley de sacrilegio, cómo a semejanza de sacrilegio es disputar de los hechos del príncipe. No obstante, casi de inmediato, unas líneas después, señala que Covarrubias entiende esto de otra manera, porque ve al papa y al príncipe más bien como administradores[569].

El juego de contraposiciones doctrinales, que nos permiten apreciar los límites que señalaba Pérez de Lara al poder absoluto de los príncipes, en una línea más bien clásica, pese a su aparente eclecticismo, lo continúa en el mismo tema, en concreto en el momento que introduce la cuestión de la causa. Se trata de saber si el príncipe, o el papa, pueden efectuar la commutación de usos piadosos sin causa. Según Bártolo, el príncipe lo podía hacer sin causa, mientras la autoridad ordinaria necesitaba de causa legítima. En cambio, otros autores, entre los que se encontraba Arias Pinel, eran de la opinión que ni el príncipe ni el sumo pontífice podían derogar la voluntad del testador sin causa, por lo que se aconsejaba que si se trataba de cosas piadosas, *de piis relictis*, debía acudirse en dispensa al papa, mientras que en caso de mayorazgos la petición se presentaría ante el príncipe. Aun cuando todavía existía una tercera opinión, y era la de quienes decían que se requería causa en la derogación de la última voluntad, mas si era derogada por el príncipe no debía impugnarse por defecto de causa, como enseñaban, entre otros autores, Inocencio y Juan Andrés, y la razón era porque en el príncipe siempre se presume justa causa, conforme decía Cino[570].

Otra oportunidad donde se manifiesta su actitud, de aceptación del poder absoluto, pero destacando sus límites, desde posturas doctrinales distintas, tiene lugar en un nuevo episodio del citado capítulo, donde reflexiona expresamente sobre el significado de la potestad absoluta del pontífice y la consiguiente cláusula de plenitud de potestad. Así, señala que no se presume que el pontífice quiera usar de su potestad absoluta, a no ser que ponga la cláusula *de plenitudine potestatis*, o *non obstantibus*, porque entonces sí puede alterar un legado piadoso. Puede si quiere, pero el papa está sometido a la fuerza directiva de la ley, aparte de que cuanto mayor es la dignidad y más eminente la cualidad de la persona menor licencia presta a las cosas inicuas, según contrasta de inme-

[569] *Ibidem*, Lib. I, cap. 14, núm. 11-14.
[570] *Ibidem*, Lib. I, cap. 14, núm. 15-17.

diato, en un tono de alegaciones moralizantes. O como apunta, en una nueva contraposición, tomada la favorable al pontífice de una clementina, según el siguiente texto: dejando a salvo la potestad del pontífice romano en todos los beneficios, porque a ella pertenece la plena y libre disposición de todas las dignidades de las personas eclesiásticas y demás beneficios eclesiásticos, en virtud de su plenitud de potestad. La argumentación limitativa la recoje en cambio de Arias Pinel, quien opinaría que las palabras no pueden inducir a que algo injusto se justifique, por su contra la razón y el dictamen del derecho natural y divino. Pérez de Lara, por lo que cabe observar, aparentaba mantenerse en una posición intermedia.

En último lugar, antes de pasar al estudio de la postura decididamente crítica con el poder absoluto del príncipe, e incluso contraria al mismo, vamos a mencionar la doctrina de Cristobal de Paz, un jurista contemporáneo de Pérez de Lara, que así nos sirve además para mostrar cómo se prolonga en el siglo XVII la actitud de los autores del XVI. En sus comentarios a las Leyes del Estilo, Cristobal de Paz se mueve en la línea habitual de los intérpretes de la *digna vox*, de destacar las obligaciones y límites del monarca, que no en la de resaltar el poder absoluto[571].

Para Cristobal de Paz los reyes pueden crear leyes, lo que a juicio de todos es indubitable, dice[572], pero donde el autor hace hincapié es en la jurisdicción, que reside en exclusiva en el monarca, cosa que es particularmente cierta en los reinos hispanos, desde Partidas, según corroboraría Gregorio López[573]. Si bien, a decir verdad, más que la jurisdicción lo que importa al autor es la justicia, tanto que administrar justicia es la función del príncipe y el rey que ejerce la justicia ejerce su trabajo[574].

Es precisamente por el valor de la justicia, que es también el fin de la ley, de acuerdo con Cristobal de Paz, por lo que la observancia de la ley se convierte en tarea del príncipe. El rey debe observar la ley, en lo cual versa su honra, insiste el autor, siguiendo los dictados de la *digna vox*. Sin embargo, no siente empacho en decirlo, hay diversidad entre los reyes y los súbditos en cuanto a la observancia de las leyes, porque los súbditos están obligados por necesidad, mientras el príncipe lo es por sola voluntad, con citas de Baldo y Alberico para la oportunidad, por mucho que todavía remache su raciocinio diciendo que por derecho divino y natural el rey está sometido a las leyes de los súbditos[575].

Además de los límites que acabamos de manifestar, situados en el terreno del deber ser, del *debet*, ya que no de la obligación de derecho

---

[571] *Scholia ad Leges Regias Styli*, Madrid, 1608.

[572] *Ibidem*, Rubrica Prima Pars, nº 73, p. 18.

[573] *Ibidem*, ley 37, nº 4, p. 191.

[574] *Ibidem*, ley 3, núm. 61-62, pp. 163-164 y ley 38, núm. 9 y 12.

[575] *Ibidem*, ley 30, núm. 62-63, p. 164.

civil, Cristobal de Paz apela también a otras limitaciones, derivadas de la doctrina de la causa, y aun hay un recuerdo para la razón, criterios que no están nada alejados de la ética o de la moral. Esto lo podemos verificar a traves de una afirmación suya, cuando nos dice que la potestad regia está limitada para que con razón y causa disponga todas las cosas[576]. También se comprueba el límite de la causa en otra ocasión, al hablar de los perdones, ya que opina que si el perdón solamente afecta al interés del fisco, entonces puede el rey remitir la pena sin causa, pensando, como no podía ser por menos, en la protección de los derechos de terceros, de modo que en perjuicio de parte no debía el rey perdonar, mientras que si no se producía daño ajeno, la indulgencia era incluso laudable. De ahí la exigencia de que precediera el perdón de la parte al ejercicio de la indulgencia por el príncipe, como no deja de apuntar[577].

4.2.4. *Los críticos*

Al lado de los juristas que acabamos de examinar, existen otros más críticos con el poder absoluto del príncipe, aun cuando tampoco observamos uniformidad entre ellos, como vamos a tener pronta ocasión de comprobar. El primero, en cronología y significación, es Fortún García de Ercilla, o de Arteaga, estudiante de Bolonia, que publicó sus libros fuera de España, pero que se titula en ellos jurisconsulto hispano, y como otros varios fue miembro del Consejo de Castilla, en la senda iniciada por Montalvo y Palacios Rubios. No obstante, a diferencia de estos dos últimos, va a mostrar fuertes discrepancias con los glosadores y doctores sobre la doctrina del poder del príncipe. Asimismo hemos de destacar su alejamiento de las fuentes castellanas, para nada cita por ejemplo las Leyes de Toro en materia de legitimaciones, y eso que escribe no mucho después de su promulgación, como tampoco en el mismo asunto menciona a los juristas antes recordados. Eso sí, sus opiniones serán muy tenidas en cuenta por la doctrina castellana posterior que se cuestiona el poder absoluto del príncipe, o al menos muestra sus reticencias, como es el caso de alguno de los juristas vistos en el epígrafe precedente. Por lo demás, se ha de anticipar ya que los postulados de García de Ercilla se mueven dentro de los esquemas conocidos de la doctrina de la causa y de la distinción entre derechos, siempre en defensa de los derechos de terceros, de los derechos adquiridos. Si bien, todo hay que decirlo, se produce con este autor una novedad muy digna de ser resaltada, como es la apelación constante y decidida a la razón, a la razón natural, por atenuada que resulte entre sus muchas referencias a la divinidad.

Es en el tema de la legitimación, de la legitimación por rescripto,

---

[576] *Ibidem*, ley 38, nº 5, p. 194.

[577] *Ibidem*, ley 38, núm. 7-9.

donde se encuentra uno de los momentos escogidos por Fortún García para pronunciarse sobre la potestad absoluta del príncipe, y de hecho será el episodio más citado por los juristas castellanos posteriores[578]. Se aborda la cuestión, por ejemplo, al tratar de las relaciones de la legitimación con la *restitutio in integrum* y la dispensa. Según el autor, la legitimación se puede considerar bajo un doble aspecto, como dispensa y como *restitutio in natalibus*. Si atendemos al hecho de que el hijo natural no era legítimo para las leyes civiles, y el legislador o el príncipe lo hacen legítimo, puede decirse entonces que es dispensa, por cuanto hay una sustracción de las reglas del derecho civil. En cambio, si contemplamos la cuestión bajo el punto de vista de la *restitutio in natalibus*, no cabe hablar de dispensa ni de sustracción de la ley, sino más bien lo que se produce es una restitución a un derecho antiguo. En este último supuesto se trataría de una simple legitimación y no sería odiosa, mientras la legitimación considerada como dispensa sí lo es, como toda dispensa, conforme ya lo habría dicho El Abad, y sólo puede efectuarse con justa causa[579].

Pero, ¿qué puede hacer el príncipe con las legitimaciones? De acuerdo con la atribución que le hace el autor a Bártolo, cuya opinión no acepta, el príncipe puede legitimar a un hijo después de la muerte del padre en perjuicio de aquellos que tienen derecho adquirido, principalmente de plenitud de potestad, o de ciencia cierta o con la cláusula no obstante. A García de Ercilla, en cambio, no le convence la idea, sino que la rechaza abiertamente, en principio porque la sucesión de los hijos es de derecho natural, sea por testamento o *ab intestato*, y las cosas que competen a la ley natural no están bajo el imperio del príncipe. En segundo lugar acude a la doctrina de la causa para justificar su rechazo, ya que si el príncipe en perjuicio del derecho de otro quiere hacer a uno legítimo de plenitud de potestad, esto no lo puede llevar a cabo sin justa causa. En tercer lugar, no lo acepta por las relaciones entre el imperio del príncipe y la divinidad, ya que si el príncipe actuara así podía entenderse que justamente quiso hacer injuria, pero eso no la haría justamente, teniendo en cuenta que para esto Dios no le dio el imperio, porque es por Dios por quien gobierna, para lo que no le importa apoyarse en Baldo, quien sostendría que Dios no dio jurisdicción al principe para pecar ni para quitar lo ajeno indebidamente, por lo cual no podría arrebatar el derecho a uno y dárselo a otro[580].

El autor profundiza más en la naturaleza de las dispensas, y por tanto de las legitimaciones, centrándose en la doctrina de la causa y en la distinción de naturaleza entre los distintos derechos, como ya estamos observando por otro lado, aunque poco a poco va introduciéndonos en un elemento nuevo, en el valor de la razón. De esta manera señala

---

[578] En su libro *Legum Gallus De liberis et posthu. ff.*, Trino, 1521, parágrafo «Et quid si tantum», núm. 350-418, fos. 62v- 86v.

[579] *Legum Gallus*, parág. «Et quid si tantum», núm. 382 y 388-39o. fos 65r-v.

[580] *Ibidem*, núm. 392-395, fos. 66r-v.

que el príncipe no puede dispensar sin causa en aquellas cosas que son de derecho positivo. Pecan, dice, quienes juzgan que el príncipe puede dispensar sin causa y *ad libitum* en aquellas cosas que son de derecho civil, porque el príncipe, como animal racional, no puede hacer que las leyes no se sometan a la razón. El príncipe, sentencia, está obligado por el dictamen de la razón, aunque no está obligado por el imperio de la ley. Un equivalente a la distinción entre *vis directiva* y *vis coactiva* de la ley, como también podemos comprobar por su referencia a la divinidad, cosa que hace al citar a santo Tomás, para quien el príncipe está sometido a la ley que hace, por cuanto es juicio de Dios. Para Fortún Garcia, desde luego, no es cierto que por sola voluntad, sin justa causa, puede el príncipe dispensar, para lo que no le importa contradecir a la glosa. En algunas ocasiones, recuerda, el príncipe *non dispensat sed dissipat*. De aquí su afirmación de que la sentencia del príncipe sin citación es nula, de modo que se debe considerar nula la legitimación si no ha precedido citación de parte y conocimiento de causa. Como en un orden de cosas semejantes, referido a los derechos de los herederos, afirma que el emperador, el príncipe o el papa no pueden quitar las cosas propias al súbdito, ya que no están bajo su libre voluntad las cosas de los particulares, no tienen imperio para ello, salvo que se dé justísima causa de la república[581].

Cierto que luego hace algunas distinciones, fundamentadas en la diversa naturaleza de los derechos, de tal manera que, a su entender, en las cosas que son de derecho positivo, como tiene el príncipe facultad para disponer como quisiera, se presume causa en el príncipe, se presume que razonablemente ha dispuesto, y así se presume por lo mismo que existe razón en las dispensas de derecho positivo. En cambio, contra aquellas cosas que son de derecho natural o divino, no se está obligado a obedecer las disposiciones, a no ser que conste de forma expresa la causa, dado que contra el derecho divino y natural no puede rescribir el príncipe salvo con gran causa. Y no importa, continúa, que nadie pueda juzgar al papa de lo que hace, como todos sean inferiores a él, pues es justa la dispensa en aquellas cosas que puede dispensar y dispensa con justa causa, y si hay injusticia, cosa que sucede cuando el superior no puede dispensar, entonces no se ha de obedecer. El príncipe, concluye, hasta con el alma y la sangre debe observar los derechos superiores para que sirva de ejemplo a los súbditos en la observación del suyo[582].

Mas lo que piensa sobre el poder absoluto del príncipe, de los límites de la potestad de éste, lo expone con mayor claridad algo después. En primer lugar cuando se interroga por el significado de la plenitud de potestad, *quid sit plenitudo potestatis*[583]. De acuerdo con las técnicas al uso entre los juristas del derecho común, primero da a cono-

---

[581] *Ibidem*, núm. 399-408.
[582] *Ibidem*, núm. 408-411.
[583] *Ibidem*, núm. 413-415.

cer las tesis favorables a tal poder y luego refiere la suya propia, muy limitativa, por la sujección de la potestad del príncipe a las leyes divinas, naturales y de la razón. Así menciona a Baldo, para quien la plenitud de potestad sería plenitud de arbitrio, a ninguna necesidad y a ningunas reglas de derecho público sujeta, ni por ningunas reglas de derecho público limitada, de modo que como el principe tenga plenitud de potestad, de solo el príncipe sería prerrogativa quitar los derechos de uno y dárselos a otro. Y lo mismo que de plenitud de potestad sería de cierta ciencia, como también lo dice Bártolo, para quien cuando el príncipe algo establece de ciencia cierta no se le puede replicar, no cabe preguntarle el porqué de su actuación, *cur agis aut cur ita agis*, y aun el propio Bártolo afirmaría que la voluntad del príncipe cabe considerarla como gran causa en punto a la dispensa, *magna causa dispensationis est principis voluntas*. Pero tampoco se olvida de Paolo di Castro, para quien el príncipe puede legitimar en perjucio de aquellos que tienen derecho adquirido, incluso sin causa, aunque en este último supuesto pecaría. No es sólo esto, porque otros, caso de Alejandro, estiman que una vez aceptada la herencia puede el príncipe de su sola voluntad quitar el derecho adquirido. Como también muchos doctores afirman que de plenitud de potestad y sin audiencia de parte puede proceder con causa el príncipe, suponiendo que ésta se presume en el príncipe. No eran pocos, en fin, los que sostenían que no era precisa la citación de parte para que el príncipe pudiera quitar tal derecho, el de la herencia de los legítimos.

Para Fortún García, en cambio, ya sea la herencia deferida *ab intestato*, ya sea admitida por testamento, ya haya pasado a adquirirse, no puede ser quitada con justicia por voluntad del príncipe, ni de derecho valdrá tal legitimación, a excepción de que se produzca por causa de pública utilidad, de suerte que considera injustos los *consilia* de los doctores al respecto.

En particular, enfrentándose con Baldo, y a su dicho de que el príncipe tiene plenitud de potestad, a ninguna necesidad y a ningunas reglas de derecho sometida, ni por ningunas reglas de derecho público limitada, va a preguntarse quién dio al príncipe semejante facultad, y como respuesta acude a una *extravagante* de Bonifacio VIII, según la cual el príncipe recibiría su potestad del mismo Dios a través del sumo pontífice. Por otra parte, continuando con las interrogaciones a Baldo, se plantea si el príncipe o el papa están desvinculado del derecho por potestad derivada de Dios y de la naturaleza, si son *solutus legibus dei et naturae ex potestate sibi data*. Apunta al respecto que el mismo Baldo confirma que el emperador es hombre, y por tanto está sujeto a la razón, de lo cual se desprende que esta libre y plena potestad del príncipe está limitada por la razón. Dicho de otro modo, según García de Ercilla, que Dios su ley natural a toda criatura infundió, de tal manera que ningún humano, ya sea pontífice, ya emperador, puede trangredirla, y ni la potestad del emperador puede siquiera exceder en algo las leyes de la razón y de la naturaleza. Lo que hace el emperador contra razón no lo hace por voluntad de Dios ni por la potestad que le ha sido

transmitida, continúa. El emperador, insiste, no debe querer nada que no se presente con suma razón. Fortún García, como se apreciará, nunca se aparta de la ortodoxia, la razón siempre va en él de la mano de la divinidad, de la voluntad de Dios, aunque eso también, en todo instante para limitar la potestad del príncipe.

De nuevo vuelve a la carga, unas líneas más adelante, con su afirmación de que es distinto el modo como el príncipe y Dios están desligados de sus respectivas leyes[584]. A estos efectos sostiene que hablar de plenitud de potestad es referirse a aquellas cosas que son humanas y positivas, como si señalamos que el sumo pontífice o el emperador tiemen potestad libre, no sometida al derecho positivo. Ello supone que sobre las leyes puestas por sí o por otros puede ejercer tal potestad, cosa que se puede extender a Dios, sostiene el autor, de modo que si dijéramos que hay absoluta potestad en Dios estamos entendiendo que ésta no se sujeta a las reglas por él ordenadas. Sin embargo, precisa, hay una diferencia entre Dios y su vicario, y es que Dios que todo lo puede a nada se somete, como sea causa y principio de todas las cosas, mientras que el pontífice o el emperador están sujetos a las leyes de Dios, esto es, a la recta razón, puesto que esas leyes son superiores a los mismos y de ellas toman su potestad. El pontífice y el emperador de ningún modo pueden obrar a no ser conforme a tales leyes, que es igual que decir según razón. En suma, que el príncipe los derechos de otro no los puede dar en virtud de potestad absoluta, salvo que sea con causa de pública utilidad. El pontífice o el emperador, quiere dejarlo bien sentado, está sometido al precepto de justicia superior de acuerdo con el cual se debe atribuir su derecho a cada uno y no dañar a otro.

Fortún García no niega que el príncipe tenga plenitud de potestad, ni tampoco que esté desligado del derecho positivo, pero restringe sus virtualidades sobremanera, por el sometimiento a las leyes de la divinidad y a la razón natural, no menos que por la exigencia de justa causa, con el fin de defender los derechos de terceros, en este caso los herederos legítimos, como venimos poniendo de relieve. Lo volvemos a observar en otro pasaje, en que se pregunta cuándo el príncipe usa de la plenitud de potestad, o dicho de otro modo, cuándo hay causa de plenitud de potestad[585]. A estos interrogantes responde que usa el príncipe de la plenitud de potestad cuando por causa dispensa *supra leges*. El príncipe, añade, tiene esta facultad para que con razón pueda dispensar de las leyes ordinarias, y lo mismo acontece poder dispensar en las cosas que son de derecho natural si existe urgente necesidad de la república. Mas no niega, como antes anticipamos, que el príncipe pueda servirse de la suprema o plenitud de potestad, siempre que sea con causa, ya que llega a afirmar que estas cosas que son de semejante facultad le están reservadas al príncipe. No la niega, entre otras cosas, porque las mismas

---

[584] «Princeps non est solutus suis legibus sicut deus suis», que desarrolla en el núm. 416, fo. 86r.

[585] *Ibidem*, nº 417.

leyes hablan de ella, según reconoce, pero siempre con dificultad, como que no se ha de usar de la relajación o dispensa sin gran causa. En este punto vuelve a enfrentarse con la doctrina, especialmente con la glosa, que decía que la voluntad del emperador era ya en sí magna causa.

No sólo discrepa de la glosa, también disiente de los doctores en la pregunta que se hace sobre si el príncipe puede legitimar sin causa[586]. De irreflexiva, e injusta, califica la actitud de quienes defienden que el príncipe puede legitimar sin causa, aunque por esto el mismo príncipe pecara. Este sería el supuesto de Paolo di Castro y Alejandro que afirmaban que el príncipe, de plenitud de potestad, podía legitimar y quitar a otro el derecho adquirido sin causa, pese a que por ello cometiera pecado. Para Fortún García, nada de derecho puede hacer el príncipe si peca, aparte de que es una gran contradicción el que simultaneamente pudiera de derecho y pecara. Si las leyes le atribuyen plenísima facultad, no se la atribuyen para pecar, sigue argumentando, y si lo hiciera, tales leyes no valdrían, porque las leyes toman su fuerza y sustancia de la justicia y la ley eterna y natural.

Fortún García remata su raciocinio negando un nuevo argumento de los doctores, según el cual contra la voluntad de la parte, y por tanto sin citarla, puede el príncipe legitimar[587]. Para el autor vasco, si existe parte a la que interese la legitimación, por tener derecho adquirido, debe ser citada. De lo que se deduce que se exige causa para legitimar en perjucicio de tercero. Si no se requiriese causa, señala en un juego de palabras García de Ercilla, entonces no se podía conocer de la causa. Por ello tampoco le gusta la afirmación de Baldo, quien habría dicho que aunque el emperador puede de plenitud de potestad legitimar en perjuicio de los hijos legítimos, sin embargo, si lo hiciera sería un bruto —*unus pecus*— y no tendría intención de pública honestidad. Para Fortún García, y con esto empalma con toda su exposición anterior, nada puede el emperador a no ser que impere rectamente.

La doctrina que sobre el poder absoluto del príncipe se acaba de exponer, principalmente el recurso a la razón natural, ya la había anticipado en otra ocasión, al tratar de los pactos y contratos, y más en concreto cuando se pregunta si el príncipe está obligado al cumplimiento de los pactos[588]. Vamos a comprobarlo.

Al decir de Fortún García, el príncipe está obligado a observar los pactos, puesto que en los pactos hay una obligación natural derivada de la misma razón natural, y si el príncipe es una animal natural y político, a la naturaleza y razón está sometido. Esta es la verdadera razón a su entender para que los pactos obliguen y no la opinión de Baldo y otros que se apoyan en la *digna vox*, pues en ese caso el príncipe estaría obligado por convención porque los pactos son de derecho de gen-

---

[586] *Ibidem*, nº 418.

[587] *Ibidem*, nº 419.

[588] *Commentaria tit. ff. de Pactis cum Rep. C. primi eodem Titulo*, Bolonia, 1514, L. 1, ff. De pactis, fos. 2 y 3. A estas págimas me remito sin necesidad de una más particular cita en la exposición de su contenido.

tes, cuando las gentes no pueden obligar al príncipe, dice, teniendo en cuenta que para obligar es necesario que el que manda sea superior y no igual o inferior. Más todavía, jugando con la distinción entre *vis coactiva* y *vis directiva*, pero también con las diferencias entre derecho de gentes y natural, que él entiende de la razón, afirma que como el derecho de gentes se establece por la razón natural el príncipe se obliga por la fuerza de la razón y no por la fuerza de la constitución, porque las gentes no son superiores.

Fortún García le da muchas vueltas a las mismas ideas, como ocurre cuando interpreta las palabras de los «modernos», que decían que si el príncipe no está ligado por la ley de la ley, se liga por la ley de la convención. En su opinión, en uno y otro caso, lo que él acaba de decir y lo que apuntan los modernos, son términos semejantes, pues para observar las convenciones existe una obligación natural de gentes y civil, de modo que el príncipe ni por obligación de gentes ni civil se obliga, sino sólo por obligación natural, según consta de la razón y equidad natural a la que está sometido. De donde por estipulación no se obliga el príncipe por lo estipulado, continúa, ni la acción por lo estipulado en él se da, sino que sólo está obligado en nombre de la convención, que se considera la misma razón natural, la cual por cierto está en las leyes, bien que en la misma obligación civil no esté obligado, porque las leyes están bajo él. Siempre, como se ve, para dejar bien establecido que el príncipe está obligado por la razón natural.

Pero, ¿obligan las leyes al príncipe? La repuesta ya la ha dado, e insiste en sus mismos términos. Como toda ley, en tanto tiene razón de ley en cuanto tiene de razón natural y eterna[589], por lo mismo toda ley tiene razón, ya sea arbitraria o no, o se cree que tiene razón, y si la tiene obliga al príncipe. Dicho de otra manera, y con ello concluye: el príncipe se obliga a observar por razón natural las leyes que haga mientras en él existan las mismas razones que en los súbditos.

En resumen, que en Fortún García los límites, los frenos a la plenitud de potestad del príncipe, derivados de la ley divina, la razón natural y la causa, priman sin duda sobre cualquier otra consideración. En su opinión era la mejor forma de dejar a salvo los pactos y convenciones de los particulares, o lo que es lo mismo, la propiedad señorial. Que esto era así se observa en los mismos pasajes comentados de su libro *De pactis*, cuando sostiene que el feudatario no puede ser privado del feudo por el príncipe, porque el feudo es contrato, y por contrato se obliga el príncipe.

Fortún García no tuvo un continuador inmediato, debieron pasar unos cuantos años hasta que otro jurista siguiera sus pasos, y ese fue Diego de Covarrubias de Leyva, obispo de Segovia y presidente del Consejo de Castilla. Si bien Covarrubias, que menciona en diversas

[589] De la ley civil, derivada de la ley natural o eterna, que tiene razón de ley justamente en cuanto participa de la ley eterna, habla con más detenimiento en sus *Commentaria super titulo de iustitia et iure*, que se publicó en Lyón en 1523 junto a otra obra, también de interés, *De ultimo fine iuris canonici et civilis*.

ocasiones a García de Ercilla, da la impresión de avanzar algo más en la crítica del poder absoluto del príncipe, tanto que llega a rechazar la propia terminología de potestad absoluta, aun cuando después el obispo muestra demasiadas contradicciones, como para hacernos dudar de su verdadero alcance, no sea que en el fondo, dejadas las palabras, su atrevimiento doctrinal no supere al de Fortún García. En cualquier caso debe quedar constancia de la sabiduría jurídica de Covarrubias, que no sólo conocía al detalle la doctrina del *mos italicus*, como su predecesor, pues con la misma soltura cita a Budeo o Alciato, así como a los juristas castellanos, caso de Rodrigo Suárez o Pedro Núñez de Avendaño, sin menospreciar las leyes castellanas, como era el supuesto de Partidas, Ordenamiento de Montalvo y Nueva Recopilación[590]. Por lo demás, la doctrina de Covarrubias sobre el poder del príncipe va a continuar moviéndose dentro de las líneas conocidas de la distinción entre derechos y de la constante apelación a la causa, para proteger los derechos de terceros, los derechos adquiridos.

La negación de la potestad absoluta del príncipe por parte de Covarrubias se produce en un contexto donde, frente a lo que él llama común opinión, va a sostener que el príncipe de ningún modo puede derogar los testamentos de los particulares, ni quitar ni cambiar sus leyes y condiciones, por referencia en concreto a fideicomisos y mayorazgos. Es entonces, avanzando ya en lo dicho, cuando se pregunta en qué se distingue la potestad absoluta de la ordinaria[591], para rechazar la primera, instantes después por cierto de haber afirmado que muchos juristas fácilmente se extienden más de lo que deben en ponderar las potestades de los príncipes[592].

El pie para sus pronunciamientos se lo proporciona una afirmación de Paolo di Castro, de acuerdo con la cual el príncipe, de potestad absoluta, puede derogar los testamentos y las últimas voluntades de los particulares, aunque esto no lo puede hacer de potestad ordinaria. A Covarrubias, en cambio, le parece que aquellas cosas que están establecidas por derecho natural y de gentes no las puede quitar el príncipe ni de potestad absoluta ni de potestad ordinaria. Los derechos naturales son inmutables, continúa, de modo que el príncipe no los puede derogar, ni siquiera de potestad absoluta, y si se dijera que lo podía hacer de potestad absoluta, como ésta no es una verdadera potestad, sino la de un tirano, debe considerarse que está lejos de los príncipes, e incluso también están obligados a descartarla aquellos que tratan de su potestad e imperio. El derecho natural determina, insiste, que se puede disponer libremente de una cosa propia, a no ser que fuera prohibida su disposición por causa de la república o por pública utilidad. Si el prín-

[590] Sus obras las voy a citar por su *Omnia Opera*, Salamanca, 1577-1578, en dos tomos. La dedicatoria de la edición es para Felipe II, un rey que recibió tantos ofrecimientos de juristas castellanos estudiosos del poder del príncipe, directa o indirectamente.

[591] Se trata del cap. 6 del lib. 3 de sus *Variarum Resolutionum*, y más en especial del nº 8 del mismo, T. I, p. 740.

[592] *Variarum Resolutionum*, cap. VI, nº 7, p. 740.

cipe, sin causa de pública utilidad, quita el dominio a uno o interfiere la libre disposición de la cosa propia, se comporta como un tirano más que como un príncipe.

Covarrubias la misma distinción entre potestad absoluta y ordinaria en los príncipes le parece falsísima, y además absurda, de manera que es para mararavillarse el que doctísimos juristas de ambos derechos la hayan utilizado, entre los cuales cita a Paolo di Castro, Antonino, Baldo, Decio y Angelo. El, Covarrubias, no trata de las cosas que el príncipe puede hacer por injuria y violencia, ni esto pertenece a los jurisconsultos, confiesa, ni en en ese terreno va a discurrir por consiguiente su discurso, ya que lo juzga más propio de los jefes militares que de los hombres de letras, los cuales deben disputar de aquellas cosas que sin injuria puede hacer el príncipe. Hasta se ha de huir de la simple mención de potestad absoluta, afirma el autor, que niega su razón de ser, porque en el caso de que el príncipe tuviera que derogar leyes de derecho humano, natural y divino, lo haría de potestad ordinaria. La única potestad que concede el derecho al príncipe, reitera, es la ordinaria, no la absoluta, que se origina por la injuria y pertenece al tirano.

En este sentido descalifica la definición de Baldo, que decía que la plenitud de potestad, o absoluta, es plenitud de arbitrio, a ninguna necesidad sujeta y por ninguna regla de derecho público limitada. De atenernos a la misma, dice Covarrubias, el príncipe puede usar libremente de la absoluta potestad incluso contra el dictamen de la misma razón, lo cual es absurdo, tan absurdo que el propio Baldo sostiene que el hombre es un animal racional sometido por la razón. En su rechazo de este concepto de potestad absoluta, dependiente de la sola voluntad del príncipe y sin ninguna sujección a la recta razón, Covarrubias muestra de forma expresa su coincidencia con el sentir de Fortún García.

Pero para atar más los cabos, y de paso reponder a alguna objección que cabría hacer al propio Covarrubias, según luego veremos, hace un esfuerzo para buscar un hipotético sentido a la distinción entre absoluta y ordinaria potestad, y éste podía consistir en entender la absoluta potestad como aquella por cuya virtud dispensa el príncipe de las leyes humanas y las deroga sin que exista causa alguno para ello. La razón estribaría en que aunque el príncipe obra mal y peca haciendo estas dispensaciones, sin embargo son válidas, conforme Covarrubias defiende en varios pasajes. Mas Covarrubias no admite que quepa tal interpretación para admitir la potestad absoluta, pues aquella potestad que pudiera derogar los derechos humanos sería ordinaria, en su opinión, aunque usara mal el príncipe de ella, dado que por ninguna justa causa le es dado quitar las leyes humanas en perjucicio de algún particular, y si se produjera ese supuesto ni el príncipe estaría a salvo frente a la divinidad, ni tampoco el particular que se beneficia de la dispensa. Aunque sostener la validez de tales actos del príncipe, por mucho que fueran de potestad ordinaria y a pesar de que pecara, no dejaba de ser una notable contradicción, como así lo haría ver un jurista castellano posterior, Diego de Mendoza.

Si para Covarrubias el príncipe no pude derogar las últimas volun-

tades de potestad absoluta, tampoco lo puede hacer *ex certa scientia*; por defecto de potestad, precisamente. Otra vez en contra de Paolo di Castro, que afirmaba que el príncipe tenía facultad para derogar las últimas voluntades y los testamentos si en el rescripto se recogía de forma expresa la cláusula *ex certa scientia*. Y lo dicho para la cláusula de cierta ciencia vale igualmente, por defecto de potestad, para la cláusula *non obstantibus*, en su versión general o especial[593].

No obstante, pese a que Covarrubias se rebela contra la distinción entre potestad absoluta y potestad ordinaria, sosteniendo que el príncipe solo tiene una potestad, la ordinaria, luego no parece muy consecuente cuando se muestra partidario de otra distinción: entre *vis coactiva* y *vis directiva* de la ley, que no nos puede extrañar demasiado si recordamos lo antes apuntado respecto a la validez de los actos del príncipe contra los derechos humanos. En efecto, a la cuestión que se plantea en sede de sumario sobre si el príncipe está obligado a observar las leyes humanas, o está, en cambio, absuelto de las mismas, *solutus ab eis*, responde Covarrubias en el cuerpo del texto diciendo que aunque el príncipe al actuar contra su propia ley, las constituciones humanas, no es reo de la violación de tal ley humana, ya que no está obligado por la fuerza coactiva de la ley humana, otra cosa es de la fuerza directiva de la ley, de la razón del precepto humano, dado que el príncipe se dirige hacia lo recto por medio de la razón, lo cual se probaría por la ley *digna vox*. Como apoyo doctrinal de su tesis cita a teólogos, santo Tomás y Cayetano, y a juristas, caso de Decio, Fortún García, Luis Gómez y hasta Baldo, que habría dicho que el príncipe es un animal racional, político y mortal, y por ello aunque está desvinculado del derecho, *solutus a legibus*, no lo está sin embargo del dictamen de la razón[594].

La verdad es que la inconsecuencia de Covarrubias era consecuente en una sociedad de privilegio, donde la dispensa de las leyes por parte del príncipe, o del papa, era necesaria para la perpetuación de tal orden social. Tenemos ocasión de observarlo cuando el autor trata expresamente de la materia de dispensa. Covarrubias, por de pronto, reconoce la utilidad de la disputa de los juristas en cuestión de dispensa, después busca la etimología romana de la dispensa, ligada al verbo expender y distribuir, para pasar de seguido a exponer lo que en su tiempo se entiende por dispensa, que nos aclara mucho las cosas. Según Covarrubias, decimos dispensar por estar absuelto de las leyes, *dispensare pro solvere legibus dicimus*. También, añade, con el mismo nombre verbal se comprende concesión o indulgencia que *contra ius* se impetra del príncipe, aunque con ello no estén de acuerdo algunos juristas, como Budeo, que se mueven en otra dirección, en el sentido de que quien dispensa distribuye su derecho a cada uno y cuida de que no se cometa

---

[593] Para las citadas cláusulas, *Ibidem*, nº 9, pp. 740-741.

[594] *In capitul. Alma mater de sentent. excomuni. disertissimi commentarii*, prioris partis relectionis, parag. primus, nº 4, T. 2, p. 622.

injuria ni se dañe a nadie, lo cual sería el fín principalísimo de la justicia.

Sin embargo, no se captaría bien el pensamiento de Covarrubias sobre la dispensa si no se diera cuenta de la distinción, fundamental para él, entre dispensa por un lado, y declaración o interpretación por otro. A su entender, es diametralmente distinto en derecho el declarar los derechos y el dispensar *contra ius*. Se interpreta el derecho para explicarlo, para que se manifieste de un modo abierto si se incluye o no aquel derecho de que se trata. Como ejemplo de interpretación de derecho expone lo que ocurre con el principio de derecho natural «no matarás», que pese a su prohibición la razón natural dicta que el homicidio cometido para la propia defensa no está prohibido. Pero otro tanto se podría decir de la ley que determina que no se cometan hurtos contra lo ajeno, cuando existe necesidad, hambre. Dispensa es, por el contrario, si existe una obligación establecida por ley y de ella se exime a alguno particularmente.

Covarrubias estima que el papa tiene potestad para interpretar el derecho divino y natural, pero no le compete su dispensa. No es obstáculo para admitir la interpretación que el derecho natural sea inmutable, asegura, porque esto ocurre respecto a los primeros principios, ya que no en cuanto a los actos, que sí pueden ser declarados por el derecho humano.

Como se ha anticipado, para Covarrubias el papa no puede dispensar ni contra el derecho divino ni contra el derecho natural. En su criterio, yerran El Abad y sus secuaces que dicen que con causa puede quitarse el derecho natural, cosa que sería cierta si dijeran que el derecho natural puede declararse por el derecho humano. Por lo mismo, también es falso el sentir del Abad, y de otros como Decio y Fernando de Loazes, que estimaban que el papa puede con causa dispensar del derecho divino. El papa tiene potestad de interpretar y declarar el derecho divino, pero ninguna facultad le compete para dispensarlo, ni hay causa alguna para ello. Otra cosa es respecto del derecho humano, aclara, que el papa puede dispensar, incluso en las cosas establecidas por los apóstoles o por los cánones conciliares. Si bien, como más tarde veremos, no siempre fue tan rígido Covarrubias con el príncipe en relación con la posibilidad de dispensar el derecho natural, otra de sus contradicciones, motivadas a mi entender por la distancia que media entre la doctrina y la práctica. Aparte de que si le es lícito dispensar del derecho humano es que está desvinculado del mismo y por consiguiente tiene potestad absoluta, pese a cualqier pronuciamiento en su contra.

No acaban aquí las precisiones de Covarrubias suscitadas por la dispensa; de derecho humano, se entiende. Otro punto importante es el de la causa. Para Covarrubias, si el papa dispensa contra el derecho humano o positivo sin causa, peca, como tampoco estará defendido en conciencia quien use de una dispensa concedida sin causa. La causa es necesaria en la dispensa, sin ella no hablaríamos de dispensación sino de disipación, según sentencia conocida, por más que se presuma justa causa en la dispensa hecha por el príncipe acerca del derecho humano,

siguiendo otra común aserción, entre otros de Fortún García y Fernando de Loazes, que asume Diego de Covarrubias.

Pero, ¿qué sucedería si el papa o el príncipe dispensan sin causa del derecho humano, tendría eficacia tal acto? Ante esta cuestión existen dos opiniones, a su entender, que pasa a exponer. Una de ellas dice que si el papa, o el príncipe, dispensa sin que haya causa, vale la relajación del derecho, a pesar de que obre mal concediéndola. Lo sostuvo Bártolo, que en su comentario identificaba en el príncipe razón y voluntad, *est in principe pro ratione voluntas*, y lo defendieron Cayetano, Inocencio, El Abad, o Decio, que decían que aunque el príncipe sin justa causa concediera dispensa contra el derecho humano, valdría la concesión y el acto que de ella se seguiría gozaba de firmeza; en el fuero externo, aclaran, aunque pecara quien la otorgara sin causa y quien usara de la misma. Frente a esta postura, Fortún García habría sustentado un parecer diferente, de modo que la dispensa efectuada contra el derecho humano sin causa sería nula en el fuero interno y carecería de validez el acto que de ella se siguiera.

De las dos opciones, Covarrubias escoge la primera. Según su afirmación, la dispensa tendrá validez y el acto que de ella se siga será firme en el fuero externo, a pesar de que el príncipe dispense del derecho humano sin causa. La alternativa elegida por Fortún García le parece dura, y para justificar su postura pone ejemplos derivados de la dispensa papal sin causa de impedimentos del matrimonio, por los efectos en los hijos habidos del matrimonio, pues en caso de no considerarse válida la dispensa pasarían a ser considerados ilegítimos. La posición de Fortún le convencería en el caso de que la dispensa sin causa la llevara a cabo algún inferior al príncipe[595].

Es decir, que en esta oportunidad Covarrubias se muestra mucho más clásico que Fortún García, lo que no era de presagiar si sólo atendiéramos a sus condenas de la potestad absoluta y no a otro género de distinciones, presunciones y matizaciones también referidas. La paradoja en cualquier caso es patente, pues si valen las dispensas del príncipe, no obstante la inexistencia de causa, es porque el príncipe está desvinculado del derecho positivo, y en consecuencia es absoluto, tiene potestad absoluta, por duro que parezca el lenguaje, repitiendo argumentaciones ya esbozadas por mí.

La diferenciación entre derechos y la doctrina de la causa son las reglas a seguir para conocer los límites del poder regio según Covarrubias, que en esto también es bien tradicional. Con detenimiento explaya su manera de pensar cuando reflexiona sobre si el príncipe puede quitar o cambiar la voluntad del testador en cuanto a fideicomisos y mayoraz-

---

[595] Para la dispensa, véase: *In librum Quartum decretalium Epitome*, Secundae partis, cap. 6, parag. 9, T. 2, pp. 338-342. En particular, sobre la diferencia entre dispensa e interpretación, también se pronuncia en *In capitul. Alma mater de sentent. excommuni.*, Prioris partis relectionis, parag. 1, nº 2, T. 2, p. 621.

gos, donde como sabemos niega que el príncipe esté dotado de potestad absoluta[596].

En el debate del asunto Covarrubias parte de un *a priori*: el dominio y la libertad de testar son de derecho natural y de gentes, lo cual va a condicionar todo su desarrollo, que como era usual se presenta dividido en dos partes, pues primero expone los argumentos favorables a la libre intervención del rey, y luego los contrarios, que son los de su tesis. Justamente dentro de los primeros estaría la consideración de que el príncipe puede derogar testamentos y últimas voluntades porque el príncipe tendría facultad para quitar aquellas cosas que no son de derecho natural y divino, sino humano.

Covarrubias es de la opinión que de ningún modo corresponde al príncipe derogar los testamentos de los particulares, ni quitar ni cambiar sus condiciones. Aunque luego matiza afirmación tan tajante, pues por causa de utilidad de la república sí puede sustraer a los particulares su dominio el príncipe, como por lo mismo tiene capacidad para cambiar las leyes privadas del testamento y sus cláusulas.

No es óbice para lo que él sustenta que las solemnidades del testamento sean de derecho civil, cosa que acepta, porque como apunta con reiteración la libertad de testar es de derecho de gentes y natural. Por lo mismo, tampoco obsta que el príncipe tenga capacidad para quitar impedimentos, porque sólo se refiere a los derechos de estatutos, los únicos que puede derogar, al ser leyes humanas, sometidos por tanto a su dispensación, ya que no le es dado cambiar ni quitar los derechos originados por convención, contrato o testamento, que no pertencen al derecho humano.

Entrando ya en terreno de mayorazgos, advierte Covarrubias al príncipe que no cambie las últimas voluntades de los que instituyen mayorazgos, ni sus leyes, salvo por razones de pública utilidad, de modo que si de otra manera obra no estaría defendido en su salud espiritual. Aunque reconoce Covarrubias la frecuentísima práctica de enajenar mayorazgos por razón de dote. El, desde luego, es contrario a la derogación de las últimas voluntades de los testadores y asegura que los del Consejo sólo lo hacían por máxima causa.

Mas el recurso a la causa y la distinción entre derechos son cosas que detectamos en numerosos pasajes de la obra de Covarrubias, como ocurre en materia de dispensas de los votos eclesiásticos[597] y con más detalle cuando trata de las dispensas en general[598] o de las excomuniones[599]. Se observan las mismas constantes cuando delibera sobre si el príncipe puede cambiar el valor y estimación de la moneda[600]. No po-

---

[596] *Variarum Resolutionum*, lib. 3, cap. 6, T. 1, pp. 735-745.

[597] *In titulum, De testamentis interpretatatio*, cap. 2, núm. 10-12, p. 60, T. 2.

[598] *In librum Quartum Decretalium Epitome*, cap. 6, Secundae Partis, T. 2, pp. 338-342.

[599] *In capitul. Alma mater. de sentent. excommuni.*, Prioris Partis Relectionis, parag. 1, T. 2, pp. 620-622.

[600] *Numismatum*, cap. 7, T. 2, pp. 1055-1056.

demos olvidar, en fin, su interés por dejar clara su opinión, nada unánime, de que la apelación como la citación forma parte de la defensa y es una institución de derecho natural, que solamente por causa puede quitar el príncipe[601].

Covarrubias, no obstante lo dicho, no es contrario al poder del príncipe, podemos estar seguros, de hecho no le atribuye al rey menos facultades que Montalvo o Palacios Rubios, como tampoco se ruboriza por admitir la tesis de la *translatio imperii*, que podía ser perfectamente compatible con fundamentos menos populares. Para el autor, toda la potestad y jurisdicción civil de la república castellana está en el rey y de él se deriva hacia otros[602]. Esta suma y suprema jurisdicción, explica, en Castilla la llamamos mayoría, en símbolo de supremo reconocimiento del principado y por nadie de los que están sometidos al príncipe puede ser adquirida, ni por prescripción, como tampoco puede ser enajenada de ningún modo. La jurisdicción, asegura, es la esencia de la majestad regia, que encuentra su principal manifestación en el derecho de apelación desde los lugares de realengo y de señorío.

¿De dónde procede la suprema jurisdicción del príncipe? Esta no residía originariamente en el rey, sino en los pueblos, pero bien lo fuera de forma expresa o tacita, el hecho fue según Covarrubias que se trasladó desde los pueblos al rey, y toda, hasta tal punto que ninguna jurisdicción ha permanecido en los pueblos. Como consecuencia de la traslación, los pueblos no tienen potestad para constituir jueces ordinarios, ni para crear magistrados que resuelvan los conflictos. El pueblo sólo podría establecer magistrados si el rey no usara de la potestad que le trasladó el pueblo. En apoyo doctrinal de su tesis no duda en esta oportunidad en acudir a Inocencio y los doctores, cuando tanto los critica en otros momentos.

Aunque, como también era clásico, Covarrubias no ve obstáculos en atribuir otro tipo de orígenes a la potestad regia, todo era conforme si se trataba de fundamentar el poder del príncipe. Así afirma que la potestad del rey fue establecida por ordenación de Dios y de la naturaleza, colocándola por encima de la voluntad humana.

Si de la jurisdicción hemos tratado y de su valor, ya que Covarrubias habla de ella como si fuera la esencia de la majestad regia, que encontraría su principal exponente en el derecho de apelación, otras facultades reales que no pertenecen a la vertiente estricta de la justicia ocupan asimismo la atención del autor. Me refiero a la capacidad del príncipe para dar y derogar leyes e interpretarlas, con cuyas referencias vamos a acabar la exposición de la doctrina de Covarrubias sobre el

---

[601] *Practicarum Quaestionum*, cap. 23, T. 1, pp. 179-180.

[602] En especial, de sus *Practicarum Quaestionum*, T. 1 en la edición citada, interesa el cap. 1, que lleva por título: «Tota Civilis Castellanae Reipublicae potestas et iurisdictio, qua ratione penes ipsum regem sit», y el cap. 4, así rotulado: «De summa Regis iurisdictione quam maioriam dicimus, quamque Regio nomine suprema exercent auditoria». A su vez importan del cap. 1 los núm. 3, 6 y 9 y del cap. 6 los núm. 1-3, a los que me remito sin necesidad de citas más puntuales.

poder real. Además de que nos sirve de nuevo para ponderar su opinión sobre el poder absoluto del príncipe, tal como lo venimos entendiendo desde un principio, por su condición de desligado del derecho civil, humano o positivo, pero sujeto a límites, simultáneamente.

Para Covarrubias las leyes dependen de la voluntad del rey. Como antes se anticipó, en su opinión el monarca puede dar leyes, derogarlas e interpretarlas. Mas con causa, porque si las leyes humanas tienen su fuerza y potestad de la voluntad y consentimiento del príncipe, o lo que es lo mismo, dependen de la voluntad de éste, no por ello puede el príncipe revocar la ley sin causa, a fin de que pueda considerarse inmune de culpa, pecado e injuria. Y la justa causa, lo que justifica el cambio y revocación de la ley, es la utilidad de la república, por cuya razón caben las exenciones de derecho humano, que no del derecho divino, ya que el papa no puede quitar éste, sino tan sólo declararlo, según también afirma[603]. La doctrina de la causa y la distinción entre derechos son los verdaderos patrones sobre los que se pretende ajustar la potestad del príncipe, como estamos descubriendo una y otra vez, en esto Covarrubias no hacia sino seguir la tradición del *mos italicus* y de la escolástica. Sin olvidarnos de otros criterios más éticos, como se observan en las continuas referencias que hace al pecado y a la conciencia el obispo Covarrubias.

En estrecha conexión con Fortún García y Diego de Covarrubias, a quienes cita con reverencia, se ha de considerar a Iñigo López de Salzedo. Este autor es decididamente antiabsolutista, aunque no deja de ofrecer resquicios al poder del príncipe gracias a la doctrina justificativa de la causa, y a la par que alaba a Garcia de Ercilla y Covarrubias y otro tanto hace con juristas de otros reinos, como Arias Pinel, Alciato y Zasio, critica con suma dureza a la glosa y los doctores por sus afirmaciones sobre la potestad absoluta del príncipe. La defensa de los derechos adquiridos, como en tantos otros autores, es el motor de las ideas de López de Salzedo, en este caso con muchas influencias del *mos gallicus*.

Su pensamiento lo expone en unas de sus anotaciones o ampliaciones a las «Reglas» de Bernardo Díaz de Lugo, en concreto a la que habla de que el príncipe no me puede quitar el dominio de mi cosa por rescripto[604]. López de Salzedo repite su formulación con un añadido: El dominio de las cosas privadas no se puede quitar por el príncipe a no ser por causa de utilidad pública.

Desde la primera ampliación a la regla mencionada queda bien patente su mentalidad, ya que según López de Salzedo esa regla no procede solamente en el dominio adquirido de derecho de gentes, sino también en el adquirido de derecho civil, porque una vez que es dere-

---

[603] *Practicorum Quaestionum*, cap. 31, nº 4, en un capítulo que trata de las relaciones entre la jurisdicción eclesiástica y secular.

[604] Me refiero a las ampliaciones a la regla 209 de una obra de B. Díaz de Lugo, que lleva por título: *Selectarum regularum et fallentiarum utriusque iuris liber unus*, Alcalá, 1569, fos. 48v-50v.

cho adquirido cabe llamarlo de derecho de gentes. Arremete en este pasaje contra Baldo, del que dice que estuvo alucinado por defender lo contrario, y en el mismo saco mete a Angelo. En cambio, todo son elogios para Arias Pinel.

En la segunda adición sostiene que la regla tiene validez incluso si en los rescriptos en que se quita el derecho o el dominio de otro se emplean las cláusulas *non obstante, motu proprio* y otras semejantes que suelen insertarse en los rescriptos, como si se pretendiera que de no recogerse estas cláusulas no pudiera hacerse. Para López de Salzedo, no por interponer las referidas cláusulas dejan de ser ellas inicuas, ni por mediar tales palabras se quita la verdad de la cosa. A su entender, el único efecto que operan estas cláusulas es expresar mayor voluntad en el príncipe, que no aumentar su potestad, como tampoco pueden justificar lo inicuo. Así opina Alciato, dice, y mejor todavía Zasio, pero no la glosa y Baldo, El Abad, Andrés de Isernia, Mateo d'Aflictis, Alejandro, Decio, Paolo di Catro y otros, cuya postura juzga errónea.

No obstante, como señala en la adición tercera, combinando la protección de los derechos adquiridos y la doctrina de la causa, si existe legítima causa puede el príncipe quitar el derecho y el dominio de otro, dándole un bien a cambio del que sin culpa se le quita. Así lo enseñaban multitud de juristas y esto mismo decían las leyes regias, y en concreto las Partidas.

Es en la cuarta ampliación donde expresa con mayor firmeza sus postulados antiabsolutistas. Según López de Salzedo la regla enunciada tiene lugar hasta *de plenitudine potestatis*, dado que este nombre de plenitud de potestad —equivalente al de absoluta potestad— es contrario a derecho, como con mérito se señala por los juriconsultos, al observar que al tratamiento del derecho no corresponde que el mismo príncipe pueda actuar con fuerza y terror de potestad, según lo habría probado Fortún García, pero también Covarrubias y Arias Pinel.

No es que niegue que la potestad del príncipe debe ser amplísima, pero ésta, dice, no debe ser injuriosa para los súbditos, pues entonces sería más propio de un tirano que de un príncipe cristiano, que se debe guiar no por iniquidad sino por la razón natural y si usara de potestad absoluta pecaría mortalmente. Le convence Alciato, que negaba que existiera en el príncipe absoluta potestad, y aún añadía que de absoluta potestad era más bien un tirano. Acepta asimismo el dicho de Domingo de Soto, para quien el ejercicio de la potestad absoluta del principe en los bienes de los súditos es más propio de los turcos que de un príncipe cristiano.

En poca estima tiene López de Salzedo a la cláusula de plenitud de potestad, según la variedad de argumentos que tomados de diversos juristas emplea para combatirla, además de los que acabamos de ver. De este modo, por ejemplo, pretende restar fuerza a su empleo, al considerarla como una costumbre de estilo, puesto que se pone en casi todas las provisiones del príncipe. En todo caso es una cautela temeraria y abusiva y cuando se usa mal esta cláusula no se dice de plenitud de potestad sino de plenitud de tempestad. Aparte de que no conviene ol-

vidar que es una invención de los aduladores de los monarcas, pues ni siquiera el pueblo romano se atrevió a hacer uso de ella. Si bien no deja de recordar alguna interpretación benigna, como es la de estimar que cuando el príncipe usa de dicha cláusula de plenitud de potestad no es porque quiera perjudicar a un tercero, o quitar el derecho a otro.

Tras la diversidad de argumentos sobre la cláusula, López de Salzedo da paso a la contundencia de la conclusión y al más firme rechazo de la doctrina de los doctores sobre la potestad absoluta. Para López de Salzedo se ha de repudiar como inhumana y cruel aquella opinión de los doctores que atribuye al príncipe plenísima y absoluta potestad, distinguiéndola de la ordinaria, de modo que por ella todo lo puede y hecha mención de tal potestad en el rescripto ninguna excepción cabe oponérsele. El autor aquí se aparta de Angelo, Baldo, Jasón, Decio, Mateo d'Aflictis y otros más.

Aún tiene ocasión López de Salzedo de concretar algún aspecto, el valor de la causa en especial, en estas adiciones a la regla comentada. Así, en materia de beneficios, y en orden a los concedidos por el príncipe con carácter vitalicio o para un cierto tiempo, apunta que antes del tiempo establecido no los puede quitar el príncipe sin legítima causa. Pero es quizá en cuestión de mayorazgos donde mejor expone sus puntos de vista. Según López de Salzedo, apoyándose en Covarrubias, el príncipe no puede derogar las cláusulas, modos o condiciones de los que establecen mayorazgos o capellanías, máxime cuando se quite a un tercero el derecho adquirido. El príncipe, aunque quisiera, no puede cambiar las leyes, cláusulas y condiciones del testamento de un particular salvo si fuera por causa de pública utilidad, ya que no privada. Si lo hiciera sin causa, pecaría, pues sería contra la ley de la naturaleza, la cual establece que a uno no se le puede quitar su derecho sin justa causa.

Sin embargo, a pesar de la firmeza de sus opiniones, López de Salzedo, como luego hará Fernando Hurtado de Mendoza, remata sus adiciones a la regla comentada exculpando a los reyes de España de cualquier abuso, cuando tanto se había quejado él de los aduladores del poder del príncipe. Es a propósito de los mayorazgos, y asegura que los potentísimos reyes de las Españas, sumos cultivadores de la justicia, ninguna mutación o derogación de las cláusulas de los mayorazgos admiten, a no ser por legítima y razonable causa y sin perjuicio de tercero.

Acabamos de dar cuenta de un autor como López de Salzedo, que sigue los pasos de Fortún García y Covarrubias, aunque da la impresión de que va algo más allá de lo sustentado por ambos, ahora, dentro dentro de esta vía crítica con la postura tradicional y mayoritaria, nos corresponde examinar el pensamiento de Fernando Vázquez de Menchaca sobre el poder absoluto del príncipe. Este autor llegó a ser uno de los juristas castellanos más prestigiosos del siglo XVI, al menos fuera de los límites del reino, ya que no fue demasiado citado por los jurisconsultos de Castilla, ni él por otra parte tampoco mostró excesiva genero-

sidad con ellos, mentó a Covarrubias, del que discrepa en varios pasajes, a Rodrigo Suárez y a pocos más.

Vázquez de Menchaca es a nuestros efectos un autor de gran relevancia, por la fuerza, originalidad y sentido crítico de su pensamiento, pero a su vez de notable complejidad y no poca oscuridad, como si no quisiera o no se atreviera a llevar hasta sus últimas consecuencias su discurso sobre el poder absoluto del príncipe. Las matizaciones acerca del fenómeno del poder absoluto de los reyes, por no llamarlas contradicciones, están a la orden del día en las dos obras de Vázquez de Menchaca, que son de naturaleza diferente, de modo que parece aconsejable un estudio por separado de ellas, primero del tratado *De successionibus*[605] y luego de las *Controversias*[606]. En la primera, de corte clásico entre los juristas, va exponiendo sus tesis al compás de las diversas cuestiones de derecho que le suscita el tema de sucesiones, con la mira siempre puesta en la defensa de los derechos de terceros y con el auxilio de la causa. La segunda tiene otro talante, es mucho más crítica, algo más radical, y trata de la potestad regia con mayor libertad y amplitud, casi con carácter monográfico, acentuándose en ella la visión ética de los problemas. En conexión con esta visión ética o moralizante es de destacar la influencia que en las *Controversias* ejercen los teólogos, por más que en alguna ocasión manifieste el autor las distancias existentes entre juristas y teólogos a la hora de disputar sobre el poder del príncipe[607].

¿Qué opinaba Vázquez de Menchaca de la plenitud de potestad del príncipe y de su pretendida desvinculación del derecho en el tratado *De successionibus*? De entrada da un aviso ético al lector, repetido en diversas ocasiones, en consonancia con las directrices marcadas por la *digna vox*, de modo que aunque los príncipes están absueltos de las leyes deben vivir según ellas, pero que ya nos indica la disparidad de puntos de vista posibles[608]. Luego enuncia una tesis, fundamental para conocer su pensamiento sobre el poder aboluto del príncipe en esta

---

[605] *De successionibus et ultimis voluntatibus. Libri IX in tres tomos divissi*, Colonia, 1612. Se citará primero el tomo, tiene dos, luego el libro, a continuación el capítulo y finalmente el número.

[606] *Controversiarum ilustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Venecia, 1564. Está dedicada a Felipe II, una devoción que ya expresaron algunos juristas que le precedieron y la volverán a poner de manifiesto otros posteriores. De esta obra existe una vesión bilingüe: *Controversias fundamentales y otras de más frecuente uso*, Transcripción, traducción y notas por Fidel Rodríguez Alcalde, Valladolid, 1931- 1934.

[607] Sobre el autor existe un libro monográfico, de F. Carpintero Benítez, *Del derecho natural medieval al derecho naatural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Salamanca, 1977. Aunque hay que tomarlo con ciertas cautelas por el afán obsesivo de Carpintero por presentarnos como moderno a Vázquez de Menchaca. Más en particular, en materia del poder absoluto, no comparto algunos de sus puntos de vista, *Del derecho natural*, pp. 162-163, porque no me parece diáfana la doctrina de Vázquez al respecto, como él asegura, ni me parece ajustada su afirmación de que todos los juristas habían sostenido en España la sujección del príncipe a las leyes civiles, con la excepción de Antonio Gómez; a las pruebas me remito.

[608] «Licet enim, inquit imperator, legibus solutus simus, legibus tamen vivimus, *De successionibus*, 1, 1, 1, nº 10. De forma semejante en *Ibidem*, 1, 1, 1, nº 29.

obra. Es muy enrevesada, la descubrimos cuando se plantea si el príncipe puede quitar los testamentos[609], y más tarde la reitera en variedad de oportunidades, con unas u otras formulaciones, según se verá. De conformidad con su teoría, no puede el príncipe quitar por rescripto los testamentos regularmente, *regulariter*, sin causa vehemente y de potestad ordinaria, pero sí podría hacerlo mediante leyes, emanadas de potestad ordinaria según las reglas y solemnidades debidas, *rite et solemniter data*, o *per modum legis ferendae*, a pesar de reconocer en el pasaje citado que el príncipe y la república están sobre todas las leyes, puesto que las pueden alterar y mudar. Y lo mismo da que se considere que la potestad y orden de testar es de derecho positivo que de derecho de gentes, precisa.

Pero, ¿qué quiere decir con ello Vázquez de Menchaca? ¿Significa que solamente hay una potestad en el príncipe, la ordinaria, y que por ley puede el príncipe lo que no le es dado hacer por rescripto? ¿O más bien es algo diferente, de manera que existe también en el príncipe una potestad extraordinaria, o plenitud de potestad, que permite al príncipe derogar y alterar por rescripto los testamentos, o legitimar los hijos espúreos en perjuicio de los legítimos, aunque no sea regularmente, al margen de que también lo pueda hacer por ley de potestad ordinaria? ¿Y cúal sería el contenido de la potestad extraordinaria, caso de que se admita en el príncipe? A tratar de desentrañar los interrogantes se dirigirán nuestras próximas pesquisas.

Las ideas referidas líneas arriba vuelven a reaparecer en otra cuestión, si el príncipe puede quitar la herencia una vez aceptada. Aquí, de nuevo nos topamos con la afirmación de que en estas condiciones no la puede quitar de potestad ordinaria, sin urgente causa y por lo regular, *regulariter*, si bien otra cosa sucedería por ley emanada con las solemnidades requeridas, *rite et solemniter data*. Por rescripto, a no ser que sea por grave y urgente causa, no la puede quitar de ordinario, *regulariter*, insiste. Por lo demás, también ahora aquilata que da igual que la sucesión se entienda como derecho positivo o como derecho de gentes, pues la herencia ya pasó a ser propiedad mía, ya que después de que a nosotros pasara comenzó la propiedad. Con lo cual queda sentada la hilazón entre el poder del príncipe, la causa y los derechos adquiridos o de terceros[610].

Sobre los mismos problemas de la potestad del príncipe versan sus reflexiones sobre la legitimación, y si no adoptan la misma literalidad en su fórmula sirven en cambio de espléndido ejemplo para comprobar el papel que juega en su doctrina la salvaguarda del derecho de terceros. Para el autor, el príncipe puede legitimar, incluso sin citar a nadie, siempre que la herencia no esté deferida o adquirida, como ocurriría en el caso de que se legitimara después de la muerte del padre viviendo los otros hermanos, a pesar de que dijera en el rescripto que valiera la

---

[609] *Ibidem*, 1, 1, 1, nº 10.

[610] *Ibidem*, 1, 1, 1, nº 11.

legitimación en defecto de los hijos legítimos. La razón que aduce es coherente: porque falta en el príncipe potestad de derecho ordinario en perjuicio de un derecho a nosotros ya entregado o por nosotros ya adquirido. De derecho ordinario, no se olvide[611].

¿Puede el príncipe derogar y cambiar las cláusulas que frecuentemente suelen ponerse en testamentos, mayorazgos o primogenituras y cosas semejantes? En su repuesta a estas preguntas una vez más repite los asertos conocidos, pero ahora da la impresión de que no sólo no niega la distinción entre potestad ordinaria y plenitud de potestad, o potestad absoluta, sino que se mueve dentro de ella. Según Fernando Vázquez, es opinión común que regularmente tales cláusulas de los testamentos no las puede quitar el príncipe de potestad ordinaria si no es por urgente causa. En esta postura se encuentran a su entender Covarrubias, Decio y otros que sostienen que el testamento es de derecho de gentes, cuando a él le parece que es de derecho civil, aunque su aprobación de algún modo sea de derecho de gentes. El fundamento está, a su entender, en que el dominio a mí perteneciente, más allá de grave y urgente causa, no me lo puede quitar el príncipe de potestad ordinaria. Pero esto es lo importante, va a defender que el príncipe puede cambiar las cláusulas en virtud de plenitud de potestad, tanto en perjuicio de los que al presente tienen el mayozazgo, como de los que después les siguen, o de los que puedan ser llamados en un grado más remoto, cosa que no había dicho con anterioridad de forma explícita. En cambio, de acuerdo con lo que ya es habitual, vuelve a señalar que asimismo lo puede hacer de potestad ordinaria por causa legítima y urgente, ya que no sin causa legítima, como le correspondería hacerlo por otro lado mediante leyes dadas con la solemnidad requerida, *de lege condenda*[612].

La distinción entre potestad ordinaria y plenitud de potestad no aparece únicamente en este texto, porque Vázquez de Menchaca la utiliza en otros varios. Esto sucede, por ejemplo, cuando se interroga sobre si el príncipe puede admitir a las mujeres a la sucesión de los feudos de potestad ordinaria, cosa que rechaza, contra Covarrubias, ya que va contra la prohibición del constituyente y la naturaleza de los feudos. Covarrubias, como se recordará, no admitía más que potestad ordinaria en el príncipe, bien que muy amplia.

Para Vázquez de Menchaca la admisión de las mujeres a los feudos va contra la ley positiva, contra la razón de la ley natural y contra las costumbres. pero añade más argumentos, los que a nosotros importan en esta coyuntura. En efecto, para el autor vallisoletano, el príncipe, que regularmente usa de las leyes y costumbres de la república, no puede hacerlo de una forma regular, que en ésto es igual que si fuera un particular, a no ser que lo hiciera de plenitud de potestad, cosa que puede, o con ánimo de *legis condendae*, según enseñan entre otros Bártolo y Jasón, y asimismo, dice, por grande y urgente causa. Una vez

[611] *Ibidem*, I, 1, 1, nº 20.
[612] *Ibidem*, I, 1, 1, nº 29.

más distanciándose de Covarrubias, que razona mal en contra de la potestad del príncipe, a su entender[613].

No finalizan ahí sus declaraciones sobre la potestad del príncipe, ni sus ataques al obispo de Segovia, pues nuevamente aparecen en la conclusión del capítulo, que cono no podía ser por menos contienen la declaración de que sin legítima causa, de potestad ordinaria, no puede cambiar el príncipe las cláusulas de mayorazgo, incluso de los hechas con su licencia, según reza el sumario, que después extiende a la protección de los derechos de terceros. Una vez más escuchamos su sentencia: regularmente, de potestad ordinaria y fuera de urgente y legítima causa de ningún modo puede disminuir el príncipe el derecho de otro. Mas también hemos de atender a otra interpretación interesante del autor, que afecta a la potestad del príncipe y al aseguramiento de los derechos de terceros, ya que afirma que la constitución de mayorazgos por licencia del rey no es tanto por privilegio como por derecho común, o dicho de otro modo, que cuando fue hecho el mayorazgo con licencia del príncipe con justo y legítimo conocimiento de causa se considera hecho por ley común y tiene fuerza de ley[614].

De lo dicho parece deducirse, a pesar de sus ambigüedades, que Vázquez de Menchaca admitía en el tratado *de successionibus* una doble potestad en el príncipe, una ordinaria y otra extraordinaria, o plenitud de potestad, a diferencia de Covarrubias. En virtud de la plenitud de potestad el príncipe podría actuar contra el derecho y esta desvinculación del derecho sería su contenido. Que esto debía ser así, se observa igualmente por vía negativa, por las prohibiciones que señala al testador, como son las de que no puede usar de las cláusulas *non obstantibus* y *non obstante*, o por los impedimentos que contempla en los magistrados superiores, comenzando porque tampoco pueden disponer contra el derecho[615].

Los inferiores al príncipe, entendiendo por tales a los jueces superiores y magistrados, no pueden usar de las cosas que le están reservadas al príncipe, o de aquellas que puede utilizar el príncipe de plenitud de potestad, sino tan solamente de las que le competen de potestad ordinaria, según dice Vázquez opinan Bartolo, Decio y otros. Así no puede el inferior emplear la cláusula *ex certa scientia*, ni la cláusula no obstante leyes en contrario, o la *de motu proprio*, pero tampoco la de plenitud de potestad, porque sólo el papa o el emperador puede usarla. Salvo por evidente causa o causa de necesidad, como no se olvida de señalar, que entonces los inferiores sí pueden hacer uso de las mismas, porque entonces la ley cesa de por sí y no puede atenderse[616].

No es claro Vázquez de Menchaca en esta obra, no, situado siempre en un juego de contraposiciones, que tanto puede inclinarnos a pen-

[613] *Ibidem*, I, 1, 1, nº 30.
[614] *Ibidem*, I, 1, 1, nº 32.
[615] *Ibidem*, I, 1, 6, núm. 2-3.
[616] *Ibidem*, I, 1, 6, núm. 4-13.

sar que se opone a la potestad absoluta del príncipe, como que la admite, por muchas restricciones y limitaciones que establezca a su ejercicio, como es mi opinión personal. Vamos a dar más pruebas de ello.

El príncipe, desde luego, puede hacer muchas cosas pasando por encima del derecho, conforme se desprende de sus afirmaciones. De este modo, al príncipe que no reconoce superior cabe conceder licencia al padre para establecer mayorazgo de casi todos sus bienes, aun cuando ello sea en disminución de la legítima de los hijos, porque la voluntad del príncipe se tendría en esta parte como ley, según había dicho Rodrigo Suárez[617]. Asimismo Vázquez de Menchaca, pese a defender que puede constituirse verdadero y válido mayorazgo sin licencia del príncipe, sostiene que es imprescindible su licencia cuando el testador desea otorgar mayorazgo de sus bienes gravando a sus hijos en la legítima, porque esta facultad pertenece a la real jurisdición[618]. Un postulado bien clásico, se convendrá en ello.

De modo semejante, el príncipe, y sólo él, tiene atribuidos gran número de privilegios procesales, como el de ser juez en su propia causa, el que valgan sus sentencias sin necesidad de escritos o que tengan validez aunque no se ajusten a lo recogido en el libelo, e incluso no sería precisa la formalización del libelo[619]. Muchas presunciones apuestan por el príncipe, tal la de que vale su testamento omitida la forma establecida por la ley, o aquella conforme a la cual la presencia del príncipe da validez al testamento menos solemne, e igualmente la consideración de que todos los contratos del príncipe se juzgan de buena fe[620]. Todavía tiene otras singularidades el príncipe, como cambiar con causa las cosas que son de derecho de gentes[621].

No es sólo esto, ya que al príncipe pertence una amplia facultad en materia de confirmación de actos y negocios jurídicos, que sin su intervención carecerían de validez[622]. Me limitaré a la enunciación de algunos de estos supuestos en forma de axiomas. El mayorazgo establecido en perjuicio de la legítima se confirma por la licencia del príncipe, es uno de estos casos. Si el príncipe puede dar licencia para constituir mayorazgo, *a fortiori* puede confirmar el mayorazgo ya constituido, es otro. Los defectos de consentimiento se suplen con la confirmación del príncipe, de acuerdo con una nueva afirmación, ahora de carácter más general. La confirmación de cosa inválida hace que se torne válida *ex novo*, según apreciación de no menor amplitud. Cuando el tenor de la cosa confirmada se inserta en la confirmación parece que el príncipe *ex certa scientia* confirma el acto, también se recuerda. Si el acto es válido desde el principio nada añade la confirmación, al contrario de si era

---

[617] *Ibidem*, 1, 1, 10, nº 438.
[618] *Ibidem*, 1, 3, 26, núm. 95 y 96.
[619] *Ibidem*, 1, 3, 26, núm. 10-22.
[620] *Ibidem*, 1, 3, 26, núm. 1, 7 y 27.
[621] *Ibidem*, 1, 3, 26, nº 79.
[622] *Ibidem*, 1, 3, 26, núm. 97-107.

inválido, porque entonces la confirmación alcanzaría fuerza de nueva concesión, introduciendo otra máxima. En fin, por acabar la relación, recordaré una valoración de cierto alcance, como es la de considerar que con la confirmación del príncipe, si se confirma y aprueba literalmente el testamento confirmado, se produce la exclusión de cualquier defecto de solemnidad.

Estas afirmaciones, sin embargo, no están exentas de contrastes, de límites a la potestad del príncipe. Vázquez de Menchaca no deja de recordarnos, por ejemplo, que el rey que mal rige pierde nombre de rey y se llama tirano[623]. Asimismo trae a la memoria otro dicho: que el príncipe puede conceder privilegio en perjuicio de tercero mientras el príncipe use de su derecho, o de su jurisdicción y privilegio, y a aquel tercero no le ocasione injuria[624]. No es el último, porque según recuerda Vázquez de Menchaca mucho se restringe de derecho regio la facultad de nuestros reyes en perjuicio de terceros. El autor tiene la oportunidad de concretar este aserto cuando apunta que vale la aprobación y confirmación del príncipe de un mayorazgo establecido con licencia regia en perjuicio de hijo legítimo, no obstante que en otra parte había señalado ya que por derecho regio mucho se restringe la potestad de nuestros reyes[625]. Unos contrastes o antinomias que cabe añadir a los extraídos de la *digna vox*, entre estar absuelto de las leyes y deber vivir según ellas, y a otros que no tardaremos en descubrir.

Probablemente es en el prefacio al libro primero de la segunda parte donde mejor expone Fernando Vázquez lo que piensa en el tratado *De successionibus* sobre el poder absoluto del príncipe y su contenido, que nos corrobora en lo insinuado anteriormente, esto es, que el autor interpreta de manera restrictiva el alcance de la potestad absoluta del príncipe, de su desvinculación del derecho. Restricción, entiéndase bien, que no negación, a pesar de las apariencias en contrario. Por de pronto hemos de agradecer al autor que al fin se haya decido a preguntarse si el príncipe está desligado del derecho[626], o dicho de otro modo, cómo se ha de entender la afirmación de que el príncipe está desvinculado del derecho[627], en un contexto destinado a perfilar una cuestión que ya venía planteándose desde las páginas iniciales de la primera parte.

Vázquez de Menchaca no entra de golpe y de forma decidida a resolver el dilema en el prefacio, las preguntas sobre si el príncipe está absuelto de las leyes y sobre cómo se ha de entender esta desvinculación, vienen precedidas y seguidas de otras reflexiones que ayudan a precisar algo más su pensamiento en esta obra, nada tajante, según ve-

---

[623] *Ibidem*, 1, 3, 26, nº 47.

[624] *Ibidem*, 1, 3, 26, núm. 105-106.

[625] *Ibidem*, 1, 3, 26, nº 97.

[626] *Ibidem*, 2, 1, Praefatio, nº 86, con este rótulo en el sumario: «Princeps an sit legibus solutus».

[627] *Ibidem*, 2, 1, Praef., nº 111, con este otro título en el sumario: «Princeps legibus solutus esse, ut intelligendum?».

nimos recordando. Vázquez de Menchaca no hace apología del poder absoluto del príncipe, mas el autor deja los suficientes resquicios para que el príncipe pueda actuar con relativa comodidad por encima de lo establecido por el derecho positivo, y aun si se tercia al margen también del derecho natural, y del de gentes, del que distingue uno primario y otro secundario.

El tema de la dispensa sirve de excusa al autor para adelantar sus puntos de vista, inspirados por la doctrina de la causa. Así como el príncipe puede revocar las leyes, asegura, también las puede dispensar, en particular las de derecho positivo, de modo que pueden, él y el pueblo, dispensar con causa de las leyes meramente positivas dadas por ellos mismos, mientras que sin causa solamente puden dispensar en aquellas cosas que autoriza a los príncipes el propio derecho positivo, como es el caso de legitimar a hijos espurios o restituir defectos contenidos en diversas cláusulas[628].

Aún abunda más en la cuestión. Según Vázquez de Menchaca, el príncipe puede dispensar sin causa en aquellas cosas que le han sido concedidas por el derecho de su región, o en las que son de pequeño perjuicio, pero no en las otras. De acuerdo con lo derechos de la ciudad, explica, porque las obligaciones de derecho positivo dependen de cada derecho de la ciudad. De pequeño perjuicio, aclara, porque los pueblos dieron potestad al príncipe para dispensar únicamente *in modicis*, si bien reconoce el autor la dificultad que existe para distinguir el pequeño perjuicio del grande[629].

De atender a lo acabado de manifestarse, y si no se añadían nuevas precisiones, un gran boquete se abría por donde podía penetrar con cierta facilidad el poder absoluto del príncipe, fuera con causa o sin ella. A taponarlo acude cuando se pregunta si el príncipe puede dispensar para crear mayorazgos, o para disolverlos ya creados, así como para los oficios o cargos públicos que hayan de ser vendidos. En opinión del autor se ha de restringir y regular la potestad del príncipe, tanto en cuanto a constituir los mayorazgos en perjuicio de los otros hijos legítimos, como para disolver aquellos que ya están ordenados, en todo o en parte, y lo mismo respecto a vender los oficios y otras innumerables cosas de este género que habitualmente, *quotidie*, se conceden[630].

La potestad del príncipe ha de ser regulada, acabamos de oír, y en efecto, inmediatamente después de su anuncio explica por quién ha de serlo. Y ahora sí se aparta de la actitud tradicional. De acuerdo con el sentir de Fernando Vázquez, la potestad de los príncipes se regula por la concesión del pueblo, bien sea ella expresa o tácita. El príncipe tan sólo puede lo que le ha sido concedido por el pueblo, y fuera de ello

---

[628] *Ibidem*, 2, 1, Praef., nº 41.
[629] *Ibidem*, 2, 1, Praef., nº 42.
[630] *Ibidem*, 2, 1, Praef. nº 43.

nada puede hacer, tanto por concesión explícita del pueblo como por la que verosímilmente se entiende habría de conceder[631].

Algo bien distinto de la *translatio imperii*, defendida por una pléyade de juristas castellanos, según conocemos, desde Montalvo a Covarrubias. Que esto es así se confirma por otra afirmación suya, donde se representa al pueblo como mandante y al príncipe como mandatario, al estilo diríamos de los poderes de los procuradores de las Cortes de Castilla, depedientes de sus ciudades, de carácter contractual: al príncipe, dice, no le es lícito transgredir la comisión dada por el pueblo, inmediata o mediatamente[632]. También se ratifica por otro dicho por él recogido, que afirma que la potestad y la jurisdicción de los príncipes fue creada para utilidad de los súbditos y no de ellos mismos[633]. Es una nueva manifestación del juego de contrastes a que nos tiene acostumbrados, y no será la última; se da relativa amplitud a la potestad absoluta del príncipe, pero luego se recogen velas.

Pero vayamos al grano, ¿está desvinculado el príncipe de las leyes? De atender únicamente a la literalidad de su respuesta al interrogante, *princeps an sit legibus solutus*, tendríamos que afirmar, según hace él, que el príncipe, como los súbditos, o conciudadanos, está obligado a la observación de la ley. Por la propia naturaleza de las leyes, equiparadas a los contratos y convenciones[634]. Sin embargo, a continuación, interpretando una ley del Digesto sobre la relación del príncipe con las leyes, modera la afirmación precedente, volviendo sobre precisiones pasadas, por cuanto señala que la desvinculación del príncipe respecto de éstas procede en aquellas cosas que son de pequeño perjucicio, como son las pertenecientes a las solemnidades de los juicios, de los contratos, testamentos y últimas voluntades, y no en cambio con las relativas a la observación de los pactos, sean expresos o tácitos, particulares o universales[635].

No es ésta la única ponderación que contemplamos en Fernando Vázquez respecto de un principio tan apararentemente concluyente, como sería el de la vinculación del príncipe a las leyes, porque el argumento de la causa, tan socorrido, y el recurso al empleo de la locución *regulariter*, nos los volvemos a encontrar empleados aquí para justificar actuaciones del príncipe contra el derecho natural o de gentes primario. A propósito justamente de la citación procesal, que considera de esta condición. El príncipe, sostiene, no puede quitar aquellas cosas que son de derecho natural o de gentes primario, y por ello el príncipe no debe

---

[631] *Ibidem*, 2, 1, Praef. nº 44.

[632] *Ibidem*, 2, 1, Praef. nº 60. También de mandato, comisión y concesión en relación con la potestad que el príncipe tiene del pueblo se habla en el nº 104.

[633] *Ibidem*, 2, 1, Praef. núm. 10 y 15.

[634] *Ibidem*, Praefatio, nº 86.

[635] *Ibidem*, Praefatio, nº 87. En relación con los contratos, que obligan al príncipe en cuanto a la sustancia, por su condición de derecho de gentes, pero no en cuanto a las solemnidades, que son de derecho civil, vuelve en el nº 182.

proceder regularmente sin citación, pero sí puede proceder sin citación con causa, según su opinión[636].

Lo dicho para la citación vale para todas las cosas que son de derecho natural, que regularmente no las puede quitar el príncipe, aunque sí puede transgredir el derecho natural por causa, y habitualmente, *quotidie*, suele hacerse, dice. Pero esto sería de plena potestad, ya que el príncipe no puede omitir el orden de los juicios de potestad ordinaria, dando así entrada de nuevo a la distinción entre plenitud de potestad y potestad ordinaria[637].

En efecto, no es sólo la citación, porque también se pregunta por la excepción, la defensión, el juramento, la prueba y la apelación, que no puede omitir el príncipe sin causa, pues se saldría de los términos de su potestad[638].

Las ideas acabadas de exponer, de sometimiento regular u ordinario del príncipe a las leyes, pero de desvinculación por causa, incluso del derecho natural, las expresa de nuevo bajo una nueva formulación: qué se comprende cuando se dice que el príncipe está desligado de las leyes, *princeps legibus solutus esse, ut intelligendum.* Para él, con este axioma se entiende que el príncipe puede prescindir de toda solemnidad y de todo orden de prueba, y no sólo de derecho positivo, sino también del natural, pero a sabiendas, de plenitud de potestad y con causa, *scienter et ex causa et de plenitudine potestatis*[639]. Al margen de una precisión, nada accidental, que ya conocemos, y es que el príncipe puede hacer sin causa algunas cosas, como legitimar espurios, por mucho que este caso sea distinto a su entender, ya que el príncipe puede usar de su potestad si no provoca alguna injuria o lesión, o cuando es de pequeña consideración[640].

En definitiva, como resumen de lo dicho por Vázquez de Menchaca en esta obra, y pese a todas las limitaciones y restricciones ofrecidas por el autor, cabe deducir que a la postre el príncipe estaría desligado del derecho positivo o civil en determinadas situaciones, que no eran escasas: siempre si media causa y en ocasiones sin ella, como sucedería en asuntos de forma y solemnidades, cuando no se produce perjuicio en terceros o en el caso de que el daño fuera de pequeña entidad, es decir, todo el mundo de la gracia, cuando menos. Aparte de que con causa el príncipe puede transgredir el derecho natural y el de gentes primario. Del mismo modo, es lícito concluir que en el tratado *De successionibus* Vázquez de Menchaca no acaba de negar la distinción entre potestad ordinaria y plenitud de potestad, lo que el príncipe puede hacer *regulariter* y lo que puede hacer de forma no ordinaria, y hasta podíamos de-

---

[636] *Ibidem*, Praefatio, núm. 98-107. El nº 104 lleva por título en el sumario: Legum principumque potestas, y el 106: Principum legum potestas.

[637] *Ibidem*, Praefatio, nº 108.

[638] *Ibidem*, Praefatio, núm. 109 y 131.

[639] *Ibidem*, Praefatio, núm. 111-112.

[640] *Ibidem*, Praefatio, nº 116.

cir, a la luz de diversos pasajes mencionados, que el autor parece aceptar la distinción.

En la segunda de sus obras, en las *Controversias*, se recrea más en su pensamiento, de lo que es consciente[641], elevando en esta oportunidad el tono crítico contra los juristas de la glosa y los doctores que sostuvieron el desvinculamiento del monarca respecto de las leyes, así como la distinción de una doble potestad en el príncipe, una ordinaria y otra absoluta. En el fondo, sin embargo, no va a apartarse gran cosa de los criterios que ya conocemos, gracias a los matices o contradiciones habituales en su doctrina, como no podía ser de otra manera, si es que no se decidía a romper con el orden político de la sociedad señorial castellana, extremos a los que no llegó Vázquez de Menchaca.

El autor procede por sucesivas oleadas a exponer sus tesis sobre el poder del príncipe en esta obra, a partir del prefacio, y durante todo el libro primero y parte del segundo, intercalando argumentos viejos y nuevos, con distinta profundidad y detenimiento según los pasajes, pero siempre con una finalidad didáctica, la de intentar despejar dudas y contradicciones, que no dejaba, ni podía dejar de tenerlas, no obstante la aparente seguridad que manifiesta. El lector, al menos eso me ha sucedido a mí, así lo capta, y por ello, aunque menos sistemático, puede resultar más ajustado y fiel a su pensamiento el desgranar lo que va diciendo en los episodios principales, camino que vamos a seguir.

Ya en el prefacio al libro primero nos recuerda con la autoridad de numerosos autores, juristas y no juristas, que el principado se inventó para utilidad de los súbditos, que el príncipe es para que atienda a la común utilidad del pueblo[642]. O lo que es lo mismo, que el rey es para el reino, y no el reino para el rey[643]. En consecuencia, no todo le es lícito a los reyes, como pretenden los aduladores, sino solamente lo que es conforme con la justicia y la honestidad, de las cuales son sus ministros los príncipes y no su regla[644]. El fin ético de la función del príncipe quedaba de este modo bien enunciado, desde un principio.

Es en este contexto donde haciendo suyas las palabras de Erasmo rechaza la actitud adulatoria de los que susurran a los príncipes cristianos que lo que a éstos place tiene fuerza de ley, que no están sometidos a las leyes, al tiempo que les atribuyen una doble potestad, ordenada y absoluta, en virtud de las cuales, por la primera pueden hacer lo que establecen las leyes, pactos y convenios, mientras por la segunda no tienen reconocido límite alguno en su actuación[645].

---

[641] En las palabras preliminares del capítulo primero del libro primero hace ver el mérito de su esfuerzo, ya que a pesar de que la materia de los príncipes es la de mayor importancia y utilidad de todas ha sido tratada en cambio con muy poco esmero y atención por los autores. Y no es la única vez, porque en otra ocasión afirma que ningún otro autor hasta él se había acercado a la médula del problema de la relación entre el príncipe y el derecho, según observamos en el libro 1, cap. 25, núm. 13-14.

[642] *Controversias*, Praefatio, Liber Primus, núm. 101-102 y 119-120.

[643] *Ibidem*, nº 104.

[644] *Ibidem*, nº 103.

[645] *Ibidem*, nº 103.

Mas las limitaciones del poder de los príncipes no parecen obstáculo para que Vázquez de Menchaca exalte la grandeza del rey de España, por encima de los demás príncipes del orbe, según él[646]. Como tampoco es impedimento para que contemple a los reyes como ministros y vicarios de Dios en la tierra, particularmente al potentísimo rey de las Españas[647]. Aunque luego en el asunto de la naturaleza jurídica del poder de los reyes acepta de modo simultáneo y acumulativo que el reino, imperio o principado puedan decirse lo mismo de derecho civil que de derecho divino y de derecho de gentes[648]. Todo a la vez, lo cual ya es índice de la complejidad que se descubre en la obra.

En el capítulo primero del libro primero sigue anunciando sus puntos de vista respecto del poder del príncipe, ya que no los desarrolla, excepto por cuanto se refiere a las tres clases de príncipes que distingue, la verdaderamente importante la que denomina mero y legítimo príncipe, que por haber sido creado por el pueblo, del cual consta su concesión expresa o tácita, tiene facultad de dar y modificar leyes[649]. Por lo demás, insiste hasta la saciedad —como para hacer de ello el principio elemental del que van a derivar todas sus aserciones sobre el poder del príncipe, según manifiesta explícitamente— en que todo poder legítimo, tenga la denominación que tenga, ha sido creado o admitido para utilidad pública de los ciudadanos y no para provecho de los que gobiernan, pues en tal supuesto no serían reyes sino tiranos, no se podría hablar de potestad sino de tempestad[650].

Precisamente, como resultado de este principio, sostendrá en varios momentos que es el príncipe quien debe someterse a las leyes y no las leyes al príncipe. El gobierno de los príncipes debe estar bajo las leyes y las leyes como superiores a los príncipes han sido constituidas, afirma, ya que unos y otros se dieron para mera utilidad de ciudadanos y pueblo y no para utilidad de los que gobiernan. Los príncipes son ministros, custodios y ejecutores de las leyes, dirá también, y adolecen del vicio de adulación los que sostienen que el príncipe está absuelto de las leyes regularmente, fuera de algunos casos de leve perjuicio, como ocurriría con las solemnidades de los juicios, contratos, testamentos o últimas voluntades, ya que no respecto a la observancia de los pactos, cuya obligación equipara a la obligación de la ley: la ley es contrato y el contrato es ley, afirmará, pues del mismo modo que el contrato es un acuerdo de dos o más, la ley supone el acuerdo y consentimiento de muchos ciudadanos[651]. Algo que no nos puede sorprender después de conocer el contenido del tratado *De Successionibus*, ahora más desarro-

---

[646] *Ibidem*, núm. 90 y 100.

[647] *Ibidem*, nº 139.

[648] *Ibidem*, núm. 105-118.

[649] *Ibidem*, Liber primus, cap. 1, núm. 1-9.

[650] *Ibidem*, Liber 1, cap. 1, nº 10 para el aserto y núm. 10-26 en general, aunque ya lo contemplamos en el nº 2.

[651] *Ibidem*, núm. 8, 14, 15, 16, 19 y 22-26.

llado, la duda se sigue planteando en el término *regulariter*, así como en lo que cabe discernir por de leve o pequeño perjuicio.

El tema lo reitera en el capítulo segundo, interpretando diversas leyes del Digesto, de la *Instituta* y del Código, cuando señala que como tanto la potestad canónica como la civil fueron creadas para utilidad del pueblo y ciudadanos no viene a cuento que se diga por estas leyes que el príncipe está absuelto de las leyes o que lo que al príncipe place tiene fuerza de ley. La autoridad de Erasmo le sirve nuevamente de apoyo, pues el de Rotterdam calificaría a esas leyes de duras e inhumanas, negando que el príncipe estuviera desvinculado de las leyes, o que su voluntad fuera ley, del mismo modo que también rechazaba la existencia de una doble potestad en el príncipe, una ordinaria, sometida a las leyes, y otra absoluta, sin limitaciones legales, sólo dependiente de su voluntad[652]. Si bien Vázquez de Menchaca introduce a continuación una matización, ya bien conocida, que a mi entender suponía abrir un buen resquicio a las palabras sin fisuras de Erasmo. En su opinión, que la presenta como «otros sienten», la aplicación de las leyes objeto de análisis debe restringirse a las solemnidades y al orden y forma de proceder en los contratos, juicios y últimas voluntades, que no a otras de más sustancia e importancia, como la observación de los contratos o las adquisiciones y enajenaciones de bienes[653].

No es sólo este matiz consabido, porque el autor introduce otros al tratar de diversos aspectos relativos a la capacidad del príncipe para dar leyes. Así, con fundamento en la doctrina de la causa, apunta que lo que al príncipe place, con ánimo de dar ley y con conocimiento de causa, tendrá fuerza de ley en cuanto a su ejecución si es de pública utilidad, teniendo en cuenta que tanto los gobernantes como las leyes han sido instituidos para mera utilidad de pueblos y ciudadanos[654]. Más aún, en caso de duda, y en relación con los súbditos, se presume justa causa y pública utilidad en el príncipe y en las leyes[655]. Solamente si fuera notorio que tales disposiciones del príncipe son nocivas para el pueblo no tendrían fuerza de ley ni alcanzarían efecto y ejecución, dado que como viene diciendo la potestad de los príncipes es para utilidad de pueblos y ciudadadanos y no para lo contrario[656]. Del mismo modo carecerían de fuerza de ley los preceptos del príncipe si fueran abiertamente contra la razón[657], y tampoco la tendrían en caso de que no menos frontalmente se opusieran al derecho natural y de gentes, ya que no ocurriría en caso de duda, pues entonces no dejarían de gozar de vigor de ley[658].

---

[652] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 2, nº 1.
[653] *Ibidem*, lib. 1, cap. 2, nº 1.
[654] *Ibidem*, lib. 1, cap. 2, núm. 1-2 y 10.
[655] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 2, núm. 3, 10 y 18.
[656] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 2, nº 10.
[657] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 2, núm. 10-13.
[658] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 2, nº 13.

¿Puede cambiar el príncipe las leyes de derecho positivo? En opinión de Vázquez de Menchaca la respuesta depende del poder (del mandato y concesión) que le haya otorgado el pueblo. Sin embargo, de ordinario, *regulariter*, a los reyes las leyes de su región, aun las positivas, no le están sometidas y así no las puede cambiar sin el consentimeinto del pueblo, puesto que él no es emperador de la ley, sino su custodio, ministro y ejecutor, repitiendo ideas ya muy usadas con anterioridad. Aunque esta regla tiene excepciones, según el autor, ya que fallaría cuando el pueblo le ha otorgado al príncipe expresamente el poder de cambiar las leyes, o si el pueblo ha abdicado de toda su potestad y la ha trasladado al príncipe, como también, en tercer lugar, en cosas de pequeña importancia, en lo que no es verosímil que los cambios de leyes por parte del príncipe se opongan a las facultades que le han sido atribuidas por el pueblo[659].

Otra cuestión, la última que se plantea en este capítulo en torno a lo que acabamos de referir, es si el príncipe que tiene facultad para dar nuevas leyes y cambiar las existentes precisa de consentimiento y consejo, o no necesita la intervención de nadie, conforme sostienen la mayor parte de doctores. A su juicio es un tema que hay que tratarlo con cuidado, ya que regularmente es más verdadero que ni una ni otra cosa pueden hacer los príncipes a no ser que expresa, tácita o verosímilmente les haya sido concedido por el pueblo, de acuerdo con lo que aconteció en el pueblo romano[660].

Su doctrina sobre la relación del príncipe con la ley tiene ocasión de manifestarse de nuevo en el capítulo tercero, particularmente en materia de contratos, que no está exenta de contradicciones, según vamos a verificar. Para Vázquez de Menchaca, pronunciándose contra la mayoría de doctores, los contratos celebrados por el príncipe con los súbditos le obligan no sólo naturalmente, sino también civilmente, y esta obligación es tan eficaz que no puede apartarse del contrato ni aun de potestad absoluta, o de plenitud de potestad, términos que en esta ocasión no desdeña ni rechaza, incluso concuerda con los doctores en este punto, porque refuerza la obligación del príncipe. Entre los doctores cita a Baldo, Paolo di Castro, Decio y Fernando de Loazes[661].

Para Vázquez de Menchaca, como ya había expuesto en el tratado *De successionibus* y vuelve a hacerlo ahora, los contratos obligan civilmente al príncipe, y no tan sólo naturalmente, aunque fuera por una única razón, y es la de que el príncipe está sometido a las leyes de su región o pueblo. El príncipe, ni aun por ser titular del principado deja de ser ciudadano y como tal en sus contratos usa del derecho privado, además de que no es emperador de las leyes, sino su custodio, ministro

[659] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 2, nº 19.
[660] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 2, nº 20.
[661] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 3, núm. 1-2.

y ejecutor, por cuya función está más ligado a las leyes que el resto de ciudadanos, según asegura[662].

Insiste en sus ideas Vázquez de Menchaca, en que el príncipe está sujeto a las leyes, pese a cuanto en contrario se afirma en el Digesto y en otras leyes. En su opinión, tales leyes deben interpretarse de dos maneras: o bien porque la desvinculación del derecho es un derecho peculiar del príncipe romano, y no de los restantes príncipes que no le reconocen como superior, o bien porque el mismo príncipe romano está igualmente vinculado por las leyes hasta que sean cambiadas y abolidas por él, y en este sentido decimos que está absuelto de las leyes en cuanto puede abrogarlas para utilidad de la república. Aun cuando todavía cabe un tercer sentido de entender semejantes leyes, al decir del autor, y es respecto a las solemnidades y formas de los juicios, contratos y últimas voluntades, ya que no en cuanto a su fuerza y eficacia, porfiando una y otra vez en sus tesis[663].

También en el ámbito de los contratos hace una importante precisión respecto a la fuerza indiscriminada de ley que se les atribuye, como que en cuanto tal ley los pactos y contratos del príncipe pueden ser alegados en juicio y como ley obligan a los jueces, según suelen entender comúnmente los doctores, caso de Cino, Bártolo y Baldo, cosa que él rechaza. Para Vázquez de Menchaca únicamente tienen fuerza de ley para las partes contratantes, el príncipe y aquellos con quienes contrata, pero no para el resto de ciudadanos, que no tienen conocimiento de esos contratos, elaborados privadamente, cuando las leyes se promulgan precisamente para que lleguen a conocimiento de todos. Con razón, añade, podríamos calificar de clandestinas a aquellas leyes si tales contratos se tuvieran por leyes. Los jueces, por supuesto, tampoco estarán obligados a considerar esos contratos como leyes[664].

Pero es aquí, en sus argumentaciones para delimitar la fuerza de ley que tienen los contratos del príncipe, donde constatamos alguna de las contradicciones del autor sobre el alcance del poder absoluto del príncipe, entendido como desvinculado de las leyes. En efecto, para reforzar su repugnancia a equiparar sin más a los contratos del príncipe con la ley, y restringir los efectos de ley a las partes contratantes, Vázquez de Menchaca resalta la paradoja que se crearía en el caso de que conscientemente el príncipe hubiera efectuado un contrato con una persona que tuviera prohibido contratar o fuera incapaz o inhábil, pues en esa circunstancia parece que le dispensa de la prohibición y le hace hábil y capaz para efectuar tal contrato. Ello significaría, continúa, que así como por una ley positiva está impedido e inhabilitado, por otra ley positiva, esto es, por indulgencia del príncipe, se le hace capaz y hábil, resultando removido el impedimento legal. De donde, avanzando más en su raciocinio, si *regulariter* está prohibida la donación entre padre e

---

[662] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 3, núm. 2 y 3.
[663] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 3, núm. 3 y 4.
[664] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 3, núm. 5-6.

hijo que está bajo su potestad, sin embargo si se hace por el príncipe valdrá y tal contrato tendrá fuerza de ley; aunque no porque tal contrato sea beneficioso o perjudicial a los restantes ciudadanos no contrayentes, como opinan falsamente los doctores, sino porque por la intervención del príncipe cesaría el impedimento legal, del mismo modo que si fuera removido por una ley[665].

La contradicción, notable a mi modo de entender, consiste en que Vázquez de Menchaca niega una y otra vez que el príncipe está desvinculado de las leyes, o que su voluntad sea ley, y en esta ocasión equipara la intervención del príncipe —mediante su indulgencia— a la ley. Aunque forzando la situación, con el fin de intentar encajar estas afirmaciones suyas dentro de sus postulados, podríamos preguntarnos: ¿consideraría Vázquez de Menchaca que hacer capaz legalmente a un incapaz es algo que pertenece al género de las solemnidades y formalidades de los contratos, o si no es esto, cabe incluirlo dentro de los asuntos que ocasionan leve perjuicio a terceros, y sería entonces una excepción por él admitida a la regla de que *regulariter* el príncipe no está desligado del derecho positivo? Si así fuera, habrá que convenir en que las facultades de gracia del rey son de bastante más entidad que lo que proclama en su discurso. Convertir a un incapaz en capaz, o hacer legales actos ilegales, convalidándolos, no era precisamente algo baladí en una sociedad de privilegio, y Vázquez de Menchaca debía saberlo.

En el siguiente capítulo, el cuarto, vuelve de nuevo sobre sus ideas, en esta oportunidad desarrollando el concepto de jurisdicción, que había iniciado en el capítulo precedente, y más en concreto al tratar de dos asuntos, si puede el príncipe enajenar los vasallos o ciudadanos de sus dominios y si puede enajenar los bienes de la corona, de su reino, supuestos que rechaza de un modo general, bien que luego se cura en salud respecto a los reinos de las Españas, donde se han de observar sus derechos especiales, según expresa declaración[666].

Para su toma de postura utiliza una vez más los mismos principios: todo principado, reino o imperio, toda jurisdicción en definitiva, se inventó para exclusiva utilidad de los ciudadanos y sólo es verdaderamente justo y legítimo aquel principado o príncipe que procede de la concesión libre y espontánea de los ciudadanos. En consecuencia, es regla indubitable, dice, que el príncipe no puede enajenar los ciudadanos de sus dominios sin su propio consentimiento. Por lo mismo, también es otra regla que el príncipe no puede enajenar los bienes de la corona regia a no ser por consentimiento de los ciudadanos, o por razones de pública utilidad y necesidad, o en último caso porque sean módicos, pues entonces es verosímil que no se oponga la voluntad de los ciudadanos, si es que no va incluida ya en la general comisión otorgada por los ciudadanos, aunque sea tácita, de modo que esta tercera excepción

[665] *Ibidem*, Lib. I, cap. 3, núm. 7.
[666] *Ibidem*, Lib. I, cap. 4, nº 9 para esta confesión.

queda comprendida en la primera[667]. A lo largo de su exposición repudia las opiniones entre otros de Inocencio, Baldo, Alejandro, Decio, Montalvo y Fernando de Loazes.

No podía faltar tampoco en este capítulo un explícito pronunciamiento sobre el poder absoluto del príncipe, en este caso oponiéndose a Andrés de Exea, que habría seguido la doctrina de Baldo. Vázquez de Menchaca dice que éstos incurrieron en un error cuando escribieron que la potestad del emperador se denominaba anormal por no estar constreñida por ninguna regla fija, siendo así, de modo bien distinto, que los príncipes estaban sometidos de ordinario, *regulariter*, a las leyes de su república. Y en el mismo error cayeron al afirmar que en el príncipe reside un imperio absoluto, dado que está sujeto a las leyes[668].

Semejantes doctrinas vamos a encontrar en el capítulo quinto, que sigue tratando de cuestiones relativas a las enajenaciones de dominios, bienes, vasallos y ciudadanos por parte del príncipe, si bien aquí se produce un expreso distanciamiento con lo que antes había afirmado en el tratado *De successionibus* sobre la plenitud de potestad del príncipe, lo que es digno de notar. Continúa ciertamente con su valoración del origen y fundamento del poder del príncipe, que no es otro que el mandato y concesión de los ciudadanos[669], en una especie de mandato imperativo, de naturaleza contractual. También nos volvemos a encontrar con su afirmación de que la autoridad de los príncipes fue establecida para utilidad de los ciudadanos y no de los gobernantes[670], con lo cual se hacía de la utilidad pública la causa de la actividad del príncipe. No podía faltar, en fin, la apreciación de que los meros y legítimos príncipes están sujetos a las leyes y no las leyes a ellos, entendiendo por leyes las del derecho civil, además por supuesto de las del derecho de gentes[671]. Lo novedoso, relativamente novedoso, es su tratamiento de la plenitud de potestad del príncipe, más radical que en la obra anterior, como se ha insinuado.

Para empezar, niega que la plenitud de potestad del príncipe tenga alguna virtualidad superior a la potestad ordinaria. Esto lo sostiene al rechazar la opinión de una muchedumbre de doctores, entre ellos Bártolo, Baldo, Decio, Pedro de Belluga y Fernando de Loazes, que decían que el príncipe sin causa y de plenitud de potestad podía quitar a un súbdito una cosa propia y dársela a otro. En opinión de Vázquez de Menchaca no se puede defender que en un mero y legítimo príncipe se encuentre una plenitud de potestad que difiera o diste de la ordinaria, pues para que ese príncipe tenga capacidad para quitar un bien a un súbdito son imprescindibles dos requisitos, que se produzca por causa de necesidad o de utilidad pública y que se le entregue al ciudadano

---

[667] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 4, núm. 1-9.
[668] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 4, nº 10.
[669] *Ibidem*, lib. 1, cap. 5, nº 8.
[670] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, núm. 10, 13 y 28.
[671] *Ibidem*, lib. 1, cap. 5, nº 22.

una congrua recompensa a cambio, y ninguna diferencia existiría al respecto, las mismas exigencias se precisan, asegura, si el príncipe usa de la potestad ordinaria que de la absoluta[672].

Más aún, sigue exponiendo, la potestad ordinaria y la potestad absoluta o plenitud de potestad son iguales a estos efectos, porque ni aun de plenitud de potestad le será lícito al príncipe que cesando la pública necesidad y utilidad se me prive de una cosa contra mi voluntad, lo cual significaría que cometería el príncipe contra mí injuría y violencia, algo muy contrario al derecho y naturaleza del mero príncipe que fue creado para provecho y defensa y no para daño y perjuicio[673].

Tal doctrina, esto es, que ante una necesidad urgente de la república ni siquiera de plenitud de potestad se me puede quitar un bien sin compensación, tiene su raíz a su entender en el derecho divino, natural y de gentes, a los cuales el príncipe está sometido[674]. E incluso, reforzando más su opinión de que ni en uso de plenitud de potestad puede efectuar el príncipe esa acción, llega a decir que la plenitud de potestad no es para hacer mal e injuria, pues entonces no sería plenitud de potestad sino de tempestad[675]. La ética y el derecho forman un buen complemento, según contemplamos una y otra vez.

Luego sin embargo, dentro de un continuo juego de contraposiciones y antinomias al que los juristas de aquella época son tan aficionados, no sólo él, suaviza su postura antiabsolutista introduciendo un matiz de consideración, representado por el mecanismo de la interpretación, además del elemento de la causa. De este modo justifica que por causa de necesidad y de utilidad de la república, por justa causa, puede el príncipe privar a un particular de sus bienes, pues a pesar de que parezca que va en contra del derecho natural, no es sino una correcta interpretación que no le está prohibida al príncipe, como por su parte el papa puede con causa moderar, interpretar y limitar el derecho divino, aunque no lo pueda quitar por entero[676].

Mas luego de un matiz suavizador introduce otra afirmación de dureza, rectificando una posición suya anterior sobre la plenitud de potestad del príncipe. Esto ocurre cuando se pregunta si puede el príncipe alterar y cambiar el orden de suceder establecido por el testador caso de que por tal modificación se reduzca la sucesión al derecho común. Reconoce que la mencionada opinión fue mantenida por numerosos juristas, como Fernando de Loazes, y él mismo defendió en el tratado *de successionibus* que si el príncipe no lo podía llevar a cabo de potestad ordinaria y sin justa causa, podía sin embargo hacerlo de plenitud de potestad y sin causa alguna. Esta afirmación suya ya no le convence y la enmienda ahora. De conformidad con su nueva apreciación, el dere-

---

[672] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 15.
[673] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 16.
[674] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 16.
[675] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 17.
[676] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, núm. 18-19.

cho de suceder es de derecho de gentes, y aquellas cosas que son de derecho de gentes no pueden ser modificadas por el príncipe a no ser que medie justa causa, porque no son cosas que entren dentro de la potestad de un mero y legítimo príncipe. Es más, si fuera de derecho civil tampoco podría el príncipe cambiar la forma de sucesión sin justa causa, dado que los meros y legítimos príncipes están sometidos a las leyes (a las leyes de cada ciudad o reino) y no las leyes a los príncipes[677]. Con lo cual se volvía a negar virtualidad a la distinción entre potestad ordinaria y plenitud de potestad, y de este modo se pronunciará a continuación, pero con otra licencia literaria, que hace que no quede definitivamente cerrada la cuestión. Así señala, refiriéndose al caso que comenta, que nada cambia la cosa porque el príncipe utilice la plenitud de potestad, pues esta potestad no es mayor que la potestad ordinaria, al menos, *saltem*, en cuanto a este asunto y otros semejantes[678].

Unos capítulos más adelante, en el quince, encontramos firmes pronunciamientos del autor contra el poder absoluto del príncipe, aunque, ciertamente, tamizados por la doctrina de la causa. En este sentido, afirma Vázquez de Menchaca que ni aun de plenitud de potestad puede el príncipe quitar a uno algún bien sin justa causa, como tampoco puede de plenitud de potestad dispensar de las leyes disminuyendo las penas de los delincuentes si no existe causa, enfrentándose a la común opinión de la glosa y los doctores que sostenía que el príncipe podía dispensar contra las leyes sin causa alguna. Entre los jurisconsultos cita a Bártolo, Decio y Fernando de Loazes, a quienes añade el nombre de un teólogo, Domingo de Soto, que también defendía que el príncipe podía dispensar sin causa de plenitud de potestad, en concreto para disminuir la pena legítima a un delincuente[679].

Según Vázquez de Menchaca, esta doctrina no sólo mantenía que le era lícito al príncipe cuanto le agradaba, sino que además, como el príncipe era causa de las causas, podía realizar todas las cosas que eran *supra ius* y *contra ius*, y nadie podía opnerle resistencia ni preguntarle por qué actuaba de esa manera, *cur ita facis*, del mismo que tampoco cabía disputar sobre el alcance de su potestad, porque era a modo de sacrilegio. En el fondo, la razón en la que se apoyaban los doctores para mantener estas doctrinas, en su opinión, era que el príncipe estaba desligado de las leyes, *solutus a legibus*[680].

No le convencen a Vázquez de Menchaca estos pronunciamientos, no. De modo bien distinto, reiterando opiniones ya expresadas, dice que el mero príncipe no es superior sino inferior a las leyes y como su ministro, custodio y ejecutor, de lo que se deduciría que no puede dispensar de las leyes sin causa. Por otro lado, como el mero príncipe se entiende creado para la única utilidad de los ciudadanos, y como

---

[677] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, núm. 21-22.
[678] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 22.
[679] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 15, nº 1.
[680] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, núm. 2-4.

asimismo la observancia de las leyes no puede dejar de ser útil a la república cuando las propias leyes lo son, débese concluir entonces, señala, que la violación de las leyes por el príncipe supone un acto que daña a la república, además de que no lo puede hacer en derecho al ser contra su oficio y la comisión recibida del pueblo. Cierto que pese a lo que acaba de afirmar, y aquí viene la excepción, y no se olvide el valor capital de las excepciones en un mundo de privilegio, sí lo podría hacer el príncipe con justa causa[681].

¿Es lícita la dispensa de leyes? La cuestión de la dispensa sirve al autor para proseguir reforzando sus postulados sobre el poder absoluto del príncipe en unos nuevos capítulos. La pregunta está referida a la dispensa como suele entenderla la jurisprudencia, desea dejarlo bien claro, en el sentido de transgresión de derechos o leyes, y no como lo era con propiedad, atendiendo a la verdadera significación de la voz, ya que entonces por dispensa se comprendería recta ordenación y distribución de las cosas[682].

La solución que da a la licitud de la dispensa pasa por la distinción entre dispensas de gracia y dispensas de justicia, que a su juicio merecen un trato antitético, en una postura innovadora, contra la común opinión, y expresamente contra Domingo de Soto, con quien debate ampliamente. Se trata una vez más de otra antinomia del autor, pero que deja a favor del príncipe más facultades de las que aparecen a primera vista. Al entender de Vázquez de Menchaca, las dispensas de gracia las puede hacer voluntariamente el príncipe y sin causa, mientras las de justicia está obligado a efectuarlas, aunque para ello debe existir causa[683].

Por dispensas de gracia, para las que no necesita el príncipe causa, de modo que puede proceder libremente, otorgándoselas a unos y denegándoselas a otros, está entendiendo el autor las legitimaciones, las restituciones de la buena fama y otras cosas semejantes, que en su opinión son de escasa importancia o de pequeño perjucio[684]. Pero eso sí, las dispensas graciosas, en cuanto trangresiones de leyes, no le son posibles ni lícitas a príncipes y magistrados más que en la medida en que de forma expresa, o tácita, o verosímil o cierta se les permite por aquel que les cometió la autoridad[685].

Las dispensas de justicia, para las que se requiere causa, son otra cosa, precisa, pues todo príncipe y magistrado no sólo puede sino que está obligado a efectuarlas, al comprenderse tales dispensas en la jurisdicción que ejercen, que es una potestad pública[686]. Esto sucedería, por ejemplo, cuando determinadas leyes, que por lo común son útiles, no

---

[681] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 4. Pero sobre el papel de la causa profundiza en los núm. ss., 5-12.

[682] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 25, nú. 1-4.

[683] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 25, núm. 3-28.

[684] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 25, núm. 4 y 9.

[685] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 15, nº 4.

[686] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 25, nº 4 y ss.

conviene que se apliquen en ciertos casos, tiempos, lugares y personas, quedando a salvo su vigor para los demás supuestos. La justificación de estas dispensas la encuentra apelando al espíritu de la ley, que no a la letra, ya que no niega que van contra lo establecido con carácter general por las leyes. Además de significar en la misma línea que cuando las leyes no siven para utilidad de los ciudadanos, fin para el que fueron creadas, se debe suspender su ejecución, aunque no pierdan su valor de leyes[687]. La dispensa en su sentido propio, repite en varias ocasiones, no es más que una interpretación recta y oportuna de la ley[688].

Insiste particularmente Vázquez de Menchaca en que las dispensaciones de justicia precisan de la existencia de causa, contra Soto y los tomistas, que pese a no excusar al príncipe de pecado declaraban la validez de la dispensa del derecho positivo realizada sin justa causa. Admitir esto, afirma Vázquez de Menchaca, sería como aceptar que el príncipe es superior a las leyes, cuando de ordinario, *regulariter*, es inferior. Ni aún el papa puede dispensar contra el derecho positivo sin causa, porque su potestad es para el bien y no para el mal[689]. También rechaza la doctrina de Loazes, quien siguiendo a Baldo, y a otros numerosos autores, admitía que el papa podía dispensar sin causa de potestad absoluta, ya que no de la ordinaria, cuando para él esta potestad absoluta, desvinculada de las leyes, no existe en ningún príncipe legítimo[690]. Aunque luego, en contrapartida, acepta que la dispensa con causa se extienda al derecho divino, al natural y al de gentes[691]. Como tampoco era un matiz accidental, por no decir contradicción, concordar con la generalidad de la doctrina en la presunción de justa causa en favor del príncipe[692].

Por causa, por legítima causa, en virtud de la cual se puede dispensar contra el derecho de cualquier naturaleza, entiende Vázquez de Menchaca aquella que vorosímilmente haría que el mismo superior, contra cuya ley o precepto se dispensa, se sentiría movido a concederla y a responder que no estaba en su mente que se observara su ley en aquel caso particular. Por inferior está entendiendo, a su vez, al príncipe con relación al derecho divino o natural, al obispo respecto al derecho canónico y a cualquier juez ordinario por consideración con el derecho de su príncipe[693].

Al final su doctrina sobre las dos clases de dispensa debía resultar chocante, a la par que original, contra tirios y troyanos, pues las dispensas de gracia, limitadas en su contenido, no precisaban del cumpli-

---

[687] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 15, núm. 4-9.

[688] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 27, núm. 3 y 13.

[689] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 25, núm. 12-16. Pero ni el propio Dios podría transgredir las leyes del Decálogo, si ello supusiera un mal, porque Dios no puede hacer el mal (Lib. 1, cap. 27, nº 13).

[690] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 25, núm. 27-28.

[691] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 25, núm. 18-23.

[692] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 15, nº 17.

[693] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, nº 1.

miento de ningun requisito por parte del príncipe, sometidas a su sola voluntad, mientras las de justicia, amplísimas en sus posibilidades, quedaban restringidos por la necesidad inexcusable de la justa causa, si bien ésta se presumía en el príncipe. Vázquez de Menchaca no acababa de romper con el poder absoluto del príncipe, pero sí avanzaba en su limitación y contención, según podemos de nuevo comprobar por uno de estos capítulos que tienen como motivo la dispensa, el veintiséis, uno de los más importantes a nuestros efectos en razón de la argumentación utilizada, muy poderosa, aunque enrevesada y a veces farragosa.

En este capítulo, y siempre partiendo como tópico de su proposición principal, es a saber, que todo poder legítimo ha sido establecido para utilidad pública de los ciudadanos, vuelve a rechazar el empleo que hacen los autores de aquella máxima que distingue en el príncipe dos potestades, una ordinaria y otra absoluta. En su opinión, y es uno de los argumentos, si rectamente se examina la cosa, no hay razón para pensar que en los príncipes existe potestad absoluta y en las personas particulares no, pues los príncipes nada pueden contra el derecho, como nada pueden los particulares. Esto ocurre incluso si los príncipes dicen que quieren usar de la plenitud de potestad o potestad absoluta, puesto que ninguna potestad de los príncipes, sean eclesiáticos o profanos, es para el mal, sino sólo para el bien, o dicho de otro modo, que es para mera utilidad de los súbditos y no para provecho de los que gobiernan[694].

No se detiene aquí en su discurso, Vázquez de Menchaca sigue indagando más en la distinción, para cuestionar el valor de la plenitud de potestad del principe. Para él, cuando el príncipe emplea la cláusula de plenitud de potestad, o de potestad absoluta, es como si dijera de su íntegra potestad, y la única utilidad de la cláusula será la de declarar más y más su voluntad y deliberación, ya que no la de aumentar su poder. Entonces, si aquella cláusula de plenitud de potestad se utiliza, tendrá el efecto de significar que hasta donde se extiende su potencia se extienden los efectos de aquel acto o acción, pero sin ampliar más su poder. Y lo dicho para el uso de la cláusula de plenitud de potestad por el príncipe vale para la de *ex certa scientia*, señala, porque esta última supone la de plenitud de potestad, según la glosa y los doctores[695].

En su empeño por perfilar su postura da cuenta de una serie de afirmaciones que eran doctrina común en defensa de la plenitud de potestad en el príncipe y que él va a utilizar a su medida. Una de ellas, y que de momento no juzga, era la de que aunque de odinario, *regulariter*, el príncipe por medio de una disposición general no parece querer perjudicar a los privilegios especiales, sin embargo, si emplea la cláusula de cierta ciencia o si dice que de plenitud de potestad quiere derogar los privilegios entonces les quitará su valor, dado que el príncipe al uti-

[694] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, nº 2.
[695] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, núm. 2-3.

lizar su poder ha dejado expresa constancia de que ha deseado perjudicar a los privilegios[696].

Otra afirmación habitual de la doctrina, sobre la que luego profundizará más, es la de que el militar en caso dudoso no parece que quiera utilizar el privilegio militar, sino el derecho común, a pesar de lo cual, según Vázquez de Menchaca, no se llega a decir por eso que el militar disponga de una doble potestad, una ordinaria y otra absoluta, de modo que haría uso de la potestad ordinaria cuando actúa conforme al derecho común y de la absoluta cuando se vale del derecho especial militar. Más aún, por muy privilegiada que sea la potestad del militar todavía está sometida a las leyes, puesto que en aquellos casos en los que expresamente no se encuentre privilegiado utiliza el derecho común, según es común opinión entre los doctores. Y a semejanza de lo dicho para los militares, aunque el príncipe sea un privilegiado como ningún otro, sin embargo no por ello podemos decir que su potestad es absoluta y libre de las leyes, puesto que en los casos en que no se encuentre expresamente privilegiado por la ley ha de usar del derecho común de su ciudad, además de que su potestad no es para su propia utilidad sino para la de la república, según apostilla el autor[697].

Una nueva afirmación de los doctores que recoge, aunque de entrada no la considera doctrina segura, es la que sostiene que en caso dudoso no parece que el príncipe vaya a usar de la plenitud de potestad, y que en todo caso tendría dos excepciones, a juicio de buen número de autoridades, ya que no procedería esa declaración en el supuesto de que el acto del príncipe no valiera de potestad ordinaria, sino sólo de plenitud de potestad, y tampoco tendría lugar en el caso en que por justa causa le fuera lícito al príncipe servirse de la plenitud de potestad[698].

Cierto también, reconoce Vázquez de Menchaca, que estos doctores señalan límites al empleo de la plenitud de potestad por parte del príncipe, como es el de considerar que cuando usa de la plenitud de potestad se está hablando de un poder bueno y laudable y no objeto de vituperio, así como no dejan de admitir que en virtud de la plenitud de voluntad no puede el príncipe violar los contratos[699].

¿Qué opinar de todas estas afirmaciones, dice Vázquez de Menchaca? La solución depende de lo que entendamos por diversas textos del Digesto y del Código en los cuales se afirma que el príncipe está absuelto de las leyes y que puede dispensar contra las mismas en favor de aquellas personas a quienes desea beneficiar, que por otra parte es el sentir del común de los doctores, precisa. Pero, eso sí, si se admite que al príncipe le es lícito todo y que puede transgredir las leyes, como lógica deducción, reconoce Vázquez de Menchaca, habrán de parecer sos-

---

[696] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, nº 4.
[697] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, núm. 5-7.
[698] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, núm. 8-10.
[699] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, núm. 11-12.

pechosas todas cuantas cosas ha venido diciendo él, ya que sus opiniones negaban, reducían y restringían la potestad del príncipe[700].

Por de pronto, en la salida original que pretende dar al problema, ya que hasta ahora nadie se acercó al núcleo de la cuestión, según asegura, recuerda el autor el valor del derecho natural y de gentes, por el cual se rIgen y al cual están sometidas todas las personas, y del que no se pueden apartar a no ser por alguna peculiar utilidad que las obligue o persuada a acogerse al derecho positivo. Es precisamente sólo por esta peculiar necesidad o utilidad por lo que el derecho civil puede algo añadir, detraer, mudar o declarar del derecho natural y de gentes. Pero ni siquiera el pueblo romano, el único que a su entender transfirió al príncipe el derecho civil, hizo lo propio con el derecho divino, natural y de gentes. Por eso, en materia de contratos, salvo con justa causa, el príncipe no los puede quebrantar, aunque use de su plenitud de potestad; está obligado al cumplimiento de sus contratos por el derecho natural y de gentes[701]. Con estos pronunciamientos el derecho civil quedaba relegado repecto al derecho divino, natural y de gentes, a la par que en consecuencia era relativa la importancia de la cuestión del desligamiento del príncipe respecto a las leyes positivas. Los terrenos se deslindaban.

Tras estas afirmaciones, el autor prosigue su raciocinio en contra de la distinción en el príncipe de una potestad absoluta y otra ordinaria, para lo que se enfrenta con los argumentos esgrimidos por el común de la doctrina que la sustentaba y que antes había avanzado, resaltando sus contradicciones casi hasta al absudo. Así se observa cuando señala que si con el nombre de plenitud de potestad se ha de entender una buena, laudable y no vituperable potestad, y como quiera que la misma significación posee la potestad ordinaria, entonces no puede haber ninguna verdadera diferencia entre ambas. Esto es, para él —profundizando en lo que presenta como debilidades de Baldo y tantos otros, pero forzando mucho la situación— habrían caído en un error cuantos mantuvieron que salvo con justa causa no podía el príncipe hacer uso de la plenitud de potestad, cuando en realidad podía servirse de ella con libérrimo arbitrio, sin causa[702].

En efecto, según Vázquez de Menchaca, sin causa podía actuar el príncipe en el caso de los contratos, últimas voluntades y juicios respecto a la observación de las solemnidades establecidas por las leyes, como si tales leyes no existiesen. Tampoco se le exigiría causa en las legitimaciones y en la remisión o moderación de las penas de los pequeños delitos. Pero igual sucedería en el otorgamiento de gracias, porque así como al militar no se le pregunta por qué deja de usar el derecho común y usa el derecho especial, ni a los particulares se les interroga por el empleo que hacen de sus bienes, ya que son libres de

[700] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 25, nº 13.
[701] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, núm. 14-17.
[702] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, núm. 18-19.

utilizarlos como quieran, incluso derrochándolos, siempre que no ocasionen notables perjuicios a otras personas, del mismo modo el príncipe es libre para usarlos según su voluntad, siempre también que no se empleen de forma inicua u ocasionen daños considerables a terceros. Y es que según una regla de derecho, arguye Vázquez de Menchaca, a nadie hace injuria quien hace uso de su derecho, cosa que a su juicio acontecía en estos supuestos de gracia llevados a cabo por el príncipe sin causa, por libre voluntad[703].

Si aquellas afirmaciones de los doctores no le gustaban, tampoco le convencía otro dicho de aquéllos, y era que en caso dudoso había de entenderse que el príncipe nunca se servía de la plenitud de potestad[704]. En su dialéctica nuevamente se mueve en el terreno de las paradojas, pues para negar la potestad absoluta del príncipe rechaza los argumentos restritivos de una doctrina que la admitía. Aunque en esta ocasión, para rebatir la proposición de los doctores se ve obligado a mostrar cuál era su definitiva opinión sobre la distinción de potestades en el príncipe.

¿Qué alternativa ofrecía Vázquez de Menchaca a la común opinión de los doctores? Tampoco va a estar exenta de contradicciones su toma de partido, por ingeniosa que parezca, puesto que en vez de potestad aboluta o plenitud de potestad apela en su lugar a una potestad privilegiada en el príncipe, por ordinaria que la llame, lo cual en definitiva suponía aceptar en el príncipe un derecho especial, como no podía ser de otra manera, por otro lado, en una sociedad de privilegio, si es que no se decidía a romper con sus presupuestos desigualitarios, cosa que no llega a hacer, como es obvio por el propio rótulo de potestad privilegiada.

Según Vázquez de Menchaca, la plenitud de potestad no es otra cosa que una potestad privilegiada, y se debe de tener en cuenta para comprender su alcance que los privilegios se otorgan a cada uno para su utilidad, lo cual significa que en el príncipe, como en los demás hombres, los actos deben interpretarse pensando en su propio provecho. Es decir, que se ha de considerar que el príncipe utiliza la plenitud de potestad no sólo cuando el acto de otro modo no valdría, como quiere la doctrina de los doctores, sino también en el caso de que fueran válidos, cuando parezca que es más útil para el príncipe hacer uso de la plenitud de potestad. En el príncipe, como en el militar, recalca el autor, unas veces resultará más conveniente utilizar el derecho privilegiado o especial, y otras interesará valerse del derecho común[705]. Afirmar que el príncipe no debe usar de la plenitud de potestad sin causa, advierte, sería como si dijéramos que el mlitar no puede disponer de sus privilegios sin causa, algo que está muy lejos del espíritu del derecho,

---

[703] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, núm. 19-20.
[704] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, nº 21.
[705] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, núm. 21-22.

dado que con tanta libertad y sin el requisito de la causa puede servirse del derecho especial y privilegiado que del común y no privilegiado[706].

Se acoge al derecho privilegiado, concreta el autor, cuando deja de lado las solemnidades de las leyes, bien sea en los testamentos, en los contratos o en los juicios, pero asimismo en el momento en que legitima o cuando retituye del todo la buena fama a un condenado. Usa del derecho común, de modo distinto, si observa las solemnidades de las leyes. En el caso de que el príncipe nos quite los bienes, entonces parece que está utilizando el derecho común, pues esto no puede hacerlo a no ser que exista causa de pública utilidad[707].

Para aclarar su tesis no le importa servirse de la doctrina de la glosa y los doctores que afirmaba que en el supuesto de que el príncipe no observara el orden de los juicios previsto se valía de la plenitud de potestad, pero siempre que se añada que para ello no se le exija causa alguna, según venía sosteniendo el autor. Más aún, perfilando su posición, a Vázquez de Menchaca le parece más propio y conveniente reconocer que esas facultades corresponden a la potestad ordinaria que a la vez es privilegiada, que no hablar de plenitud de potestad, bien que en último término se manifiesta explícitamente dispuesto a aceptar que se la siga llamando plenitud de potestad si así se prefiriere[708].

Su postura está bien definida, por expresada, que no por falta de paradojas: niega la distinción entre potestad ordinaria y plenitud de potestad o potestad absoluta, pero crea un nuevo contraste entre potestad ordinaria no privilegiada y potestad ordinaria privilegiada, sin desechar la posibilidad de continuar empleando la terminología de plenitud de potestad siempre que se ajuste a lo que él viene entendiendo por tal. Dicho esto, no resulta raro que fustigue con dureza a aquellos —entre otros Inocencio y Baldo— que sostienen que aunque el papa en uso de la potestad absoluta, esto es, de su plenitud de potestad, puede derogar un derecho escrito, no lo puede hacer sin embargo de potestad ordinaria. Su enemiga a semejantes planrteamientos la razona, como veremos a continuación.

En su opinión, refutando la doctrina de esos juristas, o bien se da justa causa, y entonces el papa tiene facultad para derogar el derecho escrito tanto de potestad ordinaria como de plenitud de potestad, o dicho de modo semejante, le es lícito tanto de potestad ordinaria como de potestad absoluta, o bien no existe justa causa alguna, y en esas condiciones no le será lícito lo mismo en uso de potestad ordinaria que de plenitud de potestad. Qué es lo que le sea lícito, ya lo dejó dicho cuando habló de los limites que encierra la ley que habla de que el príncipe está desligado de las leyes. Por si acaso, por si surgieran dudas, no tiene reparos en recordar que fuera de esos límites, ya fuera de plenitud de potestad o de potestad ordinariara, actuaría de forma ilícita, cosa que

[706] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, nº 23.
[707] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, nº 22.
[708] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, nº 24.

ocurriría si la disposición fuera contra el derecho divino, el natural y el de gentes. En cuanto al derecho positivo, es de la opinión que no puede derogarlo sin causa si gozase del requisito de utilidad pública, ya que la potestad fue establecida para el bien y no para el mal[709].

Otra cosa que dilucida es el significado de la expresión «supliendo de plenitud de potestad» que suele utilizarse en los privilegios de príncipes y pontífices. A su modo de entender se refiere a la dispensa de las solemnidades del derecho ya que no respecto al derecho divino, natural y de gentes[710].

El capítulo lo cierra Vázquez de Menchaca con una reflexión sobre la presunción de justa causa en el príncipe, que era doctrina común. El no la niega, como ya había anticipado en otra oportunidad, pero sostiene que debe admitirse prueba en contrario. Se necesita ésta para el caso de que sin conocimiento de causa algo mandase o dispensase el príncipe contra el derecho divino, natural y de gentes, porque de lo contrario sería abrir las puertas a la tiranía. No es sólo en este supuesto, porque aun cuando lo hiciera con sumo conocimiento de causa todavía hay que aceptar prueba en contrario, para que se sepa si provoca alguna injusticia o mal. Desde luego, si alguna disposición del príncipe se hiciera *ex certa scientia* y dañara el derecho de un tercero, no obligaría ni en el fuero interno ni en el externo, porque, de acuerdo con su tesis fundamental, todo principado fue creado para utilidad de los ciudadanos y no de los propios príncipes.

En este sentido también afirma que toda dispensa que se haga contra el derecho divino, natural y de gentes, en la que se ocasione perjuicio de tercero, se ha de permitir prueba contra la presunción de justa causa. A lo cual añade otro juicio moral como justificación, en estos términos: cuando el príncipe, incluso de plenitud de potestad, dispensa o hace algo contra el derecho de un tercero, no es aquella tanto plenitud de potestad como de tempestad, según aforismo bien conocido.

En fin, y aparece como colofón de su raciocinio, que en el príncipe no existe ninguna diferencia entre plenitud de potestad y potestad ordinaria, ya que ni una ni otra puede extenderse hasta ocasionar sensibles perjuicios a terceros, salvo en la medida en que se lo permita el derecho de su ciudad, de su reino[711]. Algo muy digno de destacar, ya que la defensa de los derechos de terceros, que en definitiva para eso servía también la doctrina de la causa, aparece en Vázquez de Menchaca como el elemento que marcaba los límites a la plenitud de potestad del príncipe, hasta pretender que ocasionaba su indiferencia con la potestad ordinaria. Vázquez de Menchaca, por muy original que se proclamara, no dejaba de tener en común con otros juristas castellanos puntos esenciales de su obra, aunque también existían discrepancias entre ellos,

---

[709] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, nº 26.

[710] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, nº 27. Por solemnidades del derecho parecen entenderse las propias del derecho civil o positivo.

[711] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 26, núm. 28-31.

como descubrimos en un nuevo capítulo, el cuarenta y cinco, dedicado a desarrollar y fijar su tesis sobre la desvinculación del príncipe respecto de las leyes, que complementa el ahora analizado sobre la plenitud de potestad y también todos los anteriores.

El autor, como era usual entre los juristas del *ius commune*, siguiendo el método de la escolástica, de las *quaestiones disputatae*, pone de manifiesto en primer lugar los argumentos favorables a la tesis de que el príncipe está desligado de las leyes. De esta forma recuerda la ley *princeps legibus* del Digesto, donde abiertamente establecería que el príncipe está absuelto de las leyes, *legibus solutum*. Luego trae a colación la ley regia, recogida en la ley *de constitutione principum* del Digesto y en la *sed quod principi placuit* de la *Instituta*, en virtud de la cual el pueblo transfirió al príncipe todo su poder; y si fue todo quiere decir que nada se excluyó, conforme lo dice la ley *Julianus* del Digesto, y por tanto en todas las cosas está exento de la ley. Otro razonamiento favorable vendría dado por el valor de los privilegios, puesto que las leyes, aun las que contienen disposiciones generales, no afectan a las personas privilegiadas si consta que en aquella materia de que se trata tienen especial privilegio, según defienden Baldo, Decio, Alciato y Tiraquello. Pero como el príncipe, en este asunto de que tratamos, se encuentra expresamente privilegiado, quiérese decir que no está comprendido bajo las leyes que dispongan cualesquier cosa al respecto, como si el género pudiera ser derogado por la especie. Esto también se deduce, añade a continuación, de muchas leyes del Código y del Digesto, que mediante diversos privilegios separan al príncipe del resto de los hombres[712].

Expuestos los apoyos a favor de la tesis de que el príncipe se halla desvinculado de las leyes, pasa el autor a desgranar las pruebas en contra. Con semejante finalidad se sirve de la autoridad crítica de Domingo de Soto antes de rebatir los argumentos arriba recogidos[713].

Uno de los razonamientos de Soto, expuestos por Vázquez de Menchaca, consistía en afirmar que es propio del derecho natural, y de la razón natural, que cada uno debe ajustarse al mismo derecho que ha establecido para otro. De este modo, es congruente con el derecho natural, y hasta exigido por éste, que el príncipe que da leyes las utilice y se someta a ellas.

Si esto es así, continúa con las apreciaciones de Soto, se refuerza más lo dicho por aquel principio, simultáneamente natural y divino, de conformidad con el cual no hagas a otro lo que no quieres para tí, o dicho de otra manera, que lo que quieres para otro, quiérelo para tí mismo. En consecuencia, quien dio a otro una ley parece que por ese hecho se la dio también a sí mismo, y tanto si la ley dada a otro es explícita como tácita.

Soto habría añadido otra tercera razón, y era que el legislador,

---

[712] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 45, núm. 1-2.

[713] Los pronunciamientos de Soto, en *Ibidem*, Lib. 1, cap. 45, nº 3.

cuando da una ley, la convierte en una especie de virtud, que el propio príncipe está obligado a practicar como los otros del pueblo, e incluso más que ellos. Hay que tener en cuenta para explicar esto que toda potestad procede del poderosísimo Dios, a quien tanto más se le asemeja alguien, cuanto más sublime en potestad, dignidad y principado ha sido adornado por el mismo Dios, y por este motivo tanto más debe perseguir cualquier obra de virtud.

El cuarto argumento proviene de la equiparación entre ley y contrato. Según Soto, lo mismo nos obligan las leyes que los contratos, ya que la ley no es más que un cierto contrato y una mutua promesa de todos los ciudadanos entre sí. En consecuencia, así como el príncipe se obliga y se somete a sus contratos, así queda igualmente obligado por ese contrato público que es la ley. Aunque a decir verdad, el príncipe está más obligado, precisaría como un nuevo raciocinio Soto, pues tanto más queda alguien obligado cuanto la obligación deriva de más puro consentimiento, y aquella que procede de la ley dada por el príncipe es de más libre consentimiento en él que en el resto de los ciudadanos.

Todavía Soto aportaría una sexta prueba, apoyándose en la idea de que el príncipe no está fuera de la república, sino que es un miembro de la misma, su cabeza, y por tanto ésta tiene que estar comprendida dentro de las leyes de la república que abarcan a toda ella.

Los argumentos de Soto le reafirman en las ideas que ha venido exponiendo desde el capítulo primero, según las cuales el príncipe, como los demás ciudadanos, e incluso de un modo más estricto, queda comprendido por las leyes dadas por él o por la república, teniendo en cuenta sobre todo que el príncipe no es superior a las leyes, sino su guardián, custodio, ministro y ejecutor. Constatado esto, Vázquez de Menchaca afirma que ya sólo le queda refutar las razones que antes expuso en defensa de la tesis contraria, y en primer lugar las relativas a la ley *princeps*[714]. Mas no sin dificultades, o contradicciones, como se verá, ya que Vázquez de Menchaca no es capaz de salvarlas.

A Vázquez de Menchaca, según propia confesión, no le ocasiona problemas la ley *princeps*, porque él considera la cuestión a la luz del derecho común de todas las gentes y no del derecho peculiar de los romanos. El autor piensa que no tiene ninguna razón de ser continuar tratando este asunto como si el derecho romano debiera ser común a todas las gentes y el emperador romano fuese señor de todo el mundo, una opinión más digna de risa y burla que de amplio debate, a su entender. En este sentido, y ya conforme al derecho común de todas las gentes, el príncipe no es superior a la ley, sino más bien su ministro, custodio y ejecutor, como viene señalando.

Por otro lado, continúa, la ley *princeps*, en la palabra *lex regia*, da por sobreentendido que también el mismo príncipe romano estaba sometido a las leyes antes de que la *lex regia* hubiese sido dada, y de este

[714] *Ibidem*, Lib. I, cap. 45, núm. 3-6.

modo tal ley más es un argumento a favor de nuestra opinión que en contra.

En tercer lugar, señala, aun admitiendo que el pueblo hubiera otorgado al príncipe romano por aquella ley regia una tan amplia y general potestad, no se ha de atender sin embargo a la superficialidad de las palabras, sino a la mente y verosímil intención de quienes la concedieron, ya que es la que debe prevalecer. De atender a este criterio, aquella concesión parece por naturaleza limitada, restringida y reducida para utilidad de los que la otorgaron, y desde luego no se comprende en un general mandato, comisión o concesión aquello que alguien en particular no habria concedido. En consecuencia, piensa Vázquez de Menchaca, se trataba de una concesión respecto a aquellas cosas que eran para utilidad de los otorgantes y no para su perjuicio, que verosímilmente no habrían concedido, como sería quebrantar las leyes beneficiosas para la república, cuya violación, redunda, no puede ser más que perjudicial para los ciudadanos.

Vázquez de Menchaca todavía añadirá un punto cuarto a sus disquiciones sobre la ley *princeps*[715], y de suma importancia, a mi entender, por cuanto revela las debilidades de su doctrina en el tema del poder absoluto del príncipe, aparentemente tan rigurosa y contundente y en el fondo no poco contemporizadora. Después de tantas afirmaciones, que no serán las últimas, Vázquez de Menchaca vuelve a donde solía, a dejar abierta una puerta al príncipe para el ejercicio discrecional de su poder, por los asuntos de gracia y por la teoría de la causa, de amplias dimensiones la gracia y de difícil objetivación la causa. Le sucede algo parecido a lo que ya vimos le ocurría con la plenitud ded potestad, que la negaba, pero la sustituía por otra llamada privilegiada.

Ciertamente, Vázquez de Menchaca sostiene que aún cabe otro modo de interpretar la ley *princeps*, en el sentido de que si alguna vez pudiera transgredir las leyes el príncipe, ello sería con justa causa, relativa a la utilidad de la república. Esto, añade, es lo que de manera vulgar se entiende cuando se dice que con causa no sólo puede el príncipe dispensar de las leyes, sino que está obligado a hacerlo, a cuyos efectos únicamente el propio príncipe está absuelto de las leyes.

No obstante, el príncipe también puede dispensar sin causa. Estas dispensas tendrían lugar en aquellas cosas que le han sido concedidas por el pueblo al príncipe de forma específica, según consta hizo el pueblo romano, tal como las legitimaciones, los perdones de delitos, las restituciones de buena fama y las naturalizaciones, amén de otros asuntos que siendo de tan pequeño perjuicio es verosímil que el pueblo se los hubiese otorgado al príncipe expresamente.

Es decir, prosigue Vázquez de Menchaca, intentando sintetizar sus ideas, que el príncipe está absuelto de las leyes en algunas situaciones: en los supuestos acabados de enunciar, en los que el príncipe no precisa causa para dispensar, y en todos los demás, que puede dispensar

[715] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 45, nº 6.

sólo cuando exista justa causa, si bien entonces no solamente puede sino que está obligado a hacerlo. Y este es el verdadero sentido de la ley *princeps* y de otras similares que afirman que el príncipe está desligado de las leyes, o que el príncipe tiene libre arbitrio de dispensar las leyes. En ninguna otra parte, asegura ufano, se encontrarán explicadas así estas leyes y reducidas a común utilidad de todo el género humano.

Fuera de estos casos, siguen las concreciones, el príncipe no está desligado de las leyes, sino tan atado, o más, que cualquier ciudadano, y a este aserto de ningún impedimento son las leyes citadas, rectamente entendidas. E incluso el príncipe está sujeto a las leyes civiles de su república, asegura.

Luego sin embargo, a renglón seguido, vuelven las matizaciones, interpretando de nuevo la ley *princeps* y alguna más, como para recordarnos que allí se habla de las solemnidades de las leyes civiles, a las cuales no se vincula el príncipe, ya que sus actos tendrán eficacia *inter vivos* pese a que no se guarden las solemnidades de los contratos, al igual que ocurre en las últimas voluntades y en los juicios..

Tampoco es obstáculo lo anterior, en un juego continuo de matizaciones y contraposiciones, para que proceda a concluir su comentario a la ley *princeps*, y a algunas otras, exponiendo su tesis con un lenguaje completamente generalizador, por cuanto afirma que la regla que dice que el príncipe está sometido a las leyes se ha de entender tanto del derecho natural, como de las leyes divinas, las civiles de su república, el derecho de gentes, incluso positivo de gentes, y el derecho canónico.

Pero, ¿qué se quiere decir con que el príncipe está vinculado por las leyes civiles de su reino? Tres cosas, según Vázquez de Menchaca[716]. La primera de ellas, que está obligado por las palabras, sean las palabras de la ley generales o indefinidas, porque las indefinidas se tienen por universales. La segunda, que el príncipe también está afectado en cuanto al efecto y sustancia de la obligación legal, ya que la sustancia de la obligación legal consiste en el consentimiento, verdadero o interpretativo, dado por el príncipe a la ley, del cual hay mucha más certeza y evidencia que del consentimiento de los ciudadanos. La tercera obligación es respecto de las penas, por los daños causados, sin que pueda alegarse el problema de la ejecución, ya que podría ser efectuado por el príncipe o por alguno de sus oficiales, habida cuenta de que el mismo príncipe es juez y ejecutor contra sí mismo en causa propia, por la excelencia de su dignidad. Precisamente en este punto de la pena discrepa de Soto, pese a toda su admiración por él, a quien si disculpa por su oficio de teólogo le reprende por haberse introducido en el campo de la jurisprudencia[717].

Del considerando de la pena se aprovecha el autor para repetir sus ideas sobre la obligación de los contratos celebrados por el príncipe, una última cuestión que le ayuda a perfilar en este capítulo el tema de

[716] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 45, núm. 7-8.

[717] *Ibidem*, Lib. 1, núm. 8-11.

la desvinculación de las leyes por parte del príncipe[718]. Se pronuncia en contra de muchos doctores que habían sostenido que el príncipe, en sus contratos, no quedaba obligado civilmente sino sólo naturalmente. Para él, la obligación derivada de sus contratos es natural, pero también civil, según las leyes de sus principados, a las que están sometidos como el resto de ciudadanos, ya que no conforme a las leyes civiles de los romanos, que excluye expresamente. En su alejamiento del derecho romano también se manifestaba original Vázquez de Menchaca. Como asimismo es singular que no cite en apoyo de sus tesis a ningún jurista de los llamados humanistas, como Alciato o Zasio, del mismo modo que puede extrañar que no apele a la autoridad de alguno de los juristas castellanos que exponemos en este apartado, caso de Fortún García.

Las elucubraciones del autor sobre el poder del príncipe se extienden mucho más en esta obra, basta con examinar los capítulos cuarenta y seis y cuarenta y siete del libro primero, donde insiste en algunas de sus ideas motrices, que todo principado es para utilidad del pueblo o de los ciudadanos y que la potestad del príncipe es una concesión del pueblo, a propósito de la facultad del pueblo para dar leyes, ahora con la cita reiterada de otro teólogo, Alfonso de Castro, sin abandonar a Soto. Pero también en la segunda parte de la obra volvemos a toparnos con reflexiones sobre la potestad del príncipe, que pese a ser limitadoras dejan traslucir una capacidad más que notable de la misma, si no no se entendería que acepte sin más que los mayorazgos puedan ser enajenados por licencia regia, algo que no comprendía tan fácilmente algún jurista castellano, que se lo reprochaba, como se recordará[719]. No es mi intención, sin embargo, continuar con la exposición del pensamiento de Vázquez de Menchaca sobre el poder absoluto del príncipe, sus ideas fundamentales ya han sido desarrolladas con detenimiento, en la creencia de que no son simples y lineales, sino bien complejas y algo contradictorias, sin negar los avances que suponen en la historia de la ciencia jurídica[720].

Otro autor que debemos situar dentro de la corriente que hemos venido en llamar crítica es el obispo Francisco Sarmiento. De menor tono que Vázquez de Menchaca, pero más coherente que él, Sarmiento acepta algunos de los postulados de Diego de Covarubias y fundamenta su discurso sobre el poder del príncipe en la doctrina de la causa y en el respeto de los derechos adquiridos. Sarmiento lleva hasta sus últimas consecuencias la doctrina de la causa, bien que sus preocupaciones más se mueven en el mundo de la justicia que de la gracia, y por tanto en asuntos referentes a terceros[721].

---

[718] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 45, núm. 12-17.

[719] *Ibidem*, Lib. 2, cap. 64, núm. 15-16, en relación con el alcance de las prescripciones.

[720] Para la importancia del autor en la génesis del derecho natural racionalista me remito de nuevo al libro de F. CARPINTERO: *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca.*

[721] Sus dos obras principales las publicó conjuntamente en una segunda edición, seguidas de un pequeño escrito, con este título de volumen: *Selectarum interpretationum libri*

¿Puede el príncipe permitir la enajenación de una cosa sujeta a fideicomiso? Es una pregunta que nos introduce en su forma de resolver las cuestiones que se plantea, ya que responde que regularmente y sin causa no puede hacerlo, y lo mismo da, añade, que el perjuicio que ocasiona a un tercero sea *in re* o *in rem*, como igual le parece que el fideicomiso o primogenitura sea por derecho común que por autoridad del príncipe[722].

En adelante, se esfuerza por profundizar en estas afirmaciones, así rechaza la opinión bastante extendida que distinguía la intervención del príncipe en el dominio de los particulares según fuera el bien adquirido por derecho de gentes o por derecho civil, de modo que si se trataba de derecho de gentes no lo podía hacer sin causa, mientras que si era de derecho civil quedaba a su libre arbitrio, sin necesidad de causa. Esto lo sostenía, entre otros, Decio, recuerda[723].

Que sea de derecho civil o de derecho de gentes, nada varía, insiste, porque sin causa no puede quitar el príncipe el derecho, revocando un testamento, o arrebatando un derecho adquirido por usucapión, por ejemplo, aparte de que como decía Bártolo todo dominio después de que es adquirido es ya de derecho de gentes, aunque el modo de adquirir sea por derecho civil. No olvida tampoco al respecto la doctrina de santo Tomás, según la cual los preceptos de derecho civil no son otra cosa que ciertas determinaciones de derecho natural general o divino[724].

Y lo mismo da que el derecho sea *in re*, o *ad rem*, puro o condicional, otra falsa distinción, como si en el segundo de los supuestos, en el *ad rem* o condicional, fácil y libremente pudiera quitar el derecho el príncipe[725].

Lo que si podría hacer el príncipe de su libre voluntad, pero es otro asunto, es cambiar una ley civil general por otra, sea en materia de contratos o de testamentos, puesto que no va en perjuicio de tercero, al contrario de los propios contratos o testamentos, que no los puede quitar, ya que están constituidos por partes, como puede modificar también la ley sobre prescripción, mas no despojar del derecho adquirido por prescripción[726].

Otra distinción que reprueba Sarmiento, si no de mayor entidad, si de mayor claridad para nuestro tema, es la que tenía por objeto la potestad del príncipe, y que diferenciaba en éste una ordinaria y otra absoluta. Sarmiento, siguiendo de forma explícita el sentir de Covarrubias, la rechaza de plano, considerándola falsa, por el tema de la causa. A su

---

tres. Et de redditibus ecclesiasticis liber unus. Accesit etiam *Defensio eiusdem libelli de redditibus ecclesiasticis ab impugnationibus D. M. Navarri*, Burgos, 1573. Poco después dio a la imprenta una obra complementaria: *Selectarum interpretationúm. Liber quartus et quintus. Ad titulum de liberis et posthumis*, Burgos, 1574.

[722] *Selectarum interpretationum*, Lib. 1, cap. 8, nº 13.

[723] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 8, nº 14.

[724] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 8, núm. 15-17.

[725] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 8, nº 18.

[726] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 8, núm. 13 y 15.

entender, todo lo que hace el príncipe pertenece a la potestad ordinaria y todo lo puede con causa, mientras sin ella nada puede, ni siquiera de plenitud de potestad[727].

Todo lo puede el principe con causa, como perjudicar a uno en su derecho, ¿pero se presume siempre causa en el príncipe, o se exige prueba de la misma? Este es otro interrogante que suscita Sarmiento, y en esta ocasión, lo que es bien llamativo, se distancia expresamente de Covarrubias. Para Sarmiento es necesario que se muestre la causa, o se pruebe, o dicho de otro modo, es más verdadero que conste la causa que no que se presuma[728].

Se necesita causa para que el príncipe pueda quitar el derecho de alguno, y debe estar expresa, ¿mas de qué causa se trata? También Sarmiento se pronuncia sobre la naturaleza de la causa. A su entender, ejemplificando en legados y fideicomisos, se trata de la causa pública, o de la causa piadosa, y no de la utilidad particular, en cuyo caso la voluntad del que dispone se ha de tener como ley[729]. Por cierto que a las leyes también las exige que miren a la utilidad pública, pues de lo contrario, de atender a la utilidad privada, serían privilegios, o leyes privadas, que son inicuas[730].

Es decir, por resumir su postura, que la voluntad del príncipe queda muy cercenada en las cosas tocantes a derechos de terceros, a derechos adquiridos[731], como para negar que exista en el príncipe una potestad absoluta distinta de la ordinaria, bien que siempre se le brinde una escapatoria, la de la causa, que Sarmiento la entiende de utilidad pública o piadosa. Al margen de las posibilidades que en su doctrina ofrece al príncipe la ley civil general, o ley positiva; una ley positiva, por cierto, refiriéndose Sarmiento especifícamente a la canónica, que puede determinar la ley divina y natural, y una de las maneras de esta interpretación es comprender por derecho divino o natural la generalidad y por derecho positivo la concreción[732].

Si Sarmiento es un jurista de no excesiva relevancia en el tema del poder absoluto del príncipe, frente al significado de Fortún García, Covarrubias o Vázquez de Menchaca, otro autor, Diego de Mendoza, o Diego Hurtado de Mendoza, puede ser considerado como muy importante, al menos así lo parece en un estudio comparativo. Mendoza es un excelente conocedor de la jurisprudencia, cita con igual solvencia a los seguidores del *mos italicus* que del *mos gallicus*, aun-

---

[727] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 8, nº 20.

[728] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 8, nº 19.

[729] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 8, núm. 21-23. También, *De redditibus ecclesiasticis*, Pars Quarta, cap. 3, núm. 1-2.

[730] *Ibidem*, cap. 12, núm. 1-5.

[731] Como lo comprobamos cuando afirma que la legitimación no quita el derecho adquirido, en un pasaje de su *Selectarum interpretetationum. Liber quartus et quintus*, Lib. 5, nº 74, vers. et quid sit tantum.

[732] Para su valor interpretativo: *Selectarum Interpretationum*, Lib. 2, cap. 14, nº 1 y *De redditibus ecclesiasticis*, Pars Quarta, cap. 2, nº 6.

que no menciona a Vázquez de Menchaca, y se presenta a sí mismo como original en la respuesta que da al problema que nos ocupa. Crítico, aceradamente crítico con las postura tradicional, pero también con Fortún García y Covarrubias, se muestra sin embargo cauteloso y comprensivo con el poder del monarca hispano[733]. Quizá esto último sea una táctica, ya que en un raciocinio circular, como resulta ser el que dedica a la potestad del príncipe, comienza por destacar el poder de éste, a continuación lo sujeta dentro de estrechísimos márgenes y finalmente, pese a los varapalos que ha proporcionado al poder absoluto del príncipe, o quizá precisamente por ello, disculpa al rey de España de cualquier abuso de poder.

Mendoza exalta la figura del rey en los inicios de su obra, pues si ya es significativo que en la dedicatoria le llame majestad, unas páginas después, entre expresiones de suprema potestad y jurisdicción, reserva al príncipe la función de crear, interpretar y dispensar las leyes. En caso de duda sobre el sentido de la ley, o de ambigüedad de la misma, deberá acudirse al príncipe para que la aclare. Del mismo modo sostiene que es competencia exclusiva del príncipe la suprema potestad de dispensar en las penas, la clemencia. Y todo porque sólo al príncipe toca cuidar del bien público y común[734].

Hasta aquí la formulación positiva de las facultades del príncipe, porque luego Mendoza entra en una vía negativa, negadora de cualquier distinción o proclamación favorable al príncipe. Así va a negar la distinción entre derecho natural y derecho de gentes, fijando su atención en los pactos y contratos celebrados por emperadores, reyes y príncipes con sus vasallos o con extraños. En este punto, critica con dureza a Fortún García porque había dicho que los príncipes estaban obligados a observar sus pactos de derecho o razón natural, pero no de derecho de gentes. Para Fortún García no podía obligar al príncipe el derecho de gentes, ya que sólo manda el que es superior, mas no el que es igual o inferior, y como el emperador es de todo el mundo, en cuanto superior no puede estar obligado por las gentes que son inferiores. Gravísimo error, replica Hurtado de Mendoza, habida cuenta de que el derecho de gentes no es más que la razón natural, y fue impreso en la mente humana por la naturaleza, o por Dios, creador de todo, hasta tal punto que nada más que fue creado el hombre pudo apreciar el bien y huir del mal[735].

También niega que disputar sobre la potestad del príncipe suponga un delito de sacrilegio, como habían sostenido tantos juristas al interpretar la ley imperial *de crimimine sacrilegii*. El, por de pronto, se considera absuelto de semejante crimen, y eso que va a hablar mucho de la potestad del príncipe. En particular rechaza las opiniones de Jasón, De-

---

[733] Por de pronto, al igual que otros autores, le dedica a Felipe II su libro: *Disputationum iuris civilis, in difficiliores leges f. f. de pactis. Libri tres*, Alcalá de Henares, 1586.

[734] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 3, núm. 23-44.

[735] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 1. Pero sobre si los contratos obligan de derecho de gentes, como es su posición, vuelve en los dos primeros capítulos del libro 3.

cio y Rojas, anunciando ya el autor su posición contraria a la plenitud de potestad del príncipe, o potestad absoluta, mientras se muestra favorable a la tesis de que el príncipe se halla obligado por la fuerza coactiva de la ley, siempre con la mira puesta en los pactos y contratos[736].

El príncipe está obligado por la fuerza coactiva de las leyes, desea dejarlo muy claramente probado, y contra todos, específicamente en su aplicación a los contratos. En su empeño por lograrlo pasa revista primero a los argumentos aducidos por quienes defienden que el príncipe no puede ser obligado por sus constituciones y que él no admite. Véamoslos[737].

Uno de tales argumentos considera que si entre el obligante y el obligado tiene que haber relación, y esa relación siempre es entre dos, como en el príncipe no se encuentran dos sujetos sino uno, el propio príncipe, entonces sería él mismo quien se obligaría y no otro diverso, con lo cual no podría obligarse por su ley, y hay que tener en cuenta que la acción y la pasión no pueden recaer en el mismo sujeto.

Otro vendría tomado de un texto de Ulpiano, que señala que lo que al príncipe place tiene fuerza de ley, confirmado por Justiniano, quien habría dicho que haciendo o constituyendo una ley no peca el rey, y por tanto si a él le place contravenir la ley puede hacerlo, su plácito, en definitiva, tendría vigor de otra ley.

El tercer raciocinio se apoyaría en que nadie en el reino es superior al príncipe. Según este criterio, en el caso de que el príncipe se obligara civilmente por otro, en ese supuesto estaría obligado a la jurisdicción de un inferior, pero dado que en el reino no hay nadie superior o igual, por ninguna ley de nadie puede ser obligado y, en consecuencia, civilmente no está obligado.

El cuarto argumento que trae a colación consistiría en negar que el príncipe está sometido a la fuerza coactiva de los contratos porque tampoco lo está a la directiva. No estaría sometido a la *vis directiva*, que se entiende como suma dirección de la razón, por el hecho de que aun no cumpliendo una ley, o no cumpliendo un contrato, no peca el príncipe. Pecaría, según esta opinión, en el caso de que violara la justicia, no restituyendo a cada uno lo que es suyo, cosa que aquí no ocurre, pues todos los bienes que poseen los súbditos tiene en su dominio, por cuya razón es llamado señor del universo. En suma, que no cumpliendo los contratos no violaría la fuerza directiva, como tampoco ninguna injusticia comete, porque la injusticia consiste en la usurpación del bien ajeno, según había indicado.

Otra razón vendría dada por las Escrituras, ante el recuerdo de que a Samuel, rey de los judios, Dios le dio todo su poder. Y si todo poder lo reciben los reyes de Dios, quiere decir que ninguna obligación existe en el príncipe para cumplir sus convenios, ni civil ni natural, como puede quitar a los súbditos los bienes adquiridos por contrato.

---

[736] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 2.
[737] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 3.

El sexto y último considerando lo toma de Ulpiano, que habría afirmado que por ningún pacto se obliga el príncipe a las leyes, sino que él está absuelto de ellas y por ningún vínculo se ata a las mismas. De ello resulta que sin culpa puede el príncipe no observar las leyes o condiciones que requieren los contratos, así como las constituciones, bien sean las suyas o las de sus antecesores, y por lo mimo, tampoco compete ninguna acción contra el príncipe, según es común opinión de teólogos, canonistas y civilistas, al decir del autor.

No le convencen estos argumentos a Fernando de Mendoza, entre otras cosas, porque los reyes fueron creados para utilidad pública y no privada, que esta es la diferencia entre reyes y tiranos, asegura. A la luz del derecho natural, pero también de las leyes civiles, más le parecen verdaderas las tesis contrarias a las que acaba de exponer. Su opinión la formula así: los príncipes están obligados por la fuerza coactiva de sus leyes, y en consecuencia, lo mismo en los contratos que en las demás cosas, no pueden cambiar sin justa causa las leyes suyas o de sus predecesores; porque lo que se establece para la utilidad de los súbditos no puede convertirse en su daño, como contemplan con horror tanto el derecho civil como el canónico o el divino[738].

Enunciados los principios pasa a desarrollarlos a continuación. Con tal objeto señala que el príncipe no puede sin justa causa cambiar ninguna ley, sea divina o positiva, la haya dado él o sus antecesores. Más aún, si procede a cambiarla sin causa, o a dispensarla, no valdrá de derecho. Todo esto lo mantiene contra la sentencia común de teólogos y juristas, que califica de falsa.

La razón para contradecir la opinión común la encuentra en los términos de la jurisdicción del príncipe, la cual tiene atribuida para gobernar rectamente, conforme apunta el autor. La potestad del príncipe, insiste, le ha sido concedida por Dios para bien regir a los súbditos, para mirar por la común utilidad, no para disipar. Excedería de esta potestad la injusta mutación de las leyes y la pródiga concesión de privilegios; la dispensa *ad libitum* es *dissipatio*[739].

De aquellos principios también se deriva que el príncipe está sometido a las reglas de derecho común en sus contratos, como cualquier particular. Esto quiere decir, prosigue, que los contratos no sólo vinculan naturalmente al príncipe, sino también civilmente, y tanto por *vis coactiva* como *directiva.*

Los motivos de su posición se encuentran en los criterios de justicia y de igualdad que deben presidir las relaciones entre los contrayentes —y en la observación de las leyes— aunque uno de ellos sea el príncipe. Aparte de que si no estuviese vinculado por la fuerza coactiva de las leyes y contratos no podía ser obligado a su observancia. También recuerda criterios de utilidad de la república, para que el príncipe no pueda ser llamado con el cruel y abominable nombre de tirano. Sin

[738] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 4.
[739] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 5.

descuidar otro elemento, el juramento que prestan los reyes de guardar las leyes del reino, ya que en caso contrario sería perjuro, aunando siempre en su pensamiento el cumplimiento de las leyes y de los contratos por parte del príncipe[740].

Particularmente rechaza las opiniones de Soto y Cayetano, que sostenían que por su propia naturaleza no podía obligar al legislador la *vis coactiva* o pena de la ley, como nadie por sí mismo puede ser obligado. Para Mendoza, el príncipe no sólo está obligado por la virtud directiva de la ley, sino también por la coactiva, de modo que si actúa contra la ley penal más gravado está con la carga de restitución en cuanto a la pena. Pero en general, contra todos, va a defender Mendoza que obrando contra la ley sin causa está obligado a la pena como un particular, de modo que debe resarcir a la parte según la ley mande[741].

No se contenta el autor con pronunciarse a favor de que las leyes y los contratos obligan al rey en vía coactiva también, en igualdad con los súbditos, pues llega a preguntarse por cuál es el oficio —el órgano, diríamos— al que corresponde dirimir las causas entre los reyes y los súbditos, así como se interroga por el modo de proceder en la ejecución contra el rey. Hay que decir de antemano que en esta cuestión se manifiesta con muchas cautelas.

Parece que el papa podía deponer al tirano, después de tres amonestaciones y censuras eclesiásticas. pero no parece satisfacerle esta opinión y se plantea la intervención que pueda tener el presidente del Consejo en esta tarea, aunque es a las Cortes, en cuanto reino, a las que atribuye la facultad de poder privar al rey del reino. En todo caso, sólo podía ser por grandes escándalos y perjuicios y no por pequeños. También dice Mendoza, poniendo dificultades a la deposición del tirano, que no cabe juzgar al rey como tirano por un único acto, sino que deben intervenir muchos[742].

Tampoco se detiene aquí Mendoza, porque va a negar que el príncipe esté desvinculado de las leyes, o que sea absoluto, rechazando con energía la existencia de una doble potestad en el príncipe, una ordinaria y otra aboluta o plenitud de potestad.

¿Cómo entender, entonces, el dicho de Ulpiano y Justiniano de que lo que place al príncipe tiene fuerza de ley? Al decir del autor, Ulpiano y Justiniano no hablan de todo plácito y voluntad del príncipe, para todas las cosas y negocios con cualquier particular, sino que se ha de interpretar solamente de la voluntad y del plácito del príncipe *in lege condenda*[743].

Fernando de Mendoza deja desde luego firmemente asentado que solamente hay una potestad en el príncipe, limitada por la observancia de las leyes, rechazando la opinión de Baldo y sus seguidores que ha-

---

[740] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, núm. 6-13 y 20.
[741] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 30.
[742] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, núm. 21-29.
[743] *Ibidem*, cap. 5, núm. 14-19.

blan de una doble potestad en el príncipe, una ordinaria y otra absoluta. En opinión del autor, en el príncipe no existe más que una potestad, que le ha sido concedida por Dios y las gentes a fin de que gobierne con justas leyes y congrua administración[744]. Para apoyar su tesis se vale sobre todo de textos tomados de la Biblia y de ejemplos de reyes de la antigüedad clásica.

Se muestra muy duro con quienes defienden la doble potestad del príncipe, particularmente con Baldo, pero también con eL Abad Panormitano, Paolo di Castro, Palacios Rubios o Rojas, entre otros, que habrían seguido al de Ubaldi, conforme había puesto de relieve el lusitano Arias Pinel. Para Mendoza esta opinión le parece falsa y contraria al derecho natural o de gentes y al civil. Una opinión la de Baldo, según la cual de potestad ordinaria puede hacer el príncipe todo lo que es honesto y está prescrito por las leyes, mientras que de potestad absoluta puede hacer lo que a él le plazca, *pro libito voluntatis*, porque a ninguna necesidad está sujeto ni por ninguna regla de derecho está limitada.

De la crítica no se salva ni Covarrubias, por sus contradicciones, puesto que si había sostenido que en el príncipe no hay otra potestad que la ordinaria, luego admite que la injusta dispensación, que excede los términos de la potestad regia, puede ser válida.

También reprende a Paolo di Castro, quien habría sustentado que aunque el príncipe no podía de potestad ordinaria, sí podía de potestad absoluta derogar las disposiciones contenidas en las últimas voluntades de los particulares, y no sólo cuando se expresa aquella cláusula de suprema y absoluta potestad, sino también cuando se emplea aquella otra de *ex certa scientia*, que el mismo efecto opera, al decir de Paolo di Castro[745].

Para Mendoza es falso lo que afirma Paolo di Castro, porque en el príncipe no se encuentra más que una potestad, en consonancia con la justicia natural y civil. Si esto es así, continúa, entonces ninguna fuerza y firmeza puede añadir la cláusula *ex certa scientia* recogida en los rescriptos, a no ser en aquellos supuestos en que convenga emplear alguna solemnidad, o en algún caso de ley municipal de hecho, que puede presumirse que la ignora el príncipe. Mas cuando hay causa para derogar, que en la duda siempre se presume, ningún valor tendrá ya la cláusula *ex certa scientia*, teniendo en cuenta que la voluntad cuando es injusta nada añade.

Muchas otras opiniones de los juristas rechaza Fernando de Mendoza, como la que distinguía entre beneficio y privilegio del príncipe, seguida por Bártolo y los doctores comunmente, dado que ni uno ni otro pueden rescindirse sin causa[746]. Asimismo reniega de la distinción *de iure quasito* y *de iure quarendo*, como si el príncipe no pudiese perjudicar *in iure quaesito* y sí *in iure quaerendo*, puesto que sin causa se

[744] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 35.
[745] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 36.
[746] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, núm. 38-42.

produciría injusticia en ambos supuestos, y para eso no tiene facultad el príncipe[747]. Otro tanto hace con la tesis de que el príncipe podía rescribir en pequeño perjuicio de tercero, aunque entre sus defensores no cita a Vázquez de Menchaca[748]. No mejor trato recibe la afirmación de que el príncipe puede legitimar hijos espurios en perjuicio de tercero si utiliza la cláusula *non obstante* o *de plenitudine potestatis*[749]. Contra Baldo, en fin, niega que el príncipe pueda legitimar sin citación de los legítimos[750], lo mismo que contrariando a Baldo afirma que ni por derecho natural ni por derecho civil puede el príncipe quitar el dominio adquirido[751].

Mas no todo podían ser obstáculos al ejercicio del poder por parte del príncipe. No conviene olvidar que Mendoza escribe en tiempos de Felipe II, a quien precisamente le dedica su obra. Su discurso, circular, como anunciamos, acaba justificando al monarca hispano. El instrumento fundamental va a ser la doctrina de la causa, que ya la hemos visto aparecer con cierta frecuencia en las últimas datos que hemos referido del autor.

En efecto, al tratar de la distinción entre privilegio y beneficio, que Fernando de Mendoza repele, afirma que si alguna gracia se concede por nuestro rey Felipe, en cuanto es rey, en derogación de alguna ley escrita, privilegio o beneficio del príncipe, cuando alguna de estas cosas, que no son lícitas de derecho común, por alguna lícita circunstancia concede, entonces con toda propiedad puede ser llamada privilegio y beneficio del príncipe[752].

Es decir, que con causa puede privilegiar el príncipe, y no se olvide que ha dicho que el privilegio o beneficio es una concesión que no es lícita de derecho común y va en derogación de la ley. Esto supone que el príncipe está desvinculado de las leyes en la concesión de privilegios, por mucha causa que se exiga, lo cual puede parecernos una importante contradicción, cuando antes ha negado Fernando de Mendoza con toda contundencia que en el príncipe exista una potestad absoluta. ¡Y no era intrascendente, desde luego, la gracia, el privilegio, o el beneficio en una sociedad señorial! Aunque para descargo del autor hay que decir que casi toda su construcción gira en torno a los contratos, que afectan a intereses de partes y, por tanto, pertenecen al mundo de la justicia, que no al de la gracia[753].

---

[747] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 43.

[748] *Ibidem*, Lib. 1, nº 44.

[749] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 47.

[750] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 49.

[751] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 50.

[752] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 38.

[753] Hurtado de Mendoza había dedicado antes sus afanes a diferenciar la justicia commutativa de la distributiva, una de las pocas distinciones que admite. La distributiva atiende a razones de méritos y personas, de forma bien distinta a la commutativa, basada en criterios de igualdad, en cuyo ámbito se desarrollaban los contratos. Con detenimiento lo estudia en *Disputationum*, Lib. 1, cap. 4, núm. 5-28.

Que la causa podía servir de medio para justificar las actuaciones del príncipe, se comprueba cuando afirma el autor, contra lo que puedan decir los doctores, que en el príncipe se presume justa causa en las dispensas. Más aún, llega a decir, de forma bien distinta a lo que en otra ocasión había sostenido, que sospechar de injusticia en el príncipe parece sacrilegio[754]. Fernando de Mendoza, acaba así, confiando en el príncipe, como comenzaba.

Conocido el pensamiento de Fernando Hurtado de Mendoza, el jurista castellano más crítico con las doctrinas absolutistas de todos los que hemos examinado, vamos a cerrar esta larga exposición pasando breve revista a la postura de Juan Yánez Parladorio, que publica sus obras a fines del siglo XVI y comienzos del XVII[755]. Yáñez Parladorio, que en algún momento se proclama discípulo de Diego Pérez de Salamanca, mantiene una posición mucho más tibia que todos los de este apartado en relación con el poder absoluto del príncipe y es buen ejemplo de la disparidad de tendencias existentes entre los juristas castellanos, que en ocasiones, como en el caso presente, cuesta encasillar. Alaba a Fortún García, Covarrubias, Sarmiento y Vázquez de Menchaca por sus posturas contrarias al poder absoluto del príncipe, pero luego desvirtúa su significado.

Yáñez Parladorio es muy amante de distinciones, relaciones, delimitaciones y matizaciones, según observamos a lo largo de sus obras. De este espíritu son fiel testimonio las diferencias y semejanzas que establece entre donación, beneficio, gracia, dispensa, privilegio y rescripto[756], o entre derecho natural y de gentes[757], así como también entre justicia distributiva y commutativa[758].

En ocasiones sus matizaciones son ambivalentes, por no decir ambiguas. Un índice de esto se observa en la actitud que toma en relación con la potestad del rey de España para establecer tributos, pues si inicialmente defiende que el rey de España, que no está sometido al emperador, tiene capacidad para imponer tributos con causa, luego estima digno de alabanza y muy adecuado a derecho y razón la ley de la Recopilación que determina que no le era lícito al rey establecer tributos sin la aprobación de los procuradores del reino[759]. Pero otro tanto sucede cuando enjuicia el valor de las leyes que implantan tributos, justificando que las leyes del reino de esta naturaleza no son odiosas porque se dan en utilidad de la república[760].

A la luz de lo anterior puede entenderse su postura en torno al po-

---

[754] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 5, nº 61.

[755] Cito por estas ediciones: *Rerum quotidianarum libri duo*, Madrid, 1620 y *Quotidianarum Differentiarum Sexquicenturia*, Madrid, 1612.

[756] *Quotidianarum differentiarum*, Differentia 13.

[757] *Quotidianarum differentiarum*, Differentia 3, donde, por cierto, achaca a Vázquez de Menchaca que siendo jurisperito acuda a la doctrina de los teólogos.

[758] *Quotidianarum differentiarum*, Differentia 8.

[759] *Rerum Quotidianarum*, Lib. 1, cap. 3, núm. 11-14.

[760] *Ibidem*, Lib. 1, cap. 3, núm. 31-35.

der absoluto del príncipe, marcada por las distinciones, fundamentalmente ahora entre el derecho divino, el natural y de gentes y el positivo o humano. El tema surge con ocasión de preguntarse por la eficacia de los preceptos de los reyes, o de los emperadores y papas que no reconocen superior. A su entender, los mandatos regios llevan aparejada ejecución mientras fueran justos, pero no si se dieran en detrimento de la república o supusieran cualquier injuria. El regio precepto que es injusto, dado en perjuicio de la república o de otro, señala, no se ha de ejecutar y se ha de estar a la espera de una segunda yusión, como habían sostenido, entre otros, Decio, Antonio Gómez y Rodrigo Suárez. La razón de que los reyes rescribieran algo *contra ius*, o que concedieran lo que no debían conceder, era debido a la importunidad de las preces de los peticionarios[761].

Con el pie ya introducido, Yánez Parladorio se mete más en la cuestión, aportando un ejemplo concreto, y es el de que las donaciones hechas por el rey a comienzos de su principado en daño de la república o de la corona real no surtían efecto de inmediato, como había señalado por ejemplo Palacios Rubios, sino que los jueces debían referirlo al príncipe y esperar una segunda yusión al efecto. Sin embargo, según sostenía parte de la doctrina, caso de Juan Andrés y Alejandro, sí se habían de ejecutar las cartas regias cuando contuvieran las cláusulas *ex certa scientia, proprio motu, potestate absoluta* y *non obstantibus*. De hecho, por lo que se refería a Castilla, la Nueva Recopilación recogía unas leyes que decían que los mandatos regios que fueran contra derecho no se debían ejecutar a no ser que contuvieran las mencionadas cláusulas derogatorias[762].

¿Qué se podía pensar de la opinión últimamente referida, que encontraba su respaldo en los preceptos de la Recopilación? Mucho debe moderarse, dice, porque la república está establecida santísimamente, de modo que los mandatos regios que fueran contrarios a derecho no habían de ser ejecutados, aunque contuvieran las mayores cláusulas derogatorias, especialmente si en ellas se recoge la expresa derogación de la ley, como había dicho Diego de Padilla, que bien había juzgado estas leyes, pues aunque aquellas leyes de la Recopilación de otro modo sancionen, no puede el rey que las dio imponer su ley a su sucesor[763].

Mucho debe moderarse, pero de momento no señala en qué medida. Va a intentar aclararlo un poco después, recurriendo a la distinción entre derechos. En este sentido sostiene que los mandatos regios que establezcan algo contra el derecho divino o natural no se han de ejecutar, a pesar de que contengan las mayores cláusulas derogatorias, y aún más, incluso tampoco si se produjera la segunda yusión[764]. En cambio,

---

[761] *Ibidem*, Lib. 2, Caput fin., Prima Pars, parag. septimus, núm.1-3.

[762] *Ibidem*, nº 5. Los pasajes citados de la Nueva Recopilación corresponden a las leyes 2 y 3, tít. 14, lib. 4.

[763] *Ibidem*, nº 6.

[764] *Ibidem*, nº 7.

si las cartas regias son contra las leyes humanas, y si tienen las cláusulas derogatorias, entiende el autor que se han de ejecutar, sobre todo si se diera una segunda yusión[765].

Esta distinción entre derechos acabada de esbozar ya no la va a abandonar Yáñez Parladorio, así cuando afirma que si se presume causa en el príncipe en aquellas cosas que son de derecho humano o positivo, no se da tal presunción en aquellas cosas que son de de derecho divino, natural o de gentes. No es de extrañar, razona, porque las leyes divinas y naturales mucho distan de las leyes humanas, ya que aquellas están constituidas como por una cierta prudencia divina, y son inmutables, mientras que las emanadas del pueblo y del príncipe se quitan por contraria voluntad como por voluntad del pueblo y del príncipe se establecen[766]. Nada novedoso tampoco.

Con la distinción en la mano va a dar una pirueta dialéctica el autor y penetra ya en el tema del poder absoluto. De momento, con una apariencia de rechazo, como ocurría al dar cuenta de los antedichos preceptos de la Nueva Recopilación, pero en el fondo, allí y aquí, de manera tan matizada, y oscura, que quizá podamos pensar que Núñez Parladorio solo está influenciado por las corrientes críticas de manera retórica.

En efecto, proclamará el autor, como si fuera una conclusión de lo que viene diciendo, que el derecho de absoluta potestad, o mejor dicho licencia, que algunos de los viejos juristas arrogaban al príncipe, es rechazada meritoriamente por muchos de los más recientes, de modo que esa potestad absoluta sea más propia de un tirano que de un rey. Entre estos juristas recientes evoca a Fortún García, Alciato, Corás, Covarrubias, Arias Pinel, Vázquez de Menchaca y Francisco Sarmiento.

Mucho mérito tendrían estos autores, pero Núñez Parladorio introduce tales matices que desvirtúa sus postulados, aunque él no se atreve a exponer su propia opinión de forma nítida, de tal manera que lo que piensa se ha de aventurar por el contexto. Algo sí está claro, a no dudar, porque lo dice expresamente. Lo que afirma es que considera muy acertado lo sostenido por estos juristas recientes en cuanto se refiere al derecho divino y natural. Si alguno dice lo contrario, añade con un aforismo clásico entre los juristas del *ius commune*, es que tiende más a Placencia que a Verona, y en este caso le parece que más quiere lisonjear la potestad del príncipe que seguir las reglas legítimas de derecho. A no ser, quizá, sigue añadiendo, que se considere que los reyes y príncipes no son mortales, lo que no tiene amparo ni en el derecho natural ni en el divino[767].

No habla del derecho humano o positivo Yáñez Parladorio, del que sí hablaban, como bien sabemos, contradicciones aparte, Fortún García, Covarrubias, Vázquez de Menchaca y Sarmiento. De modo distinto, por

---

[765] *Ibidem*, nº 8.

[766] *Ibidem*, núm. 8-9.

[767] *Ibidem*, nº 10.

lo que viene apuntando el autor, y por lo que va a proseguir afirmando, da toda la impresión de que no es firme su convicción respecto a que el príncipe esté sometido a las leyes positivas. No se atreve a definirse en contra de la potestad del príncipe.

Que esto es así parece confirmarse por su rechazo de la opinión del Abad Panormitano, seguida por Villalobos, que presumía justa causa en el príncipe en los casos que repugne expresamente el derecho divino, natural y de gentes, pero sin mencionar el derecho positivo, cuando sí lo había citado unos párrafos más arriba, admitiendo Parladorio en ese supuesto presunción de causa en el príncipe, ya que no en punto al divino y natural, como dejamos constancia en su momento[768].

Es otra manifestación de lo mismo su afirmación de que si no se ha de ejecutar el rescripto injusto del príncipe, dado contra la utilidad pública, o común utilidad, no por eso se ha de vituperar, al objeto de que informado el príncipe pueda deliberar con más detenimiento sobre su justicia; es decir, a la espera de la segunda yusión, tras el recurso de suplicación. Ahora contra Juan Andrés, que se había mostrado muy exaltado contra semejantes rescriptos[769].

No niega en ningun momento Yáñez Parladorio que el príncipe está desligado del derecho positivo, mientras su continua apelación a la segunda yusión del príncipe en los casos de derecho positivo y la presunción de justa causa en los supuestos del derecho de la misma naturaleza casi le acercan más a la postura tradicional, comenzando por Montalvo y Palacios Rubios. Yáñez Parladorio no atentaba contra el poder del príncipe, de ello podemos estar seguros. Si queremos una nueva y última prueba, la podemos descubrir en la exaltación que hace de la suprema potestad regia, entendida como suprema jurisdicción, que se concretaría en la reserva de los casos de corte y de mayor gravedad, así como en la posibilidad de enviar pesquisidores a las tierras de señorío, o en suplir la justicia de los magnates en caso de negligencia de sus jueces[770].

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El poder absoluto del príncipe, que encuentra su inicial formulación doctrinal en Castilla en la obra de Alfonso X, en la segunda mitad del siglo XIII, recibe su consagración en la doctrina de los juristas de la época de los Reyes Católicos, particularmente en los escritos de Montalvo y Palacios Rubios, que siguen las pautas tradicionales de la glosa y los doctores del *mos italicus*. Durante una parte de este largo tiempo, a partir del reinado de Enrique II, y mejor aún del de Juan II, la práctica documental de la Corte y las formulaciones de los juristas se

[768] *Ibidem*, nº 11.
[769] *Ibidem*, nº 12.
[770] *Ibidem*, Lib. 2, cap. 1.

manifiestan en perfecta sintonía. Sin embargo, desde el segundo decenio del siglo XVI comenzamos a observar ciertas divergencias entre la teoría y la práctica, pues si la producción documental se mantiene con las mismas características durante todo el siglo XVI, no ocurre lo mismo con la doctrina, ya que surgen algunas posturas que se alejan de la *communis opinio*, poniendo reparos a la tesis de que el príncipe estaba desvinculado del derecho positivo, si es que no se atrevían a manifestarse abiertamente críticas, aunque no sin sus buenas contradicciones. Las influencias de humanistas como Erasmo, de los juristas del *mos gallicus* y de los teólogos son manifiestas en estos autores discrepantes de la corriente mayoritaria, que a su vez tenía numerosos perfiles.

La diversidad de planteamientos entre los juristas acerca del poder del príncipe, y en particular de su posición respecto del derecho positivo, ha aconsejado clasificarlos en tres categorías: tradicionales, menos convencionales y críticos. No obstante, soy consciente de la dificultad de encasillar a varios de ellos, dada la variedad de matices existentes entre los autores castellanos del siglo XVI. Si bien una cosa es cierta: la altura científica de los juristas en la Castilla de este siglo, constituidos en una verdadera pléyade, en correspondencia con un momento magnífico de los estudios de Derecho en las Universidades, sobre todo en la de Salamanca, pero sin olvidar a las de Valladolid y Alcalá[771]. Como igualmente se ha de destacar el orgullo que manifiestan de su condición de juristas, que les hacía poco permeables en general al pensamiento de los teólogos. La mayor parte de estos juristas, civilistas y canonistas, no citan mucho a los teólogos, que tenían otras preocupaciones. No podemos dejar de recordar igualmente su conexión con el mundo de la práctica, ya que la inmensa mayoría de ellos sirvieron en los tribunales y Consejos regios, o cuando menos fueron abogados.

Tales han sido las grandes líneas del trabajo, que no nos deben hacer perder la perspectiva histórica, que no es otra que la de la monarquía aboluta en la Corona de Castilla. La documentación es contundente, y la tendencia mayoritaria de los juristas castellanos también, desde Montalvo a Castillo de Bovadilla, pasando por Palacios Rubios, Rodrigo Suárez, Antonio Gómez, Gregorio López o Francisco de Avilés, por recordar nombres señeros[772]. En ajustada consonancia con la realidad

---

[771] Poco es lo que sabemos de las corrientes jurídicas durante este siglo, aunque por fortuna contamos con alguna aproximación, como la efectuada por F. TOMÁS Y VALIENTE: «El pensamiento jurídico», dentro de la *Enciclopedia de Historia de España*, dirigida por M. Artola, vol. 3, Madrid, 1988.

[772] No comparto, por tanto, el parecer de numerosos autores que sostienen que la mayor parte de juristas —y teólogos— fueron partidarios en Castilla de postulados antiabsolutistas, de sometimiento del príncipe a las leyes positivas. Ya me he referido a F. Carpintero, al tratar del pensamiento de Vázquez de Menchaca. Pero el mismo juicio me merece A. GARCÍA GALLO («El pactismo en el reino de Castilla y su proyección en América», en *El pactismo en al Historia de España*, Madrid, 1980, p. 158), o P. FERNÁNDEZ ALBADALEJO (*El siglo de Oro (siglo XVI)*, p. 76). Sin embargo, el que con más detenimiento, e inexactitud, se ha ocupado del tema ha sido L. Sánchez Agesta, a la vista tan sólo, al margen de los teólogos, de dos juristas castellanos, Covarrubias y Vázquez de Menchaca, utilizados además fragmentariamente y en contradicción con

social, que demandaba un poder capaz de reproducir el privilegio, eje de la sociedad señorial, fundamentada en la desigualdad jurídica de sus miembros. Porque, ¿qué era el privilegio sino una disposición dada por el príncipe en contra del derecho común? ¿Y cómo podía privilegiar o dispensar el príncipe si no estaba desligado del derecho común o general? Eran necesidades que no podían excusarse.

Absoluto, sin embargo, no significaba carencia de límites, porque el príncipe, si estaba desligado del derecho positivo, estaba vinculado, en cambio, por el derecho divino, el natural y el de gentes. Por exigencia social también, por la conservación del propio prívilegio, ya que dentro de esos derechos, calificados de inmutables, se consideraban incluidos los de la fe católica, la propiedad feudal o señorial y el orden sucesorio monárquico, los pilares sobre los que se sustentaba aquella sociedad de privilegio. Tanto es así, que un autor como Bodin, considerado el paradigma del pensamiento absolutista, afirmaba que el príncipe no podía dar mandatos contra el derecho divino, el natural y el de gentes, insistiendo en la obligación del príncipe respecto de los pactos y contratos por él suscritos, ya que se juzgaban de derecho natural y de gentes; actuar de otra manera era propio de un tirano[773].

La distinción entre derechos de distinta naturaleza se convertía así en un argumento dialéctico empleado por el común de los juristas en defensa del privilegio, o dicho de otra manera, de los derechos adquiridos, en que los privilegios acababan convirtiéndose. De aquí también el recurso a la exigencia de la causa en los actos del príncipe, para que no lesionara derechos de terceros, derechos adquiridos. Aunque la apelación a la causa, si por un lado servía para proteger a terceros de una posible injusticia, también valía de cobertura para la actuación del rey, que con justa causa podía transgredir no sólo el derecho positivo, sino también el derecho natural y el de gentes, y hasta el divino incluso. Y siempre habría algún jurista dispuesto a dictaminar en favor de la justa causa del príncipe, como acontecía en materia de tributos y servicios, en especial de millones, que por su carácter contractual engendraban obligaciones de derecho natural y de gentes.

Los juristas que hemos caracterizado de tradicionales, empleaban usualmente estos recursos, la distinción entre derechos y la doctrina de la causa, como límites al ejercicio del poder por parte del rey, pero serán otros autores, aquellos tildados de menos convencionales, los que

---

Bodin. De este autor me remito a tres de sus trabajos: «El «poderío real absoluto» en el testamento de 1554» (sobre los orígenes de la concepción del Estado), en *Carlos V (1500-1558)*, Granada, 1958, pp. 439-460: «Los orígenes de la teoría del Estado en el pensamiento español del siglo XVI», en *REP*, 98 (1958), pp. 85-109; *El concepto de Estado en el pensamiento español en el siglo XVI*, Madrid, 1959.

[773] Para su constatación me remito simplemente a tres estudiosos del autor francés: F. J. CONDE, «El pensamiento político de Bodino», en *AHDE*, 12 (1935), pp. 5-96; G. REBUFFA, «Jean Bodin e il «Princeps legibus solutus», en *Materiali per una storia della cultura giuridica. Racolta de Giovanni Tarello*, Vol. II, 1972, pp. 91-123; J. L. BERMEJO CABRERO, «Estudio preliminar» a *Juan Bodino. Los seis libros de la república*, traducidos por Gaspar de Añastro Isunza, Madrid, 1992.

insistirán más en semejantes procedimientos. Parece como si una vez fortalecido el poder regio y consolidada la sociedad señorial fuera más relevante hacer hincapié en las limitaciones, para que no hubiera alteraciones del privilegio. Aunque estos jurisconsultos no llegan a rechazar que el príncipe esté desligado del derecho positivo, debe quedar claro. Algunos de los juristas más renombrados de esta postura, con muchos distingos entre sí, fueron Marcos Salón de Paz, Luis de Molina, Melchor Peláez de Mieres, Juan de Matienzo y Alfonso de Azevedo.

Todavía hubo una postura más radical en la preservación de los derechos de terceros, los derechos adquiridos, que llegó a cuestionar, y a negar, que el príncipe estuviera desligado del derecho positivo, rechazando la distinción que habían hecho los juristas medievales entre una potestad ordinaria del príncipe y otra aboluta o plenitud de potestad, por la primera vinculado al derecho positivo y por la segunda desligado del mismo. No sin llamativas contradicciones, que dejaban amortiguada su oposición al poder absoluto del rey. Entre estos juristas ocupan lugar propio Fortún García de Ercilla, Covarrubias, Vázquez de Menchaca, Francisco Sarmiento y Hurtado de Mendoza.

Sin embargo, no hay unanimidad de criterios dentro de esta tendencia, por mucho que se pretenda[774], aunque el más tajante parece ser Hurtado de Mendoza, que niega la distinción entre potestad ordinaria y absoluta, pero también entre *vis directiva* y *vis coactiva*, al tiempo que rechaza que el príncipe esté desligado de las leyes humanas, y de modo coherente asimismo repudia la doctrina que afirma que aunque el príncipe peca si da un mandato contra el derecho, no por eso deja de ser válido. Cierto que no deja sin escapatoria al príncipe, porque admite que con causa puede rescribir contra las leyes, y en la duda, además, siempre se presume que se da causa en el príncipe, según sostiene.

Covarrubias, en cambio, es más comprensivo con el poder regio, porque si reprueba la distinción entre potestad ordinaria y absoluta, para él sólo existe la ordinaria, y por consiguiente el rey no está desligado del derecho positivo, luego admite la distinción tomista entre *vis directiva* y *vis coactiva* de la ley, estando el príncipe adscrito sólo a la primera, algo que también aceptaba la corriente tradicional. Covarrubias, ahora sí de modo coherente con esto último, pero no con lo anterior, afirma que si el príncipe da una disposición o un rescripto contra el derecho positivo, peca, pero la norma o la carta regia tendrán validez. Por supuesto, también defiende que con causa el príncipe puede dictar disposiciones contra el derecho.

Vázquez de Menchaca, por fin, es un autor de singular valor, pero al mismo tiempo de gran complejidad. Cabe considerarlo como un jurista antiabsolutista, por su rechazo de la potestad absoluta, pero no cabe descuidar sus matices, que son muy significativos. Estos van desde reconocer una potestad privilegiada en el príncipe, sustituta en su cons-

---

[774] Como hace Sánchez Agesta en los trabajos antes citados, que habla de una escuela española, con unidad de criterios y de fines.

trucción doctrinal de la potestad absoluta o plenitud de potestad, hasta admitir el desligamiento del príncipe respecto del derecho positivo en los asuntos de gracia o que no ocasionen graves perjuicios a terceros. También considera, con la mayor de las generalidades posibles, que el príncipe puede rescribir contra todo tipo de derechos, incluido el divino, natural y de gentes, si existe causa legítima, de utilidad pública.

En suma, que el absolutismo regio se plasmó en la práctica de gobierno de la Corte castellana por medio de multitud de cédulas, cartas y provisiones regias, en las que de forma habitual dispensaba de las leyes, concediendo gracias o licencias, de muy diverso género, a la vez que también dictaba pragmáticas sanciones. Tales documentos, en su forma cancilleresca, se valían de las cláusulas al uso, como las de poderío real absoluto, *motu proprio, ex certa scientia, non obstante lege* o *legibus*, u otras similares, indicativas del efectivo desligamiento del rey respecto del derecho positivo. Pero dicho esto, hay que conceder que la doctrina volcó su esfuerzo en limitar esa potestad absoluta, no fuera a desbordar el marco donde debía moverse, que era el respeto a los privilegios, a los derechos adquiridos. Fue en este esfuerzo, y con esta fianlidad, donde se producen las discrepancias entre los autores, que van desde posturas relativamente conformistas a otras francamente críticas. Aunque no podemos olvidar, desconoceríamos el significado de la doctrina, y con esto concluyo definitivamente, que ninguno de estos juristas niega que el príncipe puede rescribir y dictar disposiciones contra el derecho si se produce legítima causa para ello. El absolutismo, por lo tanto, seguiría siendo necesario en estos supuestos. Algo impensable en una sociedad fundamentada en principios de igualdad y legalidad, como sería la que surgió de la revolución liberal-burguesa.

REFLEXIONES SOBRE EL APOSENTO DE CORTE

Consuelo MAQUEDA ABREU
Universidad de Castilla-La Mancha

> Entre los Derechos propios de la Corona, llamados de Regalía, o Reales tiene lugar el Aposentamiento, siempre reservado a la Majestad, con las demás acciones de la Suprema Jurisdicción, sin entenderse incluido las enagenaciones de los tributos, señoríos y vassallages, aunque sean hechas con cláusulas muy amplias» [1].

Iniciamos estas reflexiones con un párrafo de Bermúdez que define al Aposentamiento como un derecho de la Monarquía española, del que no va a prescindir a lo largo de su historia por ser una fuente de ingresos para la real Hacienda, como se comprueba a lo largo de los siglos en que pervive esta institución, bastante compleja desde sus orígenes, según se deduce de los ordenamientos, disposiciones y reales decretos que se van dictando para su aplicación. Justamente tal complejidad es la que nos ha llevado a intentar establecer de modo sucinto las grandes líneas de su funcionamiento y el nivel de conocimiento que actualmente poseemos, con el único objeto de crear un punto de encuentro y partida para futuros estudios.

Nuestro interés en el tema se cifró, en un principio, en una época

[1] BERMÚDEZ, Joseph: *Regalía del aposentamiento de Corte. Su origen y progreso. Leyes, Ordenanzas y Reales Decretos para su cobranza y distribución, que dedica al Rey Nuestro Señor don Joseph Bermúdez, del Consejo de S.M., y alcalde de la Real Casa y Corte*, Madrid, 1738, pág. 1.

determinada, a partir del establecimiento de la capitalidad madrileña y la consolidación de Madrid como sede definitiva de la Monarquía, algo determinante para la ciudad, pues no en vano se ha señalado con reiteración que «Madrid vive solo y exclusivamente por la Corte». De modo que nos propusimos estudiar la Real Junta de Aposentamiento en esos años y circunscrita al referido espacio urbano. Sin embargo, cuando empezamos a profundizar en el tema cotejando afirmaciones y contrastando pareceres, nos pareció más operativo ampliar nuestro campo de interés y dejarnos llevar por la dinámica interna de la investigación realizada hasta ahora para insistir en lo que podemos considerar la época más gloriosa de esta institución.

I. ORIGEN Y DESARROLLO DEL APOSENTAMIENTO

Se han formulado teorías escasamente creíbles sobre el origen del aposentamiento, como la de Andrés Díez Navarro, que centra el nacimiento de tan importante regalía en un derecho establecido por mandato divino concedido a personajes bíblicos, practicándose por «oficio de humanidad»[2], o la que el mismo Bermúdez, en el su obra citada, rechaza y que fija el nacimiento de la institución en relación con Eneas y la liberación de Helena, vinculando a los vencidos «al beneficio de Hospedaje», cuestión en la que el referido autor considera no se descubre ninguna seña de hospedamiento.

Por el contrario, la mayoría de los estudiosos coinciden en situar la aparición del aposentamiento en los jurisconsultos romanos, aunque no se ponen de acuerdo en el momento preciso ni en los motivos de su nacimiento. Veámos algunas muestras.

> «Tuvo su origen [en opinión de Tito Livio] el preciso hospedaje el año 581 de la fundación de Roma antes del de nuestra Redención, ciento setenta y dos, en el consulado de Lucio Postumo Albino y mando:
> ... Que los magistrados, se diessen habitaciones y lo necessario para el transporte de la ropa, dirigiendo esta orden a los ciudadanos de la áspera Palestina (aliados de Roma).»

precisando aún más, aunque sin fechar:

> «esta disposición llegó y se executó en España, provincia de los romanos»[3].

En la *Alegación fiscal*, ya citada, se sostiene que «en el Pueblo

---

[2] DÍEZ NAVARRO, Andrés: *Alegación fiscal por el derecho y regalía de la del Real Aposento de Corte, escrita por el licenciado Andrés Díez Navarro, del Consejo de su Majestad, Fiscal de la Real Junta de Aposento y honorario de la Sala de señores Alcaldes de su Casa y Corte,* s.l., s.a.

[3] BERMÚDEZ, *op. cit.*, pág. 2.

Romano se halla formal aposentamiento, establecido por el Poder Público a persona de público ministerio», considerándolo como «deber humanitario»[4]. En este mismo sentido, Salustio en *De bello Iugurtino*, habla de los aposentadores militares, subordinados al prefecto de la milicia, llamado *magister militum*, existiendo otro cargo similar, el de *magister officiorum*, que se refería a los aposentadores de la Corte.

Más complejo es el planteamiento de López Díaz, que coincide con lo señalado anteriormente en considerar el aposentamiento como un factor más de la «hospitalidad militar», pero que se desgaja de ésta a partir del año 286, con las reformas de Diocleciano y Constantino, personalizándose con una cierta independencia su aplicación civil, aunque hasta el año 400 no se diferencia claramente entre ejército y corte «como posibles beneficiarios de la hospitalidad»[5].

> «De todos modos, a pesar de que todo el título 41-XII del Código de Justiniano está dedicado a la hospitalidad y a pesar de que, como advertimos, ya en la ley 4.ª se hace una reforma expresa a las variantes ocasionadas por la presencia de la Comitiva Imperial, hay que decir que apenas se pueden rastrear otros elementos que diferencien los dos tipos, aunque la presencia del Emperador determinará algunas ventajas para los huéspedes».

Bermúdez destaca como desde sus comienzos, el aposentamiento tendrá un carácter de carga, en la que caben exenciones:

> «Estas contribuciones que decretó aquel Dominio, se continuaron y extendieron con otras que inventó su suerte, y dilatado Imperio; siendo antes pagados estos gastos del caudal público, sin que el particular concerniesse: practicándose con frecuencia el Hospedaje por caridad, política, o mutua correspondencia».

Y con referencia a España, aclara:

> «Era el hospedaje carga pesada y considerando el Proconsul Quinto Sertorio, que si hacía la oferta de quitarla sería mejor acogido ... hizo la oferta, fue admitida; y siéndole preciso retirarse por contrarios sucesos, España volvió a quedar sujeta a la contribución»[6].

Sobre esta cuestión, López Díaz considera la obligación de «alojados o huéspedes» como una carga extraordinaria sobre el patrimonio inmobiliario que recae sobre la población más acomodada, insistiendo en que de la hospitalidad militar iría surgiendo la de la comitiva imperial, que sería el orígen del aposentamiento real y en este sentido, cuando

---

[4] DÍEZ NAVARRO, *op. cit.*, pág. 4.

[5] LÓPEZ DÍAZ, M. J., «Hospitalidad y aposentamiento de Corte», en *Anuario Jurídico* (Real Colegio Universitario María Cristina), n.ºs. XVII-XVIII, 1985-86; págs. 193 y ss. El entrecomillado siguiente del texto, pág. 199.

[6] BERMÚDEZ, *op. cit.*, pág. 3; el entrecomillado anterior, pág. 2.

nace la carga aparece la exención y la compensación por el hospedaje, como era el repartimiento por razón de las casas o de los cargos personales y más tarde, en el año 413, se refiere la autora que citamos a una constitución dirigida al prefecto del Pretorio, en la que Honorio y Teodosio eximirán de hospitalidad permanente o temporal[7].

Observamos, pues, cómo es difícil precisar en qué fecha exacta nace la institución que nos ocupa y más aún en nuestro pais, aunque no parece caber duda de que procede de época romana y de que en su origen forma un todo con la hospitalidad militar. Si nos atenemos a lo recogido por Bermúdez, podemos sentar unas bases:

1) *Sobre su aparición*:

— Viene determinada por la misma evolución de la milicia.

— En el Bajo Imperio Romano, la naturaleza del aposentamiento quedó determinada como institución asumida por el Estado.

— No es una matería en formación, por cuanto ya en ese tiempo se establecen las primeras normas de su funcionamiento.

— Su nacimiento no queda claro, ya que en unos casos se puede aducir:

> «Se ordenó en el 422, alojar las tropas movilizadas en las murallas recien construidas [en Constantinopla] por Teodosio II».

O bien:

> «Concluida la costosa y grande obra, al tiempo de la referida declaración, se señaló alojamiento en aquellas habitaciones a la milicia armada, reservando y continuando la de la ciudad para la Palatina»[8].

Mientras que en otras disposiciones se señala que en la Corte no se aposentaban los soldados desde el año 413, en que se hicieron las murallas. Lo que parece demostrar la prontitud con que se separa la hospitalidad palatina de la militar.

2) *Sobre su naturaleza jurídica*:

— Desde su aparición se establece que es de utilidad privada y pública, siendo para repartir y admitir huéspedes. Curiosamente, nada más nacer se acota su aplicación sobre los individuos beneficiarios de este hospedaje, pues por el gran número de privilegiados se prohíbe la libertad de hospedaje[9] y se establece «que se conseguía por ministerio, gracia o precio, a que llamaron *epidemético*, dando el mismo nombre a los que supuestamente recibían los huéspedes o jueces, por eximir de este gravamen».

— En cuanto a los elementos reales podemos incluir todas las nor-

---

[7] LÓPEZ DÍAZ, *op. cit.*, pág. 194. El párrafo entrecomillado que encontrará el lector un poco más adelante en el texto, pág. 201.

[8] BERMÚDEZ, *op. cit.*, págs. 7, 8 y 9.

[9] LÓPEZ DÍAZ, *op. cit.*, pág. 202.

mas que de forma clara delimitan el aposento de Corte, ya desgajado de los usos castrenses, lo que no significa que muchas de estas reglas no sean utilizadas en ambas sectores y se insiste en que al «Príncipe privativamente pertenece este Derecho» como regalía y oponerse a esas normas «se llamó sacrilegio».

3) *Sobre su organización*:

— El proceso del aposento queda organizado a partir de lo decretado por los emperadores Teodosio y Valentiniano en Constantinopla el 16 de enero de 383 y con las que luego se van agregando, como las de 27 de octubre de 393, en donde podemos distinguir dos grandes apartados: lo relativo a los aposentadores y lo relativo a los huéspedes.

— En cuanto a los primeros, tenemos:

> Había «dos aposentadores, uno para acampar el Exército, y otro para destinar en los Pueblos la habitación de cada persona, según las órdenes que se expresaran. Al primero llamaron Metator y al segundo Mensor. Este escribía en la puerta de la casa el nombre del que la debía ocupar, y el que la borraba, se hacía reo del delito de falsedad» [10].

Estas dos figuras, que nos enfrentan nuevamente con los dos tipos de aposentamiento, a veces no parecen definidas con nitidez, sino más bien al contrario: «el ejercicio de esta actividad se llevaba a efecto por el metator», que era quien «practicaba la división o determinaba los límites que fijaban el aposento para el personaje a quien fuese destinado» [11], metator que en ocasiones parece ser el único aposentador: «cuando la casa no había logrado obtener la exención, ni llegar a un acuerdo con el medidor o Metator, estaba obligado a poner la vivienda a disposición de éste...» [12].

La misma *Alegación fiscal* se hace eco de tal cuestión, en el sentido de que el metator era el que practicaba la división o determinaba los límites del aposento, «pero... no era el simple medidor del terreno, sino que señalaba y distribuía las estancias, adelantándose para prevenir los campamentos y la colocación distributiva de los reales» [13]. No cabe duda de que el referido oficial era un miembro de o próximo a la milicia y que preparaba el aposentamiento u hospedaje de las tropas, pero por lo dicho anteriormente parece que existe otro personaje para ocuparse del aposentamiento de la Corte.

— Por lo que se refiere a los huéspedes, se estableció que si eran ilustres —y se entendía por tal cónsules, patricios, senadores, altos fun-

---

[10] Desde la última nota del texto, seguimos una vez más a BERMÚDEZ, en su obra citada, págs. 4 a 8; a ésta última corresponde el entrecomillado.

[11] DÍEZ NAVARRO, *op. cit.*, fol. 4.

[12] LÓPEZ DÍAZ, *op. cit.*, 205.

[13] Vid., nota 11. La información que sigue nos la suministra BERMÚDEZ de nuevo, en las páginas ya citadas. Los entrecomillados siguientes que no llevan nota, corresponde a él también.

cionarios, prefectos, magistrados y similares— gozaban de la mitad de la casa que se señalaba, eligiendo primero el dueño o el huésped, según quien hiciera la partición, aunque algunos autores piensan que siempre elegía el huésped.

Pero si el huesped no era ilustre, se le daba solo un tercio de la casa, previamente dividida, eligiendo primero una parte el dueño y luego otra el huesped, quedando la tercera para el primero.

4) *Sobre las exenciones*:

Las normas dictadas sobre este particular van perfilando las exenciones y el tipo de vivienda del aposentamiento de Corte, así como el remedio y prevención de situaciones injustas.

Sobre las primeras tenemos las normas recogidas por Bermúdez sobre el aposentamiento de Corte, que determinan:

— «se mandó no dar, y prohibió gozasse casa de repartimiento quien la tuviese propia, y libre de este gravamen, o que perdiese el privilegio».
— «Se decretó, que no siendo el Hospedage para la comitiva del Príncipe, quedassen libres las casas de los clérigos, senadores, proto-médicos, professores de Artes liberales y fabricantes de armas».
— «Que para aposentar la comitiva del Príncipe todos contribuyessen, excepto los Ilustres, con sus casas propias que habitasse; pues las que posseyessen y alquilassen, debían estar sujetas a repartimiento».

En otras disposiciones se busca remediar o prevenir posibles abusos en este particular, como la que establece que los huéspedes «no pidiessen más que el cubierto».

II. DESARROLLO DEL APOSENTAMIENTO

Con la caída del Imperio Romano se van formando reinos, tras una serie de luchas entre los diferentes pueblos invasores. En el caso de España, la situación entra en el proceso de estabilización con la llegada y el progresivo asentamiento de los visigodos, que establecen la capitalidad en Toledo en el año 586, si bien su denominación como «urbe regia» no aparece hasta Recesvinto, aunque, en cualquier caso, se inicia una especie de centralización administrativa, base de su futuro Estado que, como es sabido, los visigodos consolidarán inspirándose en el modelo romano y en relación al aposentamiento, se mantendrían las normas establecidas entonces. Con Alarico II, se menciona directamente el aposentamiento:

> «reconociendo los buenos efectos que produxeron aquellas leyes [las de Eurico], y no ser suficientes según lo que havía ocurrido, para el gobierno de el Reyno: vistas las de los Romanos, que comprende el Código theodosiano, en que se hallan las del aposentamiento, mandó se observasen, y que según sus disposiciones se juzgasse en la Galia

> Gothica que dominara: medio por donde volvieron a regir a España».

Tal planteamiento —que compartimos— nos hace disentir del parecer de López Díaz, quien sostiene sobre la hospitalidad de Corte que «parece desaparecer como obligación general del súbdito en la etapa visigoda» [14] y tampoco creemos que se convirtiera en un servicio de carácter prefeudal, sino más bien que se siguió practicando según las normas anteriormente dictadas por los romanos, que mantuvieron su vigencia en el periodo visigodo español, dada la romanización existente entonces, sin entrar en quien fue quien ejerció las funciones del aposentamiento, por ser ésta una cuestión no determinada suficientemente en normas precisas.

Avanzando más en el proceso, parece que la institución pervive durante la Edad Media, cuyas ordenanzas se practicarían desde la restauración que lleva a cabo D. Pelayo en Asturias, transmitiéndose luego a Léon y después a Castilla, reinos en los que rigió el derecho de los visigodos, si bien es cierto que hubo diferencias de unos reinos a otros, diferencias que son difíciles de determinar por la diversidad jurídica existente, pues aunque se parte de la ley visigoda, se diversificó en multitud de instituciones, fueros diversos de ciudades, villas y lugares, fazañas y albedríos, creando un mosaico jurídico que rompe la unidad que había alcanzado la monarquía visigoda y más aún si tenemos en cuenta el carácter itinerante de nuestra realeza medieval, con una movilidad constante, pero también con una presencia considerable y necesaria para la sociedad de la época. Sería interesante desentrañar en tal diversidad legal las particularidades que presenta en las variadas fuentes nuestro objeto de estudio en estas páginas, pero ello desborda nuestro objetivo presente y habrá que posponerlo para mejor ocasión.

Por ello, nos vamos a situar en la Baja Edad Media, época en la que la regalía de aposento es ya una institución gracias al reinado de Alfonso X el Sabio, soberano legislador cuyo ordenamiento jurídico resulta especialmente interesante para el tema del aposentamiento y pone de manifiesto la labor exhaustiva de un rey en pro de un derecho local castellano unificado con un primer intento en la publicación del *Fuero Castellano*, el *Fuero Real de las Leyes*, destinado a suprimir la diversidad y variedad de juicios, recopilación que suscitó constantes peticiones al rey por lo que suponía de supresión de privilegios y libertades concedidas en los ordenamientos jurídicos particulares.

La labor de codificación del soberano continuó con otro corpus donde se reunía la normativa que debía regir y por la que se debían gobernar los reinos; nos referimos a *Las Siete Partidas*, que no fueron publicadas hasta 1348, en el reinado de Alfonso XI. Sin entrar en su contenido, vamos a considerar este texto fundamental en nuestro tema, pues nos aclara una cuestión, sobre la que hasta ahora solo cabían de-

---

[14] LÓPEZ DÍAZ, *op. cit.*, pág. 220.

duciones y que vienen a completar las ordenanzas sobre el aposentamiento de Corte; se trata de la figura del *aposentador*:

> «es llamado el que da las posadas a la compaña del Rey, E el ha de llevar un pendon de su señal un dia ante por que con el los omes sepan aquel lugar, do el Rey ha de yr a pasar. E este sin otras bondades que deve aver en si, deve ser entendido,e de buen seso,que sepa conoscer los omes e darles posada, a cada uno dellos segund qual fuere el ome, e el lugar que tuviere con el Rey» [15].

El aposentador es también el vigilante que evita abusos que, como ya hemos dicho, eran muy frecuentes: se recomendaba que «e deve las dar, de manera, que non reciban daño, ni grand agravamiento, aquellos cuyas fueren las posasadas». Y además, es un oficial con jurisdicción propia, pues «E a el pertenesee de partir las contiendas, que acaesce entre los omes, en razòn de las posadas; por que el ha de poder de juzgar qual de aquellos, entre quien fuere la contienda, la deve aver... E si errase en ello, deve aver la pena segund el yerro que fiziese». Por lo demás, el aposentador es un personaje intimamente unido a la realeza, pues es el suyo un cargo de confianza real. Por eso, «haciendo bien su oficio, deba el Rey amarle y favorecerle; y observando mal, castigarle según el delito» [16].

El aposentamiento, queda establecido en Castilla como tal en esta magna obra de Alfonso X el Sabio y ya en el siglo XIII se complica por los largos viajes que realizaba la Corona y por el crecimiento de la Corte. Sobre este particular, en las Cortes de Valladolid de 1258 se pide al Rey que limite el número de cortesanos y así se anuncia que ningún rico hombre venga a casa del rey, si no es llamado.

En relación con las ciudades, es de destacar los privilegios que el monarca concede a algunas ciudades del sur, como Sevilla, Córdoba y Carmona, mientras que otras, como Toledo ya disfrutaban de una exención desde tiempo atrás, exención que de forma amplia afectaba a las casas donde habitaban y a las de su propiedad; un privilegio que el rey reduce a una sola vivienda. Proceder un tanto contradictorio, pero indicativo del problema creado por una Corte numerosa, que se complica aún más en la época de Alfonso XI, al que las Cortes de Madrid de 1329 solicitan que visite la tierra, «pero con la menos gente que pudiere», quejándose de los males que causaban «las grandes compañías que traen aquellos» que viven en «la mi casa e vienen a mi se siguen muchos males» y por ello piden que «lleve consigo a sus oficiales y a una compañía cierta».

Así comenzaba una complicación progresiva y constante en el uso de esta regalía, lo que le hace a Alfonso XI crear la *Junta de Aposento* en 1341, encargada de visitar cada cierto tiempo los lugares de estancia de la corte en los reinos de Castilla, de la que tenemos noticia cuando

[15] *Partida II*, tít. IX, ley XV.

[16] Una vez más, BERMÚDEZ, *op. cit.*, pág. 16.

en 1580, Felipe II ordenó se buscase su formación en los reales archivos, expidiendo una cédula donde se reconoce no haberse hallado, con lo que no se ha podido llenar un vacio documental importante.

Instaurada en Castilla la dinastía de los Trastámara, Juan I (1379-1390), que fijó su sede en Segovia, proyectó nuevas ordenanzas que regulaban el aposentamiento en el reino Castellano-leonés, disposiciones que no se llevaron a la práctica por sobrevenirle accidentalmente la muerte y aunque su sucesor, Enrique III, no crea ninguna nueva ordenanza que conozcamos, si es conveniente destacar el progresivo acercamiento de estos reyes a Madrid, pues como señalara Mesonero Romanos, el último de los monarcas citados, entre otros, residió con frecuencia en Madrid, como lo haría su hijo Juan II desde el 20 de octubre de 1418, instalado en el Alcázar Real, donde concedía sus audiencias sentado en un trono y con un león a sus pies. López Díaz se hace eco de una norma de la *Novísima Recopilación* (3, 14, ley 4.ª) emitida por este rey en 1433, en la que ordena que los alguaciles, los oficales de la cárcel y el verdugo sean aposentados en la plaza o en un algún lugar cercano a ésta; disposición que citamos nosotros no tanto por su interés dentro del aposentamiento de Corte, sino por ser indicativa del problema que va suponiendo el aposentar a un gran número de personas que no son personajes importantes ni oficiales de la administración real. Por lo demás, mantuvo lo establecido por las *Partidas*, cuyo contenido confirmó en su ley de 6 de febrero de 1427, emitida en Toro, concretando los derechos y obligaciones de los aposentadores. La misma situación se le plantea a su hijo Enrique IV, que heredó el gusto por Madrid hasta el punto de que Mesonero Romanos escribió que «residió casi constantemente en ella, dándole ya todo el carácter de corte de Castilla» [17].

Los Reyes Católicos constituyen un hito importante en la formación del Estado Moderno, con una administración más compleja y perfeccionada, con una Corte en constante movimiento y muy numerosa (en las Cortes de Madrigal sobrepasaba los 37 cargos) y cuyo empeño legislativo es encomiable, como vemos en la recopilación de la leyes y ordenanzas reales de Castilla. Tampoco podemos olvidarnos del protagonismo internacional de España en esos años, cuando empezaba a crear su hegemonía continental. Todo ello exigía un aparato burocrático y una estructura administrativa que, en principio, no fue demasiado compleja y cumple la función para la que fue creada: la centralización del poder, conseguida mediante la administración central, territorial y local y que se traduce en instituciones como los Consejos, Audiencias, Virreinatos y Municipios, menteniendose otras de tradición medieval, como las Cortes.

Todo ello nos muestra la complicación de una Corte, que atrae a los nobles y además conserva el carácter itinerante, aunque algunas instituciones se asientan en lugares determinados y poseen sus propios me-

[17] MESONERO ROMANOS, R., *El antiguo Madrid*, Madrid, 1861; pág. XIX.

canismos; pero el afán de la monarquía de mantener el orden y hacerse sentir próxima a todos, le inducen a mantener una movilidad constante, a agilizar lo posible la administración y a resolver con rapidez las cuestiones y problemas que se planteaban.

Gran importancia adquirió Madrid en este período, quizás porque en un primer momento debió ser ganada para la causa de la reina Isabel al defender algunos el derecho de la princesa Juana. La entrada solemne de los Reyes en la villa tuvo lugar en 1477 y se sabe que se aposentaron en casas particulares y a partir de ese momento, la reina Isabel tuvo una predilección especial por Madrid, concediéndole mercedes y honores, favoreciendo la construcción de edificios religiosos. En semejante contexto se entiende que los soberanos tuvieran que dictar normas precisas para el aposentamiento de Corte, claramente complicado en su reinado al movilizar en sus idas y venidas a toda la Corte real, teniendo que repartir aposentos a una auténtica nube de oficiales y funcionarios, entendiendo por Corte lo establecido por Alfonso X:

> «Corte es llamado el lugar do es el Rey, e sus vasallos, e sus oficiales con el que han cotidianamente que aconsejar e servir, e de los homes del Reyno que se llegan, o, por honra de él o por alcanzar derecho, o por facerlo, o por recabdar las otras cosas, que han de ver con él» [18].

El interés por el tema queda demostrado cuando en Toledo declaran que esta regalía es privativa del Príncipe, prohibiendo a cualquier otra persona su uso, según disposicion romana, y son muchas las normas que sobre el particular dictaron los monarcas, recopilando todo lo dispuesto anteriormente en el *Ordenamiento Real*, que pone remedio al desorden existente merced a una certera labor de Alonso Díaz Montalvo, el jurista sobre el que recayó la responsabilidad de la empresa y que da nombre al resultado de su labor recopiladora publicada en unas *Ordenanzas sobre Aposentadores* recogidas por Díez Navarro y Contel [19].

Estas disposiciones sobre el aposentamiento son recogidas posteriormente en la *Nueva Recopilación de las Leyes de España*, publicada en 1567, en el reinado de Felipe II, donde se determinan los tipos de aposentamiento y otros extremos del mismo, entre los que destacaremos los más significativos:

— Aposentador de Palacio:

> «En Palacio hai Aposentador, que entre varios cargos, tiene el de hacer en las jornadas el aposento para su Magestad, y Personas Reales, y Oficio de la Casa, y no para otros; por pertenecer esto a los aposentadores llamados de camino, como se dirá, excepto quan-

[18] DÍEZ NAVARRO, *op. cit.*, fol. 11v.

[19] DÍEZ NAVARRO, *op. cit*, fol. 14v y 15r; CONTEL BAREA, C., «La Junta de Aposento: su documentación en el A.H.N.», en *Fuentes para la Historia de Madrid. Torre de los Lujanes*, n.º 8, 1992, págs. 13-53.

los aposentadores llamados de camino, como se dirá, excepto quando su Magestad va a los Reales Bosques, en cuyo caso aloja a todos los criados, ministros, y demás personas que acompañan y sirven a su Magestad».

Esta acotación sobre el aposentamiento real se completa con otras especificaciones precisas que quedan bajo el control de otra figura de palacio:

«y de orden del Mayordomo Mayor hace el repartimiento de las ventanas del Palacio de la Plaza para la vista de las fiestas públicas que se tienen en ella: y siendo en la de palacio, acomoda a los Consejos, y Grandes, precediendo la misma orden: y no habiendo aposentador o hallándose impedido, la executa uno de los ayudas de Furriera, el que nombra el Mayordomo Mayor» (no en balde tales precisiones se hacen con ocasión de la etiquerta a guardar en el palacio de Furriera).

— Aposentador de la Reina:

Es el «que cuida de aposentar en la parte de Palacio que se señala, a los que asisten a su Magestad».

Sobre esta cuestión, en la *Alegación fiscal* de Díaz Navarro, queda apuntado como hasta el reinado de los Reyes Católicos el estipendio recibido por este oficial consistía en la mitad de lo recibido por el aposentador del rey; pero con Fernando e Isabel ambos aposentadores fueron retribuidos con los mismos honorarios.

— Aposentadores de caminos:

Son los encargados, como su nombre indica, de preparar el alojamiento en los «tránsitos de las Jornadas de los Reyes, Príncipes o Infantes», para las personas que no poseen cargos de Palacio ni del séquito de la reina. En este grupo se especifica como hay un número mayor de aposentadores que están bajo las órdenes del Mayordomo mayor:

«y de él, para cada jornada, señala los que han de ir; y de orden de su magestad se expiden por el Consejo de la Cámara Reales Cédulas para las ciudades, encargándoles les den favor, y ayuda, y que le acompañen para que el aposentamiento se haga cómodamente».

Los Reyes Católicos publican nuevas ordenanzas sobre los aposentadores y mandan que se cumplan fielmente, concretando y actualizando los beneficios de estos oficiales:

«Item que en ningún lugar reciban más derechos de los que les son tasados por leyes de este título, so pena, que lo que demás llevaren lo restituyan con el quatro tanto, la mitad para la nuestra Cámara, y la otra mitad para el que lo proclamare. Item que no reciban dádiva ni presente alguno por dar posada alguna, salvo si algunas personas

> de estado de su libre voluntad les quieren hacer o dar alguna gracia en algunas fiestas» [20].

Son bastantes los autores —Navarrete, Fernández de la Cámara, etc.— que opinan que estos aposentadores, junto con el aposentador mayor y los aposentadores del Libro y Corte, componen la Junta de Aposento, cuya finalidad esencial es:

> «señalar el aposentamiento en las casas del lugar donde está la Corte permanente, a los criados de sus Magestades, que se dirán y no a otros, en las porciones que se señalarán, sin exceder, ni faltar».

Tales medidas indican el interés de los soberanos por el adecuado alojamiento de los personajes de la Corte real, pero ya en las disposiciones legales anteriores existen unas limitaciones que son indicativas de los abusos que se cometían con el aposentamiento y que era conveniente atajar, algo que se va haciendo progresivamente, como vemos por ejemplo en el *Ordenamiento* de Montalvo, cuya ley 68, recogida también en la *Nueva Recopilación*, prohíbe dar posada en realengo a los caballeros ni a otras personas. De la misma forma que en la Real Cédula de 1488, se especifica que los corregidores, que ya perciben ayudas de costa en sus desplazamientos, no precisan, por ello, de alojamiento.

En otro orden de cosas, la Real Cédula de 1498, dirigida al Aposentador Mayor, insiste sobre un tema del que ya hemos hablado, relativo a su trabajo cuando aposenten a oficiales de la Casa Real, caballeros y demás, para que «solamente... les den ropa, e camas en que duerman, o casas en que posen» y ya en 1503, se ordena al mismo oficial no dar aposento ni ropa sin consultar primero al Consejo Real [21].

Las disposiciones legales a tener en consideración por los aposentadores, prosiguen en el reinado de Carlos I, cuyo viajar incesante provoca continuos problemas de aposentamiento; sin embargo, no son atendidos y menos aún atajados. En cualquier caso no merece la pena detenernos en este periodo por su escasa importancia en relación con nuestro tema, siendo lo más interesante resaltar la limitación que se introduce en el aposentamiento al determinar que «no se aposente, bajo la pena de perder oficio, más que a los que estén en nómina de los aposentos y nunca a los que viajan por cuestiones particulares», claro exponente del abuso que existió en esta época y más en una Corte como Toledo, a la que Mesonero Romanos llama *piramidal*, en «cuyas estrechas, costaneras y laberínticas calles no hemos podido nunca comprender como cabía la corte de Carlos V» [22].

---

[20] Los entrecomillados que preceden son de BERMÚDEZ, págs. 18-20; y el que sigue del autor citado en la nota anterior, fols. 14v. y 15.

[21] LÓPEZ DÍAZ, *op. cit.* págs. 242-245.

[22] MESONERO ROMANOS, *op. cit.*, XXIV.

III. LA CLAVE DE LA CAPITALIDAD Y LA REGALIA DEL APOSENTO

Con el establecimiento de la capitalidad en Madrid permanentemente, el aposentamiento ya se puede definir como la exigencia de hospedar al monarca, a su real familia y a su séquito de forma adecuada; una regalía que se circunscribe a Madrid con carácter diferente, al no responder al nomadismo de una Corte, con un reducido aparato, como ocurría en tiempos pasados: «Las disposiciones medievales unicamente procuraban se diesen buenas posadas a quienes en varia jerarquía y con diversos cargos integran la Corte».

En el período que ahora iniciamos, la información que se nos proporciona es mucho más abundante y precisa, así como de primordial interés y nos habla de un aposentamiento de Corte normalizado, basado en la unión de «dueños, casa y regalía» y con un sentido de utilidad pública y de prestación que el pueblo debe al soberano. Fernández Navarrete en su *Conservación de Monarquías y discursos políticos*, expone como no es generalizable, ya que no se manifiesta en otros reinos; es un producto castellano con un doble sentido: como servicio de los vasallos al rey y como expresión de la grandeza de la soberania real.

1) Evolución de la regalía del aposentamiento desde la década de 1560

En el reinado de Felipe II, el aposentamiento inicia su transformación, que continuaría con los Borbones y culminaría en el siglo XIX, siglo en el que desapareció. El rey *Prudente* se trasladó en 1561 de Toledo a Madrid, aunque parece que por entonces todavía no se había planteado establecer la capitalidad definitivamente en este lugar. Muchas son las razones que se han esgrimido para explicar semejante decisión y de ellas nos han ido dando cuenta los historiadores, de la misma forma que no faltan quienes consideraron la medida un desacierto, pues se pensaba que

> «la villa de Madrid era un pueblo mezquino, impropio, sin importancia política y sin historia; situado en el interior, y el más lejano de las costas de un reino peninsular, en un territorio pobre y desnudo, careciendo de un río caudaloso y de otras condiciones materiales de prosperidad»[23].

A pesar de todo, fue elegida por Felipe II como sede de su Corte, en una decisión política que ya se venía gestando desde tiempo atrás. Los mismos Reyes Católicos ya desearon asentarse en una ciudad de forma permanente y dudaron entre Valladolid, Toledo y Madrid y conocemos la predilección de Isabel por ésta última. También Carlos V se

[23] *Ibidem*, pág. XXV.

entusiasmó por Madrid (cuyo clima lo consideraba excelente) y así lo demuestra la modificación y ampliación que realizó del Alcázar. Pero las circunstancias no permitieron dar el paso definitivo para el establecimiento de la capitalidad, aunque los reyes pasaron prolongadas estancias en Madrid y sería Felipe II el que tomaría esa decisión. Conociendo, como conocemos, el carácter del monarca, no cabe duda de que antes de dar semejante paso, sopesaría todo tipo de consideraciones, entre las que podemos destacar las siguientes:

— La necesidad de crear una capital única, nueva para todo el reino, debiéndose elegir una ciudad que por su historia no pudiera ser juzgada por las demás ciudades enfrentadas y, a su vez, podía ser aceptada por las demás regiones españolas:

> «un pueblo que aunque con suficiente vida e historia propias pudiera absorber y fundir en su seno todos aquellos distintos provincialismos, identificarse y representar simultáneamente aquellas diversas poblaciones, y ser, en fin, la patria común, la expresión y el compendio de las varias condiciones de los habitantes del reino» [24].

Una circunstancia ventajosa para esta ciudad fue que Madrid es tenida por sede estable de la Corte por el hecho de ser el centro no solo por el claro sentido geográfico (equidistante de los diversos extremos de la península, estaba en situación idónea para gobernar Castilla y Aragón), sino también desde una perspectiva cultural, como pone de relieve Alvar Ezquerra:

> «El intento de Felipe II de hacer en el centro de Castilla una inmensa república palacio compuesta por varias construcciones... El centro de la Península, por estar en el Renacimiento, vino a constituirse en el imán del rey... había nacido de modo artificial una capital en Europa» [25].

— No podemos olvidar que Madrid se debía convertir en la residencia de la Administración con un aparato complejo, como es el propio del régimen polisinodial y la propia burocracia filipina, a la que favorece la elección de una capital escasamente formada donde poder desarrollar sus planes urbanísticos, muy avanzados para el siglo XVI, como se comprueba en El Escorial, en el también llamado «templo de Salomón». En efecto, fue la capital de un Imperio, cuyas decisiones eran obedecidas en todas partes; en ella residían el gobierno, los consejos y los tribunales; en ella se reunían las Cortes del reino; en ella se tomaban las decisiones de Estado y de la historia nacional. La Corte que Felipe II trae a Madrid es un aparato burocrático de grandes di-

---

[24] *Ibidem*, pág. XXVI.

[25] ALVAR EZQUERRA, A., *El nacimiento de una capital europea. Madrid entre 1561-1606*, Madrid, 1989; pág. 191. Para el hecho de la capitalidad, vid. también FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M., *El Madrid de Felipe II. (En torno a una teoría de la capitalidad)*, Madrid, 1987.

mensiones que irá creciendo con el tiempo. Tal es la cara positiva de la moneda, pero también Madrid sufrió las consecuencias derivadas de su cambio de posición:

> «El establecimiento de la Corte que debía ser para esta comarca la señal de una nueva vida solo fue de destrucción y estrago. Sus árboles, arrasados por el hacha destructora, pasaron a formar los inmensos palacios y caseríos de la corte, y servir a sus crecientes necesidades. Desterrada la humedad que atraían con sus frondosas copas para filtrarla después en la tierra, dejaron ejercer después su influjo a los rayos de un sol abrasador, que secando más y más aquellas fuentes perennes convirtieron en desnudos arenales las que antes eran fértiles campiñas»[26].

A estas razones se debió, según Mesonero Romanos, que Madrid tomara un aspecto triste y mísero y que sufriera un cambio climático. En cualquier caso nos encontramos ante el desarrollo de una ciudad que al convertirse en capital se ve desbordada por los acontecimientos y por la falta de un plan general, circunstancias que afectan a cualquier capital en el momento de su consolidación. Es más, en los planes de Felipe II estaba realizar un ensanchamiento de acuerdo con un proyecto urbanístico muy influenciado por la Roma papal.

Así, es necesario resaltar los planes que el rey y el su arquitecto Juan Bautista de Toledo tenían para las proximidades del Alcázar, para adecentar su aspecto. Y el mismo interés, nos consta, tuvieron para el ornato de Madrid como ciudad, a pesar de que no falta quien opina que el rey no tenía interés en el embellecimiento de Madrid. Sin embargo, en este sentido habría que precisar que para Felipe II la belleza no solo residía en la arquitectura, sino también en la formulación teórica, razón por la que se piensa que el corregidor —movido por Juan Bautista de Toledo— elevó al rey en 1564/65 un transcendental *Memorial sobre las obras de la villa de Madrid*, en el que se exponen al monarca las necesidades de la villa, los anhelos y demás ideas para crear una gran Corte real, como deseaba el propio Felipe II[27].

En la práctica, entre 1570 y 1590 se produce un crecimiento importante de formas màs libres y arbitrarias que el anterior, como nos dice Fernando Negredo, a pesar de la creación de un registro municipal para dar licencias de construcción e impedir que cada uno edifique donde le plazca, «este crecimiento arrastra toda una serie de inconvenientes que el Concejo, aunque lo intenta, no conseguirá paliar», el último intento real por controlar la situación fue la creación de la Junta de Ornato y Policía en 1590[28]. Estas reformas «mueren —dice Alvar— asfixiadas por el peso de la realidad» y así lo vieron también los

---

[26] MESONERO, *op. cit.*, págs. XXVIII.

[27] ALVAR, *op. cit.*, pág. 192.

[28] NEGREDO DEL CERRO, F., *El Madrid de Felipe IV. Propiedad inmobiliaria y marcos de sociabilidad*, Memoria de Licenciatura (en curso de publicación), Universidad Complutense de Madrid, 1994; págs. 114.

contemporáneos, como fue el caso de Juan de Herrera y de un cortesano de 1606; aquel escribía:

> «Es menester ir ennobleciendo este pueblo ... porque cierto es cosa extraña, con todo lo que se fabrica en él y gastan dineros en edificios, quan poco luce y se echa de ver, y todo esto es a costa de no aver fabricado con horden, ni en lugares que acompañan unos con otros, sino tan desbaratado todo que no ay tino; y convendría mucho, siendo su Magestad servido, que las ruines casas, o chozas, por mejor decir, que ay dentro de lo principal de la Villa, que a los dueños las reedificasen o se las tomasen por lo que valen, no pudiendo ellos reedificar, que esto, sufridero es hazerse»[29].

En los escasos planos que poseemos de Madrid por estas fechas, vemos como en su trazado se va marcando el crecimiento urbano, importante en la vida de la población. Se sabe que en 1566 se rodeó a la villa de una cerca con el objeto de evitar el contagio de una epidemia; cerca que va configurando el Madrid de los Austrias y que perseguía además objetivos políticos y fiscales:

> «creyendo moderar en términos generales, por medio de ella [se refiere a la cerca], —el crecimiento de la villa, entonces grandemente estimulado por la presencia bastante continuada ya de la Corte— se intentó en lo político seleccionar sus pobladores... a la vez que se quiso dotar a su continente de rasgos y características de una mayor nobleza formal»[30].

En definitiva, estamos ante la cruda realidad con la que tiene que enfrentarse una ciudad medieval que al ser convertida en Corte estable se ve desbordada demográficamente al recoger la emigración constante de otros territorios; gentes que acuden a vivir en la capital del reino por múltiples motivos: estar cerca del Poder, obtener cargos y favores, buscar trabajo, etc. De modo que aumenta el perímetro de la ciudad con múltiples edificaciones, sin organización lógica del suelo y en condiciones pésimas de infraestructura, en un desarrollo claramente atípico. Marín Perellón refiere que entre 1561 y 1618 el número de inmuebles pasó de 2.520 y 3.000 a 9.439 casas, lo que significa una multiplicación por tres o cuatro. Este aumento descontrolado del suelo edificado se debía también a la búsqueda de suelo donde acomodar «a un séquito palatino y a los miembros de la administración del Estado»[31], utilizándose para ello la Regalía de Aposento, institución para algunos autores

---

[29] Vid. ÍÑIGUEZ ALMECH, F.: «Juan de Herrera y las reformas en el Madrid de Felipe II», en *Revista de la Biblioteca, Archivo y Museo del Ayuntamiento de Madrid*, n.ºs. 59-60, 1950, pág. 33.

[30] MOLINA CAMPUZANO, M., *Planos de Madrid de los siglos XVII y XVIII*, Madrid, 1960; pág. 62.

[31] MARÍN PERELLÓN, F. J., «Planimetría general de Madrid y regalía de aposento», en *Planimetría general de Madrid*, tomo de planos, Madrid, 1988; pág. 82.

modernos de efectos contraproducentes y desastrosos, aunque otros se muestran más favorables en sus juicios.

Ya en 1590 se comprueba la ineficacia de la previsiones y medidas tomadas anteriormente; para entonces la ciudad había duplicado la extensión que tenía al comienzo del reinado. Morel-Fatio[32] describe los lugares más alejados de la ciudad, los suburbios, los barrios extremos y como el campo del entorno se va cubriendo de caseríos, de una forma un tanto anárquica, según decimos, lo que ha valido a Felipe II más de un duro juicio, como el que sigue:

> «Aunque Felipe II ya posee experiencia de gobierno en 1561, año del traslado de la Corte a Madrid, en ese momento Felipe es un «voluntarista» que no ha podido medir bien todas las consecuencias de su decisión salvo una, la de zafarse de la omnipotencia y la prepotencia de la sede arzobispal de Toledo»[33].

2) Felipe II y el aposentamiento de Corte.

La importancia de este rey para la institución que nos ocupa está fuera de toda duda y disponemos de variadas noticias al respecto de muy diversa procedencia: desde fuentes legislativas[34] a monografías sobre el aposentamiento[35], pasando por los estudios dedicados a Madrid[36],

---

[32] MOLINA CAMPUZANO en su obra citada, pág. 72, se hace eco, como Morel-Fatió, del *memorial* de Pedro Tamayo, de la guardia de a pie de Su Majestad, 1590.

[33] BRAVO LOZANO, J., *Familia busca vivienda. Madrid, 1670-1700*, Madrid, 1992; pág. 143.

[34] La más importante como ordenamiento que recoge la legislación anterior de forma coherente y ordenada es la *Nueva Recopilación* —y la *Novísima*—, un conjunto de normas legales con un ámbito territorial general.

Con una validez local, pero significativas por dictarse en la Corte de Madrid, serían las reales cédulas, instrucciones y provisiones, cuya finalidad última señala DÍAZ NAVARRO, en su citada obra, pág. 23: «la inestabilidad con que se consideró la Corte, previniendo regla para el caso en que supone mutación».

En este mismo apartado se podrían incluir los autos del Consejo, las respuestas a las peticiones de exenciones (estudiadas por MARTÍNEZ BARA, J. A.: «Licencias de exención de Aposento del Madrid de Felipe II», en A.I.E.M., 1962), las tasaciones de alquileres hechas por los alguaciles y los ordenamientos de Cortes.

[35] Sobre el aposentamiento, ha quedado de manifiesto nuestro recurso a las obras más clásicas por su fundamentación jurídica y a otras de mayor actualidad. La figura de Felipe II es clave para el período que nos ocupa y así lo destacó DÍEZ NAVARRO, quien insistía en la necesidad de fundamentar jurídicamente la regalía y la necesidad de crearse más reglas que la de ceder la mitad de las casas de Madrid: «No se halla que en el principio se formalizase más regla que la común de ceder al Real Aposentamiento la mitad de las casas de la villa, erigida en corte con la real asistencia; pero si que, presuponiendo este derecho, se dieron reglas para su ampliación con los dos motivos que en todos los reales documentos son causa final y expresa de que recibe ser todo lo establecido. A saber: el ornato de la Corte y [la] extensión del Real Aposento» (fol. 22v.). Regulación que difiere de las disposiciones dictadas en la Edad Media, cuyo fin primordial es el de dar comodidad, sin distinción clara del aposento regio de otros derechos medievales.

Entre los estudios más próximos a nosotros, ya hemos aludido al de MOLINA

donde vemos la regulación que se establece en el ramo, una regulación que difiere de las disposiciones dictadas en la Edad Media castellana, cuyo fin primordial es el de dar posada cómoda, sin diferenciar claramente el aposentamiento regio de otros derechos medievales. En este periodo deja de ser una carga compartida por los municipios castellanos para recaer sobre uno solo, Madrid, «con ello se realiza un agravio comparativo que la propaganda monárquica intentará compensar destacando las ventajas que tiene para los madrileños el gozar perpetuamente de la corte» [37].

El alcance de esta regalía hace ver la necesidad de convertirla en impuesto, como prestación debida al soberano y con utilidad pública, situación que perdura hasta la desaparición de la institución y sobre ello, Fernández Navarrete señala que sólo se da en España, lo que considera indicativo del talante de nuestra monarquía y de su relación con los súbditos.

Otra novedad a tener en cuenta es «la ordenación de los inmuebles», que responde al asentamiento de tribunales y consejos, con la consiguiente demanda de locales o casas, lo que plantea la necesidad de revisar todo el conjunto y eso, a la larga, fue un gran beneficio para Madrid; en el caso concreto del aposentamiento, no solo resultó favorable para los dueños de los edificios, sino tambien para el Estado y aunque la organización fue confusa, desde un primer momento se estableció para el aposentamiento que las edificaciones se realizasen en un «ámbito determinado por un perímetro tambien precisado» [38].

La prontitud con que aparecen la primeras regulaciones reales, 1565, y la constancia con que continúan emitiéndose hasta 1588, evidencian la preocupación de Felipe II en el proceso del traslado de la Corte y de la búsqueda de un espacio público físico para acomodar al séquito palatino y a los miembros de su administración. Esta cuestión motivó la transformación de la naturaleza jurídica de la Regalía del aposento desde su estructura como impuesto hasta la organización y administración del tributo, sin olvidar los medios para llevarlo a efecto. En fin, se trataba de modernizar una institución de corte, planteamiento

---

CAMPUZANO, quien considera el aposentamiento como una de las causas que condiciona el urbanismo madrileño desde 1560 hasta el siglo XIX. Es de consulta inevitable el *Anuario del Instituo de Estudios Madrileños*, donde menudean los artículos sobre el particular. Tambien, CORRAL, J. del, *Las composiciones de aposento y las casas a la malicia*, Madrid, 1982, etc.

[36] La bibliografía sobre Madrid empieza a ser desbordante. Referirnos a ella aquí está fuera de lugar. En las obras que llevamos citadas el lector encontrará sobradas referencias al respecto; destacamos las de ALVAR, BRAVO LOZANO y, en otra dimensión, pero igualmente útiles las de SÁNCHEZ GÓMEZ, R. I., *Estudio institucional de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte en el reinado de Carlos II*, Madrid, 1990 y MARTÍNEZ RUIZ, E., *La seguridad pública en el Madrid de la Ilustración*, Madrid, 1988, eso por no aludir a las ya «clásicas» obras de LEÓN PINELO, GONZÁLEZ DÁVILÑA o NÚÑEZ DE CASTRO, las más próximas a nosotros de ORTEGA RUBIO, RÉPIDE, DELEITO PIÑUELA, ALBA ABAD o VELASCO ZAZO o la labor que realiza el equipo Madrid.

[37] NEGREDO, *op. cit.*, pág. 48.

[38] MOLINA CAMPUZANO, *op. cit.*, pág. 120

y desarrollo medievales; lo mismo que sus supuestos jurídicos, que tendrán que adaptarse a la nueva situación del Estado moderno.

Aún no conocemos con exactitud todo lo legislado sobre el aposentamiento moderno, pero podremos aproximarnos bastante a su contenido. En un principio, no se concretaron muchas extremos sobre el particular, pero al convertirse Madrid en capital definitiva, se planteó un serio problema a la población, que ni tenía medios para sufragar semejante costo ni veía que sus inmuebles, por su tamaño, tuvieran posibilidades de convertirse en casas de aposento; a pesar de ello, las primeras medidas van dirigidas a la división en dos mitades de los inmuebles ya existentes para dedicar una al real hospedaje, pues «este tributo consistía en la cesión de la mitad de cada una de las casas de Madrid para alojamiento de los huéspedes del Rey»[39]. Pero se atendió, sobre todo, a las edificaciones nuevas que se construyeran en la villa, como consecuencia de la afluencia constante de gentes que se produciría por el reclamo de la Corte. Y así en la Real Cédula de 26 de marzo de 1565, el Rey declara que tanto el Concejo como la Justicia y los Regidores de Madrid estan convencidos de «que muchas personas labrarían casas nuevas y harían más aposentos en las que estan labradas» para el ennoblecimiento de la Corte; en consecuencia se imponía a regular todo el proceso. Por una parte, se preveían exenciones:

> «dar tiempo y espacio de quince años, sin que en el dicho tiempo en ningún caso ni por ninguna razón, aunque Nos y la Serenísima Reina ...el ...Príncipe... ni nuestro Consejo, ni Corte estén ni residan en la dicha villa, ni por ninguna necesidad ni ocasión que se ofrezca, sean compelidos ni apremiados a tomar ni recibir huéspedes en lo que así de nuevo labraren, y que pueden gozar de sus casas viviéndolas y arrendándolas libremente»[40].

Por otra, se establecían las normas que deberían respetar las nuevas edificaciones, empezando por su organización y capacidad; cada casa «había de constar de tres piezas en la planta baja, además del zaguán y de otras tres en la alta con su comedor»; en cuanto a los cimientos, se sacarían desde el firme y subirían «dos pies de obra de cal y piedra» con otros dos pies de gruesos. El área total del edificio sería de cuarenta y cinco pies de largo y de alto veintidós pies de vara y ocho pies de corredor, con tres pilares de ladrillo.

Tales condiciones son, básicamente, las mismas que respetarían cuantos desearan ampliar sus casas, concediéndose una cierta libertad en el ancho y alto del edificio, o en la superficie, siempre que contase con los aposentos establecidos.

El control de las nuevas edificaciones y de las ampliaciones de las ya existentes corre a cargo del Ayuntamiento en los primeros momentos, ante el que había que presentar el proyecto, especificando como se-

---

[39] *Vid.*, nota 29.

[40] DÍEZ NAVARRO, *op. cit.*, fol. 23.

ría el edificio y cual su emplazamiento, condición previa imprescindible para la concesión de la licencia de obras. En la resolución de 27 de octubre de 1564 se establecía que los Alguaciles serían los encargados de tasar los alquileres de cada casa.

Una vez terminadas las obras e inspeccionadas por las autoridades, comienza a disfrutarse el privilegio de los quince años (ocho años serán de permanencia de la Corte o del rey en Madrid, mientras que en los siete restantes no era necesaria esta condición, lo que parece indicar que en el momento de establecer la normativa que comentamos, no había mucha seguridad de que Madrid se convirtiera en cabeza permanente de la Monarquía).

Fue preciso establecer un control sobre las nuevas edificaciones y reformas, por cuanto deberían terminarse en un plazo de tres años; de lo contrario, el plazo de los quince años comenzaría a correr desde el momento del inicio de las obras, provocando la intervención de las autoridades para evitar la destrucción de viviendas antiguas con el objeto de ser reconstruidas de nuevo y acogerse a la exención.

Todavía en 1566, las disposiciones emitidas traslucen la precariedad de la capitalidad y la falta de decisión real en este punto, pues Felipe II no había mostrado —nos dice Alvar— claramente la intención de cambiar las costumbres itinerantes. El rey distingue esta vez el aposentamiento de Corte, cuando está de asiento y el de la misma cuando va de paso, imponiendo en el último caso el gravamen de ropa y camas.

Madrid dejó de ser una ciudad abierta, pues fue en ese mismo año cuando se cerca la villa con motivo de una epidemia, lo que obligaría a emitir una nueva disposición, que se hace pública el 18 de septiembre de 1567, estableciendo que las nuevas edificaciones se tendrían que hacer en ese perímetro para que se mejorara el aspecto y ornato de la ciudad:

> «...porque nuestra intención y voluntad es que el ornato, policía y ennoblecimiento de esa dicha villa vaya en aumento y no venga en disminución, mandamos que los vecinos de ella y otras personas que dentro de los dichos límites quisieren labrar y edificar de aquí adelante, no lo puedan hacer ni hagan en manera alguna sin que, ante todas las cosas, se presenten ante vos, en vuestro Ayuntamiento declarando en qué parte y lugar quieren edificar, para que por vos se nombre un Diputado que, juntamente con el nuestro corregidor que es o fuere de esa villa, o su lugarteniente, lo vean, y [cuando] fuese dentro de esos límites y no en otra manera alguna, le deis licencia para que se pueda hacer y haga el dicho edificio».

Sin embargo, el autor que analiza las ordenanzas de 1567, Íñiguez Almech[41] nos muestra como en el contenido del libro en que se regis-

[41] ÍÑIGUEZ ALMECH, F., «Límites y ordenanzas de 1567 para la villa de Madrid», en *Revista de la Biblioteca, Archivo y Museo del Ayuntamiento de Madrid*, 1955; pág. 7.

tran las licencias para edificar desde 1567 a 1570 ya se hacen alusiones a inmuebles situados fuera de la cerca.

El afán de controlar el aposentamiento es constante por parte del Rey, por eso resulta comprensible que las medidas de control se vayan sucediendo, como la que establece que todo proyecto, antes de obtener la licencia, debe ser aprobado «por la dicha Justicia, los Diputados con un miembro del Consejo», requisito del que se dejaría constancia en un libro que llevaría el Ayuntamiento.

Sin duda, podría haber sido un sistema eficaz si se hubiera llevado a cabo de forma tajante, pero sabemos que se aplicó con bastante tolerancia en función de la situación económica de los solicitantes, emigrantes, en su mayoría artesanos, que acudían a la Corte a crear su pequeño y propio negocio, generalmente unido a la vivienda, que solicitaban licencias para territorios en las afueras que contravenían lo establecido sobre el perímetro ciudadano; en tales casos, se concedieron exenciones especiales, como también fueron especiales las exenciones concedidas a personas influyentes sobre sus edificaciones y los acuerdos para no hospedar a nadie cambio del pago de una cantidad anual[42].

Todo ello provocó que a pesar de la fiscalización municipal, lo ordenado no tuviera demasiada aplicación o que su control fuera un tanto complicado. Pero son las normas con vigencia durante gran parte del reinado, ya que el contenido de las disposiciones dadas en 1584, 1587 y 1588 van encaminadas a suprimir los abusos que se habían producido, aunque también establecen nuevas condiciones —cosa lógica por el paso del tiempo— y tratan de aumentar el grado de centralización de esta institución, como se estaba intentado hacer con otras del Estado.

La real cédula de 1 de febrero de 1584 es una larga disposición que trata de confirmar y renovar las reglas de construcción, pues aclara que los edificios antes construidos «ni siquiera habían resultado de verdadera utilidad», por lo que deberían ser de mayores dimensiones; se establecía igualmente que si se construían en el casco antiguo, intramuros de la ciudad, se le eximiría de huesped durante ocho años o se le concederían «exenciones vitalicias» o «por dos vidas» para mejorar la vivienda o edificarla nueva.

En cuanto a su forma, los edificios tendrían cuatro habitaciones y zaguán en la planta baja y en el piso de arriba, cinco habitaciones y pasillo, con cinco pilares de ladrillo, cimientos y alturas diferentes, según los casos.

Por lo que respecta al ornato de la ciudad, constante preocupación de Felipe II, se determina que los corrales de las casas no den a la calle para no atentar contra la estética del urbanismo.

Además, en el contenido de la disposición que glosamos se hace referencia a las condiciones por las que deben regirse el propietario y el huesped en sus relaciones, disposiciones cuya razón de ser viene mo-

[42] Remitimos al trabajo citado de MARTÍNEZ BARA y al de NEGREDO, también citado, pág. 51.

tivada por la falta de casas de aposento, prohibiéndose el alquiler de estas, aunque lo consienta el dueño. El concepto de propietario era muy amplio y no había cambiado desde la Edad Media: «Integraba a todos aquellos que, como hoy, eran sujetos de derechos y deberes en todas las actividades de carácter local y municipal»[43]. Se refiere, pues a los moradores y los que no habiendo nacido en el territorio, han fijado en él su residencia; sobre unos y otros recaía por igual la obligación de aposentar a la Corte.

Las prestaciones estaban reguladas por disposiciones medievales y ya fijadas con el traslado de 1561, afectando a la mitad de la casa; con esta cesión el propietario perdía derechos efectivos sobre ella, pero no deberes, pues corría de su parte la reparación y sostenimiento de la parte cedida, además de la prestación obligatoria de servicios accesorios al huesped (cama, ropa), con estas medidas se intenta regular un sevicio que los madrileños les cuesta aceptar, por ello con la ley viene la trampa, el de construir casa de «incómoda partición», llamadas «casas a la malicia» por su carácter fraudulento, a la que se impuso un canon monetario equivalente a la tercera parte de sus alquileres, razón por la que fueron conocidas como casa de tercia parte[44].

López Díaz hace unas distinciones en los huéspedes de Corte entre titulares y acompañantes; los primeros reciben aposentamiento por derecho propio (caso de la familia real y allegados), por oficio público (en razón del cargo que ocupan) o por libre designación real. Los acompañantes son alojados por prestar un servicio privado o por razones de parentesco. El hospedaje podía ser permanente o transitorio, según su duración.

En cuanto al aumento del control real sobre esta prestación, hay que señalar que se mantiene y en las disposiciones que nos ocupan se dispone que el trámite para el cumplimiento de las normas necesarias para adecuar la villa de Madrid al asentamiento de la Corte, se lleve a cabo en el Ayuntamiento de la villa, con la intervención de los funcionarios que tenían que dar su conformidad quedando recogido en el Libro de Registros que hay en el arca del concejo. Así mismo, incrementa la presencia directa de sus agentes cuando en 1588 autoriza a un miembro de su Consejo, el Visitador de los Aposentadores, al Corregidor de Madrid y al Aposentador Mayor a que «pudieran conceder exenciones temporales y perpetuas de esas cargas en ciertos casos», como privilegio para algunos propietarios que han servido al rey.

La Junta de Aposentadores ha perdido significación en este reinado en Madrid, porque el control del aposentamiento lo realiza el Ayuntamiento; le queda determinar que tipo de aposentamiento debe recibir cada huesped, tarea delicada que desarrollan sus miembros, que son[45]:

---

[43] LÓPEZ DÍAZ, *op. cit.*, pág. 258.

[44] C. CONTEL piensa que la obligación de hospedaje en dos mitades es del reinado de Felipe II (Vid. su obra ya citada). También para estas cuestiones, los ya citados MARÍN PERELLÓN (pág. 84) y NEGREDO (pág. 50).

[45] BERMÚDEZ, *op. cit.*, págs. 22-27.

un Aposentador Mayor (cargo vitalicio nombrado por el rey), los Aposentadores del Libro y Corte (de similares características), un Fiscal (igualmente nombrado por el rey de entre una terna de Letrados propuesta por la Cámara), dos Contadores («que de orden de la Junta, participada por Secretaría, forman las libranzas generales de lo que se aplica a los que se aposentan en el producto de las casas, que llaman de tercia parte, o malicia, por no tener cómoda división»), un Relator (que es el de la sala de justicia del Consejo de Castilla), un Agente Fiscal (no letrado, nombrado por el aposentador), un Alguacil (que sirve de portero y es oficio perpetuo). Un Escribano (para las diligencias que ocurran) y un maestro de obras.

Páginas atrás deciamos que otra finalidad de las Ordenanzas emitidas en los años ochenta del siglo XVI trataban de evitar fraudes en las edificaciones y franquicias. Para entender mejor su contenido nos referiremos a dos cuestiones de interés: las *clases de aposentamientos* y la *práctica de la Regalía.*

a) Clases de aposentamientos.

Se distinguen diversos tipos de aposentamiento en función de la categoría del huesped y así tenemos: **aposento principal** (en palacio o en casas buenas, reservado a personas preeminentes y familiares); **alojamiento reservado para visitas de importancia no previstas; aposento de embajadores; plazas de funcionario de la administración, justicia, gobierno y tribunales; aposentos de otras personalidades especialmente renombradas** (se procede por instrucción verbal del monarca en estos casos); **aposentos para gentileshombres** y **aposentos para los criados de las personas preeminentes.**

b) Práctica de la regalía.

En esta cuestión, nos referimos al cuadro sobre la división de casas de Madrid según su carga de aposentamiento, valedero desde 1565 hasta 1749, que encontramos en el trabajo de Marín Perellón (pág. 83).

En cuanto a las cargas, las casas madrileñas se dividian en:

— *casas materiales* son las únicas en que se aplica el tributo de aposentamiento original, cediendo la mitad del espacio para hospedaje. En este grupo se distinguían las:

— *casas materiales físicas eran propiedad de particulares y propiedad originaria de la regalía de aposento, en las que se diferenciaban las litigiosas* o incautadas por impago, las de *derecho prendario* y *por cuartos;* las dos últimas habían sido cedidas por particulares a cambio de exención de otros inmuebles de su propiedad.

— *Casas no materiales* son las que por alguna razón no era posible la exacción de la carga de aposentamiento; en tales casos se permuta la carga por un canón anual o se entrega un porcentaje. Dentro de este grupo estaban las denominadas:

— *De tercia parte* o *a la malicia,* cuando eran de difícil o incomoda partición y no podían dividirse entre el huesped y el propietario pagando como carga el 33% de sus alquileres.

— Y las *reducidas,* cuando el propietario compraba la materialidad

a cambio de la cesión de la mitad del producto anual de sus alquileres, o sea, el 50% de sus alquileres a cambio de no hospedar a nadie.

Todo lo dicho anteriormente nos acerca a un hecho incuestionable, la aparición de situaciones privilegiadas, pues para conseguir una de estas formas se necesita en muchas ocasiones un privilegio real que sustituya las consignaciones de aposento y las libranzas de la carga por una cantidad anual fija, como ocurría en las construidas dentro de unas condiciones determinadas y en el tiempo antes dicho, de 8 y 15 años; después, el privilegio se alargaba por dos vidas o perpetuamente. Igual suerte iban a tener los privilegiados que solicitan un censo a favor de la regalía de aposento, son las *casas compuestas*, cuya redención tardaba de 50 a 75 años, llegando a formar parte de los privilegios perpetuos; «esta situación es propia del siglo XVII, casas no privilegiadas pero no materiales que compran la exención de aposento a cambio de mayor edificación en su espacio construido»[46]. Hay que tener en cuenta, además, los privilegios de exenciones y libranzas concedidos por el Monarca y las gracias de aposento otorgadas a los funcionarios que gozaban de este derecho y a sus familiares. Complejo sistema para ejercer el control efectivo del ramo.

En cuanto a la actuación de los particulares, hay que señalar la existencia de una picaresca que supone un fuerte incremento del fraude, fraude que también se quiere atajar con las disposiciones de 1584. Muy diversas son las formas que tienen los propietarios de enfrentarse con el tributo y todas ellas malean el espíritu general que ha imperado en este derecho, transformado en una percepción en dinero. El propietario trata de conseguir cualquier tipo de privilegio para evitar la contribución por casa material para, luego, reducir la carga a través de nuevos privilegios o composiciones hasta llegar al límite de la exención por los privilegios sin carga, de modo que los propietarios de casas gravadas con la regalía de aposento llegan a comprar la exención y convierten el privilegio en artículo de mercado. Pero la práctica más habitual que era la de eludir el tributo de forma fraudulenta, aprovechando la escasa organización de la tributación y el desconocimiento, a veces, de la existencia de tales edificaciones engañosas, que no permitía una organización juiciosa del alquiler, prefijado en ocasiones muy por debajo del valor real del inmueble:

> «La ineficacia del ramo del aposento se explica por dos hechos. Por una parte, los arbitrios promovidos por la emisión de reales cédulas multiplican las situaciones particulares ante el tributo, haciendo más complejo el control de cada tipo de casas. Por otra, la elusión de la Regalía»[47].

Antes hemos aludido a una forma de engaño, consistente en la edificación fraudulenta, lo que ha hecho famoso el tema del aposentamien-

[46] CONTEL, *op. cit.*, pág. 26-31.

[47] MARÍN PERELLÓN, *op. cit.*, pág. 86.

to a lo largo de su historia e, incluso, se ha llegado a culpar a esta regalía por ese motivo del pobre aspecto de la construcción madrileña y por tanto de la apariencia que presenta: nos referimos a las famosas *casas a la malicia*, sobre las que el propio Felipe II nos ha dejado su opinión:

> «porque hemos sido informado que muchas personas, cautelosamente, han labrado en dicha villa casas que llaman de malicia, haciendo en ellas una sala grande y una alcoba y otra pieza aparte con chimenea, y otra en que hacen un pesebre y la llaman caballeriza, y otra pieza en que hacen atajos y la llaman trojes y que en todas las dichas piezas tienen camas para sí y para alquilar»[48].

Por ello, ordena que todos los inmuebles que ya están construidos y los que se edifiquen en adelante cumplan unas ciertas condiciones en relación al aposentamiento de Corte, consistentes, básicamente, en que la mitad de cada casa se dedicaría a aposento, vivan o no sus dueños en ella, quienes únicamente podrán alquilar la mitad del inmueble. Y si el inmueble no podía ser repartido o dividido en dos, en los casos en que el dueño no viva en él, se repartirá el tiempo de uso, de forma que él goce de la casa un año o dos, a lo sumo, y un período igual se dedicaría al aposento de Corte. Disposición de aplicación compleja, ya que su seguimiento es muy difícil.

De nuevo se insiste en otra ocasión mencionando a «personas que han labrado y labran casillas en solares amplios», con el fin de defraudar al aposento, ya que si no construyen tres, no se les puede tomar ninguna, lo que se denomina como una «malicia», para la que se dispone que si se trata de dos casas, se dedique una al aposento y si son tres, una y la mitad de otra, resaltando el Rey en este punto que tales construcciones rompen el «ornato de la villa» y el «decoro de la Corte».

Por otra parte, las construcciones realizadas por la picaresca madrileña constituían un indudable problema para la Hacienda, que se veía obligada a pagar en dinero lo que no podía dar en especie, lo que sucedía siempre que por falta de espacio suficiente se asignaba al huesped una indemnización a título de ayuda de costa para poder cubrir el alquiler de una vivienda, sistema que resulta a la administración pública más caro que el aposentamiento, razón por la que se buscaron medios para resolverlo, como el de las *Composiciones de aposento*, que eran acuerdos en que el Erario obliga al pago de lo que por ser de difícil reparto, no podía entregar en especie.

Pero el mal no se atajó y el 29 de Marzo de 1588 nos encontramos con una nueva Real Cédula, cuya finalidad era acabar con las trampas que se venían realizando refiriéndose a las casas «labradas a la malicia» y quejándose el Rey de tales construcciones que se han levantado «en deservicio mio, daño de la república, fraude y menoscabo del

[48] DÍEZ NAVARRO, *op. cit.*, fol. 31.

Aposento... usando de cautelas e invenciones». Se establecen medidas rigurosas, como que todas estas edificaciones que aún no tuvieran huéspedes de aposento, serán reformadas para poder recibirlos y si no se cumpliera tal mandato, se hará la reforma a cargo de los «bienes y haciendas [de los propietarios], y como pena de incumplimiento se pierda el aprovechamiento de ellas por cuatro años y queden para mi servicio», con la obligación de visitarlas para impedir el engaño, estableciéndose también las condiciones para solicitar la exención de huéspedes de aposento. Esta Cédula Real fue completada con otra de Junio de 1592, en la que se establece el carácter inapelable de las cargas sobre estas casas a la malicia.

Como los fraudes continuaron, en el afán de evitarlos, el Rey facultó al Concejo para que de él dependiera la señalización del sitio dónde y cómo se debería construir, dentro y fuera de la villa, y la concesión de exenciones por algunas vidas, perpetuamente o, incluso, alargando las ya concedidas. Por último, el rey manda que al dividir las casas para el aposentamiento no se tengan en cuenta graneros, bodegas y cuadras.

Tal es el panorama en que queda el aposentamiento cuando muere Felipe II, cuyos esfuerzos por urbanizar Madrid y consolidar el aposentamiento son notables, aunque los resultados no fueran los deseados.

IV. EVOLUCIÓN DEL APOSENTAMIENTO EN EL SIGLO XVII

A comienzos de 1601, se pregonó en Madrid el traslado del rey y su corte a Valladolid. Día nefasto el 1 de enero para Madrid, que ya desde 1600 está escuchando rumores sobre el particular. Algo que la villa quiere evitar, como evidencia el que en las Cortes de 1600 se suplica al reino que intercediera por Madrid ante el Rey, que se apelara a los personajes más influyentes, incluida la emperatriz María, para que mediaran y lograran que el soberano desistiera de semejante propósito, que parecía incomprensible, incluso, a los cortesanos, que nos consta expresaron su malestar. Son muchos los memoriales dirigidos al rey que tratan de mover el ánimo del monarca para evitar el traslado, pero de nada sirvieron las súplicas frente a la intención del duque de Lerma de trasladarse a Valladolid. Y con la Corte son muchos los que se marchan, dejando Madrid tras la mudanza «como un corral de vacas» al decir de Alvar, al contrario que Valladolid, donde «no cabían de pie».

De esta manera se inicia una dura pugna por la capitalidad que se resuelve en 1606, cuando Felipe III decide regresar con la corte a Madrid, a principios de febrero de ese año, ya con carácter definitivo. Con el regreso de la Corte, la ciudad recupera su pulso y reemprende su crecimiento; se edifica una nueva cerca, más amplia, para abarcar a todos los habitantes. Pero, ¿qué promesas hizo Madrid para lograr que el rey regresara con su Corte? Es una cuestión importante por cuanto su respuesta nos va a explicar el desarrollo del aposentamiento.

Madrid quiere asegurarse la permanencia real y apuesta fuerte en su oferta. Díez Navarro y, con él, la mayoría de los autores, consideran que el nuevo establecimiento de la Corte en Madrid se realizó como un pacto formal con el que Felipe III se compromete a devolver la Corte a la ciudad, pero Madrid, a cambio, mantiene todas las disposiciones relativas al aposentamiento y amplía la Regalía en algo que va a influir positivamente en el fisco, como es el ofrecimiento de la sexta parte de los alquileres de todas las casas que se alquilen en la ciudad, reduciendo luego esta prestación a la cantidad de 250.000 ducados, según se recoge en la Cédula de 1610, en opinión de Mesoneros Romano y Deleito y Piñuela; por el contrario, Díez Navarro considera que esta aportación nada tiene que ver con la Regalía, que no la redime, ni la sustituye, sino que son medidas complementarias[49].

Esta oferta, sin duda importante para el aposentamiento, supuso un beneficio para el Erario, pero no resuelve el tremendo problema de alojamiento que se crea en 1606 y la falta de medios en la Hacienda Real, lo que obliga a replantearse la cuestión. En ese mismo año ya nos encontramos una disposición real, del 25 de junio, que supone un nuevo rumbo para la regalía y de la que Díez Navarro nos dice que concierne al nacimiento de la carga a tercera parte; nos referimos de nuevo a las *casas a la malicia*, extremo en el que la legislación es explícita, pero ineficaz, como se ve en las quejas que se levantan sobre el particular; por eso se establece que tales casas se repartan como se pueda o se den de aposento o se redujese a maravedíes la tercera parte de su producto y para evitarse situaciones fraudulentas se deberían tasar cada cierto tiempo y actualizar las cantidades contributivas, situación que obliga a un control mas exhaustivo del caserío.

Como complemento de las disposiciones anteriores, el rey expidió la Real Cédula de 27 de julio del año siguiente, que supone de nuevo un recuento y tasación de los alquileres de las casas y para ello se nombra de forma precisa a los Visitadores, a un Alcalde de Casa y Corte, a un Aposentador del Libro y a un Regidor de Madrid para llevar a cabo la labor de tasar las casas a la malicia y actualizar las cargas sobre ellas: nace asi la *Visita*, que quedaría perfectamente regulada en las *Ordenanzas* de 1621, pero inutil medida, pues el pueblo se negó a pagar arguyendo —como nos dice Negredo— «que la villa no podía haber prometido nada sin su consentimiento»[50].

Ya hemos señalado como el procedimiento para comprobar la veracidad de la concesión del privilegio era el reconocimiento del inmueble, lo que se hacía la *visita*, a fin de determinar tras el análisis de la fábrica, la conveniencia de la exención y el resultado se registra en un Libro de Asiento. Ya en 1621 se extiende la inspección a todas las casas de Madrid y se establece su repetición periódica, cada seis años.

---

[49] A. de LEÓN PINELO nos ofrece en sus *Anales de Madrid* (hay una edición moderna, de 1971), datos sobre la pugna por el regreso de la Corte a Madrid y la vuelta, al fin.

[50] A.H.N. Fondos Contemporáneos, Delegación de Hacienda, leg. 79, exp. 42; citado por NEGREDO, *op. cit.*, págs. 135.

Más adelante insistiremos sobre las disposiciones del aposento en este periodo, todas ellas dirigidas a favorecer el incremento de nuevos inmuebles o a conceder exenciones, muchas para las casas de la malicia, que eran provisionales, pudiéndose aumentar o disminuir, según los reconocimientos sucesivos. Y para que «el aposento se vaya ensanchando y la villa ennobleciéndose, concedemos exención de huespedes de aposento para todo el que de nuevo construyere durante 15 años, solo con la obligación de que cada año paguen la tercia parte». Así se expresaba el rey en la Real Cédula de 11 de marzo de 1608.

A finales del reinado nos encontramos una nueva concesión que da libertad de casa de aposento durante cuatro vidas para las edificaciones con ornato en las obras realizadas en el casco viejo de la villa. En definitiva, disposiciones de escaso alcance.

Todo lo legislado hasta 1621 sobre el aposentamiento de corte se va a recoger en *las Ordenanzas de la Junta de Aposentamiento*, de ese año, cuyo contenido sería el resultado de la consulta dirigida por el rey al Consejo de Castilla, redactada por el magistrado D. Diego de Corral sobre «el estado y conservación de esta Corona de Castilla tan necesitada de remedio»; un encargo que se hace el 6 de junio de 1618 y que no se responde hasta junio de 1621. Al magistrado se le otorgaron máximas atribuciones para fiscalizar todo lo actuado y hacer un detalladísimo estudio de la situación que tenía el aposentamiento, nombrándosele Visitador ya en 1618, año en que eleva una consulta al Rey, donde expone su opinión contraria a la forma de realizarse en este momento.

El resultado fue la Cédula Real, cuyo contenido puso de manifiesto lo dicho, concede a él y al Aposentador Mayor y a las personas que el nombrare «podia acer y hagan el dicho repartimiento a las dichas casas de malicia e incómoda partición, y el que hizierades se guarde, cumpla y executé en todo tiempo y si de las tasas que asi se izieren y repartieren a las dichas casas, los dueños dellas se agraviaren y replicaren, vos y el dicho mi aposentador lo veais y desagravieis, oyéndolos en junta, sumariamente o como mejor parezca»[51], disposición que le obliga a la redacción de un informe, resultado de la visita realizada, en el que se recoge el estado del aposentamiento por parroquias, calles y casas. De esta forma se puede comprabar la confusa situación del aposentamiento, desde las casas a la malicia a las liberadas de aposento durante un número de años determinados debido a merced real pasando por los solares excluidos de la carga y un largo etcétera que planteaba una casuística que es difícil de aclarar, máxime cuando era frecuente quienes pagaban directamente el dinero de la carga o le habían adjudicado como derecho de aposento sus propias cargas[52].

El resultado de la consulta aclara cuestiones relacionadas con el desarrollo de Madrid, comprobándose el descenso del número de casas (que no es más que la refundición de solares —según se puede ver en

[51] *Ibidem.*

[52] *Vid.* José del CORRAL, *op. cit.*

la Planimetría—) y la renovación del caserío madrileño progresiva y razonable (al hacer inmuebles de más de un alto); además, por el plano de Pedro Texeira —un portugués al servicio de Felipe IV— podemos ver como esas obras suponen una reconstrucción del viejo Madrid de los Austrias, comprobándose cómo la amplitud del suelo madrileño se había triplicado, creciendo —en estimación de Molina Campuzano— casi unos ciento cuarenta inmuebles por año.

Lo elaborado por del Corral fue el punto de partida para las *Ordenanzas*, realizadas al comienzo del reinado de Felipe IV, redactadas el 18 de junio de 1621, parece que por el propio
del Corral. Su contenido trata de establecer una estructura administrativa para el cobro de la regalía, considerando todas las casas de la ciudad y su modalidad jurídica, siempre con la misma finalidad:

> «La repetición de consultas, y quexas sobre el uso, o abuso de la administración de esta Regalía ocasionan frecuentes residencias y visitas, que los señores Reyes cometían a ministros de grado y ciencia y como no hallaban regla por donde medir los que se decían excesos se contenían en los comunes a todo juez» [53].

La *primera Ordenanza* se refiere a la elaboración de cuatro libros por el Aposentador Mayor y los Aposentadores, de los cuales, el primero sera el Libro Mayor y en él se incluirán todas las casas que haya en la villa de Madrid, sin distinción de calidad y condición. El segundo de los Libros recogería las casas de cómoda repartición que contribuyen con la mitad y otras que por composición sirven en cierto número de piezas al aposentamiento, poniendo por letra y abecedario los nombres de los dueños y las calles. En el tercer Libro debe asentarse la salida y provisión de las casas de aposento y las personas «a quienes se proveyren con dia, mes y año», así como cuando se sacaron, recogiéndose el nombre de los huéspedes. En el cuarto y último Libro se incluirán las casas libres de aposento permanentemente o por tiempo y vida, poniendo con claridad las cédulas y privilegios que disfrutan los dueños.

En definitiva, estamos ante la confección de un auténtico Catastro urbano a fin de clasificar todas las casas y conseguir un gobierno y control auténtico del aposentamiento.

La *segunda Ordenanza* precisa la periodicidad de las Juntas ordinarias de Aposentamiento, que deben hacerse tres días en semana, con posibilidad, si las circunstancias lo requiere, de convocar una Junta extraordinaria. Para mayor claridad se establece en la disposición que la celebración de dichas reuniones sean en casa del Aposentador Mayor, lugar en que se encontrarían los Libros de Aposento. La última ordenanza es de destacar porque trata de las visitas periódicas que deben efectuarse cada seis años a partir de los cuatro meses de la publicación de estas normas, lo que permitiría la renovación del censo o catastro madrileño; parece que la aplicación de tal disposición en el siglo XVII

[53] BERMÚDEZ, *op. cit.*, pág. 28.

reportó escasos resultados, no así en el siglo siguiente, pues sus resultados se pueden comprobar en la Planimetría, al aplicarse puntualmente esta normativa.

En total son 143 los artículos de las *Ordenanzas*, recogidas por Joseph Bermúdez; artículos que podemos agrupar en tres partes perfectamente diferenciadas, no por su novedad, sino por responder a un nuevo intento de dirigir y hacer más efectiva la Regalía, para lo que debe establecer un orden en su funcionamiento: tales grupos son los relativos a la Junta, al aposentamiento de los huéspedes y a la utilización de los inmuebles.

Por lo que respecta a la *Junta de Aposento*, se establece un número de cinco aposentadores, no fijos, pues es arbitrio real su designación, sin que puedan ausentarse de la Corte sin causa justificada para poder despachar con brevedad los memoriales, peticiones, informes, privilegios, cédulas y demás que se presenten a la Junta.

La *Junta de Aposento* está presidida por el Aposentador Mayor —de nombramiento vitalicio—, cargo que según el artículo XXI, tiene la obligación de:

— Presentar a todos los que componen la Junta los decretos, órdenes y consultas que el rey envie a la misma para su cumplimiento y que deben ser publicadas con brevedad, a no ser que se originen dudas sobre el contenido que entonces deban ser consultadas al soberano.

— Entender en los informes pedidos por el Consejo de la Cámara, organismo encargado de la composición y libertad de la carga de aposentamiento y por ello recibe de los dueños de las casas todas las peticiones fundamentadas en razones varias, las cuales son remitidas a la Junta de Aposentamiento para que las tase, comprueben su estado e informe de ello al Consejo y este al rey, que en última instancia determina la reducción o libertad por cédula, para luego ser asentado en los libros de la Junta, donde debe reflejarse el voto de cada uno de sus componentes.

Además del personal citado, formaban parte de ella, un Fiscal, un Secretario, dos Contadores, un Agente Fiscal, un Oficial de Secretaría, un Procurador, un Portero, un Alguacil y un Escribano[54].

Esta institución fue como todas las Juntas, un órgano pluripersonal colegiado, en opinión de Baltar Rodríguez. Fue creada para entender en todo lo del aposentamiento en la Corte, las «concesiones de casa de aposento, tanto para el personal de la Casa Real como para los ministros del Rey. De este modo la Junta se hacía con facultades o derechos hasta entonces ejercidos por otras instancias»[55].

Sus competencias son muy amplias, pues su misión consiste en distribuir la regalía de Aposento, propuestas de provisión de algunas casas o de la ayuda en dinero, relación de todos las casas existentes en

[54] ALMANSA Y MENDOZA, A. de, *Cartas*, Madrid, 1886; pág. 36.

[55] BALTAR RODRÍGUEZ, J. F., *Las Juntas de Gobierno bajo Felipe IV*, Tesis Doctoral Inédita, Universidad Complutense de Madrid, 1994, pág. 521.

Madrid, facultades de gobierno del aposento con jurisdicción en primera instancia, la realización de visitas cada cinco años para actualizar el censo de los inmuebles etc. A pesar de lo dicho los resultados de esta Junta fueron muy escasos, pues como nos dice Díez Navarro, en su periodo de vigencia la Monarquia se debatía entre las necesidades del aposento y las de la Real Hacienda.

Siguiendo con el análisis de la *Ordenanza*, vemos que el control de los fondos de esta regalía debe ser ejercido por el Contador, prohibiéndose librar maravedíes para colaciones y luminarias, excepto lo que pueda importar la presencia en una ventana de un inmueble de los Consejos y de la Junta en las fiestas públicas.

Las medidas tomadas en éste sentido delimitaron de forma clara las diferentes jurisdicciones en el aposentamiento, compartidas de forma clara por la Junta de Aposentamiento y el Consejo de la Cámara, órganos consultivos en tanto que la decisión final la tomaba el rey, como corresponde en una regalía.

El segundo grupo que hemos distinguido en el contenido de *Ordenanzas* se refiere al *aposentamiento de los huéspedes*, en el que se manda que se cumpla estrictamente el reparto de las casas a los beneficiados por la Regalía, insistiendo sobre cuestiones claramente establecidas de tiempo atrás y aclarando otras que con el tiempo se han ido viciando; al recogerse por escrito, algo que se hacía en la práctica con asiduidad, la entrega de la casa o parte de ella o, en su defecto, la libranza o dinero compensatoria del desembolso que ésto suponga. De nuevo se insiste en la importancia de consultar la nómina general asentada en el libro de aposentamiento, en la que están recogidas las personas que deben gozar de posada, entre las que hay un gran número de funcionarios.

Una parte importante de la normativa trata de los ministros y criados que gozan de la Regalía, estableciendo lo siguiente: cuando se haya de proveer alguna casa de aposento o libranza, será asignada a propuesta del Aposentador Mayor y votada por todos, concediéndose por mayoría. En la obligación de aposentar a los ministros, oficiales y criados se considerará la antigüedad y si en esos momentos se desempeña algún oficio.

Si queda vacante cualquier libranza en dinero o casa de aposento se le señalará a los criados que les tocare, según su antigüedad, y se proveerá en diez días; ningún criado puede reclamar, una vez aposentado, el tiempo que estuviere sin posada, ya que no es un sueldo sino una gracia real lo que recibe; en la posada de los criados de las Reales Caballerizas y Guardas no deben proverse las vacantes por ellos mismos, sino por la Junta, que da al nuevo aposentado la libranza general y las certificaciones correspondientes. Cuando un ministro o criado se ausenta con licencia, los aposentadores pueden prestar las casas o libranzas en dinero mientras dure esa ausencia, asentándolo en un libro.

También se hacen una serie de prohibiciones, como la de que en los traspasos de oficios se incluyan las casas o libranzas que disfruten los interesados; cada persona tendrá la casa o parte de ella que le co-

rresponda por el oficio que desempeña o la cantidad de maravedíes señalada; no pueden los favorecidos por el aposentamiento trocar las casas que les han sido asignadas ni dejar parte de ellas; tampoco se debe incluir en la regalía de aposento a los ministros y criados que posean casa propia, aunque la tengan en cabeza ajena, a nombre de hijos, hermanos o parientes; igualmente, no pueden disfrutar casa de aposento ni compensación en metálico los menores de edad; así mismo, los aposentadores, ministros, oficiales y criados no pueden poseer casas accesorias, sino las que les pertenezcan en razón de sus oficios.

El tercer grupo distinguido por nosotros en el ordenamiento se refiere a las *medidas que se deben tener en consideración tocantes a las casas de aposento*. En este sentido se restringen las prerrogativas de los Aposentadores en lo que concierne a no poder requerir a los nuevos dueños de casas para que partan sus inmuebles, sino que debe respetarse la partición ya hecha; igualmente, cuando se conceda casa material a criados o ministros, antes de despachar el mandamiento de cesión, se informarán si el inmueble tiene libranza en dinero y si es así, no se concederá el mandamiento.

El resto de los artículos se refieren a las *casas a la malicia*, fijándose en la desigualdad que se estaba produciendo en el repartimiento de la tercia parte, según queja de los dueños, mandándose un segundo repartimiento en estos casos a través de una visita, en la que se tasará el alquiler, se comprobarán las piezas del edificio y su capacidad, trámites que deben hacer desde entonces tres de los aposentadores nombrados por el Aposentador Mayor, que debe ir con ellos y se verá el parecer de los cuatro, acordándose y ejecutándose la decisión.

Hemos dejado para el final un tema que merece gran atención: la *visita*, especialmente la realizada en los años 1626/1632; cuestión que debe preocupar por su importancia y por su escasa utilización, ya que desde 1606, en que se tasan los alquileres de las casas a la malicia, no se volvió a utilizar hasta la época de José del Corral en las fechas indicadas (la primera cuando comienza la visita y la segunda cuando se concluye), según las pautas marcadas por las *Ordenanzas* y que en ésta ocasión se retrasan por muerte del magistrado del Corral, hecho que interrumpe el desarrollo normal de la visita; visita que ha sido estudiada por Martínez Kleiser y Miguel Molina Campuzano, que ha glosado Marín Perellón y que se desarrolla de la siguiente forma.

Una comisión, compuesta por el Aposentador, el Maestro de Obras y un Escribano, estudia la ubicación de la casa, la calle y los datos de la finca, así como sus lindes y su situación tributaria; el Escribano levanta acta de reconocimiento y se asienta todo en el Libro Mayor, registrándose en los libros menores de que hemos hablado; la forma empleada normalmente era la imposición de un censo sobre la finca con pago de un renta y redimible abonando el capital principal.

Son interesantes los expedientes resultantes de estas visitas por la descripción exhaustiva de datos que aportan sobre las fincas tratadas; documentación que está formada por: el memorial del propietario, que es el que solicita la composición de su finca, al ser de «incomoda par-

tición» o de construcción que ha quedado excluida de la Regalía; el mandamiento de la visita; el acta del desarrollo de la misma; la diligencia del escribano enviando el expediente a tasar al contador y la correspondiente tasa de este u orden de pago en 20 días; la comunicación de la orden al interesado; la carta de pago y ejecución y, por último, la escritura impresa del censo. Las crisis de la Monarquía influyen en la Regalía y en 1629, el Rey Felipe IV, concede exención y libertad perpetua de huesped a cualquier propietario que quiera componerse.

Dicha documentación permite un estudio del aposentamiento por calles de Madrid y también nos ayuda a comprobar el estado de la Regalía, que todavía en el último tercio del siglo XVII sigue siendo de abuso, comprobándose como «un derecho se ha convertido en una percepción en dinero», arbitrio que Díez Navarro considera fue establecido por Real Cédula del 6 de Septiembre de 1621, recaudación del impuesto que ocasiona consecuencias nefastas para el aposentamiento, al disminuir la disponibilidad de casas materiales y tener que entregar a los servidores reales su equivalente en dinero, que como nos dice Negredo, suponen «una pérdida progresiva del poder adquisitivo» por los censos, que aportan en tiempos de inflación una renta monetaria fija. Sin olvidar, las casas de tercia parte, que continúan entregando el tercio de sus alquileres teóricos, lo que obliga a un control constante[56]. De este modo muchos funcionarios «se convierten en propietarios de vivienda» y siguen disfrutando del derecho de casa de aposento; algunos viven en «una casa modesta alquilada» mientras la asignada para aposento está también en régimen de alquiler.

Mientras, los propietarios construyen casas a la malicia y posteriormente «fabrican buenas casas» estableciendo acuerdos concretos que les permitan luego disfrutar de ella y, sobre todo, sacarles beneficios. También podían los dueños de las casas gravadas comprar la exención. Estas y otras por el estilo son las muchas corruptelas que se producen al convertir el privilegio en «artículo de mercado»[57].

Por ello, resulta descorazonador comprobar en la *Exposición de la Junta de Aposento al Rey nuestro señor* de 1641 a 1644, el grave perjuicio que las composiciones de aposento ocasionan a esta regalía regia, o como las escasas visitas realizadas suponen un elevado gasto y desembolso, motivo que lleva a la Junta de Aposento a ir perdiendo funciones hasta quedar limitada a conceder licencias de composición y otorgar exenciones de aposento, situación que continúa durante todo el siglo, aunque se den intentos de actualizar los libros de aposento con nuevas visitas, como las de 1673-74.

Así, en el funcionamiento de las ordenanzas analizadas se pone de manifiesto como es imprescindible considerar la situación y todos los

---

[56] NEGREDO, *op. cit.*, pág. 134.

[57] BRAVO LOZANO, *op. cit.*, pág. 144. Vid. también OLIVER, A., PASCUAL-SALCEDO, D., TOBOSO, P., VALVERDE, C. y VÁZQUEZ, C., *Licencias de exención de aposento en el Madrid de los Austrias (1600-1625)*, Madrid, 1982.

aspectos y circunstancias del sistema administrativo, requisitos que no se dieron en esta época para remediar la grave situación de la Hacienda real. Motivo por el que Díez Navarro en su *Alegación*[58] pone de manifiesto «una inoperancia y falta de eficacia de la Junta», debida, según él, a la «diversidad de tipos de propietarios con fueros privilegiados muchos de ellos y que convertían la visita en una obra casi irrealizable».

V. DECADENCIA DE LA REGALIA EN EL SIGLO XVIII

La suspensión en su totalidad durante la Guerra de Sucesión del tributo por casa de aposento marcará el inicio del siglo, pero la cuestión volverá a adquirir importancia con la nueva dinastía reinante, iniciándose en la práctica con una nueva visita, cuya finalidad fue indagar el estado de tributación de las casas para actualizar los libros de Aposento. El año en que se celebró fue 1715, según una resolución de 15 de junio y se mandó poner en práctica por Real Cédula de 7 de agosto, firmada en el Buen Retiro y dirigida al Aposentador Mayor D. Gaspar Girón.

> «Lo actuado en aquella principiada visita aún no está en uso, habiendo pasado sus papeles a la Secretaría de la Junta, sin comunicarse a las contadurías, sin duda por no haberse finalizado ni aún proseguido»[59].

La visita en cuestión está llena de defectos, no mantiene criterios de periodicidad, no responde a la realidad y algo aún más importante: no se tienen en cuentan ni se verifican las partidas de los antiguos libros; pese a su escasa utilidad, será tenida en cuenta y se recogerá posteriormente en la *Planimetría General,* iniciada en la época de Fernando VI, periodo en que la Junta pierde protagonismo, pues el crecimiento urbano descendió y se reestructuró el espacio con una gran atención a los privilegios de las clases acomodadas.

La consecuencia de esta situación fue la suspensión del funcionamiento de la Junta de Aposento el 8 de abril de 1718 con carácter provisional, pues por decreto del 13 de enero fue de nuevo establecida en 1719 y permaneció en vigencia hasta 1749. En el decreto de suspensión se incluía el encargo a Andrés González de Barcia para que comprobara el estado de la Regalía y los atrasos y derechos del fisco. En la representación que el comisionado hace el 18 de julio de nuevo se evidencia de modo descarnado el caos y la confusión imperante sobre el particular, planteando como única solución la habitual hasta el momento, o sea, un nuevo recuento urbanístico tasando las rentas y valores de los caseríos madrileños, con anotación precisa de los privilegios y títulos

[58] DÍEZ NAVARRO, *op. cit.*, fol. 94 y ss.

[59] MOLINA CAMPUZANO, *op. cit.*, págs. 160.

que poseen los dueños y los huéspedes que gozan de la Regalía. Algo que ratifica una resolución real de 11 de agosto de 1718. Los resultados no fueron completos, pero supusieron un paso adelante para futuras medidas.

La legislación de 1749 no es un cuerpo unitario, sino dos documentos diferentes y complementarios: *Las Ordenanzas para la administración, cobranza y distribución del aposentamiento de Corte*, fechadas en 22 de octubre de 1749 y *La Instrucción que el Rey... ha resuelto se observe por el Visitador General y visitadores que han de entender en la visita de todas las casas de la Corte, para la carga con que deben contribuir por la Regalía de Hospedaje de su Real Familia»*, con la misma fecha. Hay que añadir el nombramiento de D. Manuel de Miranda y Testa como Visitador General del Real Hospedaje de Corte[60].

Un total de 24 puntos conforman este corpus, que marca novedades en los procedimientos instituidos, novedades en las que vamos a reparar para ver en qué medida supusieron un avance respecto a lo dispuesto anteriormente.

Por lo pronto, se establecía una administración centralizada de la Regalía; medida necesaria en cuanto se pretende incluir el ramo en el organigrama burocrático-administrativo del Estado, puesto que la regalía de aposento se reduce a un ramo de la Real Hacienda bajo el control del Superintendente General, con independencia de los Consejos, convirtiéndose en un tributo más, controlado por la administración; tal medida supone la extinción de la Junta de Aposento, siendo ya improcedente.

La nueva administración se compone de un Visitador General del Negociado de la Casa de Aposento y varios Visitadores particulares, que eran empleados del departamento de finanzas.

> «La instrucción hacia constar que los Aposentadores y otros funcionarios de la extinguida Junta pasaban a ostentar provisionalmente el cargo de visitadores particulares».

Junto a estos cargos se mantienen otros, como los de Escribano, Alguacil y Maestro de Obras. Todos ellos son los que se harán cargo de los papeles de la extinta Junta, libros, legajos, juicios y demás. Se mantiene una Contaduría, renovada en su composición, con seis oficiales para administrar los inmuebles de aposento para que produzcan beneficios y, sobre todo, asuma seriamente la formación de un registro con separación de casas y calles, claro y preciso, medida en la que ya había insistido Diego del Corral y un siglo después lo hizo González de Bercia y que, según Marín Perellón, «es el preludio para el futuro registro de la propiedad urbana del siglo XIX»[61].

Parte de la Ordenanza se dedica a establecer la estructura del aposento, que ha experimentado una clara mutación:

---

[60] *Vid.* MOLINA CAMPUZANO, *op. cit.*, págs. 509 y ss.

[61] *Vid.* su tantas veces citada obra, pág. 90.

> «intentar un crecimiento continuo del impuesto, y lo que es más importante, la conversión del antiguo tributo de aposento en un gravamen sobre los alquileres, lo que constituye un impuesto sobre la propiedad, algo muy lejano al primitivo sentido del aposentamiento regio» [62].

Para ello se suprimen las casas materiales y los huéspedes con derecho a casa o parte de ella, derecho que se sustituye por dinero; se revisan las exenciones y se simplican las situaciones de las casas existentes y por construir.

Igualmente se dispone en la ordenanza la realización de una nueva visita para hacer «la cuenta y razón de todas las casas» de Madrid, por lo que se pide la formación de una visita general:

> «la visita que ha de hacerse por el Visitador General y los particulares deberá practicarse por cuarteles o barrios, expresando las calles que los ciñen, cuantas casas comprenden, y si hay algunos eriales, con distinción de medidas y calidad de sus fábricas,nombres de sus dueños y administradores; carga con que quedan gravadas; y si gozan o no de privilegio temporal o perpetuo, con carga o sin ella...».

La visita insistirá en la clarificación de los solares que existen en Madrid y de las casas en ruinas con vistas a las nuevas edificaciones; otros datos importantes son el asiento de todos los detalles posibles sobre su ubicación, calle, parroquia, cuartel, etc.

Todas estas disposiciones van encaminadas a averiguar la situación jurídica en que se encontraban los inmuebles ante el tributo y la contribución concreta de cada cual; pero como es habitual en todo lo referente a esta Regalía, la ordenanza se ejecuta con tardanza, y ya en 1750 se hará de nuevo la visita general, «cuyo fruto será la esplendida planimetría de la Corte o la representación auténticamente geométrica de Madrid».También en esta ocasión el primer escollo que hay que salvar es el de la organización de la visita y su fundamentación en los datos recogidos con anterioridad en los Libros de Aposento para poder delimitar las manzanas, calles y casas, para lo que se utiliza el plano de Texeira y sobre él, el Visitador recoge el trazado y las posibles modificaciones, completándose con las visitas particulares que verifican los datos y van levantando el plano de cada manzana.

Así se van creando los *Cuadernos de Visita* (con todos los datos de las manzanas, calles, parroquias y casas), los *Cuadernos de Alquileres* (con el número de inquilinos por casa y cuarto) y los *Planos de las Manzanas*. Un material interesante es la presentación de los titulos que tenían los dueños, así como los privilegios, que en este caso se actualizan en alquileres e impuestos, creándose el llamado *Cuaderno de Cargas*; por último, todos los datos iban a los Libros de Registro (1762-

[62] MOLINA CAMPUZANO, *op. cit.*, pág. 160.

64), origen de la planimetría y de los Libros de Asiento de las Casas de Madrid, que repiten la estructura fijada en las relaciones:

> «[Esta] Relación [General de las casas de Madrid] constituyó el Libro Maestro de aposento hasta mediados del siglo XIX, en que desaparece la Regalía... No es exagerado decir que la Relación, como preludio del registro de la propiedad urbana, posee una importancia excepcional para estudios de urbanismo madrileño en el tránsito del Antiguo Régimen...»[63].

En efecto, el conjunto de todos estos documentos forman el registro definitivo de la regalía de aposento hasta la desaparición del impuesto en 1845. De 1749 a 1774 se va a ejecutar el catastro más destacado del Antiguo Régimen, que es la *Planimetría general de Madrid* con un corpus formado por seis libros más otros tantos de asientos de casas y todos ellos conforman el registro definitivo de la regalía de aposento hasta la desaparición de la misma en el reinado de Isabel II[64], con la reforma hacendística de Alejandro Mon, fecha en que la documentación sobre el aposento de Corte se trasladará al archivo de la delegación de Hacienda en Madrid, y ya en 1959, se transfiere al Archivo Histórico Nacional en la sección de Fondos Contemporáneos, donde se conserva.

---

[63] MARÍN PERELLÓN, *op. cit.*, pág. 99.

[64] TORMO, E., «La capitalidad: como Madrid es Corte», en *Revista de la Biblioteca, Archivo y Museo del Ayuntamiento de Madrid*, 1929, pág. 447.

APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

Ricardo M. MATA Y MARTÍN
Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN

El Código penal español presenta una doble modalidad de robo: el robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas, según que la acción de sustracción necesite privar al objeto de custodias personales o materiales para conseguir el apoderamiento. El artículo 500 del texto legal define el robo al indicar que son reos del mismo «los que, con ánimo de lucrarse, se apoderan de las cosas muebles ajenas con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas». Frente al robo, el legislador define negativamente el hurto al indicar en el art. 514 que «Son reos de hurto los que con ánimo de lucro y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño».

El delito de robo con fuerza en las cosas consiste en el apoderamiento de cosas muebles mediante la eliminación o superación de las medidas de seguridad de tipo material que rodean al objeto. El art 504 contiene el núcleo del delito de robo con fuerza en las cosas:

«Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecutaren el hecho concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Escalamiento.
2.ª Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.
3.ª Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o de sus cerraduras, o su sustracción para fracturarlos o violentarlos fuera del lugar del robo.
4.ª Uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes».

La constante integración de estas formas de sustracción en el tipo

del robo a lo largo de todos los textos de la codificación penal española, no ha sido suficientemente aclarada por la literatura penal. Aún existiendo una pluralidad de sistemas en el derecho comparado respecto a los delitos de apoderamiento —se pueden llegar a distinguir, al menos, cuatro sistemas diversos—, sí que puede señalarse que en aquellos sistemas jurídico-penales en los que existe la dualidad de figuras de apoderamiento de cosas muebles hurto-robo, éste último está integrado por aquellas conductas que logran el apoderamiento de bienes muebles por medios violentos o intimidatorios.

La evolución histórica del delito al que nos referimos muestra la presencia de estas modalidades de apoderamiento en nuestra historia jurídica y los distintos límites a los que el legislador ha circunscrito el ámbito de la fuerza en unos u otros momentos. Sin duda resulta esencial la observación de estas modalidades en la historia jurídica para entender la peculiariedad en la legislación española en cuanto a su asimilación al robo con violencia o intimidación. Sólo desde esta perspectiva histórica se puede comprender la presencia de estas modalidades en el ámbito de la regulación del robo y establecer la unidad interna que entre las mismas existe.

II. DERECHO ROMANO

Los delitos patrimoniales, por lo menos en sus líneas fundamentales, mantienen aún hoy una viva conexión con las categorías del Derecho romano. Con éste se inicia la formación de buena parte de los grupos de delitos hoy contenidos en los códigos penales. En nuestro campo se produce el desenvolvimiento de los delitos de apoderamiento a través de la figura del *furtum*.

Las Doce Tablas son las primeras disposiciones del Derecho Romano donde encontramos referencias al hurto. Distinguen entre el «*furtum manifestum*» y el «*nec manifestum*». En el antiguo derecho no se hace distinción entre el supuesto de apoderamiento mediante violencia de los realizados sim empleo de violencia.

Durante el período preclásico y clásico se llevará a cabo un lento pero continuo progreso que conduce a la determinación de una acción *De furtum* más limitada y, a la vez, a la proliferación de numerosas especies del mismo. Se lleva a cabo por la jurisprudencia una grandiosa labor tendente a reducir y delimitar con precisión la noción de *furtum*[1]. La noción de hurto fue progresivamente elaborada por los jurisconsultos, llegándose hasta la formulada por PAULO: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere* (D 47, II, 1, 3).

Como se ha dicho, el antiguo derecho no establecía diferencia al-

[1] PECORELA, *Furto*, Enciclopedia del Diritto. T. XVIII, p. 315.

guna entre apoderamientos violentos o no violentos, pero, hacia finales de la República, de la noción de hurto se comienza a distinguir la de *rapina*, como apoderamiento manifiesto violento de la cosa, si bien para MOMMSEN[2] los juristas no llegaron a aceptar conceptualmente esta diferenciación.

Aproximadamente hacia el año 76 a. JC., el Pretor Peregrino M. TERENCIO VARRON LUCULO concede una acción, que pasará al Edicto Perpétuo, *actio vi bonorum raptorum*, en favor de aquél que ha sido privado violentamente de sus derechos patrimoniales[3]. Esta acción tiende a conseguir para el perjudicado el cuádruplo del valor de la cosa, si se ejercita dentro del plazo de un año desde la fecha en que se ha sufrido el despojo. Con esta nueva acción se pretendió hacer responder personalmente a los instigadores de las apropiaciones en tumultos públicos, sin que se pudieran liberar ya abandonando los esclavos de los que se habían servido[4]. La apropiación violenta de una cosa mueble sigue siendo un delito privado, y únicamente puede tratarse como *crimen publicum* a partir de la *Lex Cornelia de sicariis*. Sin embargo, esta última hacía referencia a un amplio conjunto de conductas punibles, entre los que se castigaba a los que llevasen armas fuera de su casa con intención de atacar a una persona o apoderarse de bienes ajenos[5]. Es preciso señalar que, en realidad, tanto la actio vi bonorum raptorum como la posterior ley plotia o plautia no se dirigen a la creación de una particular figura de apropiación violenta, sino que contienen un amplio y heterogéneo conjunto de disposiciones que se dirigen contra los autores de perturbaciones tumultuosas de la paz pública[6]. La *rapina* sólo se convierte en *crimen publicum* cuando el sujeto lleva armas, como sucede habitualmente con los ladrones de caminos (*grassatores*).

La concepción del hurto como delito básico hace que la *rapina* no deje de considerarse nunca como un *furtum* más grave. Señala GAYO[7] a la rapina, como sustración contra la voluntad del dueño, como supuesto de furtum al que el pretor concede una acción especial, y al autor del mismo se le denomina ladrón audaz. Se llega a la concesión, dentro de

---

[2] *Derecho penal romano*, Temis, Bogotá 1976, p. 457.

[3] RODRÍGUEZ MOURULLO, «La distinción hurto robo en el derecho histórico español». *AHDE*. T. XXXII, p. 35.

[4] CARBASSE, Jean-Marie. *Introduction historique au droit pénal*. Presses universitaires de France, Paris, p. 52.

[5] RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª. «Hurtos cualificados», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XI, Barcelona 1962, p. 238.

[6] VACCA, Letizia. *Richerche in tema di actio vi bonorum raptorum*, Milano 1972.

[7] Inst. III, 209: «Qui res alienas rapit, tenetur etiam furti. quis enim magis alienam rem inuito domino contrectat quam qui ui rapit? itaque recte dictum est eum improbum furem esse...». Otros textos vienen a corroborar la relación de consumción de la rapina por el furtum. Así cabe el ejercicio inicial de la acción de furtum no excluyente del posterior ejercicio, por el mismo hecho de la acción de vi bonorum raptorum (D 47, 8, 1). Cabe pues ejercitar la acción de furtum sobre supuestos de sustracción violenta de bienes. Igualmente el texto del D 47, 8, 2, 10, señala que el que arrebata los bienes a la fuerza sigue siendo ladrón. Sobre este tema puede verse también RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *La distinción hurto robo en el derecho histórico español*, cit., pág. 41.

esta trayectoria, de una acción especial, otorgada por el Pretor, la «actio vi bonorum raptorum», en la que la presencia de la fuerza es su indispensable presupuesto.

Hemos señalado ya la interrelación de algunos supuestos de apoderamiento de cosas muebles con la violencia y coacción. En el primitivo Derecho romano no era considerada la coacción ilegítima como concepto jurídico independiente. Donde primero hizo su aparición fue en la esfera del derecho privado. Algunas manifestaciones de la violencia, como la coacción para compeler a un negocio jurídico, se contemplan en las más antiguas redacciones del Edicto pretorio[8]. Ya en el campo penal, como la noción de *furtum* se limitaba a las cosas muebles, fue preciso que en una época relativamente temprana el pretor otorgara al poseedor de inmuebles una protección jurídica contra cualquiera que le desposeyera violentamente de los mismos[9]. La coacción (*vis*) fue introducida en el Derecho penal en tiempos de frecuentes tumultos públicos. Existían entonces varias fuentes legales sobre actuaciones tumultuarias violentas; por un lado se publicó la ley Plautia y por otro el Edicto del Pretor peregrino M. Terrón Lúculo convertido en Edicto perpétuo a partir del cual comenzó a existir el hurto violento, y al que ya hemos aludido[10]. En ambas fuentes se contemplaban las perturbaciones de la paz pública de carácter violento, aún cuando el procedimiento variaba en las mismas.

La evolución posterior de estas categorías de ilícitos penales no sólo se conformó por medio de estas normas, sino que en la misma confluyeron de forma importante disposiciones procedimentales y de organización de los tribunales. En relación a estas últimas disposiciones se desarrollaron los conceptos de *vis publica y vis privata*, tomando como referencia las dos leyes julias, que habían recogido el contenido de la ley Plautia y añadido aspectos procedimentales[11]. Junto a ello permanecieron las acciones que caían bajo el radio de actuación de la acción penal privada «*vi bonorum raptorum*».

Durante el Imperio se producen diversas modificaciones en el ámbito del furtum. MOMMSEN[12] indica cómo en el período de la monarquía imperial, aún sin modificarse el sistema penal, el horizonte de la represión administrativa se agranda. Y es ya a partir del siglo II d. JC., cuando puede hablarse de un claro incremento en la energía desplegada en la represión administrativa. Incluso un nuevo funcionario imperial, el *Praefectus urbi*, mantiene una sumaria y enérgica jurisdicción, muy especialmente en el ámbito de los delitos contra la propiedad[13].

---

[8] FERRINI, C. *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*. Enciclopedia del diritto penale italiano, volume primo, Milano 1905, p. 370.

[9] MOMMSEN, T. *Derecho penal romano, ob. cit.*, p. 410.

[10] MOMMSEN, T. *Derecho penal romano, ob. cit.*, p.410 y ss.

[11] COROI, Jean. *La violence en droit criminel romain*, Paris 1915. p. 156 y ss, y p.249 y ss.

[12] *Derecho penal romano, ob. cit.*, p. 457.

[13] MANZINI. *Trattato dil furto*. Parte sttorica, T. I, p. 272-3.

De esta época datan las primeras normas sobre los hurtos cualificados que venían siendo tratados como *crimina extraordinaria* y que, en general, constituían nuevas figuras jurídicas y para los que faltaba todo fundamento legislativo[14]. Paralelamente nace un procedimiento especial que permite la sustanciación de esta categoría de delitos extraordinarios, ya como delitos públicos, entre los que se encuentran los hurtos cometidos por los *effractores, expilatores, sacularii, derectarii,* etc, con la imposición de penas corporales[15].

El efractor es castigado de forma más grave que el ladrón común, especialmente si actuaba de noche[16]. Esta especie de malhechores aparecen bajo la vigilancia del *Prefecto dei Vigili.* La pena aplicada era la pérdida del derecho honorífico para la persona de alta condición y los trabajos penales, eventualmente perpétuos, y fustigación, para el resto. Los efractores podían ser condenados, incluso, por delito de violencia[17].

El hurto con escalamiento es atribuido por FERRINI a los *deretarii*: «hoc est hi. qui in aliena coenacula se dirigunt furandi animo» (D 47, 11, 7)[18]. Para CARRARA, no sólo tenían por más odioso el hurto con fractura, sino que a los que robaban con este medio les atribuían denominaciones especiales como las de *derectarii* y *vecticulari,* los que se introducen en casa ajena para robar y los que abren brechas en un muro para cometer el hurto. Incluso parece que se perseguía especialmente a los perforadores de los muros de la ciudad[19].

En el derecho visigodo, como fiel continuador del derecho romano postclásico, se distinguió también el *furtum* de la *rapina.* La «*Lex Visigothorum*» aprecia la violencia en la sustracción de las cosas del mismo modo que el Derecho romano y castiga esa sustracción como actos de destrucción o de violencia, con la misma composición característica de la rapina romana. En el mismo sentido el texto visigodo emplea la doble terminología de *furtum* y *rapina*[20].

---

[14] MANZINI, *Trattato dil furto, ob. cit.*, pág. 382. MOMMSEN, T. *Derecho penal romano, ob. cit.*, pág. 457 y 477.

[15] Véase SANTALUCÍA, Bernardo. *Derecho penal romano,* traducción de Javier PARICIO y Carmen VELASCO. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 1990, p. 122. También PUGLIESE, Giovanni. *Diritto penale romano,* en ARANGIO-RUIZ, GUARINO, PUGLIESE, Diritto romano, Roma 1980, p. 317-318.

[16] FERRINI, Enciclopedia di diritto Penale italiano (Pessina), *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano,* T. I, p. 226. MANZINI, Trattato dil furto, ob. cit., p. 389.

[17] MANZINI, Vicenzo. *Trattato dil furto, ob. cit.*, p. 389.

[18] FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano.* Enciclopedia del diritto penale italiano, T. I, Milano 1905, p. 226.

[19] *Programa de Derecho criminal,* P.E. IV, Temis, 1974, p. 195-6.

[20] L. Iudiciorum, VII, 2 (De furibus et furtis), passim. y L.I. VIII, 1 (De invasionibus et direptionibus), 6 y 10, Cfr. VALDEAVELLANO, Luis G. de, Sobre los conceptos de hurto y robo en el derecho visigodo y postvisigodo, *Revista Portuguesa de Historia, IV,* 1949, p. 226.

III. DERECHO GERMÁNICO

El Derecho germánico[21] presenta también relevancia para nuestro estudio, pues la poterior elaboración de los juristas italianos medievales tomará aspectos del mismo en la configuración de los conceptos de hurto y robo que, a través del Derecho común, se extederá a otros paises. Asistimos a una primigenia diferenciación conceptual entre los delitos de hurto y robo.

El concepto germánico de hurto designa la aprehensión clandestina y antijurídica de una cosa mueble ajena con la intención de apropiarsela[22]. Destaca en la concepción germánica del delito de hurto la característica de la clandestinidad en la apropiación de la cosa ajena. Esta característica extendía la calificacón de hurto a los actos cometidos mediante fuego y era considerada la misma como circunstancia agravante en otros delitos[23]. El hurto, en la consideración social de la época (s. V-IX), es un delito infamante, castigado en los casos graves con la horca, mientras el robo se sancionaba con la pena de muerte no infamante —espada—, ya que se entendía que la acción clandestina revelaba un ánimo más abyecto y perverso, al tiempo que provocaba la imposibilidad de la defensa frente a la sustracción. La pena aplicada a estos casos sufre un proceso de mitigación que va desde la ejecución de la pena de muerte —en los tiempos más antiguos—, aplicación de penas corporales y mutilaciones, hasta la imposición de penas pecuniarias[24]. Como se ve y, frente al sistema romano, existe una clara distinción entre los delitos de robo (Raub) y hurto (Diebstahl), por lo que LISZT[25] llegará a afirmar que el robo como concepto independiente tiene su origen en el Derecho germánico.

Frecuente en este sistema histórico-jurídico es la división en hurto mayor y menor (*furtum magnum* y *furtum parvum*), según el valor de la cosa apropiada, parece que asociada tal distinción a la apropiación de ganado mayor y menor, que servía en la época para la estimación de la

---

[21] Entendemos por derecho germánico aquella serie de cuerpos legales emanados de los poderes públicos que rigen comunidades étnicamente entroncadas con los pueblos germánicos y que comprenderían los franco-salicos (Lex Salica), franco-carolingios (Capitularia, s. IX), sajones (Lex sasonum), turingos y anglosajones (Lex thuringorum), Ostrogodos, Alamanes (Lex Alamanorum), Lombardos o Longobardos (Edictum Rotarii; Capitularia Longobardorum), Bávaros (Lex Baiuvariorum), Borgoñones (Lex Gundubada), Frisones (Lex Frisiorum), etc. Vid. al respecto BRUNNER, Heinrich, *Historia del Derecho germánico*, Barcelona 1936 y más recientemente la obra de PÉREZ-PRENDES, José Manuel, *Breviario de Derecho germánico*, Universidad Complutense, Madrid 1993. En la misma línea respecto del delito de hurto, RODRÍGUEZ DEVESA, José M.ª, *El hurto propio*, Madrid 1946.

[22] Véase VALDEAVELLANO, Luis. *Sobre los conceptos de hurto y robo en el derecho visigodo y postvisigodo*, cit., p. 216.

[23] Véase MANZINI, V. *Trattato del furto*, volume primo, parte storica, Torino 1912, p. 411.

[24] WILDA, Wilhelm Eduard. *Das Strafrecht der Germanen*, Neudruck der Ausgabe 1842, 1960, p. 891-2. GIUDICE, Pasquale del. *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*. Enciclopedia del diritto penale italiano, voleme primo, Milano 1905, p. 566.

[25] *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin und Leipzig 1927, p. 663.

gravedad del hecho[26]. El fundamento del castigo de estas acciones radica, en primer lugar, en la lesión de la *Gewere*, después se tomará en consideración la lesión de la propiedad. La exigencia de la lesión de la *Gewere* llevaba a no considerar hurto propio, sino figuras asimiladas, los supuestos de retención indebida de una cosa o el hallazgo de un objeto perdido sin restituirlo al propietario[27]. Entre los supuestos agravados de hurto encontramos el de apoderamiento mediante fractura[28].

El concepto germánico de robo supone la aprehensión pública y manifiesta de una cosa en posesión ajena. El empleo de la violencia no fue elemento característico del delito en la época más antigua, de forma que mas que un requisito del delito introducía un elemento cualificante[29]. En efecto, junto a los casos básicos de robo existían también una pluralidad de supuestos cualificados en los que resultaba afectada la libertad personal[30].

De esta manera la distinción entre hurto y robo en el Derecho germánico se basaba en las características de la clandestinidad y de la notoriedad, respectivamente, en la forma de llevar a cabo el apoderamiento. La penalidad de los mismos estaba en función de la valoración de tales comportamientos conforme a la mentalidad de un pueblo primitivo. La posibilidad de defensa hacía menos reprochable el robo, mientras que la clandestinidad impedía la defensa frente a la apropiación, por lo que se consideraba más grave. En este sentido, las fuentes consideraban robo el delito cometido de día, mientras el llevado a cabo de noche constituía hurto, e igualmente, en algún momento, el robo únicamente se consideraba violación del derecho privado (*Rechtsbruch*), mientras el hurto suponía la ruptura de la paz pública (*Friedensbruch*)[31].

IV. EL MEDIEVALISMO JURÍDICO: DE LA DISPERSIÓN A LA INTEGRACIÓN NORMATIVA. LOS PRÁCTICOS ITALIANOS BAJOMEDIEVALES

En este amplio período histórico al que nos referimos nos encontramos con un complejo proceso que bascula desde la multiplicación de los poderes creadores del Derecho, con protagonismo de toda la comunidad, hasta la posterior absorción de la potestad normativa por la monarquía. Tras el desmoronamiento de la sociedad romano visigoda, con

---

[26] RODRÍGUEZ DEVESA, José M.ª, *El hurto propio*, Madrid 1946, p. 32.

[27] Véase RODRÍGUEZ DEVESA, José M.ª, *El hurto propio*, *ob. cit.*, p. 31. También MANZINI, V. *Trattato del furto*, volume primo, *ob. cit.*, p. 439.

[28] Véase WILDA, Wilhelm Eduard. *Das Strafrecht der Germanen*, ob. cit., p. 878. GIUDICE, P. *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, cit., p. 568.

[29] GIUDICE, P. *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, cit., p. 569.

[30] TRUMMEL, Wilhelm. *Die Gewaltsame Wegnahme in mitgewahrsamsverhältnissen*, Marburg 1932, p. 6.

[31] WILDA, Wilhelm Eduard. *Das Strafrecht der Germanen*, *ob. cit.*, p. 909. MANZINI, V. *Trattato del furto*, volume primo, *ob. cit.*, p. 456.

la consiguiente fragmentación del poder político, se produce el fenómeno de la dispersión normativa, con el que el Derecho posee una vigencia geográfica muy limitada. Expresión de esta atomización jurídica altomedieval son los denominados fueros breves (s. XI y XII), de los que por su carácter confuso e impreciso no haremos mención. Si que prestaremos atención a los llamados fueros extensos, que tienen su origen en los fueros breves anteriores, y en los que ya existe la pretensión de contener un ordenamiento jurídico completo. Por ser estos últimos cronologicamente posteriores o coetáneos al Derecho regio del s. XIII expondremos tales fueros después de referirnos al mencionado Derecho regio.

La unificación legislativa que caracteriza el final de este período viene impulsada por la recepción del Derecho romano justinianeo, cuya máxima expresión es la elaboración de las Partidas a mediados del s. XIII. Desde este momento comienza a ser abundante la legislación regia con vigencia general.

En el derecho regio encontramos significativas refencias a los delitos estudiados. Como hemos señalado, tras un primer período en el que la creación normativa medieval conoció un significativo desplazamiento desde el ámbito regio al señorial, con posterioridad al siglo XIII, como consecuencia directa de la difusión y recepción del Derecho romano justinianeo, fortalecedor de la figura del rey legislador, los monarcas vendrán a recuperar progresivamente la potestad normativa, en orden a la realización efectiva del bien común y de la seguridad jurídica de sus súbditos.

El Fuero Juzgo, (mediados del siglo XIII), versión romanceada y hasta cierto punto modificada del *Liber Iudiciorum* visigodo, mantiene la anterior diferencia entre hurto grande y pequeño, sin llegar a precisar definición alguna del hurto.

De las diversas denominaciones que aparecen en los Libros VII: «De los furtos e los engannos», y VIII: «De las fuerzas é de los dannos é de los quebrantamientos», no se pueden obtener conclusiones en torno a la presencia de las modalidades específicas del robo con fuerza, pues en el contenido de los citados Libros no se encuentran definiciones de las acciones que comprenden.

La redacción definitiva del Fuero Real[32], auspiciada por el rey castellano Alfonso X, debió acaecer, según recientes investigaciones, entre los años 1252 y 1255. Su finalidad última fue el coadyuvar decisivamente a la homogeneización del ordenamiento jurídico local allí donde la dispersión y diversidad normativa eran un hecho inmemorial —fundamentalmente Castilla, las Extremaduras , el reino de Toledo y Murcia, colmando las insuficiencias del viejo derecho consuetudinario o la carencia de un derecho escrito fiable, y logrando, en definitiva, la unifi-

[32] Para las citas del Fuero Real hemos utilizado la reciente edición crítica efectuada por Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ en Leyes de Alfonso X. II. Fuero Real, Avila 1988. No así para las Leyes del Estilo en la que seguimos utilizando la edición de la Real Academia de la Historia, opúsculos legales, T. II, Madrid 1836.

cación jurídica bajo un mismo código legal que se mostrará tremendamente influenciado por la recepción del cada día más pujante Derecho común[33].

En el Tit. IV del Libro IV, intitulado «De las fuerças et de los dannos», algunas de sus leyes parecen identificar el robar con el actuar con fuerza. Así, la Ley IV dice: «si alguno entrare o tomare a fuerça alguna cosa que otro tenga en su iuro e en su poder e en paz...». Y la Ley XVIII expone que, «ningun omne non sea osado de robar nin de forçar a omne uiandant, ...». Es preciso señalar que en toda la legislación histórica a la que hacemos mención, el término «fuerza» si bien puede poseer un significado próximo al actual de la fuerza en las cosas, también suele hacer relación, como veremos, a comportamientos coactivos sobre personas.

Se ocupa el Fuero Real de los *furtos* en el Tit. XIII (»De los furtos e de las cosas encubiertas»), del Libro IV. Pero en él no se hace diferenciación alguna de los mismos ni se enumera cuales podrían ser los medios típicos de comisión. Es en el Tit. V del mismo Libro (»De las penas»), donde se ocupa en su Ley VI de «todo ome que foradare casa, o yglesia quebrantare, por furtar», estableciéndose que por la comisión del mismo «muera por ello». De forma aún más específica, en la Ley VII, se ocupará igualmente de los robos en los caminos.

Las Leyes de Estilo consisten en una colección de sentencias procedentes del Tribunal de la Corte de Alfonso X y sus sucesores, así como una serie de interpretaciones, aclaraciones y advertencias relativas a la legislación real, juntamente con normas para la administración de justicia. Todas ellas vendrán a complementar el contenido de los hasta cierto punto confusos o insuficientes preceptos del Fuero Real, además del de otros textos —incluidos algunos de Derecho común— en la practica judicial del reino, y ello pese a no contar con una revalidación oficial de sus postulados. Así, respecto de la Ley VI, del Tit. V. del Libro IV del Fuero Real, que acabamos de mencionar, las Leyes de Estilo (Ley LXXIV), reseñarán descriptivamente: «en el Título de las penas sobre la ley, que comienza: «todo omne que foradare casa, muera por ello: et eso mismo ha de morir si subiere por pared, o entrare por finestra o por tejado de la casa, debe morir, o si se abriere la puerta con llave, o en otra manera, o si se descerrajare arca, o si entrare en otra guisa por la puerta seyendo abierta, et lo fallaren que está ascondico en casa, debe morir por ello por justicia».

Este texto tiene el doble valor de recoger la costumbre en la aplicación de la ley referida del Fuero Real y, a la vez, ser la interpreta-

---

[33] MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo. Los comienzos de la recepción del Derecho Romano en España y El Fuero Real, en *Diritto comune e diritti locale nella storia dell'Europa (Atti del Convegno di Varenna)*, Milán 1980, p. 251-262; Leyes de Alfonso X, ob. cit., p. 91-103. CRADDOCK, Jerry R. La cronología de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio, en *AHDE* LI 1981, p. 365-418. IGLESIA, Aquilino. La labor legislativa de Alfonso X el Sabio, en *Actas del Symposio Internacional del Instituto de Derecho Común «España y Europa un pasado jurídico común»*, Murcia 1986, p. 275-599.

ción propugnada en su aplicación. Tiene, además la virtualidad de contener en la acción descrita («*todo home que foradare casa*»), las tres modalidades del actual robo con fuerza: *escalamiento* («sobiere por pared o entrare por finestra»), *fractura* («descerrajare arca» y «foradare arca»), así como el *uso de llaves falsas* («abriere la puerta con llave , o en otra manera»).

La presencia y difusión de los textos del Derecho romano procedente de Italia se detecta en los reinos de Castilla y León algunos años antes del acceso al trono castellano del rey Alfonso X en 1252. Por ello, resulta lógico que en el texto del Fuero Real, elaborado por dicho monarca, asistamos ya a una primera recepción oficial del Derecho común en territorio castellano que será coexistente con el tradicional derecho del reino encarnado en el Fuero Juzgo. No obstante deberemos esperar hasta la elaboración del código de las Siete Partidas, entre 1256 y 1265, para apreciar ya, de modo definitivo, el grado y la importancia de dicha recepción, más teórica que real, mientras no se produzca su inclusión efectiva dentro del sistema de prelación de fuentes del derecho castellano, a fines del reinado de Alfonso XI[34].

La plena recepción del Derecho romano justinianeo llega con las Partidas, elaboradas a finales del S. XIII. Constituyen para la ciencia jurídica medieval una de las obras más significativas, y sus fuentes pueden encontrarse en algún ordenamiento local y, sobre todo, en textos del Derecho común (romanistas y canonistas).

Para las Partidas, hurto «es malfetría que fazen los omes que toman alguna cosa mueble agena encubiertamente, sin plazer de su señor, con intención de ganar el señorio o la possessión o el uso de della» (Partida VII, Tit. XIV, Ley 1), mientras que el robo, es «una malfetría que cae entre furto e fuerça..; rapina en latin, tanto quiere dezir en romance como robo que los omes fazen en las cosas agenas que son muebles...» (Partida VII. Título XIII, Ley I.). Apuntada queda también la relación entre hurto y robo cuando entre las «cosas que deven catar los Juezes, ante que manden dar las penas; e por que razones las pueden crescer o menguar, o toller» (VII, XXXI, VIII), se establece que «mas cruelmente deven ser escarmentados los robadores, que los que furtan escondidamente».

De esta manera podemos constatar la aparición de tres tipos de delitos de apoderamiento que afectan al patrimonio: el *hurto*, el *robo*, y las *fuerzas*. Bien es cierto que las fuerzas poseen un carácter más general pues abarcan un conjunto amplio de conductas, pero tienen su aplicación igualmente en el ámbito patrimonial. También aparece en las Partidas una triple consideración en torno a las modalidades de robo: la primera sería «la que fazen los almogavares, e los caualleros en tiempo de guerra en las cosas de los enemigos de la fe»; «la segunda es quan-

[34] GARCÍA-GALLO, Alfonso. El libro de las Leyes de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas, en *AHDE XXI-XXII* 1951-52 p. 354-528; La obra legislativa de Alfonso X. Hechos e hipótesis, en *AHDE LIV* 1984, p. 97-161. CRADDOCK, J. La cronología de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio, en *AHDE LI* 1981, p. 365-418.

do alguno roba a otro lo suyo, o lo que lleuasse ageno en yermo, o en poblado...»; la tercera de las formas de robo denota cierta similitud con el actual robo con fuerza al decir que se comete «quando se aciende, o se derriba a so ora alguna casa, o peligra alguna nave» (Partida VII. Título XIII. Ley I).

Finalmente, el delito de fuerza recogido en las Partidas se cometería, en su contenido nuclear, cuando se reúnen varios hombres armados para incendiar o saquear cualquier pueblo, castillo, casa, nave u otro lugar habitado. Está penado con el destierro o con la muerte, si se cometió homicidio. La definición de fuerza en el texto del rey Sabio resulta altamente descriptiva: «es cosa que es fecha a otro tortizeramente, de que non se puede amparar el que la recibe» (Partida I. Título X. Ley I). Su comisión puede acaecer de dos maneras: mediante el uso de armas o sin ellas.

Desde luego, las Partidas conocen las modalidades que hoy componen el robo con fuerza, pues al considerar las formas de participación en el hurto, dicen: «e dezimos que daria ayuda al ladron, todo ome que le ayudasse a subir sobre que pudiesse furtar, o le diesse escalera con que subiesse, o le emprestasse ferramienta, o demostrasse otra arte con que pudiesse decerrajar, o cortar alguna puerta, o abrir arca, o para foradar pared, o en otra manera qualquier que le diesse ayuda a sabiendas, que fuesse semejante de alguna destas, para fazer furto». (Partida VII. Título XIV. Ley IV.).

Pero este considerable esfuerzo que para Alfonso X supuso la elaboración de su extenso y completo código normativo para su reino, comprensible de todos los campos del Derecho necesitados de regulación específica y cierta, no contó, en estos primeros momentos de su andadura histórica (fines del s. XIII), con el respaldo y apoyo suficiente, ni gozó de una efectiva y plena recepción y vigencia de sus postulados. Deberemos aguardar, pues, hasta la centuria siguiente para poder verificar, ya de modo definitivo y real, su expresa incorporación al ordenamiento jurídico castellano y en definitiva, su expresa y efectiva alegación jurisprudencial[35].

Desde mediados del s. IX, con la elaboración de normas jurídicas de ámbito local, se puede apreciar cómo los perfiles de las figuras de robo y hurto no consiguen nitidez, de manera que las modalidades que hoy se encuadran en el robo con fuerza en las cosas no pueden incluirse de modo rotundo en una u otra figura. Los fueros no parecen poseer una precisión suficiente a la hora de emplear ambos términos, por lo que se utilizarán indistintamente las de denominaciones de *furto* y *robe-*

[35] FONT RIUS, José M.ª, *La recepción del Derecho Romano en la Península Ibérica durante la Edad Media*. En Recueil de memoires et travaux, Fascículo VI, Montpellier 1967, p. 99.

ria, pudiendo llegar a aplicarse para un mismo caso, simultánea e indistintamente, *furto de robería*[36].

Otros textos siguen haciendo alusión a la necesidad de cerrar las propias heredades o huertos como muestra de diligencia, lo cual vendría a permitir determinada reparación si estando vallada o cercada la propiedad, otros producen en ella daños. Normalmente estos supuestos se refieren a los precisos casos de fincas colindantes en los que podría darse el caso de que el ganado estante o paciente en las mismas, y a la hora de traspasar los límites de su correspondiente propiedad, pudiesen causar algún tipo de daño en los restantes predios. Esta exigencia de los fueros de previa defensa de lo propio para luego poder reclamar, parece estar significativamente próxima, también, al tema de las defensas reales frente a los ladrones, y no en vano estos preceptos suelen estar inmediatamente antepuestos a los de quebrantamiento de cerraduras.

En línea con esta última afirmación se encuentran diversos Fueros castellanos de la familia foral conquense (Plasencia, Béjar), datables todos ellos a fines del siglo XIII, y en los que se van a regular miméticamente, salvo pequeñas diferencias, tales exigencias. Así, por ejemplo, el código foral placentino establecerá en su parágrafo 580 «Del que non çercare huerto»: «todo omne que su frontera... non toviere o exido oviere et con seto o parede o con valladar non la çercare, non prenda por ello pecho nin calonna; et aquel que seto o parede o balladar fiziere, tanto alto lo faga que ningún ganado al labrado non pueda passar»[37]. Igualmente el fuero extremadurano de Sepúlveda en su Título 153 «De la frontera cerrar» establecerá unos idénticos postulados: «qui oviere huerto, o vinna, o mies, en frontera de alguna defesa o de exido, si non la cerrare de seto, o de paret, o de valladar, non coga por ella pecho nin callonna ninguna»[38]. Algo que sucederá también con el fuero bejarano en su parágrafo 131[39].

Expresiones como «Todo home que casas entrare por fuerça»[40], o «Qui quebrantare casa agena»[41], no son difíciles de encontrar en textos de la época, si bien pueden orientarse también a la irrupción violenta en casa ajena con específica violencia personal. No obstante, también son frecuentes las alusiones a la fuerza en las cosas en algún precepto foral, además de los mencionados, como puede ser el caso de parágrafo 74 del de Sepúlveda, «Todo home que alguna cosa forçare»[42] o el Títu-

---

[36] GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, José. *El derecho penal de la Compilación de Huesca*. Ed. El Noticiero. Zaragoza, 1947, p. 87 y 88. En realidad hay que señalar que la Compilación de Huesca no es un fuero local en sentido estricto, sino una pretendida reunión de la legislación general aragonesa fuertemente romanizada.

[37] Ed. Jesús Majada Neila, Salamanca, 1986, p. 133.

[38] *Los fueros de Sepúlveda*, ed. Emilio SÁEZ, Segovia 1953, p. 115. El texto foral sepulvedano va a unificar en este punto los dos parágrafos homónimos regulados por separado tanto en el Fuero de Plasencia como en el de Béjar.

[39] *Fuero de Béjar*. Ed. Juan Gutiérrez Cuadrado, Salamanca, 1975, parágrafo 131, p. 61.

[40] *Fuero de Sepúlveda*. Ed. cit., p. 94. Tít. 81.

[41] *Fuero de Béjar*. Ed. cit., p. 63. Parágrafo 145.

[42] *Fuero de Plasencia*. Ed. cit., p. 160. Parágrafo 74.

lo 56 del fuero Sepulvedano «que a otro forçare alguna cosa»[43], aunque como podemos apreciar con un sentido sustancialmente distinto al actual y más próximo a los daños sobre las cosas.

Alusiones más cercanas a la actual regulación del robo con fuerza en las cosas, parecen ser las que sobre el quebrantamiento de cerraduras, aparecen tanto en el Fuero de Béjar[44], como en el de Plasencia[45]. Inclusive en el Fuero de Cuenca, por otra parte texto foral matriz de los dos anteriores, se va a establecer expresamente que «qual quier que casa o molino foradare, peche tanto commo por casa quebrantada, maguera que non saquen ende nada; et si danno en ellas fiziere, pechelo commo ladron»[46], algo que puede ser comparable, con la precaución propia de la distancia temporal, en la actual normativa sobre la fractura.

En el derecho aragonés también podemos encontrar referencias a la fuerza y a los apoderamietos con rompimiento de elementos materiales de protección. Existen algunos textos, como el de la Compilación de Huesca de 1247, en donde parece apreciarse lo que sería un robo con fuerza, *«De bienes por fuerça robados»*, pero su contenido lo desmiente[47]. Sí que podemos apreciar un contenido que se corresponde con lo que hoy estimamos como robo con fuerza, cuando la Compilación de Huesca se dirige a «los que crebantan las protecciones reales», siendo sancionados con quedar el culpable a merced del Rey con el cuerpo y todos sus bienes, junto con la restitución total de los bienes, o cuando se habla de hurto de frutos de árboles o viñas quebrantando muros y paredes[48]. También se refiere el Código de Huesca a la violencia ejercida sobre las cerraduras[49].

Con la recepción o redescubrimiento, desde fines del s. XII, del Derecho romano justinianeo en Europa, se abre en la misma un período

---

[43] *Fuero de Sepúlveda*. Ed. cit., p. 83. Título 56.

[44] Ed. cit., p. 65. Parágrafo 133.

[45] Ed. cit., p. 133. Parágrafo 582.

[46] Parágrafo 16, Título VIII. Ed. Rafael de Urueña y Smenjaud, Madrid 1935.

[47] *Fueros de Aragón, según el manuscrito 458 de la B.N. de Madrid*, ed. TILANDER, Gunnar, Lund 1937, VIII, 308. Cfr. GUALLART DE VIALA, Alfonso. *El Derecho Penal histórico de Aragón*, Zaragoza, 1977, p. 200.

[48] *Fueros de Aragón*, VIII, 295; *VIDAL MAYOR. Traducción argonesa de la obra In excelsis Dei Thesauris de Vidal de Canellas*, ed. TILANDER, Gunnar, Lund 1956, IX,10. El título reseñado («los que crebantan las protecciones reales») aparece en la versión romanceada de los Fueros de Aragón editada por LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Fueros de Aragón hasta 1265. Versión romanceada contenida en el ms. 207 de la B.U. de Zaragoza*, Zaragoza 1947, VIII, 292. Cfr. GUALLART, Alfonso. *El Derecho penal histórico de Aragón, ob. cit.*, p. 201 y 203.

[49] GONZÁLEZ ALONSO, B. Los delitos patrimoniales en el derecho pirenaico local y territorial. *AHDE. T. XLI*, 1971, p. 251.

En este mismo ámbito jurídico, aún en periodos posteriores al que venimos refiriéndonos, encontramos manifestaciones de la diferente penalidad entre los apoderamientos llevados a cabo en lugares cerrados o abiertos. En las Cortes de Monzón de 1533 se distinguen en los hurtos agrarios de frutos, cuando tal hurto se comete en «huerto cerrado o otra qualquiera heredad cerrada», con pena de «veynte sueldos», mientras que si tal heredad «fuere abierta», la pena es sólo de diez sueldos. Véase GUALLART, Alfonso. *El Derecho penal histórico de Aragón, ob. cit.*, p. 205.

transformador en grado sumo de los sistemas normativos imperantes hasta el momento. De la mano de glosadores y comentaristas el Derecho Común se va a difundir bien pronto transformando progresivamente los ordenamientos jurídicos de las diversas comunidades políticas europeas. En dicha difusión las Universidades italianas van a desempeñar un papel de primer orden[50].

Señala DAHM[51] que es en esta época cuando se produce la combinación de elementos de la tradición romana y germánica en los delitos de hurto y robo, consiguiéndose una nueva configuración de las relaciones entre ambos que tendrá una importante influencia en muchas legislaciones, sobre todo a través del Derecho Común. Como se ha visto en el Derecho romano el apoderamiento violento no llegó a formar una figura criminal independiente, sino que obtuvo una protección procesal diferenciada sin desligarse del concepto de *furtum*. En el Derecho germánico, sin embargo, la violencia en la apropiación creaba una figura independiente, mientras la característica primordial del hurto era la clandestinidad frente a la actuación abierta propia del robo. En el ámbito del Derecho romano la violencia hacía más reprochable la sustracción, frente a lo que el Derecho germánico consideraba que el actuar oculto y clandestino del hurto era más grave[52].

La combinación de los elementos distintivos del hurto y del robo produce una nueva delimitación de los ámbitos propios de los mismos. Valorativamente se adoptan las referencias del Derecho romano, pues el robo pasa a ser la figura más grave, ya que junto a la lesión patrimonial, el ataque a la persona representa una forma de *iniuria*[53]. En el ámbito conceptual se toman los esquemas propios del Derecho germánico, al elevar los juristas italianos la ocultación a característica esencial del hurto, de manera que se postuló la configuración autónoma de las figuras[54]. A través de la dirección marcada por estos juristas y a pesar de la línea divisoria de la violencia entre ambas figuras, en el Derecho Común se va a desarrollar la creación de una fórmula intermedia con los denominados *furta periculosa: effractio, cum clave adulterina, cum armis*, categoria que posteriormente se acogerá en la Constitutio Criminalis Carolina (1532) y que mantendrá una importante influencia sobre la legislación posterior[55].

---

[50] Sobre este tema puede verse especialmente KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho romano*, Madrid 1955. CALASSO, F. *Medioevo del diritto*, Milano 1954. CARPINTERO, F. *En torno al método de los juristas medievales*, AHDE, LII (1982), p. 617-647.

[51] *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, Berlin und Leipzig 1931, p. 465 y ss. Sobre los distintos autores italianos del s. XVI puede verse ALLARD, Albéric. *Histoire de la Justice criminelle au seizième siècle*, Réimpression de l'edition Gand 1868, Neudruck 1970, p. 429 y ss.

[52] Véase RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, «*Hurtos cualificados*», Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XI, 1957, p. 238.

[53] DAHM, George. *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, ob. cit., p. 482.

[54] DAHM, George. *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, ob. cit., p. 465-6.

[55] RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, «*Hurtos cualificados*», cit., p. 239.

V. ÉPOCA DE LAS RECOPILACIONES Y DOCTRINA PRECEDENTE A LA CODIFICACIÓN

Desde fines del siglo XIV la enorme cantidad y variedad de disposiciones legislativas tales como leyes, pragmáticas, ordenamientos, capítulos de cortes, cartas acordadas, cédulas, etc., promulgadas por los monarcas planteará serios y graves problemas de conocimiento, vigencia, preeminencia y actualidad normativa en todas las facetas de la vida jurídica. El remedio a tantos males sólo podía venir a través de una tarea de revisión y ordenación coherente de la legislación. Con el fin de lograr ese objetivo se van a elaborar y redactar, siglo tras siglo, diversas obras recopiladoras de leyes, acumuladoras que no innovadoras, del ordenamiento jurídico vigente. Las Leyes de Toro (1505), la Nueva Recopilación (1567), y la Novísima Recopilación (1805), son los esfuerzos más notorios realizados con el fin de clarificar la maraña legislativa. Las distintas referencias a hurtos y robos en estas obras no hacen sino aportar un gran casuismo en las modalidades comisivas, que se van acumulando a lo largo de decenios. Las referencias conceptuales siguen procediendo en esta época de las formulaciones de estos delitos en las Partidas.

En este período existen constantes alusiones a modalidades del robo con fuerza, dentro de un gran confusionismo en las relaciones hurto-robo y careciéndose por completo de sistemática en torno a este tema. Ya una ley de Enrique III, recogida en la Nueva Recopilación, castiga a todo aquél que «forada casa o ficiera lugar por donde hombre entre a hacer maleficio» con la pérdida de «la mitad de sus bienes para nuestra Cámara y el cuerpo a la mi merced». Con idéntico tenor pasó a la Novísima Recopilación de 1805[56].

Felipe V va a publicar una Pragmática, con fecha de 23 de febrero de 1734, que endurece drásticamente la penalidad de ciertos apoderamientos cometidos en la Corte y en las cinco leguas de su rastro y distrito[57]. En virtud de la misma se venía a imponer la pena de muerte a los mayores de 17 años que cometieren un hurto en la Corte y en cinco leguas de su rastro, sin posibilidad por parte del juzgador de templar tal pena (Ley III. Título XIV. Libro XII. Novísima Recopilación). En esta pena incurrían, del mismo modo, quienes sustrajeran los bienes por medio de escalamiento, fractura o llaves falsas, pues la Sala de Alcaldes eleva una Representación el 28 de febrero de 1744 pidiendo no se aplicase la pena de la Pragmática a los hurtos «simples de poca cantidad

---

[56] *Nueva Recopilación*, Ley VI, Título XXVI, Libro VIII. Cfr. Domingo TERUEL CARRALERO, *Fractura*, en NEJ Seix, T. X, 1976, p. 136. *Novísima Recopilación*, Ley IX, Título XV, Libro XII.

[57] Véase ANTÓN ONECA, J. *Estudio preliminar al Discurso sobre las penas de LARDIZÁBAL*, separata de la Revista de Estudios Penitenciarios n.º 174, 1966, p. 10-11. También GARCÍA GOYENA, Florencio. *Código criminal español según las leyes y prácticas vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*. T. II, Madrid 1843, p. 207 y ss.

sin violencia o fuerza, en que se comprenden los que roban capas, mantillas u otro género de vestidos, que vulgarmente llaman capeadores, sin escalamiento, herida, ni fractura de puerta de casa, arca, cofre, papelera, escritorio ni otra cosa alguna cerrada en que estuviere la cosa que se hurtare, ni que se abriese con llave falsa, ganzúa u otro instrumento semejante...» (Ley VI. Título XIV. Libro XII. Novísima Recopilación).

Ante posteriores consultas, el Consejo en Pleno reafirma la pena capital para los hurtos «que se hagan en las casas forzando puertas o cofres, o entrando por ventanas o tejados, de suerte que haya violencia» (17 de octubre de 1764)[58].

La fuerza en las cosas, como ruptura de las defensas de esas mismas cosas que están en lugar cerrado, puede apreciarse en distintas normas particulares, como cuando Carlos III, por Cédula del Consejo de 17 de octubre de 1769, establece que «desde ahora en adelante, todo hurto, aunque sea el primero, cometido contra los colonos de las nuevas poblaciones con violencia en sus personas o en sus casas, sea castigado con pena de muerte» (Ley XI. Título XV. Libro XII). Vemos aquí, de esta manera, la equiparación de la violencia o la fuerza tanto contra las personas como contra las cosas. La dureza de las penas para estos casos, también se hace patente cuando es un soldado el que, en el cuartel, casa de oficial o paisano en que estuviese alojado, hiciera «fractura de puerta, ventana, pared, techo o suelo, papelera, falseo de llaves, violencia o uso de armas», pues tales actos conducían a la pena de horca según Real Orden de Carlos III de 1772[59].

La trascendencia de los más graves actos de apoderamiento puede llevar a la consideración de los mismos no exclusivamente como un simple ataque a la propiedad. La inexistencia del delito de coacciones junto a la pervivencia de un desdibujado *crimen vis*, siempre relacionado con la comisión de otros delitos y la gran variedad de formas en que pueden presentarse los ataques a la propiedad, hacen posible la consideración de ciertas formas de robos cualificados como delitos que agreden el orden social y la seguridad pública. La repetida comisión de las formas más graves, como los salteamientos de caminos e incluso la entrada mediante fuerza en las cosas en lugares habitados, hacen que se revelen como agresiones a la seguridad general. De hecho, el robo en la Constitutio Criminalis Carolina (CCC) se asocia a los delitos contra la paz pública de forma que se sitúa entre los delitos de peligro general y no junto al hurto. Igualmente el crimen vis, del que ya hemos señalado que se presenta en conexión con

---

[58] MARCOS GUTIÉRREZ, José. *Práctica criminal de España*, T. III, 4.ª ed. Madrid 1826, p. 96.

[59] Señala GARCÍA GOYENA que está legislación fue confirmada por Real Orden en el año 1825, pero el propio autor confiesa no haberla visto aplicar. *Código criminal español según las leyes y prácticas vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, ob. cit., p. 211. También TERUEL CARRALERO, Domingo. «*Fractura*», NEJ, T. X, 1976, p. 136.

otros delitos, durante la Edad Media y el Absolutismo representa principalmente la protección de la autoridad del Estado y sólo secundariamente de los ciudadanos particulares[60].

Como señala RODRÍGUEZ DEVESA[61], los prácticos de esta época se esfuerzan por distingir hurto y robo, en consonancia con lo recogido en las Partidas y otras disposiciones legislativas, pero dificultados por el peso del Derecho romano. DE LA PRADILLA BARNUEVO, dedica el Capítulo XXXVIII de su obra sobre las leyes penales a los que «fazen fuerza publica con armas y de los que hurtan con violencia, quebrantando casa», en el que se alude, entre otros casos, a «los que cometen dicha fuerça, robando o talando mieses, y arboles», y «al que para robar quebrantare casa agena, y fiziere fuerça con armas y acompañado de gente debe ser condenado a muerte y ahorcado»[62]. Este mismo autor indica que el caso de corte de árboles se transforma de hurto simple en robo cuando se acomete «en el campo, y contra la voluntad, y contradición del señor», asociándose estos supuestos con los del interdicto de *vi bonorum raptorum*[63]. En esta época, LARDIZÁBAL, en su famoso Discurso sobre las Penas, hace referencia al robo con efracción-quebrantamiento, al contestar a unas apreciaciones de Mr. BRISSOT DE WARVILLE. Este autor, que no admitía la distinción, normalmente aceptada, entre robo simple y el hecho con efracción y quebrantamiento y achaca a la «sutileza sofística» de las leyes de algunos pueblos el que se considere más grave el segundo; ni tampoco el que en tales hechos se entienda que se cometen dos delitos: uno el robo y otro el quebrantamiento. LARDIZÁBAL expresa cómo aún suponiendo que el quebrantamiento no sea más que un medio de comisión, los medios poseen la suficiente virtualidad para agravar el delito[64].

La doctrina del momento precedente a la Codificación sigue exponiendo los delitos de hurto, robo y fuerza según el esquema de las Partidas[65]. JUAN SALA, cita entre los hurtos cualificados el del ladrón que entra *por fuerza* en la casa o lugar de otro para robar, con armas o sin ellas recordando la Ley del Fuero Real, de la que antes nos hemos ocupado, que aplicaba la pena de muerte a «todo ome que o foradare casa,

---

[60] KELLER, Rainer. *Strafrechtliche Gewaltbegriff und Staatsgewalt.* Duncker-Humbolt, Berlin 1982, p. 96.

[61] «Hurtos cualificados».

[62] *Suma de las Leyes Penales.* Adicionado por el Licenciado D. FRANCISCO DE LA BARREDA y añadida por el Licenciado D. Juan CALDERÓN, 1639, p. 21-22.

[63] *Suma de las Leyes penales*, ob. cit., primera parte, caso XV, p. 33-4.

[64] *Discurso sobre las Penas.* Estudio Preliminar de J. ANTÓN ONECA. Madrid 1967, p. 99. Separata de la *Revista de Estudios Penitenciarios.*

[65] Juan SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, 3.ª ed. T. I., Madrid 1832, p. 12 y ss. MARCOS GUTIÉRREZ, J., *Práctica criminal de España*, T. III, 4.ª ed. Madrid 1826, p. 81-2, también indica este mismo extremo TOMÁS Y VALIENTE, F. *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid 1968, p 248 y ss.

o quebrantare iglesia por furtar»[66]. MARCOS GUTIÉRREZ[67] indica, tomando seguidamente la referencia de las Partidas, que hay notable diferencia entre robo y hurto, y con mayor rigor debe castigarse aquel que éste, pese a que habitualmente se confundan. Por otro lado ANTONIO GÓMEZ, reseñará que así se practica, pero añade que no es suficiente el rompimiento de arca u otra cosa en que estaba la cosa hurtada, sino que se requieren violencias con rompimiento de casa, entrándola y quebrantándola[68]. Aparece ya aquí un concepto de fuerza semejante a la violación de las defensas que la casa o edificio posee para evitar la penetración de extraños, y la necesidad de cometer delito en una casa, al aludir a la exigencia ineludible de «violencia con rompimiento de casa, entrándola y quebrantándola».

Junto a esto, permanece el delito de fuerza proveniente de las Partidas en las exposiciones doctrinales, y que JUAN SALA define como violencia que no puede resistir el que la padece[69], pero manteniendo éste un carácter más amplio, referido casi siempre al cometido por varios hombres armados, y pudiendo resultar lesionado el patrimonio, la integridad corporal o la vida misma de la víctima.

VI. LA CODIFICACIÓN

Con el movimiento de la Ilustración se produce la denuncia del Derecho penal del Antiguo Régimen, buscando una mayor seguridad personal y la proclamación de las libertades personales frente a los abusos de la legislación y de la práctica criminal del momento. De esta forma la codificación, como intento de dotar a la sociedad de una nueva y más clara legislación, se caracteriza tanto por la búsqueda de un mejor sistema en la exposición del contenido como por el establecimiento de garantías individuales en el Derecho penal sustantivo y procesal. En lo que atañe al robo, la afirmación de la libertad personal en esta época, como objeto autónomo de ataque, permite, de un lado, la configuración del delito de coacciones como agresión a la libertad misma sin conexión con ulteriores resultados, y por otro, la determinación del apoderamiento violento como ataque simultáneo al patrimonio y a la libertad.

1. *El Código Penal de 1822.*— Con el advenimiento del segundo período constitucional español se adoptaron una serie de medidas legis-

---

[66] *Ilustración del Derecho Real de España*, ob. cit., p. 49.

[67] *Práctica criminal de España*, T. III, 4.ª ed., Madrid 1826, p. 81-82.

[68] Citado por Juan SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, ob. cit., p. 49-50.

[69] *Ilustración del Derecho Real de España*, ob. cit., p. 51-52.

lativas encaminadas a continuar la labor codificadora que se desprendía de la Constitución de 1812[70].

El Código Penal de 1822 inaugura el sistema español del robo con fuerza en las cosas, recogiendo las modalidades y prácticas de precedentes históricos. El legislador español inicia, desde este momento, el criterio de no incorporar al hurto todas las cualificaciones provenientes del derecho común, sino que escinde éstas, dejando los *furta periculosa (cum efractione, scalis, armis, clave adulterina)*, fuera del hurto y en las proximidades del robo violento[71].

La importancia de las Partidas para la configuración de este delito se muestra de forma evidente. La doctrina precedente a la codificación manejaba para el estudio de los delitos los conceptos de las Partidas, pues en realidad no existía una determinación conceptual legal de los mismos con posterioridad a esta obra legislativa. Como hemos visto, la actividad legislativa posterior se había limitado a la creación de nueva casuística, o en el mejor de los casos, a la mera recopilación de los múltiples actos legislativos creadores de esa misma casuística. Los codificadores, pues, al iniciar la labor que suponía una nueva formulación conceptual de los delitos, disponían de las Partidas como el material legislativo nacional más próximo donde se encontraba la descripción conceptual de los distintos delitos.

Con la Ilustración el movimiento codificador va a determinar la creación de los delitos que atacan propiamente, y sin ulteriores resultados, la libertad personal. De esta manera, todo el amplio conjunto de conductas que componían «Las Fuerzas» en las Partidas (P. VII, Tit. X) pasan a los delitos a los que se encuentran conectados, salvo el mero ataque a la libertad que se convierte en el delito de coacciones (delito de fuerzas del art. 680). El CP recibe esta influencia de las Partidas para la formación de los delitos de hurto y robo, aunque con menor evidencia que en el CP de 1848, quizá por una mayor influencia forá-

---

[70] Pronto quedó nombrada la Comisión del Código Criminal y de la que formaban parte los diputados MARINA, CALATRAVA, VADILLO, CARO, VICTORICA, CRESPO CANTOLLA, RIVERA, FLÓREZ ESTRADA y REYLASSO GAITE, Juan Francisco. Los miembros de la Comisión trabajaron con una gran celeridad y en algo más de tres meses concluyeron el Proyecto de Código Criminal, presentándolo a las Cortes el 2 de abril de 1821 (*Crónica de la Codificación española. Codificación Penal*, V.I., Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1970, p. 43.) En el trámite parlamentario se aprobaron varias indicaciones, entre las que se encuentran las de pedir informes a las Universidades, Tribunales y Colegios de Abogados, así como a particulares. Emitieron informes un total de 10 Tribunales, 12 Universidades, 8 Colegios de Abogados y 10 particulares (SÁINZ CANTERO, José Antonio. *El Informe de la Universidad de Granada sobre el Proyecto que dió lugar al Código Penal de 1822*. ADP 1967, p. 509 y ss.). En este sentido, la Audiencia Territorial de Castilla la Nueva reclama la pena de muerte para los casos graves de robo, entre los que incluye los cometidos con violencia o fuerza, junto a los realizados por piratas, los que se fingen autoridad o ministros de la justicia, los que hieren o maltratan a los robados, o los que se cometen con dos o más agravantes (*Observaciones hechas por la Audiencia Territorial de Castilla la Nueva sobre el Proyecto de Código Penal*, Madrid 1821, p. 89).

[71] RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, Madrid 1990, p. 449.

nea en la redacción del texto. Así GALILEA[72] señala la recepción de la regulación del hurto y del robo de forma que «el código penal explica terminantemente aquella diferencia».

El Código Penal, en su artículo 723 señala que «comete robo el que quita o toma para si con violencia o con fuerza lo ajeno». Esta doble modalidad de robo es la que se va a mantener en todos los códigos posteriores hasta la actualidad. En capítulo aparte se define el hurto como el delito cometido cuando se «quita o toma por si lo ajeno fraudulentamente sin fuerza ni violencia contra las personas o cosas» (art. 745).

Se considera «fuerza o violencia hecha a las cosas, el escalamiento de edificio, pared o cerca, la fractura de pared, puerta, ventana, reja, techo, armario, escritorio, cofre, arca, cómoda, maleta, papelera o de cualquiera otra cosa cerrada, y de las sogas, correas o ataduras de cualquiera cosa atada; y la abertura de agujeros o conductos subterráneos o por debajo de las puertas o paredes. Entiéndese que hace fuerza o violencia en las cosas, el que usa de llaves falsas, de ganzúa, o de cualquier otro instrumento que no sea la llave propia y verdadera, o de ésta sin consentimiento del dueño; o el que se vale de algún doméstico para abrir alguna cosa, o introducirse en alguna casa o lugar cerrado» (art. 726).

Junto a la dualidad del vocablo (*fuerza o violencia*), que se refiere a la acción ejecutada contra las cosas, se aprecia de modo evidente la pretensión de una extrema precisión en el minucioso detallar los objetos y elementos sobre los que pueden recaer las modalidades de la fuerza o violencia. Esta configuración de las modalidades del robo con fuerza es prácticamente la actual, a excepción de la de valerse de algún doméstico para abrir alguna cosa o introducirse en alguna casa o lugar cerrado.

El sistema de penas se articula dependiendo del lugar donde se lleva a cabo la sustracción; así cuando se comete en una casa, cuarto, aposento, choza, barraca u otro edificio o lugar habitado, o destinado a habitación, o en sus dependencias, es castigado con pena de cinco a dieciséis años de obras públicas (art. 733). Si se comete en edificio no destinado a habitación, o en heredad o en otro sitio cerrado, la pena es de tres a catorce años de obras públicas (art. 734). Si se lleva a término el robo en cualquier otro lugar, la pena, establecida por el art. 735, es la de dos a doce años de obras públicas. Cuando los delincuentes son descubiertos en su intento de robo, la pena oscila entre tres y diez años de obras públicas, si se introdujeron en el lugar habitado o sus dependencias mediante fractura, uso de llave falsa, escalamiento o auxilio de doméstico (art. 741).

Finalmente, el Código Penal en el punto quinto del art. 729 señala como agravantes para calificar el grado de delito, en el caso de violencia sobre las personas, el haberse introducido por medio de escalamiento, fractura, llave falsa o connivencia con algún doméstico.

---

[72] *Examen filosófico-legal de los delitos*, T. II, Madrid 1846, p. 393-4.

Además de lo anteriormente mencionado sobre la dualidad de expresiones —fuerza o violencia— para referirse a la acción ejercida sobre las cosas, la misma denominación de la acción, de *fuerza o violencia sobre las cosas*, despertó específica discusión parlamentaria en el debate sobre el proyecto del Código penal.

Durante la discusión parlamentaria del Proyecto, algún parlamentario no entendía que se pudiera hacer fuerza sobre las cosas, pues, según decía, la fuerza sólo se puede dirigir a las personas. CALATRAVA que, en nombre de la Comisión, defendía el Proyecto, replicó que con tanta propiedad se dice forzar una persona como a una puerta, y se sorprendía de tal observación, ya que la misma estaba habitualmente presente en las causas criminales[73]. Aquí se va a reflejar el tradicional concepto de fuerza en la legislación española, como ataque a la voluntad de alguien, y por otra parte de va a producir la proyección de la regulación del delito de fuerzas en la legislación de Partidas[74].

Como decimos, es a partír del Código Penal de 1822 cuando surge la tipificación del delito de robo con fuerza en las cosas, en cuanto aúna distintas modalidades de ésta y las dota de un mismo significado jurídico-penal. Al configurarse, de modo concreto y preciso, los medios a través de los cuales se ejerce la fuerza en las cosas, se provoca que, por el principio de legalidad, el concepto de fuerza quede limitado a lo expresado legislativamente, es decir, se configura un nuevo concepto normativo y no naturalístico, como ha señalado RODRÍGUEZ MOURULLO[75].

Este sentido normativo de la fuerza en las cosas apunta en una dirección diversa a la propia de los delitos de daños. Se trata de una acción dirigida a remover los obstáculos previos al acceso a los objetos que se pretenden sustraer y no se alude con ella a ningún tipo de incidencia física sobre las cosas apropiadas. Cuando el art. 726 del Código Penal de 1822 establece que «Entiéndese que hace violencia o fuerza a las cosas el que usa de llave falsa...», es evidente que imposibilita tal equiparación. Por otra parte resultan asimiladas las conductas de fuerza o violencia llevadas a cabo sobre personas o sobre cosas.

Esta delimitación normativa del concepto de fuerza está dotada de una extraordinaria trascendencia y todas las reformas posteriores que

---

[73] *Diario de Sesiones de las Cortes*. Legislatura extraordinaria 1821-22, p. 2083. Es de señalar a este respecto, que el informe presentado por el Ateneo de Madrid sobre el proyecto de Código penal, se expresa el convencimiento de ser más oportuno que los delitos de hurto y robo integren un sólo capítulo y el que la violencia sobre las cosas sólo debe ser una circunstancia agravante.

[74] GALILEA indica como el Código penal de 1822 mantiene («explica terminantemente») la distinción entre los delitos de hurto y robo ya contenida en las Partidas. *Exámen filosófico-legal de los delitos*. T. II, Madrid 1846, p. 394. Véase también GARCÍA GOYENA, Florencio. *Código criminal español según las leyes y prácticas vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*. Madrid 1843. T. I, p. 222 y ss. T. II, p. 201 y ss.

[75] *La distinción hurto-robo en el derecho histórico español*. AHDE 1962. T. XXXII, p. 106.

van matizando el contenido de la misma, tratan de acceder a un concepto normativo de fuerza en las cosas que no excluya ningún otro acto que posea idéntica significación[76].

En la configuración del delito de robo con fuerza en las cosas, algunos autores han pretendido ver la influencia del Código penal francés de 1810. El mismo CALATRAVA confesó haber tomado muchas cosas del Código francés, «pero no haberlo tomado por modelo»[77].

Desde luego, no existe una evidencia concreta sobre el alcance de la influencia del Código Penal francés de 1810 en la redacción del delito de robo con fuerza en el Código Penal español de 1822. Es de destacar que las modalidades que lo componen ya existían en nuestra legislación penal precedente, como se ha puesto de relieve en las páginas anteriores. Además, el escalamiento, fractura, uso de llaves falsas, existían como agravantes del vol en el art. 381 del Código Penal francés de 1810, pero junto a otras muchas más, como la nocturnidad, el llevarlo a cabo varias personas, llevar armas, actuar usando el título de un funcionario u oficial público, revestirse con el uniforme de funcionario u oficial, alegar orden falsa de autoridad civil o militar o realizar actos de violencia o amenazas. De esta manera, constituyen estos medios algunas de las agravantes del hurto y no una figura propia de delito, como es el caso del robo con fuerza y en lo que consiste propiamente la novedad legislativa a que nos estamos refiriendo.

No faltan autores, sin embargo, que mantienen la cercanía de este robo a la legislación francesa. CUELLO CALÓN estima que, seguramente, el delito de robo con fuerza del Código Penal español de 1822 se configuró bajo la influencia del Código Penal francés de 1810[78]. También QUINTANO RIPOLLES opina que si bien alguna de las modalidades del robo con fuerza no carecen de precedentes históricos, las condiciones formales fueron tomadas por nuestro Código del art. 381 del francés[79].

La derogación de la obra legislativa inmediata anterior y la vuelta al régimen absolutista no fue óbice para que se siguiera pensando en la imperiosa necesidad de reformar la legislación penal. Así, nos encontramos distintos proyectos de reforma durante el período absolutista: 1830[80], proyecto de SÁINZ DE ANDINO (1831)[81], y proyecto de 1834[82].

---

[76] RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *La distinción hurto robo en el derecho histórico español*, ob. cit., p. 106.

[77] ANTÓN ONECA, José. *Historia del Código Penal de 1822*. ADP 1965, p. 270.

[78] *Derecho Penal*. P.E. T. II, V. II, Revisado y puesto al día por CÉSAR CAMARGO. Bosch, Barcelona 1975, p. 891.

[79] *Comentarios al Código Penal*. Vol. II, Madrid 1946, p. 400. Frente a esta opinión la sentencia de 2-III-88 rechaza el origen afrancesado del delito, al menos en lo referente a la exigencia de entrada en inmueble, y señala que tal requisito se encuentra ya exteriorizado en las Partidas.

[80] El Real Manifiesto de El Puerto de Santa María, de 1 de octubre de 1823, derogaba la legislación elaborada durante el Trienio Constitucional. El Rey, por Decreto de 26 de abril de 1829 nombra una Comisión encargada de la reforma de la legislación penal (LASSO GAITE, Juan Francisco. *Crónica de la codificación española. Codificación penal*, ob. cit., V. I, p. 173-75). En el texto del proyecto desaparece la doble terminolo-

2. *El Código Penal de 1848-50.*— Con la derogación del Código Penal de 1822, se volvió a la vigencia de la anterior legislación (Noví-

---

gía de hurto y robo y ambos tipos de infracciones pasan a denominarse robo cualificado y robo simple, en lo que se adivina la influencia de la única figura de apoderamiento de cosas muebles del CP francés. Este último lo comete quien sin consentimiento de su dueño toma lo ajeno sin fuerza ni violencia. Parece así conservarse una misma estructura aún con distintas denominaciones.

Por el contrario, el robo cualificado era «el que se comete quitando o tomando las cosas ajenas con fuerza o violencia». El proyecto hacía a continuación una doble definición de la fuerza o la violencia en las cosas: se produce tal «removiendo los obstáculos que pueden impedir el robo, como la rotura de una pared, puerta o ventana, la de un arca, cómoda o cajón, maleta u otro mueble donde se conservan cerradas las cosas» (art. 252), o también «empleando instrumentos o medios materiales y físicos que puedan facilitar el robo, como el escalamiento, la ganzúa, la llave falsa y otras semejantes» (art. 253).

[81] Se le encargó a SÁINZ DE ANDINO la revisión del proyecto de 1829, presentando un texto alternativo el 25 de mayo de 1831. En el mismo su autor vuelve a la doble denominación de hurto y robo, y expresa que comete robo «el que se apodera de efectos muebles pertenecientes a otro, ilegítimamente y usando de violencia y fuerza contra las personas o cosas» (art. 1004).

En un primer momento describe de modo general los actos que constituyen fuerza en las cosas (art. 1006), y que son: 1.º la fractura, 2.º el escalamiento, 3.º llaves falsas, 4.º todo otro medio de introducción fraudulenta en un lugar cerrado. De esta menera las modalidades de la fuerza fijadas por SÁINZ DE ANDINO coinciden con las que hoy señala el Código penal, conteniendo además en el n.º 4 citado una declaración residual que da idea del pensamiento subyacente a esta figura. Incluso recoge el texto la sustracción de mueble con fractura fuera del lugar del robo (art. 1008).

En un segundo momento el proyecto pasa a definir cada una de las modalidades de una manera exhaustiva. Asi, la fractura (arts. 1007 y 1008), el escalamiento (arts. 1009 a 1011) y las llaves falsas (art. 1015). El art. 1016 contiene las circunstancias agravantes tanto del robo con fuerza en las cosas como del robo con violencia sobre las personas.

En un lugar sistemático aparte recoge el texto de SÁINZ DE ANDINO los medios propios del robo con fuerza como supuesto en el que se puede dar válidamente la legítima defensa del domicilio, cuando la agresión al mismo se produce por estos medios (CASABO RUIZ, José Ramón. *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de SAINZ DE ANDINO.* Secretaría de Publicaciones e intercambio científico. Universidad de Murcia, 1978, p. 9, lo que muestra la peligrosidad que se atribuye a los mismos.

[82] El Proyecto de 1834 constituye la última manifestación de la actividad codificadora de este período absolutista, pues aun cuando coincide con el inicio de la nueva etapa liberal, su origen y gestación se encuentran en el sistema anterior (CASABO RUIZ, José Ramón. *El Proyecto de Código Criminal de 1834.* Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico. Universidad de Murcia. 1978, p. 9). El Proyecto alude a los «hurtos o robos simples» y a los «robos cualificados», definiéndose el robo en la Exposición de Motivos como el «apropiamiento con violencia u otra circunstancia de las que impiden la justa defensa» (CASABO RUIZ, *El Proyecto de Códigò Criminal de 1834*, ob. cit., p. 31).

Los robos cualificados comprenden los que se cometen quitando o tomando las cosas ajenas con fuerza o violencia (art. 393). La definición de la fuerza en las cosas que se acompaña es la misma que la elaborada por la Junta nombrada para la revisión de los Proyectos de 1830 y 1831 (LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, ob. cit. T. II, p. 375). Se trata de la doble referencia, por una parte, a la remoción de los obstáculos que pueden impedir el robo (rotura de pared, puerta o ventana, arca, cómoda, cajón, maleta u otro mueble donde se conserven cerradas las cosas), y por otra, al empleo de medios o instrumentos materiales y físicos que puedan facilitar el robo (escalamiento, ganzúa, llave falsa) (arts. 402 y 403). Todos ellos parecen aludir a lo que sería, en la primera referencia, enfrentarse con el obstáculo y con su materialidad y, en la segunda parte, el salvar el obstáculo por habilidad o empleo de instrumentos, eludiéndolo.

sima Recopilación, Partidas, Fuero Juzgo, etc), de manera que el sistema penal adolecía de un gran confusionismo y de desconexión con la realidad por la época en que fueron elaboradas las distintas disposiciónes que habían vuelto a cobrar virtualidad. Y lo que es peor, este nuevo estado de cosas llevó, a su vez, a una jurisprudencia arbitraria[83]. Como se ha visto anteriormente, los trabajos de creación de una nueva legislación penal no dejaron de sucederse y, con la creación de la Comisión General de Codificación, la redacción de los Códigos recibió un notable impulso[84].

La estructura de la regulación positiva del robo con fuerza en las cosas en el CP de 1848 delata con mayor evidencia que el de 1822 la recepción del contenido del delito de fuerzas de las siete Partidas. Reflejo de este deslizamiento del comportamiento de «Las Fuerzas» en las Partidas al posterior delito de robo con fuerza en las cosas parece la configuración del mismo como el cometido en distintos supuestos: con armas en lugar sagrado o habitado, sin armas en iglesia o lugar habitado, y el cometido con o sin armas en lugar no habitado, todos ellos mediante las distintas modalidades componentes de la fuerza en las cosas. Efectivamente las Partidas (P. VII, tit. X, L.I) contenían —probablemente derivado de la división romana entre *vis publica* y *vis privata*— dos maneras de fuerza: «la una es que se faze con armas. E la otra sin ellas». Esta misma proximidad a la estructura del delito se observa en la determinación de la pena de muerte «si fuessen ladrones que ouviessen entrado por fuerça en las casas, o en los lugares de otro para robar con armas o sin armas...» (P. VII, tit. XIIII, L. LXVIII)[85].

En el Código Penal promulgado el 19 de marzo de 1848[86] los delitos contra la propiedad ocupan el Título XIV del Libro II. Y en el mismo, el Capítulo I se dedica a los robos, mientras el Capítulo II se ocupa de los hurtos. Los robos con fuerza en las cosas se sitúan en la Sección Segunda, después de los robos con violencia. No se da aquí una definición unitaria del robo, y el robo con fuerza en las cosas se estructura según se realice con armas, o sin armas en iglesia o lugar habitado, o en lugar no habitado.

En lugar habitado o iglesia se comete robo con fuerza si se lleva a cabo, 1.º: con escalamiento, 2.º: con rompimiento de pared o techo, o fractura de puertas o ventanas, 3.º: haciendo uso de llaves falsas, gan-

---

[83] LASSO GAITE. *Crónica de la codificación española*, ob. cit. V. I. p. 252, citando a A. LORENZO ARRAZOLA, Presidente en su tiempo del Tribunal Supremo.

[84] LASSO GAITE, Juan Francisco. *Crónica de la codificación española*, ob. cit. V. I, p. 252.

[85] En este mismo sentido GARCÍA GOYENA refleja la proyección de las Partidas para los casos de fuerza con y sin armas en estas mismas modalidades de apoderamiento. *Código criminal español según las leyes y prácticas vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, T. II, Madrid 1843, pp. 201-203.

[86] Para la redacción del mismo se consultaron los distintos Códigos de Europa y América. El propio SEIJAS declarará que el de Brasil le entusiasmó por su estructura así como el de Nápoles por su precisión. LASSO GAITE, Juan Francisco. *Crónica de la codificación española*, ob. cit., Vol. I, p. 270.

zúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo, 4.º: introduciéndose en el lugar del robo a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad, y 5.º: actuando en despoblado y en cuadrilla. La pena correspondiente era la de cadena perpetua, salvo que se cometiera sin armas, en cuyo caso era la de presidio mayor.

El nuevo Código ofrece algunas novedades, como pueden ser la de definir el escalamiento, considerado como la entrada por vía que no sea la destinada al efecto, incluyendo, por tanto, la entrada por conducto subterráneo[87]. Añade este Código dos circunstancias más entre las del robo con fuerza como son las de introducción con nombre supuesto o simulación de autoridad y la de ejecución en despoblado o cuadrilla, de las que dice PACHECO que en ellas no se da fuerza o violencia en cosa alguna, sino más bien intimidación en las personas[88]. Se menciona, también, el uso de llaves falsas para entrar en el lugar del robo, y que consiste según PACHECO, en todo medio de abrir la cerradura sin desbaratarla[89].

Se observa ya en este momento una disputa sobre el concepto de lugar habitado, principalmente sobre si para poder considerarlo tal, han de estar presentes los moradores en el momento del robo[90]. El robo con armas en lugar no habitado (art. 423), sólo admite las circunstancias de rompimiento de paredes, puertas o ventanas y la fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados. La pena será de presidio mayor. DE CASTRO Y OROZCO, señala cómo en el caso de lugar no habitado no están comprendidos los supuestos de escalamiento o uso de llaves falsas, aún sin armas, y el rompimiento de techo, por lo que habrán de tratarse como hurtos, cosa que no deja de extrañar a este autor, aunque introduce el tema de la posibilidad de aplicar estos medios en su aspecto de agravantes generales[91] (Circunstancia 21 del art. 10).

Sobre el fundamento de esta figura criminal VIZMANOS observa que quien entra a robar en un sitio en que se encuentran otros individuos manifiesta su disposición a cometer cualquier atentado y cómo en el robo no sólo se ataca la propiedad sino también a la persona misma[92]. PACHECO atiende a la especial relevancia del porte de armas y cómo el robo es un atentado contra la propiedad que envuelve la idea

---

[87] Tomás MARÍA DE VIZMANOS y Cirilo ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código Penal*. T. II. 1848, p. 468.

[88] *El Código Penal concordado y comentado*, 2.ª ed. T. III. Madrid 1856, p. 311. Estas circunstancias serán incluidas por influencia del Código Penal francés que sí que las contiene como agravantes del vol.

[89] *El código penal concordado y comentado*, ob. cit., p. 311.

[90] Vid. PACHECO, *El Código penal comentado y concordado*, ob. cit., p. 311. También Manuel DE AZCUITA. *Derecho criminal. Sustanciación de los procesos y casos prácticos dudosos*. Madrid 1862, p. 242 y ss.

[91] *Código Penal explicado*, T. II. Granada 1848, p. 420 y 421.

[92] *Comentarios al Código penal*, T. II, ob. cit., p. 467 y 471. En este mismo sentido, Vid. Discusión en la Comisión de Codificación Penal. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, ob. cit. T. II, p. 1096.

de violencia, y el hurto sólo supone la de astucia[93]. Por su parte, DE CASTRO Y OROZCO, señala que si no hay armas y el lugar no es habitado no puede exitir robo, de manera que los límites naturales que suponen el umbral del hurto, son la ausencia de armas y de habitación, «límite que significa como prudentísimo y altamente filosófico en tesis general»[94].

Con la reforma de 1850 aparte de una menor penalidad general para esta figura de delito[95], las modificaciones introducidas atañen al robo en lugar no habitado, que ahora puede ser cometido con armas o sin ellas, y al que se añaden las circunstancias de escalamiento y uso de llaves falsas para entrar en el lugar del robo (art. 433). No aparecen, sin embargo, las de nombre supuesto o simulación de autoridad y la de cometerlo en despoblado o cuadrilla, que permanecen en el robo en iglesia o lugar habitado (art. 431).

La doctrina sigue señalando lo que a su entender son lagunas, y así, pone la atención en el hecho de que no se incluyen en el art. 431 la fractura de puertas interiores, armarios, arcas, etc, que si se encuentran ahora en el art. 433 (robo en lugar no habitado), dándose, por tanto, la disparidad de que quien utilizase estos medios en iglesia o lugar habitado, debería ser castigado como autor de hurto[96]. Se añade también la tenencia de llaves falsas y otros instrumentos destinados conocidamente para ejecutar el delito de robo (art. 436), que, sin embargo, se incluye en el capítulo de los hurtos.

3. *El robo con fuerza en las cosas en el Código Penal de 1870.*— Después de la revolución de septiembre de 1868 y con los cambios efectuados por la Constitución de 1869, todo el sistema legal iba a ser objeto de profundas reformas. Así lo consignaba, expresamente, el dictamen de la Comisión encargada de la redacción del Proyecto de Código Penal[97]. El Código Penal Reformado de 1870 mantiene la misma estructura para el delito de robo con fuerza en las cosas establecida con anterioridad, aunque con la particularidad de que ahora sí aparece una definición conjunta de las dos modalidades de robo, en el art. 515, y de la que carecía el Código Penal de 1848. «Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucrarse, se apoderan de las cosas muebles ajenas, con violencia o intimidación en las personas, o empleando fuerza en las cosas».

Establece la distinción general entre el robo cometido en lugar ha-

---

[93] *El código penal concordado y comentado*, ob. cit., pp. 311 y 318.

[94] *Código penal explicado*, ob. cit., p. 423. También Manuel DE AZCUITA. *Derecho Criminal*. Madrid 1862, p. 244 y 246.

[95] PACHECO. *El código penal comentado y concordado*, ob. cit., p. 310. Disminución en la penalidad que podría proceder, según este autor, de la necesidad de diferenciación con el robo violento. (p. 317).

[96] RODRÍGUEZ MOURULLO, *La distinción hurto-robo en el Derecho Histórico español*, ob. cit., p. 107.

[97] Vid. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 37, 1870, p. 49.

bitado, edificio público o destinado al culto religioso (arts. 521 a 524), y el que se verifica en lugar no habitado. En el caso de robo cometido en lugar habitado, edificio público o destinado al culto religioso, se tiene presente, para la graduación de las penas, la posible concurrencia de circunstancias como la de llevar, o no, armas y si el valor de lo sustraido es superior o inferior a 500 pesetas[98].

En este mismo supuesto, es decir, el de la comisión del delito en lugar habitado, edificio público o destinado al culto religioso, se introduce una importante precisión, cual es la de que los citados medios de fuerza han de ser empleados para *introducirse* en tales lugares. Los medios de fuerza que pueden concurrir en esta hipótesis son, el escalamiento, la fractura exterior, uso de llaves falsas y nombre supuesto, o simulación de autoridad (art. 521). La fractura interior y la efectuada fuera del lugar del robo no aparecían en la redacción original del Código, pero fueron introducidas en una nueva redacción oficial del Código penal, por Real Decreto de 1 de enero de 1871[99]. GROIZARD hace notar la incongruencia entre el contenido de esta adición y lo que señala el art. 521 que concibe las modalidades como medios de introducción en el lugar del robo[100].

En este Código desaparece la característica circunstancia de despoblado y cuadrilla, que pasa a agravar la pena desde el art. 522. Se hace, por primera vez, una definición legal, en tono descriptivo, del concepto de llaves falsas, considerándose tales los instrumentos como ganzúas y similares que se penan por su tenencia y fabricacion, las legítimas sustraídas al propietario y las no destinadas por el propietario para la apertura de la cerradura violentada por el culpable (art. 529). Triple concepto legal que continuará vigente en los distintos Códigos penales hasta la actualidad.

La práctica y la doctrina van concretando una serie de principios en relación a los casos de fuerza en las cosas que, a veces, para casos particulares, y otras en sentido más general, van a ir dando unos particulares perfiles a la figura. Así, para el escalamiento, ha de darse necesariamente en lugar cerrado y ha de exigir un cierto esfuerzo extraordinario, distinto del empleado normalmente para la entrada en el lugar[101]. La S. de 27-XII-1882 señala que no hay escalamiento en el hecho de apoderarse de unas ropas tendidas en un balcón, trepando al mismo sin penetrar en el edificio. También la fractura ha de ser empleada como medio de introducción en lugar cerrado[102]. Incluso se llega a señalar la

---

[98] Salvador VIADA Y VILASECA. *Código Penal Reformado* de 1870, T. III. 4.ª ed. Madrid 1890, p. 379. También, CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*. P.E. T. II. Vol. II, Bosch, Barcelona 1975, p. 891.

[99] GROIZARD. *El Código Penal de 1870*. T. VI. Salamanca 1896, p. 188.

[100] *El Código Penal de 1870*, ob. cit., p. 187.

[101] VICENTE Y CARAVANTES, *Sobre el delito de robo*, ob. cit., p. 451-2. GROIZARD, *El Código Penal de 1870*. T. VI. Salamanca 1896, p. 181.

[102] GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, ob. cit., p. 181. VICENTE Y CARAVANTES, *Sobre el delito de robo*, ob. cit., p. 452-3.

necesidad del fin de apoderamiento en la ejecución de los medios de fuerza. Así, GROIZARD, destaca cómo el que destruye o deteriora un mueble cualquiera es autor sólo de daño y que para ser reo de robo necesario es que la violencia ejercida tenga por fin apoderarse de una cosa a cuya defensa estuviese ese objeto destinado [103].

GROIZARD apunta el problema que en este tiempo surge en Francia, en torno a si el uso de la llave originaria por el autor puede incluirse entre los casos de llave falsa pero, señala este autor, cómo en España por la previsión del legislador de considerar falsa la llave legítima sustraida al propietario, no se han producido tales equívocos [104].

Es en este momento cuando el legislador se ve necesitado de precisar el concepto de casa habitada en relación a la naturaleza normativa de la fuerza en las cosas. Como se ve, tres medios de ejercer la fuerza aparecen en las dos hipótesis fundamentales de robo en lugar habitado y robo en lugar no habitado; el escalamiento, la fractura y el uso de llaves falsas. Sin embargo, en el caso de robo en lugar habitado, edificio público o destinado al culto religioso, los mismos han de ser empleados para introducirse en el lugar del robo, mientras que si se trata de lugar no habitado, basta con que concurran. De esta manera, la relevancia de los mismos medios es distinta en su juego en una y otro hipótesis, sin duda, en atención al lugar, que así resulta privilegiado con especial protección, donde se efectúa la sustracción [105].

Al mismo tiempo, el escalamiento y el rompimiento de pared, techo o pavimento, o fractura de puertas o ventanas, junto a su presencia en las hipótesis de robo, aparecen como agravantes generales en las circunstancias 21 y 22 del art. 10 [106].

La penalidad de esta figura es de presidio mayor en su grado medio a cadena temporal en su grado mínimo. Si los malhechores llevasen armas y el valor de lo sustraído no excediese de 500 pts. se impondrá la pena inmediatamente inferior; por el contrario si no llevasen armas y no excediese de 500 pts. el producto obtenido, se impondría la misma pena pero en su grado mínimo.

En este Código se introdujo un tipo privilegiado, cuando encontrándonos en los casos del art. 521, se introduzcan los culpables saltando un muro exterior y se limitasen los autores a la sustracción de frutas, semillas, caldos, animales u otros objetos destinados a la alimentación (art. 524).

Como tenemos señalado, ya durante la vigencia del Código penal de 1848 se planteó el problema de precisar el concepto de casa habitada, obligando al gobierno a fijar el mismo por Real Orden de 13 de

---

[103] *El Código Penal de 1870*, ob. cit., p. 186 y 189. También, VICENTE Y CARAVANTES, *Sobre el delito de robo*, ob. cit., p. 452-3.

[104] VICENTE Y CARAVANTES. *Sobre el delito de robo*. RGLJ, T. 51, Madrid 1877, p. 450.

[105] Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La distinción hurto-robo en el Derecho histórico español*, cit., p. 109.

[106] GROIZARD pone de relieve que las llaves falsas también deberían poseer este carácter. *El Código Penal de 1870*, ob. cit., p. 182.

enero de 1864, que la define como *aquél que sirve de morada a una persona, aún cuando el morador falte de el accidental y momentáneamente*[107]. En el nuevo Código se contiene una declaración análoga en su art. 523, añadiéndose las dependencias que consistan en departamentos o sitios cercados contiguos al edificio y en comunicación interior al mismo y con el cual forman un todo único.

En cuanto al robo en lugar no habitado, o en edificio que no sea de los señalados en el art. 521, pueden concurrir los medios de escalamiento, fractura externa[108] y fractura fuera del lugar del robo. Si el valor es superior a 500 pts, la pena es de presidio correccional en sus grados medio y máximo.

La naturaleza de la fuerza en las cosas que establecieron los legisladores, ya desde el Código Penal de 1822, a través de la regulación de determinados medios de apoderamiento, no dejó de causar pocos problemas y malos entendimientos[109]. La naturaleza normativa y no natural de la misma, antes señalada, no llegó a ser apreciada por los autores hasta el momento en que VIADA hace patente que la expresión «ni fuerza en las cosas» vale tanto como si la ley dijese «ni fuerza alguna en las cosas de las descritas en los arts. 521 y 523» (CP 1870)[110]. GROIZARD, también observa las limitaciones que al concepto de fuerza han de imponerse en atención al principio de legalidad[111]. También en esta época se suceden los proyectos de reforma del CP, alguno con incidencia en el delito estudiado[112].

---

[107] VICENTE Y CARAVANTES. *Sobre el delito de robo*. RGLJ, T. 51. Madrid 1877, p. 450.

[108] Es de señalar que sobre este punto se desató una controversia en la doctrina, en torno a si la declaración del n.º 2 del art. 525 se refería tan sólo a puertas y ventanas exteriores, como parece afirmar la literalidad del precepto. Ver RODRÍGUEZ MOURULLO, *La distinción robo-hurto en el derecho histórico español*, cit., p. 108.

[109] Vid, por ejemplo, VICENTE Y CARAVANTES, *Disposiciones del Código Penal español sobre el delito de hurto*, RGLJ, T. 52, p. 53. También DE CASTRO Y OROZCO, *Código Penal explicado*. T. II. Granada 1848. pp. 420-1. Todos estos casos se producen cuando los autores se encuentran ante hipótesis de fuerza en las cosas en sentido material que, sin embargo, no están recogidas por el Código.

El problema subsiste, y así, apunta RODRÍGUEZ DEVESA, cómo los proyectos de SILVELA y ALONSO MARTÍNEZ se creyeron obligados a salvar la dificultad en la definición del hurto. El Proyecto SILVELA, en su Art. 578, se expresa: «son reos de hurto, 1.º Los que con ánimo de lucrarse sin violencia o intimidación en las personas y sin emplear ninguno de los medios mencionados en los arts. 566 y 568 (robo) se apoderan...» Y el Proyecto ALONSO MARTÍNEZ: «Son reos de hurto los que con ánimo de lucrarse y sin violencia o intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas o sin emplear medios de los señalados en el art. 519...». RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, Madrid 1946, p. 162.

[110] Citado por RODRÍGUEZ DEVESA. *El hurto propio*. Madrid 1946, p. 160.

[111] *El Código Penal de 1870*. Salamanca 1896, p. 227 y ss. En este mismo sentido Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *La distinción hurto robo en el derecho español*. Separata. Santiago de Compostela 1958, p. 343.

[112] El Proyecto de Código Penal de 1880, incidía, principalmente en un aumento de las penas del robo y en la eliminación, entre los medios de fuerza que podrían concurrir en el robo en lugar habitado, de la fractura de puertas, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos sellados, o su sustracción para ser fracturados o violentados fuera del lugar del robo. Esto podría responder a un intento de separar las circunstancias

4. *La modificación del sistema del robo con fuerza en el Código Penal de 1928.*— El 12 de marzo de 1926, el Ministro de Gracia y Justicia, dirigió una Real Orden a la Comisión General de Codificación, encargando que se formase y redactase el proyecto de una nueva edición del Código Penal de 1870. La Sección III de la Comisión de Códigos redactó el Proyecto[113], que, revisado por la Comisión Permanente, fué elevado al Ministro el 12 de julio de 1927, y sometido después a informe de la Asamblea Nacional[114].

El Código Penal de 1928 hace tabla rasa del sistema que en robo con fuerza en las cosas habían empleado los códigos anteriores; ya no se establece tal robo en relación a la dualidad de hipótesis de lugar habitado y no habitado. Ahora basta con que concurra alguna de las circunstancias de escalamiento, fractura externa o interna o uso de llaves falsas (art. 695). A partir de la presencia de alguno o algunos de estos medios, se establecen unas tablas en seis escalas de penalidad en función del valor de lo sustraido, desde el valor inferior de veinticinco pesetas (cuatro meses a un año de reclusión), hasta cuando el valor de lo robado excede de veinticinco mil pesetas, con pena de ocho a doce años de reclusión (art. 695).

Posteriormente, se añade un catálogo de circunstancias agravantes que suponen la aplicación de la pena correspondiente en su grado máximo, entre las que se encuentra la de utilización de nombre supuesto o simulación de cualidad de autoridad, que antes se encontraba entre las que daba origen al robo mismo y no solamente una mera circunstancia agravante. Además de estas circunstancias que hacía que se impusiera la pena en el grado máximo, según la legislación anterior, se añaden las referidas al robo de cosas que estuviesen dedicadas al culto o a objetos de caridad o beneficencia, y cuando el ofendido resultare arruinado o privado de lo necesario para el sustento (n.º 2 y 8 del art. 696)[115]. Se añade un tipo particular para el robo con fuerza en las cosas, cuando éste se produce sobre documentos o papeles si su valor fuere estimable (art. 700).

El escalamiento y el rompimiento de pared o pavimento, de puertas o ventanas, se siguen manteniendo como circunstancias agravantes generales, pero ahora aparecen en un mismo párrafo y se amplía a la fractura de muebles cerrados[116].

5. *El Código Penal de 1932. La vuelta al sistema de 1870.*— Por

---

que concurren para la introducción en tal lugar, de la que se producen ya dentro. Pero, sin embargo, tal suposición no encaja exactamente, ya que el Proyecto no exigía que las circunstancias concurrieran para la introducción, sino que bastaba su simple presencia (art. 527 PCP.).

[113] CUELLO CALÓN. *El Proyecto de Código Penal español preparado por la Sección 3.ª de la Comisión General de Codificación.* RGLJ. T. 152, p. 257 y ss.

[114] Luis SAN MARTÍN POSADA. *El Código Penal de 1928*, Madrid 1928, p. 24.

[115] Luis SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928*, ob. cit., p. 188.

[116] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis y ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal conforme al Código de 1928.* T. I. Madrid 1929, p. 396.

Decreto de 15 de abril de 1931 se anuló el Código de 1928 y se restableció la vigencia del de 1870. Necesario era, sin embargo, adaptar el texto a la nueva Constitución y efectuar unas reformas mínimas «una vez acordado que sólo se trataba de una mera reforma del Código de 1870, pareció prudente reducir la innovación a proporciones modestísimas»[117], según lo declarado en la propia exposición de motivos del Código Penal de 1932. La labor de redactar un nuevo Código penal, por tanto, se dejaba para más adelante dada la gran premura de tiempo a que habían conducido los recientes cambios políticos.

De esta manera, la estructura del robo con fuerza continúa inalterada, manteniéndose prácticamente el texto de 1870[118]. Se producen algunas pequeñas variaciones, como puede ser la de introducir, entre los casos de robo en casa habitada, la sustracción de muebles u objetos cerrados o sellados con el fin de fracturarlos o violentarlos fuera del lugar del robo, sin advertir el legislador de 1932 que los casos previstos para lugar habitado requerían la introducción en los mismos, según la estructura del Código Penal de 1870[119], considerando de forma errónea la fractura de muebles cerrados o sellados para fracturarlos o violentarlo fuera del lugar del robo, como medio de introducción en lugar habitado. RODRÍGUEZ DEVESA, enfrenta las dos posibilidades de error del texto. La primera sería considerar el error en el incluir tal circunstancia en los supuestos del robo en lugar habitado y la segunda sería considerar el error en el mantenimiento de la necesidad de introducción en los citados lugares. Esta segunda posibilidad era la mantenida por el propio RODRÍGUEZ DEVESA y sería la adoptada en la reforma de 1944.

Por otra parte, se suprime la mención de edificio destinado al culto, cuando se relacionan los lugares donde se deben emplear los mencionados medios de introducción para completar el tipo (art. 497), permaneciendo como tales la casa habitada y el edificio público. Además, el escalamiento y la fractura, que venían siendo considerados como circunstancias agravantes generales, desaparecen como tales, y el concepto de escalamiento que allí se contenía pasa a ser incluido en la sección del robo con fuerza en las cosas[120].

6. *El Texto Refundido de 1944.*— El 2 de marzo de 1944 se remite a las Cortes el Proyecto de Ley sobre «una nueva edición refundida del Código Penal vigente». Discutido el Proyecto en Las Cortes, se aprueba la Ley de 19 de julio de 1944, por la que se concede autoriza-

---

[117] Exposición de Motivos. CUELLO CALÓN, *Código Penal Reformado de 27 de octubre de 1932*. Bosch. Barcelona 1932, p. XII.

[118] CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal*, P.E., ob. cit., p. 891.

[119] RODRÍGUEZ DEVESA. *El hurto propio*. Madrid 1946, p. 161-63. RODRÍGUEZ MOURULLO. *La distinción hurto robo en el Derecho Histórico español*. AHDE, ob. cit., p. 109.

[120] Manuel LÓPEZ-REY Y ARROJO, F. ÁLVAREZ-VALDÉS. *El nuevo Código Penal*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1933, p. 475.

ción al Gobierno para la publicación de una nueva edición del Código Penal vigente [121].

La citada Ley disponía en su art. 2.º, B, n.º 13, como una de las modificaciones a introducir respecto del robo, «se restablecerá la redacción de los arts. 495 a 502, pero reduciéndolos a un sólo artículo, con independencia de las circunstancias que en tales artículos se detallan» [122]. Se pretendía una definición normal, o sea, sin circunstancias, y luego, teniendo en cuenta las cualificativas y agravantes específicas, así como las atenuantes, para elevar o rebajar la pena señalada para el tipo normal [123].

La Ponencia elaboró una definición genérica de robo, que contenía las dos especies del mismo, pero después, y sin distinguir las citadas especies, se establecían unas listas de circunstancias que agravaban o atenuaban la pena [124], y entre las que no figuraban el escalamiento ni la fractura de elementos externos. La Comisión revisora modificó sustancialmente la ponencia, destacando CASTEJÓN como principales características de tal modificación, el tratar separadamente el robo y el robo con fuerza y el haber establecido una escala de penas con arreglo a la cuantía de lo sustraído [125].

QUINTANO señala cómo el Código penal de 1944 hizo una oportuna separación entre lo que verdaderamente son formas de comisión (art. 504) y lo que suponen agravantes cualificadas (art. 506) [126]. Al Código penal de 1932 y a los anteriores se les atribuía la generación de un gran confusionismo entre las circunstancias que determinaban la fuerza, las cuantías de la sustracción y el hecho de llevar armas o no [127]. Sin embargo, también tiene señalado RODRÍGUEZ DEVESA que uno de los efectos más nocivos del Código penal de 1944 para la figura del robo, ha sido el sembrar una serie de dudas teóricas y prácticas sobre la aplicación de las circunstancias del art. 506, bien al robo con violencia, bien al robo con fuerza, ya que gramaticalmente van referidas a las dos modalidades de robo [128].

Con anterioridad a la redacción de 1944 y con la sola excepción del Código penal de 1928, todos los códigos requerían que la cosa objeto de sustracción se encontrara en un lugar edificado, habitado o habitable, y en los casos de casa habitada, edificio público o sus dependen-

---

[121] F. CASTEJÓN. *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*. Instituto Editorial Reus, Madrid 1946, p. 5 y 7.

[122] F. CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del código penal de 23 de diciembre de 1944*, ob. cit., p. 11 y 12.

[123] F. CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del código penal de 23 de diciembre de 1944*, ob. cit., p. 17.

[124] F. CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del código penal de 23 de diciembre de 1944*, ob. cit., p. 93 y 98.

[125] *Génesis y breve comentario del código penal de 23 de diciembre de 1944*, ob. cit., p. 98.

[126] QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*. Vol. II. Madrid 1946, p. 400.

[127] Es lo que PUIG PEÑA denomina «entrecruce abigarrado». *Derecho Penal*. 5.ª ed., T. IV. P.E. Desco, Barcelona 1960, p. 201.

[128] *Derecho Penal español*. P.E. Madrid 1990, p. 458.

cias, los medios de fuerza habían de utilizarse como medios de introducción en tales lugares. La reforma de 1944, rompe con este sistema al suprimir toda referencia al lugar del robo. Se enumeran los medios de fuerza, pero ahora sin referencia a lugar habitado o no habitado[129]. Esta es, sin duda, la más radical de las modificaciones que supuso la reforma de 1944 para el robo con fuerza.

En el mismo sentido anterior, señala RODRÍGUEZ MOURULLO, el hecho de que el art. 504 ha prescindido radicalmente de las dos ideas en que se asentaba el articulado del Código de 1932: la idea de edificio habitado o habitable y la idea de introducción[130]. Con esta transformación queda anulada la incongruencia de exigir como medio de introducción en edificio, la fractura de armarios, arcas u otros muebles, o su sustracción para fracturar los fuera del lugar del robo.

Otra de las consecuencias de la no exigencia de ingreso en determinado lugar es la falta de adecuación de la definición tradicional de escalamiento —entrada por vía no destinada al efecto—, que es eliminada del texto[131]. La naturaleza, más próxima al engaño, parece que fue la causa que hizo que se excluyera del catálogo de los medios de fuerza en el robo, la utilización de nombre supuesto o simulación de autoridad[132].

Importante consecuencia de la reforma de 1944 es la de que trastocó las relaciones de gravedad de las penas existentes entre hurto, robo con fuerza y robo con violencia. El Código de 1944 arrasó los parámetros anteriores, con la nivelación de penas y otras distinciones valorativas para la comprensión del sistema de robo con fuerza como categoría intermedia entre hurto y robo con violencia[133]. Desde entonces se provocó que existieran robos con fuerza con mayor pena que un robo con violencia y hurtos más gravemente sancionados que algunos robos con fuerza.

A lo largo de todas estas vicisitudes legislativas se consuma un especialidad del Derecho español, con amplia trascendencia en el Derecho hispanoamericano, al incluir en el ámbito del robo las modalidades de apoderamiento realizadas mediante la denominada fuerza en las cosas.

---

[129] RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho Penal español*. P.E. Madrid 1990, p. 452. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado Parte Especial Derecho Penal*, T. II. RDP. Madrid 1977, p. 463. RODRÍGUEZ DEVESA trata de justificar esta transformación, en primer lugar, al hacer desaparecer así la incongruencia de considerar modo de introducción la fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o de sus cerraduras o su sustracción para fracturarlos o violentarlos fuera del lugar del robo. Y, por otra parte, alude a la necesidad de protección especial en casos merecedores de la misma, como lo son el vagón de ferrocarril o kiosco que, con la ampliación de la figura, caen bajo su radio de acción.

[130] *La distinción hurto robo en el Derecho Histórico español*. AHDE, ob. cit., p. 110.

[131] QUINTANO RIPOLLÉS. *Comentarios*, ob. cit., p. 400.

[132] PUIG PEÑA, *Derecho penal*, P.E., T. V, ob. cit., p. 201. QUINTANO. *Comentarios*, ob. cit., p. 400. La jurisprudencia ha destacado esta transformación del delito. Así, S. 6 oct. 1947: «queda fuera de duda el radio más extenso que por razón del lugar alcanza hoy el delito de robo». También SS. de 6 de junio, 7 de octubre y 13 de noviembre de 1947; 6 de marzo, 20 de abril y 13 de diciembre de 1948, etc.

[133] RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho Penal español*. P.E. Madrid, 1990, p. 449.

DESPUÉS DE LAS ALTERACIONES ARAGONESAS. ASPECTOS DE LA REPRESIÓN INQUISITORIAL DE LA REVUELTA DE 1591

Pilar SÁNCHEZ
Universidad Autónoma de Barcelona

El 12 de noviembre de 1591 un ejército al mando de don Alonso de Vargas entraba en Zaragoza con el objetivo de restaurar la autoridad del rey y de la Inquisición. Atrás quedaban seis meses en los que la causa del antiguo secretario de Felipe II, Antonio Pérez, refugiado en Aragón después de su fuga de una cárcel castellana, había logrado cohesionar un movimiento de resistencia —de raíces más profundas, sin embargo— que desbordó completamente a los gobernantes del reino. La monarquía, que por los más diversos medios había intentado sin éxito de los tribunales aragoneses una rápida sentencia condenatoria de Antonio Pérez y su devolución a Castilla, confió en la Inquisición para obtener lo que no conseguía por la vía ordinaria. Esta tentativa de todas formas tampoco dio resultado. Miembros de la pequeña nobleza y del estamento popular de Zaragoza se opusieron con éxito, tanto el 24 de mayo como el 24 de septiembre, al traslado de Antonio Pérez desde la cárcel de los manifestados a la del Santo Oficio. Una reacción antiinquisitorial de dimensiones sin precedentes que tuvo además en el motín de mayo otras connotaciones políticas al centrarse también los ataques en el marqués de Almenara, enviado real para el «pleito del virrey extranjero» y especie de factótum de la política real desde su llegada a Zaragoza. El marqués murió a los pocos días a causa de las heridas recibidas durante el alboroto.

Tras estos sucesos la decisión real de intervenir militarmente para castigar a los amotinados introdujo un nuevo elemento que modificaría el carácter que hasta el momento había tenido la revuelta. De un movimiento de oposición al Santo Oficio, al marqués de Almenara y a las autoridades del reino, que con mayor o menor entusiasmo habían acata-

do la decisión de la corte del Justicia de Aragón de entregar a Antonio Pérez a la Inquisición, se convertirá en un movimiento de resistencia a las tropas reales, sancionado en esta ocasión al más alto nivel por la misma corte del Justicia de Aragón y la Diputación. La subsiguiente derrota de un pequeño y mal organizado ejército del reino, que ni siquiera llegó a presentar batalla, dejó la vía libre a la represión[1].

En el castigo participaron varias jurisdicciones: la real, la eclesiástica ordinaria y la inquisitorial. En este trabajo vamos a ocuparnos de esta última. Sin embargo, no se trata de analizar la actividad del Santo Oficio aisladamente, sino de ver precisamente cómo se inserta esta represión inquisitorial en una situación en la que su jurisdicción confluye con la de otros tribunales en la tarea común de castigar a los participantes en las alteraciones de 1591. Unos revoltosos, que en la mayoría de los casos, tanto lo habían sido contra el rey como contra la Inquisición, si es que ambos aspectos pueden, efectivamente, distinguirse.

El castigo real

De cómo castigar a los amotinados empezó a tratarse en la corte nada más conocerse la noticia de lo ocurrido en Zaragoza el 24 de mayo. Entonces el Consejo de Aragón, tras valorar diversas formas de proceder —el garrote sin juicio previo, el envío de tropas o la vía judicial— resolvió como mejor medio dos posibilidades que en realidad dejaban el asunto en manos del Santo Oficio. Una posibilidad consistía en que el fiscal real presentara las demandas contra los «sediciosos» en la corte del Justicia de Aragón. Pero a fin de evitar largos procesos, recursos forales y la presión desde el reino sobre los jueces se sugería que tras las detenciones los inquisidores reclamaran a los acusados. La otra posibilidad era que la Inquisición iniciara directamente los procedimientos judiciales y, si los culpados hubieran huido, habrían de ser procesa-

[1] De entre los coetáneos las crónicas más interesantes son la de Lupercio Leonardo de ARGENSOLA, *Información de los sucesos del reino de Aragón en los años de 1590 y 1591*, Madrid, 1808 (ed. facsímil, Zaragoza, 1991) y la, menos clara en el orden de la exposición aunque rica en detalles, de Francisco de GURREA Y ARAGÓN, *Comentarios de los sucesos de Aragón en los años 1591 y 1592*, Madrid, 1888. La descripción más exhaustiva sobre los hechos continúa siendo la del Marqués de PIDAL, *Historia de las alteraciones de Aragón en el reinado de Felipe II*, Madrid, 1862-1863, 3 vols. Pidal se sirvió abundantemente para esta obra de dos tomos de «Consultas de la Inquisición de Aragón de 1590 a 1591» —citados como legajos de la Inquisición— que encontró en 1845 siendo ministro de la Gobernación en la sede de este ministerio, un edificio que había servido de residencia del Consejo de la Suprema y donde todavía se encontraba su archivo «aunque muy disminuido y en desorden» (p. VI del prólogo). Actualmente ambos tomos están en el A(rchivo) H(istórico) N(acional), sec. Inq(uisición), Lib. 101. Una síntesis más reciente sobre los sucesos de 1591, Encarna JARQUE MARTÍNEZ y José Antonio SALAS AUSENS, *Las alteraciones de Zaragoza en 1591*, Zaragoza, 1991. Para la biografía del secretario de Felipe II, Gregorio MARAÑÓN, *Antonio Pérez*, Madrid, 1948 (2.ª ed.), 2 vols. Sobre la coyuntura política anterior a las alteraciones, Gregorio COLÁS LATORRE y José Antonio SALAS AUSENS, *Aragón en el siglo XVI. Alteraciones sociales y conflictos políticos*, Zaragoza, 1982.

dos en ausencia tanto por la Inquisición como por la corte del Justicia de Aragón, «que como el proceso será de ausencia ni habrá manifestación ni firmas que lo estorven, ni podrán traer testigos falsos que los escusen y los jueces tendrán más libertad para poder condenarlos»[2]. En suma las propuestas del Consejo eran bien explícitas de la nula confianza en la justicia del reino.

Las propuestas de momento se iban a quedar solamente en eso, ya que ningún tribunal del reino se atrevió a actuar contra los revoltosos en los meses que siguieron. Ni siquiera los inquisidores, quienes se dedicaron a simples tareas informativas, limitándose, a recibir las declaraciones de los que comparecieron personalmente para «descargar su conciencia», y a recoger pasquines, memoriales y billetes «para tener en memoria lo que contienen i irlo aberiguando en tiempo que no fuese causa de nuebos escándalos»[3]. Paralelamente en Madrid la Inquisición prosiguió las investigaciones. Durante todo el verano declararon ante el inquisidor Pedro Pacheco personas que conocían a Antonio Pérez o que habían sido testigos de los sucesos ocurridos en Zaragoza[4].

Después del segundo motín, el rey se decidió finalmente a aplicar medidas punitivas contundentes y ordenó la intervención del gran ejército que se había ido reuniendo en la frontera entre Castilla y Aragón, en principio, con destino a Francia. La cuestión era qué iba a ocurrir una vez que la monarquía, con el ejército establecido en Zaragoza, tuviese la situación bajo control. Y de momento no sucedió nada. La entrada del ejército real en Zaragoza no desencadenó inmediatamente, como se temía, una ola de detenciones. Continuaron, eso sí, las persecuciones contra Antonio Pérez y su criado Juan Francisco Mayorín, que seguían escondidos todavía en el reino desde el último motín, a las que se sumaron las gestiones para la prisión de los caballeros que habían liderado la revuelta. No obstante aún habría de transcurrir un mes, antes de que el rey enviara a Zaragoza instrucciones más precisas sobre la represión.

Durante este período la Junta creada en Madrid para asesorar al rey en las materias de Aragón debatió los castigos contra los revoltosos y por extensión la fortificación del reino. En ambas cuestiones los re-

---

[2] La consulta está reproducida en Marqués de PIDAL, *Historia de las alteraciones, ibídem*, vol. II, pp. 393-404.

[3] B(iblioteca) N(acional) P(arís), mss. españoles n.º 89, ff. 14r-15r, declaración de Matías Medina. La cita en B(ritish) L(ibrary), Egerton 1507, f. 238r, carta del tribunal de Zaragoza al Consejo de la Suprema (en adelante TZ/CS) 23 de octubre de 1591. Agradezco a R. García Cárcel el acceso a los microfilms de la BL, mss. Egerton 1507 y 1508, documentación fundamental para el estudio de la actuación inquisitorial después de los motines de 1591. Estos manuscritos incluirían los folios desaparecidos del AHN, Inq., Lib. 967, cartas del tribunal de Zaragoza al Consejo de la Suprema 1592-1594, libro del que faltan los 280 folios iniciales, y del Lib. 989, relaciones de causas de fe del tribunal de Zaragoza 1582-1596, del que se arrancaron los folios 536-602, precisamente los correspondientes al auto de fe del 20 de octubre de 1592.

[4] Varias de estas declaraciones se hallan recogidas en la *Colección de Documentos Inéditos para la Historia de España* (en adelante CODOIN), vol. XII, Madrid, 1848, pp. 211 y ss.

presentantes del Consejo de Aragón presentes en la Junta discreparon de las posiciones de los otros consejeros[5]. Los del Consejo de Aragón, como venía siendo habitual en las consultas, eran el sector más moderado y el que se mostraba más partidario de conjugar fueros y poder real. Esto en la práctica significaba tener presentes las leyes del reino, recordar su existencia, pero también llegado el caso, interpretarlas de tal manera que permitieran justificar las decisiones reales. Es lo que había ocurrido, por ejemplo, con la intervención militar en Aragón. En contra de lo dictaminado por la corte del Justicia, el vicecanciller y los regentes Quintana y Campi habían avalado jurídicamente la entrada del ejército real con una información de derecho que tras la llegada de las tropas a Zaragoza la Junta de Madrid y el rey no consideraron oportuno publicar para evitar mayores discusiones.

En la reunión del 18 de noviembre ya se perciben ciertas diferencias en la estrategia represiva entre el vicecanciller y el regente Quintana —el regente aragonés Campi no asistió, por indisposición a las cruciales reuniones del 18, 20 y 23 de noviembre— y el resto de miembros de la Junta de Madrid. Aquéllos se mostraron de acuerdo en que se procediera contra los notoriamente culpados, derribándoles sus casas, pero en cuanto a confiscarles sus bienes y declararlos por traidores opinaban que primero se les hiciera proceso en ausencia. Asimismo en cuanto al tema de la construcción de un presidio en Zaragoza preferían que se suspendiese la orden hasta contar con la opinión del regente Campi que como aragonés era uno de los principales interesados en el asunto.

Las diferencias dentro de la Junta se hicieron más evidentes en las reuniones del 20 y del 23 de noviembre, en un contexto, por otra parte, nada favorable para las posiciones moderadas de los representantes del Consejo de Aragón. El día 20 ya se tenía noticia del escrito remitido a las universidades del reino por el Justicia y el diputado don Juan de Luna en el que éstos, lejos de reconocer que la resistencia había sido un error, como se esperaba en la corte, se defendían de la culpa en la que podían haber incurrido por no haberse enfrentado al ejército real y expresaban su intención de convocar a algunas personas para tratar sobre la conservación de los fueros. La noticia del manifiesto no impidió de todas formas que el vicecanciller y el regente Quintana intentaran razonar en esta ocasión su oposición a la construcción de un fuerte en Zaragoza. En cuanto a los términos en que debía desarrollarse el casti-

[5] AHN, Inq. Lib. 101, ff. 355r-357r y 406r-414r, consultas del 18, 20 y 23 de noviembre y 5 de diciembre de 1591. Un amplio resumen de estas consultas en Marqués de PIDAL, *Historia de las alteraciones*, *op. cit.*, vol. II, pp. 341 y ss. La Junta de Madrid estaba formada por el inquisidor general, don Gaspar de Quiroga; don Francisco Dávila y don Juan de Zúñiga del Consejo de la Inquisición; el marqués de Almazán y don Hernando de Toledo, prior de San Juan, del Consejo de Estado; el vicecanciller Frigola y los regentes Campi y Quintana, valenciano, aragonés y catalán respectivamente, del Consejo de Aragón; Rodrigo Vázquez del Consejo de Hacienda, fray Diego de Chaves, confesor del rey y como secretario actuaba el fiscal de la Inquisición Arenillas de Reinoso.

go, en la reunión del día 23 defendieron una línea foralista en el sentido de apelar genéricamente al respeto de los fueros, pero sin por ello querer dar a entender que pretendían limitar la capacidad de maniobra de la monarquía. En concreto proponían un tipo de castigo realizado por ministros naturales y que se ajustara lo más posible a las leyes del reino. En cuanto a las prevenciones sobre el futuro aconsejaron que antes de construir un fuerte en Zaragoza se procuraran otros medios, como más largamente lo habían expuesto en la reunion anterior. Para justificar estas propuestas el vicecanciller y Quintana se apoyaban en dos argumentos. Uno era las propias garantías que el rey había dado al reino de que se guardarían los fueros. Otro era la fidelidad demostrada por la ciudad de Zaragoza, desviando así el tema del compromiso de la corte del Justicia y de la Diputación en la resistencia, para demostrar que a los sucesos pasados no se les podía calificar de «guerra».

Para los restantes miembros de la Junta de Madrid, en cambio, sí que se había tratado de una «guerra» y como tal se había de plantear el castigo. Que la corte del Justicia de Aragón hubiera declarado como contrafuero la entrada del ejército real, que la Diputación se hubiera sumado a la resistencia, que con el apoyo de estas instituciones se hubiera levantado un ejército y que además el Justicia y don Juan de Luna no se hubieran retractado «agora que no pueden dezir que están tiraniçados del pueblo», según señalaba don Francisco Dávila, constituía un delito de rebelión. O dicho más claramente en las palabras de Rodrigo Vázquez, con las que se mostraron de acuerdo el inquisidor general, el marqués de Almazán, don Francisco Dávila y don Juan de Zúñiga, lo que había sucedido era una «justa guerra» y, en consecuencia, se debía aplicar el derecho de guerra, esto es, «que el vencedor haga del vencido y sus cosas a su voluntad, aun cuando S.M. no fuera su Rey, que siéndolo, está más llano». Correspondía, por tanto, al monarca, como vencedor, establecer libremente, sin ataduras constitucionales, las condiciones de la represión y lo que se recomendaba en este sentido era no guardar los fueros y ejecutar el castigo por mediación de don Alonso de Vargas.

En lo que sí coincidió toda la Junta fue en que de momento no se tratara del perdón, una medida que había apuntado el regente Quintana cuando se discutió la intervención militar y sobre cuya conveniencia el mismo rey había consultado recientemente a la Junta. Un perdón que en ambos casos más que concebirse como un gesto de magnanimidad se planteaba como un fórmula de prevención política. Su objetivo era dividir el movimiento de oposición para recuperar la fidelidad de aquéllos que temían un castigo general[6].

En las respuestas a las consultas de la Junta el rey tendió a decantarse hacia las soluciones más rigurosas. En la consulta del 20 de no-

[6] CODOIN, vol. XII, op. cit., p. 511, Felipe II al cardenal de Toledo y la Junta de Madrid, El Pardo, 11 de noviembre de 1591. Sobre la intervención del regente Quintana en la consulta del 20 de septiembre de 1591, véase Marqués de PIDAL, *Historia de las alteraciones*, op. cit., vol. II, pp. 142-143.

viembre, cuando acababa de conocerse en la corte el manifiesto del Justicia, el monarca ya expresamente afirmaba que se debía proceder contra «los notoriamente culpados con riguroso y exemplar castigo, y que no se trate de perdón hasta que eso esté hecho». En un aspecto parecía mostrarse de acuerdo con los miembros del Consejo de Aragón: que del castigo se encargaran ministros naturales, nombrando en particular al gobernador y a su asesor, en lugar del ejército como había propuesto el resto de la Junta. Sin embargo con esta resolución no se trataba de contentar totalmente a los representantes del Consejo de Aragón ya que más importante que la naturaleza de los ministros era que éstos pudieran actuar desaforadamente: «pues este castigo se podrá hazer de la misma forma y manera por los ministros de justicia de aquel Reyno, no estando obligados a guardar fueros con los tales, y por esta vía se conseguirá el mismo efecto». El rey, por otra parte, no tenía ninguna intención de atenerse a los fueros y así cuando el vicecanciller y el regente Quintana le aconsejaron guardarlos en lo que se pudiere y recordaban al rey que en sus mismas cartas había escrito «de que el exército va a librar de opresión los tribunales, a hazer guardar los fueros, y a que la justicia se haga por mano de los ministros naturales», el rey respondió que en todo caso esto lo había escrito después de los motines pero no «después de aver salido con mano armada a resistir a mi exército y convocando al Reyno». En cuanto a la construcción del fuerte en Zaragoza el monarca prefirió no pronunciarse de momento.

En las reuniones de noviembre el vicecanciller y Quintana habían quedado, por tanto, en minoría dentro de la Junta. Y si bien habían justificado legalmente la intervención militar y su defensa de un castigo según las leyes del reino no era a ultranza puesto que no se atrevían a poner límites a la autoridad real, continuaban resultando demasiado proforalistas desde la perspectiva de los otros consejeros de la Junta. En los días siguientes la resistencia de los miembros del Consejo de Aragón frente a las tesis más duras parece que se fue erosionando y éstos acabarían incluso aceptando que el ejército había ido a hacer la guerra contra unos vasallos rebeldes. En la consulta del 5 de diciembre la discusión sobre si el ejército debía pagar los derechos del general, tal y como solía concertarse con las compañías de soldados que pasaban por el reino, confirmaría este cambio de posición. Precisamente al regente aragonés Campi, opinión que compartieron los demás integrantes de la Junta menos el regente Quintana que estaba indispuesto, le parecía una osadía que se tratara de cobrar estos derechos y que el arrendador incluso hubiera iniciado el procedimiento del embargo a un ejército, que, según decía, «entra en el (reino), y va derecho a Çaragoça para apoderarse de ella en forma de guerra».

Mientras en Madrid se discutían estos temas, llegó a Zaragoza el marqués de Lombay, enviado real con el propósito de encontrar una salida a la crisis planteada. A la ciudad habían regresado sin que nada ocurriera el Justicia de Aragón y el duque de Villahermosa y el conde de Aranda, dos de los nobles cuya actuación durante la revuelta había resultado bastante dudosa a ojos de la corte. La situación de Zaragoza,

sin embargo, distaba mucho de haberse normalizado. Lombay se va a encontrar con una ciudad descontenta por la ocupación de un ejército que la identificaba como ciudad rebelde, suscitaba temor y que acarreaba grandes gastos —la Diputación y los jurados de Zaragoza ya se encargarían de pedir su partida— y unas autoridades que desconfiaban de las intenciones de los ministros reales ante cualquier posible recorte foral. Finalmente las vías elegidas por ambos bandos para solucionar la crisis se revelaron diferentes. Lombay propuso una anulación de la declaración de contrafuero que la corte del Justicia de Aragón había resuelto sobre la entrada del ejército en Aragón, con lo cual se dejaba peligrosamente abierta la puerta a que el rey decidiera libremente cualquier intervención militar. La otra propuesta consistía en establecer un desafuero general que facilitara el castigo de los culpados. Las autoridades aragonesas, en cambio, no querían dejar tal margen de actuación a la monarquía. Se negaron a lo de la contradeclaración y en el otro tema, como mucho, ofrecieron una «concordia» o «unión» de universidades igual a la establecida en 1588, con algunas modificaciones ajustadas al nuevo contexto, y a discutir más ampliamente la situación en una junta de brazos que convocaron para el día 20. Asimismo, para disipar la incertidumbre del alcance del castigo, pidieron que se declarase el nombre de los más culpados, se fulminara proceso contra ellos y que el rey usase de su clemencia con los demás[7]. La respuesta de las autoridades aragonesas mostraba que estaban dispuestas a asumir el castigo de los revoltosos con los propios medios que permitía la legislación aragonesa, pero no a aceptar unas condiciones ni una negociación política a cualquier precio.

Estas discusiones que se desarrollaban en Zaragoza acabaron abruptamente cuando el rey decidió no demorar más la aplicación de los castigos. El 18 de diciembre llegó a Zaragoza un emisario real con la orden de decapitar al Justicia, bajo la acusación de traidor, y de prender al duque de Villahermosa y al conde de Aranda quienes serían trasladados a Castilla. El 20 de diciembre, el mismo día de la ejecución del Justicia, el rey comisionaba al gobernador del reino Ramón Cerdán y a su asesor, tal y como un mes antes había resuelto, para que procediera contra los culpados desaforadamente y con el máximo rigor: con ejecuciones, destrucción de sus casas y confiscación de sus haciendas[8]. El contrapunto a estas medidas punitivas sería la concesión de un per-

---

[7] Un testimonio directo de las negociaciones con el marqués de Lombay, para las que había sido elegido tratador por parte de la Diputación, lo ofrece Francisco de GURREA Y ARAGÓN, *Comentarios, op. cit.*, pp. 201-219, 232-240 y 243-246. Cartas de Vargas y Lombay al rey sobre estos asuntos, CODOIN, op. cit., vol. XII, pp. 544-557. También sobre lo ocurrido en Zaragoza a raíz de la llegada del marqués de Lombay, Marqués de PIDAL, *Historia de las alteraciones, op. cit.*, vol. II, pp. 329-337 y 369-375; Xavier GIL PUJOL, *De las alteraciones a la estabilidad. Corona, fueros y política en el reino de Aragón, 1585-1648*, Tesis doctoral inédita, Universidad de Barcelona, 1989, pp. 245-248 y Encarna JARQUE MARTÍNEZ y José Antonio SALAS AUSENS, *Las alteraciones de Zaragoza, op. cit.*, pp. 153-158.

[8] B(iblioteca) N(acional), ms. 6121, ff. 56r-60v.

dón con exceptuados que el rey despacharía cuatro días más tarde y que aún tardaría unas semanas en publicarse en Zaragoza[9].

Tras la ejecución del Justicia el gobernador Cerdán con la colaboración del ejército se aplicó rápidamente a continuar la represión. Se procedió al derribo de las casas de don Juan de Lanuza y de varios cabecillas. Las detenciones se multiplicaron y la nómina de presos antes de finalizar el año incluía al deán de Teruel y Miguel Turlán, ambos diputados, micer Espinosa, lugarteniente de la corte del Justicia, micer Laserna, uno de los letrados que declaró ser contrafuero el traslado de Antonio Pérez a la Inquisición, don Antonio Ferriz que no se sabía que estuviera implicado, pero acabó siendo torturado, y «alguna otra gente ordinaria»[10]. A las detenciones siguieron ejecuciones sumarias de gente popular. El 2 de enero de 1592 se dio garrote a un tal Soro, espadero y el 14 el canónigo Llorente registra otras seis ejecuciones. El clima de terror creado por estas actuaciones lo describía el propio Cerdán de forma suficientemente expresiva: «todo está tan llano y la justicia tan autoriçada y todos con tanto temor que todos dessean hacer algo y temen que a cada uno le ha de venir su san Martín y cada día me acuden las universidades a que les advierta qué pueden hacer porque no dessean sino que las empleen para mostrar su ánimo assí que mándoles que procuren prender a estos cavalleros»[11]. Finalmente el 17 de enero se publicaba en Zaragoza el perdón real al que complementariamente siguió el día 23 un pregón con las recompensas por la captura de los principales ausentes y los castigos previstos para quienes protegieran a los inculpados.

El perdón levantó grandes esperanzas —en menos de dos horas se vendieron más de 500 copias, según el canónigo Llorente— que pronto se vieron frustradas por las limitaciones que contenía. En primer lugar el perdón no era general al quedar exceptuadas un gran número de personas, tantas que, según el conde de Luna, «más parecía ser los exceptuados más general y de más número que los perdonados»[12]. La rela-

---

[9] Una copia de este perdón en Juan M. SÁNCHEZ, *Bibliografía aragonesa del siglo XVI (1501-1600)*, Madrid, 1914 (ed. facsímil, Madrid, 1991), vol. II, pp. 419-426.

[10] BL, Egerton 1508, ff. 27r-29v, TZ/CS 31 de diciembre de 1591.

[11] BN, ms. 1762, ff. 99r-100v, Zaragoza 3 de enero de 1592. Más detalles sobre la represión y un espíritu algo más crítico que las crónicas habituales sobre las alteraciones ofrece el «Cuaderno del canónigo Bartolomé Llorente y es fragmento de los años 1591 y 1592», BN, ms. 1762, ff. 63r-74r y «Apuntamientos de sucesos ocurridos en el reino de Aragón durante los años de 1591 y 1592», ff. 101r-116v, relación atribuida al cronista Juan Costa, véase *Inventario general de manuscritos de la Biblioteca Nacional*, Madrid, 1959, vol. V, p. 165. La interpretación de Costa sobre las alteraciones de 1591 no fue del agrado de la corte y sus anales fueron destruidos en 1609 en Madrid, *Bibliotecas antigua y nueva de escritores aragoneses de Latassa*, Zaragoza, 1884, vol. I, pp. 361-362.

[12] Francisco de GURREA Y ARAGÓN, *Comentarios*, *op. cit.*, p. 283. Cómo se gestó la relación de exceptuados es algo que está por aclarar aunque referencias a que se estaba trabajando en ella aparecen en la consulta del 23 de noviembre, «y porque quanto a las cabeças que se pueden exceptar y quanto a la forma en que esto se a de hazer y las personas a quien se a de cometer el castigo está ya consultado a Vuestra Majestad

ción se abría con una primera lista de 22 nombres, encabezada por Antonio Pérez y seguida por los considerados como más culpados. También quedaban excluidos de la gracia real los que ya estaban presos, dentro y fuera del reino; los letrados que habían aconsejado la resistencia al ejército real, los capitanes y alféreces que habían salido a dicha resistencia y específicamente se añadían otros 127 nombres que incluían nobles, juristas, notarios y otras personas de origen popular. Con todos ellos, a diferencia de los de la primera lista, el rey se comprometía a usar de mayor clemencia. Para los de Teruel y Albarracín se reservaba un castigo y un perdón aparte mientras que la decisión sobre los clérigos y frailes que deberían ser exceptuados se remitía a la Inquisición y a los otros jueces eclesiásticos.

En segundo lugar el perdón contenía, según Argensola, errores flagrantes (personas muertas antes de cometer los delitos que se les imputaban y nombres equivocados) atribuidos a las «pasiones» de los ministros reales y a las prisas. Por último el perdón resultaba impreciso al añadir junto al nombre de algunos exceptuados (Domingo del Molino, Fuertes, el labrador Gurrea) «y su camarada», expresión que podía incluir un número indeterminado de gentes[13].

Si ya de por sí este perdón no ofrecía a veces límites claros sobre su alcance, el hecho que la Inquisición, a pesar de la petición de la Diputación y de la insistencia real, demorara reiteradamente la concesión del suyo propio dejó las cosas prácticamente como estaban[14]. En otras palabras, beneficiarse del perdón real no significaba automáticamente ponerse a salvo ya que siempre cabía la posibilidad de ser detenido por la Inquisición. La justicia real, además, se sirvió del Santo Oficio para actuar contra algunos a los que alcanzaba la gracia real. Como no podían ser perseguidos por la justicia real, porque en su momento no se habían conocido sus culpas, por lo menos que fueran castigados o exceptuados por el Santo Oficio, si es que el tribunal tenía alguna información en su contra. Este era el razonamiento de Felipe II cuando encomendó a la Inquisición la investigación sobre los lacayos de don Diego de Heredia y de don Juan de Torrellas que habían participado en el motín del 24 de septiembre[15]. Con objetivos similares Francisco Cerdán de Rajadel y Pedro Quintana fueron remitidos por el virrey a los inquisidores quienes aducían haberlos pedido «por saber no eran de los exceptuados en el perdón general de Su Magestad y que según se entendía no avía ocasión de podellos castigar»[16].

---

se remiten los dichos Vicechanciller y regente al papel de los exceptuados que le embiaron y a la consulta que sobre aquello hizieron con la qual y con el dicho papel se quedó vuestra Majestad», AHN, Inq. Lib. 101, f. 412v.

[13] *Información, op. cit.*, pp. 145-146.

[14] Marqués de PIDAL, *Historia de las alteraciones, op. cit.*, vol. III, pp. 102-105 y Francisco de GURREA Y ARAGÓN, *Comentarios, op. cit.*, pp. 273 y 277.

[15] AHN, Inq. Lib. 101, f. 296rv y BL, Egerton 1508, f. 58rv, TZ/CS 27 de mayo de 1592.

[16] BL, Egerton 1508, f. 69rv, TZ/CS 4 de julio de 1592.

La publicación del perdón no acabó de momento con las ejecuciones sumarias. El 25 de enero dieron garrote al procurador Lorenzo Calvo, exceptuado de la primera lista del perdón real, y dos días más tarde a seis hombres, uno de ellos criado de don Diego de Heredia y otro corredor de Zaragoza[17]. Solamente a partir de febrero la llegada al reino de jueces comisarios para instruir los procesos de los exceptuados parece haber frenado esta dinámica de ajusticiamientos, al menos en Zaragoza. A esta ciudad fue enviado el aragonés y senador de Milán Dr. Miguel Lanz y de los alborotos ocurridos en Teruel y Albarracín con ocasión de la resistencia al ejército real se ocupó el Ldo. don Diego de Covarrubias, oidor de la Audiencia de Valencia, quien una vez concluida su misión sería enviado a Zaragoza[18].

Políticamente una de las consecuencias inmediatas de la represión real fue la depuración a la que se vieron sometidas la Diputación y la corte del Justicia de Aragón, las dos instituciones que más activamente habían participado en la resistencia al ejército real. La mayoría de sus miembros fueron detenidos por la justicia real o la eclesiástica antes o después de la publicación del perdón del que también en general estaban exceptuados. Luis Sánchez, deán de Teruel y diputado por el brazo eclesiástico, fue preso el 28 de diciembre de 1591 y Miguel Turlán, diputado por el brazo de caballeros e infanzones, sería detenido escasos días después en Tarazona, donde residía seguramente ajeno a lo que se le venía encima. Una vez en la cárcel todavía se preguntaba por los motivos de su detención, puesto que desde el 26 de septiembre y por espacio de dos meses, justo cuando se preparó la resistencia, no había estado en Zaragoza[19]. Don Juan de Luna y don Martín de Espés, barón de la Laguna, ambos diputados por el brazo de nobles siguieron los mismos pasos que los anteriores. Al primero, traicionado, lo trajeron desde Navarra cuando intentaba huir a Francia. El segundo entró preso a principios de marzo junto con otros caballeros. En resumen, entre presos y ausentes, de los 8 miembros de la Diputación en ejercicio, solamente dos continuaron ocupando sus cargos: Jerónimo de Oro, diputado por el brazo de caballeros e infanzones que además era secretario del Santo Oficio y habitual informador de este Tribunal, y Luis Navarro, ciudadano de Zaragoza, diputado por el brazo de universidades[20].

---

[17] «Cuaderno del canónigo», *op. cit.* y «Apuntamientos», *op. cit.*

[18] Martín ALMAGRO BASCH, *Las alteraciones de Teruel, Albarracín y sus comunidades en defensa de sus fueros durante el siglo XVI*, Teruel, 1984, pp. 136-142.

[19] BN, ms. 1762, f. 192r, carta de Miguel Turlán desde la cárcel a don Francisco de Aragón, 20 de enero de 1592. Sobre su detención, ff. 99v-100v.

[20] José Angel SESMA y José Antonio ARMILLAS, *La Diputación de Aragón*, Zaragoza, 1991, pp. 119-120 y 131. En cuanto a Agustín Navarro, abad de Piedra, diputado por el brazo eclesiástico parece que también fue detenido. Al menos su nombre figura en un memorial en el que se suplicaba clemencia al rey en favor de ciertos nobles y miembros de los consistorios del reino, Francisco de GURREA Y ARAGÓN, *Comentarios*, *op. cit.*, p. 280. De Sancho Torrero del brazo de universidades no sabemos qué suerte corrió. Exceptuados del perdón real habían sido específicamente citados cuatro diputados: don Juan de Luna que figuraba en la primera lista y el barón de la Laguna, Miguel Turlán y Juan de Marcuello que había sido sustituido por Luis Navarro en el brazo de universidades.

La Diputación no volvería a contar con todos sus miembros en activo hasta primeros de mayo en que se procedió, como de costumbre, a la elección de los nuevos diputados.

Respecto a la corte del Justicia, la vacante de don Juan de Lanuza todavía tardó casi un año en cubrirse, y, de los cuatro lugartenientes que habían declarado como contrafuero la entrada del ejército real, tres aparecían exceptuados en la segunda lista del perdón real: micer Juan de Bardaxí, micer Espinosa, detenido el 28 de diciembre de 1591, y micer Gerardo Clavería, preso también pocos días después. El otro lugarteniente que también había suscrito la declaración anterior, el Dr. Juan Gazo, no fue preso ni exceptuado, lo que Argensola atribuía a su bondad o a la necesidad de que el tribunal no se quedara sin jueces. De hecho los únicos que se mantuvieron en su puesto fueron el mismo Gazo y el Dr. Martín Batista de Lanuza que se había negado a colaborar con los revoltosos. La corte del Justicia sólo se recompondría parcialmente en abril y mayo de 1592 cuando por mandato real fueron restituidos en sus cargos los lugartenientes Gerónimo Chalez y Juan Francisco Torralba, ambos privados de sus oficios por el Tribunal de los XVII tras las denuncias formuladas contra ellos por Antonio Pérez y don Martín de Lanuza.

La jurisdicción eclesiástica ordinaria

El estamento eclesiástico, como el resto de la población, no se sustrajo al clima de efervescencia política que se había vivido durante los últimos meses en Zaragoza. La causa de Antonio Pérez, los motines y la intervención militar fueron cuestiones que traspasaron los muros de iglesias y conventos para convertirse en temas de conversaciones o en asuntos en los que los clérigos se implicaron directamente. A ellos les fue encomendada por parte del arzobispo la misión de apaciguar los ánimos, ya fuera, como el 24 de septiembre, sacando el Santísimo Sacramento de la parroquia de San Pablo en plena refriega, o a través del púlpito, tarea esta última que provocó que algunos predicadores fueran amenazados por los caballeros[21].

Otros eclesiásticos, en cambio, no se sumaron a esta labor de contención y mantuvieron una actitud dudosa, cuando no de apoyo, a los revoltosos. En este sentido los superiores de las órdenes manifestaron al arzobispo de Zaragoza que frailes y «vulgo» andaban tan apasionados en los negocios de Antonio Pérez que difícilmente se les podía desengañar[22]. Los inquisidores también habían observado después del motín de mayo lo universal de la popularidad de la causa de Antonio Pérez y lo específico de los miembros de la Iglesia: «toda la república, hasta

[21] CODOIN, *op. cit.*, vol. XII, pp. 415-416 y Fray Diego MURILLO, *Fundación milagrosa de la capilla angélica y apostólica de la madre de Dios del Pilar y excellencias de la imperial ciudad de Çaragoça*, Barcelona, 1616, p. 92.

[22] AHN, inq. Lib. 101, f. 71.

los clérigos y frailes y monjas están aún tan movidos que en las más conversaciones y ayuntamientos no se trata sino deste negocio con demostración de ponerse a cualquier peligro por defensa de la libertad»[23]. Posteriormente el marqués de Lombay, cuando se hallaba negociando con los dirigentes del reino después de la entrada del ejército real, confirmaría el protagonismo de sacerdotes y canónigos, de quienes afirmaba eran «los que más sin tino andan en todas estas cosas y aun en las pasadas»[24]. Conventos de Zaragoza sirvieron además como centros de refugio de revoltosos. En un registro al de Santa Lucía, efectuado al día siguiente de la ejecución del Justicia, soldados de Vargas y dos inquisidores encontraron a la mujer y tres hijos de don Diego de Heredia y 20 arcabuces. Ningún rastro por el contrario de don Diego de Heredia ni de don Martín de Lanuza de quienes se sospechaba que también se habían escondido aquí[25]. Otro de los centros religiosos utilizado como escondite fue el monasterio de Altabás, en este caso por Miguel Don Lope. En este recinto, al que le unía un vínculo familiar —tenía una hermana monja que además de cubrirle le servía de correo— se recogió Don Lope las dos veces que desde el Bearn regresó clandestinamente a Zaragoza[26].

Desde finales de diciembre, coincidiendo con el inicio de las prisiones por parte de la justicia real, eclesiásticos acusados de complicidad en las pasadas alteraciones empezaron a llegar a las cárceles del arzobispo. Aquí fueron a parar el deán de Teruel y dos o tres beneficiados del Pilar. Pero seguramente fue la Seo, la iglesia de Zaragoza más afectada por las prisiones. Fue detenido su prior, don Vicencio Agustín, máxima dignidad eclesiástica de Zaragoza después del arzobispo, quien había adquirido un notable protagonismo en los sucesos pasados. Acusado de haber mandado tañer la «campana de la libertad» que había dado paso al motín del 24 de mayo, se opuso a la entrada del ejército real, manifestándolo por escrito en una «requesta» remitida a los diputados. Posterioremente fue uno de los elegidos para negociar con el marqués de Lombay quien lo calificaba de «loco y de seso muy atentado y poco devoto al servicio de su majestad como se ha echado de ver en estos tumultos populares pasados»[27]. También acabaron en las cárceles del arzobispo otros eclesiásticos de la Seo como don Pedro Torrellas, canónigo y calificador del Santo Oficio que moriría pocos meses después (el 15 de mayo), los racioneros Dr. Escartín, el prior de Osera y el Dr. Rocaforte; el obrero Gerónimo Gamir y los cantores mosén Ruiz y mosén Oto, ambos presos por

[23] CODOIN, *op. cit.*, vol. XII, p. 196.

[24] *Ibídem*, p. 550.

[25] BL, Egerton 1508, ff. 10r-14v.

[26] Véase los méritos de su proceso, *ibídem* ff. 358r-362v y Gregorio MARAÑÓN, *Antonio Pérez*, *op. cit.*, vol. II, p. 820.

[27] CODOIN, *op. cit.*, vol. XII, pp. 468-470, 541 y 553.

mandato del vicario general dos días antes de la publicación del perdón real, del que estaban exceptuados[28].

En cuanto a las órdenes religiosas se sabe que el provincial de los dominicos visitó los cuatro conventos de su orden en Zaragoza, dos de frailes y dos de monjas, para averiguar si habían existido connivencias con los revoltosos[29]. De la visita resultaba que ningún fraile había incitado a la rebelión popular, ni los conventos habían servido de refugio a los culpados. Se había observado, por el contrario, ciertos comportamientos que merecían un castigo de acuerdo con las reglas y estatutos de la orden. Dentro de los conventos algunos frailes habían dado «muestras de sentimiento porque venía el exército de su Magestad a quitarles sus fueros y libertades». Trece monjas habían sido castigadas, una de ellas en particular, de la que se decía estaba emparentada con Antonio Pérez, por escribirle billetes, enviarle comida a la cárcel de los manifestados, lavarle las camisas y maldecir a los ministros reales. Un fraile fue sentenciado, entre otras penas, a seis años de destierro del reino de Aragón por visitar frecuentemente al ex-secretario y divulgar sus escritos mientras que a otros tres frailes se recomendaba sacarlos del reino para sentenciarlos por ciertas palabras que no favorecían al rey.

La jurisdicción inquisitorial

Para la Inquisición la llegada del ejército real significó el definitivo respiro ante unos sucesos en los que había llegado a temer lo peor, incluso el asalto a la Aljafería, y en los que tan mal parada había quedado su autoridad. Con tal despliegue militar en el reino a los inquisidores no se les escapó tampoco la posibilidad de utilizar esta fuerza armada para llevar a cabo el reiteradamente aplazado desarme de los moriscos[30]. De todas formas el asunto se postergó, ya que la persecución y castigo de los revoltosos reclamaban la atención prioritaria del Tribunal.

La nueva etapa se inició con un personal inquisitorial renovado. Hurtado de Mendoza, Molina de Medrano y Antonio Morejón, los tres inquisidores presentes cuando empezó la revuelta fueron siendo relevados de sus cargos. Del primero, que se hallaba en la corte a mediados de julio, la Junta de Madrid estimó más oportuno que no regresara a Zaragoza por el riesgo que correría al ser deudo del marqués de Almenara[31]. Los otros dos inquisidores tuvieron que permanecer en la Alja-

---

[28] «Cuaderno del canónigo», *op. cit.*, y «Apuntamientos», op. cit. Sobre la causa del Dr. Rocaforte, a quien entre otros testimonios contrarios se le acusaba de defender «las cosas del reino y la gente popular», véase la alegación presentada por su procurador y el sumario de las deposiciones, BN, ms. 1762, ff. 230r-237v.

[29] AHN, Inq. Lib. 101, ff. 320r-323v.

[30] BL, Egerton, 1507, ff. 251r-252v, TZ/CS 28 de noviembre de 1591.

[31] AHN, Inq. Lib. 101, f. 85rv.

fería, muy a su pesar, al negarles la Suprema la licencia para ausentarse[32]. Sólo a principios de octubre este Consejo se mostraba a favor de que Molina de Medrano abandonara Zaragoza a fin de reducir la agresividad contra el Tribunal. El inquisidor se había convertido en uno de los objetivos de los revoltosos, como muestran los pasquines de la época, y además la entrada del ejército real en Aragón hacía temer algún ataque contra la Aljafería. Por otra parte había una cuestión de imagen. Si el inquisidor se ocupaba de la represión que se avecinaba podría interpretarse como una venganza y no como un castigo[33]. Sin embargo, la licencia no llegaba y, como la situación en Zaragoza cada vez se complicaba más, Molina de Medrano pidió más sutilmente abandonar el reino. El médico del Santo Oficio en un informe a la Suprema recomendaba que cambiara de aires porque estaba gravemente enfermo de una calentura y era difícil su curación, no sólo por el carácter de su enfermedad, sino también aludía a que «la naturaleza de esta tierra lo aumentan por ser melancólica». La enfermedad no impidió a Molina de Medrano salir pocos días después de Zaragoza hacia la corte con los procesos de Antonio Pérez y de su criado Juan Francisco Mayorín y otros papeles[34]. Para cubrir las vacantes de Hurtado de Mendoza y de Molina de Medrano fueron nombrados el Ldo. Pedro de Zamora, anteriormente inquisidor de Logroño y de Valencia, donde servía desde 1590 y el Ldo. Velarde de la Concha, inquisidor de Cuenca, más joven y con menor experiencia. Finalmente el equipo inquisitorial se completó con la sustitución de Morejón por el Dr. Moriz de Salazar quien llegó a Zaragoza el 26 de febrero de 1592[35].

Tras la entrada del ejército real en Zaragoza, la cronología de la represión inquisitorial corrió paralela a la de la justicia real. Los inquisidores, al igual que los ministros reales, tampoco procedieron a expedir inmediatamente mandatos de prisión y si la Junta de Madrid se desesperaba porque después de 24 días en Zaragoza don Alonso de Vargas no había practicado ninguna detención, el virrey de Aragón tampoco entendía que la Inquisición se abstuviera igualmente de ejecutar prisiones y fulminar procesos en ausencia contra los fugitivos[36]. Ahora bien que no se hubieran iniciado las prisiones no significa que la Inquisición se mantuviera inactiva. Por una parte proseguía la persecución de Antonio Pérez, de Juan Francisco Mayorín y de los demás fugitivos, ya de

[32] BL, Egerton 1508, f. 204v, CS/TZ 23 de julio de 1591.

[33] BL, Egerton 1507, f. 298r, CS/TZ 8 de octubre de 1591 y AHN, Inq. Lib. 101, ff. 192rv y 203r.

[34] BL, Egerton 1507, f. 233r, Relación del Dr. Gerónimo Lastanosa, Zaragoza, 19 de octubre de 1591 y f. 238r, TZ/CS 23 de octubre de 1591.

[35] AHN, Inq. Lib. 101, f. 148, consulta del Consejo de la Suprema, 3 de septiembre de 1591 y BL, Egerton 1508, f. 52r, TZ/CS 28 de febrero de 1592.

[36] Marqués de PIDAL, *Historia de las alteraciones, op. cit.*, vol. II, p. 370, consulta del 5 de diciembre de 1591. La referencia al virrey en AHN, Inq. Lib. 101, ff. 392r-393r, carta de Gerónimo de Oro al Ldo. Arenillas de Reinoso, Zaragoza, 30 de noviembre de 1591.

camino, principalmente, hacia el Bearn[37]. Por otra parte los inquisidores continuaban con sus tareas informativas, de tal manera que el mismo día de la ejecución del Justicia ya tenían votadas a presidio a más de 110 personas[38].

La muerte del Justicia Lanuza, como ocurrió con la justicia real, marcó el inicio de las detenciones masivas. Cuatro días más tarde los inquisidores ya habían prendido a 30 personas, habían escrito al virrey de Cataluña para que les remitiera a los que tuviera presos y asimismo estaban a la espera de lo que sucedería con los presos del gobernador (10 o 11) «por si quisieran valerse de alguna vía privilegiada»[39]. Paralelamente la persecución de los fugitivos de Zaragoza en la frontera se saldaba con algunas detenciones. Juan de la Casa, familiar de Tramacastilla, y unos 200 lacayos ocuparon Sallent, en el valle de Tena, la noche del 31 de diciembre y capturaron a Tomás de Rueda, uno de los exceptuados de la primera lista del perdón real, a tres lacayos y a Domingo de Ayerbe que había ejercido de espía de la Inquisición. El 2 de enero llegó a Sallent otro grupo encabezado por el arcipreste y comisario del Santo Oficio de Barbastro, Jaime de Arroyos. Se registraron varias casas, entre ellas la de don Martín de Lanuza, donde se prendió a otras dos personas, probablemente criados suyos. La búsqueda se extendió infructuosamente al vecino lugar de Escarrilla donde se había tenido noticia de que estaban los hermanos Don Lope. Pero éstos y otras cabezas de las alteraciones habían logrado pasar al Bearn por lo que en definitiva la operación de persecución se saldó con escasos resultados[40].

Conflictos entre inquisidores y ministros reales

El Consejo de la Suprema a los pocos días de iniciarse las detenciones establecía cómo se había delinquido en los alborotos pasados. Para ello distinguía entre la rebelión contra el rey y la resistencia a la autoridad inquisitorial que se habría expresado bajo diversas formas: sacar a Antonio Pérez y Juan Francisco Mayorín de la cárcel de los manifestados, colaborar con ellos y criticado a la Inquisición y a sus ministros durante los motines; decir que había expirado el tiempo para el que se había establecido el Santo Oficio en el reino e intentar enviar una embajada a Roma sobre ello, afirmar que los privilegios del reino

---

[37] Isabel MARTÍNEZ NAVAS, «Proceso inquisitorial de Antonio Pérez», *Revista de la Inquisición*, 1 (1991), pp. 177-182.

[38] BL, Egerton 1508, f. 1rv, TZ/CS 20 de diciembre de 1591.

[39] BL, Egerton 1508, f. 23rv, TZ/CS 24 de diciembre de 1591.

[40] BL, Egerton 1508, ff. 17r y 21r, cartas de Juan de la Casa y el rector de Gavín a los inquisidores de Zaragoza, 1 de enero de 1592 y BNP, mss. españoles n.º 88, ff. 367r-369r, relación del comisario Jaime de Arroyos. Sobre los contactos de Domingo de Ayerbe con la Inquisición, AHN, Inq. Lib. 101, f. 390rv, carta de Gerónimo de Oro al Ldo. Arenillas de Reinoso, Zaragoza, 28 de noviembre de 1591. Durante enero de 1592 Ayerbe declaró ampliamente en la Inquisición contra sus antiguos compañeros, BNP, mss. españoles n.º 89, ff. 264r-276v.

eran superiores a la Inquisición; escribir pasquines atacando a la Inquisición y a sus ministros y, por último, se citaba como culpados al zalmedina de Zaragoza, su notario y las personas que habían declarado en este tribunal para probar que los testigos examinados por la Inquisición en las causas de Pérez y Mayorín eran falsos[41]. Estrictamente la rebelión contra el rey quedaba al margen de las competencias inquisitoriales. No obstante bajo determinadas circunstancias también acabó convirtiéndose en un asunto de la incumbencia del Tribunal. Así ser moriscos fue probablemente determinante para que la Inquisición procesara a tres de ellos por haber ido a la Diputación a ofrecerse en nombre de los demás cristianos nuevos de Zaragoza para salir a la resistencia del ejército. Un cuarto morisco implicado había sido preso antes por el senador Lanz y de momento se quedó en la cárcel real[52]. Los inquisidores intervinieron igualmente en la investigación sobre la frustrada expedición organizada por bearneses y aragoneses exiliados que entró por el valle de Tena a primeros de febrero de 1592. Los bearneses, por el mero hecho de serlo, ya eran directamente identificados como herejes «luteranos» —en realidad de ser herejes, serían calvinistas— de manera que tras recabar información «in situ» los inquisidores declararon como sospechosos de herejía a don Martín de Lanuza y los hermanos Don Lope porque «pasaron con los luteranos a las montañas y saquearon y profanaron las iglesias»[43].

Si jurisdiccionalmente no se iban a presentar conflictos de competencias con la justicia real, las diferencias entre inquisidores y ministros reales se producirían, en cambio, por cuestiones de precedencia en casos de personas que tenían cuentas pendientes con ambos tribunales; una situación, por otro lado, bastante común, dado lo interrelacionadas que estaban las revueltas contra el rey y contra la Inquisición.

La Suprema, que desde un principio preveía la eventualidad de las repeticiones de reos, se decantó por la eficacia represiva. Propuso que los inquisidores remitieran una relación con los nombres y las culpas del centenar de votados a prisión para determinar contra quién se había de proceder. Así se intentaba evitar la duplicidad de los ya presos por Vargas y no perder tiempo en el castigo de los notoriamente culpados. En estos casos la justicia real, dado lo desaforado del procedimiento, permitía más rigor en las penas y mayor brevedad en su ejecución[44]. Sin embargo, cuando la Suprema remitió la carta, los inquisidores ya

---

[41] AHN, Inq. Lib. 101, ff. 339r-340r, consulta del Consejo de la Suprema, 2 de enero de 1592.

[42] BL, Egerton 1508, ff. 222v-223rv, causas de 1592, BNP, mss. españoles n.º 89, ff. 446r-447r, declaración ante el Santo Oficio de Gabriel del Pex, otro de los moriscos con los que contactó Jerónimo Valentín, 27 de abril de 1592 y AHN, Inq. Lib. 101, f. 309rv, consulta del Consejo de la Suprema, 29 de abril de 1592.

[43] BNP, mss. españoles n.º 89, ff. 301r-302r, petición del fiscal, 19 de febrero de 1592 y ff. 303r-325r, testimonios recogidos en Biescas, 15-17 de marzo de 1592. La cita en BL, Egerton 1508, ff. 132r-133r, TZ/CS 15 de abril de 1592.

[44] AHN, Inq. Lib. 101, ff. 366r-367r, consulta del Consejo de la Suprema, 22 de diciembre de 1591.

habían iniciado las detenciones y con ellas se desencadenó también el primer conflicto. Jaime Christóval, Juan Navarro y Bartolomé Alvaro, presos por los inquisidores fueron reclamados por don Alonso de Vargas. El Consejo de Aragón entendía que debían ser devueltos a la justicia seglar para que por vía del gobernador la ejecución se hiciese «con mayor gravedad»[45]. La posición de la Suprema resultaba más incómoda. Ni le entusiasmaba la idea de la entrega, alegando el peligro de irregularidad que suponía dejarlos salir sin haber sido previamente juzgados por los inquisidores, ni en estos momentos parecía dispuesta a plantear al rey problemas jurídicos. Finalmente la Suprema sugirió, tal y como después efectivamente se hizo, que se remitiera una cédula real directamente al alcaide de las cárceles inquisitoriales con la orden de entregar los presos a Vargas. La solución no dejaba de ser menos irregular, pero formalmente eludía la responsabilidad inquisitorial en el asunto[46].

Esta actitud dúctil de la Suprema contrastaría con la de los inquisidores de Zaragoza quienes, con la perspectiva que daba actuar sobre el terreno, mostraron sus reservas a la entrega de los presos, tanto cuando Vargas se los pidió, entonces simplemente se negaron, justificando que tenían que consultarlo con la Suprema, como cuando el Consejo les comunicó el envío de la cédula real. La razón de la negativa no era simplemente de apetito jurisdiccional. Ellos mismos afirmaban que de haber sabido que Vargas quería prender a las tres personas que ahora reclamaba no se le habrían anticipado[47]. La cuestión tenía más que ver con la restauración de la autoridad del Santo Oficio, la preservación de su independencia y la propia imagen del Tribunal en el reino. Los inquisidores hablaban de «desautoridad», si los presos eran entregados sin atender a orden jurídico alguno, y aludían al escándalo que podía producir en el reino este hecho: «parece que queda puerta abierta para que digan que el Sancto Officio prende y sin declarar las culpas y causas de los presos los entrega a la justicia seglar». Con ello vendrían a dar la razón a los que durante los motines pasados acusaron a la Inquisición de ser un instrumento real y que su único propósito al intervenir en el caso de Antonio Pérez había sido sacarlo de Aragón y entregarlo al rey. Para evitar todos estos riesgos los inquisidores apuntaban como solución que los presos pasaran a manos de los ministros reales una vez que el Santo Oficio hubiera sentenciado sus causas. De esta forma, añadían, se guardaría el capítulo de la Concordia de 1568 con la jurisdicción real que trataba sobre la repetición de presos. Según la Concordia los inquisidores podían reclamar a personas acusadas de delitos de herejía o sus dependientes que estuvieran detenidas en cárceles reales, de tal manera que una vez concluidas sus causas, y si estas no entrañaban pena de muerte, los presos fueran devueltos a la cárcel real. Este

---

[45] AHN, Inq. Lib. 101, f. 563r.

[46] AHN, Inq. Lib. 101, f. 325r, consulta del Consejo de la Suprema, 11 de enero de 1592.

[47] BL, Egerton 1508, ff. 27r-29v, TZ/CS 31 de diciembre de 1591.

no era exactamente el problema que ahora se discutía, pero los inquisidores interpretaban el capítulo de la Concordia a su manera: «parece que su principal intento es que los inquisidores libremente hagan justicia en los casos que les tocan»[48].

La resistencia de los inquisidores y las reservas del mismo Vargas sobre la entrega dieron sus resultados. La cédula real anteriormente despachada no se aplicó y, tal y como se había sugerido desde Zaragoza, el rey decidió que los presos permanecieran en la Aljafería y que una vez acabadas sus causas don Alonso pudiera hacerse cargo de ellos[49]. Más adelante, como los casos de duplicidad continuaban —en abril se conoció que 40 de las personas votadas a prisión por el Santo Oficio y 9 de las ya detenidas estaban además exceptuadas del perdón real—, el rey, para simplificar los procedimientos, ordenó que los inquisidores no repitieran los presos de las cárceles reales merecedores de mayor pena de la que ellos les pudieran dar[50].

El tema de los presos inquisitoriales y la justicia real se zanjó momentáneamente para volver a reabrise en diversas ocasiones. Primero fue la negativa de los inquisidores no sólo a entregar, sino también a dejar que los ministros reales examinaran en la Aljafería a Tomás de Rueda y Jaime Christóval, ambos exceptuados del perdón real[51]. Luego el problema se planteó con Miguel Don Lope, uno de los principales implicados en la revuelta, sobre el que los ministros reales tenían un gran interés. Los inquisidores se habían apuntado el tanto de detenerlo, después de conocer que había pasado la frontera, y de que espías le siguieran hasta Villamayor, junto a Zaragoza, donde fue preso el 14 de junio[52]. El rey en un principio se mostró partidario de que fuera entregado a sus ministros pero después dio marcha atrás al recordarle la Suprema los inconvenientes expresados en los meses anteriores sobre este tipo de casos. Así pues se decidió que el Santo Oficio concluyera la causa de Don Lope antes de entregarlo a la justicia real. Esta vez se exigió además a los inquisidores brevedad y un plazo —finales del mes de agosto— para que por lo menos determinasen las causas de los más culpados y en particular las de aquéllos que reclamaran Lanz y el Ldo. Covarrubias[53]. Todavía, antes de que la Suprema enviara la respuesta real, una carta de Lanz al rey volvía a poner en evidencia la falta de entendimiento entre los ministros reales y el tribunal del Santo Oficio de Zaragoza. Lanz se quejaba de los reiterados obstáculos que le ponían los inquisidores para permitirle examinar algunos de los presos de la Aljafería, como se había hecho en ocasiones anteriores. Primero se ha-

---

[48] BL, Egerton 1508, f. 31rv, TZ/CS 27 de enero de 1592 y *Fueros, observancias y actos de corte del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1866, vol. II, p. 446.

[49] AHN, Inq. Lib. 101, f. 315r-316r, consulta del Consejo de la Suprema, 6 de febrero de 1592.

[50] Marqués de PIDAL, *Historia de las alteraciones, op. cit.*, vol. III, p. 107.

[51] BL, Egerton 1508, f. 56rv, TZ/CS 15 de mayo de 1592.

[52] BL, Egerton 1508, ff. 77r y 83rv, TZ/CS 4 y 14 de junio de 1592.

[53] BL, Egerton 1508, f. 85rv, consulta del Consejo de la Suprema, 12 de julio de 1592.

bían disculpado diciendo que esperaban la resolución de la Suprema, después que se los entregarían cuando celebraran un auto de fe que sería para el 24 de septiembre; la cuestión era que por unas razones o por otras siempre le daban largas[54].

La presión sobre los inquisidores para que finalizaran su trabajo rápidamente no dio resultado y nuevamente se iba a demostrar que las decisiones de la corte podían modificarse tras la réplica de Zaragoza. La premura exigida y la forma en que se resolvía el tema de los presos pedidos por Lanz y Covarrubias no fueron del agrado de los inquisidores. Razones técnicas (escasez de personal, lentitud de los procedimientos, complicaciones en la organización del trabajo) y, como de costumbre, la cuestión de la «reputación» del Tribunal que, en esta ocasión, se traducía en la preocupación por que la justicia real monopolizara la ejemplariedad del castigo al reservarse las causas «más granadas». En otras palabras el auto de fe que los inquisidores preparaban quedaría muy deslucido, si antes de celebrarlo, los presos principales fueran sentenciados por la Inquisición y pasaran a la jurisdicción real. Finalmente en este contencioso los inquisidores acabaron saliéndose con la suya, aunque el rey volvió a exigir brevedad en la conclusión de las causas[55].

Estas disputas, destacables en la medida en que reflejan el intento de los inquisidores por preservar su autoridad frente a la justicia seglar, resultaban de todos modos menudencias en el contexto general de la represión. Los mismos inquisidores se defendían del obstruccionismo del que les acusaban los ministros reales recordando cómo habían colaborado estrechamente con ellos, «una vezes advirtiéndoles de los inconvenientes y otras dando algunos papeles que dezían les importavan como son memorial de presos, originales de pasquines, cartas de algunos de los delinquentes fugitivos dirigidas a los que tenían reclusos»; en definitiva, poniendo a su disposición todos aquellos informes o documentos que pudieran ser útiles en el seguimiento de los procesos[56]. Por otra parte los inquisidores no tuvieron ningún problema para que sus comisarios interrogaran a presos de la justicia real que se hallaban en la cárcel de los manifestados o en la cárcel real, ni para que detenidos por la justicia real (Juan de Peralta, Miguel de Samper y el familiar de Torla Juan Claver) o en la cárcel del arzobispo (los tres eclesiásticos de la Seo: el prior, el canónigo Torrellas y Gerónimo Gamir) fueran trasladados a la Aljafería, labor en este último caso facilitada por el oficial Reves a cuya condición de ordinario del arzobispo unía la de consultor del Santo Oficio. Tampoco se produjo ningún incidente cuando los inquisidores pidieron, y la corte del Justicia les entregó, a Juan Luis de

---

[54] BL, Egerton 1508, f. 87r, copia de capítulo de carta del senador Lanz al rey, 17 de julio de 1592. Los inquisidores negaron después haberse comprometido a celebrar un auto de fe para tales fechas, f. 62rv, TZ/CS 6 de agosto de 1592.

[55] BL, Egerton 1507, f. 328rv, CS/TZ 31 de julio de 1592 y Egerton 1508, f. 80rv, TZ/CS 3 de agosto de 1592; f. 62rv, TZ/CS 6 de agosto de 1592; f. 123rv, consulta del Consejo de la Suprema, 9 de agosto de 1592.

[56] BL, Egerton 1508, f. 80rv, TZ/CS 3 de agosto de 1592.

Luna y Juan de Villalva. El trámite, similar al planteado con Antonio Pérez, fue recogido con especial satisfacción por los inquisidores. Estos suponían que al no haberse presentado esta vez ningún impedimento para la entrega se había allanado «este barranco que entre los ojos tenía este reyno y principio de los alborotos pasados»[57].

Las relaciones de la Inquisición con el ejército: el alojamiento de los soldados

«No hay cosa de las que piden y quieren que no se haga», aseguraba don Alonso de Vargas al rey[58]. Lo cierto es que pedir, los inquisidores, pedían poco. A pesar de que podían solicitar los soldados que necesitaran, tal y como les había comunicado la Suprema y había quedado advertido Vargas, únicamente habían requerido la colaboración de un ayudante de sargento y un alférez, ocupado en la persecución de los fugitivos[59]. La sola presencia militar y las propias fuerzas del Tribunal resultaban suficientes.

En lo que sí insistieron los inquisidores ante Vargas fue en el desalojo de soldados de las casas de los ministros del Santo Oficio. Reiteración de las protestas que no hay que confundir con la existencia de un conflicto entre el Tribunal y el ejército. El rey siempre apoyó a la Inquisición en sus reivindicaciones y así lo hizo saber a Vargas cada vez que se planteó el problema. El capitán general sin necesidad de estas advertencias también estuvo receptivo ante dichas peticiones. Las dificultades vinieron más bien de la lentitud de la administración militar y probablemente de la resistencia de los aposentadores locales a aceptar las exenciones de los ministros del Santo Oficio. Cuando ocurrieron las primeras quejas ni micer Santángel, jurado en cap, ni otros a cuyo cargo estaban los alojamientos se dieron, o se quisieron dar, por enterados y al recriminárseles su actitud unos contestaron que dependía de la voluntad de Vargas y otros que ya se encargarían de hacerlo. Como ninguna de estas dos vías daba resultado Vargas volvió a pedir un memorial a los inquisidores con las casas que se debían desalojar, aunque añadió, que dadas las necesidades existentes contribuyeran por lo menos con camas y leña en otras partes, a lo que aquéllos se negaron[60]. Finalmente fueron desalojadas las casas de los oficiales asalariados, pero no las de algunos consultores y familiares, lo que motivó una nueva protesta de los inquisidores y una nueva orden de Felipe II a Vargas para

---

[57] BL, Egerton 1508, f. 48rv, TZ/CS 13 de junio de 1592.

[58] AHN, Inq. Lib. 101, f. 564r, copia de capítulo de carta de don Alonso de Vargas al rey, 31 de diciembre de 1591.

[59] Ibídem y BL, Egerton 1507, ff. 306v-307r, CS/TZ 29 de noviembre de 1591.

[60] CODOIN, *op. cit.*, vol. XII, pp. 523-524, TZ/CS 16 de noviembre de 1591 y BL, Egerton 1507, ff. 251r-252v, TZ/CS 28 de noviembre de 1591; f. 309r, CS/TZ 16 de diciembre de 1591 y AHN, Inq. Lib. 101, f. 354rv, consulta del Consejo de la Suprema, 5 de diciembre de 1591.

que así se cumpliera[61]. A primeros de febrero las casas de los familiares seguían sin ser desalojadas y además cargadas de más soldados, causa que Vargas atribuía a los jurados, por lo que los inquisidores solicitaron a la Suprema proceder contra ellos[62]. El asunto de todas formas no pasó a mayores al verse liberada la ciudad a las pocas semanas de la presencia de parte de las tropas. Unicamente se registró por estas fechas un incidente cuando unos soldados maltrataron a un nuncio del Santo Oficio que llevaba al capitán Bermúdez de Castro una orden de desalojo. El mismo capitán con otros soldados se presentó después en la Aljafería, dirigiéndose de forma poco respetuosa al Tribunal. Los inquisidores muy sensibilizados en estos momentos hacia cualquier desacato trasladaron sus quejas al Consejo de la Suprema y éste al rey. El caso de todas maneras se resolvió fácilmente y con la propia colaboración de los mandos militares. Uno de los implicados estaba en Castilla, pero el capitán y otro soldado que habían maltratado al nuncio fueron presos y los inquisidores pensaron en darles una pena ligera, 8 ó 10 días en la cárcel y luego soltarlos con una reprimenda[63].

Signos de resistencia

En una situación como la que se vivía en Zaragoza, bajo la ocupación militar y las persecuciones, el descontento difícilmente podía expresarse fuera del ámbito privado. A pesar de todo se registraron algunas manifestaciones públicas de crítica y resistencia a la represión. Los mismos inquisidores se referían a la hostilidad del medio con ocasión de la aparición de tres copias de un pasquín, dirigido contra el rey y de «paso ofendiendo a la Inquisición»: «Entendemos será malo de averiguar el autor por ser muchos los de aquella opinión y aumenta esta sospecha el ver que los más edictos que avemos fixado en las Yglesias contra los ausentes los an rasgado al parescer de propósito sobre que también se hace diligencia»[64]

El pasquín había sido encontrado a fines de julio, dos copias en el interior de la iglesia del Pilar y la otra en una calle[65]. De autor o auto-

---

[61] AHN, Inq. Lib. 101, f. 366r-367r, consulta del Consejo de la Suprema, 22 de diciembre de 1591 y BL, Egerton 1507, ff. 311r-312r, CS/TZ 24 de diciembre de 1591.

[62] BL, Egerton 1508, f. 33rv, TZ/CS 8 de febrero de 1592.

[63] BL, Egerton 1508, f. 54r, TZ/CS, 18 de marzo de 1592; ff. 65r-66r, consulta del Consejo de la Suprema 30 de abril de 1592; f. 56rv, TZ/CS 15 de mayo de 1592 y A(rchivo) H(istórico) P(rovincial) Z(aragoza), Inq. 1592, «Simón de Carranza, fiscal del Santo Oficio contra don Pedro Bermúdez de Castro, capitán de infantería».

[64] BL, Egerton 1508, f. 93rv, TZ/CS 27 de julio de 1592.

[65] Las copias de este pasquín en BL, Egerton 1508, ff. 97r-98v y 104r-107v y AHN, Inq. Lib. 101, ff. 268r-269v. Sobre las investigaciones inquisitoriales, BL, Egerton 1508, ff. 108r-114v y 115r, TZ/CS 18 de septiembre de 1592. Otros pasquines que circularon durante la revuelta están reproducidos en Marqués de PIDAL, *Historia de las alteraciones, op. cit.*, vol. II, pp. 416-442; CODOIN, *op. cit.*, vol. XII, pp. 219-221 y *Sátiras políticas de la España Moderna*, Introducción y selección de Teófanes EGIDO, Madrid, 1973, pp. 66-79.

res desconocidos, su contenido refleja los recientes cambios ocurridos en Zaragoza con ocasión de la represión y, respecto a otras composiciones que habían circulado durante la revuelta, presenta una diferencia sustancial. Si antes eran los ministros reales, de la corte o de Zaragoza, el indisimulado objetivo de las invectivas y sólo veladamente se aludía al monarca, el «Austro», ahora la responsabilidad de la situación se achaca directamente al rey. Un monarca cuya crueldad se compara con la del rey Herodes, superándola; un monarca a quien no se escatima el calificativo de «tirano» y «absoluto» por no respetar la «libertad de Aragón», «las leyes de Aragón santas sagradas», unas leyes justas que él al igual que sus predecesores había jurado, «y con haberlas jurado/ haze lo que le pareçe/ tuerçe, quiebra, mata, empece/ i manda hazer su mandado». De su escuadra son los cobardes, los engañistas, los sobornados, los malos, los ricos mientras que «el bueno, fiel i sencillo», «el que no sabe mentir» es relegado o perseguido.

Tampoco faltan en el pasquín referencias a la Inquisición. Acusada ya anteriormente en otros escritos anónimos de 1591 de tribunal castellano, «oficina de demonios», perseguidora de inocentes y sujeta al monarca, ahora se hacía hincapié en este último aspecto, insistiéndose sin tapujos en que se trataba de un tribunal al servicio del rey, y en que sus procedimientos procesales, a diferencia de los de la ley aragonesa, fueran injustos:

...

Que como la ley es justa
al Rey invicto le offende
y por El tanto pretende
oprimatur Çesaraugusta

Porque con tal opresión
pretende hazerse absoluto
no dexando ylo enjuto
de lo que juró a Aragón

Do por la Inquisición que el mesmo ordena
prenden al que el Rey manda
y sin hazelle demanda
le dejan en gran cadena

Do no se da lugar al acusado
que en ninguna manera se defienda
ni menos a que entienda
que le an acumulado

Es de fuero de Aragón
bet si es sancto y sagrado
que den tiempo al acusado
para probar su razón

...

El pasquín tuvo escasa o nula resonancia popular dadas las pocas copias que se encontraron y la rapidez con la que se retiraron. Más efecto causó en el ánimo de los inquisidores, sorprendidos de que a estas alturas, cuando el reino tenía «el cuchillo en la garganta y el castigo en la mano», pudiera llegar a exteriorizarse alguna muestra de oposición.

El 15 de junio, pocas semanas antes de la aparición de los pasquines, se había procedido en Tarazona a la apertura de unas Cortes que iban a significar la respuesta política de la monarquía a las últimas alteraciones. Las Cortes eran, por otra parte, un marco habitual en el que se trataba del Santo Oficio; un tema que además acostumbraba a ser uno de los principales caballos de batalla debido a los abusos inquisitoriales y a los conflictos de competencias con la jurisdicción real. Esta convocatoria, a diferencia de las anteriores y debido a las especiales circunstancias que la rodeaban, fue mucho más tranquila en este aspecto, a pesar de que no faltaron agravios contra el Santo Oficio, a decir del inquisidor Hurtado de Mendoza, enviado real a Tarazona: «De la jurisdicción del Santo Oficio ni de los ministros della hasta ahora no se ha tratado aunque entiendo que muchos traen casos tocantes a esta materia, yo estoy a la mira para procurar no se trate desto»[66]. Lamentablemente faltan más datos sobre este asunto por lo que no sabemos si los agravios hacían referencia a la represión inquisitorial de las pasadas alteraciones y en segundo lugar, si efectivamente se trató de la jurisdicción inquisitorial o por el contrario se logró evitar, como pretendía Hurtado de Mendoza. De momento no hay rastro ni de lo uno ni de lo otro y, aunque falta documentación fundamental sobre los debates internos de los brazos, todo parece indicar que del tema inquisitorial poco o nada se habló. O como mínimo nada se resolvió[67].

Castigo y perdón inquisitorial

La justicia real y la Inquisición que habían iniciado a un tiempo las detenciones de los revoltosos volvieron a coincidir en la aplicación de los castigos. Entre unos y otros durante una semana larga la ciudad de Zaragoza asistió a la ejecución pública de las penas. El 19 de octubre fueron ajusticiadas cinco personas, don Diego de Heredia, don Juan de Luna, diputado en 1591, Francisco de Ayerbe, Dionisio Pérez y el pelaire Pedro de Fuertes. Al día siguiente se celebró con el ceremonial habitual el auto de fe de la Inquisición. Según la relación de causas sentenciadas para este auto fueron condenadas 74 personas, 64 como

---

[66] BL, Egerton 1508, f. 75r, carta del Ldo. Juan Hurtado de Mendoza a don Gaspar de Quiroga, inquisidor general, Tarazona, 10 de julio de 1592. Hurtado de Mendoza, ahora inquisidor de Sevilla, había estado destinado en 1591 en Zaragoza y también había participado en las reuniones preparatorias de estas Cortes de Tarazona en Madrid.

[67] Sobre el desarrollo de estas Cortes, Xavier GIL PUJOL, *De las alteraciones a la estabilidad.*, *op. cit.*, pp. 264-339.

«impedidores del libre y recto exercicio del Santo Oficio» por su participación en la revuelta de 1591 y 10 por diversos delitos (un relajado en persona por sodomita, 8 reconciliados por mahometismo y una penitenciada por bigamia). Bajo el común denominador de «impedidores» se incluían reos acusados de participar en los motines y/o denunciados por palabras contra la Inquisición o en menor medida por haber intervenido en la resistencia contra el ejército real; tres moriscos (Pedro Chufres, Juan Felipe Mezot y Luis Tendero) y su inductor (Jerónimo Valentín) por ofrecer a la Diputación la colaboración de los cristianos nuevos de Zaragoza en la resistencia contra el ejército del rey y otros cuatro acusados (Juan Luis de Luna, Juan de Villalva, Juan Navarro y Juan de Peralta) de testificar en falso. De este grupo relacionado con la revuelta Antonio Pérez fue sentenciado a relajar en estatua «por convencido de hereje» e impedidor; 8, la mitad fruto de las primeras detenciones practicadas en la frontera, fueron relajados en persona mientras que el resto recibió diversas penas de galeras, azotes, destierro o pecuniarias. Entre el 21 y el 24 de octubre se ejecutaron las penas de relajación al brazo secular y de azotes y el 27 de octubre en la sala de la audiencia de la Aljafería, se procedió a la lectura de las sentencias de otras 16 personas, 13 de las cuales habían sido condenadas igualmente por impedidores. Entre ellas se encontraban reos de un cierto rango social como el prior de la Seo y otros 5 eclesiásticos, el zalmedina de Zaragoza, Galacián Cerdán, juez que había admitido un apellido contra testigos del Santo Oficio, y Miguel Samper, notario regente de la escribanía del zalmedina[68].

[68] BL, Egerton 1508, ff. 215r-246r, «Relación de las causas y procesos de las personas que fueron condenadas en auto público de fe que se celebró el martes que se contaron 20 de octubre de 1592 en la Inquisición del reino de Aragón y de las demás que se han sentenciado y despachado en la sala de la Audiencia desde el día 26 de marzo de 1591 que se celebró el último auto antes deste». Se trata de la relación de causas de fe que anualmente, al menos en esta época, los inquisidores remitían al Consejo de la Suprema. La misma relación en ff. 247r-272r. La numeración antigua corresponde a la de los folios arrancados de AHN, Inq. Lib. 989, véase supra nota n.º 3. Para la lista de los penitenciados y sus sentencias, véase Anexo n.º 1. Hay otras dos relaciones de este auto ya publicadas. La de Gregorio MARAÑÓN, *Antonio Pérez, op. cit.*, vol. II, apéndice XXVII, pp. 835-838, que es un manuscrito de la época procedente de la biblioteca particular del autor y la de Manuel GRACIA RIVAS, *La «invasión» de Aragón en 1591. Una solución militar a las alteraciones del reino*, Zaragoza, 1992, pp. 170-172 y 305-317, que es un relato más amplio, también de la época, procedente del Archivo Histórico Municipal de Zaragoza. Las diferencias entre las tres relaciones no son sustanciales, aunque la de la BL incluye a los castigados en la sala de la audiencia. Respecto al número de penitenciados, en la relación del AHMZ, como el mismo Manuel Gracia Rivas indica, no está Rafael Rebollar (Rovellán) que aparece en la lista publicada por Marañón y en cambio se incluye Lucas Martínez, que no se encuentra en esta última. En ambos casos la relación de Marañón coincide con la de la BL. Sobre el número de reos acusados de participar en las alteraciones, que efectivamente fueron relajados en persona en este auto, se han dado datos diversos. Pidal ya se encargó de demostrar que las cifras de Llorente (79), Mignet (79) y Bermúdez de Castro (39) eran excesivas y se atenía a los autores coetáneos (Argensola, Murillo, Lanuza y Cabrera) para indicar que habrían sido 6 los relajados, *Historia de las alteraciones*, op. cit., vol. III, pp. 128-129. Marañón, según la relación del auto de fe que maneja, menciona 8 aunque haciéndose eco de las otras evidencias apunta la posibilidad de

Para los eclesiásticos y los reos repetidos por la justicia real, la sentencia inquisitorial no sería, en teoría, la última que recibirían por su implicación en las alteraciones. El rey ordenó al oficial Reves procesar a aquellos eclesiásticos que no hubieran sido «enteramente» castigados por el Santo Oficio y el Consejo de Aragón, después de estudiar las condenas impuestas a siete exceptuados del perdón real, consideró que las de Jaime Cristóval y Miguel Don Lope resultaban insuficientes y se mandó que ambos fueran procesados por los comisarios Sans y Lanz. De Juan Basante también pedían un castigo mayor si se demostraba que sus pasquines atacaban a los ministros reales. Otros dos exceptuados del perdón real, Tomás de Rueda y Juan del Barco, habían sido relajados en persona y de los dos restantes, Miguel Araus y Juan Ganarco (Pedro Luis Ganarco, según la relación de causas inquisitorial) se pensaba que ya habían sido suficientemente castigados[69]. De todas formas no parece que finalmente se llevara a la práctica la propuesta de agravamiento de las penas, si tenemos en cuenta, a falta de otras informaciones, que sendos perdones por parte de la Inquisición y del rey estaban a punto de aprobarse.

La iniciativa para que la Suprema discutiese la concesión de un perdón volvió a partir del rey. Pero en esta ocasión, a diferencia de las veces anteriores en que se había tratado del tema, y a pesar de aducir la existencia de «no pequeños inconvenientes», el Consejo acabó respondiendo positivamente[70]. De hecho su objetivo principal, esto es, la celebración solemne del auto de fe, ya se había cumplido. Al auto, sin embargo, no habían salido todas las personas testificadas ante el Santo Oficio por su participación en las alteraciones pasadas. Todavía quedaban los presos en las cárceles inquisitoriales y otras 74 personas gravemente culpadas cuya situación era diversa: 31 no habían sido detenidas ni tampoco tenían cuentas pendientes con la justicia real; el resto se hallaban exceptuadas del perdón real, de ellas 24 continuaban en libertad; 4 además de estar libres habían sido llamadas específicamente por edictos del Santo Oficio y 15 se encontraban detenidas en las cárceles reales[71]. Su suerte iba a depender del alcance del perdón.

El edicto, fechado el 23 de noviembre, fue publicado en Zaragoza el 3 de diciembre y en Huesca, Jaca, Barbastro, Daroca y Tarazona en las semanas siguientes. De la gracia quedaban exceptuados los ya encarcelados en el Santo Oficio y aquéllos a los que el Tribunal hubiera llamado por edictos. La gracia no se concedía de forma genérica; se ganaba individualmente y para ello había que venir a autoinculparse ante el Santo Oficio dentro de un plazo determinado, 60 días para los que

---

que solamente hubieran sido 6. En la relación publicada por Manuel Gracia Rivas se registran, en cambio, 7.

[69] A(rchivo) C(orona) A(ragón), C(onsejo) A(ragón), Leg. 81, s/n, consulta del 31 de octubre de 1592.

[70] BL, Egerton 1507, ff. 364v-365r, consulta del Consejo de la Suprema, Madrid, 23 de noviembre de 1592.

[71] BL, Egerton 1508, ff. 178r-179v.

estaban en Zaragoza, 4 meses en el caso de estar fuera de España y un año para quienes estuvieran fuera de los reinos de la monarquía[72]. El mismo día 3, en Tarazona donde acababa de celebrarse el solio de clausura de las Cortes, el rey concedía un perdón mucho más amplio que el publicado a principios de año. De él fueron exceptuados, según Argensola, algunos letrados y lugartenientes de la corte del Justicia que habían aconsejado la resistencia al ejército real, y que fueron condenados a destierro del reino; Cosme Pariente, autor de algunos de los pasquines y aposentador del ejército durante la resistencia y el carcelero de Antonio Pérez[73]. Seguramente debieron quedar también excluidos los principales dirigentes de la revuelta ya que algunos continuaron exiliados y a otros, como veremos más adelante, no les fue concedido automáticamente el perdón, cuando decidieron regresar. En definitiva, una vez aplicados los castigos ejemplares, concluidas las Cortes y publicados los perdones, el 5 de diciembre Felipe II abandonaba Tarazona, dejando prácticamente liquidado el tema de las alteraciones. Sólo las peticiones de gracia y el retorno de los exiliados volverían a traer el recuerdo de la revuelta en los años siguientes.

El perdón inquisitorial fue, por otra parte, muy bien recibido por la población; «con muestras de grandísimo contento», a decir de los inquisidores. Había, de todas formas, una cuestión que no ofrecía garantías suficientes. Como algunos habían reparado, en el edicto sólo se hacía mención de la absolución de las censuras y no de las penas. Además los inquisidores dudaban sobre si bastaba con apuntar los nombres de los que comparecieran o había que tomar también las confesiones. En este último caso sospechaban que la gente no querría venir a solicitar el perdón y, si venían, acabarían implicando a otros con lo cual sería «de nuevo levantar mayor cantera que la pasada», haciéndose el proceso interminable[74]. Como respuesta la Suprema resolvió aceptar la sugerencia de los inquisidores de Zaragoza de añadir la palabra «penas» y en cuanto a la segunda cuestión se optó por la salida más maquiavélica: para que vinieran con más confianza a pedir la absolución no se tomarían sus nombres y sus declaraciones en su presencia, sino después de que hubieran salido de la sala de la audiencia[75].

Según Juan Antonio Llorente al edicto de gracia habrían recurrido más de quinientas personas. No he conseguido, sin embargo, registrar más de 294 de las que 276 comparecieron ellas mismas ante los inquisidores y 18 presentaron sus peticiones de gracia por escrito a través de algún pariente o persona de confianza. Unos porque estaban presos por la justicia real (Cosme Pariente, Francisco de Arantegui, Jusepe Altue y Agustín de Santa Clara). Otros porque se encontraban huidos y si regre-

---

[72] AHN, Inq. Lib. 357, ff. 133r-134v. Diferentes copias impresas del perdón en BNP, mss. españoles n.º 91, ff. 163r y ss.; f. 68v, fe de la lectura en Zaragoza y ff. 163r-178v, certificados de lectura en otras ciudades.

[73] Lupercio Leonardo de ARGENSOLA, *Información*, *op. cit.*, pp. 185-186.

[74] BL, Egerton 1508, f. 179rv, TZ/CS 4 de diciembre de 1592.

[75] BL, Egerton 1507, f. 372rv, CS/TZ 10 de diciembre de 1592.

saban, corría peligro su vida al estar condenados a muerte por el rey (don Juan de Torrellas y Bardaxí, don Pedro de Sesse, don Felipe de Castro, don Iván Coscón, don Juan Agustín, don Pedro de Bolea, Miguel Luis de Foncillas, Francisco y Juan Jerónimo Pérez de Calatayud, Gil Ibáñez de Urroz, Jaime de Urgel, Juan Luis Fontoba, Gerónimo Valles y Juan de Gracia). En estos casos de ausencia los inquisidores pedían una confesión por escrito y, una vez cumplido este requisito, se daba una comisión para que cualquier confesor pudiera absolverlos[76].

Tras la publicación del perdón se cierra ya el periodo en que las alteraciones habían constituido el tema de actividad monográfica de los inquisidores de Zaragoza. A partir de estos momentos la correspondencia del Tribunal y las relaciones de causas de fe reflejan sus dos preocupaciones principales de este fin de siglo: los moriscos, cuyo desarme es inminente, y el protestantismo. Los ecos de 1591 todavía resonarán en el futuro, pero muy atenuados. El goteo de quienes querían obtener el perdón inquisitorial se prolongará, de forma cada vez más espaciada a lo largo de 1593 y las causas pendientes, 27, se fueron sentenciando hasta 1597.

¿A quién condenó la Inquisición?

Tal y como puede apreciarse en el cuadro n.º 1 casi tres cuartas partes de las sentencias dictadas por el Santo Oficio en relación con las alteraciones fueron contra vecinos de Zaragoza. Un dato que no aporta ninguna sorpresa ya que simplemente refleja la ubicación central que tuvieron las alteraciones en esta ciudad. De la minoría de penitenciados procedente de otras localidades, unos habían sido procesados por palabras contra el Santo Oficio o por responder a la convocatoria del Justicia y la Diputación para la resistencia contra el ejército real en sus lugares. Este había sido el caso del familiar de Caspe Juan Caxal y la misma acusación, mezclada con otros delitos, recaía sobre el también familiar, Juan Claver de Torla en el valle de Broto y contra Jerónimo Ximeno de Fuentes de Jiloca. El grupo más numeroso de los penitenciados que no eran vecinos de Zaragoza corresponde, sin embargo, al de los lacayos, hombres armados que constituían la guardia personal de los señores[77].

---

[76] Juan Antonio LLORENTE, *Historia crítica de la Inquisición en España*, Madrid, 1981, vol. III, p. 259 y BNP, mss. españoles, n.º 91, ff. 10r-137r y 148r-158r, «Indice de las personas que han sido absueltas» y «Relación de los que comparecen voluntariamente a pedir la absolución».

[77] Es probable que Juan de Villalva, Juan Navarro y Juan de Peralta, tres de los testigos falsos condenados por la Inquisición que además procedían de fuera de Zaragoza hubieran sido inducidos y estuvieran vinculados a alguna de las cabezas de la revuelta. Juan Navarro en concreto era vasallo de don Juan de Torrellas quien a su vez estaba acusado de haberle perdonado una condena a muerte por deposar en falso a favor de Antonio Pérez, Marqués de PIDAL, *Historia de las alteraciones*, *op. cit.*, vol. III, p. 318 y Manuel GRACIA RIVAS, *La «invasión»*, *op. cit.*, p. 306.

La presencia de lacayos foráneos en Zaragoza está ampliamente contrastada por autores coetáneos y otros testimonios. Don Juan de Torrellas, yerno del conde de Sástago, que estaba en Zaragoza el 24 de septiembre, declaró ante el Santo Oficio haber llegado a la ciudad con un séquito de 20 lacayos; con el doble, según manifestaron otros testigos[78]. De don Diego de Heredia el inquisidor Morejón decía que había traído desde su lugar de Bárboles, cerca de la ribera del Ebro, dos carros llenos de lacayos para preparar la resistencia contra el ejército real[79]. Un acompañamiento similar llevaban don Martín de Lanuza y Manuel Don Lope. Estos caballeros que encabezaron la revuelta no fueron, sin embargo, los únicos en reclutar una milicia armada, ni en recurrir a gentes de fuera de Zaragoza. También las autoridades del reino y los nobles que las secundaban lo hicieron aunque solamente los perseguidos dejan mayor rastro.

¿Quiénes eran estos lacayos?, ¿de dónde procedían? En principio se trataba de vasallos de los mismos señores, caballeros avecindados en Zaragoza, pero con dominios dispersos dentro y fuera del reino, o bien de personas contratadas especialmente para la ocasión. Esto fue lo que ocurrió con 6 u 8 hombres que por orden de don Diego de Heredia y de don Martín de Lanuza y a través de Esteban de Aranda, un amigo común que vivía en Jaca, fueron alquilados para venir a Zaragoza el 24 de septiembre[80]. Esta afiliación mercenaria dejaba en algunos casos la elección de bando como algo ciertamente aleatorio. Definirse podía depender, incluso, de una cuestión de tiempo. Así Joan Soler, alias Miñonet, natural del Valle de Arán y vecino de Lascellas, lugar de don Juan de Torrellas, declaraba haber rechazado una oferta de los revoltosos, simplemente porque antes se había comprometido con Martín de Torres, vecino de Adahuesca, para ir «asoldado» a Zaragoza el 24 de septiembre al lado de las tropas el virrey[81]. La reputación de Soler, por otro lado, no tenía nada que envidiar a la de lacayos del otro bando como Martín Estevan y su sobrino Pedro Nadal. Si del primero se decía que era persona «que no tiene casa permanente porque es hombre de quadrilla y hordinariamente va con gente de mala reputación», los otros estaban «en opinión de gente que han seguido la bandoleresca y andado con armas y halládose en casos hartos feos»[82]. La propia situación de

---

[78] BNP, mss. españoles n.º 91, f. 153r; BL, Egerton 1508, ff. 159v-160r; Marqués de PIDAL, *Historia de las alteraciones*, op. cit., vol. III, p. 318 y Francisco de GURREA Y ARAGÓN, *Comentarios*, *op. cit.*, p. 132.

[79] BL, Egerton 1507, ff. 240r-241v, TZ/CS 28 de octubre de 1591. Además don Diego de Heredia habría escrito a Francisco de Ayerbe, un hidalgo vecino de Tauste ajusticiado el mismo día que él, para que viniera a Zaragoza el día que sacaran a Antonio Pérez de la cárcel de los manifestados, BNP, mss. españoles n.º 89, ff. 264r-276v, declaración de Domingo de Ayerbe, Aljafería, 9 de enero de 1592.

[80] BN, mss. españoles n.º 91, f. 75v.

[81] BNP, mss. españoles n.º 89, ff. 539r-540v.

[82] BNP, mss. españoles n.º 89, f. 596rv, copia de una carta de fray Juan Carrillo, comisario del Santo Oficio a los inquisidores de Zaragoza, Huesca, 15 de agosto de 1592 y ff. 534r-535r, declaración de Pedro Clavería, labrador, vecino de Adahuesca, ante To-

violencia que había vivido el reino en los último años con las guerras entre moriscos y montañeses, las guerras de Ribagorza y otras revueltas antiseñoriales como la que enfrentaba a don Juan de Torrellas con sus propios vasallos de la baronía de Antillón, así como la delincuencia, permitiría además la recluta, por uno u otro bando, de gentes ya habituadas a todo tipo de bregas.

más Cortes, comisario del Santo Oficio, Huesca, 14 de mayo de 1592. Clavería se había hallado en Zaragoza el 24 de septiembre acompañando a su tío, micer Clavería, lugarteniente de la corte del Justicia.

CUADRO N.º 1

Procedencia geográfica de los sentenciados por el Santo Oficio en relación con las alteraciones de 1591 (A) y de los absueltos por el perdón inquisitorial de 1592 (B)

	A	B
Aísa	1	—
Albalate	—	1
Albero	2	—
Albero Alto	1	—
Almunia, La	—	1
Almunia de Doña Godina, La	—	1
Antillón	1	—
Apiés	1	—
Arascués	1	—
Arive (Navarra)	—	1
Ayerbe	—	1
Azlor	1	—
Calanda	—	1
Caspe	2	—
Cervera	—	1
Daroca	—	1
Épila	1	—
Erla	1	—
Escarrilla	1	—
Fuentes	—	3
Fuentes de Jiloca	3	—
Huesca	—	1
Jaca	3	7
Lanaja	1	—
Lascellas	1	—
Longares	—	1
Miedes	1	—
Monreal de Ariza	1	—
Monterde	—	1
Panticosa	1	—
Peñalba	—	1
Plasencia	1	—
Saviñán	—	1
Sallent	2	—
Sariñena	1	1
Sos	1	—
Tarazona	—	1
Torla	1	—
Tronchón	—	3
Tudela (Navarra)	—	1
Velillas	1	—
Villanueva de Gállego	—	1
Zaragoza	70	248
Sin especificar	3	16
Total	104	294

Sobre la procedencia geográfica de los lacayos, contamos con los datos de los que fueron penitenciados por el Santo Oficio —17— y de la información que proporcionan las declaraciones realizadas ante la Inquisición, bien sea a través de denuncias o de autoinculpaciones para obtener el perdón de 1592 (cuadro n.º 2). En este último grupo se han incluido lacayos y otros que pudieran tratarse de simples cómplices, quizá un deudo o un amigo, porque la distinción entre unos y otros no siempre es muy clara, especialmente en el valle de Tena, donde algunos de sus vecinos, caso de Jaime Guallar, estuvieron en Zaragoza como lacayos y los más fueron testificados por dar cobijo a los que huían al Bearn, servir de espías o prestar su auxilio a la frustrada expedición aragonesa y bearnesa de febrero de 1592. También hay que tener en cuenta que la relación de estos cómplices se basa fundamentalmente en denuncias lo que por sí sólo no los convierte en cómplices *reales*. Podían haber sido testificados por venganza o por una mala información. Entre los procesados por el Santo Oficio estaba, por ejemplo, Juan Martón Pinta de Sallent quien fue finalmente absuelto al probar que había estado en Biescas «en favor de los católicos» y que precisamente él había intervenido en la detención de don Diego de Heredia. Otro vecino de Sallent, Miguel Martón, confesó haber ido forzado por don Martín de Lanuza, lo que podía ser verdad o una estrategia para eludir el castigo inquisitorial. De todas formas probó ser hombre pacífico y «haberse marchado en cuanto pudo» algo que no le evitó una condena de destierro[83].

A pesar de las dudas que plantean las fuentes inquisitoriales, la relación del cuadro n.º 2 permite trazar la geografía de algunas complicidades. Así, ya sean penitenciados o denunciados ante el Santo Oficio, lacayos u otro tipo de cómplices, su procedencia coincide principalmente con dos zonas localizadas en la mitad norte del reino. Una comprendería el triángulo Huesca, Barbastro y Monzón, de donde básicamente habría partido el séquito de don Juan de Torrellas, señor de la baronía de Antillón, situada en esta misma zona. Otros eran montañeses de Jaca, donde había operado en la contratación de lacayos aquel Esteban de Aranda que mencionamos antes, y del vecino valle de Tena (Sallent, Panticosa, Lanuza, Escarrilla y Tramacastilla) de donde era originario y conservaba ciertas posesiones don Martín de Lanuza[84]. Con estas vinculaciones de don Martín de Lanuza con la frontera no resulta, por tanto, una casualidad que el valle de Tena fuera elegido por numerosos fugitivos, entre ellos Antonio Pérez, como vía de salida hacia el Bearn y que fuera por este mismo valle por donde entrara la expedición organizada desde el Bearn.

[83] AHN, Inq. Lib. 989, f. 617v y 626r, causas de Miguel y Juan Martón.

[84] Gregorio GARCÍA CIPRÉS, «Los Lanuza», *Linajes de Aragón*, tomo VII (1916), p. 33.

CUADRO N.º 2

Lacayos y otros cómplices de los señores procedentes de fuera de Zaragoza acusados de participar en las alteraciones de 1591

LOCALIDAD	NOMBRE	
Aísa	Juan Sánchez	D
Aísa	Juan Saenz	P
Albero	Domingo Baster	P
Albero	Miguel Mancho (Ostes)	P
Albero	Mercader (el estudiante)	D
Albero Alto	Juan Juste	P
Albero Alto	Domingo Andrés	D
Albero Alto	Juan de Arenas	D
Albero Alto	Pedro Escuer	D
Albero Alto	Juan de Siescum	D
Antillón	Martín Allue	P
Apiés	Bartolomé de Lanuça	P
Apiés	Jaime Lanuça	D
Arascués	Antón de Villaman	P
Azlor	Martín Cançer	P
Azlor	Martín Velenguer	D
Barbastro	Gaspar de Segura	D
Barbastro	Antón de Villamana	A
Barbastro	Juan Valver	D
Binéfar	Mareravi	D
Campodarbe	Martín de Campo de Arve	D
Coscojuela	?	D
Erla	Jusepe Martínez de Çafra	P
Escarrilla	Pedro del Cacho	P
Escarrilla	Jerónimo Pedro	D
Fuentes	Juan Nadal	AB
Fuentes de Ebro	Miguel Juan Ladrón	AB
Huesca	Pilares	D
Jaca	Mateo Calvo	AB
Jaca	Domingo Contralto	AB
Jaca	Francisco Elcaro	AB
Jaca	Juan de la Fuente	P
Jaca	Lorenzo del Olmo	P
Jaca	Juan de Segalas	P
Jaca	Juan Vandres	AB
Jaca	Juan de Villacampa	AB
Jaca	Pedro Villarreal	AB
Lanuza	Juan Arudi	D
Lanuza	Pedro Lasala	D
Lanuza	Pedro Sorrosal	D
Lierta	Juan de Lope	D
Monzón	Jaime Zurita	A
Panticosa	Jaime Guallar	P
Panticosa	Domingo Lacort	D
Panticosa	Martín Turco	D
Panticosa	El hijo de Juan Lanuza	D
Plasencia	Pedro Bobon	P
Sallent	Gregorio de Blasco	D
Sallent	Pedro de Blasco	D

Sallent	Juan de Blasco	D
Sallent	Jaime de Blasco	D
Sallent	Juan Escodillon	D
Sallent	Bernad Gavin	D
Sallent	Pedro López Minguero	D
Sallent	Miguel Martón de Casadios	P
Sallent	Juan Moliner	D
Sallent	Juan Sánchez	D
Sallent	Pablo Sánchez	D
Tardienta	?	D
Tardienta	?	D
Tramacastilla	Juan Ferrer	D
Tramacastilla	Pelegay	D
Velillas	Martín Estevan	P
Velillas	Pedro Nadal	D
Velillas	Martín de Vilillas	D

A: Ahorcado por la justicia real
AB: Absuelto por el perdón inquisiorial
P: Penitenciado por el Santo Oficio
D: Denunciado ante el Santo Oficio

FUENTES: BNP, mss. españoles n.º 88, ff. 416r-417v; n.º 89, ff. 264r-277v; 286r; 303-324v; 326r-327v; 528r; 534r-535r; 539r-540v; 541r-542r; 542v-543r; n.º 91, ff. 10r-137r; BL, Egerton 1508, f. 133rv y 538r-561v y AHN, Lib. 989, ff. 615v-617v.

Hay que advertir finalmente que el acompañamiento de lacayos no es exclusivo de don Juan de Torrellas y de don Martín de Lanuza, ni todos los lacayos por el mero hecho de proceder de una de estas dos zonas están vinculados a ellos, aunque efectivamente muy a menudo se da esta coincidencia. La colaboración entre los mismos señores para el auxilio armado y una montaña conflictiva facilitarían el reclutamiento de lacayos por señores que no necesariamente tenían su mismo origen geográfico. A Jaime Guallar, vecino de Panticosa en el valle de Tena, un testigo lo había conocido como lacayo de don Juan de Torrellas y el 24 de septiembre lo había visto al servicio de Manuel Don Lope[85]. El mismo Don Lope tenía criados tanto de Tardienta, junto a Huesca, como de Tramacastilla en el valle de Tena.

Respecto a la extracción social de los penitenciados por la Inquisición, la mayoría son personas de origen popular. Destacan los «labradores» con un 31%, un porcentaje de gentes dedicadas a actividades agrícolas que aún podría elevarse algo más si añadimos los 6 que aparecen bajo el epígrafe de «trabajadores» y que probablemente sean jornaleros que trabajan la tierra. Los «labradores» resultan a su vez un grupo de contenido heterogéneo. Algunos fueron alquilados como simples lacayos para proteger la casa de alguna de las cabezas de la revuelta, lo cual indica que la milicia armada reclutada por los nobles no procedió solamente de fuera de la ciudad[86]. En el otro extremo hay labradores que gozaban de una posición acomodada. A Juan del Barco, que murió relajado, le fueron confiscadas unas casas, unas viñas, olivares y tierras de sembradura valoradas en 3.000 ducados y para salvarle la vida llegaron a ofrecer 6.000 ducados[87]. Jaime Christóval, condenado entre otros castigos al pago de 500 ducados, una de las penas pecuniarias más elevadas, estaba acusado de haber ofrecido a Antonio Pérez «su poder y su hazienda». Ambos, Juan del Barco y Jaime Christóval, habían sido muy activos durante la revuelta, actuando como cabezas de los labradores, participando en sus juntas, visitando a Antonio Pérez y acudiendo ordinariamente a casa de don Diego de Heredia. Negocios particulares quizás vincularan también a Jaime Christóval con algunos caballeros. Al menos uno de los delatores refiere que junto con otras personas se había amparado de don Diego de Heredia, don Martín de Lanuza y don Iván Coscón tras cierto mandamiento de Zaragoza en un pleito sobre unas aguas[88].

---

[85] BNP, mss. españoles n.º 89, f. 529rv.

[86] Pedro de Ontraita, Pedro Velasco y Miguel Maçipe de la Serrana, BL, Egerton, 1508, ff. 224r, 225v y 231v, causas de 1592. Para guardar la casa de Manuel Don Lope estuvieron Martín de Malet y Martín de Tena, ambos labradores de Zaragoza que vinieron a pedir el perdón inquisitorial, BNP, mss. españoles, n.º 91, ff. 92v y 96r. Martín Navarro otro labrador de Zaragoza fue procesado por ejercer de intermediario para alquilar y armar a unos lacayos, BL, Egerton 1508, f. 232r, causas de 1592.

[87] AHN, Inq. Lib. 968, f. 336rv, TZ/CS 1 de septiembre de 1597 y Manuel GRACIA RIVAS, *La «Invasión»*, *op. cit.*, p. 173.

[88] BL, Egerton 1508, ff. 229v-230r y BNP, mss. españoles, n.º 89, ff. 557r-560r, testimonio de Sebastián de Segovia.

Otro de los aspectos que destaca de las causas sentenciadas por la Inquisición es la práctica ausencia de los considerados cabezas de la revuelta y en especial de nobles. Muchos estaban gravemente testificados en la Inquisición y si el Tribunal no actuó contra ellos fue porque ya habían sido detenidos por la justicia real o estaban exceptuados del perdón real, y los inquisidores no se mostraron interesados en pedirlos, siguiendo la orden real de evitar repeticiones, o bien se encontraban exiliados. De los ausentes la Inquisición se preocupó más por aquéllos que además de estar inculpados en los motines habían participado en la expedición desde el Bearn. Así los inquisidores fulminaron procesos en ausencia y llamaron por edictos a don Martín de Lanuza, Manuel Don Lope, Gil de Mesa y Cristóbal Frontín[89]. De los penitenciados por la Inquisición los más próximos al grupo dirigente de caballeros eran Tomás de Rueda, sin bienes para confiscar, que fue uno de los relajados; Juan Basante, un catedrático de gramática, que había compuesto junto con Antonio Pérez varios pasquines y Miguel Don Lope, miembro de una conocida familia zaragozana, capitán en Sicilia e implicado en las recientes guerras entre moriscos y montañeses. Don Lope llegó a Zaragoza en la última fase de una revuelta en la que su hermano Manuel figuraba entre los cabecillas. Contra él no hay testimonios de haber participado en los motines, pero sí de intervenir en la resistencia al ejército real y en la expedición organizada desde el Bearn[90].

Estas características que hemos señalado en relación con los penitenciados por el Santo Oficio no difieren sustancialmente de las de aquéllos que vinieron a solicitar el perdón inquisitorial. La inmensa mayoría son también vecinos de Zaragoza (véase cuadro n.º 1) y su origen en gran parte es popular, destacando igualmente aunque en menor porcentaje los labradores (18%). En cambio dirigentes de la revuelta y personas que les habían dado apoyo político o legal son más abundantes entre los que se acogieron a la gracia. Por el tribunal pasaron cerca de una veintena de nobles, tres diputados y 8 de los 11 letrados convocados por la Diputación que se habían pronunciado a favor de la resistencia al ejército real.

«No traer a la memoria los motines y desgraçias pasadas»

A partir de 1593 la consigna inquisitorial fue evitar cualquier acto que recordara la revuelta pasada. Como consecuencia, todo lo que de público y de espectacular hasta ahora habían tenido los castigos desapareció y los condenados como impedidores por su relación con las alteraciones no salieron en los autos de fe que siguieron al de 1592, sino

[89] BL, Egerton 1508, f. 146rv, TZ/CS 4 de noviembre de 1592. Sobre la relación de reos repetidos, véase supra nota n.º 71.

[90] Gregorio MARAÑÓN, *Antonio Pérez*, *op. cit.*, vol. II, pp. 760-762 y un extracto de sus declaraciones en pp. 818-820. La relación y méritos de su proceso en BL, Egerton 1508, ff. 358r-362v.

que fueron castigados en la sala de la audiencia, precisamente, «por no renovar los dolores pasados» o como se repetiría en 1595 «por no traer a la memoria los motines y desgraçias pasadas»[91]. Esta nueva política sería la que también en última instancia salvó la vida de cinco lacayos de don Juan de Torrellas de ser relajados, condena que la Suprema sustituyó por otras penas[92].

La Inquisición fue recibiendo en estos años peticiones de clemencia por parte de personas que habían sido condenadas. La respuesta de los inquisidores dependió de los casos. En el de Juan Royo el parecer de los inquisidores sobre la remisión de la pena que le faltaba por cumplir fue negativo porque, según decían, el castigo (dos años de destierro) había sido leve[93]. Otras demandas fueron, por el contrario, aceptadas en orden a que no quedara «memoria de las cosas pasadas». Los inquisidores no tuvieron inconveniente en que Jaime Christóval regresara tras pasar año y medio en galeras. Razones de edad y a que el reino se encontraba en paz justificaban la medida[94]. A Galacián Cerdán, el antiguo zalmedina de Zaragoza y hermano del gobernador que había llevado a cabo la represión en 1592, la Suprema le alzó en 1598 parte del destierro que le faltaba por cumplir en Orán[95]. El capitán Miguel Don Lope parecía tener más difícil el perdón al haber huido de las galeras a las que había sido condenado. Sin embargo en 1598 sus servicios militares —ese mismo año participaba con las tropas imperiales en la toma de una ciudad húngara ocupada por el turco—, y la esperanza de continuarlos, fueron decisivos para que los inquisidores remitieran su proceso a la Suprema con un informe favorable[96]. Nada sabemos en cambio sobre los otros condenados a galeras y/o destierro; si cumplieron las penas impuestas o si elevaron peticiones de clemencia, lo que permitiría conocer hasta qué punto la Inquisición estaba por perdonar, o los casos anteriores eran excepciones por tratarse de apellidos relativamente conocidos en Zaragoza.

La política real por su parte tendió más a las medidas de gracia que al castigo en aquellas causas pendientes o derivadas de las alteraciones, aunque la lentitud en el proceso de toma de decisiones, cuando no en la ejecución de las mismas, prolongó estos asuntos durante bastante tiempo. Un memorial del Consejo de Aragón redactado algún año

---

[91] BL, Egerton 1508, f. 267, TZ/CS 8 de julio de 1593 y AHN, Inq. Lib. 989, f. 672r, causa de Bartolomé de Lanuça, 1595.

[92] Antón de Villaman, Domingo Baster, Juan Juste, Miguel Mancho y Martín Allue. Para las penas sustitutorias, véase anexo n.º 1.

[93] BL, Egerton 1508, f. 335rv.

[94] AHN, Inq. Lib. 1006, ff. 636r-638r.

[95] AHN, Inq. lib. 969, f. 33r, TZ/CS 14 de junio de 1600.

[96] BL, Egerton 1508, f. 357rv, TZ/CS 3 de julio de 1598 y el parecer de los inquisidores en f. 362v. B(iblioteca) C(ataluña), col. Fullets Bonsoms n.º 10913, *Relación verdadera de una rara empresa y victoria que la magestad cesárea del Emperador Rodolfo de Austria ha tenido de una ciudad llamada Iavarino... Por industria de un valeroso capitán aragonés natural de Zaragoza llamado Miguel Don Lope a los 29 de marzo deste presente año de 1598*. Barcelona, 1598.

antes de 1598, pero todavía vigente en estas fechas, ofrece una buena muestra de esta situación. Quedaba pendiente tomar resolución sobre peticiones de personas a las que se les habían confiscado sus bienes y a damnificados, especialmente por el impago de provisiones al ejército. A Juan Agustín, don Iván Coscón, don Pedro Sesse y don Juan de Torrellas, exceptuados del perdón real y presos cuando se entregaron a finales de 1593, todavía no les había oído el regente Sans sus descargos a pesar de haber sido nombrado para ello en 1594; los procesos de las 10 personas exceptuadas del perdón real concedido a Albarracín estaban sin sentencia y la decisión real de condonar las penas pecuniarias, que a su vez conmutaban las penas de azotes, galeras y destierro impuestas a los culpados de Teruel, no se había publicado por razones políticas. Era una baza que el Consejo guardaba en las negociaciones en curso para la extensión de los fueros del reino a esta ciudad y comunidad. En cuanto a los letrados castigados a destierro por el rey en Tarazona, si no toda, cumplieron la mayor parte de la pena a pesar de la favorable y pronta inclinación del Consejo por la concesión del perdón total. En 1593 ya se había recomendado a Felipe II el levantamiento del destierro, pero el asunto se suspendió hasta la llegada del nuevo virrey. Después, cuando ya se habían cumplido casi cuatro de los cinco años del castigo, se volvió a insistir ante el rey sobre lo mismo[97].

Durante los primeros años del reinado de Felipe III se dictaron medidas para la desaparición de los últimos vestigios que públicamente recordaban la represión de 1592 y para la total reincorporación a la vida social y política de los condenados tanto por el rey como por la Inquisición. En 1599 Felipe III habilitó a los culpados que habían estado insaculados y el día que entró en Zaragoza para jurar como rey los fueros mandó retirar las cabezas de los ejecutados en 1592 que todavía pendían, como en Teruel, públicamente expuestas[98]. A Galacián Cerdán, Jaime Christóval y Jerónimo Ximeno la Inquisición les concedió a su vez la habilitación para ocupar cargos públicos[99]. Otros exiliados, como Manuel Don Lope y Cristóbal Frontín, perseguidos por la justicia real y procesados también en ausencia por el Santo Oficio consiguieron el perdón real y en 1612 el compromiso inquisitorial de no proceder contra ellos si regresaban. De Don Lope los inquisidores valoraron positivamente que durante sus estancia en Francia hubiera vivido como católico, servido al rey e incluso gastado parte de su dinero en reducir a 4

---

[97] ACA, CA, Leg. 82, s/n, «Memorial de lo que en el Consejo supremo de Aragón se ha despachado y de lo que queda por despachar en los pleytos de las personas acusadas por las inquietudes de aquel reyno y de los bienes occupados».

[98] AHN, Inq. Lib. 969, f. 33r, TZ/CS 14 de junio de 1600, Lupercio Leonardo de ARGENSOLA, *Información, op. cit.*, p. 162 y Martín ALMAGRO BASCH, *Las alteraciones de Teruel, op. cit.*, p. 141.

[99] Sobre Galacián Cerdán, AHN, Inq. lib. 969, f. 33r, TZ/CS, 14 de junio de 1600. Las otras dos habilitaciones en AHN, Inq. lib. 370, ff. 103r y 106v, CS/TZ 20 de septiembre y 19 de octubre de 1624.

frailes que habían apostatado[100]. Años más tarde sus servicios en Francia, que había continuado después del perdón real, le valieron la habilitación a él y a sus descendientes para recibir honores y ejercer cargos públicos[101]. En 1626 asistía en el brazo de caballeros e hidalgos a las Cortes de Aragón, convocatoria en la que coincidió con Cristóbal Frontín. En estas Cortes, Frontín, a diferencia de su compañero de exilio no se distinguió por su apoyo a la política real. Elegido síndico de Tauste, su destacada oposición al voto del servicio llevó a la Junta de las Cortes a intentar presionarle a través de su pasado. La Junta propuso que se le pidieran las licencias de residencia que tenía del rey y de la Inquisición y que el conde de Monterrey escribiera a los inquisidores por «si puede haver algún camino para rebolver sobre la causa del processo que por las cosas referidas se fulminó contra él por el tribunal del Sancto Officio»[102]. No sabemos si efectivamente estas propuestas tuvieron algún efecto. Lo paradójico del caso es que después de tanto insistir en que la población borrase de su memoria los motines, quienes no lo habían olvidado eran los ministros reales.

Antonio Pérez, a diferencia de los anteriores, no consiguió el perdón en vida y sus escritos fueron igualmente perseguidos por la Inquisición, pasando indefectiblemente a engrosar la lista de los prohibidos. Ya en mayo de 1592 el comisario de Jaca remitía a los inquisidores tres copias del libro *Las aventuras de Antonio Pérez*. Rápidamente la Suprema mandó recogerlo por edictos y tres meses más tarde los inquisidores de Zaragoza no tenían ya más noticias de él[103]. El libro de todas formas siguió circulando. La Inquisición de Toledo descubrió en 1594 dos ejemplares en manos de unos caballeros y en 1597 el tribunal de Barcelona recogía otro ejemplar[104]. Poco tiempo antes de la muerte del ex-secretario los inquisidores de Zaragoza volvieron a dar la voz de alarma al comprobar que muchas personas tenían libros suyos que todavía no habían sido prohibidos[105]. Antonio Pérez murió en París en 1611, escasamente un mes después de haber solicitado un salvoconducto para poder regresar. Su familia continuó los trámites para obtener una rehabilitación que la Suprema, a pesar de la oposición de los inquisidores de Zaragoza, resolvió favorablemente cuatro años más tarde[106].

---

[100] AHN, Inq. Lib. 971, f. 360rv, TZ/CS 2 de junio de 1612 y Lib. 361, ff. 115v-116r, CS/TZ 31 de agosto y 3 de septiembre de 1612. Más extensamente sobre las vicisitudes del exilio de ambos, Gregorio MARAÑÓN, *Antonio Pérez*, *op. cit.*, vol. II, pp. 750-760.

[101] AHN, Inq. lib. 973, f. 51r, TZ/CS 4 de julio de 1623.

[102] ACA, CA, Leg. 1358, n.º 35, Calatayud, consulta del 4 de abril de 1626. Sobre los servicios de Manuel Don Lope en estas Cortes, véase el informe del conde de Monterrey, n.º 6/7, Calatayud 9 de julio de 1626.

[103] BL, Egerton 1508, f. 58rv, TZ/CS 27 de mayo de 1592, f. 165rv, TZ/CS 29 de septiembre de 1592 y Egerton 1507, ff. 316v-317r, CS/TZ 8 de junio de 1592.

[104] BL, Egerton 1508, f. 298r y AHN, Inq. Lib. 330, ff. 85v-86r.

[105] AHN, Lib. 970, f. 317, TZ/CS 9 de abril de 1609.

[106] Gregorio MARAÑÓN, *Antonio Pérez*, *op. cit.*, vol. II, pp. 726-731.

* * * *

Durante el curso de un año ministros reales, inquisidores y otros jueces eclesiásticos se dedicaron intensamente a la persecución y castigo de los implicados en las alteraciones de 1591. Fueron caminos paralelos que a veces se entrecruzaron al querer proceder diferentes tribunales contra las mismas personas. Ya hemos visto, de todas maneras, que esta coincidencia no dio lugar a conflictos particularmente graves. La colaboración primó entre las jurisdicciones y el hecho que actuaran varias a la vez no solamente no complicaba las cosas, sino que facilitaba que el castigo pudiera afectar a un mayor número de personas en un tiempo más corto.

La justicia real y la inquisitorial funcionaron a ritmos diferentes. La real se mostró mucho más rápida, con procedimientos sumarísimos, y flexible, con la combinación de medidas punitivas y de gracia. La secuencia represiva incluyó un castigo ejemplar con la ejecución del Justicia y de algunos plebeyos, un perdón con una larga lista de exceptuados, el ajusticiamiento de unas pocas cabezas de la revuelta y un nuevo perdón mucho más amplio que el anterior. La Inquisición por el contrario fue menos proclive a otorgar cualquier medida de gracia desde un principio y no se avino hasta después de haber investigado, procesado y castigado a un centenar de «impedidores» en el auto de fe del 20 de octubre de 1592. Impedidores entre los que se incluían lacayos de los señores, eclesiásticos, ministros del Santo Oficio, algún miembro del patriciado urbano de Zaragoza y sobre todo gentes de origen popular de esta ciudad, artesanos y en particular labradores que fueron en definitiva sobre los que más ampliamente recayó el peso inquisitorial, lo que equivale a decir el peso de la represión.

Las diferencias respecto a la justicia real no implica de todas formas que la Inquisición actuara de forma totalmente independiente. El rey, a través de las consultas de la Suprema, conoce perfectamente lo que va sucediendo en el tribunal del Santo Oficio de Zaragoza y participa en el desarrollo de su trabajo, no en los asuntos puramente judiciales, sino en aquello que concierne a la estrategia represiva. El rey ordena a la Inquisición perseguir sospechosos a los que alcanzaba el perdón real; entregar presos a la justicia real o evitar su repetición cuando a éstos les esperaban mayores condenas en los tribunales reales, exige plazos para la conclusión de las causas o bien lleva la iniciativa para que la Inquisición publique su perdón. Pero no todo aquello que el rey manda en primera instancia se va a cumplir. En más de una ocasión, especialmente en la entrega de los presos, el rey acabará dando marcha atrás y aceptando los argumentos inquisitoriales. En la cuestión del perdón es también el rey quien insiste para que la Suprema lo conceda. Todo esto significa que la Inquisición no se limita simplemente a acatar los mandamientos o las sugerencias reales. Empezando por los inquisidores de Zaragoza quienes respetuosamente, pero con vigor, se quejarán a la Suprema cuando juzguen que alguna orden real no resulta conve-

niente para la autoridad y la reputación del Tribunal. En resumen la monarquía tenía en la Inquisición un fiel colaborador, pero la Inquisición no se limitó a ser solamente un tribunal a su servicio, como decían los pasquines de la época, un mero «instrumento real», sino que además luchó por su jurisdicción, por los privilegios de sus ministros y por seguir la estrategia represiva que a ella le convenía, aspectos que la monarquía asumió porque en definitiva tampoco se contradecían con sus objetivos.

ANEXO N.º 1

Causas sentenciadas por el Santo Oficio de Zaragoza relacionadas con las alteraciones de 1591.

NOMBRE	VECINO	OFICIO		RE	RP	AV	AL	GAL	AZ	DEST		MULTA*	OTRAS PENAS
Auto de fe 20 de octubre de 1591													
1. Antonio Pérez				X									Confiscación de bienes
2. Tomás de Rueda	(Epila y Tauste)				X								Confiscación de bienes
3. Andrés de Naya	Zaragoza	Carnicero			X								Confiscación de bienes
4. Juan de la Fuente	Jaca	Tejedor			X								Confiscación de bienes
5. Jaime Guallar	Panticosa	Pastor			X								Confiscación de bienes
6. Rafael Rebollar	Zaragoza	Buidador			X								Confiscación de bienes
7. Juan del Barco	Zaragoza	Labrador			X								Confiscación de bienes
8. Juan de Segalas	Jaca	Cantero			X								Confiscación de bienes
9. Nicolás Blasco	Zaragoza (n.ª de Jaca)	Estudiante			X								Confiscación de bienes
10. Pedro Chufres			(M)						200			10	
11. Juan Felipe Mezot	Zaragoza	Mesonero	(M)				X		100			10	
12. Luis Tendero	Zaragoza	Esterero	(M)				X		100			10	
13. Jerónimo Valentín	Zaragoza						X	3					
14. Jerónimo de Calahorra	Zaragoza	Corredor de oreja					X	3					
15. Pedro de Ontraita	Zaragoza	Labrador					X	7	100				
16. Miguel de Araus	Zaragoza	Cordonero					X	4	200	6			
17. Vicente Lafoz	Zaragoza						X	4		6			
18. Diego de Barrionuevo	Zaragoza	Labrador					X	3		6			
19. Juan Valaguer	Lanaja	Trabajador					X	5					
20. Pedro Velasco	Zaragoza	Labrador					X	3		6			
21. Jerónimo Ximeno	Fuentes de Jiloca	Notario					X	?	200				
22. Miguel Malartín	Zaragoza	Trabajador					X	6					
23. Vicente Viscarrete	Zaragoza	Carnicero					X	4					
24. Juan de Prado	Zaragoza	Mesonero					X		100	4	d		
25. Martín Asençio	Zaragoza	Labrador					X	6	30				
26. Antón Dascara	Zaragoza	Labrador					X	3		6			

NOMBRE	VECINO	OFICIO	RE	RP	AV	AL	GAL	AZ	DEST			MULTA*	OTRAS PENAS
27. Miguel Alos	Zaragoza	Parchero				X	8	100					
28. Miguel Auson	Zaragoza					X		100	6	d			
29. Juan de Forcada	Zaragoza	Trabajador				X		100	5	d			
30. Mateo Falconero	Zaragoza	Barquero				X	4						
31. Juan Toçal	Zaragoza	Tundidor				X	5	100					
32. Benito Moreno	Zaragoza					X	4					200	
33. Pedro Quintana	Zaragoza	Calcetero				X	7	100					
34. Jaime Christóval	Zaragoza	Labrador				X	3		6			500	
35. Juan Luis de Luna	Zaragoza					X	4						
36. Juan de Villalva	Sos	Cantero				X	6	100					
37. Juan Navarro	Lascellas	Labrador				X	7	100					
38. Juan de Peralta	Sariñena	Labrador				X	4	100					
39. Juan Basante	Zaragoza	Catedrático				X	5		p	d			
40. Miguel Maçipe	Zaragoza	Labrador				X			4				
41. Antón de Casarnao	Zaragoza	Labrador							3	d			
42. Martín Navarro	Zaragoza	Labrador				X			1	z	2		
43. Blas de Recuenco	Zaragoza	Labrador				X			1			20	
44. Andrés de Valdecantos	Zaragoza	Mercader				X			6	z	4	30	
45. Juan Asençio	Zaragoza	Labrador				X			2	z	6	20	
46. Domingo Ximeno	Zaragoza	Trabajador				X			4	z	4	20	
47. Lucas de Segovia	Zaragoza	Labrador				X			6	z	4	100	
48. Domingo Peralta	Zaragoza	Labrador				X			1	z			
49. Pedro López	Zaragoza	Tratante				X			1	d		200	
50. Tomás Ferravi	Zaragoza	Barquero	(M)			X			1	z	4		
51. Martín de Borunda	Zaragoza	Carnicero				X			?	z	2	50	
52. Antón Arnal	Zaragoza	Labrador				X			1	z	4		
53. Juan de Broqueria	Zaragoza	Zapatero				X			2	z	4		
54. Pedro de Ayerve	Zaragoza	Labrador				X						10	
55. Juan de Casaldáguila	Zaragoza	Labrador				X			1/2	z	4	15	
56. Juan Andrés	Zaragoza	Labrador				X			1	z	4		
57. Domingo Perales	Zaragoza	Verguero				X			4	d			
58. Pedro Escuder	Zaragoza	Labrador y guarda del peaje				X			4	z	4		

NOMBRE	VECINO	OFICIO	RE	RP	AV	AL	GAL	AZ	DEST			MULTA*	OTRAS PENAS
59. Jerónimo Pérez	Zaragoza	Platero				X			6	d		30	
60. Pedro Luis Ganarco	Zaragoza	Notario				X			3	d			
61. Juan Royo	Zaragoza	Notario				X			2	z	4		
62. Martín Cançer	Azlor	Labrador				X			2	d			
63. Mateo de Villanueva	Zaragoza	Notario del Número				X			4	z	4	100	
64. Miguel Don Lope	Zaragoza	Capitán			X		10		p	r			
Sala de la audiencia octubre 1592													
65. Juan de Peregrina	Zaragoza	Alquilador mulas							1/2	z	4		
66. Jerónimo Marco	Zaragoza	Clérigo							1	z			
67. Miguel Garcés	Zaragoza	Clérigo				X						200	Recluso 6 meses en una iglesia o monasterio de Zaragoza.
68. Pedro Martínez	Zaragoza	Labrador				X			1/2	d	4		
69. Pedro de Vosa	Zaragoza	Labrador										20	
70. Pedro de Alcorisa	Zaragoza	Labrador										25	
71. Juan de Fuentes	Miedes	Notario real				X			1	(1)		100	
72. Mosén Fernando Treviño	Fuentes de Jiloca	Clérigo										30	Recluso 6 meses en la iglesia de su lugar.
73. Mosén Andrés Llorente	Fuentes de Jiloca	Clérigo				X			6	(2)		50	2 años del destierro en un monasterio.
74. Don Vicencio Agustín	Zaragoza	Prior de la Seo				X			4	z		1500	Prohibición perp. de tener oficio en la Diputación.
75. Gerónimo Gamir	Zaragoza	Clérigo				X			2	z	6	500	
76. Galacián Cerdán	Zaragoza	(C)				X			6	d	(3)		Privado de tener oficio real.
77. Miguel Samper	Zaragoza	Notario zalmedina							4			100	
Sala de la audiencia 20 Octubre 1592 — 1 de diciembre 1593.													
78. Pedro Bobon	Plasencia	Labrador				X	4						
79. Lorenzo del Olmo	Jaca	Pelaire				X			4	d			

NOMBRE	VECINO	OFICIO	RE	RP	AV	AL	GAL	AZ	DEST			MULTA*	OTRAS PENAS
80. Gregorio de Andía	Zaragoza	Clérigo											Recluso 1 mes en su iglesia.
81. Jusepe Martínez	Erla								1/2	z	4		
82. Juan Caxal	Caspe	(Familiar)	(H)										Suspenso de familiar por 2 años. 20 escudos.
83. Hipólito Ferrer	Caspe		(H)									20	
84. Antón de Villaman	Arascués	Trabajador				X	10		p	r			
85. Domingo Baster	Albero	Labrador				X	10		p	r			
86. Juan Juste	Albero Alto	Labrador				X	10		p	r			
87. Miguel Mancho	Albero					X	10		p	r			
88. Martín Allue	Antillón	Labrador				X	10		p	r			
89. Miguel de Campos	Zaragoza	Labrador				X			2	d			
90. Mateo de Olvia	Zaragoza	Cestero				X			1/2	z	4		
91. Pedro del Cacho	Escarrilla	Sastre				X			3	(4)			
92. Miguel Martón	Sallent	Trabajador				X			3	(4)			
93. Juan Baptista de Negro	Zaragoza											400	
94. Juan Claver	Torla	(Familiar)				X			4	(4)		100	Privado del oficio de familiar y de tener caballos.
95. Francisco Valles	Zaragoza	Secretario S.O.							1	r			Privado p. de tener oficio inq.
96. Francisco Cerdán	Zaragoza												Suspendida la causa.
97. Pedro Urliens	Zaragoza	Jubetero											Suspendida la causa.
98. Juan Martón Pinta	Sallent	Labrador											Absuelto.
Sala de la audiencia 1595													
99. Bartolomé de Lanuça	Apiés	Labrador				X	8						
100. Martín Estevan	Velillas	Labrador				X	4						
101. Simón Rodríguez	Zaragoza	Nuncio S.O.							2	z	5		Privado de cualquier oficio p. en la Corona de Aragón y 6 años en la Corona de Castilla.

NOMBRE	VECINO	OFICIO	RE	RP	AV	AL	GAL	AZ	DEST	MULTA*	OTRAS PENAS
Auto de fe 17 de abril de 1595											
102. Juan Saenz	Aísa	Lacayo				X			4 (4)		Privado p. de tener caballos.
103. Jerónimo Castellano	Epila			(M)							Suspendida la causa.
Auto de fe 10 de febrero de 1597											
104. Jerónimo Martínez	Monreal de Ariza								2 (5)		50 escudos.

FUENTES: BL, Egerton 1508, ff. 215r-246r; AHN, Inq. Lib. 989, ff. 615v-626r, 670r, 672rv, 678v-679v y Lib. 990, f. 25rv.

* en ducados.

RE: Relajado en estatua; RP: Relajado en persona; AV: Abjurar de vehementi; AL: Abjurar de levi; GAL: Galeras; AZ: Azotes; DEST: destierro. La primera columna corresponde al número de años (o, p: perpetuo), la segunda al lugar de donde es desterrado (r: reino, d: distrito inquisitorial, z: Zaragoza) y la última a la distancia en leguas de la zona de destierro.

M: morisco; C: ciudadano; H: hidalgo.

(1) Desterrado de Zaragoza y Calatayud.
(2) Desterrado de Zaragoza y Fuentes de Jiloca.
(3) Sirva en Orán a su costa.
(4) Desterrado de su lugar y los puertos 10 leg.
(5) Desterrado de su lugar.

NOTA: En algunas de las personas reseñadas la acusación de impedidor aparece secundariamente en el proceso. En el caso de Simón Rodríguez denunciado por delitos en el ejercicio de su oficio inquisitorial, de Juan Sáenz por pasador de caballos, de Jerónimo Castellano por hallarse en la compra de ciertos libros que contenían ceremonias musulmanas y de Jerónimo Martínez por superstición y revelar el secreto inquisitorial.

DERECHO INDIANO

MOS ITALICUS Y PRAXIS JUDICIAL INDIANA [1]

Javier BARRIENTOS GRANDÓN
Universidad de Chile

1. INTRODUCCIÓN

La incorporación jurídica de las Indias a la corona de Castilla por donación pontificia y otros justos títulos, no sólo significó que las nuevas tierras y sus habitantes pasaran a formar parte de la monarquía hispano-indiana, sino que además importaron el enfrentar nuevos problemas jurídicos que fueron resueltos según los marcos de la tradición jurídica europea, con lo cual las Indias se hicieron partícipes de un pasado común con el Viejo Mundo.

Así pues, se produjo en América la recepción del *ius commune* que, a la sazón, campeaba sin competidor en Europa.

La recepción de la tradición jurídica del derecho común se verificó en Indias por dos grandes vías: una de potestad, vale decir, oficial o real, y otra de autoridad, vinculada a las universidades y a la cultura jurídico-literaria.

Por vía de potestad el derecho común romano-canónico se recibió, en cuanto contenido, principalmente a través del *Fuero Real* y de las *Siete Partidas* que, a diferencia de Castilla, se aplicaron en Indias preferentemente en materias de derecho privado, supuesta la escasez del derecho municipal y la inexistencia de derecho foral.

Por vía de autoridad, fueron las universidades establecidas en las Indias según los moldes del Viejo Mundo, las que contribuyeron a través de la enseñanza del derecho a recibir y a difundir las diversas co-

[1] Este trabajo ha sido posible gracias al patrocinio del FONDECYT, que agradezco, así como al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, a cuyo director don José Luis Soberanes Fernández debo el haber permanecido en dicho centro de estudio y mi trabajo en los archivos mejicanos.

rrientes jurídicas y sus métodos entre quienes siguieron la carrera del derecho [2].

Como consecuencia de esta recepción por vía de potestad y por vía de autoridad se produjo la aplicación del *ius commune* en los tribunales indianos.

Esta recepción del *ius commune* en la praxis judicial indiana, prácticamente no ha sido estudiada. Por ello, este trabajo pretende contribuir a llenar en parte este vacío, sobre la base de un trabajo inicial en el Archivo General de la Nación de Méjico y en el Archivo Nacional de Chile.

La recepción del *ius commune*, se analizará, a través de las actuaciones de los letrados que litigaban ante los tribunales, y de los propios ministros de las reales audiencias, lo que puede detectarse, por ejemplo, a través de las vistas fiscales y de los votos consultivos de los oidores en materias de gobierno, y por lo tocante a los jueces legos, a través de los dictámenes de los asesores letrados.

Cabe sí advertir, que el grado de recepción del derecho común en la praxis judicial indiana, dependía de diversos factores, tales como el carácter letrado o no del tribunal, la intervención de asesores letrados, y la formación del mismo estamento letrado. De tal manera, la presencia del *ius commune* siempre resultaba más notoria cuando se estudia el mundo culto vinculado a las reales audiencias, y tendía a debilitarse al analizar los tribunales legos, o aquellos alejados de las sedes de audiencias.

Debe, igualmente, tenerse en cuenta que los resultados de esta investigación constituyen más que conclusiones, sugerencias, o tendencias, cuya definitiva comprobación dependerá de futuros trabajos de archivo.

La presencia del derecho común en las actuaciones judiciales indianas, se advertía por la invocación directa del derecho romano ante los tribunales; por el recurso a ciertos métodos propios del *mos italicus*; y por las citas de juristas pertenecientes tanto a las escuelas de los glosadores y comentaristas, cuanto a los del *mos italicus* tardío.

2. EL DERECHO ROMANO EN LA PRAXIS JUDICIAL INDIANA

La ley octava del libro segundo del *Liber iudiciorum* prohibió que el derecho romano fuera usado en el reino hispano visigodo, pero permitió que fuera estudiado en provecho personal de sus habitantes. Tal tradición fue confirmada por el *Fuero Real*, aunque este permitía alegar

[2] BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España. Notas sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato*, (México, 1993).

leyes concordantes: *si alguno razonare ley que acuerde con las deste libro, e las ayude, puede lo hacer e no haya pena*[3].

Posteriormente, el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, que puede verse como una de las primeras medidas restrictivas del derecho común en Castilla, no mantuvo la posibilidad de invocar el derecho romano cuando concordara con el real, sino que, en términos generales, reprodujo el antiguo precepto del *Liber Iudiciorum*, al disponer, que:

> «Empero, bien queremos, e sofrimos que los libros de los derechos que los sabios antiguos ficieron, se lean en los Estudios generales de nuestro Sennorio, porque ha en ellos mucha sabiduría, e queremos dar logar que nuestros naturales sean sabidores e sean por ende mas onrrados»[4].

Bien sabemos que esta ley se reprodujo en la primera de las de Toro de 1505. De tal manera, al tiempo del producirse el descubrimiento de América, el derecho romano estaba privado de valor potestativo en el reino de Castilla, y por ello no se lo incluía en el orden de prelación de las fuentes del derecho.

A pesar de ello, la interpretación que hicieron ciertos juristas castellanos al referido orden de prelación, permitía la aplicación del derecho romano, bien por fuerza de razón, por fuerza imperativa, o por haber sido recibido como costumbre.

Uno de los primeros juristas castellanos que se ocupó en tratar de la disposición relativa a la vigencia del derecho romano fue, precisamente, Juan López de Palacios Rubios (c.1447-1524), autor de las restantes leyes taurinas.

Palacios Rubios se ocupaba de esta materia en la *Introductio* de sus *Commentaria, et repetitio rubricae, et capituli, per vestras de donationibus inter virum & uxorem*, publicada en Valladolid en 1503.

En ella trataba del derecho aplicable en las causas canónicas, y allí sostenía que en primer término debía recurrirse al propio Derecho Canónico, y a falta de él, se debía recurrir al derecho y costumbres del reino, y no al Derecho Romano, siguiendo en este punto la opinión de Gonzalo de Villadiego en su *Repetitio de restitutione in integrum*, y así decía:

> «Merito ergo deficiente Iure Cano. recurrendum erit ad iura & con-

---

[3] *Fuero Real*, 1.6.5, en *Los códigos españoles concordados y anotados*, (Madrid, 1872), T. I, pp. 357-358. Esta disposición parecía construida sobre la base del *Fuero Juzgo* y del *Espéculo* (4.2.16), pues este último permitía alegar derecho romano concordante: *Fazer deven otrosi por derecho aquellos que han poder de juzgar, que si alguno aduxiere libro de otras leyes para razonar por el, quel ronpan luego, e demas fazer aquel que lo aduxo, que peche quinientos mrs. al rey. Ca como quier que nos plega, e queremos que los de nuestro sennorio aprendan las leyes que los omes usan en las otras tierras, e todas cosas, porque sean mas entendudos e mas sabidores non tenemos por bien que las razonen en los pleitos, nin que judguen por ellas, sinon si fueren tales que acuerden con estas.*

[4] *Ordenamiento de Alcalá*, 1348, en *Los códigos españoles concordados y anotados*, (Madrid, 1872), T. I, tít. XXVIII, ley 1, p. 466.

> suetudines regni, non autem ad iura Imperatorum vel iuris consultorum. Hoc tenuit & firmavit egregius doct. Gundisalvus de Villadiego... sua eleganti repeti. C. constitutus de restitu. in inte. cap. 7. ver...»[5].

Sólo a falta de derecho real y de costumbres del reino, permitía invocar el Derecho Romano, según opinaba Baldo de Ubaldis (1327-1400) en sus *Commentaria in Codicem*, y así señalaba que, por ejemplo: *iura civilia allegari possunt ad decisionum causarum beneficialium*[6].

Por su parte, en la decisión de las causas civiles, debía fallarse conforme al derecho real y, a falta suya tenía que recurrirse al Derecho Canónico, antes que al Civil, según doctrina de Baldo de Ubaldis (1327-1400) en sus *Commentaria in Codicem*, porque el derecho canónico derivaba del derecho divino, y bajo la ley divina se encontraban todas los pueblos y naciones:

> «...Sic deficiente iure regni, potius recurratur ad ius canonicum, quam ad ius civile imperatorum vel iuris consultorum: quia ut not. dicit Bal. in l. 2 C. quem ad mo. testa. aper. in dubio potest est servandum ius canonicum, quam civile: quia ius canonicum inheret iure divino, & sub lege divina sunt omnes populi & nationes...»[7].

Sin embargo, aclaraba López de Palacios Rubios, que si bien era permitido argumentar sobre la base del Derecho Romano, él no tenía vigencia en el reino, y más aun en la audiencia real, donde el derecho civil era alegado no en forma imperativa (*pro auctoritate*), sino sólo como razón:

> «...Sed ius Imperatoris, non viget ubique; locorum: & maxime in curia regis, ubi ius civile non allegatur pro auctoritate, sed solum pro ratione»[8].

Esta particular doctrina de López de Palacios Rubios, que distinguía la aplicación del Derecho Romano en las causas canónicas y civiles y, en estas últimas, su alegato sólo como razón, tuvo grande influencia en los autores castellanos e indianos posteriores, quienes normalmente invocaban estos pasajes y, en muchos casos lo seguían muy de cerca, como el castellano Gregorio López (1496-1560), y los indianos Juan de Hevia Bolaños (1570-1623), y Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737).

Gregorio López (1496-1560) seguía fielmente la doctrina de López de Palacios Rubios, a quien citaba expresamente y casi con sus mismas

---

[5] LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, Juan, *Commentaria, et repetitio rubricae, et capituli, per vestras de donationibus inter virum & uxorem*, (Salmanticae, 1578), *Introductio*, n.º 15, fol. 7.

[6] *Ibidem*, n.º 6, fol. 4.

[7] *Ibidem*, n.º 16, fol. 7.

[8] *Ibidem*, n.º 16, fol. 7.

palabras sentaba en la glosa 2 a la ley 8, del título 14, de la Partida 5, que a falta del derecho real debía recurrirse, más que al derecho romano, al canónico:

> «...Et sic deficiente Jure Regni potius sit recurrendum ad Jus Canonicum, quam ad leges Imperatorum, ut tradit Joan. Lupi a Palac. Rubeis, in introductione repetitionis capituli per vestras, de donat inter virum et uxor. versic...»[9].

Antonio Gómez (1502-1562/72) también permitía la invocación del Derecho Romano, pero no en el mismo orden y carácter que López de Palacios Rubios, y seguía un camino distinto en su *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, donde sostenía que el juez debía primero, y ante todo, recurrir a las *Leyes de Toro*, luego a los *Ordenamientos, Pragmáticas* y *Siete Partidas*, a falta de ellas a los *Fueros*, y en deficiencia de estos al derecho de los jurisconsultos y emperadores romanos que se enseñaba en las escuelas y estudios generales, siguiendo la opinión común:

> «...In isto Regno, in decisionibus causarum prius, & ante omnia debet iudicari per istas *Leges Tauri*. Item consecutive postea per *Leges Ordinamenti, & Pragmaticas huius Regni, & Leges Partitae*; licet non prohibetur earum usus, nec consuetudo; postea per *Leges Fori*, quae fuerint in usu, & consuetudine. Postea vero, his deficientibus, debet iudicari per *ius commune Romanorum Consultorum, & Imperatorum*, quod legitur, & disseritur in Scholis, & Studiis generalibus, secundum communem opinionem, quae reperiatur in casu de quo dubitatur; correcta *Lege Regia de Madrid*, quae disponebat, quod in decisionibus causarum, deficiente lege, sequatur opinio Bartol. & postea Bald.»[10].

Tal era el arraigo del derecho romano entre los juristas que se resistían a que este fuera desplazado por el derecho real y los restantes derechos propios, pues para ellos constituía una especie de segunda naturaleza.

En las Indias diversos juristas se ocuparon del tema del derecho romano y de su invocación y vigencia[11].

El oidor de la Audiencia de Lima Juan de Matienzo (1510-c.1579),

---

[9] LÓPEZ, Gregorio, gl. 2, ad P. 5.14.8.

[10] GÓMEZ, Antonio, *Ad leges Tauri commentarius absolutissimum*, (Salamanca, 1555), cito por la edición de Madrid, 1768, ad l. I. n.º 1, fols. 4-5.

[11] *Vide* ÁVILA MARTEL, Alamiro, *El derecho romano en la formación de los juristas chilenos del siglo XVIII*, en *Studi in memoria di F. Vasalli*, (Torino, 1960), pp. 395 y ss.; BERNAL DE BUGEDA, Beatriz, *El derecho romano en el discurso de Antonio de León Pinelo sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales*, en *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano* (En adelante AHJE.), VI, (Quito, 1980), pp. 147-171; LEVAGGI, Abelardo, *Derecho indiano y Derecho romano en el siglo XVIII*, en AHJE, V, (Quito, 1980), pp. 269-309; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La vigencia del derecho romano en Indias según el jurista Juan del Corral Calvo de la Torre*, en VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, (Valladolid, 1983), pp. 71-89.

en sus *Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, afirmaba que en el reino no se juzgaba por el Derecho Romano, pero seguía la doctrina según la cual el Derecho Romano se guardaba en la decisión de los pleitos en cuanto la razón impelía a ello:

> «...At iure Regio non astringimur, etiam leges Imperatorum nedum communem opinionem doctorum observare in iudicando, nisi quatenus earum ratio nos impellat» [12].

Luego reafirmaba la decisión del *Fuero Real*, al precisar que en el reino se juzgaban las causas por el Derecho Real, y no por el Derecho Romano, a menos que ellas no las contradijeran y que se fundaran en la razón:

> «Legibus regiis iudicandum est in hoc regno & non legibus Imperatorum, nisi quatenus non contradicunt & ratione fundantur» [13].

Por su parte Juan de Hevia Bolaños (1570-1623) seguía fielmente en su *Curia Philippica* la doctrina de Juan López de Palacios Rubios, en cuanto afirmaba que para la decisión de las causas:

> «En el fuero eclesiástico se ha de guardar el Derecho canónico; y a falta de él, el real; y en el fuero secular se ha de guardar el Derecho real; y a falta de él el Canónico; y así a falta de uno, se ha de ocurrir al otro, y no al Derecho civil, como lo resuelven Palacios Rubios, Castillo, Cifuentes, Avilés y Diego Pérez» [14].

En lo tocante a la aplicación del Derecho Romano, Hevia Bolaños hacía suya la doctrina de Gregorio López que, como se ha visto, era la del mismo López de Palacios Rubios, al afirmar que el derecho civil de los romanos se recibía en el reino sólo en cuanto razón natural:

> «Las leyes del Derecho civil y común imperial de los Romanos se reciben en el Reyno en cuanto a razón natural, y no en cuanto a leyes, autoridad y potestad suya, pues no lo son, ni la tienen en los Reynos donde los Reyes, y Príncipes de ellos no reconocen sujeción al Imperio Romano, ni superior en lo temporal, como en los Reynos de España, y Reyes de ellos, nuestros Señores, según Gregorio López» [15].

De su lado, el oidor supernumerario de la Real Audiencia de Chile, Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737) recibía, a través de la glosa gregoriana, la doctrina de Juan López de Palacios Rubios, en sus *Commentaria in libros Recopilationem Indiarum*, donde sostenía

---

[12] MATIENZO, Juan de, *Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, (Mantua Carpetanae, 1597), l. 2, tít. 4, glosa 1, n.º 15, fol. 10 vta.

[13] *Ibidem*, l. 4, tít. 6, glosa 1, n.º 3, fol. 148 vta.

[14] HEVIA BOLAÑOS, Juan de, *Curia Filípica*, (Lima, 1603), I.8.14, cito por la impresión de Madrid, 1825.

[15] HEVIA BOLAÑOS, Juan de, *ibidem*, I.8.15, fol. 45.

que en las causas civiles a falta del derecho real, debía recurrirse al derecho canónico, pues en las espirituales este último primaba:

> «...Harumque defectu est ad Jus Canonicum recurrendum... quod quidem in spiritualibus, et pro foro animae est primo adeundum: nam in his omnibus aliis Juribus etiam Regiis anteponitur» [16].

Esta opinión de Juan del Corral dependía directamente de la doctrina de Gregorio López, quien había sentado en la glosa 2 a la ley 8, del título 14, de la Partida 5, y siguiendo a Juan López de Palacios Rubios en su *Repetitio capituli per vestras, de donationibus inter virum et uxorem*, casi con las mismas palabras, que a falta del derecho real debía recurrirse, más que al derecho romano, al canónico, según se ha tenido ocasión de anotar.

Luego del Corral defendía que en defecto del derecho canónico debía recurrirse al romano:

> «Hisque omnibus deficientibus, ad Jus civile est recursus, quia licet leges civiles, tum Consultorum, tum Imperatorum apud nos non habeant vim legum, quia ex hoc induceretur quaedam superioritas, ullo modo confitenda; attamen eis est utendum tamquam ratione naturali, si in ea fundantur, quia haec sufficit ad casum resolutionem... Ratio autem bene ita debet Judicem movere, sicut lex ipsa expressa, quia lex non potest esse, nisi quatenus ratione fundantur» [17].

Así pues, para Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737), el derecho romano, carecía de una vigencia imperativa, pues de aceptarla se estaría reconociendo por los reyes de Castilla una cierta superioridad del Imperio, y por ello tenía un carácter más bien doctrinario, en cuanto lo consideraba razón natural si estaba cimentado en ella, materia en la que transcribía textualmente las palabras de Juan de Matienzo, ya transcritas (*nisi quatenus ratione fundantur*).

Esta misma argumentación, que desconocía la vigencia legal del derecho romano y lo situaba en una posición doctrinaria o racional, había sido defendida por Adame y Arriaga en las glosas latinas a los *Estatutos y Constituciones de la Real y Pontificia Universidad de México*, conocidas como *Ordenanzas de Palafox*, que bajo el título de *Imperialis Universitas illustrata per constitutionum scholia*, publicó en Sevilla en 1698, donde se sostenía:

> «Quibus Hispaniae legibus in omnibus Regnis potentissimi nostri

---

[16] CORRAL CALVO DE LA TORRE, Juan del, *Commentaria in libros Recopilationem Indiarum*, (Madrid, 1751-1756), lib. 2, tít. 1, leyes, I, II y XXIV, § 45, p. 23, cit. por GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La vigencia del derecho romano en Indias según el jurista Juan del Corral Calvo de la Torre, en Justicia, sociedad y economía en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, (Valladolid, 1983), pp. 71-89, en concreto p. 75, n.º 17 y 18.

[17] CORRAL CALVO DE LA TORRE, Juan del, *Commentaria in libros Recopilationem Indiarum*, (Madrid, 1751-1756), lib. 2, tít. 1, leyes, I, II y XXIV, § 45, p. 23, cit. por GUZMÁN BRITO, Alejandro, (n. 10), p. 76, n.º 19.

> Domini Regis iudicandum est, ut in praeludio legum Matriti anno 1502 & leg. 1 & 2 Tauri, & non legibus Romanorum que Hispanos non constringunt, ut probant Archidiaconus in cap. cum devotissimum 12 quaest. 1 & ibidem Egidius de Bellamera, Hostiensis, & Doctores in cap. super specula, de privilegiis Regum Hispani, ut ipse ibidem a num. 548 isto semper Imperatorum Leges ut rationes allegari, & adduci possint, cum legis etiam abrogatae ratio allegari possit, leg. eos D. de cap. deminut. Castellas in leg. d. I Tauri, verbo no se use de ella, & leg. sequenti»[18].

Supuesta así una argumentación doctrinal que defendía la aplicación del derecho romano, a pesar de su proscripción, y de la enseñanza que de él se hacía en las universidades, no resultaba extraño que se mantuviera su invocación en estrados, bien en forma complementaria del derecho real y de los fueros, bien en cuanto concordaba con dichas disposiciones, o bien, en tanto era un argumento de razón.

2.1. Derecho romano complementario

Si bien no muy frecuentes en las actuaciones judiciales hasta ahora estudiadas, el derecho romano se invocaba directamente ante los tribunales indianos, por los abogados, asesores letrados, y fiscales, hasta iniciado el siglo XIX.

Las citas de derecho romano en los tribunales indianos parecen haber sido frecuentes, incluso hasta finales del siglo XVIII. De ello daba cuenta en el Río de la Plata, el fiscal de la Real Audiencia de Buenos Aires, José Márquez de la Plata y Soto (1741-1825), en una vista fiscal fechada el 27 de marzo de 1794, donde reprochaba la práctica común de los abogados de presentar: *escritos dilatadísimos llenos de citas de autores y de leyes del Derecho antiguo romano*[19].

La presencia del derecho romano en la práctica, no podía menos que ser reflejo de su recepción científica en las cátedras de leyes de las universidades. Por ello, bien podía decir en noviembre de 1801, el licenciado mejicano Juan María de Cervantes, en pleito sobre cobro de pesos derivados de un contrato de compraventa, que:

> «Todos los juristas saben, porque así lo enseña la *Instituta* de Justi-

---

[18] Glosa n.º 3.577, ad. const. 399, *Estatutos y Constituciones hechos con comission particular de Su Magestad para ello: Por el Excmo. y Illustrmo. Sor. D. Juan de Palafox y Mendoza*, (México, 1668), fol. 388. Este falso volumen, que se conserva en la Biblioteca Nacional de Méjico de San Agustín, está compuesto por la primera parte de la edición de 1668 y por el texto de la de Adame y Arriaga. Debo esta noticia al Dr. Enrique González González, cuya gentileza agradezco.

[19] Vista fiscal del 29 de marzo de 1794, cit. por LEVAGGI, Abelardo, en *El derecho romano en la formación de los abogados argentinos del ochocientos*, en *Derecho*, 40, (Lima, 1986), p. 18.

niano, que: *emptio et venditio contrahitur simul, atque de pretio convenerit...*»[20].

En los actos regulados por el derecho privado el principal texto de legislación real aplicado en las Indias era el de las *Siete Partidas*, que no era más que una reelaboración del derecho romano y de la glosa, de tal suerte que cuando los letrados indianos debían defender las posiciones de sus partes, resultaba de toda lógica recurrir a los textos justinianeos, para argumentar según sus intereses.

Así el fiscal de la Real Audiencia de Santiago Miguel de Gomendio y Urrutia (1670-1759), en vista del 12 de diciembre de 1715, en la causa civil sobre derecho a alimentos se apoyaba en las prescripciones de la *Lex Iulia de ordinibus maritandis*, para afirmar el derecho de la marquesa de Carpo y sus hijos, a una pensión sobre los bienes de su marido, embargados por no haber apoyado la causa de Felipe V en la guerra de sucesión:

> «El fiscal en los autos con don José Valeriano de Ahumada en vista de su pedimento, dado en nombre de la Marquesa de Carpo y sus hijos, en que pide 2.000 pesos anuales sobre los bienes de su marido, que se hallan embargados, para su asistencia y familia. Dicen que todos saben como que por axioma común los padres están obligados a alimentar a sus hijos por naturaleza, por política y piedad, todo junto, siendo tan principal este débito, que si las partes faltan a ellos la ley da poder a los hijos a forzarlo a que lo cumpla, y así tiene esta obligación sus raíces tanto en las leyes como en la sangre... Y aunque el derecho se afirma expresamente con rígida ponderación contra aquellos que, menos advertidos, pronto se olvidan de la primera obligación de su sangre y vasallaje, todavía no alcanza el rigor de los derechos, en la más benigna oposición a la presente demanda que esta se debe considerar como independiente de los delitos, mayormente cuando hasta ahora no se ha visto, ni declaración de delito, ni el grado de su malicia, era necesario llegar a declarar respecto de que la *Ley Julia de Maritandis* sólo tiene en su primer capítulo todo el lleno de su rigor...»[21].

A propósito de las donaciones *in articulo mortis*, en Mérida (Nueva España), el 30 de noviembre de 1733 el doctor Nicolás Leyton Tanudo, en los autos de expolios del obispo de Veracruz doctor Juan Ignacio María de Castorena Urzúa y Goyeneche, en su calidad de mayordomo del prelado difunto, defendía ante los señores alcaldes y

---

[20] Archivo General de la Nación México (En adelante AGN), Civil, 70, exp. 1, *A instancias de D. Rodrigo Sánchez, acreedor de D. José Antonio de Hoyos, sobre que D. José Domingo Guerra devuelva la cantidad que percibió*, fs. 89 vta.

[21] Archivo Nacional de Chile Fondo Real Audiencia (En adelante ANRACH), 389, fs. 69. Santiago, 12/12/1715. *Doña Matea Ibáñez, sobre representación que hace a la Real Audiencia, para que se le dé una asignación en concepto de alimentos para su persona e hijos menores, de los bienes que por real cédula le fueron embargados a su marido el Marqués de Carpo, don Mateo Ibáñez, por el delito de infidelidad.*

gobernadores, la validez de ciertas donaciones efectuadas por el obispo estando próximo a la muerte, y para ello citaba un párrafo del *Digesto*:

> «El Prelado puede libremente donar de los bienes adquiridos *intuitu Ecclesiae*, no prohibiéndoselo otra disposición que la última voluntad. Luego, aunque esté enfermo podrá hacer sus donaciones, porque no deja de ser donación aquella que se hace por un enfermo que está próximo a morir, como se prueba de un singular texto en la *Ley Seya § Pater ff. de donationibus causa mortis: Eum autem, qui absolute donaret*, porque no es lo mismo estar uno a la muerte y hacer donación, que hacer donación por causa de muerte» [22].

En el reino de Chile, el doctor Francisco Ruiz de Berecedo (1674-1752) en un alegato ante la Real Audiencia de Santiago en 1748, para defender su plaza honoraria de oidor, recurría en 8 ocasiones al *Digesto*, en 5 al *Código* y en 2 a las *Novelas* [23].

Para Ruiz de Berecedo, el derecho romano continuaba siendo sinónimo de *ley*, y como tal de sus invocaciones se desprendía que lo consideraba como derecho aplicable por sí mismo. Así puede observarse en el siguiente texto que discurría acerca de la representación del monarca en el Real Sello y en el cuerpo de la Audiencia:

> «En el recibimiento de cualquier señor ministro está el Rey representado *per fictionem iuris*, pero cuando los señores ministros asisten *pro tribunali*, en la realidad está Su Magestad representada, porque fuera superfluo que en el recibimiento, en el Real Sello estuviese representada la persona del Rey y, juntamente se hallase la mesma representación en los señores ministros que asistían al recibimiento, detestando la ley estas superfluidades: ley *haec stipulatio § final ff. ut legatorii nomine caveatur*» [24].

Esta actitud frente al derecho romano también se manifestaba, cuando en su alegato escribía que jamás había querido obtener su oficio por vía de beneficio pecuniario a la Corona:

> «...Para cerrar la puerta de cualquier beneficio tuvo el oidor honorario presente la *ley 1. Cod. de officio praefecti, Novella 8 et 86*, entre las del Emperador Justiniano, *ley Sancimus. Cod. ad leg. Iulia repetundariis*» [25].

---

[22] AGN. Arzobispos y Obispos, 14, exp. 2, *Concurso de acreedores a los expolios del Illmo. Dr. Dn. Juan Ignacio María de Castorena Urzúa y Goyeneche*, fs. La cita es del *Digesto* 39.6.42.1.

[23] ANRACH. 2106, pza 12, y en Archivo Nacional de Chile Fondo Antiguo (En adelante ANFA), 2, pza. 29.a. Vide BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *El derecho común ante la real audiencia de Chile en un alegato del siglo XVIII*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* (En adelante RCHHD), 15, (Santiago, 1989), pp. 105-116.

[24] RUIZ DE BERECEDO, Francisco, *Expediente donde se evidencian los agravios que ha padecido el carácter de oydor honorario de su plaza*, en ANRACH. 2.106, p. 12, fs. 9 vta.-10.

[25] RUIZ DE BERECEDO, Francisco, *Expediente donde se evidencian los agravios que ha padecido el carácter de oydor honorario de su plaza*, en ANRACH. 2.106, p. 12, fs. 9 vta.-10.

En materia hereditaria el año 1791 Ignacio Espejo invocaba ante la Audiencia de Santiago de Chile las prescripiciones del derecho romano concordantes con la legislación real de Castilla:

> «Es pues asentado y muy sabido, que por la ad-diccion de la herencia pasan al heredero todos los derechos y acciones del difunto... pero en el evento de encontrarse los bienes ocupados en alguna posesion, es desde luego necesario el recurso al juez a fin de evitar resultas fatales... Para este caso se han introducido en el derecho varios interdictos y otros eficaces remedios, de los cuales en los que con mas particularidad se mira por los herederos, es uno del derecho comun fundado en el Edicto del Emperador Adriano, y otro de nuestro Real de Castilla, dimanado de la ley Sonia, que es la ley 3.ª titulo 3.º libro 4.º...»[26].

El fiscal Joaquín Pérez de Uriondo, se hacía cargo de estas alegaciones en su dictamen, apoyándose en los autores y en el *Codex Iustiniani*:

> «Preguntando a los autores quien sea legitimo contradictor en el caso de la Ley Sonia o el Edicto del Emperador Adriano, asientan varias conclusiones como otras tantas reglas para juzgar la materia, siendo la primera: 1. Que es legitimo contradictor el que posea al tiempo de la muerte del difunto y al que se pide la mission. 2. Lo es tambien el que tiene titulo del finado y en su virtud ocupo los bienes despues de la muerte. 3. Aquel que legitimamente contradice que tiene titulo verdadero y habil para la traslacion del dominio directo y util dado por el heredero u otro tercero segun se deduce de la ley *Fin. Cod. de Edict. D.A. Fall.*»[27].

En otro párrafo de su vista el fiscal volvía a invocar otro pasaje del *Código de Justiniano*:

> «...Ignacio Espejo, que debe admitir que expedido el mandato de possidendo citatis, quorum interest, no tiene lugar la contradiccion, pero si la apelacion u otro recurso, segun fundamento de los autores sobre la ley *Fin. Cod. si de momentanea possetione fuerit apellatum*»[28].

El mismo fiscal Joaquín Pérez de Uriondo y Martierena en un dictamen del año 1796 trataba de la cosa juzgada conforme al derecho romano, que concordaba con las leyes de *Partidas*:

> «Estamos viendo con frecuencia observada con puntualidad la ley *sub specie de re iudicata*, en que se manda, que por pretexto de nuevos instrumentos, o testigos, absolutamente no pueda tratarse más

---

[26] ANRACH. 2.424, pza. 3, *Antonio Llanca, marido de Ines Manzano, indios, contra Ignacio Espejo, notario de Río Claro, marido de Antonia Argomedo, por despojo de tierras y exacciones ilegales.*

[27] *Ibidem.*

[28] *Ibidem.*

> de la cosa juzgada, y sin embargo no cabe duda de que cuando en sus causas se hallan nuevos instrumentos de que no se conoció en primer juicio, de ningún modo le estorba ni puede servirle de embarazo la cosa juzgada por disposición de la ley única *C. de sent adbers. fisc. latis retractandis*, y la ley *Imperatori de re judicata*... Las citadas leyes son concordantes con la 19, part.ª 3...»[29].

En el Río de la Plata, el fiscal de la Real Audiencia de Buenos Aires José Márquez de la Plata y Soto (1741-1825), a pesar de su censura a los abogados que invocaban el derecho romano, en una vista evacuada el 28 de julio de 1802, escribía, a propósito de la súplica de las leyes, que:

> «...Es inconcuso en las leyes del título 22 libro 1.º del Código Romano, *si contra ius vel utilitatem publicam, vel per mendatium fuerit aliquid postulatum, vel impetratum*; en las del título 18 partida 3.ª; en la única del Ordenamiento de Alcalá; en las del título 12 libro 3.º del Ordenamiento Real , y todo el título 14 libro 4.º de la Nueva Recopilación de Castilla, con que conforman las Municipales de estos reinos...»[30].

El 3 de marzo de 1820 el licenciado mejicano Pedro Merino, en representación de Mariano Urízar, demandó al licenciado Mariano Guerra Manzanárez, ante el Juez de Provincia interino, oidor de la Real Audiencia de Guadalajara, Juan Nepomuceno Menadier de Alva, por el pago de ciertas cargas de leña a extraer de los montes del Vatán y Buena Vista, que según argumentaba le estaban hipotecados tácitamente, y para apoyar su pretensión, junto con citar las opiniones de diversos autores, invocaba un texto del *Digesto*:

> «...Con que según esta doctrina los montes del Vatán y Buena Vista me están hipotecados, así expresa como tácitamente, luego, contra ellos me corresponde la acción real pretoria hipotecaria, es así que en virtud de la acción real pretoria hipotecaria el acreedor puede tratar contra cualquiera que tenga y que posea la cosa hipotecada, como lo previene la ley 17 del *Digesto*, tratando de las prendas...»[31].

En otro de sus escritos, presentado en el mismo pleito, volvía a recurrir al *Digesto* para explicar los elementos accidentales de los contratos:

> «...Digo que todos los contratos reciben ley y forma por el pacto y convención de los contrayentes, de aquí es que cuando las partes ce-

---

[29] MEDINA, José Toribio, *Manuscritos para la historia de Chile* (En adelante MM.), 357, fs. 48 vta. *El Fiscal de S. M. contra Juan Pérez por el exceso de haberle tirado piedras al corregidor de la ciudad.*

[30] LEVAGGI, Abelardo, *El concepto de derecho según los fiscales de la segunda audiencia de Buenos Aires (1784-1810)*, en RCHHD. 11, (Santiago, 1985), pp. 257-258.

[31] AGN. Civil-Cajas, Legajo 185, pte. 5, Juzgado de Provincia, año de 1820, *Don Mariano Urízar con el Lic. Dn. Mariano Guerra Manzanárez, sobre pesos*, fs. 10. La cita es del *Digesto* 20.1.17.

> lebran contrato bajo alguna condición o hasta cierto tiempo, apartándose dicho contrato de sus peculiares reglas, sigue la razón que conviene, atendida la condición o el tiempo en lo que modifica, y lo que según Derecho informa el contrato, revistiéndolo de más cualidades accidentales, que por su naturaleza no tiene. Todo lo cual es cierto y fundado en Ley expresa, si damos crédito a la primera del *Digesto* que habla de los Depósitos, a la que comienza *Juris gentium* del mismo *Digesto*, hablando de los pactos y a la 72 del mismo *Digesto* que trata de celebrar compra y venta...» [32].

Tengo para mí que Merino citaba las *Pandectas* a través del *Digesto Romano Español*, del pavorde valenciano Juan Sala, pues se refería a sus pasajes con su titulado en castellano, tal y cual lo traía la referida obra en su versión española.

El recurso al derecho romano, como ordenamiento aplicable también aparecía a propósito de algunos delitos, mediante la invocación de algunas leyes concretas, tales como la *Pompeya de parricidiis* y la *Iulia de peculatus et residuis*.

El fiscal de la Real Audiencia de Santiago, Gonzalo Ramírez de Baquedano (1662-1730), en causa criminal por malversación del real situado, dictaminaba en vista del 1 de septiembre de 1695 que el procesado había cometido el delito de *peculatus et residuis*:

> «El fiscal, en la causa criminal que sigue contra don Joseph Moreno, por el grave crimen *peculatus et de residuis*, que ha cometido en robar y convertir en usos propios el caudal del Real Situado, que conducía de las Reales Cajas de Potosí para el sustento y sueldo del Ejército de este Reino...» [33].

Las mismas prescripciones de la citada *Lex Iulia de peculatus* eran invocadas cerca de 90 años después por el fiscal del mismo tribunal santiaguino Joaquín Pérez de Uriondo y Martierena (1752-1797), en una vista del 22 de julio de 1783, para afirmar que en algunas materias habían sido corregidas por las prescripciones del derecho real:

> «El Fiscal del Crimen, en los autos que de oficio se siguen contra don Antonio López, administrador de bodegas en el puerto de Valparaíso, por varios excesos cometidos en el oficio, y lo demás deducido, dice... El que aprovecha de los censos y rentas de la República. El que escribe haber recibido y cobrado menos de lo que en efecto recibió. El juez que hurta las rentas de S.M., o de algún concejo, durante su oficio, y el que teniendo administración de rentas del Rey o de la República, se aprovecha de ella, *comete el delito que el Derecho Común llamó de la Ley Julia Peculatus. La pena de este delito por Derecho de los Digestos, estaba reducida a la de deportación pero ahora es de muerte*, especialmente en el juez y ofi-

---

[32] *Ibidem*, fs. 48-48 vta. Las citas son del *Digesto* 16.3.1; 2.14.7 y 18.1.72.

[33] ANRACH. 2712, pza. 6, fs. 142. Santiago, 1/9/1695. *Contra José Moreno por falta de dinero en el Real Situado que trajo de Potosí a Concepción para el pago del Ejército.*

cial que usurpan bienes del Rey y de la República, y de los que dan favor... según el espíritu de la ley 18, tit. 14, part.ª 7.ª»[34].

Pero también agregaba que en otros puntos el derecho de *Partidas* concordaba con el de la referida ley romana, y por ello no podía dejar de ser aplicado:

«Mas, cuando se la quiera mirar con la mayor equidad, no se le podrá dejar de aplicar lo que previene la ley del citado título y *Partida*, que es lo mismo que estatuyó la *ley Julia de los residuos*, y es la devolución del dinero gastado, con la tercera parte más»[35].

También en el reino de Chile, el fiscal de la Real Audiencia de Santiago Miguel de Gomendio y Urrutia (1670-1759), en causa criminal por el delitos de parricidio, consideraba en su vista del 13 de julio de 1715 que el negro Andrés debía ser condenado al último suplicio, conforme a las prescripciones de la *Lex Pompeya*:

«El fiscal en los autos criminales, que de oficio de la real justicia, se siguen contra doña María Marmolejo, doña Bernarda y doña Catalina Varas y Andrés negro, por la muerte cruel y alevosa que dieron a don Gabriel Varas, marido y padre de los dichos reos, dice que... se pidió por la parte fiscal publicación de probanzas, y Vuestra Alteza fue servido de mandar se hiciese y, en su vista, se hallase que el dicho Andrés, negro, se halla confeso por confesión geminada, que está a fs. 8 y 16 vta., a que se añade la fuga que tiene cometida, lo cual lo hace digno de la pena de muerte, natural en las ponderaciones de la *Ley Pompeya de Parricidiis*, por ser prueba superabundante, y más en delito tan atroz en sí mismo y de difícil probanza, y en su favor y defensa no está probado cosa alguna que le releve, o minore la pena referida»[36].

El mismo fiscal, en vista del 4 de octubre de 1715, insistía en la aplicación de la referida ley:

«El fiscal... en orden a doña María Marmolejo, doña Bernarda y doña Catalina Varas, de debajo de la misma recurrente suplica de la sentencia, por Vuestra Alteza se sirva declarar que los autos no tienen toda continuación que deben haber conforme a derecho para la pena ordinaria de la *Ley Pompeya* en que se hallan condenadas, ni para convencer ni rendir juicio humano de que las dichas sean agresoras de tan rara torpeza»[37].

---

[34] MM. 356, fs. 80-82. Santiago, 22/7/1783, *Contra don Antonio López, administrador de bodegas de Valparaíso, por varios excesos cometidos en el desempeño de su oficio.*

[35] Ibidem.

[36] ANRACH. 433, fs. 213. Santiago, 13/VII/1715. *Contra doña María Marmolejo y otros, que se les sigue de oficio para la averiguación del homicidio perpetrado en la persona de don Gabriel Varas, marido de doña María Marmolejo.*

[37] ANRACH. 433, fs. 223 y ss. Santiago, 4/X/1715.

2.2. Derecho romano y reglas de derecho

El derecho romano se invocaba también a través de sus reglas, axiomas, o principios, que informaban diversas instituciones jurídicas y que permitían solucionar los más variados conflictos, pues no sólo se recurría a ellos para el preciso caso al cual tocaban, sino también para otros semejantes. Práctica esta tradicional del *mos italicus*.

En el reino de Chile, en 1723 el licenciado Pedro Fernández del Ribero, recurría en una causa sobre despojo de las aguas de una acequia a la regla: *actore non probante, reus est absolvendo*, supuesto que la demandante no había aportado prueba alguna:

> «...caso que por ninguna de las partes se haya presentado (prueba), debe prevalecer la regla vulgar de derecho, en orden a que: *actore non probat, debet reus absolvi...*»[38].

En la Nueva España, el 23 de julio de 1733 el licenciado José Tomás Saavedra, nombrado asesor letrado en el Superior Gobierno por el virrey Marqués de Casa Fuerte, en la causa seguida por el obispo de Nueva Vizcaya, doctor Benito Crespo, contra los religiosos de San Francisco, en lo tocante a la visita de sus doctrinas a las que se negaban los regulares, entre otras razones por el fuerte principio *ne bis in idem*, consagrado en el *Digesto*, resumía el argumento de los franciscanos en los siguientes términos:

> «Lo sexto, y uno de los mayores fundamentos con que ha procurado siempre exonerarse de la Jurisdicción Ordinaria, Visita y Corrección de los Señores Obispos, no sólo la regular observancia, sino otro cualquiera que administra como cura es el que conforme al *Cap. Cum ad duct.* a Farin. *Decis.* 15 *per toto, librum* 1, es que su instituto totalmente los exime de la jurisdicción... Confirmándose el que si permitiesen ser juzgados o visitados por los Señores Obispos (siéndolo por sus Prelados), se viera destruido el vulgar axioma de dos leyes de Derecho Civil de los Romanos, que son la ley *Si ut certo § si duobus ff. Commodatu* y la ley *servus ff. de aquir. rer. Dom.*, nos enseñan que ninguno puede ser juzgado o sindicado de unas mismas acciones por dos jueces...»[39].

En el reino de Chile el oidor honorario Francisco Ruiz de Berecedo, invocaba en 1748, a propósito de la posesión en que se hallaba de su plaza de honores, una de las reglas del derecho contenidas en el libro 50 del *Digesto*, tomada del *liber VI Quaestionum* de Paulo:

> «Y para la manutención en esta posesión no se requiere continuación de actos; y basta una sola posesión efectuada... aunque sólo hubiese sido de una hora... y estos actos de posesión tan perfectos y consumados ni se pudieron rescindir ni anular en perjuicio de la posesión

---

[38] ANRACH. 750, pza. 2, fs. 103 vta. *Elena Corvalán y Gatica con el maestre de campo José de Morales, sobre despojo del agua de una acequia.*

[39] *Ibidem*, fs. 224-224 vta. La citas son del *Digesto* 13.6.5.15; y *Digesto* 41.1.43.

> del oidor honorario contra la regla de derecho, *ley in ambigüis 85 § de reg. iuris, ibi non est novum ut quae semel utiliter constita sunt durent licet pervenabille casus a quo incipere non possunt*» [40].

También en Chile el año 1802 el coadjutor de naturales defendía al reo Mariano Ramos acusado de homicidio y heridas, pues a su juicio era:

> «Adaptable a su favor la regla de derecho *in dubis favendum est patius reo quam actori*, debe en justicia absolvérsele» [41].

2.3. Derecho romano y razón

Otros letrados recurrían en sus argumentaciones al derecho romano entendido como razón, que coadyuvaba al derecho real, muy conforme esto a la reiterada política legislativa de los reyes castellanos que se ha tenido ocasión de reseñar más arriba, pues de este modo ofrecían al juez un argumento racional para que llegara a una solución adecuada a sus pretensiones.

Ilustraba esta forma de recurrir al derecho romano, el ya citado asesor letrado mejicano José Tomás Saavedra, quien en 1733 al argumentar en favor de la exención de los regulares de la jurisdicción del ordinario, se apoyaba en el *Digesto*, para defender que la *buena jurídica razón*, no admitía una solución contraria:

> «...Es dura e inhumana cosa, que habiendo sido los religiosos los que principalmente plantaron la Fee y Religión reduciendo a Doctrinas a los Indios, edificando y ordenando en ellas templos, se les quiera quitar el premio que hoy pueden conseguir de su trabajo, entregando para el cultivo la sementera que ellos sembraron, o una que ellos plantaron en la Iglesia, *no sufriendo la buena jurídica razón* y en contraposición de lo que enseñan las palabras del Psalmo 127, *Laboreo manum tuarum, quia manducabis*; y de lo que Saebola refirió del jurisconsulto Paulo en el Libro 1.º de sus Sentencias, es hoy Ley 2.ª y 2.º párrafo de ella ff. *De minoribus*» [42].

Otra de las razones de los religiosos era explicada por el asesor letrado, con un razonamiento común apoyado por vía ejemplar en un párrafo del *Código* de Justiniano:

> «...Porque no pudiéndose negar que los religiosos instruyan y doctrinen a los indios más cuidadosa, ejemplar y religiosamente, y los

---

[40] RUIZ DE BERECEDO, Francisco, *Expediente donde se evidencian los agravios que ha padecido el carácter de oydor honorario de su plaza*, en ANRACH. 2.106, p. 12, fs. 5-5 vta. La cita corresponde a *Digesto*, 50.17.85.1.

[41] ANRACH. 2.551, pza. 14, *Causa criminal contra Lorenzo Riquelme, indio natural de Melipilla, y Mariano Ramos, indio natural de Maule, por heridas y homicidio de Francisco Carvajal, Nicolás Miranda y Nicolás Osorio.*

[42] AGN. Arzobispos y Obispos, 7, fs. 223. La cita es del *Digesto* 4.4.2.2.

ayuden con su emulación, más que los clérigos seculares, siendo innegable la ventaja que hacen a estos aquellos, por la profesión de su hábito, que aunque este no hace (como dicen) al Monje, al Clérigo, ni a la Viuda, como lo dijo el Emperador Gordiano Jovino en la ley *Decreto C. ex quibus Causis infamia irroxetur*, pero es causa como dijo Baldo, que cada uno sea juzgado *prima facie*, y antes de ser conocido según el hábito que trae, según Bartolo, y el Especulador, *tit. de advocato § sequitur*, y Ulpiano en la ley 1.ª § *si quis Virgines ff. de iniuriis...*»[43].

Así pues, pareciera que el derecho romano se invocaba por los letrados en Indias como reflejo de su formación universitaria, y al menos, por tres vías: una en materias de derecho privado en que prácticamente era considerado como una proyección de la legislación castellana; otra, a través de citar sus reglas o principios como inspiradores de las instituciones; y otra, como argumento de razón.

3. LA REGLA *ODIA RESTRINGI* Y LA PRAXIS INDIANA

En la Baja Edad Media se habían sentado los principios rectores de las relaciones entre los diversos *iura propria* y el *ius commune*. Uno de ellos se resumía por Baldo de Ubaldis (c.1327-1400), en el muy conocido adagio: *ubi cessat statutum habet locum ius commune*[44], y otro, no menos importante, fue el recurso a la regla canónica *odia restringi*[45].

Los juristas indianos, inmersos en el marco conceptual del *ius commune*, no vacilaron en intentar conciliar las decisiones del derecho real, tanto común, cuanto municipal, con las del derecho romano, mediante el recurso a la tan preciada regla *odia restringi*, incorporada por Bonifacio VIII en el título *De regulis iuris*, del libro V del *Sexti Decretalium*, bajo el número XV, que rezaba: *Odia restringi, & favores convenit ampliari*[46].

Entre los juristas indianos que se ocuparon de la aplicación de esta regla se encontraban el oidor de la Audiencia de Lima, Juan de Matienzo (1510-c.1579), en sus *In Librum V Collectionis Legum Hispaniae commentaria*[47]; el oidor de la Real Audiencia de Panamá, Francisco Carrasco del Saz (15 ?-1625) en el exordio de su *Interpretatio ad aliquas*

---

[43] *Ibidem*, fs. 223. Las citas son del *Código* 2.11.15, y *Digesto* 47.10.1.

[44] UBALDIS, Baldo, *Lectura super I et II Digesti Veteris partem*, (Venetiis, 1493), I.1.9. n.º 1.

[45] Vide BRAVO LIRA, Bernardino, *Odia restringi. Forma y destino de una regla del derecho en Europa e Iberoamérica, durante la Edad Moderna*, en *Ius Commune*, XIX, (Frankfurt am Main, 1992), pp. 81-93.

[46] *Sexti Decretalium*, lib. V. tít. *De regulis iuris*, reg. XV. Cito por la edición del *Corpus Iuris Canonici emendatum et notis illustratum Gregorii XIII Pont. Max.*, 2 vols. (Augustae Taurinorum, 1776), II, fol. 187.

[47] MATIENZO, Juan de, *Commentaria in librum V Recollectionis legum Hispaniae*, (Mantuae Carpetanae, excudebat Petrus Madrigal, 1597), lib. V. tít. 2. ley 1. glos. II, n.º 5, fol. 43 vta.-98.

Leges Recopilationis Regni Castellae[48]; Juan de Solórzano Pereyra (1575-1655) en su *De Indiarum iure*[49]; y el fiscal de la Real Audiencia de Lima, Gabriel Álvarez de Velasco (15 ?-1658), en sus *Axiomata et loca communia iuris*[50].

Carrasco del Saz, partía por declarar como principio general que las *Siete Partidas* no corregían el *ius commune*, sino cuando lo decían expresamente:

> «Leges Partitarum non corrigunt ius commune, nisi quando exprese hoc dicunt»[51].

Esta opinión dependía directamente de la de Gregorio López (1496-1560), a quien citaba textualmente Carrasco del Saz, en la glosa *Multum* a la ley 9, del título 13 de la *Partida* sexta:

> «Ex alia l. 9. tit. 13. P. 6, &c. ibi Gregor. Glos. 3, inquit Multum, nota istam legem, ut caveas multum, in dicendo, quod aliquando Leges Partitarum corrigunt ius commune, nam cum hoc lex Partitarum voluit, id ex pressit, ut hic vides»[52].

Supuesta esta argumentación, sentaba Carrasco del Saz, en otra de sus obras, el *Tractatus de casibus curiae*, que la ley real que corregía al derecho común debía restringirse al solo caso del cual trataba:

> «Lex I. tit. 20. lib. 8. Recopil. est correctoria iuris communis, &c. sic reducenda ad solum casum de quo loquitur»[53].

Juan de Solórzano Pereyra (1575-1655), en su *De Indiarum iure*, sentaba el principio general, conforme al cual: *Leges odiosae restringenda sunt, non ampliandae*[54], pero agregaba que en aquellos casos en los cuales existía duda respecto de si las disposiciones del derecho real o las costumbres seguían o se apartaban del derecho común, debía presumirse que querían conformarse con él:

---

[48] CARRASCO DEL SAZ, Francisco, *Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis Regni Castellae; explicataeque quaestiones plures, antea non ita discussae, in praxi frequentes iudicibus quibuscumque, nec non causidicis, & in Scholis utiles, etiam theologia Sacrae Professoribus & confessariis*, (Hispali, apud Hieronymum a Contreras, 1620), *ad initium*, sin foliar.

[49] SOLÓRZANO PEREYRA, Juan de, *De Indiarum iure, sive de iusta Indiarum Occidentalium Gubernatione, tomus secundus*, (Lugduni, 1672), II, cap. VI, n.º 90-91; II, cap. XVI, n.ºs 15-16; II. cap. XX, n.º 56-58, 74-77; III, cap. X, n.º 113-114, et alteri.

[50] ÁLVAREZ DE VELASCO, Gabriel, *Axiomata et loca communia iuris*, (Matriti, ex Typ. Regni, 1631), lit. O, n.º 12 y ss.

[51] CARRASCO DEL SAZ, Francisco (n.38), cap. II, § 2, n.º 22, fol. 43. Para este tema en Carrasco del Saz vide BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *El mos italicus en un jurista indiano: Francisco Carrasco del Saz (15 ?-1625)*, en *Ius Fugit*, 2, (Zaragoza, 1992), pp. 43-61, especialmente 54-60.

[52] CARRASCO DEL SAZ, Francisco, (n.38), cap. III, § 2, n.º 22, fol. 48.

[53] CARRASCO DEL SAZ, Francisco, *Tractatus de casibus curiae*, (Matriti, apud Ioannem Gonçalez, 1630), tract. IV, n.º 12, fol. 70.

[54] SOLÓRZANO PEREYRA, Juan de, (n. 49), II, cap. XX, n.º 58, fol. 369.

> «Caeterum in aliis omnia ut antea erant, relicta sunt, tam inspectis schedulis, & consuetudinibus anterioribus, quam dispositionibus iuris communis, cum quibus, ubi de contraria voluntate non constat, disponens se conformare videtur, l. commodissime, D. de lib. & posth. l. conficiuntur, D. de iure codicil. cum multis aliis quae adducit Menoch. lib. 4 praesumpt. 21, num. 35 & praesumpt. 202, num. 1 cum seqq...»[55].

De su lado, el fiscal de la Real Audiencia de Lima, Gabriel Álvarez de Velasco (15 ?-1658), en sus *Axiomata et loca communia iuris* sostenía la misma regla: *Odia sunt restringenda, & favores ampliandi*[56], aunque ello estaba limitado por el favor de la iglesia y por la utilidad pública: *Ecclesiae tamen favore, non restringatur, sed ampliantur... Limita etiam publicae utilitatis*[57].

Esta elaboración doctrinaria tocante a la regla *odia restringi*, fue ampliamente recibida en la literatura jurídica indiana a propósito de instituciones del derecho municipal.

Así, Juan de Solórzano Pereyra (1575-1655) sostenía que la regla de la Cancillería Apostólica que afectaba los beneficios en sede vacante era odiosa y, por lo tanto no debía ser ampliada:

> «Neque obstat exemplum beneficiorum in Pontificiis Curia vacantium. Nam ibi hoc ius introductum fuit per regulam Chancellariae specialiter de eo prolatam, quae cum ius singulare contineat, hoc est a iure communi devians non esta ad exemplum, & consequentiam trahendum, ubi idem expressum non fuerit... ubi hinc deducit, omnem recessum a iure communi esse odiosum, & stricte iuris...»[58].

También en materia de patronato, afirmaba que era favorable la aplicación de los espolios de los obispos a las iglesias y odiosa respecto de la Cámara Apostólica:

> «Quod licet regulariter statuta non extendantur de casu ad casum, nec persona ad personam; hoc tamen fallit, quando si talis extensio non fieret, resultant, quod casus odiosus magis privilegiatus manent, quam favorabilis, quod in nostra quaestione procederet. Nam quod ecclesiae his spoliis gaudeant, est conforme iuris communi, ut suo loco dicimus. Quod vero Camerae Apostolicae applicentur, est de novo introductum contra ius commune, ob specialem eius favorem, & privilegium. Unde quod Camerae conceditur, non videtur Ecclesiae denegandum in provinciis, ubi illa ex iure communi succedit: maxime stante alia regula iuris, quae docet, Ecclesiam uti omnibus fisci privilegiis»[59].

En sede de encomiendas, el mismo Solórzano afirmaba que la ley

---

[55] *Ibidem*, II. XX. n.º 77, fol. 377.

[56] ÁLVAREZ DE VELASCO, Gabriel, (n. 50), lit. O, n.º 12, fol. 340.

[57] *Ibidem*, lit. O, n.º 13 y 14, fols. 340-340 vta.

[58] SOLÓRZANO PEREYRA, Juan de, (n. 49), II, VI, n.º 90-91, fols. 264-265.

[59] *Ibidem*, III. X, n.º 114, fol. 588.

que se dirigía a remunerar a los beneméritos debía considerarse favorable:

> «...Quod dicta succesio, & si liberorum procreationem secundario respiciat, primario tamen in solatium benemeritorum & maiorem eorum remunerationem inducta fuit, & hoc est, quod magis attendi, & considerari debet... Unde non debet censeri odiosa, sed potius favorabilis...» [60].

Por ello la ley de sucesión en las encomiendas era favorable y de lata interpretación:

> «Ex quibus plura praxi utilia, & materiam nostrarum Commendarum & pariter maioratum Hispaniae, valde conducentia, colligere possumus. Quorum primum sit. legum successionis, de qua loquimur, cum favore benemeritorum utatur. ut ex ipsius contextura apparet, & simil, ut Respublica Indiana civibus augeatur, & hi ad matrimonia ibidem contrahenda, & liberos procreandos, facilius adducantur, favorabilem quidem esse, & favorabile semper, ubi opus fuerit, interpretatione, & extensione iuvandam, argum. text. in l. beneficium D. de Const. Princip. l. 1. D. de solut. matrim. l. 2. D. de iure dotium, l. cum ratio, § si plures, D. de bon. damnat, ibi: Favorabilem liberorum Albini filiorum numeros facit cum ampliari Imperium hominum adiectione potius, quam pecuniarum copia malim...» [61].

Lo mismo reiteraba en su *Política Indiana*, donde reafirmaba que la ley de sucesión en las encomiendas, debía interpretarse, entenderse y extenderse siempre favorablemente, en cuanto era favorable a muchas disposiciones del derecho civil:

> «...Esta ley de la sucesión debe ser tenida por favorable, y como tal se ha de interpretar, entender y extender siempre favorablemente en los casos, y dudas que cerca de ella se ofrecieren y recrecieren, respecto de que según consta de sus palabras, y de lo que tantas veces habemos dichos, se promulgó en orden a favorecer, y remunerar a los beneméritos de las Indias, y alentarlos a que las poblasen, y defendiesen, se casasen, y permaneciesen en ellas con sus mujeres. Todo lo cual, por mirar al bien común, y a la utilidad, aumento, y conservación de la República, en todas las que se han preciado de bien gobernadas, ha sido muy favorecido y privilegiado, como nos lo enseñan muchas leyes del derecho civil, y otros doctos y graves autores» [62].

La aplicación de esta regla en la práctica jurídica indiana fue muy frecuente. Así el fiscal de la Real Audiencia de Buenos Aires, José Márquez de la Plata y Soto (1741-1825), en una vista fechada el 3 de marzo de 1794, denunciaba en los abogados y propios magistrados: *el*

---

[60] *Ibidem*, II. XX. n.º 74, fol. 376.

[61] *Ibidem*, II. XVI. n.º 15, fol. 336.

[62] SOLÓRZANO PEREYRA, Juan de, *Política indiana*, (Madrid, 1647), cito por la reimpresión de Madrid, 1776, II. lib. V. cap. 16, n.º 11, fol. 403.

sistema, o casi prurito de uniformar el nuestro (derecho) particular con el común[63].

En una vista de finales de 1669, emitida por el fiscal de la Real Audiencia de Buenos Aires Diego Ibáñez de Faría (15 ?-1686), a propósito de la interpretación que debía darse a las facultades del Comisario de Cruzada, que pretendía serlo general, aunque nada se decía en su título, se aplicaba la tan tradicional regla del *mos italicus*, *odia restringi*:

> «...Siendo esto tan evidente no hay lugar para interpretar la mente del que concedió la gracia, ni bastará decir que si al dicho presidente y Comisario general se le informara había en esta ciudad Audiencia, hubiera despachado título de Comisario general al dicho Arcediano, porque según derecho no es suficiente esta presunción para que se entienda concedido lo que explícita ni implícitamente contienen las palabras de los títulos o rescriptos, principalmente cuando se trata de una jurisdicción delegada que por odiosa se debe coactar y restringir...»[64].

En el reino de Chile, el fiscal de la Real Audiencia de Santiago Gonzalo Ramírez de Baquedano (1662-1730), en una vista del 26 de noviembre de 1697, aplicaba la regla de lo odioso, al importante tema de la libertad de los naturales, a propósito de diversas reales cédulas restrictivas de ella y, por consiguiente odiosas:

> «El fiscal, en los autos que se tratan entre partes de don Miguel de la Carrera y Blas de los Reyes, sobre el depósito de los indios, en la forma deducida, dice... lo primero porque todas las dichas Cédulas Reales se están a casos especiales de aprobar ciertos depósitos que vuestros Gobernadores hicieron sin facultad... *como también porque siendo dichas cédulas restrictivas de la libertad de los indios, y por esta razón odiosas, y juntamente en perjuicio de los tributos de vuestra Real persona no se han de extender ni ampliar a casos diversos y no comprendidos en ellas...*»[65].

El mismo fiscal, a propósito de igual tema, reiteraba en una vista del 5 de octubre de 1699, que las leyes reales odiosas a la libertad de los indios, debían aplicarse restrictivamente:

> «El fiscal en los autos por la defensa de Juan y Melchor, indios de la encomienda del capitán don Juan de la Cerda, sobre que no sean sacados contra su voluntad de la estancia de San Miguel donde están poblados... Fundándose la de la parte contraria en la disposición de la ley 38, título 16, libro 6 de las de Indias y la suya en otras mu-

---

[63] Vista fiscal del 3 de marzo de 1794, cit. por LEVAGGI, Abelardo, (n.14), p. 18.

[64] En LEVAGGI, Abelardo, *Escritos de Diego Ibáñez de Faría como fiscal de la primera audiencia de Buenos Aires*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 26, (Buenos Aires, 1980-1981), pp. 190-191.

[65] ANRACH. 824, pza. 1. Santiago, 26/11/1697. *Miguel de la Carrera con Blas de los Reyes, sobre el depósito de los indios que fueron de la encomienda de don Ignacio de la Carrera.*

> chas leyes y ordenanzas que prevalecen y deben prevalecer a la dicha ley 38 por ser más en número y estar por ellas reduplicativamente explicado por la Real Voluntad *y por ser más favorables a la libertad y natural facultad de los indios que es lo que ante todos respectos se debe tener ante los ojos para su observancia, y que en materia de Gobierno de indios se debe más considerar...*» [66].

Respecto de la hacienda real, el precitado fiscal Ramírez de Baquedano, en una vista del 23 de diciembre de 1703, recurría a la regla *odia restringi* para defender que la exención de tributar era odiosa y, por ende, de aplicación restrictiva:

> «El fiscal en los autos con el Sr. Procurador General de los Indios, sobre que Pascual Pichuemanque es encomendable en la forma deducida, dice que, sin embargo, de lo que se alega por parte de dicho Procurador su parte, se ha de hacer como tiene pedido por conforme a las leyes y ordenanzas los indios naturales de Valdivia, ni sus descendientes no deben ser exentos de encomienda, porque no tienen este privilegio que le debiera haber probado en especie, y niega sean comprendidos en la disposición de la Ley 5, título 16, libro 6 de las de Indias, *porque no lo dice, y en materia odiosa como lo es la excepción de tributar y ser encomendables los indios según regla general no se debe dar exención de ley*» [67].

4. LA *COMMUNIS OPINIO DOCTORUM* EN LA PRAXIS JUDICIAL INDIANA

Tal como había ocurrido en Castilla con la privación de valor al derecho romano, las *Leyes de Toro*, al derogar la *Pragmática de Madrid* de 1499, impedían la invocación en juicio de las opiniones de los juristas, sin embargo, la cita de ellos continuó a lo largo del siglo XVI, XVII, e incluso en el XVIII y XIX.

En Indias, se produjo la misma práctica, incluso avalada por más de algún jurista regnícola.

Juan de Matienzo, en sus *Commentaria* ya citados, expresaba que en el reino se seguía la opinión común de los doctores sólo en cuanto ella estaba fundada en la razón:

> «...At iure Regio non astringimur, etiam leges Imperatorum nedum communem opinionem doctorum observare in iudicando, nisi quatenus earum ratio nos impellat» [68].

---

[66] ANRACH. 2.271, pza. 5, fs. 125. Santiago, 5 de octubre de 1699. *El procurador general de los indios con don Juan de la Cerda, por la defensa de Melchor y Juan, indios de la encomienda de don Juan de la Cerda sobre que no se les inquiete en su población.*

[67] ANRACH. 2.780, pza. 4, fs. 168. Santiago, 23-12-1703. *Pedro de Prado y Carrera, sobre derechos a la encomienda de indios de Chocalán.*

[68] MATIENZO, Juan de, *Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, (Mantua Carpetanae, 1597), l. 2, tít. 4, glosa 1, n.º 15, fol. 10 vta.

De su lado, Francisco Carrasco del Saz (15 ?-1625) se ocupó especialmente de este tema en su *Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis Regni Castellae*[69], donde sostenía que era bueno, no sólo tener la decisión de la ley, sino la de algún doctor en los términos, pues dichas decisiones eran las más seguras y con ellas cesaban todos los argumentos:

> «...Hodie bonum habere decissionem non solum legis, sed etiam alicuius Doctoris in terminis etiam sine lege loquentis, ut dicit Iasson de Paulo de Castro, in l. non eo minus in fine, C. de procurat. Nam decissiones quae sunt in terminis, sunt securiores, & ibi cessant omnia argumenta...»[70].

Continuaba en esta interesante materia sosteniendo que como en el día era tal la manera de argumentar que podía llegar hasta el infinito, debían alegarse las opiniones de los doctores que venían expresamente al caso (*in terminis*) y no aquellas generales, pues estos últimos eran alegatos a la ballesta, donde quien los hacía trataba de unir arena sin cemento, puesto que el derecho y las opiniones de los doctores debían invocarse no en general, sino en la especie y para el caso del cual se trataba:

> «...Tametsi verissimum fit, hac nostra temporum tempestate actum argumentandi apud infinitos esse conclusionem respondendi, & medicina sanandi apud paucos... Quod allegatio in genere, & in confusso est, allegatio ad ballistam cum non concernat casum de quo quaeritur, quod taliter allegantes dicuntur ligare arenam sine caemento, allegari namque debent iura, & Doctores non in genere, sed in specie, & individuo...»[71].

Carrasco del Saz acababa sus recomendaciones con una aguda y clara observación:

> «...Expeditionem videlicet litigantibus dare per regulas generales esse officium procuratorum, sed allegare in terminis, doctissimi Doctoris...»[72].

Similar era la opinión que sentaba Solórzano Pereyra en su *Política* al tratar de la forma en que los jueces debían ejercer su ministerio:

> «Y esto será más cierto, si siguieremos la doctrina de los que enseñan, que estamos obligados a seguir, quando juzgamos, o aconsejamos las opiniones comunes, y más probadas o probables, y que pecan los que hacen lo contrario, como ponderando para ello algunos textos, y doctrinas de Santo Tomás, y de muchos antiguos Teólogos

---

[69] Sobre esto vide ahora BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *El mos italicus en un jurista indiano: Francisco Carrasco del Saz (15 ?-1625)*, en *Ius Fugit*, 2, (Zaragoza, 1992), pp. 48-54.

[70] CARRASCO DEL SAZ, Francisco, (n. 38), *Exordium huius operis*, n.º 14, fol. 3.

[71] *Ibidem*, n.º 18, 20, 21, 22, fol. 3.

[72] *Ibidem*, n.º 23, fol. 3.

> y Juristas, lo dicen Navarro, Covarrubias, y otros infinitos, que refieren Cateliano Cota, Zevallos, y Torreblanca. Aunque Mastrillo viene a resolver, que podría tener excusa el Juez que juzgase contra alguna opinión común cuando hallase ley, o razón contraria que manifiestamente la convenciese. Y Juan Sánchez, después de haber disputado bien este punto de las opiniones comunes, y probables, también concluye, que estará seguro en conciencia el que reduce, y sigue en pràctica opiniones Escolásticas, y Teóricas, si siente con juicio cierto, y especulativo que son probables; pero no si este juicio no fuese cierto, y firme, porque en esa duda más se debe arrimar a la común opinión» [73].

Abundaba en este tema al ocuparse de aquellos casos en los que no había opinión común, donde sostenía que podía el juez seguir la opinión probable, sin que tuviera escrúpulos de conciencia:

> «...El que sigue una opinión probable de uno, u otro Autor, queda seguro en conciencia, según dicen todos» [74].

Por su parte, Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737), tras sostener que a falta del derecho real debía recurrirse al canónico y en defecto de éste al romano, afirmaba que si aun no existía solución debía echarse mano de la opinión de los doctores o de la *Glossa*, supuesto que el recurso a la *communis opinio* se cimentaba en que el juicio confirmado por el dictamen de muchos era correcto:

> «Tandem secundum Doctorum opinionem, sive legum Glossam... Nam integrum est Judicium, quod plurimorum sententiis confirmatur» [75].

Reflejo de la tradicional enseñanza jurídica de carácter escolástico y de la tendencia de los juristas del *mos italicus* tardío, tanto europeos cuanto indianos, a recurrir en sus obras a la *communis opinio doctorum*, los letrados, y jueces indianos sentían, casi como una necesidad de espíritu, la de argumentar en sus actuaciones, no sólo con el sustento de la potestad de la ley real o canónica, sino también sobre la base de la autoridad de los doctores.

Además, por la formación jurídica unitaria que compartían, tanto los abogados cuanto los jueces, resultaba del todo apropiado para los intereses de los litigantes razonar dentro de los marcos conceptuales del *ius commune*, pues en definitiva la sentencia se habría de dictar conforme el magistrado conocía el derecho, y este saber judicial estaba prefi-

---

[73] SOLORZANO PEREYRA, Juan de, (n. 26), T. II, 5.8.29, fol. 323.

[74] SOLORZANO PEREYRA, Juan de, (n. 26), T. II, 4.1.35, fol. 7.

[75] CORRAL CALVO DE LA TORRE, Juan del, *Commentaria in libros Recopilationem Indiarum*, (Madrid, 1751-1756), lib. 2, tít. 1, leyes, I, II y XXIV, § 45, p. 23, cit. por GUZMÁN BRITO, Alejandro, (n. 10), p. 76, n.º 20 y 21.

gurado por la formación universitaria recibida y por sus lecturas jurídicas, que mayoritariamente eran las del derecho común[76].

De esta suerte, no extraña la presencia de un importante caudal doctrinario en los alegatos, dictámenes de asesores letrados, vistas de los fiscales, votos consultivos de los oidores, e incluso en las sentencias de las reales audiencias, hasta avanzado el siglo XIX.

Así pues, era muy frecuente, sobre todo en los juicios civiles, que los abogados recurrieran de una manera genérica a la opinión de los doctores para apoyar sus pretensiones, mediante expresiones como *y así sienten comúnmente los Autores, lo mismo hacen muchos y buenos Autores, la doctrina de los Autores, la inteligencia de los doctores, común opinión de los doctores*, y otras similares.

Esta práctica, manifestación de la inveterada pervivencia de la *communis opinio doctorum*, dejaba al descubierto que la tradicional enseñanza jurídica de corte escolástico y la lectura de obras cimentadas en los mismos principios, moldeaba de tal manera la mentalidad de los letrados indianos, que les era imprescindible en el ejercicio de sus oficios.

Los abogados invocaban la autoridad de los doctores con largueza en sus alegaciones, bien para fundar la interpretación de alguna ley real, bien para sostener algún principio jurídico, o bien para defender alguna opinión. Ello podrá verse en los ejemplos que ilustran este género de citas.

El 5 de junio de 1742 el licenciado mejicano Juan Francisco de Córdova, en los autos sobre robo de plata de las fundiciones de la Real Casa de Moneda, contra Juan Antonio de Mier y Terán, fiador del reo Francisco de Molina, se negaba a la solicitud de prescripción de la fianza que había solicitado el dicho Mier y Terán, basado en una ley de Castilla y en *la inteligencia de los doctores*:

> «...Porque para quererse evadir de la fianza dicho Dn. Juan Antonio, alega la Ley Real de Castilla, que previene el que se prescriba por un año la fianza de presentar alguno en juicio, bajo de cierta pena, que es lo mismo que decir, según la inteligencia de los doctores, que la fianza comentariense o de iudicio sisti, se prescribe dentro de un año, pero los mismos doctores afirman, que la ley de Castilla no se extiende a la fianza de juzgado y sentenciado por contener esta dos fianzas, y así lo vemos practicar...»[77].

En diciembre de 1778 el también novohispano licenciado Cayetano Barreda, en representación de Pedro Lostal, en los autos contra Josefa Valcazar y Jerónima Mendoza, sobre desahucio de un contrato de arren-

---

[76] BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La cultura jurídica en el reino de Chile. Bibliotecas de ministros de la Real Audiencia de Santiago (s. XVII-XVIII)*, (Santiago, 1992), con bibliografía para librerías indianas.

[77] AGN. Judicial, 17, exp. 4, *Diligencias executadas sobre la prisión de Dn. Juan Antonio de Mier y Terán por no haber restituido a la prisión a Jerónimo Francisco de Molina, de quien fue fiador en conformidad a la obligación de su fianza*, fs. 28, Méjico, 5/6/1742.

damiento, invocaba el apoyo de *la doctrina de los Autores*, para sostener que las inquilinas debían abandonar su propiedad:

> «...Es cierto que conforme al Derecho, y a la práctica establecida en muchos negocios, no puede el dueño expeler al inquilino por sólo el motivo de arrendar la finca a otro, no habiendo intervenido justa causa para ello. Pero cuando el dueño la necesita para su familia, o para sus propios y necesarios usos, es conforme a la *Ley Real de Partidas*, a la del *Derecho Civil*, y a *la doctrina de los Autores que trataron la materia, así españoles como extranjeros*, de que puede el dueño expeler al inquilino, y a éste por el juez se le debe compeler para que la deje libre y desembarazada...» [78].

En 1795 don Anastasio José Benítez, por la Iglesia Catedral de Mérida (Nueva España), en los autos de expolios del obispo fray Luis de Piña y Mozo, sostenía que la librería de los prelados difuntos se excluía de los expolios, y para ello se afirmaba en lo que *enseñan los Autores*:

> «...Que en cuanto a lo alegado y probado en los autos de la materia, no dijera que los muebles y ajuar del Palacio Episcopal debían reponerse de el fondo de los Expolios, en los términos que pretendieron nuestros Diputados del Cabildo en Sede Vacante, no menos que la Librería que se vendió con repugnancia de ellos y con opinión (hablo debidamente) a *lo que en términos terminantes nos enseñan los Autores*, por los cuales no queda duda en que los Libros del Obispo difunto deben con especialidad excluirse de sus Expolios...» [79].

En junio de 1800 el licenciado chileno Juan José de la Torre, en causa criminal sobre hurto de papeles de una escribanía, se refería a la doctrina *recibida comunmente por los más clásicos autores*:

> «...Le ha sido muy sensible que se caracterice de intempestiva, maliciosa, e ilegal la recusación que ha hecho, porque no puede llamarse intempestiva la que se puede hacer en cualquier estado de la causa (...) sea después de escrita la sentencia y dada al escribano para que ante él se pronuncie, según consta de una ley de Castilla, explicada por un célebre comentador, y *recibida comunmente por los más clásicos autores...*» [80].

En 1802 el coadjutor de naturales de Santiago, Juan José Torres se apoyaba en el *sentir de los autores* al tratar de la legítima defensa:

> «Si alguien llegara a pensar que Riquelme no usó de su derecho de repeler la fuerza con fuerza, bien se podrá traer a la vista el sentir

---

[78] AGN. Judicial, 17, exp. 10, *Autos que sigue Dña. María Antonia Valcazar, viuda de Dn. Antonio Pérez Hernández y sus menores hijos contra Dn. Pedro Lostal*, fs. 109 vta., Méjico, 19/12/1778.

[79] AGN. Expolios, 11, exp. 3, *Anastasio Joseph Benítez, por la Santa Iglesia Catedral de Mérida de Yucatán, en los autos de expolios de nuestro Rvdo. Obispo que fue de aquella Provincia, Dn. Fr. Luis de Piña y Mozo*, fs. 344.

[80] ANRACH. 436, fs. 121-123.

de los autores *vim vi repellere omnes leges et omnis iure permittent*» [81].

El 12 de julio de 1804 José Fernández de Córdova, por la Iglesia Metropolitana de Méjico, en los autos de expolios del arzobispo Alonso Núñez de Haro y Peralta, decía:

> «*Es principio sentado entre los Autores* que el argumento que mucho prueba, nada prueba» [82].

También los fiscales de las reales audiencias invocaban de esta forma genérica la autoridad de los juristas, excusando, a veces, su identificación supuesto el carácter letrado de los ministros a quienes iba dirigida la vista que emitían.

En el reino de Chile el fiscal Gonzalo Remírez de Baquedano (1662-1730), en una vista del 2 de octubre de 1698, se apoyaba en la *común opinión de los doctores*:

> «El fiscal, en la causa criminal que se ha fulminado contra el licenciado don Alonso Romero, Defensor General de Bienes de Difuntos, por las omisiones que ha tenido en la administración de dicho oficio, en la forma deducida, dice que sin embargo de lo alegado por su parte y excusas dadas, así en la confesión que se le tomó, como en otro alegato, a los cargos que se le hicieron, se ha y debe confirmar la sentencia del señor Juez General de Bienes de Difuntos, en conformidad con los méritos de las omisiones y negligencias en su mayor grado, que se hallan comprobados por los testimonios presentados en los autos; *por ser así que según la común opinión de los doctores*, siempre que de parte de los jueces y oficiales hay negligencia culposa y grave en las defensas y conocimiento de las causas, son tenidos a los daños e intereses de las partes y justamente según el grado de la culpa y negligencia a la pérdida del oficio y salarios...» [83].

Su colega Miguel de Gomendio y Urrutia (1672-c.1723) en una vista del 25 de octubre de 1715, también se refería a la *doctrina común de los doctores*:

> «Y es constante que por la ley 1, título 3 y libro 9 de la Recopilación de Castilla, cualquier oficial destinado para la administración de la Real Hacienda pueda admitir postura en cualquier tiempo, *según los doctores*, por oficial se entiende no sólo lo principal, sino el escribano o su teniente, o aun el pregonero... Y aunque la dicha postura no hubiere sido aceptada, sino es que estuviese en los puros tér-

---

[81] ANRACH. 2.551, pza. 14, *Causa criminal contra Lorenzo Riquelme, indio natural de Melipilla, y Mariano Ramos, indio natural de Maule, por heridas y homicidio de Francisco Carvajal, Nicolás Miranda y Nicolás Osorio.*

[82] AGN. Expolios, 12, exp. 1, *Los expolios del Excmo. e Illmo. Sr. Dn. Alonso Núñez de Haro y Peralta, arzobispo de Méjico*, fs. 460 vta., Méjico, 12/7/1804.

[83] ANRACH. 2.571, pza. 3, fs. 58. Santiago, 2/10/1698. *Criminal, contra Alonso Romero de Saavedra por grave omisión en la recaudación de bienes de difuntos.*

> minos de mera publicitación, quedaba el dicho Benito Castro obligado solemne y eficazmente, *según doctrina común de los doctores*, fundada notoriamente en la ley 2, título, 16, libro 5 de la Recopilación de Castilla...»[84].

El mismo fiscal, en otra vista de noviembre de 1715, volvía a apoyarse en una *regla asentada por todos los intérpretes y doctores*:

> «...Y expresando agravio se hallará, que *siendo regla asentada por todos los intérpretes y doctores* que lo que es nulo no puede producir efecto alguno, en el caso presente ha tenido la nulidad declarada, en todos los efectos...»[85].

De su lado, el fiscal de la misma audiencia santiaguina José Perfecto Salas (1714-1778), en una vista del 9 de febrero de 1762, hablaba de lo que *comunmente los Autores* requerían:

> «El fiscal, en los autos criminales sobre el arresto que mandó hacer el gobernador del puerto de Valparaíso en la persona de Dn. Gregorio González Blanco, administrador de los reales derechos, dice, ... aun, respecto de los menos recomendados, requiere el derecho preceda alguna justificación, debiéndose poner tanto cuidado en las de las personas calificadas y, que *comunmente los Autores requieren aquella* que casi hasta para condenar, a menos que halla sospecha de fuga, y haciéndose ver en estos autos, cuán distante de esta reflexión procedió el Gobernador en la prisión de Dn. Gregorio González Blanco, dan sobrado mérito a conceptuar los motivos que precedieron, de enemistad bastante a excluir a dicho Gobernador del conocimiento de la causa»[86].

Su sucesor interino, el oidor Melchor José de Santiago Concha (1728-1796), decía en una vista emitida el 24 de febrero de 1769, que:

> «El oydor que hace oficio de fiscal, habiendo visto el escrito presentado por el Maestre Dn. Asencio Rodríguez, teniente colector general de este obispado, para que se sirva V.A., de ampararle en la posesión de cobrar los herederos a albaceas que se nombran a los que mueren abintestato, la limosna de cuarenta misas, según costumbre inmemorial, para que las distribuya el prelado... dice que continuar la materia controvertible y, habiéndose de resolver *la más fundada doctrina de los Autores que tratan sobre la distribución y entrega de los bienes de los interesados*, inversión del 5.º de estos, no es dudable ser la más recibida de las costumbres inmemoriales que se alega por parte del teniente colector general, para que a beneficio del alma del difunto que muere abintestato de invierta el 5.º de sus

---

[84] ANRACH. 1.921, pza. 4, fs. 22, Santiago, 25/X/1715. *Juan García de Paredes y otros con la Real Hacienda, sobre la nulidad del arrendamiento de los reales veinteavos del mineral de Lampigne, en la jurisdicción de Illapel.*

[85] *Ibidem*, fs. 234.

[86] ANRACH. 2.295, pza. 5, fs. 202-202 vta. Santiago, 9/II/1762. *Criminal contra don Gregorio González Blanco por desacato a la autoridad.*

> tierras o parte de él, según su caridad y facultades la que se corrobora con la decisión del Concilio Limense segundo, celebrado en el año de 1567, con las reflexiones que se ponen» [87].

En la vista evacuada por el fiscal en lo civil de la Real Audiencia de Méjico, José Antonio de Areche y Sornoza, el 23 de julio de 1771, en los autos incoados por José de Agreda Villanueva contra los bienes de fray Marcos Coronel, mencionaba a muchos autores de buena nota:

> «...Este es el hecho sobre que recae el recurso de fuerza, cuya resolución depende precisamente del punto de Derecho, de si los Regulares en causas civiles, están o no exentos de la Jurisdicción Ordinaria Eclesiástica. *Muchos, y de buena nota son los Autores, que después del Concilio de Trento han escrito a favor de la exención de los regulares, cuyas Doctrinas no cita el Fiscal, porque las tiene muy presentes Vuestra Alteza...*» [88].

Por la misma época, su colega interino en la Audiencia de Chile, Melchor José de Santiago Concha, en una vista del 9 de noviembre de 1771, se fundaba en el *común sentir de nuestros Autores*:

> «El oydor que hace oficio de fiscal, en los autos criminales que de oficio de la real justicia se siguen contra Augusto Cabrera Estay, español y Nicolás Flores, indio, por el robo que hicieron en la casa de Dn. Manuel de Manzanal en la cantidad de mil cuatrocientos pesos, poco más o menos con fractura del cuarto y caja en que se custodiaban la noche del día 16 de abril último, hallándose ausente el expresado Dr., dice... Por las leyes 18, tit. 14, Part. 7, y la 6.ª, tit. 26, lib. 8 de la *Recopilación de Castilla* y *común sentir de nuestros A.A.*, corresponde al delito de hurto con violencia o fractura de casa, aun en el primer acto, pena ordinaria de muerte, reagravándose por la suma o la cantidad robada, todas las circunstancias referidas se hallan justificadas en la comprobación del cuerpo del delito, según aparece del auto cabeza de proceso...» [89].

El fiscal del crimen de la Audiencia de Santiago Ambrosio Zerdán de Landa y Simón Pontero (1754-1803), en vista del 30 de mayo de 1777, hablaba del *sentir de los Doctores*:

> «De suerte que por el ministerio de esta ley (NR. 8.20.2), ninguno otro fuera del marido puede poner acusación de adulterio, aunque sea manifiesta su acción sobre el particular, *según el sentir de los Doctores* que la glosan. Y de aquí resulta que, ni doña Josefa Car-

---

[87] ANRACH. 2.438, pza. 3, fs. 75. Santiago, 24/II/1769. *Asencio Rodríguez, colector general del obispado de Santiago, con el albacea de los fallecidos abintestato por cobro de las misas que se aplican por ley.*

[88] AGN. Expolios, 3, exp. 2, *Demanda que hizo Joseph de Agreda Villanueva, administrador que fue de la hacienda el Molino, perteneciente al Convento de Celaya, en contra de los bienes de fray Marcos Coronel, provincial de dicho Convento*, fs. 403, vta., Méjico, 23/7/1771.

[89] ANRACH. 1.946, pza. 1, fs. 83. 9 de noviembre de 1771. *Contra Nicolás Flores y otros por robo.*

> vajal, por sí, ni don Agustín Carvajal como marido, puede legalmente acusar a Bartolo Basauri del adulterio cometido con doña Mariana Bermúdez dejando excluida a esta, y mucho menos poder ni seguir la acusación por medio de procurador, como opuesto al uniforme sentir de los más clásicos autores, que tratan sobre este arduo y delicado punto» [90].

Ya en el siglo XIX, su colega Francisco Manuel de Herrera (1741-1810), en una vista del 14 de septiembre de 1802, se refería a la enseñanza de los autores:

> «Verdad es que fenecido el término probatorio, no deben admitirse probanzas de parte del acusador, porque aunque en el juicio criminal no se cierra la prueba que quiera el Juez recibir de oficio o dar el reo en su defensa, lo contrario sucede respecto al actor o parte agraviada, *como enseñan los Autores*» [91].

Uno de los últimos fiscales de la Audiencia de Chile, el doctor José Antonio Rodríguez Aldea (1779-1841), 7 de diciembre de 1815, hablaba de *nuestros criminalistas*:

> «El Oidor Fiscal, en los autos criminales seguidos de oficio en la provincia de Concepción contra varios reos acusados de cómplices en los alborotos y sediciones que sufrió este Reino, dice:... pero el triunfo de las armas del Rey y la pacificación en que se halla el reino hacen no olvidar los tres tiempos que *nuestros criminalistas* distinguen para sofocar o castigar las rebeliones: 1.º cuando es preciso prevenirse para que no suceda, 2.º cuando se castiga para que no se pasen adelante; 3.º cuando habiendo ya tomado cuerpo es necesario adoptar un medio suave para que se aquieten y apacigüen; a que podría agregarse el 4.º, cuando ya se ha logrado la pacificación...» [92].

En otro dictamen del 8 de enero de 1816, el mismo Rodríguez Aldea volvía a citar a los *modernos criminalistas*:

> «El Oidor Fiscal, vista la solicitud de Don Fernando Errázuriz, sobre que se le ponga en libertad bajo de fianza, dice:... Hablando en rigor de Derecho *el más moderno de nuestros criminalistas acota* con la ley la práctica siguiente: »Por delitos que no sean dignos de pena corporal o aflictiva, aunque merezcan destierros, no debe recurrirse a la prisión, siempre que el reo dé fiador lego, llano y abonado que se obligue a presentar al reo a estar a juicio y a pagar lo que se determine en la sentencia; por lo que con mayor razón, si quien se halla

---

[90] ANRACH. 1.285, pza. 3, fs. 181-183. Santiago, 30/5/1777. *Agustín Carvajal y otro contra Bartolo Basauri por injurias y extracción de bienes de su estancia.*

[91] ANRACH. 762, fs. 152. Santiago, 14/9/1802. *Criminal contra Juan Bautista Jorsin por quiebra fraudulenta.*

[92] Archivo Nacional de Chile Fondo Varios (En adelante ANFV), 841, fs. 22-28. Santiago, 7 de diciembre de 1815. *Sobre los defectos observados en los sumarios criminales referidos a las sediciones producidas en este Reino*a. En la misma vista, también decía: *...calificándose a los reos en asonada y traición, en cuyo caso la ley de Partida no admite alegación, ni los intérpretes la conceden en los delitos notorios.*

> preso por algunos de dichos delitos, ofrece igual fianza, ha de ponérsele incontinenti en libertad; como también aun cuando se proceda por delito grave, si después de evacuada la sumaria conoce el juez que es inocente o leve su culpa»[93].

Al parecer era frecuente el empleo de la expresión *doctrina criminalista*, pues ya en un escrito de un coadjutor de naturales el año 1739 se la encontraba al referirse a la excepción de ebriedad:

> «El ebrio en derecho se equipara al infante, y así como éste no es capaz de punición, tampoco lo puede ser el boracho, y así lo manifiesta la doctrina criminalista al decir: *Pro levitate quoad ebrietatem indultos est*»[94].

Mas, no sólo los abogados y fiscales recurrían a la opinión de los autores para fundar sus alegaciones, sino que también los propios oidores de las reales audiencias en sus sentencias, como podrá apreciarse en los siguientes casos.

La Real Audiencia de Méjico, en sentencia del 29 de agosto de 1808 en los autos sobre expolios del obispo fray Luis de Piña y Mozo, sostenía que según exponían los autores, la Iglesia tenía a su favor la presunción de que todos los bienes adquiridos por su prelado, lo habían sido *intuitu ecclesiae*:

> «...Así estuvo (el obispo) en obligación de probar, que aquellos bienes eran de su propiedad, adquiridos antes de la consagración; pero que no lo ejecutó así, ni tampoco la Iglesia debía acreditar lo contrario, por tener a su favor la presunción de haber sido todos adquiridos con respecto a la dignidad, *como exponen los Autores...*»[95].

En otro párrafo de la misma sentencia, volvían los ministros a invocar la *opinión común de los autores*:

> «...Que habiendo sido antes religioso (el obispo), no tenía arbitrio para disponer de sus bienes, aunque estos fuesen patrimoniales, sino a favor de la Iglesia de Mérida, que debió sucederle en todos ellos *según opinión común de los autores*»[96].

Así pues, resultaba que el recurso a la *communis opinio doctorum*, se hacía presente en los tribunales indianos, tanto por parte de los abogados como de los mismos jueces letrados, quienes, ora recurrían a la invocación de la autoridad de los doctores, ora argumentaban según los cánones del *ius commune*.

---

[93] ANFV. 841, fs. 125. Santiago, 8/1/1816. Sobre solicitud de libertad bajo fianza de don Fernando Errázuriz.

[94] ANRACH. 2.376, pza. 12, *causa criminal contra Ignacio Antonio Jines, indio natural de Rancagua, por homicidio de Estanislao Bórquez.*

[95] AGN. Expolios, 11, fs. 466, Méjico, 29/8/1808.

[96] *Ibidem*, fs. 465.

4.1. Citas de obras instrumentales

Dentro de la gran gama de obras jurídicas propias del *mos italicus tardío*, algunos autores se dieron a la tarea de elaborar algunas de carácter instrumental, que recogían las opiniones de los autores sobre alguna materia determinada, o en general los comentarios a las diversas partes de ambos *Corpora*.

Ejemplo de estas obras fueron el *Alphabetum iuridicum canonicum, civile, theoricum, practicum, morali, atque politicum*, de Gil de Castejón; el crítico *Speculum aureum. Opinionum communium contra communes*, de Gerónimo de Zevallos (1560-16 ?); la *Collectanea in Codicem Iustiniani ex doctoribus tum priscis, tum neotheoricis*, de Agustín Barbosa (1590-1649); y la *Prompta bibliotheca canonica, iuridica, moralis, theologica, nec non ascetica, polemica, rubricistica, historica*, de Lucio Ferraris Soler Alexandrinis (16 ?-1750).

Estas obras gozaron de mucha difusión en Indias, prueba de ello era su abundante presencia en las librerías de los letrados, lo que también quedaba de manifiesto por su abundante utilización como cantera de opiniones doctrinales para ser argüidas en juicio por los letrados.

El empleo de este género de obras por parte de los letrados indianos sobre todo durante el siglo XVIII, si bien puede inducir a creer que en ciertos casos citaban *a la ballesta*, también permite sostener que les seguía preocupando la fundamentación de autoridad en sus actuaciones judiciales, como podrá observarse en el ejemplo que ilustra su aplicación.

El 13 de agosto de 1795, el cabildo eclesiástico de Antequera en la Nueva España, en los autos sobre la declaración de si habrían de formarse expolios a la muerte del obispo jubilado de la diócesis, don José Gregorio de Ortigosa, explicaba:

> «...Por no hacer más molesto este papel no se ponen sus doctrinas, pero sí sus citas y lugares... *Ferraris, verb. Beneficiatus, art. 2.º, num. 29, en donde cita a Navarro, Sánchez y Lugo...*»[97].

4.2. Citas por referencia

En otros casos, los letrados recurrían a alguna otra obra para citar por vía de referencia la opinión de determinados juristas, como ocurría, por ejemplo, con la conocida *Curia Philippica*, de Juan de Hevia Bolaños (c.1570-1623). Esta Práctica se volvió muy frecuente al finalizar el siglo XVIII y en los inicios del siguiente, como podrá constatarse en los siguientes pasajes.

En Méjico, por octubre de 1811, don Mateo de León, albacea del licenciado Francisco José Eustiquio Guerrero, en los autos sobre remate

[97] AGN. Arzobispos-Obispos, 7, fs. 353 vta.

de una casa, citaba a José Yáñez Parladorio, a través de la referida *Curia*:

> «No sólo concurren en el caso presente los requisitos de que habla la *Curia*, sino algunos más, como es el de la especial hipoteca, y no sólo debe ser compelido el acreedor, sino que este beneficio que la misma necesidad concede al deudor, es tan privilegiado que no lo puede renunciar, a lo que más principalmente se dirige la doctrina, y opinión de Parladorio, y demás Autores, que se refieren en el lugar citado»[98].

También en la Nueva España, el licenciado Pedro Merino, el 3 de marzo de 1820, en los autos sobre cobro de pesos entre don Mariano Urízar y el licenciado Mariano Guerra Manzanárez, citaba a Francisco Salgado de Somoza y a Agustín Barbosa, tomándolos de Hevia Bolaños:

> «Ninguna duda aparece sobre lo legal y firme de mi demanda en virtud de los hechos relacionados, y aunque no era necesario hablar más en el particular, pues lo que verdaderamente es tal y como aparece en juicio, no necesita de pruebas, como asienta el señor Salgado, Barbosa y otros muchos Doctores, que expresa la *Curia Filípica*, en el n.º 7, hablando de los instrumentos»[99].

4.3. Citas nominativas

Este apartado solamente pretende mostrar un pequeño avance de trabajo en el Archivo Nacional de Méjico y Archivo Nacional de Chile sobre la base de los expedientes de la época indiana que allí se custodian, con la finalidad de ejemplificar la presencia de la doctrina de los autores en la praxis judicial indiana.

La revisión de los procesos judiciales, permite comprobar hasta qué punto, la recepción por vía real y científica se tradujo en las actuaciones en estrados de los diversos miembros de la comunidad jurídica indiana. Por ello, se ha dado especial importancia a las vistas de los fiscales, a los dictámenes de los asesores letrados, a los alegatos de los abogados, y a los votos consultivos de los oidores.

Sin duda alguna, futuras investigaciones de esta naturaleza contribuirán a complementar las sugerencias que aquí se harán, en lo tocante a la realidad judicial indiana, y muy en particular a la aplicación práctica de las diversas fuentes del Derecho Indiano.

Abundantes eran las citas concretas de juristas y con expresión cierta de sus obras, lugares y folios donde se encontraba la opinión que

---

[98] AGN. Civil-Cajas, Legajo, 185, pte. 5, fs. 13 vta. *El licenciado Dn. Francisco José Eustiquio Guerrero, abogado de esta Real Audiencia sobre el remate de una casa que posee en el pueblo de San Jacinto, alias San Ángel.*

[99] AGN. Civil-Cajas, Legajo 185, pte. 5, fs. 10. Méjico, 3/3/1820. *Dn. Mariano Urízar con el Lic. Dn. Mariano Guerra Manzanárez, sobre pesos.*

se aducía en los escritos, e incluso en muchas ocasiones se transcribía el párrafo pertinente.

Se tratará esta materia distinguiendo las diversas tendencias jurídicas a que pertenecían los autores citados en los tribunales indianos.

4.3.1. *Glosadores en la praxis judicial indiana*

Eran escasas las citas de las obras de los glosadores en los expedientes judiciales hasta ahora analizados, lo que vendría a corrobar su creciente abandono desde el siglo XV, y que quizá sea además el natural reflejo de su escasa presencia en las librerías indianas [100].

En Méjico ha aparecido mencionado el post-acursiano Guillermo Durando (c.1237-c.1297), conocido como *el Especulador*, autor de una obra clásica titulada *Speculum iudiciale*. La cita la hacía el licenciado José Tomás de Saavedra, el 23 de julio de 1733, al emitir su dictamen en calidad de asesor letrado en la causa seguida por el obispo de Nueva Vizcaya con los religiosos de San Francisco, en orden a la visita de sus misiones:

> «...Pero es causa como dijo Baldo, que cada uno sea juzgado *prima facie*, y antes de ser conocido según el hábito que trae, según Bartolo, y el Especulador *tit. de advocato § sequitur*, y Ulpiano en la ley 1.ª § *si quis Virgines ff. de iniuriis*...» [101].

En Chile, el doctor Francisco Ruiz de Berecedo, el 26 de marzo de 1748, en un escrito presentado ante la Real Audiencia para defender los honores de su plaza honoraria de oidor, recurría a una glosa de la *Ordinaria* de Acursio:

> «Y parece que la vestidura de la toga en los honorarios, no induce necesidad, según la glosa marginal de Acursio en la ley única *Cod. de honoratorum vehiculis, lib. 12, ibi hinc colligunt neccesitatem non inminere doctoribus ut suis insignis perpetuo utantur*...» [102].

4.3.2. *Comentaristas en la praxis judicial indiana*

Por el contrario, sí aparecían en mayor grado las obras de comentaristas, tanto civilistas cuanto canonistas, incluso hasta iniciado el siglo XIX, invocados siempre como argumento de autoridad.

Entre los civilistas a cuya autoridad se recurría en los expedientes judiciales novohispanos, se encontraban los dos más importantes de sus representantes, Bartolo de Sassoferrato (1313-1357) y su discípulo Baldo de Ubaldis (1327-1400).

---

[100] *Vide* BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (n. 2) y (n. 54).

[101] AGN. Arzobispos y Obispos, 7, fs. 223. La cita es del *Digesto* 4.4.2.2.

[102] RUIZ DE BERECEDO, Francisco, (n. 24), fs. 11.

El 23 de julio de 1733, el licenciado José Tomás de Saavedra, al emitir su dictamen en calidad de asesor letrado de la causa seguida por el obispo de Nueva Vizcaya con los religiosos de San Francisco, en orden a la visita de sus misiones, reconocía que el tema de la exención de los regulares de la jurisdicción ordinaria era arduo y complejo, y al efecto decía:

> «Asunto grande es, que confieso mi ingenua humildad necesita de otro Baldo de Ubaldis, o de un Mantica Cardenal...» [103].

Sin duda alguna, la referencia a Baldo tocaba al caso, pues éste en 1380 había sido llamado por el papa Urbano VI, para solucionar el cisma generado por el antipapa Clemente VI, y para cuyo efecto había escrito sus famosas consultas *De schismate*, que contribuyeron eficazmente a resolver la disputa.

De su lado Francisco Mantica (1534-1614) era el autor del conocido *Tractatus de coniecturis ultimarum voluntatum in libros XII distinctos.*

En el cuerpo de su dictamen recurría también concretamente al mismo Baldo, y a Bartolo:

> «...No pudiéndose negar que los religiosos instruyan y doctrinen a los indios más cuidadosa, ejemplar y religiosamente, y los ayuden con su emulación, más que los clérigos seculares, siendo innegable la ventaja que hacen a estos aquellos, por la profesión de su hábito, que aunque este no hace (como dicen) al Monje, al Clérigo, ni a la Viuda, como lo dijo el Emperador Gordiano Jovino en la ley *De Creto C. ex quibus Causis infamia irroxetur*, pero es causa como dijo Baldo, que cada uno sea juzgado *prima facie*, y antes de ser conocido según el hábito que trae, según Bartolo, y el Especulador *tit. de advocato § sequitur*, y Ulpiano en la ley 1.ª, *si quis Virgines ff. de iniuriis...*» [104].

Por su parte, el doctor Nicolás Leyton Tanudo, en los autos de expolios del obispo de Veracruz, decía junto a Bartolo, en noviembre de 1733, que:

> «...No deja de ser donación aquella que se hace por un enfermo aunque esté próximo a morir, como se prueba de un singular texto en la *Ley Seya §. Pater ff. de donationibus causa mortis: Eum autem, qui absolute donaret*, porque no es lo mismo estar uno a la muerte y hacer donación, que hacer donación por causa de muerte. Por el cual texto dijo Bartulo que no se presume que el enfermo dona por causa de muerte, sino entre vivos» [105].

En el reino de Chile, el ya citado doctor Francisco Ruiz de Bere-

---

[103] AGN. Arzobispos-Obispos, 7, fs. 221 vta.

[104] *Ibidem*, fs. 223.

[105] AGN. Arzobispos-Obispos, 14, exp. 2, fs. 142 vta.-143.

cedo, en 1748, apoyaba en la opinión de Baldo de Ubaldis la posesión de los honores de su plaza de oidor:

> «...Y esta preheminecia en el asiento no la puede renunciar, ni perderla por negligencia, ni por otro acto alguno, *extraditus ex Baldo*» [106].

Entre los canonistas, Nicolás Tudeschis (c.1383-1453) fue uno de los comentaristas más citados en los expedientes judiciales de la Nueva España, a quien incluso se citaba durante el primer Imperio mejicano, como podrá apreciarse por los siguientes ejemplos.

El 23 de julio de 1733, el licenciado José Tomás de Saavedra, en su calidad de asesor letrado de la causa seguida por al obispo de Nueva Vizcaya con los religiosos de San Francisco, en orden a la visita de sus misiones, decía en su dictamen:

> «Cuando entre los Regulares haya uno u otro vicioso y malo, por él, en conformidad de lo que refieren la *Glosa* en el *Cap. In Parrochia 16 q. 1.ª*, el Abad en el *Cap. Quod Dei timorem de Statu Monachorum n.º 13*, Silvester, *verb. religio, § 7 in 3, n.º*, por eso se le han de quitar, ni ellos perder las Doctrinas» [107].

El 15 de agosto de 1822, fray Joaquín González, provincial de la Provincia del Santo Evangelio de Religiosos Franciscanos de Puebla de los Ángeles, decía en un recurso de fuerza:

> «...Dice la *Glossa* del Cap. 12 *De iudiciis, limitatur in notorie iniuria, iuditii vel Praelato irrogata qua is non obstante, quod talis causa videatur, esse sua propria, potest imponere poenam a iure taxatur, quia tunc procederet ut minus executor...* Un juez a quien injuria un litigante y un súbdito, no deja por eso de ser juez suyo, y puede, sin embargo, de verse injuriado, proceder contra él. Arriba examiné el valor de esta alegación y cité las palabras de Abad en la glosa del Capítulo 12 *Iudiciis*, que repito aquí: *Limitantur in notorie iniuria, iuditii vel Praelato irrogata qua is non obstante, quod talis causa videatur, esse sua propria, potest imponere poenam a iure taxatur, quia tunc procederet ut minus executor*» [108].

Más abajo agregaba en otro párrafo una nueva cita del Abad, aunque ahora sólo bajo la mención de la *Glossa*:

> «En el Cap. 8 del Derecho Canónico, *De Statu Monachorum*, dice la Glossa, *Non est ordo iudiciarius usque quaque servandus in huiusmodi inquisitionibus Regularium*» [109].

---

[106] ANFA. 2, pza. 29 a.

[107] AGN. Arzobispos-Obispos, 7, fs. 223-223 vta.

[108] AGN. Clero Regular y Secular, 2, exp. 10, *Recurso de Fuerza interpuesto por el Padre fray Joaquín González, de la Provincia del Santo Evangelio de Religiosos de Puebla*, fs. 374 vta.-375 y 379-379 vta.

[109] *Ibidem*, fs. 379 vta.

4.3.3. *El* mos italicus *tardío en la praxis judicial indiana*

Las obras de los juristas del *mos italicus* tardío tuvieron amplia utilización ante los tribunales indianos, sobre todo las de tratadistas y decisionistas, tanto hispanos, cuanto italianos e indianos.

Ello parece haber sido el reflejo natural de su primacía dentro de las librerías indianas, amén de que por su carácter más práctico que los trabajos de glosadores y comentaristas, podían más fácilmente adecuarse a los problemas jurídicos debatidos en las Indias.

Las citas de doctores se efectuaban normalmente para corroborar la decisión de alguna ley real, o canónica, o para ofrecer al juez una solución que no aparecía clara en el derecho, siempre tras la finalidad de lograr demostrar que la posición sustentada correspondía a la *communis opinio doctorum.*

La citas de juristas eran más frecuentes y sólidas en los procesos eclesiásticos que, al parecer eran los de mayor trascendencia, entre otras cosas porque en ellos normalmente estaban involucrados el Derecho y Hacienda reales, lo que necesariamente requería de la intervención del fiscal de la Real Audiencia, quien efectivamente defendía las regalías de la real corona como *joya preciosa*, y recurría para ello a todo el sustento legal y doctrinario que guardaba los intereses del monarca. Por otra parte, los eclesiásticos, por su formación letrada también estaban en condiciones de rebatir con argumentaciones de autoridad las pretensiones del fiscal.

Se advertía también que, a medida que avanzaba el siglo XVIII, se tendía a preferir la autoridad de los juristas regnícolas, y de las obras prácticas y de derecho nacional, lo que no era más que un reflejo de la tendencia ilustrada que conduciría luego a la codificación, y a la consiguiente extinción formal del *ius commune* y del derecho de juristas.

4.3.3.1. *Comentaristas de textos romanos*

Particularmente escasa parece haber sido la invocación de obras tardías de comentario a las fuentes romanas.

Esta ausencia, bien puede ser reflejo de la decadencia de este género de obras, experimentada desde el siglo XVI en adelante, y de su reemplazo por otras de carácter más práctico, como se reflejaba en las librerías indianas.

En el reino de Chile el doctor Francisco Ruiz de Berecedo, recurría en un alegato suyo fechado en 1748, en sólo una oportunidad a la opinión del oidor de la Real Chancillería de Valladolid, Francisco de Amaya (c.1580-c.1640), en sus *In tres posteriores libros Codicis Imperatoris Iustiniani commentarii*, a propósito de la concurrencia de los oidores honorarios a los actos públicos y festivos:

> «Y por esta interescencia y concurso deben ser admitidos en todos los actos públicos y festivos en que concurren los señores ministros en forma de Consejo; y a esta clase se reduce el concurrir los hono-

rarios con los demás magistrados en los espectáculos y fiestas teatrales a que se equiparan las celebraciones de toros, comedias, alcancías y otras representaciones, *de quo multa et eruditione digna videri possunt apud Solorzano in dict. Tract. de Plazas honorarias nu. 333, et apud Amaya, lib. 3 observat. cap. 5 ex nu. 6*» [110].

4.3.3.2. *Comentaristas de textos canónicos*

Los comentaristas de los textos canónicos eran citados profusamente en las actuaciones de abogados y fiscales indianos, hasta avanzado el siglo XIX.

La invocación de autores, tales como Feliciano de Vega (15 ?-1640), Próspero Fagnanus (1588-1678), Enrique Pirhing (1606-1679), Anacleto Reiffenstuel (1642-1703), Zeger Bernardo Van Espen (1646-1728), Carlos Sebastián Berardi (1719-1768), muestra claramente lo que ya se había notado respecto de las librerías indianas, es decir, la amplia presencia de este género de obras y la relativa modernidad de los textos empleados, como asimismo el tinte regalista, galicano y jansenita de ciertas obras.

El fiscal en lo civil de la Real Audiencia de Méjico, José Antonio Areche y Sornoza, en vista emitida el 23 de julio de 1771 en la causa seguida por José de Agreda Villanueva contra los bienes de fray Marcos Coronel, recurría a las *Relectionum canonicarum in secundum Decretalium libros*, del canonista limeño Feliciano de Vega (15 ?-1640):

> «Este concepto lo funda en la Doctrina de el Ilustrísimo Dn. Feliciano de la Vega, obispo de Popayán, que asienta en la *Reelección al Capítulo Causam quae 9 De Judiciis*, al número 42 y siguientes, que sin embargo de la exención de los Religiosos, pueden ser convenidos ante el Juez Ordinario, a efecto de que nombren Juez Conservador, ante quien se les pueda demandar en Causa Civil» [111].

De su lado, el Cabildo de Oaxaca el 13 de agosto de 1795, en los autos sobre la consulta efectuada por el obispo jubilado de aquella diócesis, don José Gregorio de Ortigosa, en orden a si a su muerte se formarían expolios, recurría a los *Commentaria in quinque libros Decretalium*, del *doctor caecus oculatissimo*, Próspero Fagnano (1588-1678), a quien San Alfonso María Ligorio atribuyó el grande mérito de haber sido *magnus rigoristarum princeps*:

> «Que la caridad exija el orden que se ha propuesto en la distribución y aplicación de los consabidos sobrantes, lo convence el Sr. Fagnano al *Cap. 5, de Peculio Clericorum, n.º 3*, donde dice así: *Quipe ordo exigit charitatis, ut primus qui subveniat sibi ipsi, deinde proxima Cap. Qui vult de Poenit. 3.ª dist. ubi Augustinus...*» [112].

---

[110] ANRACH. 2.106, pza. 12, fs. 2 vta.

[111] AGN. Expolios, 3, exp. 2, fs. 408 vta.-409.

[112] AGN. Expolios, 7, fs. 353-353 vta.

El 18 de noviembre de 1806, el promotor fiscal del obispado de Puebla de los Ángeles, en los autos sobre la contribución de los vecinos de la Antigua a la reparación de la casa cural, fundaba sus pretensiones en el *Ius canonicum in V libros Decretalium distributum*, del jesuita Enrique Pirhing (1606-1679):

> «El Pirhing en su obra canónica, después de haber manifestado que todos tienen esa obligación, respecto de las Iglesias, expresa lo siguiente: *Quae dicta sunt de restauratione Ecclesiae eadem locum habent in reedificatione seu refeccione Domus Rectoris, seu Parochi ita ut que tenentur ad reparationem Ecclesiae, etiam obligentur ad restaurationem Aedium parochialium iuxta declarationem S. Congregationis Concil.*» [113].

Agregaba en otro párrafo un pasaje del *Ius canonicum universum clara methodo iuxta titulos quinque librorum Decretalium in quaestionem distributum*, del célebre capuchino bávaro Anacleto Reiffenstuel (1642-1703):

> «De esto se deduce sin obstáculo la obligación de los de la Antigua a la reedificación de la Casa Cural, como lo dice Reiffenstuel en el libro 3.º, tit. 18, folio 10, num. 26: *Porro quae diximus de reparatione Ecclesiae intelligenda etiam sunt de reedificatione ac refeccione Domus Parrochialis, aut Beneficiati ita ut qui, quando, et qualiter tenentur ad reparationem Ecclesiae iidem etiam teniatur ad Reparationem Aedium Rectoris Ecclesiae iuxta declarationem S. Congregationis*» [114].

Por su parte, el 31 de septiembre de 1791, el fiscal de la Real Audiencia de Méjico, en los autos sobre la declaración efectuada por los jueces subdelegados de subsidios del ramo de vacantes menores en orden a que tocaban al arzobispo algunas de ellas, citaba la autoridad del *Ius ecclesiasticum universum hodiernae disciplinae accomodatum*, del jansenita y galicano Zeger Bernardo Van Espen (1646-1728):

> «En el Concilio VI de Milán, presidido por San Carlos Borromeo, y referido por Van Espen, en la parte tercera, título segundo, capítulo cuarto de su obra *in jus Ecclesiasticum universum*, se estableció que si los Obispos no pudieren cortar los pleitos y reducir a los litigantes a concordia y transacción, cuiden a lo menos de que se definan más brevemente que en los tribunales seculares...» [115].

A cuyo peso también acudía el 27 de septiembre de 1807, el fiscal en lo civil de la Real Audiencia de Méjico al evacuar una vista en la

---

[113] AGN. Clero Regular y Secular, 207, exp. 8, fs. 114. *Sobre que los vecinos de la Antigua contribuyan a la composición de la casa cural.*

[114] AGN. Clero Regular y Secular, 207, exp. 8, fs. 114. *Sobre que los vecinos de la Antigua contribuyan a la composición de la casa cural.*

[115] AGN. Judicial, 26, exp. 17, fs. 270. *Expediente formado sobre la declaración hecha por los Señores Subdelegados del Subsidio de deber contribuir a este ramo de vacantes menores y apelación interpuesta por el Sr. Fiscal de esta Real Audiencia.*

causa seguida por el presbítero Francisco Estrada por no habérsele conferido el curato de Capuluac:

> «El Fiscal ha llamado farisaico escándalo, que voluntaria y falsamente supone dicho Estrada, porque realmente sería tal según los sanos principios que rigen en la materia; trae Van Espen en el Cap. 1.º, en la propia 2.ª Parte Ses. 3, tit. 14, y el Fiscal no puede dejar de transcribir. Dice así: *Que no siempre se hayan de omitir por peligro a escándalo los parientes de los Obispos Coladores*» [116].

En esta misma vista el fiscal se apoyaba en las *Institutionum iuris ecclesiastici*, del regalista y crítico Carlos Sebastián Berardi (1719-1768):

> «En cuanto al canon 3.º del Concilio Toledano décimo, en que Estrada apoya su aserción a ser obstáculo para la obtención de beneficios la calidad de familiar del Prelado, basta observar su prefación y sus demás palabras para convencerse que su disposición no se hizo para que fuese perpetua y general, sino más bien, para consultar al grave abuso que entonces reinaba en España, por lo cual los mismos Padres Toledanos, a esta jurisprudencia que establecieron no dudaron en llamarla con el nombre de *Censura más ardua*, como lo advirtió Carlos Sebastián Berardi, comentando dicho canon, que es el 6.º de la distinción 89 en el *Decreto de Graciano*» [117].

4.3.3.3. *Comentaristas de legislación real*

De los comentaristas del derecho real castellano, el de mayor aplicación en el foro indiano fue, sin duda ninguna, el glosador por excelencia de las *Siete Partidas*, Gregorio López (1496-1560), fruto de su propia autoridad, de su reconocimiento oficial, y de la amplia utilización de las *Partidas*.

Sólo anotaré algunos ejemplos de su invocación, por parte de un asesor letrado en la primera mitad del siglo XVIII, de dos fiscales, a fines del mismo siglo, y por parte de un letrado a comienzos del siglo XIX.

El licenciado José Tomás de Saavedra, asesor letrado del virrey en los autos entre el obispo de Nueva Vizcaya y los franciscanos por lo tocante a la visita de misiones, expresaba en su dictamen emitido el 23 de julio de 1733, que los religiosos no estaban exentos de la jurisdicción del ordinario:

> «V.E. debe mandar que dichos Religiosos, dentro del término que tuviere por conveniente exhiban los Breves, Bulas o Privilegios en

---

[116] AGN. Clero Regular y Secular, 207, exp. 9, fs. 171 vta. *El presbítero Dn. Francisco Estrada sobre no habérsele conferido el curato de Capuluac en este Arzobispado.*

[117] AGN. Clero Regular y Secular, 207, exp. 9, fs. 170-170 vta. *El presbítero Dn. Francisco Estrada sobre no habérsele conferido el curato de Capuluac en este Arzobispado.*

> que fundan su Jurisdicción delegada, y ejemplo se convence, porque queriendo con ello excluir al Sr. Obispo de la Jurisdicción Ordinaria con las concesiones y títulos especiales que aseveran, tienen la obligación de demostrarlos y exhibirlos; a el contrario de el Sr. Obispo que no la ha tenido ni tiene de hacer de su parte ni diligencia alguna, según que lo dicho se puede ver... *en la glosa final de la ley 6, del título y Partidas referidas (P.3.18) a el Sr. Gregorio López con otros muchos Doctores*, por el texto y glosa de dicho capítulo *Cum personae de privil. in 6.°*.» [118].

El fiscal interino de la Real Audiencia de Chile Melchor José de Santiago Concha, en vista del 24 de febrero de 1769, a propósito de gastos de funerales y misas decía:

> «El oydor que hace oficio de fiscal... y a cuyas inteligencias, sobre parecer expresa lo induce el fiscal, la que se da a la ley 12, tit. 13, Part. 4, en la cual nada se trata de limosnas, ni sacrificios de misas, distinguiendo *con las autoridades que expone su glosador*, entre el importe del funeral, que se puede tasar por estatuto, lo que no se puede practicar con los que miran al remedio del alma del difunto que son diversos, y así los gastos que se hacen por ella no se regulan entre las expensas funerales, y de esta calidad conceptúa el fiscal las cuarenta misas...» [119].

Su colega Francisco Manuel de Herrera, en un dictamen del 3 de julio de 1800, a propósito de la recusación de un asesor letrado, expresaba:

> «Pero *oigamos al Señor Gregorio López en la glosa 9 de la ley 2, tit. 21, Part. 3*. En ella es verdad que asienta ser necesario la justificación de causa en la recusación del asesor en que se ha consentido tácita o expresamente, mas si consultamos la letra de la ley se hallará que *la doctrina del glosador*, concebida bajo esta generalidad pugna con el mismo texto, en que haciéndose memoria del modo como los juzgadores deben tomar consejo, se pone la siguiente fórmula: *Fazemosvos saber que queremos haver consejo sobre vuestro pleyto. Onde si vos avedes por sospechosos algunos savidores de esta villa o de esa corte, dadnoslo por escrito e después que se los huvieren dado escritos deve tomar el juzgador que ha de juzgar el pleyto uno o dos de otros que sean sin sospecha*» [120].

El 18 de noviembre de 1806, el promotor fiscal del obispado de Puebla de los Ángeles, en los autos sobre la contribución de los vecinos de la Antigua a la reparación de la casa cural, decía:

> «Muchas determinaciones sabias enseñan que las casas y habitacio-

---

[118] AGN. Expolios, 7, fs. 227 vta.

[119] ANRACH. 2.438, pza. 3, fs. 76 vta.-77. Santiago, 24/II/1769.

[120] ANRACH. 436, fs. 144 vta. Santiago, 3/7/1800. *Causa criminal que se sigue a instancias de don José de Villarroel, escribano y secretario del Cabildo de Santiago, por compra de protocolo, proceso y otros papeles substraídos del archivo a su cargo.*

> nes se comprehenden bajo el nombre de alimentos, de cuyo dictamen son los más graves autores, y entre ellos se cuenta el Sr. Solórzano en su *Política Indiana*, lib. 2, Cap. 8, n.º 14. Entre aquellas es recomendable la ley 2, tit. 19, *Partida* 1, en aquellas expresiones : *E la manera en que deben criar los Padres a sus fijos e darles lo que le fuere menester, maguer non quieran, es esta: que les deben dar que coman, e que beban e que vistan e que calcen, e lugar do moren; e todas las otras cosas que le fueren menester, sin las quales no pueden los homes vivir*; y la Glosa sobre las palabras *do moren*, se expresa así: *Et sic, cui debentur alimenta debetur et domus ad habitandum, quia sine hospitio non potest duci vita hominis*» [121].

Entre los comentaristas de la *Nueva Recopilación de Castilla*, el autor más citado parece haber sido Alfonso de Azevedo (1518-1598) en sus *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, y en menor medida algunos otros como el abulense Francisco de Avilés, que comentó el título VI del libro segundo de la *Nueva Recopilación*, vale decir, los conocidos capítulos de corregidores, en su *Nova diligens ac perutilis expositio capitum seu legum praetorum.*

En octubre de 1789, el doctor José Sánchez Villasana, asesor letrado del subdelegado Melchor de la Xaraquemada, citaba expresamente la opinión de Azevedo:

> «Soy de dictamen, que así por estos motivos, como por el arbitrio que da la ley 8. tit. 11. lib. 8 de Castilla, que *según su glosador Dn. Alfonso de Azevedo, en la glosa n.º 13*, morigera y altera la decisión de la citada ley 18 de *Partida...*» [122].

El fiscal de la Real Audiencia de Santiago Francisco Manuel Herrera, en una vista evacuada el 3 de julio de 1800, a propósito de la recusación de un asesor letrado, decía:

> «*El Dr. Azevedo, glosando la ley 1.ª, tit. 16, libro 4 de Castilla, sostiene*, que requiriendo esta ley pro forma para la recusación del Juez Ordinario, el solo juramento de la parte, podrá hacerlo en cualquier estado de los autos por causa anterior o nuevamente nacida, como podrá verse el n.º 13.» [123].

El tantas veces citado doctor Francisco Ruiz de Berecedo recurría en 1748 a Francisco de Avilés (s. XVI) para defender los honores de su plaza:

> «Y no se desestima ni disminuye la dignidad de las plazas honorarias, por ser sólo honorarias, sin administración de justicia, *leg. fin.*

---

[121] AGN. Clero Regular y Secular, 207, exp. 8, fs. 110-110 vta. *Sobre que los vecinos de la Antigua contribuyan a la composición de la casa cural.*

[122] ANRACH. 705, pza. 7, fs. 242 vta. *Causa criminal que se sigue de oficio contra Lorenzo González por salteador de caminos*a.

[123] ANRACH. 436, fs. 144 vta. Santiago, 3/7/1800. *Causa criminal que se sigue a instancias de don José de Villarroel, escribano y secretario del Cabildo de Santiago, por compra de protocolo, proceso y otros papeles substraídos del archivo a su cargo.*

§ Divus ff de censib. Casaneo in catahalogo gloriae Mundi, part. 6, consid. 15. Avilés, in Capp. Praet. cap. 6, verbo Ley de Toledo, num. 2.» [124].

4.3.3.4. *Decisionistas*

Las obras de decisiones, que circularon profusamente en Indias, también tenían su lugar en las argumentaciones de autoridad efectuadas por los letrados indianos.

En los expedientes revisados se han encontrado citas de Próspero Farinacio (1544-1618) en un dictamen de un asesor letrado del virrey de Méjico; y de Miguel Cortiada (16 ?-1691), también en el parecer de un asesor letrado, pero del alcalde mayor de Orizava, vale decir, aparecían representados un decisionista canonista italiano, y otro civilista hispano.

El licenciado José Tomás de Saavedra, asesor letrado del virrey en los autos entre el obispo de Nueva Vizcaya y los franciscanos por lo tocante a la visita de misiones, en su dictamen emitido el 23 de julio de 1733, recurría a las *Decisiones Sacrae Rotae Romanae centuria IX*, de fiscal de la Reverenda Cámara Apostólica, Próspero Farinacio:

> «...Uno de los mayores fundamentos con que ha procurado siempre exonerarse de la Jurisdicción Ordinaria, Visita y Corrección de los Señores Obispos, no sólo la regular observancia, sino otro cualquiera que administra como cura es el que conforme al *Cap. Cum ad duct.* a Farin. *Decis. 15 per toto, librum 1*, es que su instituto totalmente los exime de la jurisdicción...» [125].

De su lado, el licenciado Juan Fernández de Velázquez, asesor letrado del alcalde mayor de Orizava, en la causa seguida por Miguel Espinoza contra José Guarneros, al afirmar que el notario eclesiástico gozaba de fuero, en su dictamen fechado el 8 de julio de 1784, invocaba las *Decisiones Reverendi Cancellarii et Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, del regente de Cataluña, Miguel Cortiada:

> «Por lo que respecta a el primero, de si goza o no el citado Notario del fuero eclesiástico, y por consiguiente exento de la jurisdicción ordinaria, es inconcurso en derecho, y expresamente lo afirma Cortiada en la decisión 8, n.º 137, fs. 51, tomo 1.º, y en el 3.º, Decis. 149, n.º 28, fs. 171, por estas palabras: *No sólo gozan del fuero eclesiástico los domésticos, familiares, y comensales del obispo, sino también aquellos que son necesarios para el gobierno del tribunal y jurisdicción eclesiástica, como son los Notarios, Fiscales, Nuncio, Alcaides, y otros semejantes, mientras permanecen en su oficio...*» [126].

---

[124] RUIZ DE BERECEDO, Francisco, (n. 24), fs. 2 vta.

[125] AGN. Expolios, 7, fs. 224-224 vta.

[126] AGN. Clero Regular y Secular, 2, exp. 15, fs. 446 vta. *Recurso de Fuerza interpuesto por Dn. Miguel Espinosa, vecino de Tepeaca por haberle embarazado Dn. José Guarneros, de orden del Juzgado de Testamentos del Obispado de Puebla.*

En el ya citado alegato del doctor chileno Francisco Ruiz de Berecedo, se invocaba la autoridad de diversos decisionistas, entre ellos destacaban, el francés Nicolás Boerius (1469-1539) en sus *Decisiones supremi senatus budegalensis*; el italiano Antonio Thesauro (15 ?-1586) en sus *Novae decisiones Sacri Senatus Piedemonti*; y el hispano Juan Bautista Larrea (c.1590-1645) en sus *Decisiones Granatensis* [127].

4.3.3.5. *Controversistas*

Las citas de obras de controversias o cuestiones disputadas se efectuaban con relativa frecuencia ante los tribunales indianos, tanto por abogados, cuanto por asesores letrados, y fiscales, incluso hasta adentrado el siglo XIX.

Estas citas venían también a reflejar la utilización de las más frecuentes obras de controversias que se encontraban en las librerías indianas.

Uno de los controversistas más recurridos en la praxis jurídica indiana fue el hispano Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1577) en sus *Quaestiones practicas*. De ello daban pruebas en la Nueva España el licenciado José Tomás Saavedra, asesor letrado del virrey en 1773, y en el reino de Chile, el fiscal de la Real Audiencia de Santiago, Francisco Manuel de Herrera, en 1800.

El licenciado José Tomás de Saavedra, asesor letrado del virrey en los autos entre el obispo de Nueva Vizcaya y los franciscanos por lo tocante a la visita de misiones, en su dictamen emitido el 23 de julio de 1733, expresaba apoyándose en la autoridad de Diego de Covarrubias y Leyva y sus *Quaestiones practicas*, que los religiosos no estaban exentos de la jurisdicción del ordinario:

> «Porque es sin controversia que la posesión, y más cuando es continuada por algunos años, es tan poderosa que debe ser uno amparado y manutenido en ella por sólo título aparente, aunque no sea concluyente hasta que escrutinado con más espacio el negocio, sea en el juicio de la propriedad vencido el poseedor. Doctrina es esta que no admite duda y el que la tuviere podrá salir de ella registrando... al Sr. Presidente Covarrubias en el Cap. 17 de sus *Questiones prácticas, n.º 9*, con el *Cap. Cum Personae de Privilegiis in 6.º*, dando por razón que para poseer basta cualquier título, aunque sea menos legítimo» [128].

El fiscal de la Real Audiencia de Chile Francisco Manuel de Herrera, en un dictamen fechado el 3 de julio de 1800, a propósito de la recusación de los jueces, volvía sobre las opiniones de Covarrubias:

> «Que el juez puede ser recusado en los términos expuestos, es ex-

[127] BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, (n. 23), pp. 113-114.
[128] AGN. Arzobispos-Obispos, 7, fs. 227.

> presa doctrina del Señor *Covarrubias en el capítulo 26 de sus Pract.*, porque aunque al principio del n.º 2 dice que la causa de recusación debe proponerse y probarse ante la *litis contestationem*, salvo si después llegó a noticia del recusante, en el mismo número adverso y *recusationem autem* limita el escrito a la recusación del juez ordinario y da la razón, *nam abque illius cuse expresionem solo tantum juramento prestito recusatio admititur*» [129].

Igual prestigio parece haber gozado el canónigo salmantino Juan Gutiérrez, con sus *Practicarum quaestionum civilium*, a cuya autoridad recurría en 1771 el fiscal de la Real Audiencia de Méjico José Antonio Areche y Sornoza; y en 1815, su colega chileno José Antonio Rodríguez Aldea.

El fiscal en lo civil de la Real Audiencia de Méjico José Antonio Areche y Sornoza, citaba al canónigo doctoral de Salamanca, Juan Gutiérrez en sus *Practicarum quaestionum civilium*, en la vista emitida el 23 de julio de 1771 en la causa seguida por José de Agreda Villanueva contra los bienes de fray Marcos Coronel:

> «Cuya opinión, es también de Juan Gutiérrez en el Lib. 3 de sus *qq. Prácticas*, q. 10, n. 4, en donde propone dos modos o géneros de práctica para compeler a los Religiosos a nombrar Jueces Conservadores, que conozcan de las Causas Civiles, como lo manifiesta la expresión: *pro re vel quantitate debita*» [130].

El fiscal de la Audiencia de Santiago José Antonio Rodríguez Aldea, en vista del 14 de junio de 1815, decía:

> «El Oidor Fiscal, visto el recurso de Don José María Silva en la parte que pide soltura bajo fianza carcelera dice: que esta es inadmisible cuando al reo por sus delitos se debe imponer pena corporal, pero no siendo de esta clase la de confinación pedida contra Silva según lo declara la ley 16, tit. 12, libro 5.º de la Novísima Recopilación de Castilla, se le puede conceder la soltura bajo la fianza, pues por los delitos (que el sabio criminalista Gutiérrez, tomo 10, capítulo 6, pág. 208) que no sean dignos de pena corporal o afectiva, aunque merezcan destierro no debe recurrirse a la prisión siempre que el reo dé fiador lego, llano, y abonado», que se obligue a presentar al reo, estar a juicio y a pagar lo que se determinase en la sentencia; por lo que por mayor razón, si quien se halla preso por algunos de dichos delitos, ofrece igual fianza, ha de ponerle incontinenti en libertad; como también aun cuando se proceda por delito grave, si después de evacuada la sumaria, o de la publicación de probanzas, conoce el juez que es inocente o leve su culpa» [131].

---

[129] ANRACH. 436, fs. 144 vta. Santiago, 3/7/1800. *Causa criminal que se sigue a instancias de don José de Villarroel, escribano y secretario del Cabildo de Santiago, por compra de protocolo, proceso y otros papeles substraídos del archivo a su cargo.*

[130] AGN. Expolios, 3, exp. 2, fs. 409.

[131] ANFV. 841, fs. 37. Santiago, 14/6/1815. Don José María Silva, sobre su libertad bajo fianza carcelera.

En otra de sus vistas, evacuada el 7 de diciembre de 1815, expresaba:

> «...Como dice nuestro criminalista Gutiérrez, aunque debe conocerse del delito donde se cometió, mas en algunos casos los Tribunales Superiores del Territorio avocan a sí las causas, o los mismos Soberanos, exigiéndolos las circunstancias de ellos, como en los crímenes de Lesa Majestad, cuya atrocidad debe ser castigada sin excepción de persona...» [132].

También se recurría a la opinión del capuchino lusitano y definidor de su provincia, Manuel Rodríguez en sus *Quaestiones regulares canonicas*; y a las *Disputationum variarum de iudiciis*, de Tomás Carlevalio (15 ?-1645). El citado asesor mejicano José Tomás de Saavedra, decía en 1733, que:

> «...Aunque el Breve de S.S. Pío V, se pidió por la Magestad del Sr. Dn. Phelipe II para las Ordenes mendicantes, se entendió y extendió a los de la Merced por colegirse de su narrativa, se concedió para todas las Religiones, lo qual defendió Emmanuel Rodríguez en la q. 35, art. 6, y los PP. fr. Juan Baptista y fr. Antonio Remesal...» [133].

El también novohispano licenciado Pedro Merino, el 3 de marzo de 1820, en los autos por cobro de pesos, seguidos entre Mariano Urízar y el licenciado Mariano Guerra Manzanárez, recurría a las *Disputationum variarum de iudiciis*, de Tomás Carlevalio:

> «...Así mi acción ejecutiva es expedita contra las Avendaños, en virtud de lo que queda fundado, y porque Carleval. en el *t. 3, disput. 5, desde el n.º 1 hasta el 14*, asienta que se puede ejecutar en virtud de obligación tácita que virtualmente se comprende y debe entenderse en instrumento que trae aparejada ejecución...» [134].

En el reino de Chile el asesor letrado del regidor del cabildo de Santiago José Sánchez de Villasana, en dictamen fechado el 28 de noviembre de 1789, junto con citar a Gregorio López y Alfonso de Azevedo, invocaba la *Miscellanea disceptationum canonicarum, civilium, et criminalium*, de José de Castro:

> «Vistos: Estos autos seguidos contra Lorenzo González por salteador de caminos, y reflecionando el merito que de ellos resulta; respecto de que la identidad a la persona del dho. Lorenzo con el autor de la heridas dadas en su Rancho a Maria Gomes, no esta calificada en aquel modo que requieren las Leyes, para imponer la pena capital a los que son acusados de homicidio; que según la certificación de f.8 dada por el cirujano D.n Josef Llenes que curó a esta enferma, la

---

[132] ANFV. 841, fs. 22-28. Santiago, 7 de diciembre de 1815. *Sobre los defectos observados en los sumarios criminales referidos a las sediciones producidas en este Reino.*

[133] AGN. Arzobispos-Obispos, 7, fs. 222 vta.-223.

[134] AGN. Civil-Cajas, Legajo 185, pte. 5, fs. 11 vta. *Don Mariano Urízar con el licenciado Dn. Mariano Guerra Manzanárez*, sobre pesos.

herida no fue de necesidad mortal; y que por uno, o dos salteos, no se debe aplicar la pena ordinaria de muerte, como funda el S.or D.n Josef de Castro en su micelanea de Diceptaciones canonicas, y civiles. Diceptac.on 9.a, y opina el S.or Gregorio Lopez sobre la Glosa de la ley 18, tit 14. part 7: Soi de Dictamen, que asi por estos motivos, como por el arvitrio que da la ley 8. tit 11. lib 8. de Cast. que segun sus glosadores D.n Alfonso de Azevedo, en la glosa n. 13. modigera, y altera la decicion de la citada ley 18 de Part. dexando al arvitrio regulado de los juezes, el conmutar las penas ordinarias de los robos calificados, en Destierro: que Lorenzo Gonzalez se le condene copulativam.te en la pena de doscientos asotes, y en destierro por dies años a la isla de Juan Fernandez por la culpa que contra el del proceso resulta; y que no apelando, o no interponiendo otro legitimo recurso contra la sent.a antes de la execuc.on se de cuenta a la Real Sala, y que fho. se de vista a traslado al Agente del R.l Fisco, para que use del drho. que convenga contra el otro Reo Diego Montano» [135].

El tantas veces citado doctor Ruiz de Berecedo, invocaba en 1748 la autoridad del vallisoletano José Yánez Parladorio en sus *Quotidianarum differentiarum sesquicenturia*; y a Juan del Castillo Sotomayor, en sus *Quotidianarum controversiarum iuris* [136].

4.3.3.6. *Tratadistas*

Los tratadistas, tanto civilistas, cuanto canonistas, eran citados con frecuencia por abogados, asesores letrados, fiscales y oidores en el foro indiano, hasta comienzos del siglo XIX.

En dichas citas primaban los autores hispanos e italianos. Entre los primeros destacaban Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1577), y su *Tractatus de testamenti*; Nicolás García (c.1582-16 ?) y su *Tractatus de beneficiis*; Jerónimo Castillo de Bobadilla (c.1547-1605?) y su *Política para corregidores*; Luis de Molina y Morales (s.XVI) y su *De hispanorum primogeniis*; y entre los segundos, Luis Postio (s.XVII) y su *Tractatus mandati de manutendo*; Jaime Antonio Marta (1559-c.1630) y su *Tractatus de iurisdictione per ut inter iudicem ecclesiasticum et saecularem exercenda*; Roberto Lancelloto, y su *Tractatus de attentatis seu innovatis*; y el papa Benedicto XIV, Próspero Lorenzo Lambertini (1675-1758), y su *Tractatus de Synodo Dioecesana*. También se recurría a algunos otros como Pedro Gregorio Tolosano (1540-1599) en su *Sintagmatis iuris universa*.

Esta observación es muy conforme a la que se ha hecho a propósito de los autores presentes en las librerías indianas, lo que vendría a comprobar su efectiva aplicación en la praxis judicial.

---

[135] ANRACH. 705, pza. 6 y 7, fs. 242. Dictamen del asesor José Sánchez Villasana, Santiago, 28 de noviembre de 1789, en *causa criminal que se sigue de oficio de la R. Justicia contra Lorenzo González por salteador de caminos*.

[136] BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, (n. 23), p. 114.

El licenciado José Tomás de Saavedra, asesor letrado del virrey en los autos entre el obispo de Nueva Vizcaya y los franciscanos por lo tocante a la visita de misiones, expresaba en su dictamen emitido el 23 de julio de 1733, que los religiosos no estaban exentos de la jurisdicción del ordinario, fundando tal juicio en el *Tractatus mandati de manutendo*, del italiano Ludovico Postio (s.XVII); en el *Tractatus de beneficiis* del obispo de Cuenca Nicolás García (c.1582-16 ?); y en el *Tractatus de iurisdictione* del tomista napolitano Jaime Antonio Marta (1559-c.1630):

> «Porque es sin controversia que la posesión, y más cuando es continuada por algunos años, es tan poderosa que debe ser uno amparado y manutenido en ella por sólo título aparente, aunque no sea concluyente hasta que escrutinado con más espacio el negocio, sea en el juicio de la propriedad vencido el poseedor. Doctrina es esta que no admite duda y el que la tuviere podrá salir de ella registrando a Post. *in tract. de Manut. fere per totum*; a Nicolás García *de Benefic., p. 11, cap. 10, n.º 5*; Mart. *De Jurisd. 2.ª P. Cap. 5, n.º 18*...» [137].

En el reino de Chile el 20 de agosto de 1805 el licenciado Juan Bringas, en causa sobre denuncia de obra nueva, recurría a la autoridad de Roberto Lancelloto (s.XVI), en su *Tractatus de attentatis seu innovatis*, para pedir la reposición de las cosas al estado inicial:

> «...*Lancelloto, De atentat., part. 3.ª, cap. 29*, en estos términos: *attentata seu innovata lite pendente ante omnia debent in pristinum statum revocari et antequam revocentur parte oponente impeditur proccesus ad ulteriora.* Con iguales palabras se explican Speculat. Juan Andrés, Engel y Gregorio López en una de sus glosas a las citadas leyes 26 y 27 de la Part.ª 3.ª...» [138].

Por su parte el 27 de septiembre de 1807, el fiscal en lo civil de la Real Audiencia de Méjico Ambrosio Zagarzurieta, al evacuar una vista en la causa seguida por el presbítero Francisco Estrada por no habérsele conferido el curato de Capuluac en beneficio de un pariente del prelado, defendía la validez de la provisión apoyándose en el *Tractatus de Synodo dioecesana*, del cardenal Próspero Lorenzo Lambertini, luego papa Benedicto XIV:

> «La prohibición que hay en el caso es respecto a los beneficios que vacan por resignación, mas no cuando vacan por muerte, y así está declarado por el Papa Sixto V, por la Congregación del Concilio y por la Rota Romana, como es de ver en el *Tratado de Sinodo Diocesana* de Benedicto 14, lib. 13, Cap. 24» [139].

---

[137] AGN. Expolios, 7, fs. 227.

[138] ANRACH. 747, pza. 2. Santiago, 20/VIII/1805, *Francisco de Herrera con José Porras sobre licencia para construir un molinoa.*

[139] AGN. Clero Regular y Secular, 207, exp. 9, fs. 171. *El presbítero Dn. Francisco Estrada sobre no habérsele conferido el curato de Capuluac en este Arzobispado.*

En cuanto a los tratadistas hispanos, el 13 de agosto de 1795 el cabildo eclesiástico de Antequera, en los autos sobre la declaración de si habrían de formarse expolios a la muerte del obispo jubilado de la diócesis, don José Gregorio de Ortigosa, recurría al *Tractatus de testamenti*, del presidente del Consejo, Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1577):

> «...No se puede reputar, como se ha dicho por una mera liberalidad, y donación Real de la que puede disponer a su arbitrio como hemos visto y lo confirma el Sr. Covarrubias al Cap. 7, *De Testamentis*, num. 19: *id tamen concedi poterit pensionarium posse proprio testamento disponere de reditibus ex pensione ecclesiastica perceptis, et eo intestato eodem reditus ad legitimos succesores pertinere; sicuti de iure id probat Hieronymus Cigas in tractatu de pensionibus, quaest. 52*» [140].

Por su parte el licenciado José Tomás de Saavedra, asesor letrado del virrey en los autos entre el obispo de Nueva Vizcaya y los franciscanos por lo tocante a la visita de misiones, expresaba en su dictamen emitido el 23 de julio de 1733, que los religiosos no estaban exentos de la jurisdicción del ordinario, porque:

> «La razón nos la dejó bien expresa el Dr. Matienzo, *in Cap. de Moder. Reg. per 1.ª parte* diciendo: *Que de otra suerte, era imposible que durasen ni se gobernasen bien estas Doctrinas, lo que parece reconoció la Real Cédula de 16 de diciembre, fecha en Madrid el año de 1587*» [141].

De su lado, el doctor Nicolás Leyton Tanudo, en los autos de expolios del obispo de Veracruz sostenía, en noviembre de 1733, que ciertas donaciones efectuadas por el prelado en beneficio de sus familiares eran válidas, y para ello invocaba la autoridad del *De hispanorum primogeniis*, del hispano Luis de Molina y Morales:

> «...Se verá que las dichas donaciones fueron para obras y lugares píos, y en gratificación y recompensa de los referidos que en vida de S.S. le servimos. Sobre cuyo asunto es digno de atención lo que dice el Padre Molina en el lib. 2 *de Primogeniis* al n.º 39, que nunca vio que se pidiera por la Iglesia o por los pobres aquello que los prelados consumieron en usos profanos en sus vidas, ni de aquellas cosas que fueron donadas en vida por los mismos prelados a sus consanguíneos o a otros... Son sus palabras: *Numquam enim vidimus ab Ecclesiae, vel pauperibus peti, id quod a Praelatis in usus prophanos, in vitam consumptum est, et in his quae ab eisdem Praelatis consanguineis suis, vel aliis in vita donata fuerunt semper enim videmus contra Camarae Appostolicae pronuntiatiis, quoties hac in controversiam deducta sunt*» [142].

---

[140] AGN. Arzobispos-Obispos, 7, fs. 355 vta.-356, Antequera, 13/8/1795.

[141] AGN. Expolios, 7, fs. 226.

[142] AGN. Arzobispos-Obispos, 14, fs. 142.

El licenciado Juan Fernández de Velázquez, asesor letrado del Alcalde Mayor de Orizava en la causa seguida por Miguel Espinoza contra José Guarneros, al afirmar que gozaba de fuero el notario eclesiástico recurría a la *Política de corregidores*, del conocido Jerónimo Castillo de Bobadilla, y decía en su dictamen fechado el 8 de julio de 1784:

> «Corrobórase esta opinión con la doctrina de Bobadilla en su *Política*, tomo 1.º, lib. 2, cap. 17, n.º 184, que expresamente dice que el Juez Ordinario que aprehendiese al Notario, Fiscal, o Ministros del Juzgado Eclesiástcio sea castigado por el Juez de este Juzgado. Luego es porque goza de fuero, y lo mismo sienten otros Autores» [143].

Igual cosa hacía el fiscal en lo civil de la Real Audiencia de Méjico Ambrosio Zagarzurieta, en una vista fechada el 30 de junio de 1808 emitida en la causa de expolios del obispo fray Luis de Piña y Mozo:

> «Con cuya doctrina coincide lo que dice el Bobadilla en el libro 2.º de su *Política*, capítulo 18, número 136 y el Reglamento formado para las mitras de España por el Illmo. Sr. Dn. Manuel Ventura Figueroa, Decano del Consejo y Cámara, y aprobado por S.M. en Real Cédula fecha en El Pardo a 17 de Febrero de 1771...» [144].

En 1796 el fiscal de la Real Audiencia de Chile Joaquín Pérez de Uriondo recurría al *Sintagmatis iuris universa* de Pedro Gregorio Tolosano (1540-1599):

> «Si esto sucede con los agentes fiscales de España, qué deberá discutirse de los de América que obtienen real confirmación, son perpetuos y dotados en Real Hacienda, ellos son propiamente vicarios del fiscal o *sub cognitores* de las causas del fisco como los llamó Pedro Gregorio, libro 4, *sintagmatum*, capítulo 7...» [145].

4.3.3.7. *Prácticos*

Las obras de práctica procesal, gozaron de mucha difusión en Indias, principalmente la *Curia Philippica*, de Juan de Hevia Bolaños (c.1570-1623), que a medida que avanzaba el siglo XVIII era más frecuente encontrarla citada en los expedientes judiciales, y mucho más aun en los dos primeros decenios del siglo XIX, lo que era una clara manifestación de la tendencia general al predominio de este género de obras durante el siglo XVIII.

En 1811 don Mateo de León ante el Juzgado Mayor de Provincia

---

[143] AGN. Clero Regular y Secular, 2, exp. 15, fs. 447. *Recurso de Fuerza interpuesto por Dn. Miguel Espinosa, vecino de Tepeaca por haberle embarazado Dn. José Guarneros, de orden del Juzgado de Testamentos del Obispado de Puebla.*

[144] AGN. Expolios, 11, exp. 2, fs. 461.

[145] MM. 357, fs. 67, Santiago, 4-VI-1796, *Criminal por don Mariano Correa contra Antonio Orostegui.*

y en los autos con el Convento de Religiosos de Nuestra Señora de la Piedad, sobre el remate de una casa del licenciado Francisco José Eustiquio Guerrero, decía:

> «...Y en el supuesto, por último de que es público y notorio que el deudor no tiene con qué pagar y de que así le consta al acreedor, es llegado el caso de que por V.S. puede ser compelido a que tome en pago de la deuda, la referida casa, según está prevenido en las Leyes, y según la enseñanza de su insigne glosador, y demás autores que consta en el párrafo curial en la parte n.º 16, juicio ejecutivo, de remate.No sólo concurren, en el caso presente los requisitos de que habla la *Curia*, sino algunos más, como es el de la especial hipoteca, y no sólo debe ser compelido el acreedor, sino que este beneficio que la misma necesidad concede al deudor, es tan privilegiado que no lo puede renunciar, a lo que más principalmente se dirige la doctrina y opinión de Parladorio y demás autores que se refieren en el lugar citado» [146].

De su lado, el 3 de marzo de 1820, el licenciado Pedro Merino en los autos sobre cobro de pesos, contra el licenciado Mariano Guerra Manzanárez, fundaba la ejecución del deudor de esta manera:

> «Ninguna duda aparece sobre lo legal y firme de mi demanda en virtud de los hechos relacionados, y aunque no era necesario hablar más en el particular, pues lo que verdaderamente es tal y como tal aparece en juicio, no necesita de pruebas como asienta el Señor Salgado, Barbosa y otros muchos Doctores, que expresa la *Curia Philippica* en el n.º 7, hablando de los instrumentos» [147].

En otro lugar agregaba:

> «El párrafo 6 de la *Curia Filípica*, hablando del instrumento dice que el público trae aparejada ejecución aunque no se haya hecho en presencia y con aprobación de la parte en cuyo favor se hizo» [148].

Este mismo año de 1820, Jerónimo Villasana, en autos sobre concesión de esperas a Miguel García Manzo, solicitaba, apoyándose en Hevia Bolaños, que el expediente se remitiera del Juzgado de Provincia al del Consulado, pues en atención a la actividad del deudor era este último el tribunal competente:

> «...Al referido Tribunal del Consulado, que es el competente según la doctrina legal del práctico Hevia Bolaños, para conocer de las esperas, quitas y cesión de bienes...» [149].

---

[146] AGN. Civil-Cajas, Legajo, 185, pte. 5, fs. 13 vta. *El licenciado Dn. Francisco José Eustiquio Guerrero, abogado de esta Real Audiencia, sobre el remate de una casa que posee en el pueblo de San Jacinto*, alias San Ángel.

[147] AGN. Civil-Cajas, Legajo 185, pte. 5, fs. 10. *Don Mariano Urízar con el Lic. Dn. Mariano Guerra Manzanárez, sobre pesos.*

[148] *Ibidem*, fs. 11 vta.

[149] AGN. Civil-Cajas, Legajo 185, pte. 5, fs. 10. *Esperas pedidas por Dn. Miguel García Manzo para el pago de sus acreedores.*

Además de la *Curia*, se ha encontrada una cita de la *Praxis beneficiorum*, del clérigo francés Pedro Rebuffe (1487-1557).

El licenciado José Tomás de Saavedra, asesor letrado en los autos entre el obispo de Nueva Vizcaya y los franciscanos por lo tocante a la visita de misiones, expresaba en su dictamen emitido el 23 de julio de 1733:

> «...Algunos Autores dan a entender que el Monje o fraile, luego que obtiene curato secular, deja de serlo y queda exento de la Regular jurisdicción, no teniendo alguna participación, ni comunión en su monasterio, esto procede muy de otra manera y al contrario en las Doctrinas de que son Curas los Religiosos de nuestras Indias, pues éstos ni los privilegios de serlo, ni los Derechos, ni nombre pierden, según que lo tienen Phelino y Rebuffo, el primero en aquel capítulo *Tua de Iur. Iur*, y el segundo *in prax. Benef. tit. de tranlat. tonac. n.° 3, § 3 a 8*» [150].

4.3.4. *Los teológos juristas en la praxis judicial indiana*

En los siglos XVI y primera mitad del XVII se desarrolló en la Península, la llamada escuela española del derecho natural, escolástica y neotomista, vinculada a las universidades de Salamanca, Alcalá, y otras como Evora y Coimbra en Portugal, y que tuvo grande influencia en el curso de las polémicas de Indias o de los justos títulos.

El planteamiento jurídico de las cuestiones derivadas del descubrimiento de las nuevas tierras y de la incorporación jurídica de ellas a la corona, bien así como la situación de sus habitantes frente a la monarquía, se realizó en un primer momento sobre las bases del *ius commune*, sin embargo, como éste se mostró insuficiente para la regulación y solución de los recientes problemas del Nuevo Mundo, comenzó a abrirse paso, durante el curso de las *Polémicas de Indias* el derecho natural de la escuela neoescolástica española y, fruto de ello, fue la aparición de diversos discursos o tratados doctrinales, tocantes a la incorporación y a la condición de los naturales, fundamentados en el derecho natural, que en cuanto tiene a Dios por autor, era de común y general aplicación a todos los hombres [151].

Entre las obras que se escribieron en esta época, merecen mencionarse las de fray Matías de Paz, autor del *De dominio regum Hispaniae super indos* [152]; fray Bartolomé de Las Casas, y sus trabajos de sobra

---

[150] AGN. Expolios, 7, fs. 223 vta.

[151] *Vide* GARCÍA GALLO, Alfonso, *El Derecho Común ante el Nuevo Mundo*, en *Revista de Estudios Políticos*, 80, (Madrid, 1955), pp. 133-152; BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho Común y Derecho Natural en el Nuevo Mundo. Situación jurídica de las tierras y habitantes de América y Filipinas bajo la monarquía española*, en REHJ. XI, (Valparaíso, 1986), pp. 63-79.

[152] BELTRÁN DE HEREDIA, V., *Un precursor del maestro Vitoria: el P. Matías de Paz, O.P., y su tratado »De dominio regum Hispaniae super indos»*, en *La Ciencia Tomista*, 11, (Madrid, 1929), pp. 173-190.

conocidos; fray Bernardo de Santo Domingo y su *Tratado sobre la libertad de los indios*; Francisco de Vitoria (14?-1546) y sus clásicas *Relectio prior de indis recenter inventis*, y *Relectio posterior de indis sive de iure belli Hispanorum in barbaros.*

Los autores, pertenecientes a esta corriente, no aparecían con mucha frecuencia en las librerías de letrados indianos, salvo el caso del jesuita Luis de Molina (1536-1600), que incluso sobrevivió largamente a la expulsión.

Esta relativa ausencia de la neoescolástica española en las bibliotecas, no significa que el influjo de ella hubiera sido escaso, pues muchos de sus autores se estudiaban en las cátedras de artes, donde incluso había una titulada *De locis theologicis* para la obra homónima del dominico Melchor Cano (1509-1560).

Además de Molina y Cano, aparecían en las librerías indianas, Domingo de Soto (1494-1560), Juan de Medina, Leonardo Lessius (1554-1623), y Francisco Suárez (1548-1617).

La presencia de los representantes de la escuela española del derecho natural no era abundante, sin embargo se notaba la presencia del muy difundido en las librerías, padre Luis de Molina (1536-1600) y su *De iustitia et iure*, y del padre Francisco Suárez (1548-1617), aunque no en su *De legibus*, sino en su *De religione.*

Esta ausencia relativa quizá se debía a cierto carácter teológico o filosófico de las obras de esta escuela, que las alejaba en alguna medida de los requerimientos de la práctica judicial.

El Cabildo de Oaxaca el 13 de agosto de 1795, en los autos sobre la consulta efectuada por el obispo jubilado de aquella diócesis, don José Gregorio de Ortigosa, en orden a si a su muerte se formarían expolios, recurría al *De iustitia et iure*, del padre Molina:

> «...Por no hacer más molesto este papel, no se ponen sus Doctrinas, pero sí sus citas y lugares... *Ludovicus Molina, de Justitia et Jure, tract. 2, Disput. 145, num. 2...*»[153].

El fiscal en lo civil de la Real Audiencia de Méjico Francisco Xavier Borbón y Torrijos, en su vista emitida el 14 de septiembre de 1796, en los autos anteriores citaba el *De religione*, del padre Francisco Suárez:

> «Por esto el Padre Francisco Suárez en el tratado 8 *de Religione*, tom. 4, lib. 3, Cap. 16, tratando de la cuestión de si los Obispos regulares que se trasladan de una Iglesia a otra pueden retener y llevar consigo los bienes de la primera o deberán desde luego dejárselos o restituirlos, al n.º 24 asienta y dice así: *in hac re ego...*»[154].

---

[153] AGN., Arzobispos-Obispos, 7, fs. 353 vta.

[154] AGN. Arzobispos-Obispos, 7, fs. 401.

4.3.5. *El humanismo jurídico en la praxis judicial indiana*

Prácticamente no se han localizado citas de obras de autores pertenecientes al humanismo jurídico clásico, ni menos al tardío, a pesar de su significativa presencia en las librerías indianas[155], y en las relecciones de catedráticos del siglos XVIII[156].

Esta ausencia quizá se deba al carácter más histórico y técnico de dichas obras, pues incluso la única invocación de un humanista en la Nueva España, el italiano Andrés Alciato (1492-1550), que se ha detectado, más bien correspondía a una cita de carácter general, y no estrictamente vinculada a una discusión de fondo, como podrá observarse en en siguiente pasaje.

El 8 de enero de 1802, el licenciado José Domingo Laso de la Vega, por el marqués del Valle de la Colina, escribano de cámara más antiguo, en los autos con el segundo escribano de cámara, sobre determinar ante quién debían pasar los expolios de los arzobispos de Méjico, expresaba:

> «...Son muchos los desasosiegos y desventuras que se causan por aquellos que no queriendo seguir el camino abierto por hombres de verdadero ingenio y prudencia, se apartan de los establecimientos antiguos y buscan forma de nueva doctrina, cuyo defecto reprobó Alciato en aquel dístico:
>
> *Qui vestrum abiecta methodo nova dogmata quaerunt*
> *Nihil que suas praeter traddere phantasias*»[157].

En el reino de Chile el doctor Francisco Ruiz de Berecedo citaba en un alegato fechado en 1748, al humanista francés Bartolomé Cassaneo (1480-1542), en su *Cathalogus gloriae mundi*; y al hispano Francisco de Amaya (c.1580-c.1640), en sus *In tres posteriores libros Codicis Imperatoris Iustiniani commentarii*[158].

4.3.6. *La literatura jurídica del siglo XVIII en la praxis judicial indiana*

De la literatura jurídica dieciochesca de instituciones de derecho nacional, de crítica al derecho vigente, y de obras prácticas, solamente se han visto citadas estas últimas.

---

[155] BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *El humanismo jurídico en las librerías del reino de Chile (s. XVII-XVIII)*, en *Revista de Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile*, vol. III, n.º 1-2, (Valdivia, 1992), pp. 25-34.

[156] DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *El humanismo jurídico a través de dos relecciones en la Universidad de San Marcos de Lima*, en REHJ. XV, (Valparaíso, 1992-1993), pp. 179-223.

[157] AGN. Arzobispos-Obispos, 2, *Expediente formado a instancias del Sr. Marqués de la Colina, escribano de cámara propietario de esta Rl. A. sobre corresponder a su oficio los autos de Expolios del Excmo. e Illmo. Sr. Arzobispo y no al menos antiguo*, fs. 318-318 vta.

[158] BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, (n. 23), pp. 112.

La ausencia de citas de libros de instituciones tal vez derive del carácter didáctico de estas obras, y la casi completa falta de las de crítica al derecho vigente quizá se deba a su escasa presencia en las librerías indianas, y a que no trataban directamente problemas jurídicos de fondo, sino que más bien se dirigían a atacar el *mos italicus* predominante.

En el reino de Chile, en la segunda década del siglo XIX, se han registrado algunas citas del crítico mejicano Manuel de Lardizával y Uribe, en su *discurso sobre las penas.*

En efecto, el fiscal de la Real Audiencia de Santiago José Antonio Rodríguez Aldea, en una vista emitida el 1 de julio de 1815, en uno de los procesos contra los insurgentes, decía:

> «En los delitos de asonada, sedición, tumulto, alboroto, levantamiento, conmoción, bullicio, o motín, que todo es lo mismo, se practica nombrar un juez o comisión para descubrir los delincuentes, y entre estos, los cabezas, cuando hay complicidad con la mayor parte de un pueblo o reino, para que el castigo recaiga en pocos y el miedo llegue a muchos, según la juiciosa máxima del sabio criminalista Lardizabal» [159].

Lo mismo hacía en otro dictamen fechado el 7 de diciembre de 1815, precisamente para hacer suya la crítica ilustrada al excesivo rigor de las penas:

> «El señor Lardizabal en su sabio discurso público: no había hoy juez que se atreva a cortar la lengua del blasfemo, ni la mano al escribano falsario, sin embargo de que estas son las penas impuestas a estos delitos por leyes que no están expresamente derogadas; y si hubiera alguno que quisiera resucitar estas leyes, creo seguramente que los fiscales superiores revocaran la sentencia, y el juez pasaría en el concepto público por cruel y temerario» [160].

Las obras de práctica que han aparecido invocadas en los procesos revisados eran el *Tratado del juicio ejecutivo* de José Febrero Bermúdez (1732-1790); la *Ilustración y continuación de la Curia filípica dividida en las cinco mismas partes* de José Manuel Domínguez Vicente; y la *Práctica universal forense de los tribunales de España y de las Indias*, del fiscal granadino Francisco Antonio de Elizondo.

El 17 de junio de 1799 el licenciado Manuel José de Zozaya, asesor en la causa seguida ante el Coronel Comandante del Escuadrón urbano de caballería de Méjico, entre Rodrigo Sánchez y José Domingo Guerra por cobro de pesos, citaba a José Febrero Bermúdez:

> «...Si el deudor requiere con el Decreto de mejora a los Ministros ejecutores y escribano originario se suspenda la ejecución hasta que

---

[159] ANFV. 841, fs. 51. Santiago, 1/7/1815. *Sobre el modo de llevar los sumarios contra los revolucionarios.*

[160] ANFV. 841, fs. 22-28. Santiago, 7 de diciembre de 1815. *Sobre los defectos observados en los sumarios criminales referidos a las sediciones producidas en este Reino.*

> confirma, o revoca la sentencia, y si no se requiere con semejante documento se prosigna las diligencias del pago en virtud de la fianza, como lo asienta el célebre práctico moderno Dn. José Febrero en su *tratado del Juicio Ejecutivo*, lib. 3, Cap. 2, fol. 5, a el número 322» [161].

En el reino de Chile el fiscal Joaquín Pérez de Uriondo en una vista fechada el 4 de junio de 1796 invocaba la autoridad de Elizondo:

> «El mismo señor Elizondo, que diminutamente se cita por el alcalde dice a foja 281 del tomo 4 de su Practica forense que los nombramientos de ajentes suelen hacerse por los señores Fiscales de la Cancilleria de Granada en abogados del Colejio de aquella ciudad» [162].

El 20 de agosto de 1805 el licenciado Juan Bringas citaba también la *Práctica* de Elizondo:

> «Los señores Elizondo en su *Práctica forense*, y Tusco en la letra N. *conclus.* 121, tratando de la denuncia de obra nueva, dicen que lo edificado después de denunciado debe demolerse antes de proceder *ad ulteriora...*» [163].

En Méjico el licenciado Villasana en 1820 en autos sobre concesión de esperas a Miguel García Manzo, recurría a la *Ilustración y continuación a la Curia Filípica*, de Manuel Domínguez Vicente:

> «Un célebre Autor, que V.S. ha visto muchas veces, y adicionó la obra del citado Hevia Bolaños se explicaba así: La confesión o reconocimiento que el deudor hace del vale no puede perjudicar a otros acreedores que tenga porque, aunque la confesión del débito sea prueba de él, se entiende contra el que confiesa, que por su reconocimiento o confesión puede perjudicarse a sí mismo, y obligarse eficazmente, como se dispone en el Derecho. Pero esto no puede extenderse a los acreedores, ni a otro tercero, porque se presume simulado, fingido y fraudulento, y aun se infiere que el acreedor en cuyo favor se hace no debe numerarse entre los demás, según una Ley y Doctores» [164].

4.3.7. *La doctrina de los regnícolas*

Durante el siglo XVIII, se advertía en los expedientes judiciales revisados una tendencia creciente a citar, junto a los autores extraños, la

---

[161] AGN. Civil, 70, exp. 1, fs. 428-428 vta. *A instancias de D. Rodrigo Sánchez, acreedor de D. José Antonio de Hoyos, sobre que D. José Domingo Guerra devuelva la cantidad que percibió.*

[162] MM. 357, fs. 67. Vista fiscal, Santiago 4-VI-1796 en causa *contra Juan Pérez por el exceso de haber tirado piedras al corregidor de la ciudad.*

[163] ANRACH. 747, pza. 2. *Francisco de Herrera con José Borras, sobre licencia para construir molino.*

[164] AGN. Civil-Cajas, Legajo 185, pte. 5, fs. 11 vta.-12. *Esperas pedidas por D. Miguel García Manzo para el pago de sus acreedores.*

opinión de los regnícolas, como una manera de afirmar que las decisiones del derecho común consagradas en las doctrinas de los doctores ajenos, se veían corroboradas por las del derecho municipal indiano, a través de las decisiones de sus más reputados doctores.

Ejemplo claro de esto se encontraba en los siguientes párrafos de un alegato del cabildo eclesiástico de la iglesia catedral de Antequera (Nueva España), en 1795, donde a propósito de la consulta efectuada por su prelado jubilado acerca de si a su muerte se formarían expolios, los canónigos decían:

> «Para proceder con la mayor seguridad... tomando lo concerniente a la materia de fuentes más puras, y limpias de los que mejor han escrito y tratado de las Rentas Eclesiásticas, de su uso, y de los destinos a que lícitamente pueden aplicarse: tales son, omitiendo y callando los nombres aunque venerables de otros, el Sr. Benedicto XIV, el Illmo Cenedo, el Van Espen, el Tomasino y el Berardi, de quienes se ha tomado cuanto se ha de expender, y de ellos se saca que con entera seguridad de conciencia, puede conservar y retener el Obispo los sobrantes de su renta episcopal para convertirlos en los gastos de su manutención, alimentos y demás asistencias de su persona, según su estado, carácter e indigencias...» [165].

Tras esta declaración, desarrollaban sobre la base de las doctrinas de los juristas citados, además de Próspero Fagnano, Daniel Concina, Renato Billuart, Pedro Laurenius, Lucio Ferraris, Luis de Molina y Anacleto Reiffenstuel, toda la materia controvertida en cinco largas fojas, para luego declarar:

> «*Nuestros Regnícolas* consideran las pensiones como unas meras mercedes o gracias Reales, de cuyos frutos ya vencidos, percibidos, o no percibidos, pueden disponer a su libre arbitrio, como de cualesquiera bienes profanos y seculares, pues aunque estas se paguen de bienes eclesiásticos, no tiene obligación el pensionista de convertirlos en usos píos, aunque tenga de qué comodamente sustentarse...» [166].

Enseguida con el apoyo doctrinario de los más clásicos regnícolas: Juan de Solórzano Pereyra, Pedro Frasso, y Antonio José Álvarez de Abreu, explicaba la misma cuestión en otras tres fojas, para finalmente concluir con este precioso pasaje:

> «*Los Autores que han escrito sobre expolios varían en la aplicación de estos*, y la causa sin duda es, las muchas Bullas y Constituciones Pontificias que se han expedido aplicando a la Cámara Apostólica los mencionados expolios, y así sus Doctrinas se han fundado sobre

---

[165] AGN. Arzobispos-Obispos, 7, fs. 350 vta.

[166] AGN. Arzobispos-Obispos, 7, exp. 2, *Real Orden para que se informe sobre instancia del Sr. Obispo Dn. José Gregorio de Ortigosa, contraída a si los bienes que deje a su fallecimiento serán libres de expolio por ser ya pensionista*, fs. 355, Antequera, 13/8/1795.

> las disposiciones de esas Bullas. Según ellas sólo se dejan a las cathedrales los Pontificales, y demás respectivos a oratorio, de que no pueden disponer los Prelados por la prohibición de San Pío V... *pero esto únicamente procede en aquellos Reynos y Provincias en donde están recibidas y puestas en práctica esas Bullas y Constituciones Pontificias, que reservaron a la Cámara Apostólica los expolios con derogación del Derecho Común, que lo aplica a las Iglesias... En los Reinos de Castilla están recibidas esas Bullas y Constituciones, pero en las Indias no están recibidas ni practicadas, sino todo lo contrario*, como puede verse en el Solórzano, *Política Indiana*, lib. 4, cap. 11, num. 8, 9, 10 y 37; en el Frasso, *de Regio Patronatu*, cap. 21, num. 1 cum sequentib., y en otros muchos que estos citan. *Y todos concuerdan uniformemente en que en Indias se observan, están en vigor y fuerza, las disposiciones del Derecho Común, que aplican íntegramente los expolios a las Iglesias Cathedrales*, y lo certifica el Abreu, en su citada obra, art. 2, part. 1, num. 307...» [167].

Algún otro ejemplo de la invocación de la autoridad de los juristas regnícolas podrá verse en los que siguen.

El fiscal de la Audiencia de Santiago de Chile Miguel de Gomendio y Urrutia (1670-1759) en una vista evacuada el 4 de octubre de 1715, en una causa criminal por parricidio, expresaba:

> «...En cuanto al dicho Andrés, negro, dice aunque consiente en la pena principal, en que este reo sea condenado por parricida a muerte, pide se confirme como en ella se contiene, pero en la especialidad de que sea verberado antes de padecer la muerte, se ha de servir V.A. de modificar esta agravación, porque esta circunstancia penal es, según ley cesárea de Partida, pero *es de los Autores regnícolas el no practicarse en nuestro reino*» [168].

El 30 de julio de 1735 el licenciado mejicano Osorio, en los autos de expolios del obispo Juan de Castorena Urzúa y Goyeneche, decía:

> «...Y porque *conforme a Derecho y a Doctrinas Clásicas de los primeros Regnícolas*, los Arzobispos y Obispos pueden testar y disponer de sus bienes patrimoniales, con que con mucha más razón pueden donarlos...» [169].

El 1 de diciembre de 1740 doña Mariana de Villavicencio, apelando de una sentencia del cabildo de Santiago de Chile, para ante la Real Audiencia, decía respecto de no haber actuado el cabildo con asesoría letrada, que:

> «...Se infiere la nulidad, pues según la ley 22. tit. 9, part.ª 2, debe el juez que no es letrado, haber consigo omes sabidores de bien que de derecho le ayuden a librar los pleytos, lo que se manda también a los corregidores en la ley 10. tit. 5. lib. 3 de las recopiladas de Cas-

---

[167] *Ibidem*, fs. 356-357.

[168] ANRACH..433, fs. 223. Santiago, 4/X/1715.

[169] AGN. Arzobispos-Obispos, 6, exp. 2, fs. 290, Méjico, 30/7/1735.

> tilla, ordenándoles que tengan consigo tenientes letrados de ciencia y experiencia, *lo que está también prevenido por Derecho Común, y fundados en estas leyes nuestros Regnícolas también enseñan* que cualquiera providencia que dicten el corregidor o los alcaldes o todo el ayuntamiento sin parecer del asesor son nulas...» [170].

El fiscal interino de la Audiencia de Santiago Melchor José de Santiago Concha (1728-1796), en una vista del 24 de febrero de 1769, se refería a:

> «*La opinión contraria se esfuerza por algunos de nuestros regnícolas*, asentando no ser conforme a Derecho, compeler a los venientes abintestato, para que cedan el 5.º a beneficio de los difuntos que subseden, aunque por equidad canónica los tales subsesores debían distribuir, parte por la alma del difunto, entre los cuales los más juiciosos de nuestros escriptores afirmaron ser necesarios e estableciese nueva ley que aquietase las controversias y diese regla fija en dicho punto» [171].

El licenciado José Domingo Laso de la Vega, por el marqués del Valle de la Colina, escribano de cámara más antiguo de la Real Audiencia de Méjico, en los autos con el escribano de cámara más moderno, sobre la precedencia en el conocimiento de los autos de expolios de los arzobispos de la metropolitana, decía el 8 de enero de 1802:

> «Sabida es la autoridad de la costumbre, pues aunque la de las Leyes es grande y muy debida su observancia, no son de tanta fuerza que venzan a la costumbre, y por el contrario ésta sí la tiene para mudar las Leyes, opiniones y derechos, o para interpretarlos; *enseñando por lo mismo nuestros Regnícolas*, que debe ser justamente reverenciada como Madre, porque se equipara al Derecho Natural, gobierna la mayor parte del Mundo e interpreta las disposiciones de los Reyes, las de los contrayentes y testadores...» [172].

Las citas de las doctrinas de los regnícolas no se limitaban a su mención genérica, sino a la directa y concreta invocación de juristas indianos, de entre los cuales, sin duda alguna, Juan de Solórzano Pereyra (1575-1655) y su *Política indiana* y *De Indiarum iure*, fue el más empleado.

Solórzano aparecía citado en actuaciones de abogados mejicanos en los años 1733, 1795 y 1806; de asesores letrados novohispanos en

---

[170] ANRACH. 2.508, fs. 12. *Presbítero Ignacio de la Peña y otros con el Monasterio de Carmelitas de Santiago sobre la reparación de acequias de la doctrina de la parroquia de San Isidro.*

[171] ANRACH. 2.438, pza. 3, fs. 75. Santiago, 24/II/1769. *Asencio Rodríguez, colector general del obispado de Santiago, con el albacea de los fallecidos abintestato por cobro de las misas que se aplican por ley.*

[172] AGN. Arzobispos-Obispos, 2, *Expediente formado a instancias del Sr. Marqués de la Colina, escribano de cámara propietario de esta Real Audiencia, sobre corresponder a su oficio los autos de Expolios del Excmo. e Illmo. Sr. Arzobispo y no al menos antiguo*, fs. 317 vta., Méjico, 8/I/1802.

1733; en vistas de los fiscales de la Audiencia de Méjico José Antonio de Areche y Sornoza en 1771, Lorenzo Hernández de Alva y Alonso en 1791, Francisco Xavier Borbón y Torrijos en 1796, y Ambrosio Zagarzurieta en 1808; en un voto consultivo de los oidores de la Real Audiencia de Méjico en 1804; en vistas de los fiscales de la Audiencia de Santiago Joaquín Pérez de Uriondo en 1796, y José Antonio Rodríguez Aldea, en 1815.

El licenciado Francisco Manuel Charlín, en nombre del obispo de Nueva Vizcaya, en los autos con los religiosos de San Francisco en lo tocante a las visitas de sus misiones, el 3 de enero de 1733 al refutar los argumentos de los regulares que pretendían estar exentos de la jurisdicción ordinaria, citaba el *De Indiarum Iure*:

> «Con esto llegamos ya al tercer fundamento del escrito de los religiosos de fs. 30; que es la alegación de aquel capítulo del Sr. Solórzano, que comienza: *contentándome con advertir*; me admiro y casi estoy espantado de que tanta novedad hiciera a los religiosos este párrafo del Sr. Solórzano, habiendo escrito de esta materia tomos enteros por los insignes juristas, y aun el mismo Sr. Solórzano en el tomo 2.º *De iur. indiar*, en los Caps. 16, 17, 18 del libro 3 plenísimamente, y dejando las fuentes copiosas de esta materia; se quieran contentar con apéndices y parrafitos, pero ojalá se tenga presente el citado párrafo del Sr. Solórzano, que de ninguna manera favorece a los religiosos, sino a la Mitra y jurisdicción ordinaria,, ni podía decir otra cosa este sabio Doctor, pues allí mismo, sin salir de este párrafo que se cita, pone el Sr. Solórzano la distinción y limitación tratando del Breve de Pío V...» [173].

En esta misma causa, el licenciado José Tomás de Saavedra, asesor letrado del virrey, en su dictamen emitido el 23 de julio de 1733, recurría a la misma obra y a la *Política Indiana*:

> «Los Derechos y Doctores en que estriba la Escuela, donde ha cursado y aprendido sus Doctrinas la parte de la Custodia y Misiones de la Venida... quererlos compilar mi insuficiencia era querer abarcar el Océano o incluirme con la copia de ellos... No obstante, porque *melius est non habere, quam post votum, promisa non redere*, quiero incluirme en él, esperando salir victorioso, si me valgo de un hilo, cogiendo un Doctor, en que se pueden ver, los que éste cita, con lo que cierto juzgo saldré de mi estipulada oferta, y más si como Regnícola, bien recibido Político Consulto, refiero sólo los fundamentos con que se han defendido siempre de la ordinaria jurisdicción de los Señores Obispos, que trae el Doctor Don Juan de Solórzano Pereyra en su *Indiana Política* y con la erudición que acostumbra, con más extensión en el tomo 2.º que escribió con el título de *Iur. Ind.*, donde asienta: Que mediante la dispensación de los Sumos Pontífices León X, Adriano VI, Paulo III, Clemente VII, San Pío V, y otros, se les permitió a los regulares suplir y servir oficios de curatos...» [174].

---

[173] AGN. Arzobispos-Obispos, 7, fs. 155-156 vta.

[174] *Ibidem*, fs. 222-222 vta.

Por su parte, el 9 de octubre de 1733, Diego de Rivas Talavera, mayordomo de la fábrica de la catedral de Veracruz, en los autos de expolios del obispo Juan Ignacio María de Castorena Urzúa y Goyeneche, invocaba igualmente la opinión de Solórzano:

> «...Aun en los dichos bienes, que los Señores Obispos, adquieren inmediata mediatamente por contemplación, vocación de sus Iglesias, de que por testamento no pueden disponer, si hiciesen donación de ellos, según el Motu de S.S. Pío quinto, que cita Solórzano, para que valgan las tales donaciones, es preciso que sobrevivan 40 días después que las hicieron, cuya disposición, según el mismo Solórzano por la Real Cédula que cita y trae a la letra, está mandada guardar en las Indias, en que concurren varios graves Doctores...» [175].

En este mismo proceso, el doctor Nicolás Leyton Tanudo, mayordomo del prelado difunto, contestaba el 30 de noviembre de 1733, con la misma autoridad de Solórzano:

> «...Es innegable que pudo S.S.I. hacer en vida las tales donaciones, y no sólo pudo hacerlo en estos bienes suyos, sino también de los adquiridos *intuitu ecclesiae*. Y aun de alhajas tocantes a Pontifical, y más no siendo para usos profanos, sino para lugares píos y por vía de limosna. Pruébase lo primero con la ley 8, tit. 21, Part. 1, que dice: *Mas si oviesen que sean en sussesso*. La cual ley cita el Sr. Solórzano al capítulo 1.º, lib. 3 de *Indiarum Guvernat.* n.º 81 y en el n.º 82 dice que estos derechos se han de recibir y entender de tal suerte que las tales donaciones valgan y puedan hacerse lícita y seguramente, no sólo en el fuero exterior, sino también en el interior, porque la ley no debe enseñar ni permitir cosa que induzca a la culpa mortal, y son sus palabras: *Quae una accipienda sint, ut tales donationes valeant, et licite, et secure, fieri possint, non solum in foro Exteriori, verum in interiori, Lex enim non debet docere, nec permittere quod culpam letalem induceret, iuxta glossa singularem in Cap. quae in Ecclesiarum de Constitutionibus*» [176].

De su lado, el fiscal en lo civil de la Real Audiencia de Méjico José Antonio de Areche y Sornoza, en la vista emitida el 23 de julio de 1771 en la causa seguida por José de Agreda Villanueva contra los bienes del agustino fray Marcos Coronel, tras citar las opiniones de Feliciano de la Vega y Juan Gutiérrez en orden al nombramiento por los regulares de Jueces Conservadores a efecto de que conocieran de sus causas civiles, expresaba:

> «...Y estas opiniones tienen la aprobación del Sr. Solórzano al n.º 66, Cap. 27, Lib. 4, de su *Política Indiana*» [177].

---

[175] AGN. Arzobispos-Obispos, 14, fs. 132 vta. *Autos de expolios del Illmo. Sr. Dr. Dn. Juan Ignacio María de Castorena Urzúa y Goyeneche, obispo que fue de la Veracruz.*

[176] AGN. Arzobispos-Obispos, 14, fs. 141-141 vta.

[177] AGN. Expolios, 3, exp. 2, fs. 409.

Su colega Lorenzo Hernández de Alva y Alonso, el 31 de septiembre de 1791, al apelar de una resolución de los subdelegados del subsidio de vacantes menores, explicaba la materia de la secularización de los diezmos, a propósito de la diversidad de opiniones que había sustentado Solórzano en sus *De Indiarum Iure* y *Política Indiana*:

> «A la autoridad del Señor Solórzano, tomada del capítulo doce, libro tercero *de jure Indiarum*, que alega el defensor del Subsidio para probar que la renta de las vacantes es Eclesiástica, y que el Soberano por subrogarse en el lugar del Prelado o Capitular difunto debe distribuirla en obras pías, como era de la obligación de estos, se responde, que en el citado lugar el Sr. Solórzano opinó contra el derecho de S.M. a las vacantes, por haberse persuadido, que con la redonación de los diezmos a las Iglesias, abdicó S.M. el dominio de ellos, recobraron su primitiva espiritualidad y quedaron exentos de la potestad de nuestros Reyes y estos sin derecho y disposición libre de las vacantes. Pero en el Libro tercero, capítulo primero y veinte y uno, y en la *Política*, libro cuarto, capítulo primero, respondió que por dicha cesión o donacion de los diezmos, no se espiritualizaron, ni salieron de la Jurisdicción de los Señores Reyes, sino que se mantuvieron, sin embargo, temporales, y con naturaleza de regalía, y que así se estimó por ejecutoria del Consejo de Indias en pleito que defendió como su Fiscal...» [178].

También el Cabildo de Oaxaca el 13 de agosto de 1795, en los autos sobre la consulta efectuada por el obispo jubilado de aquella diócesis, don José Gregorio de Ortigosa, en orden a si a su muerte se formarían expolios, citaba la *Política*:

> «...Hablando el Sr. Solórzano de la distribución que se hacía de los frutos decimales, en tiempo de vacante por fallecimiento del obispo, la que aunque ha tenido sus variaciones según los tiempos, pero en ellos se le asignaba al sucesor alguna cantidad para los gastos que tenía que erogar en su ingreso; porque de estos dice, al num. 20, lib. 4, cap. 10 de su *Política Indiana, podrán disponer a su albedrío así en vida, como en muerte, por no juzgarse por eclesiástico, sino por una donación real, y como se suspendió por la Sagrada Congregación de los Cardenales, a consulta que sobre esto hizo el Santo Arzobispo de Lima, Dn. Toribio Alfonso de Mogrovejo...*» [179].

En este mismo expediente, el fiscal de lo civil Francisco Xavier Borbón y Torrijos decía en su vista emitida el 14 de septiembre de 1796:

> «El Sr. Solórzano en el lib. 4, cap. 10 al n.º 27 y 28, trae la cuestión de aquellas excesivas o inmoderadas donaciones que suelen hacer los Prelados en vida y sana salud de sus bienes muebles o raíces para usos profanos o fines píos, pero no apartando de sí los tales

[178] AGN. Judicial, 26, exp. 17, fs. 279 vta.-280.
[179] AGN. Arzobispos-Obispos, 7, fs. 355.

bienes desde luego, sino antes reservando en sí el usufructo de ellos...» [180].

En iguales autos llevados por voto consultivo al Real Acuerdo, dos de los oidores, en voto de minoría, sostenían el 9 de febrero de 1804, que:

> «Otros dos Señores Ministros dicen que atendiendo al tiempo en que el difunto Sr. Ortigosa dispuso de los 16.000 pesos y otorgó la correspondiente escritura, y de la parte de los siete mil producidos como de los dieciseis provenientes de la Mitra, son de dictamen que no puede subsistir aquella disposición hecha en tiempo inhábil, y en perjuicio de la Iglesia, por las razones y fundamentos que oportunamente explicó el Sr. Fiscal, en su respuesta del 14 de Septiembre del año de 796, y por lo que dejó escrito el Sr. Solórzano, así en el Capítulo 11, lib. 3, de su *Política Indiana*, principalmente desde el párrafo que comienza: *Y esto será más cierto*; como en la obra *de Indiarum Iure*, lib. 3, cap. 11, n.º 87 y siguientes...» [181].

De su lado, el 18 de noviembre de 1806, el promotor fiscal del obispado de Puebla, en los autos sobre la contribución de los vecinos de la Antigua a la reparación de la casa cural, invocaba la autoridad de la *Política Indiana*:

> «Muchas determinaciones sabias enseñan que las casas y habitaciones se comprehenden bajo el nombre de alimentos, de cuyo dictamen son los más graves autores, y entre ellos se cuenta el Sr. Solórzano en su *Política Indiana*, lib. 2, Cap. 8, n.º 14... Lo primero que se ofrece a la consideración es la doctrina del mismo Sr. Solórzano, lib. 4, Cap. 23, num. 6, en donde después de proponer los legales arbitrios que en esos casos se han de abrazar, dice expresamente lo que sigue: *Todo lo cual es tan conforme a la regla de Derecho, como cualquiera lo podrá conocer*» [182].

El fiscal en lo civil de la Real Audiencia de Méjico Ambrosio de Zagarzurieta, en una vista fechada el 30 de junio de 1808 emitida en la causa de expolios del obispo fray Luis de Piña y Mozo, decía:

> «...La conservación y perpetuidad de los muebles y ajuar de las casas Episcopales se halla autorizado por una antiquísima práctica en todas las mitras de España, fundada en obvios principios de Derecho y de equidad y aprobada después por el Soberano expresamente. El Señor Solórzano en su *Política Indiana*, libro 4.º, capítulo 11, num. 22 y 23 dice: *Considero también en favor de la misma costumbre otra semejante que se practica en el Supremo Consejo de Castilla, despachando de ordinario provisiones para que el Corregidor más cercano compela a los herederos o albaceas del Obispo que sucede*

[180] AGN. Arzobispos-Obispos, 7, fs. 394 vta.

[181] AGN. Arzobispos-Obispos, 7, fs. 438 vta.-439.

[182] AGN. Clero Regular y Secular, 207, exp. 8, fs. 110-111. *Sobre que los vecinos de la Antigua contribuyan a la composición de la casa cural.*

morir, a que nombren tasadores de los daños y menoscabos que pareciere quedan en las casas y bienes de la dignidad Episcopal, del tiempo que el Obispo difunto vivió y la tuvo a su cargo, los cuales se junten con el que de nuevo le sucediere, estimen, tasen y aprecien los dichos daños y deterioraciones nombrando tercero en caso de discordia, y hecha esta tasación se manda pagar en dinero todo lo que monta, y que se entregue al nuevo Prelado, para reparar con él las dichas deterioraciones, de la cual práctica testifican Molina y Juan García bastantemente, fuera del común estilo que nos la hace tan manifiesta» [183].

Joaquín Pérez de Uriondo, fiscal de la Real Audiencia de Chile, recriminaba en 1796 a un alcalde ordinario su mal manejo de las doctrinas de Solórzano:

> «El, por falta de versación en el manejo de los libros de la facultad, atribuye al señor Solórzano la doctrina de que el Fiscal es recusable sólo por haber sido en algún tiempo abogado de la parte, siendo así que en el libro y capítulo citados al número 27 la refiere sin declarar su dictamen» [184].

Su colega José Antonio Rodríguez Aldea, en una vista evacuada el 8 de agosto de 1815, decía:

> «Los tres letrados que componen la comisión... afectan dudas si en las vistas Fiscales se han de entender directamente con este Ministerio o con el agente, cuando por Derecho y práctica del Presidente y del Fiscal de la Real Audiencia, y no sus Ministros por separado pueden entenderse con el 1.º, y los demás con el 2.º,...V.S. conoció justamente que el mejor servicio del Rey y de la causa pública era desentenderse de esa duda, que no admite la cédula del 6 de abril de 1801 dirigida sobre la matera al Señor Alfaro cuando era fiscal de Chuquisaca, la doctrina de este, del Solórzano, Escalona y demás tratadistas, fundados en la ley y práctica...» [185].

Además del príncipe de los indianistas también se invocaban las siguientes obras de canonistas indianos:

a) El *Gobierno eclesiástico y pacífico*, de fray Gaspar de Villarroel (1587-1665), por el fiscal mejicano José Antonio de Areche y Sornoza, en 1771, y por el fiscal chileno José Antonio Rodríguez Aldea, en 1815.

b) El *De Regio Patronatu Indiarum*, de Pedro Frasso (1630-1693), en Méjico por el asesor letrado José Tomás de Saavedra en 1733, y por los fiscales José Antonio de Areche y Sornoza en 1771, y Ambrosio Zagarzurieta en 1807.

---

[183] AGN. Expolios, 11, exp. 2, fs. 460 vta.-461.

[184] MM. 357, fs. 67, Santiago, 4-VI-1796.

[185] ANFV. 841, fs. 59vta.-60. Santiago, 8/8/1815. *Don Joaquín Echeverría contra la comisión de letrados que le substanció proceso por insurgencia.*

c) La *Víctima real legal*, de Antonio José Álvarez de Abreu (1683-1775), por el cabildo eclesiástico de Oaxaca en 1795, y por los fiscales novohispanos Lorenzo Hernández de Alva y Alonso en 1791, y Francisco Xavier Borbón y Torrijos en 1796.

d) El *Manifiesto canónico legal del absoluto y libre derecho del rey nuestro señor a la percepción de las vacantes mayores y menores de las Iglesias de las Indias*, de Pedro de Hontalva y Arce, por el fiscal mejicano Ambrosio Zagarzurieta en 1791.

e) El *Manual Compendio del Regio Patronato Indiano*, de Antonio Joaquín de Rivadeneyra y Barrientos (1710-1772), por el defensor de subsidios del arzobispado de Méjico en 1791.

Las obras de civilistas indianos que aparecían mencionadas en juicios eran los siguientes:

a) La *Praxis civile de exercitio practicarum actionum, tam in communi, quam regio iure sancita iuxta hodierna stylum*, de Juan de Montealegre, por el obispo de Santiago Francisco Sobrino y Minayo en 1793.

b) El *Tractatus de officio fiscalis*, de Francisco Alfaro, por el fiscal chileno José Antonio Rodríguez Aldea, en 1815.

c) El *Gazophilacium regium Perubicum* de Gaspar de Escalona y Agüero (1590-1659), por el fiscal chileno José Antonio Rodríguez Aldea en 1815.

d) El *Discurso sobre las penas* del mejicano Manuel de Lardizaval (1739-1820) por el fiscal de la Audiencia de Chile José Antonio Rodríguez Aldea, en 1815.

El obispo de Santiago de Chile Francisco Sobrino y Minayo defendía en 1793 la facultad del marido de verberar a su mujer apoyado en la autoridad de Juan de Montealegre, de quien decía que:

> «Después de muchos y mui distinguidos empleos que obtuvo en España se le premiaron sus méritos con una Plaza de oydor en la Real Audiencia de Charcas: este sapientísimo jurisconsulto en su erudita obra De exercitatio Practicarum Actionum, lib. 1, cap. 5,en los números 279, 280 y 281 da por sentado que el marido con justa causa puede moderadamente *uxorem verberare et in vinculos retinere...*» [186].

El fiscal de la Real Audiencia de Chile José Antonio Rodríguez Aldea, en una vista del 16 de agosto de 1815, citaba al oidor chileno Gaspar de Escalona y Agüero (1590-1659), en su célebre *Gazophilacium regium perubicum*:

> «El Oidor Fiscal, visto el expediente promovido por los Ministros de Real Hacienda... así parece lo persuade la razón, pues por lo expuesto en los citados informes queda convencido el Ministerio que la

[186] ANRACH. 2.037, fs. 63, *Juicio de divorcio entre don Joaquín Toesca y doña Manuela Fernández de Rebolledo.*

> doctrina establecida por el Señor Escalona sobre estos sobrantes en el libro 1.º, parte 2.ª, cap. 8, de su Gazofilacio, además que de su rigurosa observancia podría resultar muy grave perjuicio al Real Erario, sería también inadaptable en las presentes circunstancias en que prepondera la fidelidad de estos Ministros...» [187].

Su colega en lo civil de la Real Audiencia de Méjico José Antonio de Areche y Sornoza, citaba en la vista emitida el 23 de julio de 1771 en la causa seguida por José de Agreda Villanueva contra los bienes de fray Marcos Coronel, la docta opinión de fray Gaspar de Villarroel, recogida en su *Gobierno eclesiástico y pacífico*:

> «...El Fiscal advierte, lo primero, la posesión contraria en que se hallan y han mantenido los religiosos Agustinos, de no ser convencidos ante los Jueces Eclesiásticos Ordinarios, pues parece que no hay ejemplar de que en algún caso se haya verificado, cuya práctica, y estilo debe observarse con arreglo a lo que en carta de 24 de Marzo de mil seiscientos cuarenta y seis respondió Su Majestad, a la consulta que le hizo el Illmo. Sr. Villarroel, como refiere este grave Doctor en la 1.ª Parte, Q. 6, art. 4, cerca de cómo se portaría cuándo anta Su Illma. pusiesen demanda contra los Religiosos» [188].

El licenciado José Tomás de Saavedra, asesor letrado del virrey, en los autos entre el obispo de Nueva Vizcaya y los franciscanos en lo tocante a la visita de misiones, en su dictamen emitido el 23 de julio de 1733, sostenía junto al *De regio patronatu indiarum*, de Pedro Frasso, que los religiosos no estaban exentos de la jurisdicción del ordinario:

> «...Estando declarado que el Reino de Nuevo México es del Obispado de Durango, por serlo la provincia del Moqui, que se halla en los términos de él, legítimamente y sin fuerza alguna ni violencia la más mínima, se infiere que el Sr. Obispo puede hacerlo cada vez que le parezca conveniente a los Regulares Párrocos Misioneros de la Custodia, y por consiguiente necesario pueda nombrar Eclesiástico Juez en la parte o partes de su arbitrio (Regulado éste donde lo pidiere la necesidad) y en conformidad de la Real Cédula que está testimoniada, y de lo que sobre el asunto trae Dn. Pedro Frasso, en el Cap. 5.º, fol. 76 de su Tomo 2.º, fundándolo en el Cap. 11, de la Sess. 25 del Sagrado Tridentino Concilio, y el *Bullario* del Sr. León papa X que comienza *Dum intra*, y se halla en el Tomo 1.º del *Bullario*, § 3, fol. 586, y esforzándolo con Doctores, tantos que abreviados sus nombres o apellidos llenan doce columnas de sus obras...» [189].

El fiscal en lo civil de la Real Audiencia de Méjico José Antonio

---

[187] ANFV. 841, fs. 67. Santiago, 16/8/1815. *Sobre que los ministros de la Real Hacienda cubran faltantes.*

[188] AGN. Expolios, 3, exp. 2, fs. 405 vta.-406. *Demanda que hizo Joseph de Agreda Villanueva, administrador que fue de la hacienda El Molino perteneciente al Convento de Celaya, en contra de los bienes de fray Marcos Coronel.*

[189] AGN. Expolios, 7, fs. 226.

de Areche y Sornoza, citaba en la vista emitida el 23 de julio de 1771 en la causa seguida por José de Agreda Villanueva contra los bienes de fray Marcos Coronel, también se apoyaba en el regalista sardo:

> «Por estas razones, entiende el Fiscal, que debe distinguirse el caso de cuando la acción o demanda se dirige contra la Provincia, y es interesado el Prelado Superior, de los otros en que se versa contra algún Convento o individuo particular en que debe la Jurisdicción de el Superior, considerarse expedita, y así lo manifiesta la disyuntiva de que usa el Sr. Frasso, al Cap. 79, n. 49, por estas palabras: *vel etiam Regulares rei coram suis superioribus conveniendi sunt secundum declarationem a Sanctissimo Paulo Papa V factam in sua Bulla incipiente Religionum...*» [190].

Al igual que su colega Ambrosio Zagarzurieta, al evacuar una vista el 27 de septiembre de 1807 en la causa seguida por el presbítero Francisco Estrada por no habérsele conferido el curato de Capuluac:

> «De aquí es que no todas las veces el que es merecedor de una Canongía es a propósito para administrar los sacramentos, como lo dice la Real Cédula de 4 de abril de 1609, que trae íntegra Dn. Pedro Frasso en *Regio Patronato Indiarum*, cap. 104, y es la misma de que se formó la ley 24 citada por el Lic. Estrada» [191].

Por su parte, en octubre de 1791, el defensor de subsidios del arzobispado de Méjico, en autos contra el fiscal, sobre la disposición de ciertas rentas de vacantes menores, invocaba la *Víctima real legal*, de Antonio José Alvarez de Abreu:

> «...Tan poderosa es esta reflexión para fundar este concepto, que reconociéndolo así el Sr. Abreu, y que ella es un poderoso argumento bastante para destruir su idea de que esas rentas son bienes temporales y profanos, con el objeto de llevarla adelante, expresamente niega en el art. 2.º, p. 5.ª, n.º 705, *de su Víctima real legal* que los canonicatos son beneficios eclesiásticos» [192].

Lo que también hacía el Cabildo de Oaxaca el 13 de agosto de 1795, en los autos sobre la consulta efectuada por el obispo jubilado de aquella diócesis, don José Gregorio de Ortigosa, en orden a si a su muerte se formarían expolios:

> «Nuestros Regnícolas consideran las pensiones como unas meras mercedes o gracias reales, de cuyos frutos ya vencidos, percibidos, o no percibidos, pueden disponer a su libre arbitrio, como cualesquiera bienes profanos, y seculares, pues aunque estas se paguen de bienes eclesiásticos, no tiene obligación el pensionista de convertirlas en usos píos aunque tenga de qué comodamente sustentarse, son pala-

---

[190] AGN. Expolios, 3, exp. 2, fs. 410 vta.-411.

[191] AGN. Clero Regular y Secular, 207, exp. 9, fs. 175. *El presbítero Dn. Francisco Estrada sobre no habérsele conferido el curato de Capuluac en este Arzobispado.*

[192] AGN. Judicial, 26, exp. 2, fs. 288 vta.-289.

bras expresas del Sr. Abreu en su famosa obra sobre vacantes, art. 1.º, part. 2.ª, num. 386, donde dice así: *Es bien digno de reparo, que no siendo profana, sino eclesiástica la tercia parte de los réditos del obispado sobre que se recargan las pensiones, estas se reparten entre los pensionistas sin obligación de convertirlas en usos píos, aunque tengan de qué cómodamente sustentarse*» [193].

En este mismo expediente, el fiscal de lo civil Francisco Xavier Borbón y Torrijos, decía en su vista emitida el 14 de septiembre de 1796:

> «Según expone el Sr. Abreu en su *Discurso histórico político sobre las vacantes de Indias*, art. 2, § 1, n. 307...» [194].

El 31 de septiembre de 1791, el fiscal de la Real Audiencia de Méjico en el expediente promovido sobre la declaración hecha por los subdelegados del subsidio en orden a la contribución a dicho ramo de las vacantes menores, citaba el *Manifiesto canónico legal*, de Pedro Hontalva Arce:

> «Los frutos del beneficio o dignidad, (dice el Sr. Dn. Pedro de Hontalva, en el *Manifiesto canónico legal del absoluto y libre derecho de nuestros reyes a la percepción de las vacantes mayores y menores*), son destinados en sus fundaciones para premio, que ha de ser a proporción del servicio que hacen sus poseedores» [195].

En octubre de 1791 el defensor de subsidios del arzobispado de Méjico, an autos contra el fiscal, sobre la disposición de ciertas rentas de vacantes menores, citaba el *Manual compendio del regio patronato indiano*, del regalista mejicano Antonio Joaquín de Rivadeneyra y Barrientos, para afirmar que los canonicatos eran beneficios eclesiásticos:

> «Los Concilios Tridentino y Mexicano les confieren esa propia naturaleza y lo mismo hacen muchos y buenos Autores, de los cuales, uno, el Señor Rivadeneyra en su *Compendio del Patronato Indiano...*» [196].

La amplia utilización en juicio de estos juristas regnícolas, no constituía más que el reflejo de su abundante presencia en las bibliotecas indianas, y por otra parte, confirma desde la perspectiva de la práctica judicial, el claro predominio de las tendencias regalistas durante el siglo XVIII.

Finalmente, el fiscal de la Real Audiencia de Santiago de Chile, José Antonio Rodríguez Aldea, en una vista evacuada el 1 de julio de 1815,

---

[193] AGN. Arzobispos-Obispos, 7, fs. 355.

[194] AGN. Arzobispos-Obispos, 7, fs. 398 vta.

[195] AGN. Judicial, 26, exp. 17, fs. 278. *Expediente formado sobre la declaración hecha por los Señores Subdelegados del Subsidio de deber contribuir a este ramo de vacantes menores y apelación interpuesta por el Sr. Fiscal de esta Real Audiencia.*

[196] AGN. Judicial, 26, exp. 2, fs. 289.

citaba la autoridad del moderno Manuel de Lardizábal, que por lo demás, era el único autor de crítica al derecho vigente, que aparecía invocado:

> «En los delitos de asonada, sedición, tumulto, alboroto, levantamiento, conmoción, bullicio, o motín, que todo es lo mismo, se practica nombrar un Juez o Comisión para descubrir los delincuentes, y entre estos, los cabezas, cuando hay complicidad con la mayor parte de un Pueblo o Reino, para que el castigo recaiga en pocos y el miedo llegue a muchos, según la juiciosa máxima del sabio criminalista Lardizábal» [197].

Lo mismo hacía en otro dictamen fechado el 7 de diciembre de 1815:

> «El Señor Lardizabal en su sabio discurso público: no había hoy juez que se atreva a cortar la lengua del blasfemo, ni la mano al escribano falsario, sin embargo de que estas son las penas impuestas a estos delitos por leyes que no están expresamente derogadas; y si hubiera alguno que quisiera resucitar estas leyes, creo seguramente que los fiscales superiores revocaran la sentencia, y el juez pasaría en el concepto público por cruel y temerario» [198].

5. REACCIÓN CONTRA LA *COMMUNIS OPINIO DOCTORUM*

La crítica dieciochesca contra el derecho vigente y, en particular, contra el *mos italicus*, también se reflejó en la praxis judicial indiana de finales del siglo XVIII.

En efecto, en el Río de la Plata el fiscal de la Real Audiencia de Buenos Aires José Márquez de la Plata y Soto (1741-1825), en una vista fechada el 27 de marzo de 1794, reprochaba la práctica común de los abogados de presentar:

> «Escritos dilatadísimos, llenos de citas de autores y de leyes del Derecho antiguo Romano» [199].

En la segunda mitad del siglo XVIII se ha encontrado algún ejemplo de reacción contra el sistema de la *communis opinio doctorum*, reflejo sin duda de la crítica dieciochesca al derecho vigente, y quizá del humanismo jurídico.

Así, en el recurso de fuerza interpuesto en 1784 por Miguel Espinoza, vecino de Tepeaca, contra el notario eclesiástico del obispado de Puebla de los Ángeles, el asesor letrado del alcalde mayor de Orizava, ante quien pasaron los autos en primer término, había desarrollado con grande acopio de autoridades la doctrina de que el dicho notario, aun siendo secular, gozaba de fuero, y decía:

---

[197] ANFV. 841, fs. 51. Santiago, 1/7/1815. *Sobre el modo de llevar los sumarios contra los revolucionarios.*

[198] ANFV. 841, fs. 22-28. Santiago, 7 de diciembre de 1815. *Sobre los defectos observados en los sumarios criminales referidos a las sediciones producidas en este Reino.*

[199] Cit. por LEVAGGI, Abelardo, (n.º 19), p. 18.

> «...Y expresamente lo afirma Cortiada en la decisión 8, n.º 131, fs. 51, tomo 1.º, y en el 3.º, Decis. 149, n.º 28, fs. 171... la que también sigue Boerio, Gratiano, Barbosa, con otros que pasan de veinte, y hacen opinión en la Jurisprudencia...» [200].

En la Real Audiencia de Méjico, al darse vista al fiscal para que dictaminara sobre la materia, éste estampó terminantemente al margen del referido párrafo del asesor letrado:

> «*Aunque sean mil los que lo digan*, en el caso no goza de fuero el Notario» [201].

6. CONCLUSIONES

Tras este inicial estudio de expedientes judiciales, sobre todo de la Nueva España y del Reino de Chile, se pueden extraer las siguientes conclusiones, que deben considerarse como provisorias, en cuanto sólo se refieren a una pequeña parte de los expedientes judiciales de la época indiana.

1. El Derecho Romano se invocaba directamente en los expedientes judiciales indianos.

1.1. Esta práctica, se mostraba como el reflejo de la enseñanza jurídica, centrada en el *Corpus Iuris Civilis*, en las cátedras de leyes, avalada por su amplia presencia en las librerías indianas.

1.2. Ella se advertía tanto en las actuaciones de los abogados, cuanto en las de los fiscales de las reales audiencias.

1.3. El Derecho Romano se invocaba, citando directamente los pasajes del *Digesto, Código*, y *Novelas* y, en algunas ocasiones, quizá a través de alguna obra tardía, como la de Juan Sala.

1.4. El recurso al Derecho Romano, parece haberse practicado, al menos, por tres vías, a saber, como derecho subsidiario y complementario del real; a través de sus reglas o principios; y en cuanto razón que apoyaba al derecho real.

1.5. La invocación del Derecho Romano, en carácter de subsidiario del real, parecía obedecer a la tradicional doctrina del *mos italicus*, que considerando al derecho real como *ius proprium*, recurría al romano, conforme a la regla: *Ubi cessat statutum, habet locum ius commune.*

1.6. Sus citas en cuanto razón, aparecíann quizá, como reflejo de

---

[200] AGN. Clero Regular y Secular, 2, exp. 15, *Recurso de fuerza interpuesto por don Miguel Espinosa, vecino de Tepeaca, por haberle embarazado Dn. José Guarneros, de orden del Juzgado de Testamentos del Obispado de Puebla*, fs. 446 vta.-447, Villa de Orizava, 8/7/1784.

[201] *Ibidem*, fs. 447.

la influencia del *mos gallicus* y de la propia legislación real castellana, que permitía su estudio en cuanto razón de sabios, y su invocación en la medida que concordara con el derecho real.

2. El *mos italicus*, metodológicamente se hacía presente en la praxis judicial indiana, a través de la amplia utilización de la regla *odia restringi et favores convenit ampliari*, que intentaba conciliar las prescripciones del derecho real con las del común.

2.1. A este recurso acudían, abogados, fiscales, y asesores letrados.

2.2. Especial importancia alcanzó la aplicación de este regla en lo tocante a la libertad de los naturales, pues las disposiciones reales que la afectaban se tenían por odiosas y, por ende, se las aplicaba restrictivamente.

3. También, metodológicamente, el *mos italicus* se hacía presente mediante el recurso a la *communis opinio doctorum.*

3.1. Esta práctica era común a abogados, asesores letrados, fiscales, e incluso a los mismos oidores.

3.2. Desde finales del siglo XVIII, se aprecian algunas reacciones contra esta práctica, sobre todo por parte de los fiscales de las Reales Audiencias.

4. Algunos letrados indianos citaban la autoridad de los doctores a través de obras instrumentales, o por intermedio de alguna otra.

5. Abogados, fiscales, asesores letrados, y oidores, citaban frecuentemente en forma expresa la opinión de juristas.

5.1. Estas citas aparecían en los escritos de los letrados, en vistas fiscales, en dictámenes de asesores letrados, votos consultivos en materias de gobierno, e incluso en algunas sentencias.

5.2. Eran escasas las citas de glosadores, limitadas a la *Magna Glossa*, y a algún otro como Guillelmo Durando.

5.3. Las citas de comentaristas, se reducían principalmente a Bartolo, Baldo y Nicolás Tudeschis.

5.4. Predominaba ampliamente la invocación de juristas pertenecientes al *mos italicus tardío*, situación que concuerda con su mayoritaria presencia en las librerías indianas y que quizá obedecía a su marcado carácter práctico.

5.5. Casi no aparecían citas de comentaristas tardíos del derecho romano, tal vez por la decadencia de este género jurídico-literario, iniciada desde el siglo XVI.

5.6. Abundaba la invocación de comentaristas de textos canónicos, sobre todo de autores de los siglo XVII y XVIII, con marcados tintes regalistas, e incluso galicanos y jansenitas.

5.7. Las obras de decisionistas, consiliaristas, y controversistas

eran, igualmente, ampliamente utilizadas, sobre todo, de autores italianos e hispanos.

5.8. Destacaba el recurso a la opinión de tratadistas, tanto hispanos, cuanto del resto de Europa.

5.9. De los prácticos, el más recurrido era Juan de Hevia Bolaños.

6. Resultaban escasamente invocados los representantes de la escuela española del derecho natural, entre quienes destacaba Luis de Molina, uno de los jesuitas de mayor difusión en América, hasta avanzado el siglo XIX.

7. Igualmente, reducidas eran las citas de juristas correspondientes al humanismo jurídico.

8. La literatura jurídica del siglo XVIII, aparecía significativamente representada por las prácticas y, escasamente por las de crítica al derecho vigente. Entre esta últimas sólo se encontraba a Manuel de Lardizával.

9. Era muy frecuente el recurso a la opinión de los juristas regnícolas.

9.1. Esta práctica aumentaba a medida que avanzaba el siglo XVIII.

9.2. Se recurría, tanto genéricamente, cuanto nominativamente a la opinión de ellos.

9.3. El regnícola más recurrido, era Juan de Solórzano Pereyra. Tras él, Gaspar de Escalona y Agüero, Gaspar de Villarroel, Fracisco Alfaro, Pedro Frasso, Antonio Joaquín de Rivadeneyra y Barrientos, etc.

LOS ASIENTOS DE LA AVERÍA DE LA ARMADA DE LA CARRERA DE INDIAS

José Antonio CABALLERO JUÁREZ
Universidad Nacional Autónoma de México

Desde mediados de los años sesenta del siglo XVI, la protección del tráfico de la Carrera de Indias estaba fundada en un sistema cuyos elementos principales eran las naos de armada que viajaban junto con las flotas y la Armada Real de la guarda de la Carrera que efectuaba misiones de escolta o de patrulla, en función de las circunstancias. Las primeras obtenían sus fondos a través del cobro del gravamen de la *avería*. Esta era un fondo obtenido de la contribución de todos aquellos que embarcaban alguna mercancía en la flota o que iban como pasajeros, inclusive el tesoro del Rey. Para determinar el monto de las contribuciones, se solía calcular el costo total de la protección. La cifra obtenida se repartía entre los contribuyentes por partes iguales en función del valor de sus cargas. A la conclusión del viaje, se cobraba el gravamen correspondiente a la vuelta. Para determinarlo, era necesario cerrar las cuentas de la travesía y establecer los adeudos por liquidar. Con base en esa estimación se establecía el porcentaje que se cobraría a las mercancías y tesoros que llegaban. En cuanto a la Armada, ésta generalmente era financiada por la Hacienda Real.

Veinte años después de su creación, el sistema parecía estar funcionando satisfactoriamente. Sin embargo, detrás de esa aparente normalidad se ocultaba un agudo problema financiero en las arcas de la Real Hacienda, patrocinador de la Armada y contribuyente del gravamen de la avería para la protección de las flotas. A partir de 1586, el Rey empieza a solicitar a sus consejeros de Indias la búsqueda de soluciones al problema de la financiación de la protección indiana[1]. Los sucesos de

[1] Respuesta a una consulta del Consejo de Indias 3/09/1586 A. HEREDIA HERRERA. *Catálogo de las Consultas del Consejo de Indias*, Dirección General de Archivos y Bibliotecas, Madrid, 1972.

finales de esa década, precipitarán los acontecimientos[2]. La respuesta a las solicitudes del Rey llegará proponiendo que la Armada de la Carrera fuera patrocinada por la avería. En años anteriores la Armada había recibido algunas cantidades de este fondo debido a la presencia de sus embarcaciones en el viaje de las flotas como escoltas adicionales[3]. No obstante, no existían criterios uniformes para determinar de dónde se obtendría el dinero para pagar estas escoltas extraordinarias[4].

Debido a que la avería era un gravamen que se cobraba por flota entre aquellos que tuvieran intereses en ella, y que se calculaba en función de los gastos que se hubieran erogado para su protección, la propuesta de aumentar el cobro de la avería para financiar una Armada ajena a ella, no sería bien recibida. Pero por otra parte, la utilidad de la Armada había sido suficientemente probada como para considerarla un instrumento clave de la seguridad de la Carrera. Para poner en marcha la propuesa del Consejo de Indias, sería necesario convencer a los interesados en el tráfico de ultramar para que se aceptaran aumentar el monto de sus contribuciones a la avería.

En el presente trabajo intentaremos demostrar que el primer asiento de la avería fue producto de una intensa negociación entre la Corona y el comercio sevillano, representado por el Consulado, destinada a crear una fuente alternativa de caudales para el financiamiento de la Armada de la Carrera, y no de las expectativas de obtener beneficios a través del cobro de dicho gravamen, como se había venido sosteniendo. Posteriormente, haremos algunas puntualizaciones sobre el desarrollo de los asientos suscritos. Nos interesa demostrar su continuidad y, sobre todo, resaltar la separación administrativa existente entre la Armada de la Carrera y las naos de armada de las flotas. Finalmente, concluiremos en el momento en que se lleva a cabo la unión administrativa de unas y otras.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La historia de los primeros asientos de la avería ha sido una materia especialmente recurrida por quienes se han dedicado a tratar a la avería en general, principalmente por el hecho de determinar cuándo se suscribió el primero de ellos. Veitia Linaje refiere que el primer asiento que él encontró databa de 1598 y que había sido encabezado por el

---

[2] La Corona había venido incurriendo en mora en el pago de la cuota de avería que le correspondía por las escoltas ordinarias de las flotas, como se verá más adelante.

[3] Ocurre en 1575, cuando se cobran a la avería 10 mil ducados por la escolta que habían proporcionado cinco fragatas y un patache en el trayecto La Habana-Sanlúcar. *Colección de documentos inéditos de Ultramar* (C.D.I.U.), 14, 278.

[4] En 1580, los jueces oficiales de la Casa de la Contratación escribían solicitando se les dijera cómo debían pagar los gastos que se habían hecho con motivo del viaje de la Armada a Indias en compañía de las flotas. A lo que respondió que del situado de la propia Armada. De averías únicamente se pagaría el costo de las naos de armada de las flotas. Real Cédula de 19/09/1580. C.D.I.U., 14, 288.

prior y cónsules de los mercaderes de Sevilla, con la participación de algunos otros individuos. Posteriormente, refiere la suscripción de otros asientos, sin establecer distinciones entre ellos, hasta llegar al de 1627 de cuyo contenido transcribe algunos capítulos[5].

La mayor parte de los autores que se han ocupado de la avería emplean a Veitia Linaje como su punto de partida y se limitan a hacer algunas correcciones a sus apreciaciones. Haring consideró muy probable que el primer asiento de la avería pudo haber sido suscrito en 1591 y que para su obtención el prior y cónsules habían ofrecido contribuir con 80.000 ducados para el mantenimiento de los navíos que serían empleados. El fin del asiento sería el cobro de la avería y la organización de los convoyes que año con año se despachaban hacia las Indias[6]. Leopoldo Zumalacárregui, en líneas generales, se adhiere a lo sostenido por Veitia Linaje y posteriormente, por Haring[7].

Guillermo Céspedes, es quien ha escrito con más prolijidad de la avería. En relación con el tema que nos ocupa, afirma que el primer asiento fue suscrito en 1591. Se trataba de un asiento suscrito para ceder la administración de la avería al comercio sevillano representado por el Consulado debido a la mala gestión de la Casa de la Contratación. Sostiene que ésta fue la causa por la que se autorizó la suscripción del asiento y aduce la posibilidad de lucro en la administración como la razón por la que el Consulado pudo haber aceptado hacerse cargo de ella. A continuación, da cuenta de los asientos de la avería de los que tiene conocimiento diciendo que todos eran *«contratos del mismo tipo y cada cual inspirado en los anteriores»*. A diferencia de Haring y Zumalacárregui, omite citar el asiento de 1602[8].

Las aportaciones al estudio del tema que nos ocupa, realizadas con posterioridad a la obra de Céspedes del Castillo, no han sido muchas. Unicamente cabría destacar los artículos de Pilar Castillo Manrubia y de María Emelina Martín Acosta. En el primero, se confirman muchos de los postulados de Céspedes del Castillo y se proporcionan algunas datos sobre el asiento de Núñez de Correa suscrito en 1603[9]. El segundo proporciona un estado actualizado de la cuestión de la avería y un breve comentario sobre el asiento de 1602.

---

[5] J. VEITIA LINAJE. *Norte de la Contratación de las Indias Occidentales*, Sevilla, 1671 (Edición facsímil Ministerio de Hacienda, 1980), I, XX, 35 y ss.

[6] C. H. HARING. *Comercio y Navegación entre España y las Indias en la época de los Habsburgos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1939, p. 99.

[7] L. ZUMALACÁRREGUI. «Contribución al Estudio de la Avería en el siglo XVI y principios del XVII» en *Anales de Economía*, IV, 16, 1994, pp. 383-424.

[8] G. CÉSPEDES DEL CASTILLO. «La avería en el comercio de Indias», *Anuario de Estudios Americanos*, 1945, pp. 595 y ss.

[9] P. CASTILLO MANRUBIA. «El seguro de avería en el comercio de las Indias», *Revista de Historia Naval*, VI, 24, 1989.

2. EL ASIENTO DE 1591

2.1. Situación de la avería antes del asiento

La idea de proteger el tráfico comercial con las Indias mediante el empleo de navíos de guerra que viajaran escoltando a las embarcaciones mercantes había sido probada y aceptada por los protagonistas de la Carrera de Indias desde la primera mitad del siglo XVI [10]. A principios de los años cincuenta, la Monarquía española intentó establecer un sistema de comunicaciones con las Indias en el que la protección contra posibles agresiones dependiera de la actuación de dos armadas ubicadas en uno y otro extremo del Océano y del reforzamiento del armamento que ordinariamente debían portar las naos mercantes. Sin embargo, el plan nunca pudo ser puesto en práctica. Un nuevo conflicto con Francia y la poca eficacia del referido plan, obligarán nuevamente al comercio organizado —esta vez en voz del Consulado de la universidad de cargadores de Sevilla— a solicitar la prohibición de la navegación aislada y la salida de flotas acompañadas de embarcaciones armadas. Poco tiempo debió transcurrir para que quienes conocían el funcionamiento de la Carrera se dieran cuenta de que el sistema de flotas representaba el medio idóneo para proteger el tráfico comercial y para mantener un rígido control sobre el mismo. Fruto de este consenso será la expedición en 1561 de la Real Provisión por la que se reglamenta el tráfico con las Indias, limitándolo a dos flotas anuales en fechas preestablecidas y cada una defendida por dos navíos mejor armados que los demás [11]. Al mando de éstas embarcaciones irían un capitán y un almirante, respectivamente. El costo de la medida, como ya había venido siendo costumbre, se repartiría mediante el cobro de un derecho —avería— sobre las mercancías y pasajeros embarcados. En 1564 se reforma el sistema, estableciéndose rutas específicas para cada una de las dos flotas: la primera saldría en abril, dirigiéndose a la Nueva España; la segunda partiría en agosto rumbo a Tierra Firme [12].

En 1567, se añadirá un nuevo elemento defensivo. Se trata de la Armada de la guarda de la Carrera de Indias. Esta formación se hallaba financiada por la Hacienda Real. Su misión principal consistía en patru-

---

[10] El primer viaje del que se tiene noticia que una armada haya ejercido labores de escolta a naves mercantes a lo largo de todo el trayecto es de 1537. Se trata del viaje comandado por Blasco Núñez Vela. En 1543 con motivo de la guerra con Francia, la Corona, a petición del comercio organizado, expide unas ordenanzas destinadas a regular el tráfico entre España y las Indias en época de guerra. De estas disposciones se desprendía que no podrían navegar embarcaciones fuera de flota y que las flotas que lo hicieran debían ir escoltadas por embarcaciones de armada cuyo costo sería sufragado mediante el cobro de un derecho aplicado a las mercancías y personas que sebeneficiaran de dicha protección.

[11] Real Provisión de 16 de julio de 1561. Archivo General de Indias (AGI), Indiferente general (Indif.) 1966, libro 14, folios 35v y ss.

[12] Real Provisión de 18 de octubre de 1564. En 1582 el régimen será confirmado. Reproducidas en el Cedulario de Diego de Encinas, IV, 130-133 y 137-139, respectivamente.

llar las aguas por las que se desarrollaba el tráfico atlántico y prestar auxilio a las flotas.

Una vez establecidas las líneas generales sobre las que se asentaba el tráfico entre España y las Indias, se hizo necesario reglamentar la forma en que se llevaría a cabo la recaudación y administración del derecho de la avería. A pesar de que el cobro de averías para el pago de la defensa de las formaciones indianas se había venido practicando en forma casi ininterrumpida desde la década de los cincuenta, la estructura de los funcionarios encargados de su cobro y administración no había logrado arraigar. Si bien es cierto que a mediados de los años sesenta algunos de sus integrantes ya eran claramente identificados con la administración del gravamen, no había sido posible situar a la cabeza de su funcionamiento un organismo decisorio estable. Detrás de esa fragilidad se ocultaba una intensa lucha por el control de la avería, protagonizada por los jueces oficiales de la Casa de la Contratación y el prior y cónsules de la universidad de los cargadores de Sevilla. La pugna terminará decidiéndose en favor de los jueces oficiales a fines de la década de los sesenta. Las Ordenanzas del 3 de marzo de 1573 destinadas a regular el cobro y administración de la avería, representan la consolidación de su dominio[13]. No obstante, el prior y cónsules no quedaron completamente desplazados.

De conformidad con lo establecido en las Ordenanzas, el funcionamiento de la avería era el siguiente: Antes de la salida de cada convoy se reunirían en la Casa de la Contratación los jueces oficiales con el prior y cónsules para calcular el costo aproximado de los gastos defensivos del viaje. Una vez fijada una cifra se determinaba el porcentaje que sería cobrado a los mercaderes por concepto de avería sobre el precio de las mercancías que cargaban en la flota. Mientras tanto, el juez oficial factor y los oficiales de la avería se encargaban de realizar las compras de bastimentos y pertrechos necesarios para el apresto de los navíos que escoltarían a la formación. En su momento, el factor entregaría los bastimentos y pertrechos a los maestros. Los trámites de la salida concluían con la paga de la tripulación de las naos de armada y la partida de la flota.

Al regreso, los jueces oficiales, prior y cónsules y demás funcionarios de la avería se ocupaban de cerrar las cuentas del viaje. Debían obtener el costo final y establecer el monto del gasto por recaudar. Una vez obtenido éste se calculaba el porcentaje que correspondía aplicar a cada mercancía que había llegado en la formación. En ocasiones, algunas flotas recibían escoltas extraordinarias proporcionadas por armadas dedicadas a la guarda de la costa o por la Armada Real de la guarda de la Carrera de Indias. En estos casos, debían esperarse las órdenes en las que se dispusiera si estos servicios serían pagados por prorrateo entre los beneficiarios, es decir, si se incluían en la cuenta de la avería india-

[13] Reproducidas en el Cedulario de Diego de Encinas, III, 174-179.

na o si serían por cuenta del Monarca o algún otro fondo asumiría su costo [14].

2.2. La suscripción del asiento

A mediados de la década de los ochenta del siglo XVI, los intentos de la Hacienda Real por sustentar a la Armada de la Carrera se empezaban a agotar. Los gastos que aquejaban al Monarca hacían de la formación indiana una carga insostenible, especialmente cuando se consideraba la riqueza de quienes hacían negocios en las Indias. En 1590, el Rey ordena al secretario Juan de Ibarra ir a Sevilla con el objeto de pactar con los mercaderes el financiamiento de la Armada de la Carrera a través de la avería [15]. Las negociaciones con el Consulado inician en los primeros meses de 1590 y se prolongarán hasta el día primero de diciembre de 1591 en que finalmente se suscribe un asiento [16].

En virtud de dicho acuerdo, el Consulado acepta que se cree una Armada integrada por diez galeones, cuatro pataches y dos lanchas, cuyo financiamiento sería obtenido del cobro de la avería [17]. Paralelamente, se seguirían despachando las dos flotas anuales a Tierra Firme y Nueva España, con sus respectivos navíos de escolta a costa del mismo

---

[14] En 1561 empezó a funcionar una armada para la guarda de la costa financiada por el cobro de una avería a la que contribuían las mercancías que entraban o salían de la mayor parte de los puertos andaluces. A causa de estas características, la administrción de la formación debía llevarse por separado de la avería cobrada para la protección de las flotas puesto que aquella recibía aportaciones provenientes de otros tráficos. El establecimiento de esta Armada nos recuerda a las formaciones que operaron en los años veinte y treinta de esa misma centuria cumpliendo idéntica función y con una administración semejante.

[15] E. SCHAFER. *El Consejo Real y Supremo de las Indias II*, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Sevilla, 1947, p. 392.

[16] El prior y cónsules presentaron un proyecto en marzo de 1590. Este fue objeto de observaciones por parte del Rey y del Consejo de Indias. Las reformas propuestas serán tratadas nuevamente en Sevilla en julio. Intervienen Juan de Ibarra y los jueces oficiales, por una parte, y el prior y cónsules, por la otra. Los acuerdos alcanzados son enviados a la Corte en donde son turnados a la Junta de Puerto Rico y posteriormente a la consideración del Rey. En enero del siguiente año, se remite a Sevilla un asiento para que lo suscriban los del Consulado. Sin embargo, éstos todavía encuentran ciertos inconvenientes en el contenido de sus cláusulas. Ver Colección de documentos y manuscritos compilados por Martín Fernández de Navarrete (C.M.F.N.), tomo XXIII, folios 390-435. El asiento está en C.M.F.N., XXIII, 470-483.

[17] Además de las recaudaciones obtenidas del cobro de la avería por los viajes que realizara la Armada, el asiento contemplaba dos vías de financiamiento complementarias: La primera era un socorro otorgado por la ciudad de Sevilla por la cantidad de 80 mil ducados. La segunda era el cobro de averías adicionales a las mercancías llegadas en las flotas de 1591. Flotas que no recibieron ningún beneficio de la Armada que se pensaba formar (Capítulos 3 y 23 asiento de 1591). Algunos autores han atribuido a la universidad de los mercaderes el ofrecimiento del socorro de 80 mil ducados. Estimamos que del contenido de los capítulos que acabamos de citar se desprende claramente que tal extremo no es cierto. Por otra parte, hemos de mencionar que a la fecha de suscripción del asiento de 1598, dicho socorro todavía no había sido entregado (Ver capítulo 52 asiento de 1598).

gravamen[18]. De esta manera, la determinación del costo aproximado de cada viaje que se había venido haciendo para pagar las escoltas, ahora debía incluir fondos suficientes para sufragar los gastos de la Armada.

Un detalle característico del funcionamiento de la avería debido a los términos del asiento era que el cobro del gravamen se hallaba unificado, pero no así la administración de los caudales destinados al apresto de los navíos de escolta y al de la Armada. En el primer caso, las cosas se mantuvieron igual. Es decir, los jueces oficiales siguieron entendiendo en ellos, con una reducida presencia del prior y cónsules, de acuerdo con lo dispuesto por las Ordenanzas de la avería de 1573. En cambio, en el caso de la Armada, el prior y cónsules adquirieron mayor protagonismo. Se les faculta a intervenir en todas las compras y asientos que debían celebrarse para la provisión y apresto de la Armada. Asimismo, se les permite participar en la toma de decisiones relativas a las fechas en que debía hacerse a la mar[19]. De acuerdo con lo capitulado, la administración de la Armada estaría en manos de los jueces oficiales de la Casa o de funcionarios nombrados especialmente para tal efecto, pero siempre con la intervención del prior y cónsules[20].

Uno de los capítulos del asiento nos proporciona un reflejo de la situación económica de la Monarquía española en ese tiempo. Se trata del capítulo séptimo por el que el Rey se compromete a liquidar sus adeudos pendientes con la avería. Ello prueba que la precariedad financiera del Rey no sólo le impedía mantener operativa a la Armada de la guarda de la Carrera, sino que también era incapaz de cumplir sus compromisos con la avería cobrada para la protección de las flotas.

El asiento estaría vigente por un período de cuatro años o hasta que la Armada completara dos viajes escoltando a la flota de Tierra Firme[21].

A pesar de los buenos propósitos de las partes, muy poco tiempo habría de transcurrir para que el fin original del asiento fuera distorsionado. La armada a cargo de Juan de Uribe Apallua que se preparaba para ir a las Indias en 1592, recibe órdenes del Rey para que cambie su destino. Debía dirigirse a Lisboa y, posteriormente, al Ferrol. Su apresto y despacho habían costado alrededor de 500 mil ducados[22].

---

[18] De estimarse necesario, el prior y cónsules, con acuerdo de los jueces oficiales, podrían sustituir las naos capitana y almiranta de la flota por naos de la Armada o reducir el número de unidades de ésta última. Capítulo 1 asiento de 1991.

[19] En relación con las fechas de salida de las flotas se permite su intervención, pero se les niega expresamente el voto por estimarse que eran parte interesada.

[20] Capítulos 32 y 33 del Asiento de 1591. El Consulado a regañadientes el asiento de la Armada. Los comerciantes no sólo estaban preocupados por el sensible incremento de sus cuotas a la avería, también tenían temor de que el destino final de la formación no fuera la protección del comercio de la Carrera o que con motivo de algún problema financiero, la Corona decidiera desviar fondos pertenecientes a la avería para emplearlos en otras áreas. Por ello, exigen tener una participación activa en la administración de la Armada.

[21] Capítulo 1 asiento de 1591.

[22] Colección de documentos inéditos para la historia de España (C.D.I.H.E.), 52, 535.

Será hasta el año siguiente en que finalmente se logre despachar una armada destinada a la protección de la Carrera. Aunque no irá a las Indias. Se dispuso que debía patrullar las aguas cercanas al Cabo de San Vicente y posteriormente dirigirse a las Azores para recoger un cargamento de plata. Se trata de la formación que comandaba Francisco Coloma. Antes de su salida, los funcionarios reales tuvieron que volver a negociar con los del Consulado los términos en que se pagarían los gastos que se generaran[23]. Gastos que junto con los erogados por las naos de armada de las flotas y las fragatas que Luis Alfonso Flores había llevado a Tierra Firme, superaron el monto de la recaudación de la avería obtenido de la plata que había llegado[24].

3. LOS ASIENTOS DE 1598 Y 1602

En 1596, con motivo de la conclusión del asiento de 1591, se encontraba en Madrid Pedro de Mendoza, prior del Consulado, para discutir los términos de su renovación[25]. Sin embargo, el viaje sería infructuoso. Las negociaciones preliminares quedaron estancadas. Será hasta 1598 en que el Consulado, en representación de la universidad de mercaderes, pacte con el Rey un nuevo asiento *sobre la prorrogación y nueva concesión de la armada que por cuenta de la avería ha navegado en la Carrera de Indias*[26]. El nuevo acuerdo guardaba pocas diferencias con su precedente. De hecho, el texto del asiento de 1591 se hallaba reproducido en el cuerpo del de 1598, con lo cual las partes se limitaron a pactar que las cláusulas de aquel se entenderían vigentes salvo que los capítulos del nuevo asiento expresaran lo contrario. Entre las novedades acordadas destaca principamente la contenida en el capítulo veintidós. En virtud de esta cláusula, el prior y cónsules adquirían el derecho a intervenir en la provisión de bastimentos y pertrechos de las capitanas y almirantas de las flotas, así como en la paga de los sueldos de los tripulantes. Ello constituyó un éxito para la universidad de los mercaderes puesto que terminaba de acercar a sus representantes a los círculos decisorios del ejercicio de la avería. Recordemos que según el capítulo treinta y dos del asiento de 1591, se había facultado al prior y cónsules para intervenir en la administración de la Armada.

---

[23] C.D.I.H.E. 52, 544-545. El Rey accede a pagar cualquier aumento en el tonelaje o en la tripulación estipulados. De hecho lo hace. Dos galeones de esa armada iban por cuenta de la Hacienda Real.

[24] C.D.I.H.E. 52, 536.

[25] E. SCHAFER, *op. cit.* en nota 15, p. 393. Cabe resaltar el interés del comercio organizado por el mantenimiento de la armada. A pesar del gasto que suponía, existe convencimiento sobre su utilidad.

[26] Asiento suscrito el 12 de enero de 1598. Indif. 2496, 7, 144-152. Con fundamento en lo sostenido por Veitia Linaje (J. VEITIA LINAJE, *op. cit.*, I, XX, 35) ha existido la creencia de que este asiento fue suscrito por algunos particulares con el apoyo del Consulado. Estimamos que tal extremo es equivocado al no desprenderse ninguna declaración en tal sentido del contenido del asiento.

Otro importante avance se presenta en la forma de disponer de los fondos de la avería. En virtud del capítulo veintitrés, se establece que las libranzas que solían hacer los jueces oficiales sobre el receptor de la avería debían contar también con la firma del prior del Consulado.

Pero a pesar de las nuevas facultades otorgadas a los representantes del comercio sevillano, la organización administrativa de la Armada y de las capitanas y almirantas de las flotas permanecerá separada. Las razones para mantener la distinción en esos momentos eran elementales. La Armada financiada por la avería se entendía como una situación transitoria. Por ello es que se requiere suscribir y renovar asientos. En cambio, las naos de armada que escoltaban a las flotas se entendían como piezas permanentes del sistema de comunicaciones de ultramar cuya financiación a través de la avería estaba fuera de toda discusión. Por lo tanto, era necesario mantener las diferencias.

Cuatro años más tarde, el asiento será nuevamente renovado. Esta vez las partes pactarían una vigencia de seis años[27]. Las condiciones pactadas en este nuevo acuerdo no difieren de las acordadas en el precedente.

4. LA ADMINISTRACIÓN DE NÚÑEZ DE CORREA

El inicio del siglo XVII será una época de escasez en las arcas de la avería. A pesar de que los viajes del último año de la anterior centuria y el primero de ésa se habían podido concluir sin pérdidas, la deuda del gravamen empezaba a ser incontrolable. Ni siquiera las tempranas previsiones pactadas en el asiento de 1598 para el pago de los compromisos pendientes habían logrado reducir el monto de la deuda. Sin embargo, quienes estaban al tanto de la administración de la avería veían claramente que las causas del endeudamiento no se debían exclusivamente a la operación ordinaria de la Armada o de las capitanas y almirantas de las flotas. Gran parte de las erogaciones habían sido destinadas al mantenimiento de armadas reales. Un balance presentado por el prior y cónsules al Rey a fines de 1603 nos permite corroborar tal extremo[28].

Dicho balance había sido preparado para demostrar al Rey que la desesperada situación de la avería se debía a los excesivos gastos extraordinarios que habían venido afrontando. Gastos que en su mayorá correspondían a la Hacienda Real. El Consulado esperaba con ello convencer al Monarca para que desistiera en sus intentos de ceder la admi-

---

[27] La existencia de este acuerdo ha sido cuestionada. Haring (*op. cit.*, 99) y Zumalacárregui (*op. cit.*, 400) coinciden en afirmar que existió. Sin embargo, Céspedes del Castillo lo omite. Recientemente, María Emelina Martín Acosta (*op. cit.*, 158-160) sostuvo que no se suscribió ningún asiento en 1602, fundándose en documentación conservada en el Archivo de Simancas. El asiento fue suscrito el 22 de noviembre de 1602 y confirmado por cédula real de 16 de diciembre de ese mismo año. Su texto esta en C.M.F.N., XXIII, 162-177.

[28] C.D.I.H.E., 52, 535-565.

nistración de la avería a un particular. Esta vez, percibimos en el alegato de los mercaderes no sólo el interés por conservar el control administrativo de la Armada, sino que de las optimistas conclusiones del balance se desprende la posibilidad de hacer de la avería un negocio lucrativo. La idea no era descabellada, puesto que el monto de las contribuciones era muy superior al total de las erogaciones ordinarias[29].

Tal y como el prior y cónsules temían, la Corona había decidido suscribir con Juan Núñez de Correa en agosto de 1603, un acuerdo para que se encargara del cobro y administración de la avería, de proveer lo necesario para el despacho de las flotas y Armada, y de pagar los salarios de sus tripulantes. Las partes también pactan una vigencia de diez años a partir de 1604. Se le autorizaba a cobrar un uno por ciento sobre todas las mercancías que se embarcaran para las Indias y seis por ciento sobre las que llegaran[30]. El desarrollo del arrendamiento sería supervisado por el licenciado Martín Fernández Portocarrero, alcalde de casa y corte, a quien se nombra juez conservador[31]. Este acuerdo, junto con el balance al que nos hemos referido con anterioridad, constituyen unas pruebas claras de que el financiamiento de la protección de las formaciones indianas a través del cobro de la avería a principios del siglo XVII podía ser un buen negocio[32].

5. LA UNIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS FLOTAS Y LA ARMADA

En 1606 se decide concluir en forma anticipada el acuerdo de arrendamiento con Núñez de Correa. Por tal motivo, el Rey se dirige al licenciado Fernández Portocarrerao informándole que *«No obstante que por mi mandado ha cesado el asiento que se hizo con Juan Núñez Correa sobre la cobranza del derecho de la avería del oro y plata, joyas y otras mercaderías que vienen de las Indias a estos reinos y aprestos de las Armadas y flotas de ellas, tengo por bien, y os mando, que así como tenías la superintendencia del dicho asiento tengas la mano vos sólo en cobrar el derecho de la dicha avería... de las flotas y galeones que han venido últimamente»*. Los fondos recaudados debían ponerse en

---

[29] *Idem.*

[30] C.M.F.N., XXIII, 204-221. Las negociaciones con Núñez de Correa se habían hecho públicas a principios del verano. Ello impulsó a la universidad de mercaderes a proponer unos acuerdos alternativos para obtener el arrendamiento de la avería. Sin embargo, sus esfuerzos fueron vanos. Uno de estos acuerdos se puede ver en C.M.F.N., XXIII, 184-191.

[31] J. VEITIA, *op. cit.*, I, XX, 35.

[32] Este asiento se podría ajustar más al modelo dado por Guillermo Céspedes consistente en el reemplazo de «la cansina y lenta administración de la Casa por un cuerpo de gerencia, más reducido y más interesado en el éxito de su actividad» merced a las perspectivas de lucro. (G. CÉSPEDES DEL CASTILLO, *op. cit.*, 81-82). Serrano Mangas también considera que el negocio era viable (F. SERRANO MANGAS. *Armadas y Flotas de la Plata (1620-1648)*, Banco de España, 1989, 291-292).

arca de tres llaves de las que una estaría en poder del propio Fernández de Portocarrero, la otra la tendría el receptor que él designara, quien también sería responsable del libro de cuentas. La tercera la guardaría el contador Juan López. Para disponer de dichos caudales requerirían autorización del Rey transmitida a través de su Junta de Armadas y fábrica de navíos. Portocarrero también recibe poder para entender en el apresto y despacho de la Armada y las flotas del siguiente año, inhibiendo expresamente al presidente y jueces oficiales de toda intervención[33].

Sin embargo, meses más tarde se rectifica dicha decisión. El Rey opta por relevar del conocimiento de la provisión y apresto de las flotas y Armada al licenciado Fernández Portocarrero y ordena a la Junta de Armadas y Fábrica de Navíos se excuse en adelante de conocer asuntos sobre dicha materia. En su lugar quedaría Francisco Duarte, consejero de Indias, quien daría cuenta de su actuación al propio Consejo. Se le indicaba que utilizara la ayuda que los jueces oficiales de la Casa le pudieran ofrecer[34].

No podemos dejar de hacer algunos comentarios respecto de este nuevo viraje. En primer lugar, atrás de todos los cambios se adivina una fuerte disputa entre el Consejo de Indias y el Consejo de Hacienda, a través de la Junta de Hacienda[35]. Al parecer, la decisión de comisionar a un consejero de Indias para que entendiera de los aprestos de las flotas y Armada y del cobro de la avería, fue el último capítulo del conflicto durante esta etapa. En cuanto a Francisco Duarte, éste había ocupado el cargo de factor juez oficial algunos años antes, por lo que conocía perfectamente la función[36]. Pero a pesar de los conflictos institucionales, creemos que los designios del Rey van encaminados a encargar los negocios de la avería y el despacho de las armadas a un sólo individuo. La suscripción del asiento de Núñez de Correa, su relevo y sustitución por Fernández Portocarrero y la posterior comisión a Duarte, tienen en común que todos son encomendados a una sola persona[37]. En cuanto a la ejecución del arrendamiento, como bien señala Serrano Mangas, Núñez de Correa era el primer interesado en que toda la carga que fuera y viniera de Indias, cubriera su cuota correspondiente de avería. La presión de sus representantes en los puertos seguramente debió

---

[33] R.C. a Lic. Martín Fernández Portocarrero 4/11/1606. AGI Contratación (Contrat.). 5091, 1, 207v-208.

[34] R.C. a Francisco Duarte del Consejo 6/01/1607. Contrat. 5091, 1, 211-212.

[35] Schäfer da cuenta de los conflictos entre estas dos instituciones en el período de que se trata (E. SCHAFER, *El Consejo Real y Supremi de las Indias, I*, Sevilla, 1935, pp. 191-192). La Junta de Hacienda parece estar detrás de la Junta de Armadas y fábrica de navíos.

[36] Schäfer cuestiona su integridad (E. SCHAFER, *op. cit.* en nota anterior, 158-159 y 195).

[37] El único antecedente de una superintendencia en el despacho lo encontramos en los años ochenta y principios de los noventa del siglo XVI cuando se encomienda la labor al duque Medina Sidonia: En 1583, se le nombra superintendente de despachos. En 1590, se encuentra entendiendo en el despacho de la flota de Tierra Firme. Consultas del Consejo 17/08/1583 y 24/03/1590. A. HEREDIA HERRERA, *op. cit.*

incomodar a los comerciantes de la Carrera, cada vez más inclinados a la defraudación[38]. Observamos tres causas que llevarán al fracaso del asiento de Núñez de Correa y al temprano relevo de Fernández de Portocarrero: Los conflictos entre los Consejos; el desplazamiento de la Casa y su lucha por recuperar su posición original; y la presión del comercio organizado.

En noviembre de 1607 se expide una Instrucción para la administración y cobranza de la avería[39]. De esta manera, se afianzaba el restablecimiento de las competencias de la Casa en materia de avería. El régimen contemplado por la instrucción no presentó variaciones de fondo respecto del dispuesto por las ordenanzas de 1573. El diputado contador junto con otro contador designado por el presidente de la Casa, harían cargo al receptor de todo lo que estaba sujeto al cobro del gravamen. Las llaves del arca de los caudales las tendrían el receptor, el juez de averías y el diputado contador. Se establecía la obligación del contador juez oficial, de llevar también una cuenta de las operaciones.

Poco después de su expedición, el prior y cónsules escribían al Rey informándole sobre el mal funcionamiento de la administración del gravamen. Solicitaban que se comisionara a personas capaces para asumir esta labor. Para remediar la situación, en noviembre de 1608 se decide crear la Junta de Avería que estaría integrada por el presidente, jueces oficiales y fiscal de la Casa, el prior y cónsules, general de la Armada y los de las flotas[40].

Días después de autorizarse la constitución de la Junta de Avería se suscribe una *«prorrogación... por otros seis años, que corran y se cuenten desde principio de este presente año de seiscientos ocho y se cumplirán a fin del de seiscientos y trece»* del asiento de la Armada de la avería con el Consulado[41]. El asiento que se prorroga en el suscrito en 1602. Su texto sólo menciona el despacho de la Armada como su causa, sin aludir a las flotas[42]. De todo esto se desprende que a pesar de que la avería se había arrendado a Núñez de Correa en 1604, contraviniendo lo dispuesto por el asiento de 1602[43], éste no fue revocado. Ello nos permite poder afirmar que el fin principal de todos los asientos suscritos hasta 1608 con el Consulado, era permitir el cobro de la avería para financiar la Armada de la guarda de la Carrera y no la administración del gravamen. Aspecto éste último que el Consulado había

---

[38] F. SERRANO MANGAS, *op. cit.*, pp. 291-292.

[39] Instrucción de 6/10/1607. Contrat. 5091, 1, 233-235.

[40] Cédula de 1.º de noviembre de 1608. Contrat. 5091, 1, 235v-236v.

[41] Encabezado y Capítulo 1 del Asiento de 4/11/1608. C.M.F.N., XXIII, 341.

[42] Es decir, el asiento autoriza el cobro de averías para despachar la Armada. Al igual que sus precedentes, no autoriza el cobro de averías para despachar las naos de armada de las flotas porque dicho cobro ya está autorizado desde 1561.

[43] Recordemos que el asiento de 1602, al igual que sus predecesores, disponía que la administración de la avería sería desempeñada por los jueces oficiales de la Casa, por los oficiales de la avería y por el prior y cónsules. Estos últimos, mostraron su desacuerdo con la suscripción del asiento de Núñez de Correa reservándose el derecho de impugnarlo. Sin embargo, no tenemos conocimiento de que hayan entablado alguna acción.

negociado para evitar que los caudales se invirtieran en la Armada. Cosa que, por otra parte, no sucedió[44]. Una evidencia clara de que la Corona debía solicitar y negociar con el Consulado la concesión de dichos asientos son las contraprestaciones que se ve obligada a ceder con motivo de su suscripción[45].

La administración del gravamen, así como las compras y el apresto de las Armadas se haría en la forma que el Rey dispusiera. En la práctica esto se tradujo en el apego al régimen establecido por la instrucción de 1607 respecto de la cobranza y la intervención de la Junta de la avería como órgano rector de su administración. El proveedor se erige como la pieza clave del apresto, al ser quien asuma las tareas de carácter ejecutivo. El despacho de las naos de armadas de las flotas se incorpora a las responsabilidades de este funcionario, desapareciendo la administración paralela de anteriores asientos[46]. También cabe destacar que en el capítulo 19 se pactó que debido a los inconvenientes que se habían experimentado por la existencia de muchos jueces y jurisdicciones, el Rey *«mandará que el Consejo de Hacienda ni otro ningún Consejo, Junta ni Tribunal, no se intrometa en conocer ni tratar de cosa alguna que toque a este asiento, y a la distribución y administración de la avería, sino que este todo a cargo del Consejo de Indias y Junta de Guerra que se hace ahí...»*.

El proceso de incorporación de la Armada de la Carrera de Indias al régimen ordinario de la avería se encuentra prácticamente concluido. Todavía será necesario suscribir un asiento en 1613 por el que se vuelve a autorizar el cobro de averías para el sostenimiento de la Armada[47]. Sin embargo, a partir de 1618, la causa esencial que llevará a la suscripción de los asientos ya no será la autorización del cobro de la avería para la Armada, sino la administración del gravamen[48]. Es decir, la

---

[44] Otras opiniones son las de Haring quien habla de arrendamientos por asiento, entendiendo que en 1591, los mercaderes consideraban favorable a sus intereses obtener la administración de la avería. Añade que para obtenerlo contribuyeron con 80 mil ducados (C. H. HARING, *op. cit.*, 99). Ya hemos citado la opinión de Céspedes, quien sostiene que aparecen para suplir las deficiencias de la Casa como administradora (G. CÉSPEDES DEL CASTILLO, *op. cit.*, 81 y ss.). Quienes han tratado el tema con posterioridad suelen coincidir con los puntos de vista de los citados autores.

[45] Estas consistían en la toma de medidas que favorecían al comercio sevillano en algún asunto determinado. En 1591 se hablaba del comercio de la seda, entre otras cosas. Ver capítulos 19, 24, 25, 27, 28, 29 de 1591. En 1608, las partes pactan que el Rey restringirá el comercio entre las provincias de Indias y otras. Ver capítulos 9, 10, 12, 13, 16, Asiento de 1608.

[46] Capítulo 4, Asiento de 1608. En la práctica la administración separada de las capitanas y almirantas de flotas y Armada desaparece con el arrendamiento de Núñez de Correa, quien se obliga a aprestar a unas y otras. Un reflejo de esta unión lo observamos en 1609 cuando Domingo de Zarasúa, pagador de la Armada, solicitaba el aumento de su salario de 600 ducados a 1.400 *«por haberse agregado al ejercicio del despacho y provisión de las naos capitana y almiranta de las flotas y la paga de la gente de mar y guerra»*. En respuesta a su petición se le otorgan 400 ducados de ayuda de costa. Consulta 09/1609. Indif. 1867.

[47] Asiento suscrito el 26/08/1613. Indif. 2498, 11, 14v y ss.

[48] Ver el capítulo primero del Asiento de 1618 publicado el apéndice III de G. CÉSPEDES DEL CASTILLO, *op. cit.*, 157.

Armada ya era considerada como una pieza fundamental de la protección del tráfico de Indias, por lo que había dejado de ser necesario autorizar su financiación como un recurso extraordinario, lo que se pactaría en adelante sería la forma como se administraría la avería.

PENSAMIENTO JURÍDICO Y CIENCIA POLÍTICA

EL PROBLEMA REGIONAL EN EL PRIMER TERCIO DEL SIGLO XX Y SUS CAUSAS: UNA APROXIMACIÓN [1]

Carlos GARRIDO LÓPEZ
Universidad de Zaragoza

I

En 1939, desde el exilio francés de Collonges-sous-Salève al que se vio obligado tras la guerra, Manuel Azaña, el hombre que para muchos fue la encarnación de la República, escribía:

«No era útil que España llevase abierta en el costado la llaga del descontento catalán, ni era justo que los catalanes fuesen desoídos brutalmente, ni podía tratarse a una espléndida parte de España como a un pueblo enemigo. Urgía afrontar la realidad, por desagradable que pareciese y hallar una solución de paz, dejando a salvo lo que ningún español hubiera consentido comprometer: la unidad de España y la preeminencia del Estado. De ahí salió la autonomía (...), votada por la República» [2].

Sin oportunismo político, con la serenidad de un hombre que ya lo ha perdido todo, Azaña reflexionaba sobre las razones y propósitos de la política autonómica del régimen republicano. Sobre lo que él mismo, años antes, en la sesión parlamentaria del 25 de junio de 1934, calificara como «el primer problema español»; el *cleavage* político de más

[1] El presente trabajo constituye la versión escrita, acompañada del pertinente aparato bibliográfico, de la comunicación defendida en la Academia General Militar de Zaragoza, el 18 de febrero de 1.992, en el marco del Seminario «Constitucionalismo y Fuerzas Armadas».

[2] M. AZAÑA: «La insurrección libertaria y el «eje» Barcelona-Bilbao», en *Causas de la Guerra de España,* Prólogo de G. Jackson, Crítica, Barcelona, 1986, pág. 123.

hondas raíces; aquél que necesariamente había que reconocer y solventar «aunque nos duela nuestro corazón de españoles»[3].

Sus palabras no sólo muestran sensibilidad política y fidelidad hacia un compromiso suscrito en San Sebastián. Evidencian, además, la magnitud que había adquirido la reivindicación regional, la crispación que ésta provocaba y lo ineludible de su tratamiento. Poco alumbran, sin embargo, sobre el origen de dicha reivindicación o sobre el conjunto de factores que la habían convertido en una cuestión política urgente. Por supuesto, la responsabilidad de esta carencia no es atribuible exclusivamente a Azaña. Bien al contrario, debe ser repartida y aun en mayor medida entre la práctica totalidad de la clase política del momento. Y es que, pese a su importancia, la indagación sobre la etiología del problema fue preterida, con la notable excepción de Ortega, en beneficio de la búsqueda de soluciones normativas urgentes.

Afortunadamente, el tiempo y la superación de la coyuntura histórica y sus secuelas han permitido reemprender, y profusamente, el debate sobre el origen de la invertebración hispana. En los últimos años, coincidiendo con la generalización de las aspiraciones autonómicas, varios autores han retomado el diagnóstico de Ortega y se han preguntado, desde distintas perspectivas, por las razones últimas o, en su defecto, las causas próximas del problema regional republicano. Estos estudios, centrados más en aspectos históricos y sociológicos que jurídicos, han permitido esbozar ciertas claves de ese particularismo que presionó, primero, y condujo, después, a la fórmula que, acaso incorrectamente, se denominó Estado integral[4].

Es precisamente al repaso de algunas de las más significativas interpretaciones recientemente formuladas por la doctrina a lo que vamos a dedicar esta comunicación. En primer lugar, abordaremos los factores del problema que bien podrían calificarse como estructurales para, a continuación, aludir en las últimas páginas al factor o factores inmediatos del mismo.

II

Es sabido que la legitimación y pervivencia del Estado moderno depende en gran medida de su capacidad de integración del conflicto social, de la superación de las discrepancias existentes entre las diversas

---

[3] «El Gobierno de la República y la Ley catalana de Cultivos» (Sesión de Cortes del 25 de junio de 1934), recogido en *Obras completas*, tomo III, Oasis, México, 1966, págs. 981-982.

[4] Sobre la forma de organización territorial del Estado en la Constitución de 1931 y su curiosa denominación, véanse, entre otros, F. TOMÁS Y VALIENTE: «El 'Estado integral': nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada», en *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Alianza Universidad, Madrid, 1989, págs. 175-190; A. HERNÁNDEZ LAFUENTE: *Autonomía e integración en la II República*, Encuentro Ediciones, Madrid, 1980, en particular las págs. 231-256; y la clásica obra de E. L. LLORENS: *La autonomía en la integración política*, Madrid, 1932.

clases sociales e intereses en pugna. Pero siendo ésto importante, no lo es menos la capacidad del Estado para superar las pendencias y rivalidades entre el centro cultural, político y económico que toda comunidad integrada estructuralmente posee y la periferia a la que, de forma constante, el centro se refiere. Ha sido este proceso de vertebración de las distintas realidades económicas, políticas e interétnicas existentes en torno a una identidad común lo que ha permitido, en los últimos siglos, el desarrollo del moderno Estado-Nación, su viabilidad y permanencia. Dicho proceso integrador, sin embargo, parece haber sufrido en el caso español graves discontinuidades e imperfecciones, constituyendo nuestra reciente historia política un claro ejemplo de las limitaciones del modelo funcional-difusionista que proclamaba una progresiva eliminación de las diferencias regionales periféricas dentro del Estado nacional. Diferencias en lengua y cultura que, en algunos lugares de España, apenas se difuminaron. Y ello, pese a que con el desarrollo del capitalismo y los modernos procesos de industrialización las realidades centro y periferia se hayan considerado, por un sector de la doctrina científico-política, íntimamente dependientes y convergentes entre sí[5].

La explicación a esta relativa peculiaridad hispana[6] acaso pueda encontrarse en el mismo proceso de formación y consolidación del Estado, cuyo temprano nacimiento en relación al resto de Europa ha sido una de las constantes generalmente admitidas por la historiografía. Dicho nacimiento, sin embargo, lejos de ser fruto de un proceso consciente y maduro de agregación nacional, resultó de la simple unión dinástico-matrimonial de Isabel de Castilla y Fernando de Aragón. El vínculo supuso la unificación política de las dos grandes potencias internacionales que a la sazón había en la península, compuestas, a su vez, por diversos reinos que, pese al indiscutible poder hegemónico de Castilla, continuaron gozando de instituciones propias y de amplia autonomía.

---

[5] Acerca de esta corriente científico-política, que pone el acento en la relación entre el núcleo y sus diversas unidades territoriales, EDWARD SHILS: «Center and Perifery», reproducido en su libro *Center and Perifery: Essays in Macrosociology*, University of Chicago Press, 1975, págs. 3-16. Sobre las relaciones centro-periferia en el ámbito europeo, pueden consultarse S. ROKKAN y S. M. LIPSET: «Cleavage Studies Party Systems and Voter Alignements: an Introduction» en S. M. LIPSET y S. ROKKAN: *Party Systems and Voter Alignements: Cross Cultural Perspectives*, Free Press, New York, 1967, y S. ROKKAN y D. URWIN (Eds.): *Economy, Territory, Identity. Politics of West European Peripheries*, SAGE, Londres, 1983, págs. 2-18.

[6] Peculiaridad que ha sido recordada, entre otros, por J. J. LINZ: «Un sociólogo ante el problema: una España multinacional y la posibilidad de una democracia consociacional», en G. TRUJILLO (Coord.): *Federalismo y Regionalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, págs. 131 y sigs., al comparar éste los caracteres históricos, lingüísticos y culturales hispanos con los de países de similar composición étnico-territorial en los que, a diferencia de España, sí ha prosperado un modelo de convivencia consociacional. Peculiaridad relativa, no obstante, al ser compartida por algún otro Estado plurinacional —v. gr. el Reino Unido— con idénticas tensiones centrífugas, fruto de análogos procesos de malintegración. Véanse S. GINER y L. MORENO: «Centro y periferia: la dimensión étnica de la sociedad española», en S. GINER (Dir.): *España. Sociedad y Política*, tomo I, Espasa-Calpe, Madrid, 1990, pág. 173, y L. MORENO: «Identificación dual y autonomía política: los casos de Escocia y Cataluña», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 42, 1988, págs. 155-174.

Como A. de Blas Guerrero ha puesto de manifiesto, «el fenómeno no es, desde luego, singular al caso español; la monarquía federativa o «pactista», es la tónica general del panorama europeo del momento». Y es que, en palabras del mencionado autor, el proceso general de construcción del Estado moderno se caracterizó «por una aceptación, en principio, de la planta política anterior paulatinamente corregida por la introducción de nuevas instituciones y la superposición de nuevas instancias de poder regio a las tradicionales»[7]. Esta fórmula híbrida de integración política y autonomía territorial se mantuvo a lo largo de la dinastía Habsburgo, si bien los últimos monarcas, al igual que en el resto de Europa, iniciaron una decidida política uniformadora de instituciones y peculiaridades jurídicas incrementando, de forma continuada, aunque no sin resistencias[8], el poder directo de la jurisdicción real. No sería, empero, hasta la llegada de un nuevo siglo, con acontecimientos tales como el relevo dinástico y la Guerra de Sucesión, cuando se produjo una brusca alteración de lo descrito. Los territorios hispanos que apoyaron al archiduque de Austria vieron tras la derrota desaparecer instituciones, fueros y privilegios[9]. Con los Borbones, se impuso una nueva concepción del Estado y de su organización radicalmente opuesta a los usos pactistas y cuasifederales de la Casa de Habsburgo[10]. De ahí que los decretos de Nueva Planta impuestos por Felipe V e inspirados a éste por su tio Luis XIV sean, para muchos autores, el punto de partida de la cuestión regional en España. Problema que, en opinión de éstos, se iría enquistando sucesivamente por las *desafortunadas políticas férreamente centralistas que se sucedieron* a lo largo de todo el ilustrado siglo XVIII, y que culminaron con un diseño uniforme del Estado fruto de las concepciones liberales decimonónicas[11].

---

[7] A. DE BLAS: «La construcción del Estado en España», en F. HERNÁNDEZ y F. MERCADÉ (Comps.): *Estructuras sociales y cuestión nacional en España*, Ariel, Barcelona, 1986, pág. 466.

[8] Las principales, en este caso contra el intento uniformizador de Olivares, fueron protagonizadas por portugueses y catalanes. Como ha puesto de manifiesto J. H. ELLIOT: *Historia del Mundo Moderno*, tomo IV, Barcelona, 1976, pág. 330, «ni sus tradiciones históricas ni sus intereses económicos les ligaban suficientemente a Castilla como para impulsarles a asociarse voluntariamente a una empresa común» que, además, les exigía mayores cargas.

[9] No obstante, A. DE BLAS puntualiza: «Los decretos de Nueva Planta no suponen en todo caso la adopción de un modelo abiertamente centralista, contradicho por la vigencia de los fueros vasco-navarros, la tributación de Aragón, Valencia y Mallorca por el sistema de catastro o la exención de Cataluña de las quintas». Vid. «La construcción del Estado en España», ya cit., pág. 474.

[10] Para un detenido análisis de estas etapas históricas, pueden consultarse los trabajos de L. SUÁREZ FERNÁNDEZ: «Las raíces históricas de la pluralidad» y de V. VÁZQUEZ DE PRADA: «La época moderna: Los siglos XVI a XIX», ambos reproducidos en la obra colectiva *La España de las Autonomías*, tomo I, Espasa-Calpe, Madrid, 1981, págs. 25-77 y 77-115, respectivamente.

[11] Esta es, por ejemplo, la opinión expresada por J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, para quienes el problema regional de nuesro país, lejos de ser utópico, «responde a condicionamientos profundos consecuencia de una sucesión histórica de errores políticos centralistas». Errores que durante el siglo XIX alcanzan, en su opinión, el mayor

Para J. P. Fusi, sin embargo, esta perspectiva, no siendo del todo errónea, requiere ser ampliamente matizada. Como señalan sus palabras, para ahondar debidamente en la etiología del problema regional español, junto a la aludida política centralista, no pueden ignorarse «las muchas debilidades del Estado y de la Administración Central tanto en el siglo XVIII, como en el XIX», ni la «excepcional complejidad de los procesos de aparición de la conciencia de identidad nacional, tanto a nivel estatal como a nivel regional» [12]. Al afirmar ésto, Fusi realiza, a nuestro entender, una interesante y decisiva precisión. Y es que, sin dejar de reconocer la evidente influencia que la política fuertemente unitaria ejerció sobre las sensibilidades de los antiguos reinos españoles y sobre la posterior dispersión regionalista que se produjo, estima, y creemos que con razón, que el *escaso papel vertebrador desempeñado por el Estado y los débiles procesos de identificación nacional española* que de él se derivaron son factores mucho más decisivos para comprender la cuestión. Veamos lo cierto que puede haber en ello.

Como recientemente ha recordado Paul Kennedy, «entre finales del siglo XV y finales del XVII la mayoría de los países europeos fue testigo de una centralización de la autoridad política y militar, generalmente bajo la figura del monarca, acampañada de mayores poderes y de métodos de imposición fiscal, y llevada a cabo por una maquinaria burocrática mucho más complicada que la que existía cuando se presumía que los reyes «vivían de lo suyo» y los ejércitos nacionales se formaban a base de levas feudales». De ahí, que el progresivo asentamiento de un poder público separado tanto del gobernante como de los gobernados y de suprema autoridad política dentro de los límites de un territorio determinado, constituya fenómeno común a todos los modernos Estados europeos. Este «aparato político independiente» significó en toda Europa Occidental la eliminación de derechos y poderes sólidamente arraigados, de viejas autoridades feudales de menor rango, y la anulación de la jurisdicción política de la Iglesia Católica Romana. En definitiva, fue la consolidación de la soberanía del Estado, fruto a su vez de la soberanía de una institución estatal particular —la Monarquía—, lo que erosionó particularidades, derechos y privilegios. Erosión que, junto a otros decisivos factores como las guerras y las sucesivas uniones dinásticas, contribuyó a establecer las fronteras territoriales de

---

grado de dislate al adoptarse medidas uniformizadoras tan extremas que producen el definitivo «divorcio» entre las regiones y el Estado español y el frontal rechazo a la legitimidad del mismo. Vid. *La crisis del Estado franquista*, Labor, Barcelona, 1977, págs. 125 y sigs.

[12] J. P. FUSI AIZPÚRUA: «La organización territorial del Estado», en J. P. FUSI (Dir.): *España. Autonomías*, tomo V, Espasa-Calpe, Madrid, 1989, pág. 14. En el mismo sentido y del mismo autor, vid. «Centralismo y localismo: la formación del Estado español», en G. CORTÁZAR (Ed.): *Nación y Estado en la España liberal*, Noesis, Madrid, 1994, págs. 77-90.

los Estados europeos que hoy conocemos[13]. No hubo nada especialmente diferenciador, por tanto, en nuestro proceso de uniformización. Nada determinante en la política absolutista de signo centralizador susceptible de generar por sí solo el problema de invertebración español. Por eso, precisamente, los dos extremos sugeridos por Fusi resultan de obligado análisis.

El primero de los aludidos, es decir, la supuestamente *escasa dimensión político-social del Estado español*, ha suscitado en gran parte de los autores opiniones coincidentes. Especialmente significativa nos parece la expresada por el profesor Linz en 1973: «España hoy es un Estado para todos los españoles, una nación-Estado para gran parte de la población, y sólo un Estado y no una nación para minorías importantes. Quizá la explicación se encuentre en el hecho de que la creación del Estado español tuvo lugar antes de la época del nacionalismo y que la época del nacionalismo coincidió con un periodo de crisis del Estado español, amargos conflictos ideológicos, la pérdida del imperio colonial y el atraso económico y el desarrollo desequilibrado»[14]. Como vemos, las palabras de Linz, además de constatar con precisión un hecho actual absolutamente innegable, reiteran una circunstancia histórico-política decisiva puesta de manifiesto más arriba: que España nació como Estado en un momento muy anterior al surgimiento de la conciencia y mentalidad nacionales. Que nació mucho antes del recurso liberal-revolucionario a la nación como construcción teórica capaz de sustituir la caduca legitimidad del *Ancien Régime* y de proporcionar un nuevo principio legitimador, la soberanía nacional, bien alejado, por tanto, del hasta hace poco inimpugnable origen divino del poder soberano del monarca.

Y es justamente este tránsito teórico-político, esta evolución de legitimidades, lo que, en opinión de muchos autores, el Estado español no consiguió realizar con éxito. Al vínculo monárquico, fundamento de la obligación política y aglutinante de la heterogeneidad cultural y social en el antiguo régimen, no le sustituyo tan eficazmente como en otros países de nuestro entorno el vínculo nacional, quedando España, por ello, y durante gran parte del siglo XIX, «a mitad de camino entre el moderno Estado-nación y el Estado premoderno»[15].

Las razones de este fracaso acaso puedan encontrarse, como el ilustre sociólogo apunta, en la coincidencia temporal del nacionalismo con alguna de los rasgos característicos de nuestro siglo XIX. Un siglo que, en palabras de M. Ramírez, no se nos fue en 1900, «fecha oficial

---

[13] P. KENNEDY: *Auge y caida de las grandes potencias*, Plaza & Janés, Barcelona, 1989, págs. 106 y sigs.. En idéntico sentido, LEONARD TIVEY, en su «Introducción» a la obra colectiva *El Estado Nación*, Península, Barcelona, 1987, págs. 9 y sigs..

[14] J. J. LINZ: «Early State-Building of Spain», en S. N. EISENSTADT y S. ROKKAN (Eds.): *Building States and Nations*, vol. II, Sage Publications, Beverly Hills, 1973, pág. 99.

[15] J. J. LINZ: «Un sociólogo ante el problema: una España multinacional...», ya cit., págs. 130 y 131.

de su fallecimiento», sino en 1931, «fecha real del mismo» [16], y cuyas particularísimas circunstancias devienen, en nuestra opinión, determinantes.

La primera, *la superficialidad de nuestro constitucionalismo*; el sucesivo tejer y destejer de normas fundamentales destinadas, todas ellas, a ser definitivas. En realidad, y utilizando terminología clásica, constituciones exclusivamente semánticas o, en el mejor de los casos, nominales [17]. Un constitucionalismo lastrado por la constante supremacía de los hechos sobre el Derecho, por la ausencia o debilidad del consenso sobre el que el régimen político debiera haberse asentado [18]. Un régimen, por otra parte, reservado a unos pocos que, las más de las veces, no representaron sino a las oligarquías cerradas y conservadoras del país. Mientras tanto, la mayoría de la población estuvo largo tiempo excluida del juego político; su participación a través del sufragio quedaba vedada legalmente por lo restringido del mismo, fruto de una pacata y patrimonial visión del interés nacional y, a la postre, de la misma soberanía. Y aunque esta circunstancia cambió en las postrimerías del siglo, cuando el derecho al voto se fue ampliando, el vergonzante fenómeno del caciquismo y la sistemática falsificación electoral como público y deliberado propósito de gobierno convirtieron al tibio régimen constitucional representativo en un triste «espectáculo de gran escenografía» [19]. De ahí las duras palabras de J. Costa repetidas machaconamente: «farsa el sufragio, farsa el gobierno, farsa el parlamento, farsa la libertad, farsa la patria.»

La segunda circunstancia, en nuestra opinión, *la ausencia de un proyecto de dimensión nacional* capaz de aglutinar a todos los sectores sociales. Mientras los demás países europeos iban a conocer la expansión colonial y experimentar la eclosión del sentimiento nacionalista que el fenómeno llevó consigo, España perdía irremediablemente su viejo Imperio sin resistencia interna alguna y sin emoción ni culpabilidad responsable. Tras la pérdida, no existió un nuevo proyecto trasnacional serio, ni una política exterior clara. Sólo románticas y minúsculas aventuras; noticias celebradas como hazañas durante unos días y ridiculizadas como manifestaciones de decadencia durante años. Nada suscep-

---

[16] M. RAMÍREZ: «La pervivencia política del siglo XIX», en *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, Escuela Social de Granada, Vol. II, 1973, pág. 181.

[17] K. LOWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1986, págs. 218-222.

[18] Véanse, entre otros, J. DE ESTEBAN: «Estudio preliminar», en J. DE ESTEBAN (Dir.): *Esquemas del constitucionalismo español: 1808-1976*, Universidad Complutense de Madrid, 1976, págs. 31-34; A. TORRES DEL MORAL: *Constitucionalismo histórico español*, Átomo, Madrid, 1988, págs. 15 y 16; y R. JIMÉNEZ ASENSIO: *Introducción a una historia del constitucionalismo español*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, págs. 19-21.

[19] L. SÁNCHEZ AGESTA: *Historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pág. 23. En el mismo sentido, J. SOLÉ TURA y E. AJA: *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, 16.ª edición, Siglo XIX, Madrid, 1992, págs. 119-126; J. SOLÉ TURA: *Nacionalidades y nacionalismos en España*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 26-28; y R. JIMÉNEZ ASENSIO: *Op. cit.*, págs. 29-32.

tible de excitar el espíritu patrio en las gentes españolas, tan ocupadas reformando una y otra vez el modelo político, reinventando el Estado[20]. Y éste es, sin ir más lejos, el diagnóstico de Ortega cuando en su *España invertebrada* sentencia, acaso de forma exagerada, que «de 1580 hasta el día, cuanto en España acontece es decadencia y desintegración»; ocaso político de un Estado que, en su opinión, había perdido «la potencia verdaderamente sustantiva que impulsa y nutre», el sugestivo y gran proyecto de vida en común, la «comunidad de propósitos, anhelos y grandes utilidades»[21]. De ahí, que hasta bien entrado el siglo XX siguiera manteniendo, junto a otros intelectuales, la urgente necesidad de construir un sentimiento compartido, una emoción nacional española que, desde su punto de vista, ya no existía. En su defecto, el Estado se había convertido en «pura provincia», al ser ésta «la única realidad enérgica existente en España», y el provincianismo, por tanto, el grosero sentimiento que la ahogaba[22].

La tercera, *la tardía entrada y el relativo fracaso de la revolución industrial.* Entre sus consecuencias, la intensificación de las diferencias internas que produjo el irregular desarrollo del fenómeno, el industrialismo de enclave, el localizado surgimiento de la clase obrera como tal, etc. Extremos que, en unos territorios, pondrían en cuestión modos seculares de existencia, y, en otros, serían el sustrato de la posterior conciencia de superioridad económica, pero que en todo caso llevarían a la definitiva consolidación de unos centros económicos distintos y opuestos al tradicional centro político, con lo que ésto implicaba de distorsión del modelo funcional-difusionista al que hemos aludido anteriormente[23].

Finalmente, *la constante impugnación del modelo político*, incluso la peligrosa puesta en duda de la legitimidad dinástica. Y todo ello, por

---

[20] Especialmente significativas, en cuanto revelan la obsesiva preocupación reformadora del español decimonónico, nos parecen las palabras de SÁNCHEZ AGESTA: «Lo importante es que la estructura política interna pasó a ser una cuestión esencial. Todos los problemas se centran y se subordinan a ella; la forma de gobierno o la estructura del régimen es la cuestión que descubrimos bajo todas las discusiones políticas. Bastará recordar un sólo hecho. Se perdió casi toda la América española porque el ejército que había de pacificarla creyó más importante proclamar la Constitución de 1812 que conservar el imperio español» (...) «Pero lo que nos parece aún más significativo es que en las infinitas memorias y apuntes de historia del siglo XIX se dedican muchas más páginas a comentar cualquier incidencia política o cambio constitucional que a la pérdida de América; y al decir que se dedican más páginas, hacemos una notable concesión a las excepciones, porque lo común es que no se dedique ni una página, ni una línea, a comentar aquel hecho.» (...) «¡Y cuántas páginas, en cambio, dedicaron a las formas de gobierno y a los principios políticos, a las constituciones y a las leyes electorales!». *Historia del constitucionalismo español*, ya cit., pág. 35.

[21] J. ORTEGA Y GASSET: *España invertebrada*, 1921. Se cita la edición contenida en *Obras Completas*, tomo 3, Alianza Editorial, Madrid, 1983, págs. 35 y sigs..

[22] Vid. J. ORTEGA Y GASSET: *La redención de las provincias*, 1927, en *Obras Completas*, tomo 11, ya cit., págs. 181 y sigs..

[23] Véanse S. GINER y L. MORENO: «Centro y periferia: la dimensión étnica de la sociedad española», ya cit., págs. 177-179, y S. GINER: «Nacionalismo étnico: centro y periferia en España», en F. FERNÁNDEZ y F. MERCADÉ (Comps.): *Estructuras sociales y cuestión nacional en España*, Ariel, Barcelona, 1986, págs. 442 y sigs..

parte de aquellos sectores no resignados al cambio político de signo liberal-burgués que la modernidad traía consigo. Una impugnación concretada, unas veces, en las crueles y románticas guerras carlistas que lacelaron gran parte del siglo; otras, en los frecuentes pronunciamientos militares, medios cuasi-institucionalizados de expresar las aspiraciones políticas, de canalizar intereses y estados de opinión no militares que encontraban en el espadón de turno el único cauce de expresión. Y como trasfondo, la preocupación por la decadencia de España, por su agonía moral. Una preocupación saldada con el enfrentamiento doctrinal, político e incluso armado entre las diversas interpretaciones de esa decadencia, entre las dos visiones de España y de su Historia.

Lógicamente, la construcción jurídico-organizativa asentada sobre las características antedichas no podía ser ajena a las mismas. El viejo Estado español, perdida la tradicional legitimidad monárquica por la irrupción de las ideas revolucionario-burguesas, no fue capaz de construir una nueva legitimidad —la nacional— suficientemente compartida que permitiera su desarrollo y consolidación. El Estado resultante de este fracaso resultó «débil, pobre e ineficiente»[24]. Y sus debilidades se erigieron en fiel reflejo de la dislocación social y política de España, siendo, a su vez, y como consecuencia de complejos fenómenos de causa-efecto-causa, agentes de la misma.

En esas debilidades del Estado español, y no sólo en la torpeza y el supuesto parasitismo centralista de los siglos XVIII y XIX, es donde se encuentra, a nuestro entender, la verdadera clave del problema regional. Y es que, como el propio M. Azaña señalara desde el exilio[25], la simple aplicación de una dura política asimilista y unitaria por el jacobino centralismo estatal —en la que muchos historiadores situaban el origen y la esencia del *cleavage* regional— habría exigido para ser eficaz la existencia de un potente y prestigiado Estado. Cualidades que, en su opinión, nunca concurrieron. Y el hecho de no concurrir éstas y sí hacerlo, por contra, las anteriormente descritas (superficilidad del constitucionalismo, ausencia de proyectos nacionales,... etc), acaso pudiera explicar el tardío surgimiento de una conciencia nacional española y la progresiva consolidación de un particular localismo, transformado, con el tiempo, en fuerte sentimiento de identidad regional.

Una interpretación contraria a la anterior ha sostenido A. de Blas Guerrero, quien tras proclamar la circunstancia, relativamente razonable,

---

[24] J. P. FUSI AIZPÚRUA: «La organización territorial del Estado», ya cit., pág. 20. Extremo en el que coincide, entre otros, con J. DE ESTEBAN: «Estudio preliminar», en J. DE ESTEBAN (Dir.): *Esquemas del constitucionalismo español: 1808-1976*, ya cit., págs. 20-23; y R. JIMÉNEZ ASENSIO: *Op. cit.*, págs. 26-29.

[25] M. AZAÑA: «La insurrección libertaria y el «eje» Barcelona-Bilbao», ya cit., págs. 120 y 121. Sobre la postura política de Azaña ante la cuestión regional pueden consultarse los trabajos de M. ARAGÓN REYES: «Manuel Azaña y el problema regional en la II República», en *Estudios sobre Historia de España. Homenaje a Tuñón de Lara*, tomo III, UIMP, Madrid, 1981, págs. 237-249, y J. MARICHAL: «Azaña: conciencia histórica y patriotismo», en *Nation et nationalités en Espagne*, Fondation Singer-Polignac, París, 1985, págs. 267-273.

de que «España constituye un claro ejemplo de nación de signo político resultado de la acción conjunta de un pionero Estado y de la dinámica económica, social, cultural y política de casi cinco siglos de historia», realiza, a nuestro juicio, afirmaciones muy discutibles. Y es que, para este autor, incluso el carácter tardío de un fuerte sentimiento nacional español encuentra explicación en la firmeza que el Estado presenta hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XIX. Firmeza que, según él, se debe a la ausencia de serias impugnaciones e importantes desafíos internos o externos a su viabilidad. De ahí, precisamente, la tardía aparición y el limitado alcance de los regionalismos periféricos. Y de una visión tan reduccionista del problema regional no resulta extraño que, sin minusvalorar los significativos precedentes catalanes de principios de siglo, circunscriba el origen del mismo a la guerra civil, el franquismo y la transición a la democracia, ya que, en estas circunstancias históricas, es donde se «asienta una crisis nacional española» que no se había dado hasta entonces en tal magnitud[26].

Reconociendo lo que de sugestivo y, en parte, acertado pueda tener una interpretación como la expuesta, creemos que debe ser profundamente matizada. Y no sólo respecto a la pretendida solidez del Estado español, analizada anteriormente y puesta en duda por los propios coetáneos, sino en lo que se refiere al segundo aspecto que, junto al papel del Estado, antes considerábamos como fundamental: *los complejos procesos de identificación nacional en España.* Y, más en concreto, la tardía aparición de un nacionalismo de carácter español y la consolidación de una peculiar conciencia regional en algunos territorios.

Antes de abordar estas cuestiones, sin embargo, parece conveniente una descripción, siquiera somera, del fenómeno nacionalista[27]. En busca de una forzada simplificación diremos que el mismo presenta tres componentes. El primero, el mas clásico y posiblemente el único constante, es el *histórico-estructural*, es decir, aquel conjunto de elementos histórico-dinámicos como la lengua, la cultura, las características étnicas comunes, las estructuras sociales y económicas definidas. Aquello que los nacionalismos de tipo cultural organicista suponen sacrosanto e inmuta-

---

[26] Todas estas consideraciones de A. DE BLAS GUERRERO pueden encontrarse en sus trabajos *Sobre el nacionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 13 y sigs.; «En torno a la génesis tardía del nacionalismo español», en *Revista de Política Comparada*, n.º 10-11, 1984, págs. 329 y sigs.; y, finalmente, «El problema nacional-regional en la transición», en J. F. TEZANOS, R. COTARELO y A. DE BLAS (Eds.): *La transición democrática española*, Sistema, Madrid, 1989, págs. 587-609.

[27] Sobre el nacionalismo, véanse las clásicas obras de E. KEDOURIE: *Nacionalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, y A. D. SMITH: *Las teorías del nacionalismo*, Península, Barcelona, 1976. Igualmente clarificadores los libros de E. GELLNER: *Naciones y nacionalismo*, Alianza Universidad, Madrid, 1988; J. BRUILLY: *Nacionalismo y Estado*, Pomares-Corredor, Barcelona, 1990. Entre nosotros, J. R. RECALDE: *La construcción de las naciones*, Siglo XXI, Madrid, 1982; A. DE BLAS: *Nacionalismo e Ideologías Políticas Contemporáneas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1984; y G. JAÚREGUI BERECIARTU: *Contra el Estado-nación. En torno al hecho y la cuestión nacional*, 2.ª edición, Siglo XXI, Madrid, 1988.

ble legado de la historia. El segundo factor, más importante y cualificado, es el *ideológico*, que consiste en el sentimiento de identificación de los componentes de una comunidad asentada en un territorio con los caracteres antedichos. Una identidad psicológica del colectivo con el concepto «nación». Taumatúrgico concepto que, a su vez, no es posible explicar sin remitirse a la Revolución Francesa y al movimiento ilustrado que lo generó, al vincular el abate Sieyès la nación con el pueblo llano y la mística roussoniana dotarla de contenido con ideas tales como soberanía y voluntad general. Como tampoco es posible explicarlo sin la reacción de tipo cultural que la influencia francesa produjo en los países germánicos, cuyo paradigmático fruto fueron las obras de Herder o Fichte. La intensidad y la solidaridad creada por este componente ideológico es lo que permite distinguir el nacionalismo de otro movimiento cercano pero más tardío: el regionalismo, tendencia política que reconociendo la existencia de un Estado-Nación en el que la región se integra aboga por mayores cotas de autogobierno territorial de ésta dentro de aquél. Finalmente, descubrimos un tercer factor, el *jurídico-institucional*, en el que se ponen en relación dos macroconceptos: Nación y Estado. Ideológico-político, el primero, y jurídico-organizativo, el segundo. Ambos plenamente identificados en los primeros momentos de las revoluciones liberales pues, como vimos, el concepto nación surgió *strictu sensu* para suplir la legitimidad monárquica y servir de referencia ideológica aglutinante[28]. No obstante, esta realidad mutuamente imbricada pronto se complicaría. Y es que, al consagrarse la máxima de que el Estado es un artificio jurídico que sólo puede dar cabida a una nación, se estaba admitiendo la tesis inversa, es decir, que toda nación tiene derecho a constituirse en Estado. Así nace el principio de las nacionalidades formulado por Mancini en 1851, del cual surgirá otro aún más delicado y, a diferencia del primero, profundamente desintegrador: el de autodeterminación, según el cual, y siguiendo la lógica precedente, todo pueblo o nación sometido y sojuzgado por otro puede independizarse de él. En este tercer nivel, y en concreto, en el deseo de quienes se sienten nación de constituir un Estado propio, es donde reside la esencia del nacionalismo político. Un movimiento de clara naturaleza política distinto del nacionalismo meramente cultural que, al menos inicialmente, aceptaría la existencia de un Estado compuesto por varias naciones[29].

No obstante, si el fenómeno linealmente descrito parece claro, no lo resulta tanto cuando se trata de verificar la efectiva concurrencia de

---

[28] Vid. C. NAVARI: «Los orígenes del Estado Nación», en L. TIVEY (Dir.): *El Estado Nación*, cit., págs. 25-55.

[29] El nacionalismo derivado de la concepción cultural de la nación se entiende como «una ideología cuyo objetivo es ayudar a la toma de conciencia sobre esa realidad cultural nacional y, complementariamente, reclamar los derechos políticos que a la vista de su especificidad cultural le corresponden». Para un análisis de las teorías sobre la nación política y la nación cultural y sus supuestas diferencias, véase por todos el libro de A. DE BLAS: *Nacionalismo e Ideologías Políticas Contemporáneas*, ya cit., págs. 27-43 y 79-105.

alguno de sus componentes en una sociedad concreta. Y menos, todavía, si esta sociedad es la española de los siglos XVIII y XIX.

Es sabido que, en la tradicion occidental, las naciones, lejos de hipotéticas esencias e interpretaciones abstractas u organicistas, son comunidades humanas que la historia ha ido creando. De ahí que la base principal de la nación política sea, como se ha dicho, la conciencia colectiva de sus gentes; el fuerte sentimiento de adhesión y la voluntad de pertenencia a ella[30]. Sin embargo, como Carretero y Jiménez ha recordado convenientemente, «la conciencia nacional no brota en los pueblos de un día para otro, espontáneamente y porque sí, sino que es el resultado de un largo proceso histórico en el que intervienen muchos y muy diversos factores y circunstancias a la vez: geográficos, étnicos, económicos, culturales, históricos... que contribuyen a modelar la nacionalidad»[31].

Pues bien, analizando nuestro proceso histórico, la característica más comúnmente admitida de esa *conciencia nacional hispana*, del nacionalismo de carácter español, ha sido su *tardío surgimiento y su lenta cristalización*. Paradójica circunstancia, pues, como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, aunque España se constituye como realidad estatal en fecha reciente en comparación con el resto de monarquías europeas, sólo tras el desastre político-militar de 1898 y la definitiva pérdida de Cuba, Puerto Rico y Filipinas que de él se derivan, podemos decir, sin miedo a equivocarnos, que el sentimiento nacional español está consolidado[32].

Evidentemente, la participación colectiva en un gran proyecto imperial, el trascurso de décadas vividas en común y la prosperidad económica que se genera durante el siglo XVIII, son factores que fueron cimentando una amplia comunidad de propósitos, una incipiente identidad colectiva o, en expresión de J. A. Maravall, «protonacional»[33]. Como paradigmática manifestación de ésta, se alude frecuentemente al revuelo intelectual que, en 1782, produce la simple publicación del artículo «España», de Masson de Morvilliers. Recogido en la *Encyclopèdie Méthodique*, de escasa difusión en nuestro país, suscita la acalorada reacción de las sensibilidades intelectuales más lúcidas del momento

---

[30] «La existencia de una nación es un plebiscito de todos los días». Siempre supone un pasado, «la posesión en común de un rico legado de recuerdos»; sin embargo, «se resume en el presente por un hecho tangible: el consentimiento, el deseo claramente expresado de continuar la vida en común». E. RENAN: *¿Qué es una nación?*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, págs. 82 y 83.

[31] A. CARRETERO Y JIMÉNEZ: *Los pueblos de España (Introducción al estudio de la nación española)*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, pág. 1.

[32] Sobre el efecto de la crisis finisecular en la consolidación del nacionalismo español, vid. I. FOX: *La invención de España*, Cátedra, Madrid, 1997, págs. 55-64.

[33] Véase, J. A. MARAVALL: *Estado Moderno y Mentalidad Social*, tomo I, Madrid, 1972, págs. 457 y sigs. En idéntico sentido, P. ANDERSON: *El Estado absolutista*, Siglo XXI, Madrid, 1979, pág. 79.

(Cadalso, Forner, Denina,...)[34]. Y a hechos como el citado, relativamente anecdóticos, se unen otros que en absoluto lo fueron. Así, el esfuerzo de estudiosos y científicos en consolidar y difundir una idea histórica de España, de su lengua y de su arte, los planes de actuación y obras públicas del gobierno fruto de la política ilustrada, la creación de instituciones nacionales de cultura, la constitución de asociaciones económicas, etc. Circunstancias todas ellas que irán haciendo patente el relativo calado de una conciencia de identificación española[35].

Interpretando acaso desproporcionadamente estos antecedentes, algún autor como A. de Blas no ha dudado en reconocer «la génesis de un nacionalismo de carácter dinástico crecido a la sombra de una organización política que nace con clara vocación de Estado-Nación»; y todo ello, incluso «antes de que el impulso revolucionario francés generalice el recurso a la Nación»[36]. Más acertadas, en este caso por prudentes, se nos antojan las reflexiones de J. P. Fusi, quien tras reconocer la complejidad de los procesos de aparición de identidades nacionales considera que lo que se produce a mediados del s. XVIII es el alumbramiento de una leve identidad patria[37]. Identidad que se vería profundamente reforzada por la Guerra de la Independencia y la eclosión de sentimiento y solidaridad nacionales que produjo el invasor. Sin embargo, España, lejos de aprovechar el importante caudal de emociones que la contienda supuso, lo dilapidó en las décadas siguientes. Las contradicciones internas y los vicios que lastraron gran parte del siglo hicieron del proceso de afirmación nacional un proceso largo y convulso. No resulta extraño, por tanto, que, para consolidarlo definitivamente, se necesitara el crecimiento y la integración de mercados, regiones y ciudades, el desarrollo de un sistema de educación unitario y común, la expansión de los modernos medios de comunicación de masas, y, finalmente, la crisis finisecular, que galvanizó conciencias e identidades dando lugar a un hondo sentimiento regeneracionista.

Las razones alegadas por la doctrina para justificar este retraso han sido diversas. Para algunos autores, entre los que destaca el propio De Blas, éste se debe a la solidez que presentó el Estado hasta bien entrado el siglo XIX, lo que hacía innecesaria la autoafirmación española al no existir tampoco serias impugnaciones a su viabilidad. En opinión de Linz y Giner, sin embargo, las causas se encuentran en todo lo contrario. Como en parte señalamos, el Estado decimonónico, caracterizado por la escasez y la ineficacia, carente de legitimación político-social y de la necesaria presencia administrativa, fue desplazado y sustituido en grandes zonas de España por el caciquismo y las oligarquías locales. Estas prácticas fueron las reales estructuras político-administrativas de

---

[34] Vid. E. y E. García Camarero: *La polémica de la ciencia española*, Alianza Editorial, Madrid, 1970, págs. 51 y sigs.

[35] Vid. I. Fox: *op. cit.*, págs. 97-174.

[36] A. De Blas: *Sobre el nacionalismo español*, ya cit., pág. 14.

[37] J. P. Fusi: «La organización territorial del Estado», ya cit., págs. 14 y sigs., y «Centralismo y localismo: la formación del Estado español», ya cit., págs. 79-84.

la nación, convirtiéndola, como denunciaran desde Gumersindo de Azcárate hasta Macías Picavea, en una gran fiasco incapaz de generar auténticos sentimientos patrios.

De ahí que Ortega, acaso el intelectual que más hondamente reflexionara en el primer tercio del siglo XX sobre el problema de España, cifrara el origen de éste en la existencia de lo que dio en denominar «particularismo». Un sentimiento colectivo, tanto social como territorial, por el que «cada grupo deja de sentirse a sí mismo como parte de un todo», y que al entrar en escena la conciencia de superioridad económica «toma un caríz agresivo, expreso y de amplia musculatura retórica». Y todo ello, como reacción al hecho, para él indiscutible, de que «España era una cosa hecha por Castilla» carente, en las últimas décadas, del «necesario proyecto sugestivo de vida en común» capaz, como antaño, de aglutinar en torno a él todos los cuadrantes españoles. Precisamente, es la ausencia de este proyecto o «dogma nacional» la que determina la dislocación político-territorial española. «Cuando una sociedad se consume víctima del particularismo, puede afirmarse —sentencia Ortega— que el primero en mostrarse particularista fue precisamente el Poder Central»[38]. Y en tal situación, todo intento de hacer política nacional se convierte de hecho en política de una parte sólo, en «madriñelismo político». Frente a éste, y como lógica reacción, se produce el rechazo de la potente periferia económica contra el centro, «de la localidad contra la «nación abstracta»»[39].

Sin duda, el diagnóstico de Ortega resulta interesante. Además de sugerir el origen de la invertebración hispana se apuntan en él *las consecuencias más nocivas* de la misma, cuales fueron *los movimientos periféricos de identificación nacional.* En particular, el catalán y el vasco, que surgieron en las últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX de forma paralela a la consolidación de la conciencia nacional española, siendo ésta, y como veremos en gran medida, una respuesta a la pujanza de los primeros.

Ambos movimientos ideológico-políticos encontraron sólida base en ancestrales tradiciones de autogobierno y en peculiaridades lingüísticas. Pero a estos indiscutibles factores histórico-estructurales, convenientemente recordados por Bartolomé Clavero[40], vinieron a sumarse otros, los propios del siglo XIX español, que en Cataluña y País Vasco adquirieron una importancia cualitativamente superior al resto de España[41].

---

[38] J. ORTEGA Y GASSET: *España invertebrada*, ya cit., págs. 66-72.

[39] J. ORTEGA Y GASSET: *La redención de las provincias*, ya cit., págs. 199 y sigs..

[40] B. CLAVERO: *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Siglo XIX, Madrid, 1982.

[41] Sobre el nacionalismo vasco pueden consultarse J. J. SOLOZÁBAL: *El primer nacionalismo vasco*, Túcar, Madrid, 1976; BELTZA: *El nacionalismo vasco*, 1876-1936, 4.ª ed., Txertoa, San Sebastián, 1977; J. CORCUERA ATIENZA: *Orígenes, ideología y organización del nacionalismo vasco, 1876-1904*, Siglo XXI, Madrid, 1979; A. ELORZA: *Ideologías del nacionalismo vasco*, L. Haranburu ed., San Sebastián, 1978. Sobre los orígenes del nacionalismo y del federalismo catatán, pueden consultarse en castellano los libros de J. SOLÉ TURA: *Catalanismo y revolución burguesa*, Edicusa, Madrid, 1974, y

Por un lado, el rechazo al liberalismo y la fuerte resistencia a la modernidad de amplios sectores sociales fuertemente anclados en el antiguo régimen. El carlismo, movimiento político de corte tradicionalista impugnador de las legitimidades dinástica y nacional, encontró en el romántico recurso a la defensa de los fueros una de las más importantes proclamas en ambos territorios. Como es sabido, el fenómeno no sólo se circunscribió a Cataluña y País Vasco, pero, en todo caso, sí contó, comparativamente, con mayores apoyos en sus zonas rurales, aquéllas en las que la presencia y la acción del Estado era todavía muy débil. Por otro lado, y ya muy avanzado el siglo, la consolidación de una economía regional fuertemente capitalizada *en relación al resto*, una intensa industrialización, el desarrollo de entidades financieras autóctonas y, en el caso catalán, una élite social modernizada mucho más abierta a las corrientes europeas que la cortesana. Desequilibrios y disfuncionalides económicas que generaron, en opinión de muchos autores, una notable incongruencia entre la localización del poder político de una España legalmente unitaria y las iniciativas económicas de un localismo real.

Los factores determinantes de ambos particularismos, relativamente comunes, se conjugaron, sin embargo, de forma muy diversa en uno y en otro.

En el movimiento «regional-proteccionista»[42], primero, y en el potente nacionalismo catalán, después, influyeron sobre todo los intereses comerciales e industriales, el protagonismo de la burguesía y la conciencia de superioridad económica. De ahí que coexistieran en él la vocación regeneradora de España con la reclamación de las más altas cotas de autogobierno. Por contra, el nacionalismo vasco, más vinculado a la resistencia carlista, surgió, en opinión del profesor Recalde, «como ideología defensiva a la transformación industrial y buscando en la tradición el punto romántico de referencia»[43]. En este caso, la revolución siderúrgica y las grandes acumulaciones de capital financiero provocaron aceleradas y traumáticas mutaciones que dividieron a la sociedad vasca. De una parte, la burguesía financiera e industrial plenamente integrada en la gran burguesía española; de otra, un numeroso proletariado de procedencia inmigrante; y, finalmente, una pequeña burguesía y un campesinado socializados en valores tradicionales en franco retroceso económico y demográfico. Este complejo entramado social confirió al nacionalismo vasco un carácter más minoritario, en el que las connotaciones étnicas, religiosas y separa-

---

de J. TRÍAS BEJARANO: *Almirall y los orígenes del catalanismo*, Siglo XXI, Madrid, 1975. En lengua catalana, J. A. GONZÁLEZ CASANOVA: *Federalisme i autonomia a Catalunya (1868-1938)*, Ed. Curiàl, Barcelona, 1974, e I. MOLAS: *Lliga Catalana*, Edicions 62, Barcelona, 1972, 2 vols..

[42] El término ha sido empleado por P. VILAR en su obra *Cataluña en la España moderna*, Crítica, Barcelona, 1979, pág. 75, para aludir al regionalismo catalán de gran parte de la segunda mitad del siglo XIX.

[43] J. R. RECALDE: *La construcción de las naciones*, cit., pág. 403.

tistas se sobrepusieron a cualesquiera otras. Así, mientras el nacionalismo catalán, integrador y activo en la política nacional, tenía una visión general del Estado, si bien alternativa a la predominante, el nacionalismo vasco, con sus señas de identidad amenazadas, se presentó profundamente desintegrador y a menudo racista.

III

Hasta aquí, en la medida de lo posible y al hilo de diversas opiniones expresadas por la doctrina, hemos sopesado los diversos factores llamémosles estructurales que, de una forma u otra, influyeron en la génesis de ese particularismo hispano de finales del siglo XIX y principios del XX. Entre ellos, las políticas unitarias de inspiración borbónica, primero, y de ascendiente jacobino, después; el fracaso vertebrador del Estado y su escasa legitimidad; la inexistencia del mínimo consenso en torno a la base esencial del régimen político; el tardío surgimiento de la conciencia nacional española; y el nacionalismo de reacción en territorios como Cataluña y País Vasco.

No sería correcto, sin embargo, cerrar estas líneas con lo hasta ahora referido y pretender agotar con ello las causas del problema regional republicano. A pesar de su importancia y, por supuesto, de los elementos diferenciales que algunos territorios poseían desde el punto de vista histórico, económico y cultural, compartimos plenamente con Solé Tura la idea de que los regionalismos periféricos podían haber evolucionado en un sentido diferente del que lo hicieron.

Si no fue así, si se consolidaron como movimientos políticos con clara conciencia nacional de sus habitantes y se enquistaron como graves factores de inestabilidad, fue —aquí sí— «por la actitud de los grupos dirigentes del Estado central en los primeros años del siglo XX». Una actitud que, tras la crisis finisecular, degeneró en patrioterismo intransigente y militarista, al combatir un nacionalismo —el vasco y catalán— con otro nacionalismo —el español— exclusivo y excluyente. Un tardío nacionalismo voluntarista y a la defensiva para el que cualquier concesión autonómica suponía perder algo de la unidad, sacrosanto e inmutable legado de la Historia. Un nacionalismo más que centralizador, centralista; más que uniforme, uniformado.

Si, en opinión de Solé Tura, «es el enfrentamiento contra un adversario político exterior y la batalla en torno a un determinado modelo político» lo que aglutina alrededor de la idea nacional a todos los sectores sociales de un territorio, sólo podemos decir que, en el primer tercio del siglo, este «adversario» se presentó nítidamente ante cualquier reivindación de autogobierno[44]. Y, acaso lo que revista más transcendencia, así fue percibido por amplios segmentos de la sociedad catalana y, en menor medida, de la vasca. Sin duda, había *razones inmediatas*

[44] J. SOLÉ TURA: *Nacionalidades y nacionalismos en España*, ya cit., págs. 42 y 43.

para ello. Primero, la Ley de Jurisdicciones de 1906, destinada a ser el instrumento jurídico de represión de los delitos contra la Patria y contra el Ejército, que acabó convirtiendo a este último en intérprete y defensor único de un reducido concepto de nación española[45]. Más tarde, la frustración y el resentimiento que suscitaron las violadas promesas y las restrictivas medidas de la dictadura de Primo de Rivera[46]. El resultado, de todos conocido. Lejos de superar el particularismo, lo apuntalaron. Lejos de reducir España a la unidad, su declarado objetivo, consolidaron los nacionalismos periféricos que el jubiloso 14 de abril de 1931 heredó. Unos nacionalismos que, a pesar de lo que se dijo, la Segunda República y su controvertida Constitución, primer intento serio de integrarlos pacíficamente, «no inventó, ni los hizo prender en las masas»[47]. Al contrario, los encontró enconados y pujantes; convertidos, en palabras de Azaña, con el que iniciábamos y ahora concluimos esta comunicación, en «la manifestación aguda, muy dolorosa, de una enfermedad crónica del cuerpo español».

---

[45] Sobre este tema, vid. R. LEZCANO: *La Ley de Jurisdicciones, 1905-1906*, Madrid, 1974.

[46] En opinión del general, que le llevó a modificar sus primeras declaraciones, «reconstruir desde el Poder la región, reforzar su personalidad, exaltar el orgullo diferenciativo entre unas y otras, es contribuir a deshacer la gran obra de unidad nacional; es iniciar la disgregación para la que siempre hay estímulo en la soberbia o el egoísmo de los hombres». Vid. AURELIO JOANIQUET: *Alfonso Sala Argemi*, Espasa-Calpe, Madrid, 1955, pág. 272.

[47] M. AZAÑA: «La insurrección libertaria y el «eje» Barcelona-Bilbao», ya cit., pág. 119.

HABITO, LUEGO EXISTO (ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DISTRIBUCIÓN JURÍDICO-POLÍTICA DEL ESPACIO)[1]

María José GONZÁLEZ ORDOVÁS
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

I.- A vueltas con el espacio y el tiempo: ni uno ni otro sino todo lo contrario. II.- El poder del espacio y el espacio del poder: 1.- No parece haber lugar para los espacios democráticos; 2.- Prácticas espaciales y opciones ideológicas; 3.- El hecho urbano: un fenómeno espacio-temporal; 4.- La casa: escenario privado-escenario público de valores colectivos. **III.- El paisaje de la ciudad o la última rebelión del decorado:** 1.- El Estado social no es el final del trayecto; 2.- Apologías de los espacios neoliberales; 3.- La ciudad dual: escenarios de la derrota; 4.- Ciudad: ¿un nombre femenino para formas masculinas? **IV.- Un panorama siempre inconcluso.**

I. A VUELTAS CON EL ESPACIO Y EL TIEMPO: NI UNO NI OTRO SINO TODO LO CONTRARIO

Durante siglos se ha conservado una interpretación errónea del tiempo, tal vez se deba a que el hombre se mueve con más holgura en el espacio que en el tiempo, quizás porque mientras el primero es más accesible a los sentidos (a la vista al menos), el segundo escapa a todos ellos.

[1] Comunicación al Seminario Rudolf von Ihering de la Universidad Autónoma de Barcelona, marzo, 1995.

El coprotagonismo, incluso en la confusión, que espacio y tiempo parecían compartir a lo largo de la historia, se cimenta, en buena medida, en su conceptualización kantiana como «síntesis a priori», formas puras o categorás imprescindibles sobre las que materializar e inscribir las sensaciones y experiencias vitales sensibles. En definitiva, facultades generales de establecer vínculos y conexiones que condicionan la percepción y el pensamiento del hombre en la medida en que forman parte inalterable de su razón y conciencia.

Esta visión subjetivista del tiempo no escapa a la crítica de Norbert Elias, para quien la experiencia del tiempo es una estructuración de la naturaleza humana adquirida socialmente, condición que en modo alguno significa que sea menos coactiva que su propia estructura genética. De hecho, no es posible investigar las formas de la vivencia del tiempo como un aspecto aislado de las actitudes sociales de los hombres. Sirva como ejemplo interesado al respecto la «inexorable necesidad social de determinar el tiempo» en las grandes sociedades estatales urbanizadas donde la especialización de funciones sociales está muy avanzada[2].

Por otro lado, esa especie de «empate categórico» desaparece cuando algunos autores introducen una jerarquización de la conexión espacio-tiempo en función de la importancia que uno u otro adquiera en el sistema social. Así, para Henri Lefebvre: «El espacio envuelve al tiempo. A través del espacio lo que se produce y reproduce es un tiempo social», es decir, «los espacios son realizaciones, inclusiones en la simultaneidad del mundo externo de una serie de tiempos», pero añade: «No creo que hasta ahora el espacio fuera lo más importante, lo que hasta ahora era más importante era el tiempo, el tiempo histórico, el tiempo de trabajo, los ritmos del tiempo». El protagonismo arrebatado por el espacio al tiempo se produciría en un momento histórico concreto: el de la contradicción entre la hegemonía de las estrategias racionales en el terreno político, económico y social y «un inverosímil caos espacial como resultado»[3].

También Fredric Jameson estima que con el fin del modernismo, canonizado e institucionalizado a final de los cincuenta y durante los sesenta, terminó el dominio de las categorías temporales sobre las espaciales. De manera que, desde entonces, la postmodernidad en la que se desenvuelven «nuestra vida cotidiana, nuestra experiencia psíquica y nuestros lenguajes culturales» está dominada por categorías más espaciales, a pesar de que, la cuestión de la organización temporal y de la

---

[2] Norbert ELÍAS, *Sobre el tiempo*, tr. Guillermo Hirata, Madrid, F.C.E., 1989, págs. 136, 155 y 159.

[3] Henri LEFEBVRE, *De lo rural a lo urbano*, 4.ª ed., tr. J. González Pueyo, Barcelona, Península, 1978, pág. 221; *Espacio y política*, tr. J. Muls y J. Liarás, Barcelona, Península, 1976, pág. 110; y «La producción del espacio», *Papers*, n.º 3, (1974), págs. 225 y 228. (El texto corresponde a una conferencia en el Simposio Internacional de Sociología Urbana, de ahí que la expresión del autor resulte en esta ocasión más libre y espontánea de lo que es habitual en sus textos escritos).

forma del tiempo sean problemas recurrentes en la determinación de la estrategia sintagmática que se ha de adoptar a una cultura cada vez más sujeta a la lógica espacial». Y como muestra, la ciudad posmoderna, «enorme superficie pulimentada en la que se puede patinar hasta el infinito»[4]. Jameson ubica las primeras huellas posmodernistas en una «arquitectura nueva» y en un nuevo «hiperespacio» cuya importancia es tal que «si alguna vez llega a existir una forma política de posmodernismo, su vocación será la invención y el diseño de mapas cognitivos globales, tanto a escala social como espacial»[5].

Paralelamente, Boaventura de Sousa Santos detecta un resurgimiento de las metáforas espaciales en el fin de siglo que supone la reaparición del debate sobre la espacialidad en la sociedad posmoderna, y, no precisamente de forma casual, en su arquitectura. Según ese autor en la existencia posmoderna el espacio resucita como modo privilegiado de pensarnos y se convierte en sustituto del tratamiento preferente que el pensamiento moderno concedió a las metáforas temporales, con las que, a su vez, se arrebató el protagonismo al paradigma espacial del pensamiento clásico[6].

Sin embargo, bien diferente es el planteamiento que Luhmann incorpora sobre espacio y tiempo en su interpretación de la sociedad total en los tiempos posteriores a la modernidad. Como dice Giuseppe Zarone, «Luhmann interpreta la forma en términos esencialmente temporales, descargándose *ab initio* de una teorización del espacio. Explícitamente declara que debe prescindir, en su Teoría sociológica, no sólo del tradicional fundamento subjetivo del hombre, sino también de aquel 'territorio', de aquel criterio localista de la espacialidad que daba lugar a la unidad fundadora arcaica de la identidad originaria de comunidad humana y de lugar»[7].

Para empezar, Luhmann atribuye a la conciencia, en tanto que elemento último que define lo más específico de los sistemas psíquicos, un carácter radicalmente temporal: «la conciencia es un proceso de continua autotransformación de eventos y sucesos (...) es la plena soledad del cambio incesante», por ello, «es imposible pensar la conciencia bajo el dominio de esquemas espaciales». También concibe la acción como un suceso temporal, de forma que toda Teoría de la acción debe incluirse en una Teoría del tiempo, la acción vendría a ser más un evento temporal que un resultado de intereses. El hecho de que las mismas acciones sean consideradas como diferencias temporales hace que la Teo-

---

[4] Pietro BARCELLONA, *La ciudad homologada: la pérdida del confín*, en *Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social*, tr. H.C. Silveira Grorski y otros, Madrid, Trotta, 1992, pág. 31.

[5] Fredric JAMESON, *El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado*, tr. José Luis Pardo Torío, Barcelona, 1991, págs. 17, 40 y 61.

[6] Boaventura de SOUSA SANTOS, «O espaço da introdução», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 22, (1987), págs. 4-12.

[7] Giuseppe ZARONE, *Metafísica de la ciudad*, tr. José Luis Villacañas, Valencia, Pre-Textos, 1993, págs. 34 y 55.

ría de la acción de Luhmann se transforme en una Teoría del tiempo, planteamiento que supone, de suyo, diferencias radicales frente al concepto clásico de acción. ¿Cómo si no entender la afirmación de Luhmann en virtud de la cual «el hecho de que en otro lugar suceda otra cosa, parece ser una característica básica de la temporalidad?»[8].

Por lo que parece, en la Teoría de Sistemas de Luhmann el espacio quedaría convertido en una diferenciación compleja del tiempo. Como dice Ignacio Izuzquiza en fin, «el tiempo tiene un carácter fundamental en el proyecto de Luhmann que lo incorpora como elemento esencial en su Teoría Sociológica»[9]. Ciertamente, no podría dejar de ser uno de los componentes de sentido de la misma en la medida en que permite ordenar, según un esquema general, cuanto cae bajo la atención de un sistema.

Las consecuencias son devastadoras, en la sociedad ambiente del sistema la ciudadanía es una categoría débil sin espacio para la participación ni lugar para el poder de oposición: «Desestructurada y reducida la esfera social a 'ambiente' en el que aparecen fenómenos 'incausados', absolutamente arbitrarios y contingentes; cancelada la noción misma de ciudad, como espacio de constitución de las singularidades individuales y colectivas, y como objetivo para la construcción consciente, por obra de los actores y las clases sociales, de las modalidades de su aglutinamiento y de sus luchas angustiosas; en relación con esos datos estructurales, como decimos, el derecho de ciudadanía designa únicamente el reparto de una cuota de los recursos para la satisfacción de necesidades ocasionales y, por definición, privadas de la capacidad de transformarse en pretensiones de participación en el gobierno del sistema»[10].

Sin embargo, en mi opinión, tiempo y espacio gozan de una significación propia en un sistema de comunicación social[11]. En términos generales existirían dos grandes tipos de socialización tanto del tiempo como del espacio que corresponderían respectivamente «a las sociedades tradicionales cuyos criterios son más intuitivos o aproximativos, y a las sociedades industriales en las cuales el tiempo está endurecido por cuantificaciones técnicas y debe ser preciso»[12].

---

[8] Niklas LUHMANN, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, tr. Santiago López Petit y Dorothee Schmitz, Barcelona, Paidós, 1990, pág. 128.

[9] Ignacio IZUZQUIZA, *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la Teoría como escándalo*, Barcelona, Anthropos, 1990, págs 237-244.

[10] Pietro BARCELLONA, *Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social*, en VV.AA., *Ciudad y Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991, pág. 41.

[11] «Vivimos en el espacio pero morimos en el tiempo. Vivir en el espacio significa acomodar los límites del cuerpo, de los ojos, a la naturaleza que desborda y amplía el contorno de nuestra piel. Morir en el tiempo, significa que cada latido de nuestro corazón, numerado en una serie irreversible y precisa, va marcando un camino de una sola dirección, y en el que es absolutamente imposible detenerse», Emilio LLEDÓ, *El «lugar» de la memoria*, Prólogo a Antonio Fernández Alba, *Antipoemas de lugar y papeles del espacio*, Madrid, La Misma, 1984, pág. 10.

[12] Jacques PEZEU-MASSABUAU, *La vivienda como espacio social*, tr. Leonardo Rodríguez

En este punto, y asumida la creciente complejidad espacio-temporal que nuestra sociedad crea y precisa, no parece fácil reconducir, como hace Luhmann el espacio al tiempo. En cambio, más plausible parece fijar el tiempo en el espacio, pero no todo tiempo; sólo el pasado puede definirse por el lugar, pues tal y como dice Gaston Bachelard: «no solamente nuestros recuerdos, sino también nuestros olvidos están alojados» [13]. No es que los recuerdos sean inmóviles, sino que como sólo los recuerdos son inmóviles, localizar un recuerdo en el tiempo es anclarlo en un lugar, situarlo en un espacio. Esta afirmación, elucubración un tanto abstracta y yerma, cobra sentido gracias a los conocidos versos de Antonio Machado: «Mi infancia son recuerdos de un patio de Sevilla ...»; o a los de Pavese: «Los lugares de la infancia vuelven a la memoria de cada cual ...».

Con todo, no es esa la cara del tiempo que aquí más nos interesa, más bien y más que nunca se nos impone la visión agustiniana del tiempo: «lo que ahora es claro y manifiesto es que no existen los pretéritos ni los futuros, ni se puede decir con propiedad que son tres los tiempos: pretérito, presente y futuro; sino que tal vez sería más propio decir que los tiempos son tres: presente de las cosas pasadas, presente de las cosas presentes y presente de las futuras (...). Presente de cosas pasadas (la memoria), presente de cosas presentes (visión), y presente de cosas futuras (expectación)» [14]. En definitiva, el hombre sólo puede construir su espacio si lo armoniza con la duración, pues «sólo los impulsos temporales permiten pensarlo, limitarlo y estructurarlo. Fiestas (armonizando el tiempo) y lugares sagrados (hitos fijos de la extensión) son así, al comienzo de toda cultura, los indicadores permanentes del tiempo y del espacio: cuadro necesario a la totalidad de los comportamientos individuales y colectivos del grupo que, a su vez, sólo se percibe como tal, sólo se 'semantiza' dentro esa extensión que él informa y según esos ritmos que lo organizan» [15].

II. EL PODER DEL ESPACIO Y EL ESPACIO DEL PODER

1. No parece haber lugar para los espacios democráticos

Dos son fundamentalmente los ámbitos en los que el poder pone en práctica su saber acerca de las posibilidades que le ofrece el espacio.

Ozán, México, F.C.E., 1988, pág. 107. Dichas formas se corresponderían con la «comunidad» y la «asociación» de Ferdinand Tönnies tal y como se las describe en su clásica obra, *Comunidad y asociación*, tr. Lluís Flaquer y Salvador Giner, Barcelona, Península, 1979, 285 págs.

[13] Gaston BACHELARD, *La poética del espacio*, 8.ª ed., tr. Ernestina de Champourcin, México, F.C.E., 1990, pág. 29.

[14] SAN AGUSTÍN, *Las Confesiones*. Obras de San Agustín, Tomo II, libro XI, Capítulo XX, 2.ª ed., Madrid, B.A.C., 1951, pág. 579. Al respecto vid. Alain GRAS, *Grandeur et Dépendence. Sociologie des macro-systèmes techniques*, Paris, P.U.F., 1993, pág. 7.

[15] Jacques PEZEU-MASSABUAU, *La vivienda como espacio social*, pág. 178.

En primer lugar aprovechando las repercusiones que sobre la voluntad humana provoca una u otra forma de organización espacial y, en segundo término, diseñando y desplegando aquella actuación territorial capaz de imponer o modificar, según convenga, el orden existente en «su» espacio.

En realidad por ello no resulta irreverente o gratuito pero sí fecundamente sorprendente la opinión de Foucault según la cual en nuestra sociedad sería más fácil rastrear la huella de Bentham que la de Kant o Hegel [16]. Foucault alude a la sociedad disciplinaria instalada desde finales del XVIII y en la que el poder ha estado cada vez más capacitado y «legitimado» para inmiscuirse en la vida de los ciudadanos desde el ámbito social al penal y viceversa [17]. La acuciante necesidad para la burguesía de implantar un nuevo tipo de «orden interior» que hacia finales del XVIII no sólo había «tomado el poder político, sino que había confiado su fortuna en manos de la incipiente clase obrera llevó a la reforma y reorganización del sistema judicial y penal en los distintos países de Europa y el mundo» [18].

El nuevo tipo de intervencionismo que se irá consolidando en la vorágine económica del ochocientos convierte a la disciplina en prioridad y principio para el orden burgués, para lo cual procede *prima facie* a la distribución de los individuos organizados en torno a un espacio analítico o serial. El espacio se concibe como instrumento para recorrer, organizar y dominar lo múltiple, por ello se hace de la «ordenación en cuadro» una táctica para reducir la divergencia, regular el movimiento, ordenar el tiempo y, en definitiva, transmitir y asumir valores. Por pri-

---

[16] Michel FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, tr. Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 1980, pág. 98.

[17] Paul CLAVAL hace especial hincapié en la cuestión económica: «La monetarización creciente de la economía, junto con un mayor alcance de los bienes, da a los gobernantes los medios que les faltaban para dominar totalmente el espacio, con el Estado hegeliano parece haber llegado la hora de la intervención del gobierno y de la administración en todas las esferas de la vida social», Paul CLAVAL, *Espacio y poder*, tr. Hugo Martínez Moctezuma, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, pág. 159.

[18] Mientras en Inglaterra o Francia la burguesía había tomado en sus manos, por evolución o revolución, el poder político, económico y social; en España era casi inexistente, de hecho, «en la segunda mitad del siglo XVIII, carecía de una burguesía». Razón por la cual el «nuevo orden» se acomodó en España, a juicio de Aranguren, de «modo inconsciente y por ende 'irrealista', como siempre que la ideología precede a la estructura». Probablemente porque, como reconoce el mismo autor, «las ideologías son mucho más fáciles de trasplantar que la mentalidad». Las págs. 39, 40, 53 y ss. del libro de José Luis LÓPEZ ARANGUREN, *Moral y Sociedad*, contienen una reflexión más detallada al respecto. En cualquier caso, no parece indiferente «la tendencia constante de todas nuestras leyes, de todas nuestras disposiciones —observa Antonio M.ª Fabié— así en el orden puramente jurídico como administrativo, y en todos los órdenes, en fin, de la vida pública, a la individualización de la propiedad. Lo cual es perjudicial porque así se obtiene el resultado de que la propiedad va dividiéndose y subdividiéndose (...) Hay que tener presente la caracterización agrícola de nuestra economía decimonónica, y lo grave que podía ser —en el pensar de Fabié— una partición excesiva de la propiedad en esas circunstancias», José Ignacio LACASTA ZABALZA, *Hegel en España. Un estudio sobre la mentalidad social del hegelismo hispánico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, págs 303 y 304.

mera vez y, en virtud de la economía del poder, se considera de forma racional y científica el control y el uso de una multiplicidad de elementos heterónomos que se convierten, según Foucault, en la base para una microfísica celular del poder. Gracias a sus «obsesiones espaciales», Foucault descubre la trabazón existente entre poder y saber en la medida en que permiten «analizar el saber en términos de región, de dominio, de implantación, de desplazamiento, de transferencia, se puede comprender el proceso mediante el cual el saber funciona como un poder y reconduce a él todos los efectos». En definitiva, como dice Raymond Ledrut, «la organización social del espacio deja de ser un fenómeno colectivo 'natural' para convertirse en un intento reflexivo del hombre destinado a dominar las formas espaciales de la existencia colectiva» [19].

Los cambios a los que se ve sometido el mundo occidental a finales del setecientos y de los que resultan un nuevo modo de producción y modelo de sociedad van acompañados de una formulación del poder y del orden tendente al afianzamiento de la propiedad y la norma acordes con las características de la economía y el mundo que se están gestando. Según Keynes, «al final del siglo XVIII, el derecho divino de los reyes cedió su lugar a la libertad natural y al contrato (....) la finalidad de ensalzar al individuo (en la construcción del Estado por la burguesía) fue deponer al monarca y a la Iglesia: el efecto, a través de la nueva significación ética atribuida al contrato, fue afianzar la propiedad y la norma» [20]. Todo lo cual se explicaría, en opinión de Foucault, por el hecho de que «las técnicas de poder se han inventado para responder a las exigencias de la producción» [21].

En ese contexto se esboza una nueva técnica de vigilancia que supera la mera función 'negativa' de guardián de la conformidad y procura, además, provocar la adhesión. Para ello se parte de dos hipótesis. La primera de ellas consiste en que como «el hombre está influido por el lugar que ocupa y a la vez modifica», el espacio puede servir de inductor de comportamientos necesarios para un proyecto social. La segunda, giraría alrededor de la ley de polifuncionalidad potencial del espacio entendida como «la capacidad de éste de poder asumir una u otra función que le atribuya el hombre dentro de unos límites que vendrán marcados por las características físicas de cada lugar geográfico». Dicha potencialidad se actualiza en la asunción de una única función, descartándose pues la simultaneidad en el tiempo de dos funciones posibles [22].

---

[19] Raymond LEDRUT, *El espacio social de la ciudad. Problemas de sociología aplicada al ordenamiento urbano*, tr. Ana M.ª Payró de Bonfanti, Buenos Aires, Amorrortu, 1974, pág. 19.

[20] John M. KEYNES, *El fin del laissez faire*, en *Ensayos de persuasión*, tr. Jordi Pascual, Barcelona, Crítica, 1988, págs. 275-276.

[21] Michel FOUCAULT, *El ojo del poder*, 2.ª ed., tr. J. Varela y F. Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1989, pág. 23.

[22] Joan-Eugeni SÁNCHEZ, *Poder y apropiación del espacio*, en *Los espacios acotados*, Horacio Capel (coord), Barcelona, PPU, 1990, pág. 85.

Todo ello supone que el mensaje débil y discontinuo que hasta entonces llegaba del espacio sea sustituido a finales del XVIII por un discurso sobre la configuración arquitectónica, que deja de ser autónoma de la concepción general de la sociedad en que se halla inmersa. La distribución de los establecimientos sobre el territorio y la propia morfología de los edificios dejan de ser cuestiones rehuídas para convertirse en objeto de reflexión especializada. Surge una «arquitectura específica estrechamente ligada a los problemas de población, de salud, de urbanismo ...». Se trata en definitiva de servirse de la organización del espacio para fines económico-políticos[23].

De forma simultánea crece la necesidad de una mano de obra cualitativamente distinta a la del campesinado del Antiguo Régimen así como su disciplinado comportamiento y fácil disponibilidad en las cercanías del centro de producción fabril. Necesidad que determina el fomento de las condiciones precisas para garantizar su conservación y reproducción asegurando de este modo su óptima utilización en la nueva era laboral. Todo ello, traducido en mejores viviendas e higiene, ciudades más apropiadas e idóneas, se convierte en requisito imprescindible para que el desarrollo industrial y la acumulación de capital se consoliden de forma acelerada. Inmersos en la fascinación del espacio cerrado el objetivo es pues el de «conseguir un lugar más salubre y más aséptico, pero también más transparente donde el control de los ciudadanos sea más eficaz[24].

Tiempo y espacio son piezas fundamentales del rompecabezas que inciden sobre materia y forma como «el rayo de sol que atraviesa el cristal sin romperlo ni mancharlo». Para lograr la sumisión ciega y generalizada que se pretende se cambian las costumbres de los ciudadanos: se distribuye a la población en un espacio que haga posible su vigilancia, se planifica su actividad y sincroniza su tiempo para acabar con la holgazanería, ya que, «el hombre ha nacido para el trabajo» se crea un nuevo tiempo social de tipo serial a través del cual sustituir la «evolución dinástica de los acontecimientos solemnes» por «la dinámica de las evoluciones continuas»[25]. Interpretados en ese contexto se descifran en clave política alumbrados o asfaltados, redistribuciones o remodelaciones urbanísticas. Puesta la «fe» en el progreso de las sociedades y en la génesis de los individuos resultan ya inseparables los dos procesos de acumulación: el de los hombres en casas y ciudades y el del capital en fábricas y bancos.

2. Prácticas espaciales y opciones ideológicas

La tentativa de determinar y organizar los espacios, bien sea acotándolos, ocupándolos o distribuyéndolos, es una constante en la Histo-

---

[23] Michel FOUCAULT, *El ojo del poder*, págs. 11-12.

[24] Pedro FRAILE, *«Lograr obediencias maquinales». Un proyecto espacial* en *Los espacios acotados*, pág. 32.

[25] Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 20.ª ed., tr. A. Garzón del Camino, Madrid, Siglo XXI, 1992, pág. 165.

ria de quienes existen en la medida que ocupan un espacio. El hombre, ni siquiera el nómada, o mejor aún, mucho menos el nómada, no puede ser no-espacial de ahí que sea inevitable establecer conexiones causales entre apropiaciones espaciales por un lado y formas de vida y manifestaciones de poder por otro.

La consideración de la naturaleza irreductiblemente espacial del hombre supone la incorporación de la perspectiva geográfica al discurso ideológico de la dominación y el control social. Sin embargo; y pese a la preocupación generalizada por la disposición y configuración territorial de la comunidad primero y de la sociedad después, se observa una débil estructuración del razonamiento espacial hasta que se produce la presencia de la geografía en las enseñanzas militares, el desarrollo de la geopolítica y la preocupación por la arquitectura y el urbanismo, es decir, hasta la irrupción en definitiva del que Werner Sombart denomina *espíritu moderno*[26].

Pero, a su vez, la relativa autonomía del espacio como realidad produce contradicciones, que según Henri Lefebvre, se manifestarán a través de la compleja relación dialéctica existente entre lo percibido, lo concebido y lo vivido. Triplicidad que en términos espaciales estaría formada por las prácticas del espacio, la representación del espacio y los espacios de representación, es decir, el espacio producido, segregado y apropiado de forma lenta pero segura por la propia sociedad; el espacio concebido por planificadores y urbanistas para los proyectos de urbanización y, en último lugar, los espacios vividos a través de los símbolos e imágenes del imaginario colectivo. Estas tres componentes del espacio surgen de forma permanente en la espacialidad cotidiana de la sociedad, y especialmente en la de la sociedad urbana, reflejando relaciones de orden y desorden, conflicto y consenso[27].

Sin embargo, no es del todo correcto emplear el término urbanismo respecto al contexto histórico que nos ocupa, no tanto por tratarse de un neologismo[28] correspondiente a la presencia de una realidad diferente sino porque como disciplina autónoma nace después de una etapa de adaptación espontánea de la ciudad a la sociedad y viceversa a la que Françoise Choay ha denominado preurbanismo y que podría definirse

---

[26] Werner SOMBART, *La Industria*, tr. M. Sánchez Sarto, Barcelona, ed. Labor, 1931, pág. 93.

[27] Henri LEFEBVRE, *La production de l'espace*, 3.ª ed., Paris, ed. Anthropos, 1986, págs 42-50. También David Harvey y Antonio Gama acogen la distinción de Lefebvre, al respecto cfr. respectivamente, *The Condition of Posmodernity*, Oxford, Basil Blackwell, 1990 y «Urbanização difusa e Territorialidad Local», en *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 34, (1992), págs. 161-172.

[28] Tal y como señalan Thierry Paquot, Eduardo García de Enterría o Luciano Parejo Alfonso el origen del término «urbanización» es reciente pues se remonta a la obra del ingeniero Ildefonso CERDÁ Y SUNYER, *Teoría General de la Urbanización y Aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y Ensanche de Barcelona*, trabajo mandado publicar por Real orden de 20 de diciembre de 1863; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Luciano PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico I*, Madrid, Civitas, 1979, pág. 35; Thierry PAQUOT, *Homo urbanus. Essai sur l'urbanisation du monde et des moeurs*, París, Editions du Félin, 1990, pág. 86.

como la fase resultante del estallido que en la forma urbana provoca el incipiente orden industrial[29].

El urbanismo, desvinculado tanto de la Teoría Social como de la crítica a la sociedad industrial y capitalista difiere del preurbanismo cuando menos en dos puntos importantes. El urbanismo no es obra ya de historiadores, economistas, intelectuales o políticos como lo fue el preurbanismo, sino que es bajo sus dos formas teórica y práctica patrimonio de especialistas, generalmente arquitectos. Por otra parte, mientras que el preurbanismo estaba vinculado a una serie de ideas políticas y propuestas sociales, el urbanismo se plantea como una disciplina técnicamente formal y políticamente neutra. Sin embargo, ni de aquél ni de éste parece fácilmente eliminable ni su vocación imaginaria ni su vocación sociopolítica.

A pesar de dichas diferencias, en las dos etapas se repite el enfrentamiento entre dos formas de representar la ciudad, es decir, entre dos modelos de ordenar el conjunto de la población, pues las construcciones arquitectónicas y urbanas se corresponden a los campos más abstractos de la filosofía pero también a los más estratégicos de la ideología. Estamos hablando del progresismo y el culturalismo como pautas. Siguiendo de cerca las reflexiones de Choay, de cuya vigencia no dejan margen de duda autores como Raymond Ledrut o Marcel Roncayolo, el modelo progresista del preurbanismo que se define a partir de las obras de autores como Owen, Fourier, Richardson, Cabet o Proudhon, enfatiza en la necesaria adaptación del espacio a las funciones humanas clasificándolo y distribuyéndolo a tal fin hasta conformar los prototipos necesarios para vivir, trabajar y descansar. En ese sentido, se rechaza el legado artístico del pasado y, en una austera estética en la que «lógica y belleza» coinciden, se concibe de forma racional un espacio abierto tal y como requiere la higiene, símbolo del progreso[30].

A partir de la deducción de las características y necesidades del nuevo hombre surgido de la revolución industrial y dominado por la idea de progreso se diseña una específica disposición del espacio que da paso a modelos arquitectónicos acordes con los diversos planteamientos morales de la familia y que, en cualquier caso, ahondarán en la búsqueda de la vivienda estándar. En el contexto de una crítica generalizada a la familia de su tiempo, dos serían las visiones que, desde perspectivas confrontadas elaboraron soluciones arquitectónicas acordes con su moral familiar. Por un lado, la preocupación de Proudhon, para quien la primera cosa que ha de cuidarse es la vivienda, se centraría en el rechazo de las concentraciones humanas y en la fundamentación de un urbanismo hecho a la medida del hombre. Por contra, y a diferencia de la moral austera y un tanto remilgada defendida por Proudhon, Fou-

---

[29] Françoise CHOAY, *El urbanismo. Utopías y realidades*, 3.ª ed., tr. Luis del Castillo, Barcelona ed. Lumen, 1983, pág. 13.

[30] Raymond LEDRUT, *El espacio social de la ciudad. Problemas de sociología aplicada al ordenamiento urbano* y Marcel RONCAYOLO, *La ciudad*, tr. Beatriz E. Anastasi de Lonne, Barcelona, Paidós, 1988, 142 págs.

rier preconiza una mayor relajación en el terreno de las funciones y las relaciones sexuales, en la que el rechazo de valores como la virilidad y su malthusiana desconfianza ante el crecimiento de la población, parecen acordes con su solución colectiva a la cuestión de la vivienda, ya que, los servicios ofrecidos por los falansterios procuran una pronta liberación para la mujer de las tareas domésticas que les permite su reincorporación a los trabajos de la comunidad y dejar de ser «los proletarios de los proletarios».

Sin embargo, y a pesar de las divergencias existentes entre las propuestas espaciales de dichos autores, su entramado determina una concepción rígida y un tanto inflexible, que enmascara en alguna ocasión la coacción y represión conveniente al progreso y a un pensamiento optimista orientado hacia el futuro y cuyo objetivo común sería el «rendimiento máximo».

Las propuestas del modelo culturalista del preurbanismo son muy diferentes a las anteriores. Para autores como John Ruskin o William Morris, la crítica a la civilización industrial se apoya en una visión a veces nostálgica de civilizaciones pasadas[31]. Su absoluta confianza en las lecciones culturales que el pasado puede brindar al presente son especialmente visibles en las cuestiones urbanas donde se traduce a nivel espacial la preeminencia de las necesidades espirituales sobre las materiales.

El elemento básico de su construcción espacial, y por tanto urbana, no es, a diferencia del modelo progresista el hombre como entidad abstracta, universal y por tanto intercambiable, sino que lo es el grupo considerado en su propia originalidad. Ello impide la determinación de prototipos que de modo estándar establezcan las condiciones óptimas de vida para cualesquiera grupos sin haber considerado de antemano sus particularidades históricas. En este sentido sólo cabe una adaptación orgánica de la forma espacial a la forma social de vida, por lo que, las imposiciones geométricas o regulares que eliminan las señas distintivas de identidad y cuyo único mérito consistiría en su fácil y frecuente repetición no tienen ningún sentido. El reclamo de las pautas urbanas sirve no sólo como paliativo a la fealdad de la ciudad industrial, sino que, la exigencia de su moderado tamaño y de su configuración irregular han de interpolarse como un medio para salvaguardar las amenazadas propiedades humanas y la diversidad de sus formas y estructuras espaciales.

De lo dicho hasta ahora podría fácilmente derivarse la impresión de que toda crítica esbozada frente a la incipiente ciudad industrial es susceptible de amarrarse a uno de los dos modelos que con cierta vanidad pedagógica han sido considerados, pero como irrumpe en escena la crítica sin patrón de Engels y Marx, pronto desaparece esa impresión.

---

[31] Para conocer el alcance de la aportación de William Morris no sólo al referido modelo culturalista sino también al socialismo inglés puede consultarse la espléndida obra de Edward PALMER THOMPSON, *William Morris. De romántico a revolucionario*, tr. Manuel Lloris Valdés, Valencia, Edicions Alfons El Magnànim, 1988, 762 págs.

En ésta, como en otras muchas ocasiones, el orden de los factores incide sustancialmente en el producto. Es sabido que cuando se hace alguna referencia al pensamiento marxista se alude de forma conjunta e inseparable a la aportación de Engels, sin embargo, en lo que al tema de urbanismo, o de preurbanismo siguiendo la terminología de Choay concierne, la «aportación» de Engels ha merecido una consideración independiente, ya que, también la problemática de la vivienda suscitó en él un tratamiento autónomo.

Como dice Lefebvre: «nunca las cuestiones relativas a la ciudad moderna tuvieron en el pensamiento de Marx la amplitud que adquieren en la primera obra de Engels», *La situación de la clase obrera en Inglaterra,* «donde la importancia que atribuye a los fenómenos urbanos no puede dejar de sorprender» [32]. Es más que probable que «el interés lleno de simpatía por la vida» que Edmund Wilson observa en Engels tenga mucho que ver con esa especial preocupación por las condiciones cotidianas en que se desenvolvía la vida de sus contemporáneos. Como dice Wilson, «el pensamiento de Marx (...) tiende a concebir los procesos sociales en función de desarrollos lógicos abstractos, o a proyectar personificaciones mitológicas. Casi nunca toma en consideración al ser humano corriente. La idea de Engels acerca del mundo es muy diferente: penetra con naturalidad y cierta sencillez de corazón en la vida de los demás» [33].

En *La situación de la clase obrera en Inglaterra,* Engels profundiza mediante una investigación sociológica y un análisis crítico bien documentado en el aspecto dual de la ciudad, almacén sordo de viviendas dispuestas en «barrios malos» en que se amontonan las clases trabajadoras y lujosas mansiones con jardines cuyos propietarios «se las han ingeniado para ir y venir entre el centro comercial y sus casas sin tener que enterarse de la situación de los barrios obreros: las calles que atravesaban estos barrios y por las que ellos transitaban estaban sólidamente bordeadas de establecimientos comerciales que ocultaban la miseria y suciedad que se escondían detrás» [34].

La crítica de Engels y Marx a la ciudad industrial es una crítica metonímica: se critica el todo a través de la parte. A diferencia de las variantes utopistas no se propone ahora un modelo para la ciudad socialista, bien al contrario, el futuro está abierto y su diseño sólo depende de la acción revolucionaria, acción en cuyo desarrollo histórico no tienen cabida planes que, concebidos y fijados de antemano, circunscriben el límite de lo posible amputando el paso a la dialéctica. Esa actitud pragmática e indeterminada que ambos mantienen frente al futuro de la ciudad sólo se desdice en su célebre binomio dialéctico campo-ciudad,

---

[32] Henri LEFEBVRE, *La pensée marxiste et la ville,* Bruxelles, Casterman, 1972, págs. 12 y 13.

[33] Edmund WILSON, *Hacia la estación de Finlandia. Ensayo sobre la forma de escribir y hacer historia,* tr. R. Tomero, M. F. Zalán, y J. P. Gortázar, Madrid, Alianza Editorial, 1972, pág. 164.

[34] Edmund WILSONA. *Ibídem,* págs. 166 y 167.

imagen que sintetiza un enfrentamiento histórico y que para el porvenir resuelve con su supresión. Uno de los textos en que con mayor claridad y rotundidad aparece la antítesis campo-ciudad es *La Ideología Alemana,* en la que puede leerse: «La más importante división del trabajo físico y espiritual es la separación de la ciudad y el campo. La contradicción entre el campo y la ciudad comienza con el tránsito de la barbarie a la civilización, del régimen tribal al Estado, de la localidad a la nación, y se mantiene a lo largo de toda la historia de la civilización hasta llegar a nuestros días. Con la ciudad aparece, al mismo tiempo, la necesidad de la administración, la policía, de los impuestos, etc., en una palabra, 'del régimen colectivo' y, por tanto, de la política en general. Se manifiesta aquí por vez primera la separación de la población en dos grandes clases basada en la división del trabajo y en los instrumentos de producción»[35].

En otro orden de cosas y de tiempos, el hecho de que sea evidente la sucesión temporal entre preurbanismo y urbanismo y de que, siguiendo la tipología de Choay, pueda hablarse de modelos progresistas tanto para el uno como para el otro, no significa que entre ambos exista una continuidad ideológica. El urbanismo supone en sí mismo un réquiem a la urbanificación. Aunque la ciudad preexiste a la industrialización, tanto ésta como el caótico crecimiento urbano transformaron el paisaje urbano tan radicalmente que suscitaron las respuestas racionales de una sociedad burguesa que, tras fijar los objetivos, elegir los medios y sopesar las consecuencias, inició una nueva forma de acción social, el ordenamiento y la planificación urbanas e inauguró el urbanismo como técnica y como ideología[36]. La planificación de las ciudades como propósito consciente de abarcar y coordinar todos los aspectos de un conjunto urbano es característica de la sociedad burguesa ya que, aun cuando en periodos anteriores el poder político ya había incidido en la forma espacial y el simbolismo visual, su pretensión no había alcanzado la contumaz aspiración burguesa de comprender y agotar todos los efectos[37].

La idea misma de modernidad es la clave que explica las propuestas y pautas del urbanismo progresista. Bajo la nueva aureola modernista late una concepción de la era industrial que implica una drástica ruptura histórica con el pasado. Sus preocupaciones son originales, ya no les perturban como a los preurbanistas las estructuras económicas o las sociales, más bien les inquieta el alcance más práctico de la técnica y la estética. La primera expresión del modelo progresista de urbanismo es el proyecto de Tony Garnier *Une cité industrielle,* poderoso ascen-

---

[35] MARX Y ENGELS, *La Ideología Alemana,* 5.ª ed., tr. W. Roces, Barcelona, Grijalbo, 1974, págs. 55-56.

[36] Manuel CASTELLS, *La cuestión urbana,* 12.ª ed., tr. Irene C. Oliván, México, Siglo XXI, 1988, pág. 93 y LEFEBVRE, *El derecho a la ciudad,* 4.ª ed., tr. J. González Pueyo, Barcelona, Península, 1978, pág. 165.

[37] Paul M. HOHENBERG y Lynn HOLLEN LEES, *La formation de l'Europe urbaine 1000-1950,* tr. Anne-Marie Bezançon, Paris, P.U.F., 1993, pág. 209.

dente sobre la primera generación o generación europea de arquitectos «racionalistas» (Gropius, Le Corbusier, Mies van der Roe...), movimiento que bajo el influjo cubista abogó, después de la Primera Guerra Mundial, por las formas puras y el máximo aprovechamiento de los avances técnicos en detrimento de un concepto de arquitectura basado en la decoración por la decoración.

En ese contexto, Le Corbusier personifica el cambio del *boulevard* a la autopista. Su ruptura con el pasado, que se hace patente en su descubrimiento de una nueva relación entre el espacio estructural y el material, resulta agresiva en su proyección espacial en la que no hay cabida ni para la calle en el sentido más tradicional ni para la cultura de la calle, pues el nuevo protagonismo asignado al automóvil generará un tipo de planificación acorde con las necesidades del tráfico. Sus propuestas urbanísticas resultan más inseparables que nunca de un determinado sistema de valores y su proyección del espacio se configura en orden a crear un clima mental. De hecho, frente al sentimiento popular según el cual las calles pertenecen al pueblo, arguye Le Corbusier: *si no hay calles no hay pueblo,* y en esa tesitura llega a plantear la disyuntiva «Arquitectura o Revolución. La Revolución puede ser evitada». Respecto a lo cual, y pese a lo drástico de ese planteamiento, autores como Marshall Berman dudan de que el autor llegase a percibir plenamente sus implicaciones políticas. Lo cierto es que, tras esa exaltación de técnica y vanguardia al servicio de la planificación más eficaz, no reina un auténtico clima urbano: los nuevos espacios son lugares de coacción, donde lo contradictorio es subsanado a fuerza de orden y jerarquía. La ordenación mecánica y reductiva se cubre con una cierta fachada paternalista «el mundo necesita armonía y debe dejarse guiar por los armonizadores (...) de este modo el rebaño se encuentra guiado» [38].

La versión culturalista del urbanismo supone una «vuelta a las andadas». Su modelación del espacio urbano es el contrapunto del espacio progresista, se sustituye el análisis tipológico del individuo bien por el relacional como hace Camillo Sitte o bien por propuestas sociológicas a la manera de Ebenezer Howard. En cualquier caso persiste un nostálgico afán por imitar la ciudad europea preindustrial como centro ideal para la difusión de la cultura y el espíritu auténticamente urbano.

Sitte encarna la más entusiasta vocación a la hora de recrear un pasado ya muerto en favor de una estética medieval y renacentista. Doblegados por las circunstancias o no, los análisis de Sitte constituyen planteamientos estrictamente arquitectónicos, visiones despolitizadas representativas de esta fase rigurosamente urbanística. Sin embargo, el otro gran urbanista culturalista Ebenezer Howard (considerado así aun a pesar de ciertos ascendentes progresistas) incluye en su obra, como militante del movimiento socialista inglés, reflexiones de carácter político y social. Aunque según el propio Howard su plan para la *ciudad-jardín*

[38] Charles EDUARD JEANNERET (Le Corbusier), *Manière de penser l'urbanisme,* 2.ª ed., París, Gonthier, 1963, pág. 92.

no era ni socialista ni comunista, para los victorianos educados en la filosofía del *laissez faire* la ideología del autor que defendía la propiedad y el control gubernativo suponía la revolución. Tal vez el «inquietante» título con que apareció su proyecto en 1898 sirva para comprender la inicial reacción de sus contemporáneos *El mañana: un camino pacífico para la reforma real,* sustituido para la versión definitiva en 1902 por el de *Ciudades-jardín del mañana.*

Howard ideó una imagen ahora clásica, según la cual se propone la integración, la simbiosis de las dos eternas rivales la ciudad y el campo que como dos imanes han atraído a la población durante siglos. Ambos polos, que habrían constituido hasta ahora el *ser espacial,* «no podrán detener la marcha del progreso» y la realización del *deber ser,* según Howard, la construcción ciudad-campo en un terreno de propiedad municipal que elevará el bienestar de los trabajadores mediante una combinación natural y económica de la vida en ambos imanes.

En definitiva, esas dos tendencias alternativas: progresismo y culturalismo, convertidas en constantes por su oposición en el plano teórico, ya que, en principio, o se opta por el racionalismo, el geometrismo y el industrialismo de Le Corbusier; o por el naturalismo, la exhortación a la comunidad y a la vecindad de Howard, se entremezclan a veces en la praxis produciéndose la mixtificación del modelo aunque sea más en el terreno de la conciencia que en de las escuelas. Sea como fuere, en la medida en que las proyecciones arquitectónicas y espaciales de cualquiera de ellas inducen e inciden en la interiorización de costumbres y cambios sociales, imponen el discurso de la ciudad sobre la ciudad misma al plantear una sociedad ideal a través de la representación ideal de la ciudad. Sabido por quienes sustentan el poder que la forma de ver y trazar el espacio, esto es, de urbanizar es la forma de planificar las conductas y funciones de la sociedad, «pocas veces el urbanismo se sustrae a la tentación y a la necesidad del autoritarismo»[39].

3. El hecho urbano: un fenómeno espacio-temporal

En términos generales y un tanto académicos podríamos afirmar, sin alejarnos demasiado de Tönnies, que existen dos grandes tipos de socialización tanto del tiempo como del espacio. Las sociedades «tradicionales», comunidades según su terminología, cuyos criterios son fundamentalmente intuitivos y aproximativos y en las que se manifestaría la denominada por Durkheim «solidaridad mecánica»; y las sociedades «industriales» o asociaciones, en las que la conciencia colectiva desarrolla un tipo «orgánico» de solidaridad y en las cuales el tiempo, tiranizado por el reloj, obedece a cuantificaciones técnicamente precisas[40].

---

[39] Marcel RONCAYOLO, *La ciudad,* tr. B. Anastasi de Lonne, Barcelona, Paidós, 1988, pág. 126.

[40] Nos referimos a la obra ya clásica de Ferdinand TÖNNIES *Comunidad y Asociación. El comunismo y el socialismo como formas de vida social,* tr. José Fco. Ivars, Barcelona, Península, 1979, 235 págs. Al respecto cfr. RONCAYOLO, *La ciudad,* pág. 56.

A esta primera aproximación al hecho societario habría que añadir según propone Edward T. Hall una nueva disquisición en virtud de la cual se distinguiría entre civilizaciones *monocrónicas* y *policrónicas*. El denominador común de las primeras civilizaciones sería su organizada y precisa distribución del tiempo así como su rechazo de actividades simultáneas. Ese es, en su opinión, el caso de los europeos y americanos del norte. Por el contrario, los pueblos policrónicos serían aquéllos que emprenden y desarollan varias acciones a la vez acomodándolas al tiempo «mal que bien» sin la previa fijación de un plazo para su terminación. El autor sitúa en este grupo a los pueblos de la cultura latina, eslava o del Extremo Oriente.

No obstante, resulta un tanto fútil la consideración autónoma de una y otra clasificación, pues más bien parece que el proceso generalizado de industrialización se ha manifestado ante todo como un fenómeno de transformación espacial y urbanística por el que se ha roto el antiguo espacio vital y generado una dependencia maquínica del tiempo abstracto que ha salpicado en mayor o menor medida a cualquier forma de vida en común[41].

En esa transformación de la ciudad orientada a «poner a trabajar al ritmo de la fábrica a una población que vive al ritmo de la calle» el Estado procede como un jardinero pues, en la disposición de las formas de vida no cesa de cortar, arrancar, reproducir, despoblar, vallar, trasplantar y escoger el abono para el ornamental»[42]. De hecho, no parece que ese proceso de reorientación y vigilancia espacial sea contemporáneo por azar del carácter privado que, de forma simultánea, va adquiriendo la familia.

La actual familia comienza a constituirse cuando la sociedad abandona la calle que, de territorio habitado se reduce a territorio atravesado hacia la vivienda, en cuyo interior el espacio, residuo ahora del ámbito privado, es minuciosamente especializado por funciones (un lugar para estar, un lugar para recibir, un lugar para dormir...). Se huye de la confusión y promiscuidad y se cimenta la leyenda de «vida en familia». La casa y la familia replegada en ella sobre sí misma sustituyen a la calle como lugar común de sociabilidad y, por tanto, también de propagación política, tumultos y desórdenes.

A través del sistema panóptico y pangráfico del que habla Foucault, se pretende que no quede «espacio sin función», «tiempo sin control» ni «movimiento sin fin». Alojamiento, trabajo, reposo ... todos vigilados por el Estado de cara a la producción. Como consecuencia, después sólo subsiste el único modelo de hábitat difundido: el burgués, del que, a menudo, el apartamento obrero es una réplica esperpéntica. Como dice Meyer, «la ingeniería social multiplica sus formas»[43]. En la

---

[41] Jacques PEZEU-MASSABUAU, *La vivienda como espacio social*, págs. 109 y 136.

[42] Philippe MEYER, *El niño y la razón de Estado*, tr. Joaquín González Dols, Madrid, ed. Zero, 1981, págs 7 y 15.

[43] Philippe MEYER, *El niño y la razón de Estado*, págs. 17 y 53.

epopeya industrial, la familia estereotipada; la educación normalizada y disciplinada y la irreparable monotonía del tiempo para la producción, la reproducción y la distensión; resultan objetivos de la actividad higiénica del Estado más fácilmente reglamentables.

Arquitectura y urbanismo siguen siendo la obra del príncipe. Los innumerables y meticulosos reglamentos que, cada vez de forma más directa, dispone la autoridad sólo reemplazan a las anteriores y más disimuladas leyes sunturarias, pues el resultado: «la uniformidad de las condiciones de hábitat en el seno de las grandes categorías de inmuebles, edificadas y acondicionadas con miras a responder a cierto nivel de ingresos», no difiere en esencia de aquéllas[44]. Desde que Colbert primero y La Reynie y Haussmann después conciben la ciudad como un tablero administrable y comienza la que Meyer denomina «ciudad policial», no hay cabida en las ciudades francesas para quienes no pueden ser ubicados en un domicilio fijo, o, lo que es casi igual, comienza la segregación de los que carecen de un empleo estable.

En ese sentido, tanto el Decreto de 5 de julio de 1808 sobre la «Erradicación de la mendicidad»; como el Código Penal Francés de 1810 en el que se consideran la mendicidad y el vagabundeo como «Crímenes cometidos contra la paz pública»; o el Decreto de 25 de febrero de 1977 de la Prefectura de Paris sobre la reglamentación de los paseos pertenecientes a la Villa de Paris, en virtud del cual: «la circulación por los paseos está *formalmente prohibida* (...) a los mendigos, a los cantantes, a los fotógrafos y a los que pegan carteles»; son herramientas jurídicas frente al desorden urbano que supone la existencia de espacios aleatorios en los que no existe un domicilio como referencia fija de cada ciudadano[45]. Es difícil que la cuestión se plantee de otro modo si se tiene en cuenta que «el orden y el funcionamiento urbanos exigen una composición homogénea» imprescindible para desplegar la eficacia del ordenamiento urbano en tanto que «control continuo de toda la colectividad urbana»[46].

4. La casa: escenario privado-escenario público de valores colectivos

La creciente complejidad de la vida moderna primero y posmoderna después, así como de la etapa industrial, en algunos casos posindustrial ya, ha desbaratado el sencillo esquema binario de las sociedades tradicionales según el cual la concepción del espacio obedecía a planteamientos bipolares: dentro-fuera, alto-bajo, centro-alrededor ... De la novedosa concepción del vivir como integración de dos actividades diferentes en un mismo ritmo cotidiano: «alojar y producir», trae causa la

---

[44] Jacques PEZEU-MASSABUAU, *La vivienda como espacio social*, pág. 197.

[45] Philippe MEYER, *El niño y la razón de Estado*, págs. 31 y 155.

[46] Raymond LEDRUT, *El espacio social de la ciudad*, págs. 266 y 268.

consideración de tres subespacios diferenciados donde han de vivir los habitantes de la casa. Quienes en la actualidad habitan en una casa también «viven» en el lugar de trabajo (aunque no sea estable o permanente, la referencia al «puesto de trabajo» supone la apropiación de un determinado espacio de trabajo) y, entre el tiempo de una y otro, también ocupan, viven y «se apropian» de la ciudad[47].

De los tres, trabajo y urbe tienen una evidente e importante función estructuradora: en cualquier civilización la ciudad es «la clave de bóveda de un sistema orientado hacia la integración de la colectividad», y el trabajo, la imposición jurídica de limitaciones espaciales, temporales y de acción. Por contra, el espacio de la casa es el único rincón del mundo que ofrece a quien lo habita un refugio, un «anclaje global de la existencia». En la medida en que una casa reúne, concentra y muestra los valores fundamentales del grupo al que pertenece, ya sean valores de índole religioso, intelectual, estético o tecnológico, cada vivienda sintetiza las normas societarias del espacio colectivo como si se tratase de un micro-orden inmutable. El individuo interpreta y aplica las nociones que sobre tiempo y espacio la sociedad le ha enseñado, fundamentalmente a base de asignarle a él como a los demás un lugar en el espacio y un ritmo en el tiempo «encerrándolo en una red familiar de símbolos, de ritos y de gestos gracias a los cuales él recrea sin descanso esas coordenadas». Es más, «todo aquello con lo cual una civilización colorea e ilumina los actos y la mentalidad de sus miembros: símbolos, lengua, arte, mitos, tradiciones, movimiento cotidiano, y que se inscribe en el espacio por ella definido, se encuentra en cada vivienda» bajo la forma de aquéllos valores salvaguardado por el tiempo y el espacio pues ambos son «los guardianes más severos: ligaduras con la colectividad desde nuestro nacimiento hasta nuestra muerte, y también los más dulces: caparazón tranquilizador donde el cuerpo y el espíritu «descansan» seguros»[48].

Sin embargo, esa idílica visión de la casa, con ser cierta, sólo es parcial. Desde el punto de vista interior, la vivienda es a un tiempo: el espacio material necesario para la satisfacción de las funciones y necesidades elementales de la existencia; un espacio jurídico al que la ley preserva de cualquier intromisión privada (la protección no es análoga cuando la intrusión es pública) y, un espacio de control, pues la casa también es el lugar en el que la sociabilidad intrafamiliar despliega sus más implacables técnicas de control. Estén yuxtapuestas o no esas facetas «sólo pueden actuar en relación con las costumbres de la sociedad en su conjunto, y de tal modo cada una de ellas plantea, a su manera, el problema esencial de la inserción de toda vida privada en la existencia colectiva»[49].

---

[47] Jacques PEZEU-MASSABUAU, *La vivienda como espacio social*, pág. 84.

[48] Jacques PEZEU-MASSABUAU, *Ibídem*, págs. 178 y 179.

[49] Jacques PEZEU-MASSABUAU, *Ibídem*, pág. 54. De esta manera se va difundiendo una noción diferente de ciudad como «población en la que la vida total tiene tendencia a

«El declive del hombre público frente al desarrollo del hombre privado en la ciudad contemporánea, origina una *ideología antiurbana.* Los nuevos hábitos y costumbres frente a los viejos objetos, condicionan una serie de actitudes que a nivel colectivo proporcionan unas conductas hostiles, cuando no indiferentes, hacia los espacios históricos de la ciudad. Los colectivos antiurbanos de los nuevos asentamientos no precisan de la ciudad clásica, y estos comportamientos terminan por condicionar una degradación y obsolescencia en el uso de la ciudad» [50]. Dicha comprensión de la existencia por tiempos y espacios, que localiza la vida pública del individuo en la calle y en la actividad laboral y circunscribe la esfera privada al domicilio familiar no supone en sí misma una completa «liberación» puesto que, las repercusiones de la Revolución Industrial sobre la trama urbana lejos de limitarse a poner fin a las antiguas solidaridades urbanas como consecuencia de un crecimiento anárquico de las construcciones en ciudad, favorecen nuevos tipos de interacción social basados en valores que se perpetúan a través de las formas arquitectónicas y la decoración de la vivienda. Es decir, se aprecia desde entonces una creciente similitud en las formas de habitar así como una progresiva normalización del lugar de existencia, sometiendo el desarrollo de la vida íntima «al molde de una concha abstracta cuya dimensión y, sobre todo, su acondicionamiento, expresan cada vez más sólo el nivel de vida de sus ocupantes y cada vez menos las particularidades espacio-temporales de la civilización que la ha concebido y edificado» [51]. Lo cual no repercute tanto en la estimulación y propagación de la jerarquía vertical de valores imperante en la sociedad industrial primero y, de consumo después, cuanto en la verificación de la estandarización de las relaciones y formas familiares, en la medida en que «uniformes y reproducidos en una infinidad de ejemplares, la casa y después el departamento son los agentes de uniformidad social por el hecho de que constituyen paisajes rurales y urbanos homogéneos, creando, en todos los puntos del área colectiva, aldeas y barrios de aspecto semejante, espacios públicos uniformes, generadores de actividades y de costumbres comunes, así como de una misma utilización del espacio público» [52]. La vivienda se manifiesta cada vez menos como «espacio comprimido de civilización» en que forma y función se complementan, y cada vez más como espacio comprimido de exposición y exaltación del status social.

---

polarizarse, es decir, a manifestarse en el estado de agregados sociales de carácter público o de carácter privado (...) El opresivo ambiente de tantas ciudades residenciales o ciudades-jardín se debe a su artificial y antiurbana estructura básica; es decir, que las alternativas entre las esferas pública y privada no se pueden llevara aquí a cabo, puesto que esos lugares consisten en realidad en un apelotonamiento de espacios privados», *Tesis sobre la ciudad del futuro,* tr, Joaquín de Aguilera Gamoneda, Madrid, Alianza Editorial, 1977, pág. 114.

[50] Antonio FERNÁNDEZ ALBA, Prólogo a la obra de Carlo Aymonimo, *El significado de las ciudades,* tr. Francisco Pol Méndez, Madrid, Hermann Blume, 1981, pp. 7-15.

[51] Jacques PEZEU-MASSABUAU, *Ibídem,* pág. 121.

[52] Jacques PEZEU-MASSABUAU, *Ibídem,* pág. 201.

Por todo ello y, aun respetando el acento que Hannah Arendt pone en su referencia al caso francés, sus palabras me parecen extensibles, e incluso si fuera posible el término: extendenda, al resto de las culturas con un grado semejante de desarrollo: «El moderno encanto por las 'pequeñas cosas', si bien lo predicó la poesía en casi todos los idiomas europeos al principio del siglo XX, ha encontrado su presentación clásica en el *petit bonheur* de los franceses. Desde la decadencia de su, en otro tiempo grande y gloriosa esfera pública, los franceses se han hecho los maestros en el arte de ser felices entre 'cosas pequeñas', dentro de sus cuatro paredes, entre arca y cama, mesa y silla, perro, gato y macetas de flores, extendiendo a estas cosas un cuidado y ternura que, en un mundo donde la rápida industrialización elimina constantemente las cosas de ayer para producir los objetos de hoy, puede incluso parecer el último y puramente humano rincón del mundo»[53]. Quizás este sea el mejor momento para hacer un ejercicio de catarsis recordando a Mitscherlich, para quien el individuo que necesita una casa «propia» como soporte de identidad es, «un individuo sin palabra» pues «no está en condiciones de expresar con palabras sus propias necesidades»[54].

III. EL PAISAJE DE LA CIUDAD O LA ÚLTIMA REBELIÓN DEL DECORADO

1. El Estado Social no es el final del trayecto

Parece que de un tiempo a esta parte produce cierto repelús hablar del Estado de Bienestar. A partir de los años setenta, pero sobre todo de los ochenta, se observan ciertos cambios en la dirección de la política económica de Occidente que conforman la base de la reacción o, como dicen algunos, «revolución» conservadora que ha acorralado al Estado de Bienestar. Bajo la nueva consigna de exaltación de la diferencia se conmina al individuo a elegir entre disyuntivas maniqueas: competencia o solidaridad; méritocracia o igualdad; eficacia empresarial o arbitrariedad y despilfarro en la distribución de los recursos; es decir, o lo privado o lo público.

En cualquier caso, como dice Paolo Flores «las alternativas presentadas de esta guisa, sugieren sin más, un conflicto entre los valores

---

[53] Según HANNAH ARENDT: «La sociedad de masas no sólo destruye la esfera pública sino también la privada, quita al hombre no sólo su lugar en el mundo sino también su hogar privado (...). El pleno desarrollo de la vida hogareña en un espacio interior y privado lo debemos al extraordinario sentido político de los romanos, que, a diferencia de los griegos, nunca sacrificaron lo privado a lo público, sino que por el contrario comprendieron que estas dos esferas sólo podían existir mediante la coexistencia», *La condición humana*, tr. Ramón Gil Novales, Barcelona, Paidós, 1993, págs 61 y 68.

[54] Al respecto cfr. Pietro BARCELLONA, «Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social», en VV.AA. *Ciudad y Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991, págs. 29-47. Pietro Barcellona se refiere a Alexander Mitscherlich autor entre otras de dos obras fundamentales de reflexión y crítica urbana: *La inhospitalidad de nuestras ciudades* y *Tesis sobre la ciudad del futuro*, ambas citadas en este artículo.

buenos y los malos, situando los buenos en una zona brillante, caracterizada por el mercado, la competición y demás. La ofensiva ideología liberal encuentra su razón de ser en conectar los primeros términos de las dicotomías citadas como un todo homogéneo»[55]. Bajo el influjo de la nueva consigna en que se rinde pleitesía a la diferencia, ya no se sabe si el Estado Social es parte de la solución o del problema, y todo ello sin que quede demasiado claro en dónde reside el error de quienes creemos que, desde Kant, la igualdad ya no debe ser razonada o «disculpada» sino más bien al contrario.

Con la ciudad por definición inacabada, que no espontánea, el nuevo discurso proyecta sobre ella ensayos de nuevos controles sobre el tiempo y el espacio desde el convencimiento de que sólo el *laissez faire* es *savoir faire*. De hecho, «la intención de re-ordenar espacios y poblaciones que se los quiere limpios y homogéneos, pero bien delimitados, auto-controlados, sin la presencia, en principio, del Estado, es presentada como una búsqueda de identidad en el lugar de habitación»[56]. Mientras que, en realidad no es infrecuente que la política urbana con ciertos tintes de narcisismo termine con aires de jardinería oscilante entre la publicidad y el bricolaje de las casas unifamiliares que invaden el paisaje de la periferia.

Es así como la ciudad se queda sin espacios colectivos y el ciudadano, consumidor urbanita, sin ciudad. Escenario paradójico y sintomático del declive de la democracia y de la degradación del derecho: la primera por la pérdida de la ciudad, «lugar por excelencia del conflicto político para el gobierno del espacio y la organización de las 'funciones administrativas' y de los roles sociales»; y, el segundo por dejar de ser «la instancia representativa de un status que define la pertenencia a una colectividad, y convertirse (...) en una mera forma de acoplamiento entre el sistema distributivo del 'bienestar económico' y el individuo aislado en sus necesidades y en sus deseos»[57].

Por otra parte, también aquella alternativa entre las dos tendencias ideológicas y políticas parece guiar la intervención estatal en el campo de la vivienda, que seguirá o bien los criterios intervencionistas de corte keynesianos, o bien los criterios «thacherianos» que se fundamentan en las concepciones económicas de la escuela neoclásica en sus distintas versiones: el libre mercado pasa a «monopolizar» el sector inmobiliario en detrimento del Estado que se retira a la retaguardia como observador del dinámico escenario contractual en que se convierte la ciudad.

En España el *boom* inmobiliario que se detecta desde mediados de los 80 supone el inicio del cambio de uno a otro criterio, ya que, coin-

---

[55] Paolo FLORES D'ARCAIS, «El eclipse del ciudadano», en *Crisis económica y Estado del Bienestar*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1989, págs. 209-225.

[56] Emma SCOVAZZI, «La ciudad: intentos de nuevos controles sobre el tiempo y el espacio», en *Política y Sociedad*, n.º 10, (1992), págs. 9-13.

[57] Pietro BARCELLONA, *Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social*, págs. 42 y 43.

cidiendo con una drástica disminución de las Viviendas de Protección Oficial y la producción de enormes plusvalías, sobre todo, en las grandes ciudades, se prioriza el papel desempeñado por el mercado de la vivienda. La concentración del sector privado en el segmento de la demanda capaz de proporcionar ingresos medios o altos sin intervención pública alguna de tipo correctivo ha producido un desbordamiento de las necesidades de la vivienda en las capas menos solventes de la población[58]. Este es el contexto propiciatorio para la aparición de contradicciones como la de Sevilla, ciudad en la que el negocio inmobiliario emprendió la construcción de más de 8.500 viviendas en 1992 a pesar de que a finales del 91 eran 29.963 las casas vacías.

2. Apologías de los espacios neoliberales

La resaca de las grandes esperanzas colectivas políticas del XIX, el liberalismo, el socialismo, el comunismo ... deja sitio a pequeñas esperanzas que abandonan el marco grandilocuente de los Estados Nacionales y, con mayor modestia se centran, por ejemplo, en el futuro de las ciudades, en cuyo favor se articula un discurso patriótico-local con notables efectos espaciales y se despliega toda una «tecnología del consenso» hasta hacer de las metrópolis los símbolos por excelencia de un arquitectura volcada hacia el progreso[59].

Sin embargo, la arquitectura del progreso no domesticada no construye espacios para la felicidad, como correspondería a los principios utilitaristas más clásicos, sino que más bien convierte en aporía el derecho a la ciudad, al tejido urbano como marco integral de la existencia del individuo proclamado por Lefebvre, acumulando en su lugar fragmentos discontinuos y estructuras polisémicas en donde colonizan la exclusión y la segregación. Y es que, como dice Antonio Fernández-Alba, la ciudad europea posmoderna está en manos de «una militancia estética carente de ideales», «hechiceros de la forma» que, sin rubor, anteponen la faceta artística y crematística del proyecto a los aspectos conflictuales más cotidianos del espacio social[60].

La ciudad europea posmoderna, en el impasse de la 3 Revolución Industrial e imbuida de la concepción ideológica del neopositivismo y, sobre todo, de la servidumbre neoliberal de sus promotores, ve desaparecer sus lugares y funciones más emblemáticos mientras se mercantiliza la vida cotidiana. En ese contexto la falta de grandes proyectos colectivos convierte a «los diversos estilos posmodernos de la vivienda

[58] Al respecto puede consultarse, Luis CORTÉS ALCALÁ, «El problema de la vivienda en España: elementos para su comprensión», en *Política y Sociedad*, n.º 10, (1992), págs. 62-79.

[59] Sobre esa específica «tecnología del progreso» véase José GARCÍA REY, «Sevilla: Retrato tras la resaca del 92», *Viento Sur*, n.º 13, (1994), págs. 77-84.

[60] Antonio FERNÁNDEZ-ALBA, «El paisaje europeo», *El País*, 6 de octubre de 1987.

(...) en códigos estereotipados de una nueva lengua mundial»[61]. En su discurso tardocapitalista, «no hay derecho a a la vivienda, a lo que hay derecho es a ganarse libremente la vida y a ahorrar para comprar la vivienda que otros han construido y están dispuestos a vendernos o alquilarnos»[62]. Ni siquiera se considera oportuno para esa lógica de mercado solicitar la congelación de alquileres o, al menos, alojar a los más pobres. Según Hayek lo primero supondría, paradójicamente, «la limitación de la libertad y del bienestar de las gentes», mientras que, «alojar a los más pobres en mejores condiciones que aquellos que son algo más ricos» sólo contribuiría a «incrementar constantemente el número de solicitantes»[63].

En esa tesitura, ¡qué difícil interpretación parece estar reservada al derecho a una vivienda digna del artículo 47 de la Constitución!

3. La ciudad dual: escenarios de la derrota

Como dice Wright Mills, «en el horrible, hermoso, repugnante y magnífico desaparramamiento de la ciudad», la solución de muchas personas de las clases altas al problema de la ciudad consiste en «tener un departamento con garage privado en el corazón de la ciudad, y a cuarenta millas de ella una casa proyectada por Henry Hill con un jardín diseñado por Garret Eckbo, en un terreno de cuarenta hectáreas de propiedad personal. En los dos ambientes controlados (...) la mayor parte de las personas resolvería muchos de los problemas de ambiente personal, cansados por los hechos de la ciudad. Pero todo eso, aunque espléndido, no resuelve los problemas públicos que el hecho estructural de la ciudad plantea»[64].

El actual proceso de desarrollo económico en su empeño de inaugurar nuevas posibilidades y disponibilidades de tiempos y espacios ha acrecentado la dualidad social, es decir, ha contribuido en buena medida al aumento de las diferencias entre los distintos sectores de la población, no sólo en el nivel estrictamente social, sino también en el espacial en forma de segregación. De tal manera que, la territorialización de las relaciones sociales no ha generado una única ciudad sino varias. Pero no es sólo que en una única metrópoli existan objetivamente distintas ciudades sino que, al parecer, existen tantas ciudades como maneras de decirlas[65]. Por ejemplo, la manera de Manuel Castells de «decir

---

[61] Pietro BARCELLONA, *La ciudad homologada: la pérdida del confín*, pág. 37.

[62] Henri LÉPAGE, *¿Por qué la propiedad?*, tr. Antonio Sáenz de Miera, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1986, pág. 333.

[63] F. A. HAYEK, «El problema de la vivienda y del urbanismo», en *Los fundamentos de la libertad*, 2 vol., tr. J.V. Torrente, Valencia, 1961, págs. 148 y 152.

[64] C. WRIGHT MILLS, *La imaginación sociológica*, tr. F. M. Torner, Madrid, F.C.E., 1993, pág. 29.

[65] Al respecto dice Pere LÓPEZ: «No hay ciudades sin maneras de decirlas, y la ciudad, hoy metrópoli, no es nada sin quienes hablan por ella», «Dualizar la ciudad dual», *Viento Sur*, n.º 13, (1994), págs. 71-75.

Madrid», poco tiene que ver con la manera en que Tomás Rodríguez-Villasante «dice» esa misma ciudad.

Según Castells la fuerte segregación social que hoy existe en los distintos distritos del municipio de Madrid y su área metropolitana fue «heredada de la estructura urbana ya existente en 1975, pero en la década 1975-1986 se ha tendido hacia una igualación relativa de los niveles sociales de los diferentes espacios residenciales, de forma que los distritos que más elevan su nivel social son aquéllos que parten de un nivel más bajo, con lo que la diferenciación social del espacio madrileño decrece globalmente». Es más, aunque se reconoce la existencia de bolsas de pobreza en las grandes ciudades españolas, el autor considera que «no hay evidencia empírica alguna de que los estratos inferiores hayan visto empeorar su situación en el período reciente»[66].

Sin embargo, en su estudio de treinta barrios de la periferia madrileña Rodríguez-Villasante detecta diferentes tipos de cultura de la pobreza. «La 'subcultura de la chabola': marcada por pirámides muy jóvenes de población, del sector de la construcción, con ayudas mutuas para la autoconstrucción de la casa baja, situaciones de ilegalidad colectiva y afirmación de una identidad de barrio; la 'subcultura de la absorción' formada por poblados y unidades vecinales de construcción oficial en los años sesenta, con una pirámide de población más indefinida, actividades económicas muy marginales, carácter de provisionalidad en la residencia, mezcla de subculturas y hasta enfrentamientos cuasi-tribales internos; y una 'subcultura de poblados dirigidos', también de iniciativa oficial pero de los años cincuenta, con población más envejecida, oficios y empleos de cierta estabilidad, sabiéndose periféricos y marginados pero con ciertas pretensiones, que sobre todo se reflejan en ver por debajo de ellos a otros barrios menos aparentes aunque sus propias casas se estén cayendo».

A esa situación, reflejo aún del legado de periodos precedentes, también coadyuva el abandono de las distintas Administraciones respecto a los equipamientos prometidos, la falta de previsión de nuevos espacios, así como la desintegración del tejido social como consecuencia de los sorteos masivos de viviendas, factores todos ellos que «han llevado a una nueva cultura de la pobreza 'en vertical', o mejor, una cultura de la suburbanización pobre que va recreando nuevos códigos de conducta»[67]. Ya que, como dice Javier de Lucas, «la forma de vida conforma la vida del hombre»[68].

---

[66] Manuel CASTELLS, «Estrategias de desarrollo metropolitano en las grandes ciudades españolas: la articulación entre crecimiento económico y calidad de vida», en VV.AA., *Las grandes ciudades en la década de los noventa*, Madrid, Sistema, 1990, págs. 36 y 37.

[67] Tomás RODRÍGUEZ-VILLASANTE, «La ciudad más que dual: pobrezas y alter-acciones, en Ciudad y Calidad de vida», *Documentación social*, n.º 67, (1987), págs. 83-104.

[68] Javier de LUCAS, *Hoy la ciudad es el modus vivendi del europeo*, Comunicación al 3.º Convegno Internazionale delle cittá educativa, Bolonia, 1994.

4. Ciudad: ¿nombre femenino para formas masculinas?

El espacio de la ciudad, el espacio producido por la práctica social, es, según dice Lefebvre en *Espacio y Política,* visual y fálico. Es «la dictadura del ojo: (...) miradas soberanas de la presencia estatal (...) Espacio civil y militar, masculino y estratégico. Imágenes y musculaturas. Lo visual y lo fálico se sostienen mutuamente, se complementan, no sin riesgo de conflicto, pues lo Fálico interviene con brutalidad, cuando, de hecho, lo Visual, se contenta con la representación bajo la forma de imágenes. Las torres, los monumentos se erigen por encima de los suelos y superficies, de las insipideces, no para decir y llevar a cabo alguna otra cosa, sino para poder vigilar y controlar mejor. Esas fuerzas rigurosas y vigorosas mantienen de esta guisa un tiempo, el del orden moral»[69]. El autor, que retoma la idea en *La producción del espacio,* mantiene que son las virtudes propias de las formas masculinas las que hacen dominador al espacio en medio de una privación generalizada de las formas femeninas[70].

Para la urbanista alemana Ursula Stein es suficiente con echar un vistazo a nuestras ciudades para advertir que «han sido concebidas desde un punto de vista masculino». Es la proyección de los lápices de oro de arquitectos y urbanistas. Es decir, la ciudad, como por otra parte ya había puesto de manifiesto Jesús Ibáñez, no es sexualmente neutra[71]. Según Stein un término totalmente integrado en los vocabularios occidentales: la «ciudad-dormitorio» revela sin lugar a dudas el sexismo del fenómeno urbano. Entendiéndose por «ciudad-dormitorio» el barrio o ciudad al que los trabajadores sólo acuden para dormir, queda bien a las claras que «se olvida que allí viven miles de amas de casa, niños que juegan y estudian, ancianos que necesitan pasear»[72]. Pero también las calles, los desplazamientos e itinerarios urbanos e incluso la distribución de las viviendas de tipo estándar, donde se anteponen los espacios simbólicos del salón y del dormitorio conyugal en detrimento de los espacios más habitados de la casa como la cocina o las habitaciones de los niños reflejan la profunda masculinidad del sustantivo femenino ciudad.

Con todo, esa percepción ya no parece enteramente predicable respecto del momento actual, pues como señala David Harvey tras comparar las configuraciones urbanas estrictamente modernas con las posmodernas

---

[69] Henri LEFEBVRE, *Espacio y Política,* tr. Janine Muls de Liarás y Jaime Liarás García, Barcelona, Península, 1976, pág. 125.

[70] Henri LEFEBVRE, *La production de l'espace,* 3.ª ed., París, Anthropos, 1986, págs 46, 468 y 471.

[71] «La ciudad es, respecto al cuerpo, metáfora y metonimia. Metáfora, pues es semejante a él, en su ser. Metonimia, pues está contigua a é, en su estado (...) La ciudad trata de imitar la forma del cuerpo (...) La forma de la ciudad es una metáfora de la relación sexual (...) El centro es el lugar de la aventura. Metáfora del acoplamiento sexual. Los sexos son secciones, partes de una unidad original que se buscan (un conato de síntesis imposible)», Jesús IBÁÑEZ, «El cuerpo de la ciudad», *El País,* 6 de octubre de 1987.

[72] Al respecto cfr. Esperança COSTA, «La ciudad masculina», *El País,* Comunidad Valenciana, 19 de septiembre de 1994.

se aprecia un abandono de su conformación típicamente «fálico-genital» en favor de una dispersión espacial que él caracteriza como «polimorfa y andrópina» más acorde con las manifestaciones posmodernas[73].

IV. UN PANORAMA SIEMPRE INCONCLUSO

La intersección de arquitectura y filosofía en el empeño estético y reflexivo de saber al hombre en el binomio espacio-tiempo, hace que también en lo relativo al urbanismo sea necesario que se tenga en cuenta el pasado a la hora de meditar sobre el futuro. Para ello habremos de reconocer, ante todo, el pluralismo de las tradiciones, de los sistemas sociales e incluso de los sistemas esperados en el seno de una cultura que si algo puede caracterizarla de forma general es su infatigable tendencia hacia la homogeneidad[74]. Tendencia creciente que, por supuesto afecta a la auto-representación que el hombre hace de su entorno y cuya consecuencia más destacada es la de configurar la ciudad como un psicotopo, como una creación inteligente, instrumental y consciente. Por tanto, no como un biotopo «un entorno definitivo» en el que el individuo se inserte en una convivencia relativamente equilibrada con otros seres vivientes en un territorio determinado. Como señala Alexander Mitscherlich, a instancias del biólogo Adolf Portmann, todos los seres vivientes son propensos a la auto-representación. Es decir, destaca «un impulso interno de los seres vivos de todo tipo hacia un desarrollo cada vez más marcado de las características propias de la especie y de sus pautas de comportamiento. Si situamos a la ciudad en ese contexto superior, veremos destacar dos de las funciones que ejerce para sus habitantes. Es un lugar de seguridad, de producción, de satisfacción de muchas de las necesidades primarias que resultan esenciales para la vida, y por otro lado, es el terreno nutricio, el lugar único del desarrollo de la conciencia humana tanto en la esfera individual como comunitaria, como conciencia del 'nosotros'. Pero al modelarla somos influidos por ella; al construir los medios urbanos a nuestra medida, determinamos la dirección de nuestra propia evolución. De aquí que las ciudades actúen como psicotopos (...) pues representan una parte del proceso de propia concienciación»[75].

---

[73] David HARVEY, *The Condition of Postmodernity. An Enquiry into the Origins of Cultural Change*, Cambridge University Press, Basil Blackwell, 1989, pág. 43.

[74] «La ciudad contemporánea es análoga; sus variantes apenas son perceptibles; su homogeneidad es producto del valor de cambio que el mercado espacial asigna. Sus diferencias son consecuencia de la relación con la ciudad existente sobre la que ha crecido, el lugar natural y los materiales empleados en su construcción. Sobre su morfología no han influido ni las normativas ni las ordenanzas; los *lugares* que construye están fundamentados en las recomendaciones que estipula la inversión del capital, que le confieren unas características de *diseño propio*, tanto por lo que se refiere al trazado viario, localización de servicios, conjuntos habitacionales etc.; morfología, en definitiva, de la *anticiudad*», Antonio FERNÁNDEZ ALBA, Prólogo a la obra de Carlo Aymonimo, *El significado de las ciudades*, pág. 14.

[75] Alexander MITSCHERLICH, *Tesis sobre la ciudad del futuro*, págs. 21 y 66.

Desde que el Movimiento arquitectónico moderno entronizó a principios de siglo a la máquina y la «geometría de la razón» como expresiones emblemáticas y principios inspiradores de la nueva cultura se da comienzo a una serie de cambios funcionales en la creación del psicotopo ciudad que se ven corroborados por las consecuencias que en el orden artístico acarrea la Segunda Guerra Mundial. El nuevo centro y nuevo mercado del arte se traslada de Europa a Nueva York. El urbanismo queda inmerso en un nuevo contexto tecnológico y económico. La estética, desbancada como valor aparente de revoluciones y evoluciones morales, se endosa al mecanismo del consumo. Es la época del capitalismo triunfante en la que resulta un «deseable adelanto» el paso de la «inhabitabilidad material» a la «inhabitabilidad moral» de los edificios sociales. «Las nuevas urbanizaciones de la postguerra representan, por regla general, un principio de crecimiento (...) rápido y monótono, falto de estructuración, es decir, sin aquella configuración especial que nace sólo de las decisiones individuales (...) Lo que se puede aplicar tanto al arquitecto planificador (...) como al posterior inquilino, que se encuentra en una habitación estereotipada, planeada incluso hasta en la colocación de las mesillas a ambos lados del lecho matrimonial (...) La monotonía de la nuevas barriadas de casas baratas confirma la tendencia a la nivelación de las manifestaciones del status. Similarmente, el modelado de los detalles viene regulado por el nivel medio de los ingresos»[76].

El presente es solo la punta del iceberg de esa progresión ascendente (¿o descendente?) en la que, por lo demás, «no hay editorialista (...) que no haya proclamado la inexistencia de alternativas para el modelo económico capitalista (...) La gran verdad es anunciada 'urbi et orbi' sin oposición aparente (...) El triunfo es apoteósico (...) La exaltación de la Eucaristía será sustituida, pues, por la del dinero. No el dinero concreto sino el abstracto y metafísico capital». Todo ello supone que en el terreno de las formas y los estilos «existirá de todo pero con un vaciamiento general. Ya no habrá vanguardia militante frente a mortecino academicismo, sino promoción adecuada o gestión desastrosa»[77].

La espacialidad moderna y contemporánea, carente del sentido antropológico del habitar, e incapaz de dar respuestas a las necesidades vitales y de belleza de los hombres, termina por reducir «el arte de estar en casa» a una empobrecida cultura domiciliaria. «Las viviendas no se planifican (...) desde el punto de vista de las necesidades naturales, a las que deberían servir, sino que, de acuerdo con la estructura de nuestra sociedad, se consideran desde el punto de vista de la explotación o del prestigio; la vivienda es un indicador de poder y de *status* socio-económico. Las demás funciones, es decir, las necesarias para la cultura y la vida, quedan subordinadas a las anteriores. La dictadura de la propiedad sobre el mercado de la vivienda es puro siglo XIX, imperturbable en sus sueños

---

[76] Alexander MITSCHERLICH, *Ibídem*, págs. 35 y 36.

[77] Juan Antonio RAMÍREZ, *Arte y arquitectura en la época del capitalismo tardío*, Madrid, Visor, 1992, págs. 236 y 237.

capitalistas de bienestar»[78]. «Nuestras ciudades y nuestras viviendas son productos tanto de la fantasía como de la falta de fantasía, tanto de la magnanimidad como del egoísmo estrecho. Pero como están hechas de materia dura tenemos que adaptarnos a ellas. Lo cual modifica en parte nuestra conducta, nuestra naturaleza (...) Y si, cual ocurre ahora, tienen lugar cambios históricos profundos, tales como el aumento de población y la aglomeración de los seres humanos en las ciudades, y una modificación radical tanto de las técnicas de producción como de los medios de transporte, entonces las nuevas exigencias, los nuevos deseos chocan muy duramente con la antigua forma de la ciudad»[79].

A decir del arquitecto Antonio Fernández Alba, «es precisamente este desarraigo en el edificar el que permite contemplar hoy esa videoteca imaginaria en la que se van convirtiendo los espacios de la ciudad, poblada de fantasmas ilusorios sin identidad, ni referencia simbólica posible. Polisemia formal de una incomprensible ambigüedad lingüística, que roba a la realidad su naturaleza y la sustituye por el contenido alienado que subyace en la técnica. El arquitecto al servicio, a veces inconsciente, de esta racionalidad de *dominación,* ha excluido la necesidad por el azar del simulacro escenográfico; halagado en sus proyectos por la legitimación de la estética conservadora, la realidad del *estar,* parece que ya no sea fundamento del *ser*»[80].

Tal vez por ello se reclama, desde ciertas instancias, un pensamiento filosófico que oriente al quehacer arquitectónico en su búsqueda de establecer (o restablecer) el equilibrio entre las dos naturalezas en que se vierte el hombre: el tiempo del ocio y el del neg-ocio. Sin embargo, no debe aspirarse, como en épocas de bonanza racionalista, a establecer una teoría general de la ciudad. En primer lugar, porque la ciudad no constituye un campo unitario de investigación y análisis en el que experimentar pretensiones funcionalistas y porque no siendo procesos equivalentes la ciudad y lo urbano: «las tipologías no dejan de ser espacios segregados y la pretensión de hacer la ciudad por medio de adiciones tipológicas reconstruidas no deja de ser una actitud de voluntarismo académico para la reconstrucción de la ciudad»; se hace precisa una «remodelación social básica» para que la producción social del espacio pueda significar y conducir un principio de esperanza[81].

---

[78] Alexander MITSCHERLICH, *Ibídem,* pág. 16.

[79] Alexander MITSCHERLICH, *La inhospitalidad de nuestras ciudades,* tr. Alfried Sánchez Krellenberg, Madrid, Alianza Editorial, 1969, págs. 9 y 10.

[80] Antonio FERNÁNDEZ ALBA, *Sobre la naturaleza del espacio que construye la arquitectura.* Discurso leído el 9 de abril de 1989 con motivo de su recepción, Madrid, Real Academia de Bellas Artes de San Fernando. «Anthropos», 152, (1994), pág. 13.

[81] Antonio FERNÁNDEZ ALBA, Prólogo a la obra de Carlo Aymonimo, *El significado de las ciudades,* pág. 12 en relación con otra obra de FERNÁNDEZ ALBA, *La metrópoli vacía,* Barcelona, Anthropos, 1990, pág. 29.

DERECHO NATURAL, PROPIEDAD Y UTILIDAD EN EL HUMANISMO JURÍDICO

Manuel J. RODRÍGUEZ PUERTO
Universidad de Cádiz

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina del Derecho de gentes ha ocasionado numerosos quebraderos de cabeza a lo largo de la Historia del pensamiento jurídico occidental. La posición del *ius gentium*, a caballo entre el Derecho natural y el Derecho positivo, era un tanto ambigua en el seno de la jurisprudencia de corte romanista. Esa ambigüedad se trasladó a las figuras jurídicas que tradicionalmente encontraron su fundamento en él: ése fue el caso de la propiedad privada.

Desde los inicios del *ius commune* el Derecho de gentes poseyó ese carácter especial, que no cambió con la creciente atención que le prestaron los juristas a lo largo del siglo XVI; el Humanismo jurídico fue el causante de esa actitud. Es cosa sabida que, desde finales del XV y sobre todo a partir de las primeras décadas del XVI, la ciencia jurídica europea experimentó una crisis importante, provocada por la irrupción de las críticas que contra ella lanzaron los humanistas[1]. No

[1] La bibliografía existente sobre esta época del Derecho europeo es extensa. El estudio de D. MAFFEI, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico* (Giuffrè, Milano, 1972), sigue siendo imprescindible para conocer los orígenes de este movimiento. Sobre aspectos generales, son igualmente fundamentales las investigaciones de G. KISCH: *Humanismus und Jurisprudenz. Der kampf zwischen mos italicus und mos gallicus an der Universität Basel*. Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1955. *Gestalten und Probleme aus Humanismus und Jurisprudenz*. De Gruyter, Berlin, 1969; de V. PIANO MORTARI: *La Scienza Giuridica nel secolo XVI. Aspetti della Scuola culta*. Gianotta, Catania, 1966. *Dialettica e Giurisprudenza. Studio sui Trattati di dialettica legale del secolo XVI*, en *Diritto, Logica, Metodo nel secolo XVI*. Jovene, Napoli, 1987, págs. 117-264; H. E. TROJE: *Die europaische Rechtsliteratur unter dem Einfluss des Humanismus*, en «Ius Commune»

resulta fácil para el historiador actual aislar las causas concretas de esa situación, pero sí parece claro que cambió la concepción que los juristas poseían del Derecho Romano, núcleo básico de esa jurisprudencia desde fines del del siglo XI[2]. El nuevo interés por la Historia les mostró que ese Derecho era un producto histórico y empezaron a cuestionar su vigencia, lo que supuso un cambio de actitud importante respecto de sus antecesores medievales[3]. Desde luego, los textos romanos siguieron ocupando el centro de la actividad de los juristas cultos influidos por el Humanismo, pero ya no lo aceptabaron simplemente por proceder de Roma. Era necesario encontrar otro fundamento y esa función la llevó a cabo el Derecho natural, aunque, paradojas de la Historia, las nociones que emplearon para ello eran las proporcionadas por el propio Derecho Romano Justinianeo revisadas a través de la jurisprudencia medieval. Los juristas bajomedievales habían dedicado sus esfuerzos a la creación de un Derecho nuevo sobre las bases ofrecidas por el Derecho Romano y no se preocuparon demasiado por las nociones básicas de su ciencia. En cambio, durante el siglo XVI surgió una buena cantidad de tratados de finalidad teórica dirigidos a aclarar esos fundamentos y a ofrecer una visión general de todo el saber jurídico. Esta mentalidad nos facilita bastante el trabajo: ya no es necesario rastrear las referencias sobre el Derecho natural entre la masa de glosas y comentarios, porque los juristas humanistas se ocuparon de ese problema de una forma independiente. Por eso, los juristas del XVI incluidos en estas páginas han sido seleccionados atendiendo fundamentalmente a sus aportaciones a la teoría jurídica.

El punto de partida del problema que estudio ahora fue el conjunto de tesis diversas sobre el Derecho natural recogidas por los compiladores justinianeos y las glosas y comentarios que los juristas medievales realizaron. Por eso, parece procedente realizar una somera referencia a sus escritos.

III (1970), págs. 33-63. *Arbeitshypothesen zum Thema «Humanistische Jurisprudenz»*, en *Humanistische Jurisprudenz. Studien zur europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluss des Humanismus*. Keip, Goldbach, 1993, págs. 519-563. F. CARPINTERO, *«Mos italicus», «mos gallicus» y Humanismo Racionalista*, en «Ius Commune» VI (1977), págs. 108-170.

[2] Los juristas del Derecho común llevaron a cabo su labor alrededor de los textos romanos, aunque eso no quiere decir que fueran esclavos de su letra. Recientemente P. GROSSI ha puesto de manifiesto que no podemos considerar a los juristas del Medievo meros comentadores o renovadores del Derecho Romano, sino los creadores de un nuevo Derecho. Cfr. *L'ordine giuridico medievale*. Laterza, Roma-Bari, 1996, pág. 11 entre otras. No obstante, las reflexiones iusnaturalistas de Glosadores y Comentadores sí estuvieron muy apegadas a las nociones transmitidas por Roma.

[3] Vid. D. R. KELLEY, *Foundations of Modern Historical Scholarship*. Columbia University Press, New York-London, 1970, per totum. Vid. también, sobre el cambio de perspectiva surgido en el siglo XVI, R. ORESTANO, *Diritto e Storia nel Pensiero Giuridico del secolo XVI*, en *La Storia del Diritto nel quadro delle Scienze Storiche*. Leo G. Olschki, Firenze, 1966, págs. 410 y ss.

II. PRECEDENTES

Ulpiano había afirmado que el Derecho natural era lo que la naturaleza enseñaba a hombres y animales[4]; Florentino dejó escrito que la libertad era una facultad natural de actuación que todo hombre poseía[5], lo que tendió a vincular el *ius naturale* con la idea de una libertad originaria e ilimitada en principio. En ese sentido, los textos romanos habían proclamado que por Derecho natural todas las cosas eran comunes y no existía propiedad privada. La idea de una *communis omnium possessio* y de una *omnium una libertas* pasó al patrimonio de la cultura jurídica europea, transmitidas fundamentalmente por San Isidoro de Sevilla[6]. Por otra parte, Paulo había proclamado que «lo que es siempre bueno y equitativo» se denomina Derecho natural[7].

Durante la Edad Media, los representantes del *ius commune* se enfrentaron con esas acepciones contradictorias e intentaron conciliarlas con éxito relativo. Ellos afirmaron que el Derecho natural era, básicamente, lo que la naturaleza enseña a hombres y animales, como había escrito Ulpiano, pero también consideraron pertenecientes al Derecho natural unos principios morales muy fundamentales que significaban las directrices últimas del comportamiento humano. Igualmente adscribieron al Derecho natural la *communis omnium posessio* y la *omnium una libertas*, aunque era un Derecho natural que podía derogarse ante la presencia de otras necesidades humanas[8]. En ese punto entraba en acción el *ius gentium*.

La caracterización del Derecho de gentes suponía un problema teórico especialmente grave. Ulpiano había explicado que era el Derecho que usaban todos los pueblos, propio sólo del hombre frente al natural,

---

[4] Cfr. *Digesto*, I, I, 3. *Corpus Iuris Civilis*, ed. por P. KRUEGER y Th. MOMMSEM. Apud Weimanos, Berlín, 1954.

[5] «Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi quid vi, aut iure prohibetur». *Digesto*, I, V, 4, ed. cit.

[6] En el libro V, 4, de sus *Etimologías* explicaba que «Ius naturale est commune omnium nationum et quod ibique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur, ut viri et feminae coniunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio, et omnium una libertas, adquisitio quae caelo, terra marisque capiuntur». La edición consultada es la de B.A.C., Madrid, 1982, dos vols., preparada por J. Oroz y M. C. Díaz. Cfr. pág. 510 del vol. I.

[7] «Ius pluribus modos dicitur: uno modo, cum id semper aequum et bonum est ius dicitur, ut est ius naturale». *Digesto*, I, I, 11, ed. cit. Sobre el Drecho natural en el mundo romano sigue ofreciendo interés el amplio estudio de M. VOIGT, *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*. Cinco vols. Leipzig, 1856. He consultado el reprint de Scientia, Aalen, 1966. El Derecho natural de los juristas aparece en el cap. segundo, parágr. 52 y ss. págs. 267 y ss, del tomo primero. El *ius gentium* encuentra acomodo en el cap. IV, parágr. 79 y ss., págs. 399 y ss. del tomo citado.

[8] Sobre las distintas concepciones iusnaturalistas desarrolladas por el Derecho común, vid. F. CARPINTERO, «El Derecho natural laico de la Edad Media. Observaciones sobre su metodología y conceptos», en *Persona y Derecho* VIII (1981), pág. 64 y ss. Trata los problemas suscitados por la libertad natural en la pág. 68. R. Weigand ha estudiado las tesis iusnaturalistas de los glosadores en *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*. Max Hueber, München, 1967, pág. 17 y ss.

común con los animales[9]. Quizá el principal responsable de las controversias fuera el jurista Gayo al proclamar que el Derecho de gentes es lo que la razón natural prescribe a todos los hombres[10]. La confusión estaba servida, porque Gayo se refería claramente a un orden distinto al Derecho natural pero, al mismo tiempo, indicaba que la instancia creadora de ese Derecho era la razón natural, por lo que alguna relación con el *ius naturale* debía tener el *ius gentium*. En ese *ius gentium* fundamentó Hermogeniano el origen de la propiedad privada[11].

Sobre este asunto, Acursio nos indicó que el Derecho de gentes podía estar formado por unos principios morales muy básicos, propios sólo del hombre. Pero también mantuvo que el Derecho de gentes fue introducido por el hombre para solucionar ciertas necesidades ocasionadas por circunstancias temporales concretas[12], unas necesidades que son propias del conjunto de los hombres. De esa forma, el *ius gentium* quedaría vinculado a la utilidad y, como la razón natural era la que prescribía las soluciones útiles a esos problemas comunes al género humano, la mentalidad jurídica medieval vio al Derecho de gentes en cierto modo como Derecho natural[13].

El se preguntó expresamente si la propiedad privada era de Derecho natural, porque en el Decálogo aparece la prohibición del robo y eso supone que previamente hay que considerar que existen cosas propias. Esa conclusión se opondría a la *communis omnium posessio*, por lo que Acursio decidió salvar la objeción arguyendo que Dios dio a Moisés los Mandamientos cuando ya existían sociedades y después de que, por Derecho de gentes, se hubieran introducido los «dominios»[14]. El «dominio», en consecuencia, no era de Derecho natural porque no pertenecía a los principios morales básicos ni al orden primario de libertad que también componía el *ius naturale*. No obstante, al haber

---

[9] Cfr. *Digesto*, I, I, 3, ed. cit.

[10] Cfr. *Digesto*, I, I, 9, *Corpus Iuris Civilis*, ed. cit. Cfr. F. CARPINTERO, «Sobre la génesis del Derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XIV-XVII», en *Anuario de Filosofía del Derecho* XVIII (1975), pág. 265.

[11] Cfr. *Digesto*, I, I, 5, donde Hermogeniano había sostenido que «por Derecho de gentes» «se distinguieron las propiedades».

[12] «Libertas est facultas, id est possibilitas a iure naturali, quod potest facere quidquid vult, nisi vi, id est, iuregentium (quod propter necessitates hominum est introductum)». *Digesto*, I, V, IV, *glosa* a, col. 47, del *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum Commentariis Acursii. Scholiis Contis, et D. Gothofredi Lucubrationibus ad Accursium*. Lugduni, 1628. Reprint de O. Zeller, Osnabrück, 1965.

[13] Cfr. F. CARPINTERO, *El Derecho natural laico de la Edad Media*, cit.., pág. 73. En el mismo sentido cfr. su estudio «Nuestros prejuicios acerca del llamado 'Derecho natural'» en *Persona y Derecho* 27 (1992), pág. 46.

[14] «Imo et secundum ius natur. sunt distincta: quia secundum ius divinum aliquid erat proprium. Dicitur enim, Furtum non facies. Item, Non concupisces rem proximi tui. Item, Non appareas in conspectu Dei tui vacuus. Et si dicatur omnia sunt commnunia iu. natur. expone, id est, communicanda. Sed respondeo, etiam tunc quando haec praecepta divina dabantur Moysi a Deo, erat ius gentium: et secundum illud dicebatur aliquid meum. Nam cum essent gentes iam coniuncta, erat ius gentium: ut Institut. de re. divi. paragr. singulorum, vel dic. dominia distincta, s. directa ab utilibus. et e contra». *Digesto*, I, I, V, *glosa* k. col 17 de la ed. cit. del *Corpus*.

sido introducido por la «razón natural», esta institución tampoco era vista como algo totalmente ajeno al Derecho natural. Tengamos presente que la común posesión de todos los bienes era Derecho natural aunque pudiera ser derogada ante la presencia de una utilidad especialmente importante[15]. Esta visión titubeante sobre la propiedad estuvo presente a todo lo largo del *ius commune*, desde el siglo XI.

Las dudas frente al *ius gentium* podemos encontrarlas también en algunos teólogos. Tomás de Aquino es un ejemplo interesante, porque mostró en sus escritos una sensibilidad especial para lo jurídico y se ocupó de los problemas relacionados con el Derecho natural, el Derecho de gentes y la propiedad privada. Tomás aceptó la tesis romanista que consideraba «de Derecho natural»[16] la común posesión de los bienes. Desde su punto de vista, la propiedad privada no fue instituida por la naturaleza, sino por la «razón natural humana», que creó esta figura debido a la utilidad que proporcionaba[17]. Estas consideraciones las hizo al escribir sobre la ley natural. Expresó unas nociones similares al tratar el Derecho natural aunque con algunas particularidades destacables. El dominico indicaba que la clave de lo justo natural estaba en lo que él llamaba la «naturaleza de las cosas», que poco tenía que ver con el objetivismo ético que representaron tres siglos más tarde Gabriel Vázquez, Luis de molina, Francisco Suárez o Hugo Grocio. Esta podía entenderse de dos maneras, «absolutamente» y en «relación a sus consecuencias». La primera opción comprendía aquellos preceptos cuya justicia surge de una situación de una forma necesaria y no son susceptibles de discusión. Para entender la otra, Tomás adujo el ejemplo de la propiedad privada. En principio su existencia era indiferente para el Derecho natural, pero si atendemos a la utilidad que puede reportar, vemos que la razón natural aconseja su creación[18]. Por eso, sostenía el Aquinate, el

---

[15] Cfr. F. CARPINTERO, *El Derecho natural laico de la Edad Media*, cit., págs. 71-72.

[16] Los juristas bajomedievales y humanistas entendieron que el Derecho natural era un orden jurídico más, no el fundamento del Derecho. Por eso, no escribieron que una institución «se fundamentaba en...», sino que «era de Derecho natural o de Derecho de gentes», para indicar que formaba parte de su contenido, al igual que otros institutos formaban parte del Derecho canónico o del civil. He querido respetar esta forma de expresión medieval aunque suene hoy día un poco extraña.

[17] «Et hoc modo communis omnium possessio, et omnium una libertas, dicitur esse de iure naturali: quia scilicet distinctio possessionum et servitus non sunt inductae a natura, sed per hominum rationem, ad utilitatem humanae vitae. Et sic in hoc lex naturae non est mutata nisi per additionem». *Summa Theologica*. Cinco vols. B.A.C., Madrid, 1963. I-II, q. 94, a. 6, ad tertium. La última matización es importante: la propiedad no venía instituida por el Derecho natural pero tampoco prohibida: se trata de un Derecho natural «permisivo», una noción que alcanzaría notable predicamento entre los escolásticos españoles del XVI.

[18] «Si enim consideretur iste ager absolute non habet unde magis sit huius quam illius: sed si consideretur quantum ad opportunitatem colendi et ad pacificum usum agri, secundum hoc habet quandam commensurationem ad hoc quod sit unius et non alterius, ut patet per Philosophorum, in II Polit.». *Summa Theologica*, cit., II-II, q. 57, a. 3, resp. Vid. la crítica de Aristóteles a las concepciones platónicas sobre la propiedad de los bienes en el lib. II, 1263a, pág. 96-97 de la edición de la *Política* de Gredos, Madrid, 1988, trad. de M. García Valdés.

Derecho de gentes al que se refiere Gayo es Derecho natural, considerado de la segunda forma[19]. En esta segunda reflexión aparece con más claridad una concepción del *ius naturale* que se une íntimamente con el Derecho de gentes y que encuentra su causa en la utilidad comunitaria[20]. Podemos observar, igualmente, que esa segunda faceta de Derecho natural no se deriva de la primera, sino que tiene una *causa* independiente[21]. Algunos juristas de tradición romanista avanzaron por esta vía, que entendía que el Derecho natural se componía en buena medida de insituciones adiáforas moralmente, pero que podían ser buenas o malas en atención a sus consecuencias.

Puede parecer un poco extraño tratar la figura de Santo Tomás en unas páginas dedicadas al *ius commune*, porque sus representantes poseyeron una formación y unos intereses distintos a los de los teólogos. Creo, sin embargo, que la Filosofía práctica de Tomás consiguió explicar de alguna forma la mentalidad que fundamentaba la *iurisprudentia* bajomedieval. Desde luego, no parece que existiera un trasvase considerable de ideas entre ellos: más bien adoptaron un mismo talante ante el fenómeno jurídico. Tomás, más dedicado a la reflexión y a la enseñanza, hizo expresamente estas consideraciones abstractas en sus escritos. Los titubeos y aclaraciones sobre la relación entre Derecho natural y la propiedad privada que encontramos en todos ellos, son una muestra de lo que quiero decir.

Un jurista situado en la transición de la *Glosa* al *Comentario*, Petrus de Bellapertica (m.1308) propuso una solución novedosa. El rechazó la identificación entre Derecho natural y libertad natural que se hallaba en las fuentes romanas y que habían asumido los jurisprudentes medievales[22], y eso eliminó buena parte de las controversias a la hora

---

[19] «Considerare autem aliquid comparando ad id quod ex ipso sequitur, est proprium rationis. Et ideo hoc quidem est naturale hominem secundum rationem naturalem, quae hoc dictat. Et ideo dicit Gaius iurisconsultus: [Quod naturalis rastio inter omnes homines constituit, id apud omnes gentes custoditur, vocaturque ius gentium]. *Ibidem*. Sobre las relaciones del Derecho natural, el Derecho de gentes y la propiedad en Tomás, vid. J. J. MEGÍAS, *Propiedad y Derecho natural en la Historia. Una relación inestable*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1994. págs. 83-148.

[20] Parece, además, que la *natura* no es en este caso una entidad metafísica, sino algo más sencillo: el conjunto de exigencias ineludibles que configuran una necesidad social urgente.

[21] S. RAMÍREZ ha escrito lo siguiente: «Ahora bien, ese derecho natural secundario, contenido en las conclusiones próximas e inmediatas deducidas con suma facilidad por todos los hombres, aunque sean incultos y plebeyos, del derecho natural primario contenido en los primeros princios principios de la sindéresis, es precisamente el llamado Derecho de gentes». *El Derecho de gentes*. Studium, Madrid, 1955, pág. 93. No obstante, estas reflexiones son más adecuadas a la teoría tomista de la ley natural que a la del Derecho. De todas formas, es preciso reconocer que el Aquinate no parecía tener muy clara la solución a este problema. Al exponer las relaciones entre la ley natural y la positiva esribió que las conclusiones derivadas de manera inmediata de la ley natural forman el Derecho de gentes, que es Derecho positivo. Cfr. *Summa Theologica*, ed. cit., I-II, q. 95, a. 4, resp. Un tanto contradictoriamente, poco antes ha dicho que esas coclusiones «habent etiam aliquid vigoris ex lege naturali». *Summa...*, I-II, q.95, a. 2, resp.

[22] Cfr. F. CARPINTERO, *El derecho natural laico de la Edad Media*, cit., pág. 76.

de justificar las propiedades. El era partidario de diferenciar entre el *ius naturale primaevum*, común a hombres y animales y el *ius gentium*, al cual consideró el auténtico Derecho natural del hombre que, por eso, debía llamarse «Derecho de gentes»[23]. A su vez, este *ius gentium* tenía una vertiente doble; por un lado, comprende el «instinto natural» que dicta las verdades morales básicas que los teólogos llaman Ley natural. En cambio la segunda faceta fue introducida ante la insuficiencia de la «pericia natural»; así surgieron las «constituciones» o la compraventa[24]. Con la concisión algo cortante propia del estilo literario de la jurisprudencia bajomedieval, Bellapertica pretendió decirnos que los institutos surgidos de la utilidad «son de Derecho natural» ya que, según él, el *Ius gentium* —sin distingos—, era Derecho natural. De esa forma, consideró que ciertas instituciones formaban parte del «Derecho natural» sólo debido a que su existencia interesa en un momento histórico concreto. Lo «natural» quedaba vinculado inevitablemente a lo histórico, del mismo modo que en el pensamiento de Tomás de Aquino. Fue lógico que ambos autores explicaran expresamente la variabilidad de este tipo de Derecho, que podía modificarse, según Tomás, por «adición y sustracción»[25].

Uno de los juristas más influyentes de toda la Edad Media, Bartolo de Saxoferrato (1314-1357) distinguió también claramente dos facetas en el Derecho de gentes; la primera surgía de la misma razón natural, mientras que la segunda era creada por el «uso de las gentes» sin intervención de esa razón natural, por lo que quedaría excluido del *ius naturale*[26]. La propiedad privada quedaría amparada por esta segunda no-

---

[23] «Tamen distinguitur, quia quoddam est primaevum ius naturale quod omnibus animantibus competit. Quoddam est ius Gentium quod hominibus tantum competit, dico ius naturale quod hominibus competit, Ius primaevum est commune sicut est illud quod competit omnibus animantibus...» P. de Bellapertica, *Lectura Institutionum*. Lugduni, 1536. Reprint de Forni, Bologna. Lib.I, I, 4. Pág 67.

[24] «Quaedam vero sunt introducta per constituionem cum auctus est populus, et non poterat regi per peritiam naturalem, necessarium fuit quod constitutiones introductae essent, et constituerent venditionem et emptionem». *Lectura Institutionum*, cit., lib. I, III, 14, pág. 123.

[25] Tomás de Aquino escribía que «lex naturalis potest intelligi mutari dupliciter. Uno modo, per hoc quod aliquid ei addatur. Et sic nihil prohibet legem naturalem mutari: multa enim supra legem naturalem superaddita sunt, ad humanam vitam utilia, tam per legem divinam, quam etiam per leges humanas. Alio modo intelligitur mutatio legis naturalis per modum substractionis (...) Et sic quantum ad prima principia legis naturae lex naturae est omnino immutabilis. Quantum autem ad secunda praecepta, quae diximus esse quasi quasdam proprias conclusiones propinquas primis principiis, sic lex naturalis non immutatur quin ut in pluribus rectum sit semper quod lex naturalis habet. Potest tamen immutari in aliquo particulari et in paucioribus, propter aliquas speciales causas impedientes observantiam talium praeceptorum, ut supra dictum». *Summa Theologica*, cit., I-II. q. 94, a. 5, resp. Ciertamente, estas líneas de Tomás se refieren sólo a la ley natural, pero creo que reflejan el talante con el que se acercó a los problemas iusnaturalistas.

[26] Bartolo escribía que «iuris gentium habet duas partes, unam quod procedit ex ratione naturali ... Est et alia pars, quod procedit ex usu gentium...». *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*. Venetiis, 1580. *Comentario* 10 al *Digesto*, I, I, V, fol. 8. Sobre las opiniones iusnaturalistas de Bartolo vid. F. CARPINTERO, *El Derecho natural laico de la Edad Media*, cit., pág. 79 y ss.

ción del Derecho de gentes, siendo dependiente del «uso» colectivo[27]. Esta división del Derecho de gentes tenía una correspondencia histórica ya que Bartolo indicó que la Humanidad había pasado por dos etapas: la segunda de ellas vio la aparición del Derecho de gentes creador de las instituciones necesarias para la vida social del hombre[28]. Esta periodificación se convirtió en uno de los tópicos más destacados del *ius commune*, desde luego más empleado que la aportación de Bellapertica.

Sin embargo, en otro lugar de sus *Comentarios*, Bartolo escribió que las propiedades fueron creadas por el Derecho de gentes primario[29]. Además, la *communis omnium possessio* no quedó clara en su doctrina iusnaturalista. A veces, se refirió al «estado de naturaleza» y al Derecho entonces vigente como *ius naturale primaevum*, pero, igualmente, para poder admitir su manifiesta derogación mediante el Derecho de gentes, declaró que ese «Derecho natural primaevo», por el que todos nacerían libres y sin ataduras, como las propiedades «no estatuyó» nada, por lo que su carácter jurídico aparecía, desde el punto de vista de Bartolo bastante debilitado[30]. En este sentido, Bartolo se aproximó a las tesis expuestas por Bellapertica[31]. Son contradicciones propias de la mentalidad jurídica medieval, que resultaban difícilmente conciliables a pesar de los considerables esfuerzos intelectuales de los romanistas.

Otra nota característica del pensamiento iusnaturalista bajomedieval la ofreció Alberico de Rosate (fines s. XIII-1354), que presentó un elemento particularmente teológico, porque mantuvo que el Derecho de gentes había originado los dominios ya que en el estado de inocencia previo al Pecado no existía propiedad privada porque «todas las cosas eran comunes de todos» [32]. Alberico vio la propiedad como una «secuela del pecado» ya que, «debido a la iniquidad», los hombres se repartieron los bienes[33]. Ofreció diversas opiniones jurisprudenciales acerca de la pertenencia de la propiedad al *ius gentium* o al *ius civile* —no pareció plantearse siquiera que fuese de Derecho natural— y al final optó por el Derecho de gentes[34]. Alberico no parece ser un autor muy original, pero posee un evidente valor testimonial debido a las opiniones que recogió.

La relación entre el Pecado y el Derecho natural era vieja a esas

---

[27] Cfr. J. J. MEGÍAS, *Propiedad y Derecho natural en la Historia*, cit., pág. 59.

[28] Cfr. CARPINTERO, *El Derecho natural laico...*, cit., pág. 81.

[29] Cfr. *ibidem*.

[30] «Unde iure naturali primaevo non statuit, sed per instinctum naturalem iure introductum, gentes bene aliquid instituerunt quod ius gentium appellatur». Com. a *Instituta*, I, I, pág. 31.

[31] Cfr. J. J. MEGÍAS, *Propiedad y Derecho natural en la Historia*, cit., pág. 61.

[32] «Dic. quod in statu innocentiae ante peccatum non erant proprietates, sive dominia huic vel illi applicata, sed omnia erant communia omnibus». *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, 1585. *Com.* 10 a Digesto, I, I, V, fol. 13.

[33] «Sed propter iniquitatem unum dixit hoc esse suum, et alius illud: et inter mortales facta est divisio (...) Ex quo patet, quod proprietas, et dominia rerum distincta sunt sequela peccati, et propter peccatum introducta...». *Ibidem*.

[34] Cfr. el com. 12 al loc. cit. en las notas anteriores.

alturas. Enlazaba con una tradición que se remonta a los primeros siglos de la cristiandad: los Padres de la Iglesia habían escrito sobre la existencia de un Derecho natural previo al Pecado y otro posterior, pero no lo identificaron con el *ius gentium*, un concepto más propio de la *iurisprudentia* romana[35]. En el seno de esa mentalidad, los autores cristianos relacionaron la pérdida de inocencia tras el Pecado Original y la malicia subsecuente con el origen de las propiedades. Esta explicación pasó al pensamiento medieval y fue acogida, entre otros, por una figura tan relevante como el canonista Graciano[36].

En las reflexiones que acabo de citar, Alberico se refirió a la Caída del hombre pero adjudicó las instituciones surgidas tras ella al Derecho de gentes, no a un Derecho natural propio de la naturaleza corrupta. Desde luego, su actitud no le llevó a afirmar que la propiedad fuera algo directamente pecaminoso, sino a indicar que la propiedad había surgido en razón de las necesidades de la nueva situación humana. Aclaraba en ese sentido que «la vida es más pacífica si las cosas se poseen de una forma particular que en común»[37]. En cualquier caso, su fundamentación denotaba escasa simpatía por la institución.

Como vemos, la jurisprudencia medieval mostró cierta inseguridad a la hora de justificar las propiedades. Desde un punto de vista, la consideró ajena al Derecho natural que postulaba la posesión común de los bienes; desde otro, entendió que, en cierto modo, sí era «de Derecho natural» por adecuarse a las necesidades comunes del género humano. Esta contradicción tal vez no lo fuera tanto para los juristas de aquellos siglos que no entendieron el *ius naturale* como un modelo ideal de Derecho, sino como un Derecho más, de varias facetas y que concurría con otros principios en la determinación de las soluciones jurídicas.

Quiero hacer una aclaración. Aunque traduzcamos como «propiedad privada» los términos latinos empleados en los siglos bajomedievales, es menester recordar que los juristas de aquellos tiempos no entendieron la propiedad de la misma forma que nosotros. El concepto

---

[35] Según O. SCHILLING «Noch eine andere wichtige Unterscheidung findet sich in der patristischen Literatur, nämlich die Unterscheidung zwischen einem Naturrecht, das dem Stand der Unschuld, und einem solchen, das dem Stand der Sünde entspricht». *Die Rechtsphilosophie bei den Kirchenvätern*, en *Katolische Rechtsphilosophie. I. Das Naturrecht in Geschichte und Gegenwart. Archiv für Rechtsphilosophie*, Bd. XVI, pág. 8. R. PIZZORNI también ha explicado que la tradición cristiana de la Patrística y la Alta Edad Media defendió la existencia de un Derecho natural primario y de otro secundario correspondientes, respectivamente, a la naturaleza humana pura previa al pecado y a la corrupta tras la caída. Cfr. *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*. Città Nuova, Roma, 1978, págs. 129-130.

[36] Cfr. J. J. MEGÍAS, *Propiedad y Derecho natural en la Historia*, cit., pág. 70. Estas nociones estuvieron vigentes a lo largo de la Edad Media, aunque no eran muy frecuentes entre los legistas. PIZZORNI cita algunos ejemplos de juristas: cfr. entre ellos el de Rufino, op. cit., pág. 148.

[37] Dedicó el último punto del comentario a la ley *ex hoc iure* a afirmar que «status magis est pacificus si possideatur res in particulari quam communis». La afirmación posee un claro matiz aristotélico, aunque el Estagirita no aparece en esas líneas. Quien sí es citado en algunas ocasiones a lo largo de la obra -no en esta cuestión- es Tomás de Aquino, aunque de forma muy esporádica.

moderno de propiedad, configurado como una manifestación puramente individual de la capacidad de apropiación de bienes, es una creación posterior[38], porque las propiedades, según el pensamiento jurídico medieval, habían manado desde las exigencias de la utilidad específicamente política. En ningún momento fueron consideradas como «cualidades morales» que correspondieran a las personas humanas. Esta mentalidad también abarcó, en buena medida, a los principales teorizadores de la jurisprudencia romanista que desarrollaron su obra a lo largo de los años del Humanismo jurídico.

III. LA SITUACIÓN EN EL SIGLO XVI

Los juristas humanistas continuaron en buena medida las tesis sobre el Derecho de gentes que el pensamiento medieval había expuesto, aunque les dieron una forma bastante más perfilada.

Precisamente el camino abierto por Bellapertica fue ampliado a lo largo de esos años. En una línea parecida a la suya, aunque sin citarlo, Uldarico Zasio (1461-1535) nos indicaba que el Derecho natural presentaba facetas distintas. Algunas de ellas hacían referencia a lo que el hombre tenía en común con los animales y a unos principios morales básicos conocidos sin necesidad de raciocinio[39]. Otra vertiente estaba formada por los principios elaborados tras algún raciocinio a partir de las costumbres de los pueblos. Este era el Derecho de gentes, que no se distinguía substancialmente del Derecho natural, sino sólo en la forma en que se creaba su contenido[40]. El *ius gentium* sería, entonces, un Derecho natural surgido del discurso de la razón, que, a su vez, presentaba dos facetas. «Dicen que este Derecho de gentes que llaman natural —escribía el alemán— se crea de dos formas. El primer modo de una

---

[38] D. WILLOMEIT ha mostrado que los significados de *dominium* y *proprietas* en la Edad Media eran bastante distintos a lo que hoy entendemos por propiedad. Cfr. *Dominium und Proprietas. Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswisenschaft*, en «Historisches Jahrbuch der Görres-Gesellschaft» 94 (1974), págs. 134 y ss. P. GROSSI considera la propiedad moderna como un «singolare archetipo giuridico, che potremmo qualificare —per ora, per intenderci, salvo poi ritornavi sopra e precisare meglio— napoleonico-pandectistico, una nozione cioè di proprietà non soltanto risolta nella appropriazione individuale ma in una appropriazione dai contenuti particolarmente potestativi». *La proprietà e le proprietà nell'officium dello storico*, en *La Proprietà e le Proprietà*. (Dir. por E. Cortese). Giuffrè, Milano, 1988, pág. 213. El vol. I (*Diritti reali e diritti di obligazioni*) del estudio de E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune* (CEDAM, Padova, 1937), sigue siendo interesante. En sus páginas vemos cómo la propiedad está consituida por diversas clases de «dominios» —directo, útil...— y dista de ser una potestad exclusiva. Vid. pág. 15 y ss.

[39] Cfr. *In aliquot Digesti Veteris Commentaria*, en *Opera Omnia*. Francofurti ad Moenum, 1590. Com. 26-29 a I, I, I, 26-29. a la *ley Iuri operam daturum*, pág. 104.

[40] «Quarta qualitas iuris naturalis, quando ratio ex communis principiis, sed non simpliciter, imo per discursum aliquem, et ex moribus populi apprehensis procedit: et ista operaria vel practica rartio, producit ius gentium non distinctum a iure naturali in ista substantia, sed in modis producendi». *Op. cit.*, com. 31 a I, I, I, pág. 104.

forma absoluta, a partir de las costumbres propias de la naturaleza, sin tener en cuenta el mal. Así, la protección de los legados, el respeto a los visitantes, los contratos, el comercio, las obligaciones, los dominios, lo mío y lo tuyo. De otro modo ocurre cuando la razón discurre y tiene en cuenta mediante los principios comunes, a las costumbres, no de una forma absoluta, sino relativa, es decir, suponiendo la voluntad depravada del hombre»[41]. Zasio quiso solucionar las dudas bajomedievales y colocó las instituciones elaboradas por la razón natural directamente dentro del *ius naturale*. De todas formas, su actitud, teñida de cierto pesimismo porque incluía figuras elaboradas en razón de la maldad del hombre, no estaba del todo clara. No explicó si el contenido del Derecho de gentes se derivaba necesariamente de la naturaleza del hombre —buena o mala— y no era posible admitir la existencia de insituciones distintas pertenecientes al *ius gentium*, o si este orden jurídico dependía de circunstancias variables; en ese último caso, lo justo natural derivaría de lo que reclamase la utilidad contingente de un caso concreto. En cualquier caso, parece que Zasio vinculó el Derecho natural a las necesidades sociales y, por tanto, a la utilidad.

Esta tendencia unificadora bajo la égida del Derecho natural la observamos en otros autores de la primera mitad del XVI. Sebastian Derrer (m. 1541) intentó en la primera mitad del siglo compendiar toda la jurisprudencia en una obra breve y, lógicamente, tuvo que incluir en ella alguna explicación sobre el *ius naturale* y el *ius gentium*. Escribió que es «Derecho natural de gentes aquello que la razón natural constituye para todas las gentes y que es conservado por igual entre todos los pueblos; fundamentalmente debido a la siguiente causa, que se constituye entre todas las gentes únicamente mediante la razón, esto es, el *intellectus*, que es natural a los hombres. Y se sigue que por ese Derecho amamos a Dios, adquirimos naturalmente el *dominium* de las cosas y nacen todas las obligaciones»[42]. Derrer fue demasiado conciso y eso hace que sus palabras resulten algo ambiguas. Pensaba que el Derecho natural era un ordenamiento racional, sólo propio del hombre y por tanto debía identificarse con el tradicional Derecho de gentes. Por eso incluyó en él instituciones que la tradición romanista había dividido entre el *ius gentium primarium* y el *secundarium*. El, en cambio, no vio dife-

---

[41] «Producitur aiunt hoc ius gentium, quod et naturale dicitur, dupliciter. Uno modo absolute, ex moribus sui natura non malis: ut est legatorum sanctio, ut sancti sunt legati, hospitum tutela, contractus, commercia, obligationes, dominia, meum et tuum. alio modo ratio discurrit, apprehendit per communia principia mores supposititie, non absolute, id est supposita prava hominum voluntate». U. Zasio, *op. cit.*, com. 32-33 a I, I, I, pág. 104.

[42] «Quod vero naturalis ratio inter omnes gentes constituit, idque apud omneis (sic) populos peraeque custoditur, ius naturale gentium est: maxime ob hanc causam sic dictum, quod ubique gentium sola ratio, id est intellectus, quae est naturalis hominum, ius et potentia illud constituat, atque sequatur: quo iure, Deos colimus, dominia rerum naturaliter acquirimus, et obligationes fere omnes nascuntur». *De iurisprudentia liber unus*. París, 1539, tit. III, pág. 35. Derrer indicaba que el tradicional Derecho natural común a hombres y animales era más bien una «naturalis affectus sive inclinatio». *Ibidem*. De esa forma, el *ius naturale* pertenecía sólo a la racionalidad humana.

rencias entre el amor a Dios —considerado durante siglos como un principio básico de la moral— y la adquisición de los dominios, porque ambos surgen de la «razón natural». Parece entonces, que Derrer no encontró especial problema en considerar al *dominium* «de Derecho natural». Cabe entender que no se refirió a la propiedad privada en sentido estricto, sino al poder general que sobre los bienes terrenos poseía el hombre. Desde Santo Tomás de Aquino a Francisco de Vitoria, entre otros, los teólogos habían entendido que tal dominio era natural, aunque podía revestir formas muy diversas[43]. Derrer no mencionó a ningún teólogo y me inclino a pensar que, en la línea de los juristas, quiso hablar de propiedad privada. Resulta llamativo que ya a principios del XVI un jurista la incluyese en el Derecho natural sin ofrecer justificaciones para ello.

Johannes Apel (1486-1536) adoptó una actitud parecida, aunque algo más matizada. Explicó que el *dominium* tenía como causa primaria el Derecho de gentes, ya que fue creada por él, pero también encontraba causas de adquisición de la propiedad privada en el Derecho civil[44]. Apel parecía seguir fielmente la tradición bajomedieval mayoritaria, pero no era así si nos atenemos a su concepción del Derecho natural. El entendía que no era «nada necesario discriminar tan ansiosamente entre Derecho natural primario y secundario»[45] pues no existían diferencias entre el Derecho natural y el de gentes[46]. Consecuentemente, no tenemos problemas para afirmar que Apel entendió que la propiedad privada «era de Derecho natural». El, en un sentido parecido a Derrer, decidió solucionar las confusiones bajomedievales provocadas por los textos romanos cortando por lo sano: Derecho natural es el producto de la razón natural y ahí incluyó tanto los «primeros principios» de la moral, como las instituciones creadas por todos los pueblos en razón de su utilidad, entre las cuales la propiedad ocupaba una posición importante. Nicolaus Reusner también escribió con bastante naturalidad que el dominio se adquiría de dos formas, una civil y otra natural, mediante la

---

[43] Vid. J. J. MEGÍAS, *Propiedad y Derecho natural en la Historia*, cit., págs. 133 y 181 y ss.

[44] «Dominium primaevum causam habet ius gentium l. ex hoc iure de iusti. et iure, verum hodie adquiritur tum iure gentium quoque civili. Iure gentium, occupatione, inventione, alluvione, traditione, etc. Iure civili, usucapione, praescriptione, legato, aditione haereditatis, arrogatione et nonnullis aliis modis (...) Dominium primaevan causam habet et unicam ius gentium: eo etenim iure introductum est l. ex hoc iure de iusti. et iure. An vero de secundaria sic dominium causas habet et ius gentium et civile». *Methodica Dialectices ratio ad iurisprudentiam accomodata*. Norimbergae, 1535, cap. III. Las páginas de esta edición están sin numerar.

[45] «Nihil necesse est inter ius naturae primaevum et secundarium tam anxium constituere discrimen». *Dialogus de studio iuris recte instituendo exercendoque interlocutores tres: Albericus, Sempronius, Sulpitius*, en *Cynosura Iuris*. Spira, 1580, pág. 186.

[46] «Connumeratis etiam duobus titulis, qui praecedunt, de iustitia et iure, et de iure nat. gent. et civil, hoc uno animadverto, inter ius naturae et gentium nullum prorsus esse discrimen». *Ibidem*.

ocupación, la accesión y la transmisión[47]. La explicación para esa «naturalidad» de los dominios puede estar en los propios textos de Derecho Romano. Al comienzo del segundo libro de las *Instituta*, está escrito que la ocupación es una forma «natural», «es decir de Derecho de gentes» de adquirir el dominio, y estos juristas debieron tener en cuenta esa reflexión. Ciertamente, se trata de una contradicción con lo expuesto en otros lugares de la Compilación, pero ya hemos visto que las explicaciones sobre el origen de la propiedad privada habían sido muy titubeantes.

Johannes Oldendorp (1480-1567), uno de los juristas humanistas más destacados, también sostuvo la *naturalidad* de la propiedad privada. Muy influido por Cicerón, consideró que el Derecho natural era propio sólo de la razón humana, aunque era preciso tener en cuenta el estado corrupto en que se encontraba la naturaleza humana tras el Pecado Original[48]. Oldendorp puso en estrecha relación el *ius naturale* con los Diez Mandamientos[49], y al estudiar el séptimo discutió las opiniones sobre el origen de las propiedades. Indicaba que, según San Pablo, el hurto estaba prohibido por la ley natural por lo que habría contradicción con la comunidad natural de todos los bienes. La respuesta del alemán fue clara: la división de las propiedades fue legítima y acorde con el Derecho natural porque era necesaria para el bienestar del hombre. Citó la crítica de Aristóteles al comunismo platónico y explicó que la comunidad de bienes era imposible debido al estado corrupto del hombre, a pesar de la opinión de ciertos «fanáticos»[50]. En ese sentido, sostuvo que la referencia de la ley *ex hoc iure* al Derecho de gentes debíamos «entenderla no sólo en el sentido de autoridad humana, sino como el sentido común o la inteligencia de los hombres, tal y como lo llama Cicerón, o como el juicio de la razón, es decir, el Derecho natu-

---

[47] «Sed dominium quidem iure duplici acquiritur: partim naturali, ut occupatione, accessione, traditione; partim civili, vel verum singularum, ut haereditate, sive ex testamento, sive ab intestato». *De iuris arte iustinianea Oratio*, en *Cynosura Iuris*, cit., pág. 12.

[48] Vid. su *Isagoge seu Elementaria Introductio ad studium iuris et aequitatis*, tit. II, págs. 3-4, en *Operae*, T. I. Basileae, 1559. Reprint de Scientia, Aalen, 1966. Oldendorp explicó que debíamos tener en cuenta la *natura* humana tras el Pecado de Adán. Cfr. op. cit. tit. II, pág. 3, de sus *Operae*, cit. Aunó esas ideas con las nociones iusnaturalistas del Corpus justinianeo y las reflexiones de Cicerón, una mixtura muy acorde con la sensibilidad humanista de la cultura protestante de esa época. Oldendorp adoptó una actitud ambigua ante el ius gentium; lo estudió en el tit. III de su *Isagoge*, pero parece que consideró que una parte era Derecho natural y otra Derecho civil: cfr. pág. 5.

[49] Vid. sobre esta actitud, O. W. KRAUSE, *Naturrechtler des sechzehnten Jahrhunderts*. Peter Lang, Frankfurt a.M.-Bern, 1982, págs. 118-119.

[50] «Statuitur igitur legitima rerum et dominiorum divisio, ut unusquisque suum habeat, sitque sua forte contentus: quod Aristoteles eleganter ac omnes Romani iureconsulti probant, reiecta falsissima opinione, quam et nunc quidam phanatici videntur amplecti, de communione rerum inter homine retinenda. Quo nihil perniciosius ad concitandam seditionem dici potest. Siquidem naturale iudicium facile sentit: fieri non posse, ut homines insatiabili quadam cupiditate corrupti, fruantur communiter omnibus rebus». Oldendorp, *op. cit.*, cit., pág. 10.

ral y divino»[51]. Por cierto, que los «fanáticos» a los que aludía este jurista debían de ser los anabaptistas, que, imbuidos por el espíritu innovador de la Reforma, promovieron cierta forma local de comunidad de bienes. Muy probablemente por los mismos motivos, Juan Luis Vives escribió un opúsculo titulado *De la comunidad de los bienes*, que estaba dedicado, significativamente, *a los habitantes de la Alemania La Baja*, y en el que negaba los fundamentos de la posesión común de las cosas. Vives veía su imposibilidad no sólo en la naturaleza caída del hombre tras el Pecado Original, sino también en la desigualdad inherente a la condición humana que impedía, con independencia de los aspectos teológicos de la corrupción ocasionada por el pecado, la vida en una comunidad perfecta e igualitaria[52].

Oldendorp mostró una actitud parecida porque vio la propiedad privada con alguna simpatía, aunque su existencia fuera debida a la naturaleza corrupta del hombre. El entendía que el Derecho natural estaba formado por dos tipos de preceptos. Los primeros son los superiores «que gobiernan todas las leyes y son inmutables»[53]. Otros preceptos son «inferiores» y mutables, «sin que esa mutabilidad se deba a un fallo que necesite corrección, porque en la naturaleza no hay fallos, sino debido a las distintas circunstancias de las cosas»[54]. En ese sentido, Oldendorp escribió que la sociabilidad del hombre pertenecía a la primera vertiente del Derecho natural y la organización de los bienes a la segunda: «La comunión de los bienes (en la medida en que pueda hacerse) debe mantenerse, para que todos los hombres disfruten de los dones de Dios. De la misma forma, no puede mantenerse una comunión absoluta de los bienes entre hombres débiles, sin que la sociedad caiga en el desorden: debe aplicarse alguna solución conveniente. De ahí que los bienes puedan distinguirse de modos diversos»[55]. Pensaba que la cues-

---

[51] «Porro ius gentium ibi intelligi oportet, non pro humana tantum authoritate, ut alibi: sed pro communi sensu seu intelligentia hominum, ut Cicero appellat, seu communi iudicio rationis, hoc est, pro iure naturali et divino». *Ibidem.*

[52] El humanista escribió que «está demostrado que esa comunidad de bienes no ha sido impuesta por ninguna ley; ahora falta evidenciar que no es realizable aun cuando fuera conveniente (...) Prescindamos de aquel estado del hombre antes del pecado que llaman de inocencia. Hablemos de esa nuestra naturaleza caída inclinada al vicio y a los males todos». *De la comunidad de los bienes (De communione rerum)*, en *Obras Completas*. Dos vols. Trad. de L. RIber. Aguilar, Madrid, 1947. Reimpr. a cargo de la Generalitat Valenciana, 1992. T. I, pág. 1420. En la pág. 1421 y ss. aludía a la desigualdad de los hombres como explicación de la división de los bienes.

[53] «Respondendum itaque sic est. Cum ius naturae sit totum naturale iudicium, multa continet, in quibus alia sunt praecepta summa, quae gubernant omnes leges et sunt inmutabilia». Oldendorp, *op. cit.*, cit., tit. VII, pág. 11.

[54] «...aliae sunt leges inferiores, quae determinationem et interdum mutationem recipunt: non propter aliquod vitium quod in ipsis sit emendandum, quoniam natura nihil habet vitii: sed ob varias rerum circunstantias». *Ibidem.*

[55] «Lex summa est: Hominem ad cognitionem Dei, et ad societatem quandam creatum esse. Item omnes res ad usum hominis datas. Item tollendum, quicquid humanam societatem dirimere possit, aut corrumpere. Hae leges supremae et immutabiles sunt. Aliae vero inferiores aut (si ita dicere libeat) specialiores censentur. Ut ecce: Communio rerum (quoad fieri potest) retinenda est, ut omnes homines omnibus Dei donis

tión de las propiedades era circunstancial y no venía preceptuada por el Derecho natural supremo; en esto no se apartó de la tradición prudencial. Realmente, esa segunda vertiente era lo que los juristas medievales habían denominado Derecho de gentes. Oldendorp lo incluyó en el Derecho natural y adoptó una postura similar a la de Bellapertica que también los unió, aunque el francés llamase al conjunto *ius gentium.*

Oldendorp indicó que la propiedad privada «era de Derecho natural» en ese segundo modo, atendiendo a las circunstancias, e hizo una puntualización importante: la comunidad de bienes «absoluta» sólo puede existir si lo dispone el Derecho civil; algunos bienes concretos —animales salvajes, peces marinos, aves— permanecen comunes y el resto pasa a integrar las propiedades[56]. La reflexión me parece de suma importancia, porque el jurista alemán negó que la inexistencia de propiedades fuese de Derecho natural: la *communis omnium posessio* carece de una justificación basada en el *ius naturale* y sólo puede ser introducida, en ciertos casos, por el Derecho civil. El punto de vista ha variado ciento ochenta grados respecto del propio de la línea mayoritaria de la jurisprudencia medieval.

François Connan, o Franciscus Connanus en la versión latinizada habitual en aquellos tiempos (1508-1551), también ofreció explicaciones justificaciones extensas para sus conclusiones sobre las relaciones entre el Derecho natural, el Derecho de gentes y la propiedad. Esas reflexiones las expuso en el primero de sus *Diez libros de Comentarios al Derecho civil.* Esta obra es un compendio del Derecho civil de base romanista y Connan dedicó el libro primero al estudio de las cuestiones teóricas que él consideraba básicas para el jurista; el Derecho natural ocupa en él una parte importante[57].

Significativamente, expuso con detenimiento la tradicional bipartición del Derecho de gentes en primario y secundario —en el que incluyó la propiedad privada—[58], pero la rechazó expresamente, porque se confesó partidario de otra manera de enfocar esta materia[59]. Explicó

---

fruantur. Item: Quoniam sine corruptione societatis absoluta communio inter fragiles homines retineri non potest: adhibenda est aliqua forma conveniens. Item distinguenda rerum dominia multis modis». *Ibidem.*

[56] «...quae vero nullam admittant communionem absolutam nisi adhibita forma civili. Ergo cum de feris bestiis, piscibus maris, avibus coeli, nullum videbatur (scilicet cum communi sensu utimur) controvertendi periculum: merito hae res et aliae id genus, communes manent, reliquae vero distinctae sunt. Et ex his apparet verus sensus dict. parargr. Sed naturalia. Institut. de iur. natura. gent. et civil.» *Ibidem.*

[57] Sobre la biografía de este jurista y sobre la estructura de su obra vid. Ch. BERGFELD, *Franciscus Connanus (1508-1551). Ein Systematiker des römischen Rechts.* Böhlau, Köln-Graz, 1968, págs. 1-45.

[58] Cfr. lib. I, cap. IV, 4-8, págs. 16 a 24, de sus *Commentariorum Iuris Civilis Libri X.* Basileae, 1562.

[59] «Atque isto modo initu visum est de iure naturali et gentium dicere, ut quam minimum possem, discederem ab inventis nostrorum, et iis omnino satisfacerent, qui illorum authoritate potius quam ratione dicuntur. Iam videamus nun aliter, et fortasse verius, hac de re dici possit. Nam multa sunt in istis quae partim falsa videantur esse, partim sunt ad explicandum difficillima...». *Commentariorum...*, cit., I, VI, 1, pág. 25. ¿Quiénes se-

que el Derecho natural tenía una doble faceta. La primera consistía en un conjunto de principios inmutables de justicia que la razón natural prescribe a todos los hombres y que no pueden ser vulnerados sin incurrir en la injusticia más radical. La otra «es la reguladora de aquellas cosas útiles para el desarrollo de la vida»[60]. «Este Derecho, continuaba Connan, versa sobre lo útil, y puede llamarse no erróneamente Derecho de gentes, pues ha sido constituido no tanto por la misma naturaleza como por el juicio de los hombres y sin embargo es una parte del Derecho natural»[61]. De una forma muy clara, Connan identificó en estas líneas una parte del Derecho natural con la utilidad. Creía que lo justo natural no estaba formado exclusivamente por principios inmutables y absolutos, sino que también podía surgir de las circunstancias históricas. El Derecho natural no era algo que el hombre pudiera conocer por la contemplación de una naturaleza humana teórica, sino que dependía del desarrollo de la vida social y, por tanto, estaba sometido a la variabilidad propia de los asuntos humanos[62].

La propiedad pertenecía a esa segunda parte del Derecho natural. Connan indicó que la «naturaleza no nos dio el dominio, sino tan sólo el uso, o el uso de nuestra posesión. Así, cualquiera que cogiera algo en el cielo, en el mar o en la tierra, lo hacía suyo para poder usarlo, no porque hubiera nacido un *dominium* sobre esa cosa, sino porque había surgido posesión»[63]. Por tanto, la propiedad privada la instituyó el Derecho de gentes «para una mayor protección de las cosas» y para poder subvenir las necesdades de los hijos en caso de fallecimiento, ya que, si no existen propiedades privadas, no podrán heredar nada[64]. Con-

---

rían los «nuestros» a los que se refirió en estas líneas? Muy probablemente los componentes del *ius commune* que, de forma mayoritaria continuaban apoyando esa división del Derecho natural y del de gentes.

[60] «Quod ad naturale attinet, bipartita mihi videtur eius induci posse ratio: Una quidem iustorum et iniustorum lex est, nullo vel tempore vel loco mutabilis ... Nec possunt vel populorum iussa vel principium constitutiones, vel iudicium sententiae ius hoc perfringere aut mutari; quia sine iniustitia non potest violari (...) Altera moderatrix earum utilitatum est, quae sunt ad vitam degendam necesariae». Franciscus Connanus, *Commentariorum...*, cit., I, VI, 4, pág. 27.

[61] «Ius est quod in utilitate versatur (...) quod, nisi fallor, non inscite ius gentium vocabitur: quod non tam natura ipsa, quam hominum iudicio constitutum sit et tamen iuris naturalis pars est». Ibidem. Cfr. sobre esta bipartición, cfr. C. von KALTENBORN, *Die Vorläufer des Hugo Grotius auf dem Gebiete des Ius naturae et gentium sowie der Politik im Reformationszeitalter*. Leipzig, G. Mayer, 1848. Reprint de Antiquariat Sauer et Auvermann, Frankfurt a.M., 1965, pág. 429; O. KRAUSE, *Naturrechtler des sechzehnten Jahrhunderts*, pág. 19. Ninguno de los dos extrae conclusiones especiales de la identificación que hizo Connan entre utilidad-Derecho natural.

[62] Cfr. F. CARPINTERO, *Sobre la génesis del Derecho natural racionalista...*, cit., pág. 288. Cfr. también su estudio «Historia y justicia, en los juristas de formación prudencial», en *Anuario de Filosofía del Derecho* IX (1992), pág. 363.

[63] «At in nullus rebus, ne in his etiam, natura nobis dominium dedit, sed usum tantum, aut usus nostri causa possessionem. Itaque quod sibi quisque caelo, mari, terraque ceperet, suum faciebat eatenus, ut eo uti posset, non ut eius dominium nancisceretur, sed possessionem». *Commentariorum...*, cit., I, VI, 9, pág. 30.

[64] «Sed hoc ius dominii ad maiorem rerum custodiam, et futurae necessitatis subsidium, communis postea omnium nationum consensus excogitavit. Quod si ita est, ne libero-

nan reconocía que no había ningún precepto de Derecho natural estricto que ordenase una regulación específica de los *dominia*: era perfectamente lícita la existencia de la posesión común[65].

El jurista francés no afirmó que la *communis omnium possessio* fuera «de Derecho natural». Se limitó a decir que la «Naturaleza» —no hablaba de Derecho natural— no estatuyó los dominios. Ciertamente, es posible identificar en esa idea la presencia de la tesis secular acerca de la común posesión de todos los bienes, pero sin poseer el especial valor jurídico del que estaba investido el *honestum*.

Pierre de la Grégoire, Petrus Gregorius Tholosanus en forma latinizada (1540-1597 o 1617), fue un jurista humanista también muy aficionado a las teorizaciones. Siguió el camino iusnaturalista marcado por Connan y llevó esa forma de pensar hasta sus últimas consecuencias. Escribió que «no todas las cosas que son naturales son incorruptibles o inmutables. (...) Y en el Derecho natural observo que es inmutable mientras que permanezca el Derecho, esto es, mientras que lo justo natural tenga razón y equidad, por las cuales se conoce lo justo: por el contrario será mutable, cuando las mencionadas columnas de la razón y la equidad disuelvan lo justo. Lo que ocurre cuando las causas que la equidad estatuía comienzan a disminuir y ser superadas por una equidad mayor, debido a nuevas causas: así lo que antes había sido útil, comienza a ser nocivo y pernicioso por otro motivo»[66]. Es necesario tener presente que en este contexto jurisprudencial, la *ratio* aparece como una «causa jurídica», un bien o una finalidad que reclama la atención del hombre. Consecuentemente, Tholosanus —y también Connan— estimaron que las necesidades sociales contienen bienes que justifican las acciones y disposiciones que conduzcan a su realización. Conviene no olvidar que Grégoire también afirmó la existencia de principios de Derecho natural cuya justicia no es afectada por los cambios circunstanciales. De todas formas, aclaró

---

rum quidem successio imputari potest, quae facit eos amemus, et charos in primis habeamus, non ut eos haeredes relinquamus, cum ea nihil proprium nobis dederit, quod ad filios transferri posset». *Commentariorum...*, I, VI, 9, pág. 31. Ch. Bergfeld sostiene claramente que Connan fundamentó la propiedad privada en el Derecho de gentes no en el Derecho natural. Cfr. *op. cit.*, pág. 92.

[65] «Ut non vitandum sit, quod in ipsum aliqua sit legum potestas, cum salvo naturae iure mutari queat, et pro eorum qui praesunt, arbitrio variari. Nam et rerum dominia quidem adhunc populi dicuntur non esse, quibus omnia sunt inter ipsos communia». *Commentariorum...*, I, VI, 5, pág. 27.

[66] «Neque naturalia omnia quae sunt incorruptibilia et immutabilia sunt (...) Atque in iure naturale et illud observo, ius naturale esse inmutabile, quamdiu ius remanet, hoc est, quandiu iustum illud naturale habet rationem et aequitatem, quibus iustum dicitur: verumtamen et mutabile erit, quando subductis columnis ratonis et aequitatis, iustum dissolvitur. Quod accidit, quando rationes, quae aequum statuebat, aliis subortis causis novis, incipiunt minui, et superantur alia maiori aequitate: ut si quod antea prodierit, alio adminiculo incipiunt esse nocivum et perniciosum». P. G. THOLOSANUS, *Syntagma iuris universi, atque legum pene omnium gentium, et rerumpublicarum praecipuarum, in tres partes digesta*. Lugduni, 1582. P. II, lib. Xi, cap. I, 7 y 8, pág. 148 del vol. I.

que no había una diferencia radical entre ambos órdenes, tan sólo una «diferencia de razones» entre ambos[67].

Al igual que Connan, Tholosanus concedió a las circunstancias una importancia grande: un cambio en los elementos del caso supone la aparición de una «razón natural» más potente[68]. Consideró que las fronteras entre el Derecho natural, el Derecho de gentes y el Derecho positivo eran muy imprecisas porque toda regulación que fuera útil para resolver un problema social era justa y, en su opinión, Derecho natural. Connanus escribió sobre el Derecho natural «útil» para referirse a instituciones que la tradición romanista había entendido comunes a toda la humanidad, pero Tholosanus afirmó expresamente que el Derecho civil propio de un pueblo también contiene razones de Derecho natural[69]. Grégoire pensaba que, siempre que hubiera alguna razón de justicia —vinculada a una necesidad común a todos los hombres o propia de un pueblo, inmutable o variable, eso daba igual— estaba presente el *ius naturale*[70]. Así, Tholosanus consideró que todas las figuras que el *ius commune* había considerado como introducidas por el Derecho de gentes eran naturales. La propiedad privada estaba entre ellas y el jurista francés se interesó específicamente por la cuestión. Reconoció que existía contradicción entre afirmar que la posesión común de todos los bienes es de Derecho natural y la existencia evidente de propiedades particulares; máxime cuando los textos de Derecho Romano afirmaban que el *ius naturale* era inmutable[71]. La respuesta a esta cuestión resulta clara si nos atenemos a las tesis iusnaturalistas del francés: lo natural dependía —en buena medida— de las situaciones sociales concretas y éste sería el caso de los «dominios».

Grégoire pensaba que la común posesión de todas las cosas había

---

[67] «Et ideo ius illud naturale in eo gentium est, non autem naturale simpliciter, quia non in omnibus aeque consentiunt. Et latius ius naturale quam gentium eiusdem tamen naturae, se alia ratione aliquibus bonum est naturale, quod aliis eadem ratione naturali, non expedit: et tamen pro rationum varietate, utrisque naturale illud ius». *De iuris arte, methodo et praceptis*. Lugduni, 1583. Cap. III, 11, págs. 57-58.

[68] «Ei in similibus iudicia, in quibus videbis, mutato vel alterato subiecto, cui ius latum et datum est, et ius quidem alterari et mutari, alia naturali et potentiori ratione. Et sic, ut ait Achilles apud Euripidem, rationes rationibus antiquantur vel superantur». *De iuris arte...*, cap. VII, 9, págs. 136-137. En el mismo sentido escribió que «Quinimo et illud certum est, alia naturali et fortiori ratione, aliam naturalem vinci tollique posse infirmiorem». *Praeludia optimi iurisconsulti probique magistratos*. Lugduni, 1583. Lib. III, cap. VII, pág. 382. Más adelante añadía: «Sic orta vel addita maioris ponderis ratione naturali, minor, etsi prima, a minori excipitur confunditurve». *Ibidem*.

[69] «Indeque ius civile, quod proprium cuiusque civitatis, hoc est, quod maxime conformatum est ritibus, et moribus receptis in civitate, partim cum iure naturae consentit, veluti cum fermento aequitatis, et iustitiae et iuris, unde tamtum iustum: nec tamen per omnia ei inserunt, id est, non omnino secundum universalen aequitatem naturalem statuit. Necessitas quippe societatum, interdum iubet ab ea aequitate deflectere». *Syntagma...*, cit., p. II, lib. XI, 9, pág. 149.

[70] Sobre esta interpetación cfr. F. CARPINTERO, *Historia y justicia en los juristas de formación prudencial*, cit., pág. 364. Sobre la actitud de la mentalidad jurídica prudencial sobre el Derecho natural vid. del mismo autor, «Nuestros prejuicios acerca del llamado 'Derecho natural'», en *Persona y Derecho* XVII (1992), págs. 163 y ss.

[71] Cfr. *Praeludia...*, cit., lib. III, cap. IV, pág. 358.

de ceder a la propiedad particular si alguna razón así lo aconsejaba[72]. Y ello porque «la naturaleza hizo todas las cosas comunes, pero no para que permaneciesen así perpetuamente, sino para que cualquiera extrajese y tomase de lo común y por eso es más correcto decir que hizo todas las cosas de nadie en particular, que comunes para todos»[73]. La aclaración me parece interesante, porque observo una tendencia a considerar que la propiedad privada es el «estado natural» en el que deben estar las cosas; la posesión común no es otra cosa que un expediente para facilitarla. Tholosanus resultó ser bastante «moderno» en este aspecto, porque Locke, como luego veremos, dirá algo parecido.

El jurista francés, sin embargo, llevó a cabo otras declaraciones que matizan esa impresión. Lo que él quería decir es que sería absurdo entender que la *communis posessio* impidiera la propiedad privada; se trataba sólo de procurar lo que fuese más útil[74]. En este caso, Grégoire consideró que el hombre era un ser social por naturaleza[75] y esa tranquilidad se ve favorecida por la propiedad privada. Ello se debe a que no todos trabajarán por igual, algunos descuidarán sus asuntos... En suma, la comunidad de bienes es muy difícil de mantener[76].

La causa de los dominios estaba, por tanto, en la utilidad que reportaban, no en las prescripciones de una supuesta ley natural. De todas formas, la querencia hacia una defensa especial de la propiedad privada es acusada. Tholosanus parece ser el primer jurista que fundamentó claramente la propiedad privada en el Derecho natural, aunque la verdad es que su labor consistió en explicitar una idea que estaba presente hacía ya algunos años. Su actitud podía suponer la sacralización de la institución debido al prestigio que supondría calificarla de «natural». Esta impresión, sin embargo, no responde enteramente al pensamiento de Tholosanus, si nos atenemos a la noción de *ius naturale* que defendió: un Derecho mutable según las circunstancias humanas muy lejos de ser un orden eterno y sagrado. Desde su punto de vista, afirmar que la propiedad privada era de Derecho natural no quería decir que siempre fuera a serlo ni que esa justicia obedeciese a una ley inexorable.

---

[72] «Nam communis omnium possessio, ita tamen ut occupanti cedat, rationem habere debet». *De iuris arte...*, cit., cap. V, 9, pág. 114.

[73] «Fecit natura omnia communia, sed non ut perpetuo et semper communia essent, sed ut quilibet inde, velut ex communi, hauriret et caperet, et potius fecit omnia nullius, singularis scilicet, quam commnunia». Loc. cit., pág. 115.

[74] «Neque quis potest iuste contendere, ita res factas communes esse a Deo, ut nullius unquam essent, nam hic implicatur contrarietas commune esse, et neminem posse eo uti: commune namque non esset, sed semper nullius remaneret». Loc. cit., pág. 116.

[75] Cfr. *Praeludia...*, cit., lib. III, cap. V, pág. 369.

[76] Cfr. *op. cit.*, lib. III, cap. V, págs. 371-372. Tholosanus remitió a la *Política* de Aristóteles para las críticas a la común posesión de los bienes. Vid. Lib. II, cit. Esas explicaciones eran comunes entre los componentes de la Segunda Escolástica del XVI, que también las extraían del Estagirita. Los argumentos que Francisco de Vitoria, por ejemplo, adujo para justificar la utilidad de la propiedad eran muy similares. Cfr. J. J. MEGÍAS, *Propiedad y Derecho natural en la Historia*, cit., pág. 189. La diferencia radica en que el dominico entendía que la propiedad privada no era de Derecho natural.

Esta identificación de una parte del Derecho natural con la utilidad no es sorprendente, porque para la tradición prudencial de la Baja Edad Media, la *utilitas* era uno de los criterios básicos para justificar las leyes. Así lo proclamó Santo Tomás, cuando escribía que «el fin de la ley humana es la utilidad de los hombres, como dice el jurisconsulto. Y por eso Isidoro puso tres condiciones de la ley: que esté de acuerdo con la religión, en cuanto es proporcionada a la ley divina; que convenga a la disciplina en cuanto es proporcionada a la ley natural; que promueva el bienestar público, en cuanto es proporcionada a la utilidad humana»[77]. Esta cita de Tomás se refiere a la ley y no al Derecho, pero creo que expresa con claridad la actitud medieval frente a esta cuestión.

Como vemos, Tomás no identificó enteramente la ley natural con la utilidad: ésta no debía contravenir los «primeros principios de la razón práctica», pero al ladode estos principios incluyó en el ámbito del Derecho natural determinadas instituciones convenientes para la vida social. Me parece, entonces, que la conclusión a la que llegan los romanistas del XVI es una consecuencia lógica de la mentalidad existente en los siglos bajomedievales.

Se trataba, desde luego, de una utilidad basada en criterios objetivos. Los juristas del Derecho común entendían que había situaciones con exigencias que el hombre no podía dejar a un lado si quería hacer justicia. En buena parte de las ocasiones, esas exigencias se referían a la mejora de las condiciones de la vida, a la paz social, a una mayor comodidad... en suma, a conseguir una mayor utilidad para los hombres. Estos autores consideraron, siguiendo la tradición aristotélica en la que ellos se insertaban, que el hombre es un ser social por naturaleza; por eso, la propiedad privada, o los contratos, en la medida en que resolvían problemas planteados por la convivencia, eran útiles y, por ende, de Derecho natural. Poco importaba, en ese caso, que las necesidades variasen según el tiempo y el lugar: los juristas estaban para solucionar problemas concretos, y debían tener en cuenta las circunstancias en las que desempeñaban su labor.

Por eso, la justicia natural también venía dada, en parte, por las circunstancias. Cabe hablar, entonces, de cierto «utilitarismo» iusnaturalista, aunque, claro está, sea muy distinto del utalitarismo desarrollado en Europa a partir del siglo XVIII[78]. Es necesario recordar que no eri-

---

[77] «Finis autem humanae legis est utilitas hominum; sicut etiam Iurisperitus dicit. Et ideo Isidorus in conditione legis, primo quidem tria posuit; scilicet quod religioni congruat, inquantum scilicet est proportionata legi divinae; quod disciplinae conveniat, inquantum est proportionata legi naturae; quod saluti proficiat, inquantum est proportionata utilitati humanae». *Summa Theologica*, cit., I-II, q. 95, a. 3, resp. La referencia a S. Isidoro, un recopilador más que un autor original, es importante porque muestra que la idea era ya antigua y muy extendida.

[78] A. QUINTON, por ejemplo, nos explica que el utilitarismo se compone de dos principios básicos: el consecuencialismo, que permite juzgar la acción y el hedonismo. Cfr. *Utilitarian Ethics*. Duckworth, London, 1989, pág. 1. Quinton sitúa el origen de esta forma de pensar en Bentham, con Hume como antecesor directo. Por otra parte, niega

gieron a la utilidad en el criterio único de la justicia. Los juristas del Derecho común, Connan y Grégoire también, afirmaron claramente que la faceta del *ius naturale* vinculada a lo útil no podía contravenir los principios de lo «honesto», es decir los primeros principios de la razón práctica, que todos coincidían en entender indeclinables. Este «utilitarismo romanista» tenía una clara raiz aristotélica. Connan y Tholosanus conocían bien la filosofía práctica del Estagirita y las reflexiones que hicieron sobre el Derecho natural siguieron de cerca el espíritu de la Etica a Nicómaco, no sólo lo referente al *dikaion physikon*, sino a la noción de *praxis* en general[79].

Ante las afirmaciones de estos juristas franceses podemos preguntarnos dónde encontraban exactamente los criterios para determinar lo útil. Ciertamente no en el interés puramente individual, porque no hay indicaciones en ese sentido a lo largo de sus páginas. Ellos pensaban que lo útil era lo que interesaba a una sociedad concreta en un momento dado, pero no ofrecieron fórmulas acabadas para ello porque parecían entender, en una línea aristotélica, que las cuestiones prácticas no podían resolverse a priori. Cada sociedad, ante los problemas que le resultasen más acuciantes debía dar respuestas y, si esas respuestas resultaban eficaces, estos juristas afirmaban que «eran de Derecho natural». Desde el punto de vista aristotélico, la justicia de tales opciones sólo podía conocerse tras la aparición de una necesidad y la elaboración de una respuesta adecuada a esa necesidad y, por eso, el concepto de Derecho natural que presentaron estos juristas tuvo un carácter considerablemente inseguro. Desde luego, podemos reprocharles que su argumentación fuese un tanto vaga, porque tal y como plantearon el concepto de útil —y, por tanto, de Derecho natural— podía revestir formas muy variadas y discutibles. Sin embargo, esa indeterminabilidad era algo asumido, porque sólo pretendieron indicar que la justicia estaba vinculada a las circunstancias realmente existentes y no a la seguridad que proporcionaban las reflexiones teóricas.

IV. UNAS TESIS MÁS TRADICIONALES

Jean Coras (1513-1572), otro jurista teorizador importante, prefirió mantener la separación entre Derecho de gentes y Derecho natural.

---

la existencia de utilitarismo en el mundo medieval; lo cual es cierto si se le da el sentido estricto que él emplea.

[79] Vid. sobre el Derecho natural, *Etica a Nicómaco*. Trad. de J. Pallí. Gredos, Madrid, 1993, lib. V, 1134b 20-1135a 15, págs. 254-255. Sobre el Derecho natural aristotélico es importante el estudio de J. Ritter, *'Naturrecht' bei Aristoteles. Zum Problem einer Ernuerung des Naturrechts*. W. KOHLHAMMER, Stuttgart, 1961. En la pág. 16 esribe que «statt an der menschlichen Natur mit der Praxis auch alle Pflichten und jedigles Recht wie die politischen Ordnungen herzuleiten, geht Aristoteles von der gegebenen politischen Wirklichkeit aus». Sobre la praxis aristotélica en general vid. F. INCIARTE, *Sobre la verdad práctica*, en *El reto del positivismo lógico*. Rialp, Madrid, 1974, per totum.

Mantuvo la existencia de un Derecho natural, común a hombres y animales[80] y de un Derecho de gentes dividido en dos; uno, que contenía principios éticos fundamentales —amor a Dios, piedad, etc— y otro, el *ius gentium secundarium*, que fue introducido por las exigencias de la vida y en razón de las necesidades humanas, aunque era en cierto modo repugnante a la naturaleza. La propiedad privada estaría incluida en ese Derecho de gentes, ya que, aunque no la mencionó expresamente, Coras entendió que según el Derecho natural «todas las cosas eran comunes»[81].

Joachim Hopper (1523-1576), quizá el más filósofo de los juristas del XVI, mostró una actitud un tanto titubeante al estudiar estos problemas. En su *De iuris arte* dividió el Derecho de gentes en «primario» y «secundario». El primero estaba compuesto por los principios básicos de la moral, mientras que el segundo era un producto del *arte* surgido ante las necesidades humanas; es, por tanto, una creación humana y no una realidad natural. A él pertenecían los contratos, la propiedad privada y otros institutos necesarios para la vida social. Aclaraba que este Derecho podía llamarse también civil[82].

Sin embargo, no todo era tan claro. Hopper, como era habitual, explicó que la «razón natural» era la autora del Derecho de gentes que introdujo las compraventas o los testamentos. Por lo demás, dedicó consideraciones bastante extensas a unos principios que llamó «naturales» en su obra más acabada, el *Seduardus* o *De Vera Iurisprudentia*. En esas páginas explicó que lo natural era la vida en una comunidad política, la familia..., y que había un conjunto de principios que dependían en muchas ocasiones de factores históricos y, por eso, cambiantes. En suma, se trataba de la vida cotidiana del hombre, de la cual el legislador y el jurista debían extraer los criterios necesarios. Las necesidades surgidas de esas situaciones serían también «naturales».

No debía estar muy seguro porque no quiso dar una respuesta taxativa a estas cuestiones. En el mismo *Seduardus* escribió sobre unos

---

[80] Cfr. *De iure civili in artem redigendo*, pars II, cap. III, pág. 67, del vol. I del *Tractatus Universi Iuris, Duce et Auspice Gregorio XIII Pontifice Maximo, in unum congesti*. Venetiis, 1584.

[81] «Quod vero secundarium, nominari volunt non statim ab initio, simul atque rationem Deus insenit animis hominum, ita fuit, sed usu exigente, et ex humani convictus necessitate, postea introductum est natura etiam quodammodo repugnante, ut bella, servitutes, et contractus, naturali siquidem iure, omnia communia erant, omnes homines aequales liberique nascebantur». *De iure civili in artem redigendo*, cit., pars. II, cap. V, pág. 67.

[82] «GENTIUM ius est, quod solis et omnibus hominibus convenit, originem suam ducens a principiis divinis, et a recta naturalique ratione (...) Plane quoddam est etiam ius gentium, quod ab externis principiis oritur, quodque a Philosophis Civile dicitur, quia scilicet arte, non natura consistit: verum a Iureconsultis ideo Gentium appellatur, quia omnibus ut plurimum gentibus commune est: ut dominiorum distinctio, commerciorum et bellorum ratio, constitutiones civitatum: nam ea et similia, usu ubique exigente, et humanis necessitatibus requirentibus, introducta est». *De iuris arte* libri tres. Lovanii, 1555, lib. I, págs. págs. 62-63. HOPPER citaba aquí expresamente la ley *ex hoc iure* del *Digesto*.

principios intermedios entre los naturales y los civiles que, en su opinión, formaban el «Derecho de gentes secundario»; a él pertenecían la propiedad privada o los contratos. Este Derecho no es natural porque no está «ínsito» en la naturaleza humana, sino que fue creado por el Derecho de origen humano; no es Derecho de gentes primario porque éste fue dado a los hombres antes del Pecado original, y el secundario fue creado después del Pecado; en fin, no es civil, porque el civil es propio sólo de una comunidad política concreta, mientras que el *ius gentium secundarium* es común a todos los pueblos[83]. La referencia al Pecado Original enlaza con la tradición cristiana a la que me referí en las alusiones a Alberico de Rosate[84]. Es menester recordar también que algunos juristas de formación humanista, normalmente en el ámbito protestante, habían escrito sobre la naturaleza humana corrupta y el Derecho natural que surgía de esa situación.

El era consciente de la confusión que estas divisiones originaban y declaró que, frecuentemente, todo el Derecho que no perteneciese estrictamente al *ius civile*, es decir que no fuese exclusivo de una sociedad, solía ser calificado de natural[85]. No quiso decantarse: El Derecho de gentes secundario está entre el civil y el natural. En consecuencia, la utilidad no estaría incluida en el ámbito del Derecho natural, pero tampoco totalmente ajena al mismo. La propiedad privada ocuparía esa posición un tanto ambigua. Hopper indicaba al respecto que el *dominium* o *proprietas* no «es ciertamente natural, sino que existe después del pecado; no surgió por una razón interna, sino externa, para evitar las discordias que provoca la común posesión y para que los cultivos fueran desarrollados más diligentemente, porque de ordinario las cosas comunes se descuidan y para que los deseos del hombre se satisfagan al te-

---

[83] «S. Media principia inter naturalia et civilia quaenam sunt? G. Quae ingenio humano apud omnes ubique gentes post peccatum constituta, secundarii gentium vulgo vocantur, ut distinctiones dominiorum, commercia, bella, et eiusmodi (...) S. Quomodo distinguuntur a jure naturali? G. Quia cum jus naturale generali nomine sit, quod in natura est insitum; haec iura non natura, sed arte constituuntur. Et cum specialiter jus naturale vocetur, quos omnibus animantibus est commune, haec humano generi sunt propria. S. Quomodo a jure civili? G. Quia cum ius civile cuiusque proprium sit civitatis, hoc apud omnes ubique gentes obtinet. S. Quomodo a iure gentium primarium sit, quod homini a Deo ante peccatum est insitum, hoc ingenio, et arte humana post peccatum est constitutum». *Seduardus, sive De Vera Iurisprudentia ad Regem Libri XII.* Lib. III, tit. XLVIII, pág. 189. He manejado la edición de Hermann Conring, Brunsvigae, 1646. En una obra que podemos considerar un esbozo del *Seduardus*, ya había escrito: «Principia mixta ex naturalibus et civilibus quaenam sunt? P. Quae iuris gentium secundarii dicuntur, unde distinctiones dominiorum, rerum commercia, testamenta, et alia eiusmodi sunt profecta, qaue post peccatum exstitere». *In Veram Iurisprudentiam Isgoges ad filium libri octo.* Coloniae, 1580. Lib. I, tit. XXXI, pág. 306.

[84] Hopper debía conocer esta tradición porque era un jurista bastante culto, pero no citó a ningún Padre de la Iglesia al tratar esta cuestión. Tampocó mencionó a los juristas medievales.

[85] «Ad civilia igitur principia nunc transito. P. Haec sunt quae ingenio humano constituta, cuiusque propria sunt civitatis, cuius respectu saepe alia omnia, quae iuris gentium primarii et secundarii sunt, vel cum belvis nobis communia, naturalia dicuntur». *In Veram Iurisprudentiam Isagoges...*, cit., lib. I, tit. XXX, págs. 305-306.

ner cosas propias»[86]. Las explicaciones son muy similares a las que expuso Tholosanus o a las de los teólogos de la Segunda Escolástica. Hay, no obstante, matices que separan las actitudes de ambos juristas. Para el holandés, la propiedad privada sería en última instancia fruto del pecado y sólo podemos justificarla debido a las circunstancias presentes que vive el género humano: es un mal menor[87]. Tholosanus, en cambio, no mostró una visión tan pesimista, sencillamente afirmaba que era más sensato tener propiedades privadas que no tenerlas y no las veía como producto de la naturaleza depravada del hombre. En este aspecto, la tesis del romanista francés parece más «moderna», porque pretendió atribuir directamente esta institución al Derecho natural y alejar de ella los recelos que habían sentido los civilistas bajomedievales.

Esa desconfianza siguió en algunos autores de la segunda mitad del XVI. Albertus Bolognetus (1536-1585) no creyó que fuera adecuado calificar como justo natural aquello que, en su opinión, era de Derecho de gentes, y, por tanto, exclusivamente humano[88]. El sostenía que el Derecho natural era la «honestidad» y la justicia, es decir, lo bueno y justo con independencia de cambios circunstanciales. En cambio, el Derecho de gentes se ocupaba de la utilidad[89].

El autor de las *Disputationes* fue claro: el Derecho se divide en natural y positivo; éste a su vez, en Derecho de gentes y civil. Como era habitual en la tradición romanista también dividió el Derecho de gentes en *primaevum* y *secundarium*, pero a diferencia de lo que afirmaron otros autores —como Hopper y tantos autores bajomedievales— la manifestación *primaria* de este orden jurídico no está formada por los *prima principia* de la moral, sino por la situación propia de la «Edad de oro»: la inexistencia de propiedad privada o la ausencia de obligaciones[90]. Esa situación cambió y surgieron instituciones como la

---

[86] «Quid est dominium? P. Proprietas ex antiqua ocupatione, et rerum distinctione orta, quae non quidem naturales est, sed post peccatum extitit: non interna quidem, sed externa ratione, discordiae, quam communio parit, vitandae causa et diligentioris culturae gratia, quoniam communia fere negliguntur, et ut cupiditate hominis quoque modo fiat satis, dum Proprium habere videtur». *In veram Iurisprudentiam Isagoges...*, cit., lib. IV, tit. IX, pág. 465. Hopper no aclaró demasiado el origen de las propiedades, y no sabemos si quiso decir que surgieron de la ocupación inicial o de un pacto por el que fueron divididos los bienes.

[87] Schilling explica que muchos de los componentes de la Patrística no fundamentaron la propiedad privada en el pecado, a pesar de sus consideraciones sobre la naturaleza caída y su relación con el *ius naturale*. Cfr. *op. cit.*, págs. 9-10.

[88] Cfr. *De lege, iure et aequitate disputationes*. Witebergae, 1594. Cap. XXII, 14, pág. 459.

[89] «Quare ut in primo honestas potissimum et jutitia inspicitur, ita in hoc utilitas maxime attenditur». *De lege, iure,...*, cit., cap. XXIII, 3, pág. 464.

[90] «Primaevi iuris ea sunt, quibus homines primo illo aevo utebantur, anteaquam ex naturali, qui tunc erat, statu aliquid mutassent. Quo tempore servabantur haec omnia, communis rerum posessio, una omnium libertas, concubitus promiscui, adquisitio eorum, quae in coleo, terra, marique nascuntur». *De lege, iure...*, cit., cap. XXIII, 5, pág. 466. Observemos que la adquisición de los productos del mar, la tierra y el cielo es «natural».

propiedad privada[91]; el «Derecho de gentes secundario» recogería las instituciones creadas por el hombre tras la desaparición de esa primera época[92].

Connan también había sostenido que la propiedad privada no había surgido en los primeros momentos de la Historia humana, aunque no había explicado cuando tuvo lugar exactamente. En cualquier caso, era un producto del Derecho de gentes, que él incluyó en el *ius naturale*. Podríamos interpretar que, desde su punto de vista, la inexistencia de propiedades era también Dereho de gentes, porque se adecuaba a las necesidades de la época primigenia.

Bolognetus polemizó abiertamente con Connanus por esa caracterización del *ius gentium*. El cardenal opinaba que el jurista francés había interpretado erróneamente a Aristóteles y había considerado como *ius naturale* lo que es simplemente cómodo para la humanidad en un momento dado[93]. Bolognetus creía que el Derecho natural se limitaba a los principios que son justos en sí mismos y entendió perfectamente lo que pretendió enseñar el jurista galo.

Bolognetus conocía, lógicamente porque era un jurista cultivado, las afirmaciones de Aristóteles acerca de la mutabilidad del Derecho natural[94], pero las interpretó de una forma particular. Afirmó que la variación inevitable de los asuntos humanos sólo llevaría al cambio en las circunstancias vitales a las que se aplican los principios de Derecho natural, pero no al cambio de estos preceptos, porque son inmutables[95]. Esta reflexión resulta llamativa, porque guarda cierta semejanza con las actitudes desarrolladas en la fase tardía de la Segunda Escolástica. Según las tesis de autores como Luis de Molina o Francisco Suárez, el Derecho natural no varía, sólo cambian las circunstancias que determinan cuál debe ser el precepto natural aplicable.

---

[91] «Etenim loco illius universalis communionis distinctio dominiorum succesit, loco libertatis». *De lege...*, cit., cap. XXIII, 5, pág. 467.

[92] «In secundario vero duos adhuc species distinguo (et hanc postremam statuo iuris divisionem) nam aut commune aut proprium est. Commune ea continet, quibus omnes gentes utuntur: cuiusmodi sunt ea, quae proxime commemoravimus, soletque hoc ius praecipuo quodam vocabulo ius gentium appellari. Proprium vero est, quod quisque sibi populus constituit, atque in nostris legibus passim ius civile dicitur». *De lege...*, cit., cap. XXIII, 7, págs. 467-468.

[93] El boloñés consideró equivocado a Connanus al decir que «cum naturalia iura mutari posse concessit, de iis loquatur, quae naturali iudicio ad humanae vitae utilitatem hominum adinvenit consensus, ut sunt bella, societates, locationes, et alia eiusdem generis: at non idem de iis sentiat, quae justotum et injustorum distinctionem habent, et quae sola nos in praesentia juris naturalis appellatione complectimur: haec enim Aristotelem immutabilia existimasse affirmat». *De lege, iure...* cit. cap. XXVI, parágrafo 8, pág. 509. Para el italiano, en cambio, está muy claro que «ea quae ad utilitatem spectant, et ab hominum arbitrio pendent, disjugit Aristoteles ab iis, quae naturalia justa sunt». *Ibidem.*

[94] Cfr. *De lege...*, cap. XXVI, 7, pág. 509.

[95] «Ut mutari quidem ac cum temporibus et personis variari ea possint, ad quae naturae praecepta applicantur, sed praecepta ipsa naturaliaque jura (ut recte ait Iustinianus in d. 4 penult.) firma semper atque inmutabilia permaneant». *Op. cit.*, cap. XXVI, 6, págs. 507- 508.

Efectivamente, teólogos como Suárez, desligaron el Derecho de gentes, que atendía a la utilidad, del Derecho natural ya que no podía derivarse de una forma «necesaria» de los principios de Derecho natural[96]. Esta rigidez de los últimos escolásticos fue la que quedó para el recuerdo de la filosofía prudencial del XVI. En los primeros inicios del XVIII, Jacobus Fridericus Ludovicus explicaba que los escolásticos sólo hablaron de actos buenos o malos *per se ac sua natura* y relegaron al Derecho positivo las acciones moralmente indiferentes[97]. Los teólogos escolásticos de la última generación no tuvieron en cuenta el papel de las circunstancias y de la utilidad como generadora de una justicia que podía ser considerada «natural». Ellos consideraron que todo lo que no fuera justo de una forma necesaria —es decir sin tener en cuenta los datos mutables del caso concreto— pertenecía al *ius positivum*, al campo del arbitrio humano. Bolognetus no era un teólogo pero sí conocía algunas de sus doctrinas. Citó a Tomás de Aquino y, dentro de la Segunda Escolástica, a Domingo de Soto, pero, en este caso los dejó a un lado y prefirió decantarse por las opiniones sobre la *necesariedad* del Derecho natural de los más tardíos Molina y Suárez. En la línea de esos escolásticos, no identificó utilidad y Derecho natural. Por eso, Bolognetus incluyó la propiedad privada en el Derecho de gentes. Las causas que expuso para justificar su origen no eran nuevas: explicó que había cosas que la naturaleza mandaba o prohibía y otras que simplemente permitía; en ese caso, el hombre podía introducir instituciones

---

[96] SUÁREZ escribió que «para que el Derecho de gentes se distinga del natural, es necesario que, aun suponiendo tal materia, no se siga por una deducción menos cierta, de tal manera que el que decida, más que la necesidad sea la libre voluntad humana y la conveniencia moral». *De legibus*, lib. II, cap. XVII, 9, pág. 183. Tratado de las leyes y de Dios legislador. Trad. de J. R. EGUILOR. Edición bilingüe del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967. Más adelante declaraba que el Derecho de gentes era «sencillamente positivo humano». Tratado de las leyes..., cit., lib II, cap. XIX, pág. 188. Hay que reconocer que la actitud de los escolásticos españoles respecto del Derecho de gentes fue algo contradictoria. Francisco de Vitoria unas veces lo consideró Derecho positivo y otras una parte del Derecho natural. La primera respuesta la encontramos en su tratado *De Justitia*, en donde sostenía que «potius debet reponi sub jure positivo quam sub jure naturali». II-II. q. 57, a. 3, 2, pág. 14 del vol. I de la ed. de V. Beltrán de Heredia. Asociación Francisco de Vitoria, Madrid, 1934. Sin embargo, en la *Primera Relección de los indios recientemente descubiertos*, indicaba que el Derecho de gentes «es derecho natural o del derecho natural se deriva según el texto de las Instituciones [Lo que la razón natural estableció entre todas las gentes se llamó derecho de gentes]. Pág. 706 de la ed. y trad. de T. Urdánoz. BAC, Madrid, 1960. Una explicación más amplia de la actitud de estos escolásticos puede encontrarse en la obra de S. Ramírez, *El Derecho de gentes*. Studium, Madrid, 1955, págs. 137 y ss. Vid. también el estudio de J. M.ª RODRÍGUEZ PANIAGUA, «La caracterización del derecho natural y de gentes por los autores de la Escuela Española», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1960), separata, per totum. A pesar de los titubeos, al final la Escuela decidió considerar Derecho positivo al de gentes porque el *ius naturale* estaba formado por principios justos en sí mismos considerados sin atender a consideraciones circunstanciales y variables.

[97] «...mere dicunt actus per se ac sua natura honestos vel turpes, ad jus positivum autem actiones indifferentes, et ut hoc adhunc ulterius explicarent, in Deo atrributa illa duo». *Delineatio Historiae Juris Divini Naturalis et Positivi Universalis*. Halae Magdeburgicae, 1701, parágr. 68, pág. 43.

que sólo mirasen a la utilidad y ese era el caso de la propiedad privada porque «la experiencia había enseñado a los hombres que el uso común de las cosas era muy incómodo para la utilidad y la tranquilidad pública, no sólo a causa de la desidia y las riñas que suelen surgir de ella en numerosas ocasiones, sino también por la razón que Aristóteles aduce entre otras en el libro II, cap. II de la Política, es decir, que las cosas que son comunes, suelen ser cuidadas de forma más negligente; por ese motivo, ocurrió que, con el voto común, todas las posesiones y *dominia* fueran separados»[98]. Unas páginas después añadió que la utilidad de esa distinción de propiedades era debida a la «malicia de los hombres, debido a la cual surgieron muchas discordias sobre las cosas comunes»[99]. El matiz es interesante porque, según Bolognetus, la búsqueda de la utilidad tuvo su origen en la tendencia al mal del hombre, por lo que él no debió de ver la propiedad con excesiva simpatía. En cualquier caso, sí la consideró justa en razón de las consecuencias favorables que tenía para una vida social pacífica, aunque esa justicia no fuera de Derecho natural. Tal vez resulte difícil comprender hoy día que un jurista haga surgir una ordenación jurídica de unas circunstancias negativas, pero, al mismo tiempo, la considere justa. Esta actitud, sin embargo, era corriente en la mentalidad bajomedieval que en buena medida alcanzó también a Bolognetus.

Este jurista hizo referencia a las instituciones permitidas por la naturaleza. Los teólogos del XVI, al igual que Tomás de Aquino, hablaban de un «Derecho natural permisivo» y argumentaban que el Derecho natural no mandaba ni prohibía la propiedad privada; ésta se instituía por razones de utilidad[100]. Parece que Bolognetus que se vio influido por esa corriente de pensamiento, aunque lo más probable es que extrajera las tesis del propio Tomás. Connan participó, a su modo, de este espíritu al escribir que la naturaleza no dispuso la existencia de propiedades, aunque no se refiriese al «Derecho natural permisivo».

Al lado de esas afirmaciones, Bolognetus realizó otras en las que matizó su primera actitud. Afirmó, en la línea tomista, que el Derecho civil se determinaba a partir del natural y esa determinación no podía olvidar la variedad enorme de los asuntos humanos. Por eso, «aunque

---

[98] «Quantum pertinet ad illa, quae diximus, natura fuisse permissa, cum ea homines viderent in utramque partem et justa et honesta esse posse, solamque in iis utilitatem spectari, in ea praecipue curam et cogitationem incubuerunt, ut in iis singulis id potissimum decernerent, quod ad vitam jucunde et commode traducendam maxime profuturum iudicarent: unde quoniam experientia erant edocti, rerum communionem publicae utilitati ac tranquillitati valde incommodam esse, non tantum ob dissidia et contentiones, quae ex ea ut plurimum oriri solent, juxta l. cum pater parágr. dulcissimus FF. de legat 2, sed etiam ea ratione, quam inter alias assignat Aristot. lib. 2., Polit. cap. 2, quod quae communia sunt, negligentius curari atque asservari solent: propterea communi omnium voto ad hoc decursum est, ut rerum omnium possessiones ac dominia distinguerentur». *De lege, iure et aequitate...*, cit., cap. XIX, 1, pág. 400-401.

[99] «Causa ea (de la propiedad privada) fuit hominum malitia, ob quam de rebus communibus discordiae permultae oriebantur». *De lege, iure et aequitate...*, cit., cap. XXVI, 15, pág. 516.

[100] Vid. J. J. MEGÍAS, *Propiedad y Derecho natural en la Historia*, cit., pág. 129.

los preceptos universales de la naturaleza convienen a todos los hombres, lugares y tiempos, sin embargo no siempre, ni en todo lugar conviene el mismo método y la misma medida a los asuntos particulares»[101]. Estas palabras indican que Bolognetus no consideraba al Derecho natural como un ideal, sino como algo adherido a la realidad cotidiana. De todas formas, hay que tener presente que estas líneas se refieren a la determinación del Derecho civil a partir del Derecho natural, no al *ius naturale* mismo.

Otra prueba de un talante más prudencial ante el Derecho natural es su distinción entre el Derecho natural *simpliciter* y Derecho natural *secundum quid*. Bolognetus afirmó que era necesario tener en cuenta al hombre tal y como es, con su «malicia»; por eso, ciertas instituciones que «en abstracto» no serían naturales, sí lo son si observamos el estado actual del ser humano[102]. Esta idea acerca la posición del cardenal boloñés a la de Tholosanus, aunque el primero mostraba un pesimismo que no estaba presente en el francés. Recordemos también que ya Zasio —autor cuya obra Bolognetus conocía aunque no lo citase en este punto— o Hopper habían hablado de la naturaleza corrupta del hombre.

IV. HACIA EL INDIVIDUALISMO

De una forma u otra, los principales teóricos de la jurisprudencia humanista fundamentaron la propiedad privada en la utilidad social. Algunos consideraron que esa utilidad era de Derecho natural y otros no, pero todos coincidieron en que la utilidad que importaba al Derecho tenía un carácter comunitario. Los teorizadores más conocidos de esta jurisprudencia, Connan, Tholosanus, Hopper o Bolognetus, no entendieron que la noción básica del Derecho fuera la facultad individual, y parece que tampoco consideraron que la propiedad pudiera diseñarse siguiendo esos criterios tan individualistas[103].

---

[101] «Prima causa est, quia quamvis universalia naturae praecepta omnibus hominibus et locis et temporibus conveniant, non tamen semper et ubique et singulis eodem modo eademque mensura conveniunt». *Op. cit.*, cap. VII, 8, pág. 153.

[102] «Verum tamen hoc ita accipiendum est ut non simpliciter, sed tantum secundum quid (ut ita dicam) naturalia sint. Simpliciter naturalia ideo non recte, appellaveris, quia si omnes homines ex naturalis rationis praescripto viverent, haec non modo ipsorum hominum naturae non convenirent, sed maxime adversarentur: qua ratione etiam contra naturam convenienter dicuntur. At quoniam posita hominum malitia, recte haec omnia quasi eius malitia remedia humano generi conveniunt, et ipsius naturae prope consilio, atque decreto ab hominibus inventa sunt, ideo poteris ea dicere naturalia secundum quid». *Op. cit.*, cap. XXVII, 6, págs. 528-529.

[103] La noción de Derecho que utilizaron estos juristas de aficiones iusfilosóficas no fue unitaria, pero parece que optaron por entender el Derecho básicamente bien como la «cosa justa» en un sentido aristotélico. Desde luego, conocían la noción de *facultas* y la emplearon al referirse a los *dominia*, pero no la asumieron como una de las manifestaciones básicas del Derecho. Para las tesis de Connan, vid. *Commentariorum...*, cit., I, II, 6 y ss. pág. 9 y ss. Las de Tholosanus aparecen, entre otros lugares, en *De iuris arte*, cap. I, pág. 8. Bolognetus estudió este problema en el cap. XV de sus *Disputaciones*, vid. págs. 316 y ss. de la ed. cit. Hopper expuso sus opiniones, entre otros, en

A mediados del s. XVI la obra del vallisoletano Fernando Vázquez de Menchaca supuso una ruptura de estas teorías iusnaturalistas. Sus *Controversias Ilustres* constituyeron el primer paso importante en la formación de la «Escuela de Derecho Natural Moderno», debido a que Vázquez convierte a la libertad natural, es decir a la inexistencia de obligaciones, en el postulado básico del orden político[104]. Es cierto que en su obra también contempló otras acepciones de Derecho natural, pero su exaltación de la libertad individual alcanzará el éxito en los siglos posteriores.

Vázquez de Menchaca concedió una importancia grande a la utilidad en la configuración del Derecho, pero le confirió un matiz distinto a la que defendían sus contemporáneos romanistas. El escribió que la comunidad política es «cierta sociedad de buena fe (como arriba mostramos) creada con la finalidad de que cualquiera pueda desarrollar su vida en el conjunto con toda comodidad, y cualquiera proteja su utilidad al máximo en esa sociedad»[105]. En ese mismo sentido indicaba que la defensa de la república es un interés del sujeto debido a que esa salvaguardia protegía la utilidad individual, ya que «por Derecho natural me amo y debo amarme más a mí mismo que a mi príncipe y a la república»[106]. La diferencia con la *utilitas* bajomedieval no era poca. Hasta entonces, los juristas habían centrado su atención en los bienes de valor preferentemente comunitario y tuvieron menos en cuenta los intereses más estrictamente individuales. En cambio, Vázquez situó la clave precisamente en estos últimos: la comunidad y el Derecho existen para satisfacer la utilidad individual. Esta actitud se entiende porque el autor vallisoletano postuló una libertad originaria del hombre en el «estado de naturaleza» que debía dar su razón de ser a la sociedad política. En

---

el lib. I, pág. 4 de su *De iuris arte*, cit. Respecto de la propiedad, a veces, ofrecieron una definición de *dominium* considerablemente exclusivista. Así, Connan escribió que «dominium illud significat, quo rem facimus nostram, nobisque propriam: possessio in detentione et occupatione rei spectatur. Illud in iure, quod habemus de ipsa ut volumus libere disponendi, positum est: haec in usu rei, et detentione magis versatur (...) Dominium autem nostri dfiniunt, ese ius de re aliqua corporea libere disponendi». *Commentariorum...*, cit., III, III, 1, pág. 229. Connan se refería a los «nuestros», con lo que quiso indicar que esa definición le parecía extendida en la época. Tal es la conclusión que ofrece D. Willomeit en *Dominium et Proprietas. Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs...*, cit., pág. 148. Otros juristas humanistas optaron por una imagen del *dominium* más cercana a la diversidad medieval; es el caso de Pierre de la Grégoire: cfr. p. II, lib. I, cap. 12, 4 y ss. y págs. 20 y ss. de su *Syntagma Iuris Universi*, cit.

[104] F. CARPINTERO ha estudiado la obra de este jurista en su obra *Del Derecho Natural Medieval al Derecho Natural Moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Universidad de Salamanca, 1977.

[105] «Et inter cives solummodo est quaedam bona fidei societas (ut supra ostendimus) ad hunc finem contracta quo magis quisque in tuto et cum omni commoditate vitam agere possit, et unusquisque in eam societatem iuisse ob suam potissimum utilitatem...». *Controversiarum Illustrium Aliarumque usu frequentium Libri Tres*. Venetiis, 1574. Lib. I, cap. XIII, 2, pág. 45.

[106] «Praeterea meam rempublicam salvam esse mea interesse videtur propter meam utilitatem et propter me potissimum eius incolumitatem desidero, et desiderare debeo. Ergo iure naturae magis diligo et diligere debeo me ipsum quam meum principem aut rempublicam». *Controversiarum Illustrium...*, cit., lib. I, cap. XVIII, 10, pág. 54.

consecuencia, el Derecho existe en función de esa afirmación de voluntad individual y debe proteger sus manifestaciones; de lo cual podemos concluir que estimó la utilidad como algo estrictamente individual[107].

Vázquez de Menchaca incluyó la propiedad privada en el «Derecho de gentes secundario», al cual consideró más positivo que natural. Este Derecho fue primero civil —propio sólo de un pueblo— y luego se fue extendiendo a otras comunidades. Es una actitud algo contradictoria, porque él entendía el Derecho natural —al menos en algunas partes de su obra— y al *dominium* como manifestaciones de libertad individual, por lo que habría parecido coherente fundamentar el dominio en el *ius naturale*[108]. Sin embargo, parece que no se atrevió a unir ambas nociones, ante el peso de la tradición que consideraba la propiedad como una institución «odiosa» opuesta al Derecho natural. Al fin y al cabo, la existencia de *dominia* también podía ser entendida como un límite a la libertad individual, por lo que no podía adjudicarla al Derecho natural, sino a un Derecho de creación humana[109].

En los años de transición al pensamiento jurídico moderno, Johannes Althusius ofreció uno más de los diversos intentos humanistas de compendiar toda la jurisprudencia de corte romanista y hubo de tratar el problema del Derecho de gentes; ofreció las distintas acepciones que el *ius commune* había transmitido y no dejó una solución clara sobre su discutida condición «natural». Sí declaró con toda claridad que el Derecho de gentes introdujo las «dominiorum distinctiones» en un párrafo que seguía muy de cerca la ley *Ex hoc iure* del Digesto[110]. Debemos tener en cuenta que Althusius fue un autor que se movió entre la influencia romanista y la de la Segunda Escolástica Española y desarrolló unas concepciones bastante alejadas del individualismo moderno.

La Modernidad iusfilosófica siguió la vía esbozada por Vázquez de Menchaca. Hugo Grocio, tradicionalmente considerado el iniciador de esa corriente, mostró, sin embargo, cierta ambigüedad al estudiar estos

---

[107] Cfr. F. CARPINTERO, *Del Derecho Natural Medieval al Derecho Natural Moderno...*, cit., pág. 181.

[108] VÁZQUEZ escribió: «Nam dominium praefert in rerum immobilium est sane iuris gentium non primaevi (quod naturale appellatur) sed tantum secundarii quod naturale non tam est quam positivum ut est vera et communis opinio quam tradunt, Paulus Castrensis et alii... Ea omnia quae sunt iuris gentium prius fuisse iuris tantu civilis sed paulatim scripsisse aut velociter transvolasse ad reliquas gentes et regiones». *Controversiarum Illustrium...*, lib. II, cap. LIV, 4, pág. 13. F. Carpintero ha señalado que esa identificación de libertad y propiedad es «una muestra más del indivdualismo jurídico» de Vázquez. *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno*, cit., pág. 192. Sobre la inclusión del derecho de propiedad en el Derecho de gentes vid. págs. de la *op. cit.*

[109] F. CARPINTERO ha señalado que esta contradicción (la justificación iusnaturalista de las propiedades y la defensa de una libertad radical y originaria) recorrió todo el pensamiento del lusnaturalismo Moderno. Vid. *Una introducción a la Ciencia Jurídica*. Civitas, Madrid, 1988, págs. 72-74.

[110] Cfr. *Dicaeologicae libri tres totum et universum ius, quo utimur, methodice complectentes*. Frankfurt a. M., 1649, reprint de Scientia, Aalen, 1967, Lib. I, cap. XIII, 21, pág. 38.

problemas, la propia de un autor de transición[111]. El afirmó que el Derecho natural estaba constituido por principios evidentes de justicia[112]. Sin embargo, ésa no era la única faceta de este orden jurídico. También consideró propias del Derecho natural ciertas instituciones que no fuesen contrarias al mismo, porque escribía que «debe saberse que el Derecho natural no se refiere sólo a aquello que existe con independencia de la voluntad humana. Así, la propiedad, tal y como ahora existe, fue introducido por la voluntad humana; y una vez introducida, el Derecho natural preceptúa que es injusto arrebatarte contra tu voluntad lo que es tuyo, razón por la cual el jurisconsulto Paulo dijo que el hurto estaba prohibido por el Derecho natural»[113]. Grocio afirmó que había institutos de Derecho natural, no *simpliciter*, sino «debido a cierto estado de las cosas» y él pensaba que tal era el caso de la propiedad privada[114].

Esta explicación concordaba con las tesis de origen aristotélico que expusieron juristas y teólogos anteriores. Dios concedió a los hombres un dominio general sobre lo todo lo creado que, en el principio de la Historia, fue ejercido mediante la comunidad de bienes. Siempre un piadoso arminiano, Grocio pensaba que esto sólo podía existir en una sociedad de hombres de «gran simplicidad» o de «gran caridad»[115]. No aludió al Pecado Original como causante de una nueva situación humana y no nos queda muy claro si pensaba que las propiedades privadas obedecían a la corrupción en que cayó el hombre tras el Diluvio Universal[116], o a la complejidad inherente a toda vida social, tal y como había indicado Aristótles. En cualquier caso, escribió que las propiedades surgieron a través de un acuerdo entre todos los hombres. El acuerdo revestía dos formas: podía ser expreso, mediante la división de las

---

[111] F. CARPINTERO ha incluido a Grocio en el seno de la Jurisprudencia Humanista y ha destacado su dependencia de los autores del XVI, tanto juristas como teólogos. , *[Mos italicus], [Mos gallicus] y Humanismo Racionalista*, cit., pág. 170.

[112] «Ius naturale est dictatum rectae rationis indicans, actui alicui, ex eius convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali, inesse moralem turpitudinem aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore naturae Deo talem actum aut vetari aut praecipi». *De Jure Belli ac Pacis libri tres*, Amstelodami, 1651. Lib. I, cap. I, X, pág. 3.

[113] «Sciendum praeterea, jus naturale non de iis tantum agere quae citra voluntatis humanae actum consequuntur. Sic dominium, quale nunc in usus est, voluntas humana introduxit: at eo introducto nefas mihi esse id arripere te invito quod tui est dominii ipsum indicat ius anturale, quare furtum naturali jure prohibitum dixit Paulus Jurisconsultus...». *Op. cit.*, l, I, X, pág. 4.

[114] «Sunt et quaedam juris naturalis non simpliciter, sed pro certo rerum statu: sic communis rerum usus naturalis fuit, quamdiu dominia introducta non erant; et jus suum per vim consequendi ante positas leges». *Ibidem.*

[115] «Deus humano generi generaliter contulit jus in res huius inferioris naturae statim a mundo condito, atque iterum mundo post diluvium reparato. Erat, ut Iustinus loquitur, *omnia communia et indivisa omnibus, veluti cunctis patrimonium esset* (...) Neque is status durare non potuit, si aut in magna quadam simplicitate perstitissent homines, aut vixissent inter se in mutua quadam eximia caritate». *De iure belli ac pacis*, cit., lib. II, cap. II, parágr. II, pág. 103.

[116] «Mundo per diluvium purgato, pro ferina illa successit cupido voluptatis, cui inserviit vinum...». *De iure belli...*, cit., lib. II, cap. II, II, pág. 105.

cosas; o tácito y en ese caso los hombres convenían en que todo aquello que hubiera ocupado un sujeto era de su propiedad[117].

El jurista holandés había explicado que el *ius gentium* era un orden jurídico creado por la voluntad de todos o la mayoría de los hombres[118]. Esta parece ser justamente la instancia creadora de la propiedad privada, por lo que no sería muy equivocado mantener que, según Grocio, las propiedades son de Derecho de gentes. Grocio no dio respuesta concluyente a la cuestión. Fue un representante tardío del Humanismo jurídico y experimentó influencias importantes de los teólogos de la Segunda Escolástica española. Esta manifestación del Derecho natural, que atiende a las necesidades humanas, era bastante parecida a la que indicaron los romanistas del XVI —Grocio conoció los *Comentarios* de Connan, aunque no los citó al estudiar este problema— y también al «Derecho natural permisivo» de la Escolástica. Insistió mucho en resaltar el papel de la *utilitas* en el Derecho de creación humana, pero en él podemos observar una tendencia bastante acusada a contemplar la *utilitas* desde un punto de vista fuertemente individualista[119].

Samuel Pufendorf fue más «moderno» en su diseño iusnaturalista, pero también mantuvo una actitud tradicional respecto de la propiedad privada. Entendió el Derecho como una cualidad moral de la persona, esto es, como una manifestación de la voluntad individual desligada de condicionantes exteriores. La base para esa afirmación la puso a través de su teoría sobre los *entia moralia*[120]. Pufendorf quiso demostrar que la vida práctica del hombre estaba regulada exclusivamente por la libertad individual. Frente a la realidad más propiamente humana, el mundo exterior al sujeto —compuesto por los *entia physica*— era irrelevante para la reflexión moral, porque no contaba para la decisión sobre lo bueno o lo justo. Consecuentemente, erigió a la voluntad individual en

---

[117] «Pacto quodam aut expresso, ut per divisionem, aut tacito, ut per occupationem, simulatque enim communio displicuit, nec instituta est divisio, censeri debet inter omnes convenisse, ut quod quisque occupasset id proprium haberet». *Ibidem.*

[118] «Latius patens est ius Gentium, id est quod Gentium omnium aut multarum voluntate vim obligandi accepit». *De Iure belli...*, cit., lib. I, cap. I, XIV, pág. 6. Grocio creía que el ius gentium no se diferenciaba del civil: Grocio había dejado claro en los *Prolegomena* de esta obra que el Derecho civil surgía del consentimiento de los hombres y estaba dirigido por la utilidad.

[119] Grocio concibió el Derecho primariamente como una «cualidad moral», como una facultad de actuación personal Vid. *De Jure Belli ac Pacis...*, cit., lib. I, cap. I, parágr. 4 y 5. Grocio supuso un paso importante en el desarrollo de estas ideas. Aunque estaba bastante influido por los teólogos españoles de la Segunda Escolástica, éstos no llegaron a identificar claramente el Derecho con la idea de facultad individual. Cfr. J. J. MEGÍAS, «De la facultad moral a la cualidad moral: El derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía», en *Anuario de Filosofía del Derecho* IX (1992), pág. 346. Megías afirma que Grocio tampoco acabó de perfilar la noción de derecho subjetivo. En cualquier caso, si el Derecho es una facultad individual y, al mismo tiempo, el Derecho debe mirar a la utilidad, podemos colegir que los criterios para determinar lo útil serán exclusivamente individuales.

[120] Vid. S. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*. Francofurti et Lipsiae, 1759. Reprint de Minerva, Frankfurt, 1967. Lib. I, cap. I, parágr. II, pág. 5 y ss. del vol. I.

el único criterio admisible para la decisión práctica. Desde su punto de vista, las consideraciones sobre las necesidades comunes, que habían sido uno de los puntales del pensamiento jurídico del *ius commune*, dejaron de tener sentido [121].

Esta descripción de la realidad condujo a una concepción del Derecho natural basada en la libertad personal. Pufendorf continuó la línea de Vázquez de Menchaca, aunque la refinó con aportaciones extraídas de la cultura y la ciencia de su época [122]. Los resultados, de todas formas, no fueron demasiado distintos a los del jurista español: La teoría de Pufendorf partía de la consideración del hombre como un ser libre y explicaba que el orden político y jurídico se crea mediante el pacto. Es cierto que Pufendorf defendió la existencia de la ley natural y pareció querer darle un sentido objetivo [123], pero, realmente, la consideró una parte de la moral, que carecía de relevancia para el Derecho [124]. Este se configuraba como una creación dirigida a la preservación del bienestar individual: es el punto de partida del ordenamiento jurídico natural y el que le da su razón de ser [125]. Por eso, el Iusnaturalismo de Pufendorf puede considerarse «utilitarista» en el sentido moderno, aunque el alemán no lo proclamase expresamente, porque el criterio jurídico básico reflejado en su obra es la utilidad individual. De ahí la diferencia con los juristas del XVI. Estos, en primer lugar, afirmaron la existencia de unos criterios de justicia, ajeno a lo útil —el *honestum*—. Además, la «utilitas» era indicada por bienes externos a los sujetos. Para Pufendorf, sólo existía un criterio, el individuo que carece de vínculos con las circunstancias exteriores [126].

Pufendorf no mantuvo que la propiedad privada perteneciese al Derecho natural. Al explicar las relaciones entre ambos explicó que ésta

---

[121] Cfr. J. BRUFAU, *La actitud metódica de Pufendorf*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 74. Sobre los «entia moralia» vid. H. Welzel, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorf*, De Gruyter, Berlín-New York, 1958 (Reprint de 1986), págs. 19 y ss. Vid. también, H. DENZER, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*. C.H. Beck, München, 1971, págs. 67 y ss.

[122] PUFENDORF fue un tanto ecléctico: recogió influencias del método geométrico euclídeo y también del que desarrollaban por entonces las ciencias naturales, aunque no en la amplia medida en que lo hizo Hobbes. Sobre este asunto vid. W. RÖD, *Geometrischer Geist und Naturrecht*. Bayerischen Akademie der Wisenschaften, München, 1970, págs. 81 y ss.

[123] Esa imagen puede darla su obra *De officiis hominis et civis prout praescribuntur lege naturali, libri duo*. Giessae, 1731, sobre todo los primeros capítulos.

[124] Es reveladora la diferencia entre un Derecho natural basado en la benevolencia y que no es Derecho y el auténtico Derecho que surge del pacto. Vid. el parágr. XV del cap. VII del lib. I de su *De Jure Naturae et Gentium*, pág. 125 de la ed. cit., vol. I.

[125] V. FIORILLO sostiene que el principio de sociabilidad, postulado básico de Pufendorf, se fundamenta en el amor propio y en la necesidad de autoconservación —«imbecillitas»—. Vid. *Tra egoismo e socialità. Il Giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*. Jovene, Napoli, 1992, págs. 44 y ss.

[126] M. VILLEY considera que esta es una de las claves que separan la Modernidad del Medievo: Las cosas dejan de tener importancia y el Derecho se convierte en un producto exclusivo del espíritu humano. Vid. p. ej., *La nature des choses* en *Seize Essais de Philosophie du Droit*. Dalloz, París, 1969, per totum.

no es de Derecho natural propiamente dicho, sino sólo de una forma secundaria, en razón de la utilidad de tal institución. Ya que el fundamento del *ius naturale* es la sociabilidad, en la vida social es más útil la propiedad privada porque la paz y el buen orden se ven más protegidos con su existencia[127]. Sólo de esta forma puede afirmar que el dominio es de Derecho natural[128]. Su tesis resultó parecida a la de los romanistas, pero sólo aparentemente. Pufendorf no podía defender, como ya he indicado, la existencia de una utilidad objetiva. La utilidad es manifestación de la voluntad individual, por lo que la utilidad del dominio debe ser, necesariamente, una manifestación de la libertad individual. Quizá para ser coherente debería haber afirmado que la propiedad privada es de Derecho natural de una forma absoluta, ya que los *dominia* no componían sino una manifestación más de la libertad individual proyectada hacia la realidad material. Tal vez no se atrevió a proclamar estas ideas en toda su radicalidad, al igual que pudo haberle ocurrido a Vázquez de Menchaca.

Ideas que de todas formas estaban ya plenamente vigentes por esos años porque otros autores las proclamaron abiertamente. Así, J. A. Osiander, escribió que la propiedad privada es de Derecho natural desde un primer momento[129]. Pero fue John Locke[130] quien formuló más rotundamente que la propiedad privada es una manifestación directa de la libertad individual, porque explicó que toda persona tenía propiedad sobre sí mismo y que, en consecuencia, también era propietario exclusivo de su trabajo[131]. Locke rechazó que la comunidad originaria de bienes creada por Dios tuviera un valor moral especial. Es curioso que su argumentación posea similitudes importantes con la de Tholosanus: el au-

---

[127] «Ceterum *ab initio omnes istae res intelliguntur abs Deo velut in medio hominibus expositae*; ita ut non magis ad hunc, quam ad alterum pertinerent: attamen ut sic circa eas disponerent homines, prout conditio humani generis, et ratio pacis ac trnquillitatis bonique ordinis in eodem conservandi videretur exigere». S. PUFENDORF, *De Officiis hominis*, cit., lib. I, cap. XII, II, pág. 202. La cursiva es de la edición manejada.

[128] «Inde quando quaeritur, dominium an ad ius naturale suam referat originem; non prior, sed posterior sensus atenditur. scilicet cum fundamentum iuris naturalis sit vita socialis, et vero humani indoles ingenii satis ostendat, in magna hominum multitudine, vitam variis artibus excolere aggredientium, quietam decoramque societatem subsistere non posse citra distincta rerum dominia, ideo rebus humanis ita requirentibus recte, et ex scopo legis introducta». S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium...*, cit., lib. IV, cap. IV, parágr. XIV, pág. 534 del vol. I.

[129] «Dominia non fuerunt demun introducta, ut author opinatur, post ius priamevum homini inscriptum, sed coeperunt cum ipso homine». *Observationes maximam partem theologicam in libros tres De Iure belli ac Pacis Hugonis Grotii*. Tubingae, 1671, pág. 840. Este jurista atacó con particular ahinco a Grocio y a los autores que mantenían que la propiedad privada no se fundamentaba directamente en el Derecho natural.

[130] Podemos considerar a Pufendorf como un epígono especialmente tardío del Humanismo jurídico, pero John Locke pertenece a una tradición cultural distinta.

[131] «Yet every man has a property in his own person: this nobody has any right to but himself (...) For this labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good, left in common for others». *The Second Treatise on the Civil Goverment*, cap. V, parágr. 27. Págs. 353-354 del vol. V de sus *Works*, London, 1823. (Reprint de Scientia, Aalen, 1963).

tor inglés mantuvo que Dios dio el mundo en común a los hombres para que hubiera un mayor aprovechamiento individual [132]. Esa es una de las claves de la teoría de Locke: la apropiación de la tierra como manifestación de la voluntad individual. A partir de entonces la propiedad aparecería como un Derecho natural incuestionable.

Las diferencias entre el posible utilitarismo de la mentalidad jurídica prudencial y el de la primera Modernidad están basadas en las diferentes visiones que mantuvieron ambas corrientes frente al fenómeno jurídico. Los juristas «premodernos» no adoptaron un talante muy individualista, pero sí defendieron ciertas manifestaciones de esa tendencia. La propiedad privada fue una de ellas, aunque necesariamente limitada por una concepción bastante comunitaria del Derecho.

Los modernos, en cambio, convirtieron la libertad individual en la clave de su pensamiento jurídico e identificaron Derecho natural y libertad. Consecuentemente, asumieron el *dominium* y la potestad que implicaba como una manifestación básica de esa libertad individual [133]. No justificaron las propiedades en la utilidad general que podían proporcionar, sino en la inevitable capacidad de expansión de las voluntades individuales. Los criterios de la utilidad quedaron limitados al simple individuo porque ya no surgían de problemas comunes a todo el género humano. Así, el pensamiento jurídico occidental consumó una transformación importante: desde las facultades concedidas por una ley general objetiva, pasó a consagrar como manifestación primaria del Derecho la cualidad individual absoluta.

---

[132] «God gave the world to men in common; but since he gave it them for their benefit, and the greatest conveniences of life they were capable to draw from it, it cannot be supposed he meant it should always remain common and uncultivated...» Parágr. 34 (pág. 357) del cap. cit. del *Treatise...* Desde luego, no citó a Tholosanus.

[133] Esta idea es especialmente perceptible en los discípulos de Kant. Vid. F. CARPINERO, *La Cabeza de Jano*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1989, págs. 120 y ss.

VARIA

AUSTRIA O HABSBURGO: REFLEXIONES SOBRE UNA DENOMINACIÓN

Jaime de SALAZAR

Hasta hace poco más de un siglo, la alternativa que encabeza estas líneas no habría tenido razón de ser. Nadie en el mundo de la historiografía ni en el de la política, hubiera designado de otro modo que como *Casa de Austria,* a la dinastía imperial que durante más de siete siglos dominó con variable fortuna un gran número de naciones de Europa.

Originaria de un pequeño castillo, en las orillas del Aar, en lo que hoy es la república helvética, su fundador, el Conde Rodolfo de Habsburgo, fue elegido Emperador de Romanos en 1273, mucho más que por sus méritos, por su falta de importancia y peso específico en la política del Imperio. Esa fue la razón real de su elección ya que, como ha dicho un historiador con cierta crudeza, *«los príncipes electores intentaron con todas sus fuerzas elegir a un hombre mediocre, sobre cuyo cuello pudieran mantener firmemente asentado su pie colectivo»*[1]. Inútil es decir, que los que se propusieron tal cosa fracasaron estrepitosamente, pues siglo y medio después, aquella familia de segunda fila hacía campear orgullosamente por toda la Europa central su divisa del AEIOU, *Austria est imperare orbi universo,* y poco después, la no menos ambiciosa del *Plus ultra,* sobre un imperio donde no se ponía el sol.

Para conseguir este objetivo, en ningún caso se utilizó la fuerza de los ejércitos ni las intrigas diplomáticas, sino simplemente las inexorables leyes de la herencia. Por eso, cuando en el mundo de las antiguas monarquías se proclamaba alegremente la sentencia: *«Bella gerant alii, tu felix Austria nube»,* es decir: *«Que otros hagan la guerra, tú, feliz Austria, cásate»,* no se hacía sino constatar que la Casa de Austria ha-

[1] GIES MC GUIGAN, Dorothy, *The Habsburg,* New York 1966.

bía basado su grandeza, y en segundo término la de la ciudad de Viena y su territorio, simplemente en una inteligente política matrimonial. Pues realmente hemos de subrayar aquí que, durante muchos siglos, Austria ha sido, sobre todo, el nombre de una familia y que incluso fue gracias a ella, como el resto de Europa llegó a conocer la existencia del modesto ducado del imperio del que tomó su nombre.

Pero, llegados a este punto, nos tenemos que preguntar: ¿cómo surgió este término para designar a la que por entonces era la primera familia de la cristiandad?

En primer lugar, se ha de recalcar aquí que el nombre de las dinastías es una convención creada por los historiadores. Los monarcas, hasta los inicios de la Edad Moderna, se denominaron a sí mismos simplemente con su nombre de pila, seguido del nombre del territorio sobre el que reinaban. Ni siquiera utilizaron en su tiempo el típico número ordinal con el que luego han quedado inmortalizados. Por la misma razón nunca los propios monarcas ni sus cancillerías, emplearon los nombres que hoy usamos para distinguir a las diversas familias reinantes, pues éstos son, en la mayoría de los casos, una *invención erudita,* o, como diríamos hoy, un *producto de laboratorio.* Así, por ejemplo, San Fernando o Alfonso el Sabio se habrían sorprendido si se hubieran oído denominar *monarcas de la casa de Borgoña,* expresión que jamás se empleó en la Castilla de su tiempo, y los Reyes Católicos, asimismo, se hubieran extrañado si alguien les hubiera descrito como *Trastámaras,* aunque posiblemente no ignoraran que éste era el título condal que ostentaba su tatarabuelo don Enrique antes de acceder al trono.

Sin embargo, al llegar el Renacimiento, era absolutamente necesario para los historiadores, que como hombres de su tiempo eran sobre todo *tratadistas de linajes,* el *crear* denominaciones para distinguir a unos reyes de otros y, así como para diferenciar a los monarcas homónimos se inventaron los ordinales unidos al nombre de cada Rey, para distinguir unas dinastías de otras imaginaron unas denominaciones, consistentes en la mayoría de los casos, en la utilización del nombre del dominio o señorío que la familia reinante ostentaba con anterioridad a su ascensión al trono. Así surgió el uso, con esta finalidad, de vocablos como Trastámara en Castilla, Avís y Braganza en Portugal, Valois y Borbón, en Francia, Tudor y Estuardo en Inglaterra, etc. En el Sacro Imperio se utilizó, para denominar a la familia imperial, el nombre de su principal estado patrimonial, es decir *Austria.* Pero todo ello, subrayemos una vez más, fue casi siempre mera creación erudita, solamente utilizada entre iniciados, ya que el común de las gentes y las propias cortes, en sus usos solemnes, mantuvieron las fórmulas tradicionales.

Destaquemos asimismo que tal vez el nombre de *Austria* hallara mayor fortuna que todos los demás. La razón es bien sencilla si observamos que era una familia que, al contrario que todas las restantes, no se hallaba circunscrita a un territorio concreto, sino que reinaba sobre muchos reinos y, especialmente sobre dos de los más importantes pilares de la política europea: el Imperio y España. La *Casa de Austria* fue

por tanto durante estos dos siglos una entidad real que impuso, o intentó imponer en Europa, sus principios políticos y religiosos.

Pero los tiempos cambian, y los aires revolucionarios del pasado siglo barrieron muchas concepciones y mentalidades que parecían inconmovibles, tratando de imponer, y consiguiéndolo muchas veces, una terminología que sirviera a sus intereses ideológicos[2].

La historiografía nacionalista y liberal, de orientación claramente antimonárquica, vino ejerciendo durante todo el siglo XIX una labor desmitificadora y desacralizadora de la antigua monarquía y de sus casas reinantes. Nada más frontalmente enemigo de las nuevas ideas que la existencia de una monarquía supranacional, que agrupaba bajo su cetro a naciones de todo punto dispares, contraviniendo por tanto las nuevas teorías nacionalistas en boga. El Emperador era, según las nuevas doctrinas, un ciudadano más y había que adjudicarle, por tanto, un apellido como los que utilizaban las personas normales, pues, desde el nuevo punto de vista, era irracional que una dinastía pudiera ostentar el nombre de una nación. Era necesario por tanto corregir esta anomalía y designar con una nueva nomenclatura a las familias que a lo largo de los siglos habían regido los destinos de Europa.

Para conseguir este objetivo se utilizó el sistema más sencillo, que fue el rebautizar a la hasta entonces *Augustísima Casa de Austria,* en expresión cortesana y cancilleresca del pasado, en simplemente la familia *Habsburgo,* término este último que, aunque ya utilizado en tratados genealógicos y de erudición[3], jamás había traspasado tan estrecho mar-

---

[2] La historiografía nacionalista ha intentado por todos los medios el imponer una terminología afín con sus presupuestos ideológicos. Basta para corroborarlo, el contemplar la actual historiografía catalana, plagada de denominaciones de nuevo cuño como *reyes de Cataluña-Aragón* o el *conde-rey,* aplicadas a los monarcas medievales e inexistentes en su tiempo, o, en el mismo sentido, el uso del término *Euskadi,* con anterioridad a su invención, o la utilización hecha por algunos portugueses de la dualidad Portugal-España en los tiempos medievales, cuando este último término en aquella época, era un mero *concepto geográfico* que abarcaba toda la península ibérica. El mismo nacionalismo español ha caído en idénticos defectos, pues no otra cosa es hablar de las *posesiones españolas en Europa* durante el reinado de la Casa de Austria, sin tener en cuenta que aquellas posesiones lo eran únicamente de nuestros Reyes, es decir, que simplemente teníamos un monarca común, el cual, voluntariamente, residía en la Península. En resumen, se ha querido hacer una lectura nacionalista de la historia para épocas en que regían otras mentalidades.

[3] Me he molestado en enumerar las citas de obras genealógicas de la Biblioteca Nacional concernientes al tema de nuestro interés, entresacándolas de la obra de Benito MUNICIO CRISTÓBAL y Luis GARCÍA CUBERO, *Bibliografía Heráldico- Genalógica-Nobiliaria de la Biblioteca Nacional de Madrid,* Madrid 1958. Me limito a exponerlas por orden cronológico, expresando solamente el autor, el año de su aparición y la expresión utilizada para citar a la familia imperial: BOSSI, *Gloriosissima Casa d'Avstria,* 1560; MORIGI, *Augustissima Casa d'Avstria,* 1593; VITIGNANO, *Avgvstissima et invittissima prosapia d'Avstria,* 1601; anónimo, *tres auguste maison d'Autriche,* 1635; PELLICER, *Fama austriaca... Casa de Austria,* 1641; TURIEL, *Maison d'Autriche,* 1649; MÉNDEZ DE SILVA, *cesárea casa de Austria,* 1655; LABOUREUR, *Maison d'Austriche,* 1656; LABOUREUR, *Maison d'Austriche,* 1657; TAFURI, *Piissima et augustissima domus Austriaca,* 1660; STRADA, *serenissimorum et potentissimorum Austriae archiducum,* 1664; SALAZAR Y CASTRO, *Casa de Austria,* 1689; PASTOR, *excelsa casa de Austria,* 1699; HERRGOTT, *auguste gentis Habsburgicae,* 1737; LE GENDRE, *maison d'Autriche,*

co para ser utilizado por nadie en el mundo político y cortesano. Fue a partir de entonces cuando esta denominación alcanzó enorme fortuna, sobre todo entre los anglosajones, y hoy es difícil encontrar una obra histórica o genealógica donde el término *Habsburgo* no aparezca por doquier.

Como feliz remate de esta nueva nomenclatura, la propia familia imperial, que siempre se apellidó Austria, ha adoptado recientemente el apellido *Habsburgo,* al renunciar su titular a sus derechos dinásticos para obtener la ciudadanía austriaca.

Más, al terminar esta breve exposición histórica, nos hemos de preguntar: ¿cuál es en resumidas cuentas el término más apropiado para designar a la vieja familia imperial? Creo, respetando toda otra opinión, que tal vez la fórmula más adecuada fuera la que nos ofrece la misma realidad histórica, es decir, reservar el término *Casa de Austria* cuando nos refiramos a ella en el marco de los siglos XIV-XVIII y el de *Casa de Habsburgo,* en cambio, desde el siglo pasado hasta hoy. Con ello respetaríamos sobre todo el espíritu de cada época, pues resulta igual de violento transplantar denominaciones modernas al pasado, como mantener en la actualidad denominaciones desprovistas de significado y que resultan a todas luces de carácter arcaico.

No olvidemos que, a fin de cuentas, los nombres de las dinastías no se basan más que en la elección afortunada de un historiador, aceptada después por los demás[4].

Para terminar estas líneas, no quería sin embargo dejar de poner sobre el tapete un vicio que resulta cada vez más frecuente contemplar en todo tipo de publicaciones —incluso en las páginas de autores de prestigio—, consistente en adjudicar a los personajes históricos *como apellido,* el nombre impuesto a la dinastía siglos después. Y esto sí que me parece un disparate desprovisto de sentido y falsificador de la historia, pues no se basa en ningún criterio científico, ni siquiera de carácter ideológico, sino que tiene su fundamento en la simple y mera ignorancia del que lo escribe.

En otro lugar he expresado que *«llamar a nuestro Carlos V, Carlos de Habsburgo y Trastámara, ... no es simplemente inexacto, sino que constituye un auténtico disparate, y debo subrayar que nuestro Emperador, que nunca tuvo apellido alguno, aunque a veces fue llamado Carlos de Gante por su lugar de nacimiento, nunca se hubiera identificado con alguien de aquella forma apellidado»*[5]. Pero todas estas refle-

---

1739; COXE, *maison d'Autriche,* 1810; COXE, *the House of Austria,* 1853; RUBBRECHT, maison de Habsbourg, 1910; SANLLEHY, *casa de Habsburgo,* 1933.

[4] Sería curioso estudiar quiénes fueron los inventores de las actuales denominaciones dinásticas. Ignoro, por ejemplo, quién fue el creador de la expresión *los Capetos* para denominar a los Reyes de Francia de la tercera raza, pero es absolutamente cierto que quien así los bautizó, podía igualmente haberlos denominado *la Casa de París,* por poner un ejemplo lógico. Lo único a considerar, sin embargo, es que la primera expresión tuvo éxito y la segunda no.

[5] Véase mi discurso de ingreso en la Real Academia Matritense de Heráldica y Genealogía: *Génesis y evolución del apellido en España,* Madrid 1991, pág. 3.

xiones son excesivamente sutiles para quienes se ocupan del estudio del pasado, divorciados de la documentación original y del contacto con el espíritu y la mentalidad de cada época, pues para quienes así escriben es evidente que un miembro de la casa de Habsburgo tenía por fuerza que apellidarse Habsburgo, y uno de la casa de Trastámara, apellidarse Trastámara, pues ignoran que *«Habsburgo y Trastámara son términos que se han empezado a utilizar mucho después por los historiadores para denominar a las dinastías que el Emperador representaba, pero nunca apellidos en sentido estricto».*

No se crea sin embargo que esta es una moda excesivamente moderna, pues tiene ya una tradición centenaria. Cuando Alfonso XII se casó con la Reina Cristina, comenzó una larga y continua lucha entre políticos y eruditos, por un lado, empeñados en apellidarla *Habsburgo,* y ella por el otro, defendiendo su auténtico apellido que era *Austria.* Las polémicas se sucedieron e incluso hubo que rectificar los apellidos del Rey Alfonso XIII en el Registro Civil, que había sido inscrito como *Habsburgo Lorena.* La polémica se zanjó con un documentado trabajo del Académico de la Historia, Fernández de Bethencourt, defendiendo el término de Austria, pues *«habría que buscar cuidadosamente el motivo* —terminaba en él el ilustre académico— *de que a esta Augusta Señora nacida lejos de España, que se ha llamado como todos los suyos desde su nacimiento hasta su boda, se le llame entre nosotros de modo diferente, dándose la singular anomalía de que en esa raza imperial, que se compone al presente de más de setenta individuos de ambos sexos, sea el apellido en todos ellos* ***Austria,*** *con la sola excepción de la egregia dama, a quien su matrimonio hizo, con tanto honor de España, española»* [6].

[6] Invito a los curiosos a leer el documentado trabajo del académico don Francisco FERNÁNDEZ DE BETHENCOURT: «Los apellidos del Rey de España», en *Príncipes y Caballeros,* Madrid 1913, págs. 261-280.

FIORAVANTI, Maurizio: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones.* Departamento de Derecho público y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III. Editorial Trotta. Madrid, 1996. 165 pp.

Mientras buena parte de los juristas historiadores espera la traducción del *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali* de Maurizio Fioravanti por el profesor Carlos Petit, aparecen —según expone el traductor, en parte gracias a lo aprendido en «Villa Ruspoli», en parte gracias al profesor Juan Zornoza, en parte gracias a la «ayuda siempre eficaz» de la profesora Adela Mora Cañada— los *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, del mismo Fioravanti, vertidos al español, con el título de *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, por Manuel Martínez Neira (del área de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad Carlos III de Madrid).

Los *Appunti*, según su autor (en palabras de la doctora Clara Álvarez Alonso, una «tesela» que, absolutamente fiel al «carismático fundador», «ha asumido desde el principio la tarea de reconstruir el constitucionalismo partiendo de sus raíces»), están, en su origen, destinados a la docencia florentina, en la cual se trata de analizar la esencia histórica del Derecho constitucional interpretando las relaciones sociales y políticas desde una perspectiva cultural, superadora de la visión del constitucionalismo como un mero sistema de normas ordenado hacia una función de mediación entre intereses enfrentados. Fioravanti encuentra la base de los derechos en un tiempo histórico largo que se muestra, mediante un análisis cultural, a través de la creación franco-americana de esa cultura de las libertades y del tratamiento de los derechos en el Estado liberal europeo.

De esta forma quedan delimitados tres modelos: el historicista, el individualista y el estatalista. El historicista que, contemplando una Edad Moderna en relación abierta con la Edad Media, pone el énfasis en la fuerza imperativa de los derechos adquiridos frente a la voluntad del poder político, que ve «en la costumbre y en la naturaleza de las cosas» el origen de la garantía de los derechos, que respeta el equilibrio, incompatible con la potestad absoluta de proyectar un nuevo orden constitucional, y al que repugna la «concepción radical» del poder

constituyente. El individualista, modelo que rompe con la tradición anterior mediante el recurso al «estado naturaleza» y garantiza los derechos y libertades gracias a una Constitución en la que el soberano se obliga a sí mismo, concepción individualista enfrentada al poder público estatal hasta el punto de arriesgar —en su versión contractualista— la propia existencia de la unidad política. El estatalista que reacciona ante ese riesgo entendiendo que la «*societas* de los individuos titulares de derechos» nace sólo con el Estado y sólo a través de su autoridad; que sustituye el contrato por el pacto, por la sumisión unilateral e irreversible a un soberano que crea —e impone— los derechos individuales. Estos tres modelos tienden a formar tres tipos de combinaciones: la individualista e historicista, antiestatalista; la individualista y estatalista, antihistoricista; y la estatalista e historicista, antiindividualista. Y en líneas generales, estas doctrinas se relacionan, a su vez, con tres sistemas de desarrollo constitucional: el americano, el francés revolucionario y el europeo de la época liberal.

Este último, el propio del Estado liberal de derecho, tomaría sus caracteres básicos —según Fioravanti— de la crítica a la consideración de las constituciones tanto en su sentido de norma fundamental de garantía como de norma directiva fundamental. El sentido de la Constitución como norma directiva fundamental encierra una continua inestabilidad de los poderes constituidos; inestabilidad que provoca el rechazo del liberalismo decimonónico también hacia la idea de Constitución como mera norma de garantía, al desconfiar de la defensa que de la política y de las instituciones puedan hacer los individuos y los grupos sociales. Por ello, el estatalismo liberal restituye a las instituciones políticas una legitimación autónoma, no supeditada al contrato revolucionario, sino basada en una nación que se entiende como «realidad histórico-natural». Más que la Constitución, es el Estado quien se convierte en garantía de los derechos; garantía que alcanza su más acabada expresión a través del Código civil y de la Administración pública. En el Código se condensa la aspiración de estabilidad, al tiempo que se proyecta la imagen de un Estado soberano, fuerte. En el Derecho administrativo se representa el nivel más alto de la potestad originaria soberana del Estado, manifiesta en la autonomía de los aparatos administrativos públicos, que no toleran ningún Derecho que proceda de fuera de ellos, de la sociedad civil, particular o política. Este «poder normativizado» que se afirma frente a las constituciones, frente a la supremacía de la política, no pretende ser arbitrario; al revés, quiere garantizar la certeza del Derecho, las posiciones jurídicas de cada uno, las soluciones entre particulares, y entre éstos y el Estado. La tutela de los derechos estará garantizada, para el Estado liberal, por la creencia en que el Estado nunca podrá negar determinadas libertades alcanzadas «por el desarrollo histórico de la nación». Sin embargo, una vez superada esta ficción optimista, se restablecerá el concepto de Constitución en cuanto norma fundamental directiva y de garantía, limitando la soberanía del Estado y, también, la certeza de su Derecho.

La idea combativa de la Constitución como creadora de una «reali-

dad cumplidamente política», de una sociedad comprometida mucho más allá que en la simple protección de los derechos individuales, se encuentra ejemplificada en el modelo francés revolucionario, que encierra, sin embargo, una antítesis embarazosa. Su profundo legicentrismo, proclamando a la ley como única autoridad, reconoce, no obstante, unos principios anteriores a la propia ley. Al tiempo que rechaza el aspecto tradicional de la representación, tiene que legitimar el propio carácter representativo de sus poderes constituidos. Y mientras que sobre éstos prima el cuerpo constituyente, los poderes constituidos deben primar a su vez frente a los «intereses particulares» presentes en el cuerpo electoral. Proclama: «todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena», a la vez que la falta de una dimensión político-institucional impide la garantía tanto de éste como de otros derechos.

El criterio individualista e historicista de la Constitución americana de 1787 permanece libre de ese problema. La «limitación del poder con finalidad de garantía», excluyendo el estatalismo, es el objetivo primordial del modelo estadounidense, surgido precisamente del enfrentamiento con un poder legislativo que no representa, que viola los derechos sin el consentimiento de los individuos. La revolución americana se opone a un «preciso y definido poder público que actúa de manera ilegítima», y no, como el francés, a todo un sistema, a todas las instituciones. Este punto de partida permanecerá firme en el constitucionalismo americano, manteniéndose la desconfianza de los ciudadanos hacia los propios legisladores, en particular frente a su pretensión de encarnar la voluntad general. El historicismo americano, precisamente por su origen reivindicativo frente a la omnipotencia parlamentaria, necesita de una Constitución que refuerce la capacidad de garantía de los derechos y libertades tradicionales; por ello, más allá de la tradición británica, tiene que haber un texto orgánico escrito.

En buena medida, el constitucionalismo estadounidense se refleja de nuevo en el constitucionalismo contemporáneo. La idea de Constitución como salvaguardia de derechos frente al Estado, retoma —a pesar de las críticas continentales al constitucionalismo de tipo americano— un sistema constitucional que sí es «indicador normativo de un conjunto de valores» y también un «proyecto común para el futuro», aunque lo sea basado en la «competición entre los individuos y las fuerzas sociales y políticas». Frente a la «más formidable concentración de poder que la historia haya conocido», a ese «poder de imponerse en las controversias como tercero neutral con autoridad para hacer cumplir la sentencia, poder de imponer tributos de distinto género y naturaleza, poder de pedir el sacrificio de la vida con la llamada a las armas», las constituciones posteriores a la primera guerra mundial surgen con un carácter radicalmente distinto al de las del siglo XIX. Se retoma la tradición de las declaraciones de derechos y se impone un tipo rígido de Constitución, reforzado por el control de constitucionalidad. Queda así planteado un modelo político en esencia diferente. A su simple mención —pues a ello piensa consagrar Maurizio Fioravanti un futuro estudio

específico— dedica el autor el último capítulo de este libro, lógica conclusión presentista que anunciaba al principio de la obra.

Al final de la misma se incluyen un Apéndice de textos y una Bibliografía. En cuanto a ésta, al haber sido elaborada para el alumno italiano, resulta quizá menos útil para el lector español a quien va dirigida la edición de que me ocupo. Debe señalarse, eso sí, que figuran en ella tres títulos del profesor Bartolomé Clavero: *Los derechos y los jueces*; «Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio» (*Quaderni Fiorentini* 18); y *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia.* Por lo que se refiere a los textos, Fioravanti ha considerado oportuno ofrecer, en este orden, el *Bill of Rights* inglés de 1689 (sin preámbulo, pp. 137-138); la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789 (sin preámbulo, pp. 139-141); el Preámbulo de la Constitución francesa de 1791 y su Título I (pp. 142-144); la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1793 (sin preámbulo, pp. 145-148); y, por último, las diez primeras enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América (pp. 149-150). Con seguridad, el hecho de situar el *Bill of Rights* estadounidense en último lugar obedece a la idea expuesta en estos *Apuntes* por el autor (siguiendo a Matteucci) de la filiación norteamericana —y no francesa— del constitucionalismo moderno, como «técnica específica de limitación del poder con finalidad de garantía» (p. 77). Cabría echar de menos, en cualquier caso, ciertos artículos de la Constitución federal americana de 1787, y quizá también algún texto representativo del constitucionalismo decimonónico.

Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones, aunque de ningún modo pretenden ser ni un tratado de teoría general de los derechos ni un manual de historia constitucional, constituyen, en definitiva, y como afirma la doctora Clara Álvarez Alonso en la Presentación de la obra, un análisis original, «de interés multidisciplinar», superador del casuismo y a la vez respetuoso con los modelos constitucionales, especialmente importantes en cuanto a la regulación y el desenvolvimiento de los derechos. Un estudio también en el que interesa no «la interpretación sino la forma de interpretación», la perspectiva histórica que se adopta en el tratamiento de los derechos, su dimensión como fruto de un hecho cultural amplio y no sólo vinculado a una estructura de poder.

José Solís Fernández
Universidad de Zaragoza

SOBRE PROVISIÓN DE OFICIOS EN EL REINO DE MURCIA POR EL ARCHIDUQUE CARLOS (AÑOS 1707 Y 1708)

José SOLÍS FERNÁNDEZ
Universidad de Zaragoza

I

Entre los diferentes títulos de soberanía correspondientes al Archiduque Carlos de Austria en cuanto que se consideraba y actuaba como sucesor en la Monarquía española, se encuentra, como es bien sabido, el relativo al Reino de Murcia. Consta así, por ejemplo, en el encabezamiento de una de sus proclamas del año 1706:

> Nos, Don Carlos, por la Gracia de Dios Rey de Castilla, de León, de Aragón, de las Dos Sicilias, de Jerusalén, de Navarra, de Granada, de Toledo, de Valencia, de Galicia, de Mallorca, de Sevilla, de Cerdeña, de Córdoba, de Córcega, *de Murcia*, de Jaén, de los Algarbes, de Algeciras, de Gibraltar, de las Islas de Canarias, de las Indias Orientales y Occidentales, Islas y Tierra Firme del Mar Océano, Archiduque de Austria, Duque de Borgoña, de Brabante y Milán, Conde de Abspurg, de Flandes, Tirol, Barcelona, Rosellón y Cerdaña, Señor de Vizcaya y de Molina, &c [1].

En dicho Reino de Murcia, al igual que en otras partes de la Monarquía, el Archiduque llevó a cabo, durante los años de la Guerra de Sucesión española, nombramientos para los empleos referidos a la Administración de aquellos territorios que pasaban a su obediencia; designaciones éstas en las que se mantiene, por lo general, el aparato admi-

[1] Archivo Histórico Nacional (en adelante AHN), Estado, leg. 281. Virginia LEÓN SANZ, *Entre Austrias y Borbones. El Archiduque Carlos y la Monarquía de España (1700-1714)*, Madrid, 1993, p. 218.

nistrativo precedente, respetándose la planta y la normativa en vigor desde el reinado de Carlos II.

Así —y por lo que hasta ahora he podido apreciar— el Archiduque Carlos tiende a la confirmación en sus puestos de quienes, ejerciendo esos empleos, vienen a reconocer su soberanía; y, de manera parecida, en los casos en los que considera oportuno hacer nuevas provisiones, éstas recaen, en buena parte, en individuos ligados de uno u otro modo al desempeño anterior de puestos similares[2]. En cualquier caso, también intentó al mismo tiempo integrar en sus órganos de gobierno y de administración al mayor número posible de sus partidarios, satisfaciendo los sacrificios que éstos podían haber soportado en defensa de su causa.

Asimismo, el transcurso de los acontecimientos condicionó el desarrollo y la configuración de las instituciones mantenidas por el Archiduque; por lo cual, en determinados supuestos, algunos de los empleos que concedió alcanzarían a poseer tan sólo un carácter meramente nominal. En este sentido, se tiene noticia de diversas peticiones de mercedes y oficios con referencia a territorios que nunca —o sólo efímeramente— llegaron a estar bajo la autoridad del Archiduque. Es éste el caso de ciertas concesiones realizadas por Carlos de Austria en relación con el Reino de Murcia.

El dominio del Archiduque Carlos en el mencionado Reino estuvo reducido —como se sabe— a unos pocos meses de los años 1706 y 1707[3]. Y, sin embargo, precisamente el hecho de que llegara a existir ese control efectivo sobre una parte del mismo, permitirá el mantenimiento de la pretensión, por algunos de sus parciales, de obtener empleos en la Administración propia de sus lugares de origen, en dicho Reino de Murcia. De esta forma, las designaciones de que se trata a continuación pertenecen concretamente a los años 1707 y 1708, cuando

---

[2] Estos aspectos han sido tratados por Virginia LEÓN, *Entre Austrias y Borbones*, pp. 45-51. Véase también, de la misma autora, «El fin del pactismo: la autoridad Real y los últimos años del Consejo de Aragón», en *Pedralbes. Revista d'Història moderna*, XIII, núm. 13-1, 1993, pp. 197-204, p. 200.

[3] El desarrollo de los acontecimientos de la Guerra de Sucesión en el Reino de Murcia puede consultarse, por ejemplo, en: José Manuel MIÑANA, *De bello rustico valentino, libri tres, sive historia de ingressu austriacorum foederatorumque in Regnum Valentiae*, (La Haya, 1752) Valencia, 1985 (con traducción titulada *La Guerra de Sucesión en Valencia*), las noticias acerca de Murcia en pp. 62, 109, 110, 141-143, 151-156, 178 y 254. Agustín LÓPEZ DE MENDOZA Y PONS, Conde de ROBRES, *Historia de las guerras civiles de España, desde la muerte de don Carlos II, que sucedió en 1.º de noviembre de 1700, hasta 1708*, Zaragoza, 1882, en especial pp. 271, 272, 312, 315, 335 y 337-339. Vicente BACALLAR Y SANNA, Marqués de SAN FELIPE, «Comentarios de la guerra de España e historia de su rey Felipe V, el animoso» (Génova, 1726), Madrid, *BAE* n.º 99, 1957, pp. 60, 104 y 116-117. Modesto LAFUENTE, *Historia general de España desde los tiempos primitivos hasta la muerte de Fernando VII*, tomo III, Barcelona, 1879, pp. 500, 502, 504, 505 y 507. Henry KAMEN, *La Guerra de Sucesión en España 1700-1715*, Barcelona, 1974 (primera edición, inglesa, en 1969), pp. 28, 131 (nota 45), 310-312 y 317. Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*, Madrid, 1976, pp. 40-43. María del Carmen PÉREZ APARICIO, «La Guerra de Sucesión en España», en *La transición del siglo XVII al XVIII. Entre la decadencia y la reconstrucción*, t. XXVIII de la *Historia de España Ramón Menéndez Pidal*, Madrid, Espasa-Calpe, 1993, pp. 303-503, en pp. 401, 448, 452 y 479.

se perdían para la causa austriaca, no sólo Murcia, sino también la práctica totalidad de los Reinos de Aragón y Valencia, además de importantes plazas en el Principado de Cataluña. No por eso renunciarían los austriacos a los oficios obtenidos, sino que, por el contrario, pedirán todavía su confirmación en ellos en fechas posteriores, cuando las esperanzas de hacerse con el dominio de la Península comiencen a desvanecerse.

II

El avance de los archiducales sobre territorio murciano se produjo en el curso de su ofensiva del año 1706, cuando —tras haber sido proclamado el Archiduque, en Barcelona y en Valencia, a finales del año 1705, y fracasado el intento de Felipe V por recuperar la capital del Principado (retirada de mayo de 1706)— los aliados marcharon hacia Castilla, desde Portugal y desde Aragón, entrando finalmente en Madrid el 25 de junio de 1706.

Fue también entonces cuando la ciudad de Cartagena aclamó al Archiduque Carlos, a lo cual colaboró la armada inglesa, a la que se había unido la española al mando del Conde de Santa Cruz de los Manueles[4]. Aunque ya en los primeros meses del año 1706 D. Rafael Nebot (que se había pasado con su regimiento al bando del Archiduque)[5] amenazaba el Reino de Murcia, derrotando en Font de la Figuera a la guarnición que lo protegía, no fue hasta la defección del citado Santa Cruz, y luego la del Marqués de Rafal, Gobernador de Orihuela[6], cuando los austriacos se dirigieron contra la propia ciudad de Murcia. Bajo las órdenes de D. Felipe Valera[7], tomaron Alcantarilla, pero en Murcia fueron rechazados por la resistencia de sus propios habitantes, quienes provocaron el desbordamiento del río Segura para evitar la toma de la ciudad.

Más tarde, y dirigidos en esta ocasión por el Conde de Santa Cruz y por el Marqués de Rafal, los austriacos volverían a intentar de nuevo

---

[4] Llamado Luis Manuel y Fernández de Córdoba por el Marqués de San Felipe, figura también con el nombre de Luis Manuel y de León. Cfr. SAN FELIPE, *Comentarios de la guerra de España*, p. 116; y Pedro VOLTES BOU, *La Guerra de Sucesión en Valencia*, Valencia, 1964, p. 40.

[5] Sobre el paso del coronel Rafael Nebot al bando del Archiduque, y su actuación en Valencia, puede verse KAMEN, *La Guerra de Sucesión en España*, pp. 305-308, 312 y 330-331 (nota 32). Se sabe que tres hermanos de Rafael Nebot, llamados Juan Nebot, José Nebot y Antonio Nebot, destacaron también por su adhesión al Archiduque. MIÑANA, *De bello rustico valentino*, pp. 37, 51, 106, 123 y 125.

[6] El Marqués de Rafal sería más tarde nombrado Virrey de Mallorca por el Archiduque Carlos. VOLTES, *La Guerra de Sucesión en Valencia*, p. 31. KAMEN, *La Guerra de Sucesión en España*, p. 412. PÉREZ APARICIO, «La Guerra de Sucesión en España», p. 473.

[7] D. Felipe Valera estará al mando de Denia (en sustitución de D. Diego Rejón, del que luego se trata) cuando la plaza se rinda ante los borbónicos en noviembre de 1708. MIÑANA, *De bello rustico valentino*, pp. 254 y 256.

la toma de Murcia. Ahora, no obstante, la ciudad había sido protegida por los borbónicos con una compañía especialmente enviada para ello, lo cual, unido a la llegada de más tropas al mando del Obispo de Cartagena[8], y al hecho de que el ejército del Archiduque ya se estaba retirando de Castilla, obligó, en consecuencia, a abandonar el intento[9].

En efecto, a principios de agosto de ese año 1706, el ejército de Carlos de Austria salía de Madrid. En septiembre cruzaba el Tajo, y en octubre perdía Cuenca, tomada dos meses antes por los ingleses para asegurar la retirada del Archiduque[10]. Éste se dirigió a la ciudad de Valencia[11]. Por aquel entonces, «Berwick, marchando por Albacete, Chinchilla y Almansa, y prosiguiendo por Caudete, a Villena, Elda y Novelda, cayó sobre Elche, sitiada por los murcianos después de haber liberado a Murcia y entrado en Orihuela»[12]. El mismo Duque de Berwick tomó Cartagena el 17 de noviembre de 1706[13]. La situación se mantuvo estable en la frontera del Reino de Valencia hasta que los generales aliados, el portugués Marqués de las Minas y el británico Conde de Galway, decidieron tomar de nuevo la iniciativa. Avanzando hacia el norte, ocuparon Yecla, y desde Montealegre, sitiaron Villena[14]. El día 24 de abril de 1707 acamparon en Caudete. A la mañana siguiente continuaron hasta Almansa, donde Berwick «salió a su encuentro y los derrotó»[15].

Desde este momento, ninguna parte del Reino de Murcia volvería a estar bajo la soberanía del Archiduque. Quizá por ello, a causa de la brevedad de su dominio en el mencionado territorio, los actos de gobierno que Carlos de Austria realizó en el mismo han podido quedar un tanto olvidados para la historiografía en general, suscitando, en cualquier caso, una atención menor que los realizados en otros Reinos y territorios españoles, con un gobierno austriaco también efímero y muy discutido.

---

[8] Se trata de D. Luis Belluga y Moncada (Obispo de Cartagena desde 1705 a 1724, nombrado Cardenal en 1719) quien —al igual que el Obispo de Orihuela, D. José de la Torre y Orumbella— tuvo una importante participación en la defensa del Reino de Murcia y del sur del Reino de Valencia frente a los partidarios del Archiduque.

[9] Santa Cruz volvió «con su caballería» a Cartagena, y Rafal, «agotado con sus infantes», a Orihuela. MIÑANA, *De bello rustico valentino*, p. 156.

[10] ROBRES, *Historia de las guerras civiles de España*, pp. 313-315. SAN FELIPE, *Comentarios de la guerra de España*, pp. 117-121. LAFUENTE, *Historia general de España*, pp. 503-504. KAMEN, *La Guerra de Sucesión en España*, p. 28.

[11] Llegó el 30 de septiembre, e hizo su entrada pública el 1 de octubre. Permanecería en la ciudad hasta el 7 de marzo de 1707. VOLTES, *La Guerra de Sucesión en Valencia*, p. 54. KAMEN, *La Guerra de Sucesión en España*, pp. 28, 314 y 317.

[12] LAFUENTE, *Historia general de España*, p. 504.

[13] KAMEN, *La Guerra de Sucesión en España*, p. 317.

[14] MIÑANA, *De bello rustico valentino*, pp. 178 y 179.

[15] KAMEN, *La Guerra de Sucesión en España*, p. 317.

III

En relación con todo ello, la finalidad de este trabajo consiste en ofrecer una escueta referencia sobre algunos empleos y oficios diversos en el Reino de Murcia concedidos por el Archiduque Carlos. Corresponden a documentación consultada en la Sección de Estado del Archivo Histórico Nacional[16], y tratan preferentemente acerca del gobierno económico y de los intereses de la Hacienda Real en dicho territorio, así como del regimiento o la administración de algunas ciudades y otros cargos y mercedes de carácter semejante.

— En primer lugar, puede mencionarse que el oficio de Corregidor de la ciudad de Cartagena lo ejercía D. Luis Ramos mientras la citada ciudad se mantuvo bajo la obediencia del Archiduque[17].

— Por Real decreto de 23 de febrero de 1707 se nombra a D. Ventura de Córcoles, natural de Murcia, Administrador y Visitador de las Reales Rentas de Lanas de la ciudad y Reino de Murcia. Con anterioridad, ya había recibido la Administración de las Reales Rentas de la Sal de la misma ciudad y su partido[18].

— Con fecha 27 de junio de 1707 consta el título de Juez de Contrabando y Represalia de la ciudad de Cartagena expedido a favor de D. Manuel Anrich Torres[19]. El empleo, que no tenía salario, se le concedió para su persona[20].

— El 16 de agosto de 1707 se da el oficio de Juez de Contrabandos y Administrador de Puertos secos de Murcia a D. Sebastián de Piña y Espín[21] (cuyo padre, Sebastián de Piña Mazorra, había sido Recaudador general de Rentas Reales de Murcia en los comienzos del reinado de Carlos II[22]). El 17 de noviembre del mismo año se especifica que el

---

[16] Los legajos utilizados en esta ocasión son los siguientes:
— Leg. 8687 («Archiduque. 1705-1713. Nombramientos y cargos concedidos por el archiduque. Por orden alfabético. A-K»).
— Leg. 8688 («Archiduque. 1705-1713. Nombramientos y cargos concedidos por el archiduque. Por orden alfabético. L-X»).
— Leg. 8693 («Archiduque. 1705-1712. Instancias dirigidas al archiduque solicitando cargos o recompensas»).
— Leg. 8695 («Archiduque. 1707-1711. Certificados del marqués de Erendazu, de concesiones reales de cargos»).

[17] AHN, Estado, leg. 8693.

[18] AHN, Estado, leg. 8695. Con un sentido similar, el Archiduque también concedió la merced de la Administración de las Salinas de Minglanilla (en la actual provincia de Cuenca) a favor de D. Juan Andrés de Ursino, según Decreto de 27 de marzo de 1708. AHN, Estado, leg. 8695. Por otra parte, D. Francisco Tomás de Alarcón (al que se menciona después) pediría, entre otras mercedes, el oficio de Visitador de Lanas y Puertos secos de las ciudades de Cuenca y Sigüenza y sus partidos. AHN, Estado, leg. 8693.

[19] AHN, Estado, leg. 8687.

[20] AHN, Estado, leg. 8693.

[21] AHN, Estado, leg. 8693.

[22] AHN, Órdenes Militares, Santiago, exps. núms. 6511 y 6512. Vicente de CADENAS Y VICENT, *Caballeros de la Orden de Santiago. Siglo XVIII*, t. IV, Madrid, 1979, p. 293, y t. VI, Madrid, 1994, p. 192.

citado oficio concedido por el Archiduque a Piña y Espín se otorgó «durante una vida»; ordenándose que, «luego que llegue el caso de hallarse la referida ciudad de Murcia restituida» al «justo dominio» se le dé, en virtud de este Despacho, «la possessión y exercicio del mencionado empleo»[23]. Consta que D. Sebastián de Piña y Espín, años después, se vería obligado a partir al exilio, marchando a los dominios del Emperador y estableciéndose finalmente en Nápoles, donde fue coronel de Infantería[24].

— El 15 de noviembre de 1707 figura el nombramiento de Juez Conservador de las Fábricas de Pólvora en la persona de D. Diego Ruiz de Alarcón Ochando (que había sido teniente de la compañía del coronel D. Diego Rejón de Silva en la defensa de Denia), para que pueda «conozer de las causas y procesos que pudieren ofrezerse entre los salitreros y demás ofiziales y maestros dependientes de las fábricas de pólvora del referido Reyno de Murcia»[25].

— Con fecha 12 de diciembre de 1707 consta el despacho del título en el que se nombra Contador de la Superintendencia de Rentas Reales de la ciudad y Reino de Murcia a D. Juan de la Rosa Torrequemada[26], «para que lo ejerza durante una vida», según se especifica el 15 del mismo mes[27].

— En relación con la Jurisdicción militar se encuentra el nombramiento de Auditor General en el territorio de Murcia. Recayó, «con honores de Oidor de la Chancillería de Granada», en la persona de D. Jorge Palacios Urdanez; y su cometido principal consistiría en conocer «de todas las causas civiles y criminales que pendieren entre los oficiales, soldados y demás militares de mis tropas y exército que residieren en el referido Reino de Murcia», según se especifica en el título de concesión fechado en Barcelona el 25 de junio de 1707[28].

— Por lo que respecta al desempeño de Regidurías, el 27 de junio de 1707 se menciona que D. Manuel Anrich Torres (antes citado por su nombramiento como Juez de Contrabando y Represalia) era «Regidor perpetuo de la ciudad de Cartagena de Levante»[29].

— D. Sebastián de Piña y Espín (mencionado a propósito de su designación como Juez de Contrabandos y Administrador de Puertos secos) figura el 16 de agosto de 1707 como Regidor perpetuo de Murcia[30]. Su familia seguiría vinculada a oficios concejiles en dicha ciudad,

---

[23] AHN, Estado, leg. 8688.

[24] AHN, Órdenes Militares, Santiago, exp. núm. 6511. CADENAS, *Caballeros de la Orden de Santiago*, p. 293.

[25] AHN, Estado, leg. 8688.

[26] AHN, Estado, leg. 8693.

[27] AHN, Estado, leg. 8688.

[28] AHN, Estado, leg. 8688.

[29] AHN, Estado, legs. 8687 y 8693.

[30] AHN, Estado, legs. 8688 y 8693.

constando su hermano Juan de Piña, años más tarde, como Alguacil Mayor de la misma[31].

— El año 1707, según Decreto de 13 de diciembre, se otorgó a D. Andrés de San Andrés y Garín merced para ejercer el oficio de Regidor «en una de las ciudades del Reino de Murcia»[32].

— En 1708, por Decreto de 1 de abril que sería certificado el 8 de ese mismo mes, D. Agustín de la Cueva, Protomédico de las Galeras de España, obtuvo la concesión de un oficio de Regidor, para él y sus descendientes, en la ciudad de Cartagena[33].

— El 7 de mayo de 1708 se extiende una merced de Regidor perpetuo en la ciudad de Cartagena a favor de D. Diego Martínez Fortún[34], que era Alférez de Mar y Guerra de la Galera Almudena[35].

— Probablemente es en torno a esa misma fecha cuando D. Francisco Tomás de Alarcón solicita un oficio de Regidor en la ciudad de Murcia o en la de Granada, por su colaboración en la toma de Cuenca por los archiducales y los padecimientos que posteriormente sufrió a raíz de su pérdida[36].

— Consta asimismo, en fin, que al menos un Regidor de Cartagena, D. José Clemente, se encontraba entre los españoles austracistas exiliados[37]. Formaba parte, por cierto, de una familia vinculada al desempeño de oficios concejiles en la ciudad de Cartagena[38].

---

[31] AHN, Órdenes Militares, Santiago, exp. núm. 6511. CADENAS, *Caballeros de la Orden de Santiago*, p. 293.

[32] AHN, Estado, leg. 8695.

[33] AHN, Estado, leg. 8695.

[34] AHN, Estado, leg. 8695.

[35] Al igual que él y que el citado D. Agustín de la Cueva, otros personajes servían también en las Galeras de España ancladas en Cartagena y obtuvieron más tarde diversos empleos en la Administración del Archiduque. Así, D. Alfonso de Alarcón Villanueva (que había sido Auditor en las Galeras de España) recibió el 26 de abril de 1708 una plaza de Oidor en la Chancillería de Granada. AHN, Estado, leg. 8695 y 8693. Del mismo modo, D. Pablo Fornells, «oficial entretenido» de la Secretaría de la Negociación del Reino de Nápoles, había desempeñado antes el cargo de Oficial de la Provehduría de las Galeras. AHN, Estado, leg. 8687. D. Ramón de la Pedraza del Castillo, por su parte, obtuvo plaza de Contador de Título, sirviendo con el empleo de Fiscal de la Veeduría y Contaduría de las Galeras de España. AHN, Estado, leg. 8693. Finalmente, D. Martín del Busto, Pagador de la Escuadra de Galeras españolas, obtendría, con fecha de 25 de mayo de 1709 el título de Proveedor General de Armadas y Fronteras en la Ciudad de Málaga. AHN, Estado, leg. 8687.

Como ya se ha dicho, las Galeras, preparadas para acudir al socorro de Orán, se unieron a la flota aliada, colaborando en el paso de Cartagena a la obediencia de Carlos de Austria. De todos modos, según San Felipe, las famosas «Galeras de España» de las que Santa Cruz era «cuatralbo» consistían en «seis galeras consumidas del tiempo y del ocio» que «se ancoraban en Cartagena». Véase ROBRES, *Historia de las guerras civiles de España*, pp. 312. SAN FELIPE, *Comentarios de la guerra de España*, pp. 25 y 116-117. LAFUENTE, *Historia general de España*, p. 502.

[36] Vecino de Cuenca, cuando llegó un destacamento de tres mil ingleses el 10 de agosto de 1706, salió de la plaza, les informó del estado de la guarnición y les facilitó las conducciones de granos. Alarcón marchó de Cuenca, amenazada por las tropas de Felipe V, el 2 de octubre de 1706, pero, huyendo de la ciudad, fue capturado por los borbónicos y condenado a muerte. AHN, Estado, leg. 8693.

[37] LEÓN, *Entre Austrias y Borbones*, p. 227.

— Para concluir esta breve aportación sobre algunas provisiones de oficios y mercedes en el Reino de Murcia, puede mencionarse de manera especial el otorgamiento por el Archiduque Carlos de un título de Castilla sobre una localidad murciana; se trata de la merced del título de Marqués de Alcantarilla en favor del anteriormente citado D. Diego Rejón de Silva, según Real Cédula fechada en Barcelona el 19 de septiembre de 1707[39]. Rejón de Silva, al igual que otros militares a los que se ha hecho referencia, pasó al bando del Archiduque en 1707; y, tras rechazar a los borbónicos en el primer sitio de Denia[40], tomó parte, con el grado de coronel, en diferentes acciones, como el socorro de Benasque, en 1709, y la defensa de Gerona, en 1710[41]. En la Real Cédula en la que se concedía el título de Marqués a D. Diego Rejón se especificaba el otorgamiento del mismo «para vuestra persona y sucesores, concediéndoos juntamente la Jurisdicción, Señorío y Vasallage del lugar de la Alcantarilla en la Huerta de Murcia, que es mi voluntad posseais, y vuestros successores, con el de Marqués del mismo lugar». Igualmente se decía que «en llegando el caso de hallarse mi Real Persona en Madrid se os hará el assiento que os corresponde por la Cámara de Castilla»[42].

[38] Consta en este sentido, como ejemplo, que José Clemente y Cánovas era Alférez Mayor de Cartagena en 1688. AHN, Órdenes Militares, Alcántara, exp. núm. 64. Vicente de CADENAS Y VICENT, *Caballeros de la Orden de Alcántara que efectuaron sus pruebas de ingreso durante el siglo XVIII*, t. I, Madrid, 1991, p. 47.

[39] AHN, Estado, leg. 8688.

[40] «Praefectus erat Didacus Rexonius, Murciensis, qui, uti transfuga, extrema omnia in loci defensione experiri statuerat», dice Miñana a propósito de la defensa de Denia que, frente a Asfeld, dirigió Rejón de Silva en el verano de 1707. MIÑANA, *De bello rustico valentino*, p. 213.

[41] Francisco CASTELLVÍ, *Narraciones históricas desde el año 1700 hasta el año 1725*, t. IV, fs. 62 y 228. VOLTES, *La Guerra de Sucesión en Valencia*, p. 75.

[42] AHN, Estado, leg. 8688.

ABBAD, F. y OZANAM, D.: *Les Intendants espagnols du XVIIIe siècle*, Casa de Velázquez, Madrid, 1992; 258 págs.

I.— La Historia de las instituciones, de gran predicamento durante la segunda mitad del siglo XIX, ha sido criticada, descalificada e, incluso, estigmatizada a lo largo del presente por las tendencias, primero de la *historia de la cultura* y, después, de la historia económica y social que, representada en Francia por la poderosa *escuela de los Annales*, aboga por la elaboración de una, cuando menos utópica, historia *total*. En las dos últimas décadas, sin embargo, también en el vecino país, se ha venido revisando la actitud que con mayor justicia y rigor debe adoptarse ante la tan desprestigiada *histoire evénémentielle* y, en consecuencia, de esa historia institucional con la que se le ha unido en el descrédito. Hemos de recordar que para los autores decimonónicos la historia de la legislación y de la administración pública representó, en su momento, la superación *(historia interna)* de la tradicional narración de acontecimientos políticos, diplomáticos y militares *(historia externa)*. Progresivamente se ha afianzado una concepción social o integradora de la historia, en la medida en que todo fenómeno histórico debe ser explicado desde los múltiples condicionamientos que concurren en la vida real, no siendo los económicos y sociales, si bien importantes, los únicos.

En los años cincuenta, J. Vicens Vives[1], pese a negar a la historia de las instituciones su propia condición de historia y de cuestionar la existencia misma del absolutismo monárquico en los siglos XVI y XVII —cuestión ésta, por cierto, rebatida reciente y plenamente por S. de Dios[2] al mostrar la sencillez institucional de la Cámara de Castilla, instrumento para el desempeño de la gracia regia, de la facultad de privilegiar del príncipe en una sociedad estamental, nota distintiva de la Monarquía que ejercía patente y directamente un rey, por ello, absoluto—, se hizo eco para España de las grandes líneas que deberían configurar, y hoy predominan en los renovados estudios de historia de la ad-

[1] «Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII», en *Obra dispersa*, II, Barcelona, 1967, págs. 359-377.

[2] *Gracia, Merced y Patronazgo Real. La Cámara de Castilla entre 1474 y 1530*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ministración. Era preciso investigar sobre las relaciones entre institución y grupo social para hallar la estructura efectiva del poder entendida como realidad de mando, ahondar en el elemento básico de la estructura interna de los Estados, la burocracia, sin olvidar los hombres que constituían el armazón concreto de la Monarquía absoluta, llegando hasta los ministros y oficiales del príncipe en su calidad de sostenes del poder y actores de su progreso. En Francia, a principio de los años setenta, R. Mousnier[3] encauzó el análisis de la inserción social de los individuos en quienes la institución se había encarnado históricamente hacia tres grandes objetivos: a) naturaleza, nivel y tipología de sus ingresos, de su riqueza; b) procedencia social y regional, relaciones familiares, carrera profesional; y c) estudios, conocimientos, mentalidades, actitudes ante lo trascendente.

Sirva este preámbulo para encuadrar, aunque sea somera y, por tanto, imperfectamente, la obra que nos ocupa, *Les Intendants espagnols du XVIIIe siècle,* y los propósitos perseguidos por los autores con su elaboración, así como los planteamientos metodológicos sobre los que se sustenta. Como informan en la introducción F. Abbad y D. Ozanam, su trabajo se inscribe en el marco de una investigación en equipo que, desde hace más de diez años, pretende crear una base de datos biográficos informatizados sobre los ministros que desempeñaron altos cargos en la administración española del siglo XVIII. La publicación de los correspondientes a los intendentes en forma de repertorios comprensivos de su *cursus honorum* y entorno social (familia, enlaces matrimoniales, solidaridades geográficas y profesionales) es la primera de una serie —con avances suministrados periódicamente en los últimos años[4]—, de la que, además, anuncian poseer documentación ya reunida sobre otros oficiales públicos. Sabida, y padecida, es la escasez de estudios sobre los hombres que estuvieron al frente de las instituciones de gobierno durante la Edad Moderna y en especial, en lo que aquí nos preocupa, durante el setecientos. Desconocimiento que alcanza a la organización y funcionamiento de los mismos órganos de la administración, tanto central (Consejos, Secretarías de Estado y del Despacho), como territorial (Reales Chancillerías y Audiencias, Corregimientos e Intendencias) y municipal (Ayuntamientos o cabildos de regidores), sin contar con la peculiar estructura de las múltiples jurisdicciones privile-

[3] *La plume, la faucille et le marteau,* París, 1970.

[4] ABBAD, F., «Honnerus et emploi à la fin du XVIIIe s.: Les *pretendientes* à *Intendencia* (1792-1798)», en *Mélanges de la Casa de Velázquez,* XII, Madrid, 1976, págs. 387-413; ABBAD, F., «Hacia una historia de la Intendencia en la España moderna», en *Cuadernos de Investigación Histórica,* VI, Madrid, 1982, págs. 103-108; ABBAD, F. y OZANAM, D., «Para una historia de los Intendentes españoles en el siglo XVIII», en *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración,* Madrid, 1983, págs. 579-612; ABBAD, F., «Clientèles dans l'administration de l'intendance d'Espagne», en *Actes du colloque sur les clientèles et les fidélités. Enquêtes et documents,* XI, Nantes, 1985, págs. 113-133; y OZANAM, D., «Los altos funcionarios españoles del siglo XVIII», en *Familia y Sociedad en el Mediterráneo Occidental. Siglos XV-XIX,* Murcia, 1987, págs. 3-11.

giadas entonces existentes y concurrentes (eclesiástica, militar, universitaria, consular, inquisitorial, de hacienda, de la Casa y servidumbre Real, etc.).

Se han producido, no obstante, indudables avances en la investigación del entramado institucional del Estado moderno con el consiguiente incremento al hilo de la misma, afortunadamente, de nuestros conocimientos prosopográficos sobre los ministros y oficiales reales que ostentaban el poder en sus diversos escalones e instancias. Así, sin ánimo exhaustivo y sin detenernos en sus diferentes criterios metodológicos de estudio, podemos señalar las monografías de J. A. Escudero (Secretarías de Estado y del Despacho), F. Barrios (Consejo de Estado), R. Gómez-Rivero (Secretaría de Estado y del Despacho de Gracia y Justicia), S. de Dios, S. M. Coronas González y J. Fayard (Consejo de Castilla), G. Bernard (Secretaría de Indias), H. Kamen y E. Escartín Sánchez (Intendencia en España), G. Morazzani, L. Navarro García, H. Pietschamann y J. R. Fisher (Intendencia en Indias), J. Mercader Riba (Capitanes generales e intendentes de Cataluña), P. Molas Ribalta y M. A. Pérez Samper (Chancillería de Valladolid, Audiencias de la Corona de Aragón), B. González Alonso y J. M. Gay Escoda (Corregimientos), J. Lynch, J. I. Rubio y J. A. Calderón Quijano (Virreyes de Indias), I. Sánchez Bella, J. Parry, L. G. Campbell, J. A. Barbier y G. Lohmann Villena (Audiencias de Indias), etc. Ahora bien, si todavía muchos de los personajes importantes de la historia española del setecientos aguardan una biografía adecuada, siguiendo el camino trazado ejemplarmente, v. gr., por M. Defourneaux con Olavide, la penuria y desconocimiento resultan casi absolutos para los de segunda fila, los ministros y oficiales reales que, como los intententes, transmitieron, interpretaron y aplicaron en un país y a un pueblo las órdenes emanadas del núcleo de una, más o menos, centralizada, uniformada y unificada Monarquía absoluta. De ahí que los informes biográficos suministrados por F. Abbad y D. Ozanam sobre estos oscuros gobernantes —algunos como Macanaz, Patiño, Campillo, López de Lerena o el propio Olavide, desde luego, no tanto— resulten tan valiosos y tan útiles para futuras investigaciones, completando anteriores y aisladas aportaciones como las de B. González Alonso[5] sobre el conde de Adanero, corregidor de Chinchilla (1763-1769), tan esclarecedora de las tensiones que la política reformista de la Monarquía podía suscitar con las cerradas oligarquías municipales, la de J. Caro Baroja[6] sobre la fecunda progenie de navarros relacionados con la administración pública que el XVIII suministró a España, o las interesantes y variopintas memorias de José Antonio de Armona, corregidor de Madrid (1777-1792) publicadas por E. Palacios Fernández, J. Alva-

[5] «Control y responsabilidad de los oficiales reales: en torno a una pesquisa del siglo XVIII», en *Sobre el Estado y la Administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen*, Madrid, 1981, págs. 141-202.

[6] *La hora navarra del XVIII. (Personas, familias, negocios e ideas)*, 2.ª ed., Pamplona, 1985.

rez Barrientos y M. C. Sánchez García[7] con detalladas noticias de su agitada carrera burocrática.

II.— *Les Intendants espagnols du XVIIIe siècle* se divide en tres grandes apartados:

A) Una breve introducción sobre los orígenes, establecimiento y evolución histórica (1703-1808) de la institución, sobre la que volveremos más adelante, que incluye un resumen de conclusiones sobre las características coincidentes y divergentes apreciables estadísticamente en los datos personales, *cursus honorum* y entorno social de los biografiados, además de la indicación de las fuentes de archivo y sucinta bibliografía utilizada para su redacción.

B) El cuerpo central, un repertorio comprensivo de 204 informes biográficos de otros tantos Intendentes, de los cuales 42 corresponden (1711-1749) al período anterior a la implantación definitiva de la Intencdencia por el marqués de la Ensenada, mediante Real Ordenanza (R. Ord.) de 13-X-1749, y los restantes 162 a la época en que la institución alcanza su máximo prestigio e influencia (1749-1808). El modelo al que se ajusta cada informe, siempre que ello es posible y la documentación disponible ha suministrado las pertinentes noticias —y hemos de consignar en honor de los autores que es con mucha frecuencia—, es el siguiente: 1.º) Nombre y apellidos; lugar y fecha de nacimiento y/o bautismo, y de muerte. 2.º) Filiación, con datos sobre los lugares y fechas de nacimiento, matrimonio y muerte de los parientes del intendente, y mención de sus hermanos, sobrinos, etc. cuando hayan desempeñado también Intendencias u otros cargos en la administración pública. 3.º) Enumeración cronológica de las sucesivas etapas de su carrera burocrática, con advertencia de que no siempre es posible facilitar el Real Decreto (R.D.) de nombramiento, sino a veces tan solo el Real título despachado (con designación del salario y gajes reconocidos) o la Real Cédula (R.C.) que le confiere poderes, sobre todo en materia financiera. 4.º) Enlaces matrimoniales y descendencia; títulos nobiliarios. 5.º) Obras, manuscritas o publicadas, salidas de su pluma. Y 6.º) las debidas referencias archivísticas y bibliográficas de donde se entresacan los datos que se suministran, acompañadas, en algún caso, de testimonios sobre la época, la persona o la gestión del intendente.

C) Un catálogo de las diferentes circunscripciones intendenciales, de ejército (Andalucía, Aragón, Castilla, Cataluña, Extremadura, Galicia, Mallorca, Valencia) y de provincia (de 1.ª clase: Burgos, Córdoba, Granada, León, Madrid, Toledo, Valladolid; de 2.ª clase: Cuenca, Jaén, La Mancha, Murcia, Salamanca, Segovia; y de 3.ª clase: Ávila, Guadalajara, Palencia, Soria, Toro, Nuevas Poblaciones de Andalucía y Sierra Morena), con relación cronológica de los titulares que las desempeñaron

[7] ARMONA Y MURGA, J. A. de, *Noticias privadas de casa útiles para mis hijos. (Recuerdos del Madrid de Carlos III), ed., introducción y notas de..., Madrid, 1989; Id., Memorias cronológicas sobre el teatro en España (1785),* ed., prólogo y notas de..., Vitoria, 1988.

e indicación del empleo que ocuparon antes y después de su paso por ellas.

D) Por último, unos utilísimos índices onomásticos general, de esposas y de descendientes conocidos de los intendentes, alfabéticamente ordenados en relación a estos últimos.

Del análisis de esta base documental se extraen varias conclusiones. En el acceso a la Intendencia priman los orígenes sociales y familiares —«les réseaux de solidarité»— sobre los profesionales y geográficos. Un buen número de intendentes pertenecen a familias nobles o hidalgas: 17 poseen un título nobiliario antes de su nombramiento, bien por matrimonio, herencia o creación; 50 son caballeros de una Orden militar (Santiago, Calatrava, Alcántara, San Juan, Carlos III); durante la permanencia en la plaza, 10 son ennoblecidos y 5 recibidos en alguna de estas Ordenes. Las solidaridades familiares son igualmente evidentes, pues «il y a, sinon des dynasties, du moins des familles d'intendants»: padre e hijo (los Caballero), tío y sobrino (Driget y Gausy), hermanos (los Piña, los Armona, los Jiménez Navarro), cuñados (Altarriba y Masdeu, González Fernández-Cuevas y Gordillo, Mesía y Escobedo, Montenegro y Marentes), suegros y yernos (Arredondo y Machón, Mendoza Sotomayor y Aguilar Anchía), primos (los Gardoqui)... Los lazos familiares pueden sobrepasar asimismo el marco de la Intendencia. Algunos cuentan con el apoyo de un ministro en ejercicio: un padre (J. Gardoqui), un hermano (Arriaga, Moñino), un cuñado (Núñez del Nero, Moreno Cidoncha), un tío (Hermosa y Espejo, C. Gardoqui, Lorenzana). Otros son hijos (Horcasitas) o hermanos (Bermúdez de Castro) de un tesorero general de la real hacienda, o de un gobernador del Consejo de Castilla (B. de Rojas y Contreras). De ahí que se deba coincidir con F. Abbad y D. Ozanam en que «l'étude des stratégies matrimoniales, qui reste à faire, pourrait apporter des informations d'un intérêt évident».

Junto a los lazos familiares, conviene no olvidar la constatada presencia y estrechas relaciones que el clientelismo establece entre pretendientes a Intendencia y protectores situados en el gobierno central de la Monarquía, Consejos y Secretarías de Estado y del Despacho: Pueyo cuenta con un valedor en el duque de Montemar, gobernador del Consejo de Guerra; Azcué y Goyeneche se mueven en el entorno de José Patiño; Astraudi, Ochoa y Terán en el de José del Campillo, éste y aquél, a su vez, antiguos intendentes de ejército; Bañuelos debe su apoyo al marqués de la Mina; Pérez Delgado y Roubiou son *criaturas* de la Ensenada, como J. Ceballos y López de Lerena, futuro Secretario de Estado y del Despacho de Hacienda, lo son de Floridablanca; José Antonio de Armona y Clemente de Campos hacen fortuna gracias a Gálvez y Aranda, respectivamente. Desde 1795, la camarilla de Godoy domina por entero los nombramientos: Moreno, Aranza y Doyle, Azpiroz, Garcini, Hore, J. Urbina, etc.; hasta el extremo de que varias de las camaristas y damas de honor de María Luisa de Parma se casan con algunos de estos futuros intendentes: Aranza, Garay, Garcini, Osorno, C. Urbina, entre otros.

El origen geográfico, el lugar de nacimiento, no parece especial-

mente significativo a la hora de facilitar la entrada en el empleo aunque, en efecto, «plus que celle des solidarités régionales, c'est une étude des solidarités familiales dans un cadre local qu'il faudrait entreprendre». Factor de mayor peso parece ser el de los antecedentes profesionales. Predomina el reclutamiento en el seno del cuerpo de comisarios de guerra, y de guerra y marina, tanto en ejercicio como honorarios, así como entre contadores y oficiales encargados de la recaudación de las rentas reales. Guerra y Hacienda son pues las procedencias mayoritarias entre los candidatos seleccionados para ocupar las Intendencias, lo que nada ha de extrañar, dados los cometidos principales para los que han sido creados tales empleos. Los diecisiete corregidores que aparecen (7 de capa y espada y 10 letrados) apenas significan algo, ya que 13 de ellos pertenecen a la primera promoción (1749). De los 7 diplomáticos ninguno supera la categoría de encargado de negocios o secretario de embajada. Cinco son ministros de los Consejos, uno de Indias, tres de Hacienda, y uno de Castilla. Estos últimos son destinados en comisión y encargados temporalmente de una Intendencia, retornando a su plaza de consejero una vez cumplida su misión. Es el caso de Pedro Samaniego Montemayor y Córdoba, marqués de Monte Real, consejero de Castilla desde el 22-II-1752, a quien se le encomienda la Asistencia de Sevilla e Intendencia de ejército de Andalucía (15-III-1757), reintegrándose a su plaza el 30-V-1760.

La media de edad para el ingreso en la intendencia es de poco más de 50 años entre 1749 y 1808. Dividiendo en dos este espacio temporal se advierte un rejuvenecimiento en el último cuarto de siglo: cincuenta y cuatro años (1749-1779) frente a sólo cuarenta y siete (1779-1808). Esta disminución es confirmada por las edades máximas y mínimas de acceso: cinco casos de menos de 40 años y dieciséis de más de 60 para el primer período; 19 y 9 para el segundo. Los ejemplos extremos son numerosos: José Gardoqui es intendente de ejército a los 22 años (1794) y su primo Cesáreo a los 26 (1793). La influencia de Diego de Gardoqui, Secretario de Estado y del Despacho de Hacienda no puede ser por menos determinante. El marqués de Uztáriz, sin apoyos tan manifiestos, es nombrado intendente de la provincia de Toro a los 30 años (1765). En sentido contrario, Contamina accede a la Intendencia de Cataluña con 74 años (1749), Juan de Lerena con 72 (1778), Bartolomé Pont a los 77 (1777), Suárez de Figueroa a los 71 (1772) ... Por otra parte, no existe regla absoluta sobre el modo de acceso a la Intendencia, aunque más del 80% de los nombrados lo son para Intendencias de provincia, y más del 55% ingresan por las de 3.ª clase. La entrada por las de 1.ª o 2.ª clase es más selectiva, siendo el acceso directo más frecuente en León, Burgos, Murcia y Segovia que Valladolid, Córdoba, Cuenca o Salamanca.

Aunque legalmente un intendente sólo podía estar tres años en un mismo destino, la permanencia real en el empleo superó ampliamente este *desideratum*. Cada circunscripción cuenta con una media de 11,62 mandatos de intendente y 5,08 años de estancia cada uno. Pero las diferencias son grandes: los intendentes de Cataluña, Toledo, Granada, Ma-

drid y Sevilla permanecen largo tiempo en su empleo; en cambio, nadie desea ir, por los rigores de su clima, a León (1.ª clase), Palencia o Avila (3.ª clase), donde 19 intendentes se suceden en 60 años. Cerca del 25% de los intendentes se mantienen menos de tres años en su primer empleo aunque, no obstante, casi otro 25% pasa diez o más años en un mismo destino: así, el marqués de Uztáriz en Badajoz (23 años), Suelves en Toledo (20 años), Contamina en Barcelona (20 años, incluyendo 5 de interinidad), Argumosa en Guadalajara y Orovio en Segovia (17 años), A. Jiménez Navarro en Zaragoza, Carrillo de Mendoza en Granada y Armona en Madrid (16 años). En fin, gran parte de los intendentes permanecen en el mismo puesto entre 4 y 9 años.

Existe una indudable jerarquía entre las Intendencias y, en la mayor parte de los casos, un ascenso paulatino a medida que cada intendente progresa en su carrera (3.ª, 2.ª, 1.ª clase e Intendencia de ejército). Jerarquía, pese a todo, sometida a mayor flexibilidad de lo que a primera vista pudiese parecer. Si la capital del reino, Madrid, tiene frecuentemente al frente un viejo intendente de ejército, que suele morir en el desempeño del cargo, León, pese a ser también de 1.ª clase entre las de provincia, ahuyenta a los candidatos por su clima en extremo frío. Guadalajara (3.ª clase) es perseguida por el suplemento de retribución que comporta la dirección de las fábricas reales allí instaladas. Finalmente, hemos de señalar que sólo el 19% de los intendentes encuentra en el curso o al final de su carrera una salida hacia actividades más prestigiosas o lucrativas. Estas son, entre las más frecuentes, los Consejos de Guerra (7), Hacienda (7), Indias (3) y Castilla (1); las Direcciones generales de correos y postas (2), la Casa Real (2), etc. El 40% muere en el empleo, jubilándose en él un 27%, aproximadamente, lo que se explica dada su característica longevidad: 60 intendentes prosiguen su actividad más allá de los 60 años; de ellos 31 superan los 70 y 5 son octogenarios. J. Firmat ingresa en la carrera a los 68 años, sorprendiéndole la muerte a los 85 en la intendencia de Salamanca sordo, casi ciego e imposibilitado prácticamente para la firma y despacho de los negocios. Juan de Lerena, intendente por primera vez a los 72 años, se jubila 14 años más tarde en la intendencia de ejército del reino de Galicia. Para evitar situaciones de este tipo, un tardío R.D. de 25-III-1789 prevendrá la jubilación con la mitad de sueldo de aquéllos que «por su edad o achaques no puedan servir». Ese mismo año, sin embargo, V. Domínguez de Prado ingresa como intendente de provincia en Soria e inicia una carrera que sólo concluirá a los 84 años en la de Toledo.

III.— Si bien la breve introducción histórica (págs. 5-16) sobre los orígenes, establecimiento y desarrollo de la institución intendencial que F. Abbad y D. Ozanam esbozan en su obra sólo pretende situar en su contexto los repertorios biográficos que a continuación ofrecen a todos los investigadores dieciochistas, o simples interesados en la centuria ilustrada, no obstante, se debe hacer alguna precisión sobre ciertas afirmaciones en ella contenidas. Insisten reiteradamente los autores en in-

cardinar la implantación de los intendentes en España en el ámbito de una mera lucha por el poder entre la tradicional *vía consiliar* (Consejos de Castilla y de Hacienda, fundamentalmente) y la emergente *vía reservada* (Secretarías de Estado y del Despacho de Guerra y Hacienda). El Consejo de Castilla, temeroso de la suplantación de sus corregidores por unos nuevos oficiales (dotados, además de guerra y hacienda, de competencias en materia de justicia y policía) en un ámbito reservado desde siempre a su jurisdicción, con la consiguiente pérdida de influencia, capacidad de decisión y posibilidad de nombramientos en favor de las Secretarías de Estado y del Despacho de Guerra y Hacienda, habría sido causante principal de la supresión reiterada de las Intendencias provinciales o civiles en 1715 (R.D. de 25-III) y 1721-1724 (R.C. de 1-III y R.D. de 19-VII, respectivamente). Hacen especial hincapié los autores en que, tras el restablecimiento de los intendentes de provincia mediante R. Ord. de 4-VII-1718 auspiciada por Alberoni, «la réaction des conseils et de toute la robe ne se fait guère attendre. A l'envi, le Conseil de Castille et le Conseil des Finances multiplient leurs plaintes contre les intendants: excès de pouvoir, usurpation d'attributions, empiètement de jurisdictions, procédés expéditifs à la limite de la légalité, incapacité et incompétence. Autant de griefs inlassablement répétés par ces tribunaux ou leurs subordonnés» (pág. 12). Esta rivalidad política entre Consejo y Secretarías, entre la administración judicial y la ejecutiva, alcanzaría uno de sus máximos hitos a lo largo del siglo con la separación de Corregimientos e Intendencias alcanzada de Carlos III a través de un R.D. de 13-XI-1766, reforma que «s'inscrit dans le contexte de la lutte sans merci qui oppose le Conseil de Castille à la *vía reservada* et à ses agents locaux, les intendants. Le haut tribunal, qui n'a jamais désarmé, prend prétext des mouvements populaires de 1766 qui ont surpris et débordé certains intendants pour souligner que ceux-ci, accablés par l'ampleur de leurs missions, n'ont eu ni la disponibilité nécessaire pour prévoir les troubles ni la capacité de les maîtriser et des les réprimer. Il demande donc et obtient, (...) que les charges d'intendant et de *corregidor* soient dorénavant séparées, ce dernier ayant seul compétence sur les affaires de justice et de police» (pág. 16).

Resulta indudable que en toda estructura administrativa la inclusión de un nuevo cuerpo de oficiales al que se le atribuyen competencias parcial o totalmente coincidentes con las ejercidas por otro establecido con anterioridad, máxime cuando a aquél se le hace depender institucionalmente de órgano diferente a éste, trae consigo tensiones, fricciones y enfrentamientos para tratar de absorber, suprimir o, si ello no es posible, recortar las facultades reconocidas al *corpus* invasor. Nada hay de extraño en que esta reacción se exacerbase en el contexto de la radical innovación que supuso en la centenaria polisinodia administrativa de la Monarquía española el despliegue de las Secretarías de Estado y del Despacho o ministerios con el advenimiento de los Borbones. Pero quedarse en la constatación de este simple hecho o ceñir la explicación de la argumentada oposición durante varias décadas del Consejo de Castilla y sus fiscales a los excesos jurisdiccionales y competenciales de los

intendentes en base a una simple lucha por el poder concreto supone un reduccionismo inexacto, y estéril para una adecuada comprensión de la efectiva organización y funcionamiento del régimen del gobierno central en la Monarquía hispana.

El sistema intendencial es trasplantado y readaptado en el siglo XVIII desde el vecino país por el deseo de los Borbones de incrementar los ingresos del Estado, no aumentando la presión tributaria, sino la riqueza, y de reorganizar al mismo tiempo el ejército. Ahora bien, para cumplir estos cometidos y evitar que la acción de los intendentes tropiece con la resistencia de gobernadores y justicias locales, estos cargos —como ha puesto de relieve A. García-Gallo[8]—, con excepción de las Audiencias, se confieren también a los intendentes, pero con la obligación de actuar manteniendo separadas las distintas jurisdicciones que le son confiadas (hacienda, guerra, justicia y policía) y proceder en los distintos ramos o negocios con total independencia. Como han subrayado igualmente H. Kamen[9], G. Morazzani[10] y E. Escartín Sánchez[11], la administración de las rentas reales y todo lo relativo a la materia militar fueron realmente las atribuciones esenciales de los intendentes, ya que las competencias de policía y justicia sólo sirvieron para reforzar su autoridad y complementar su actuación. Es por eso que a partir del R.D. de 30-VII-1760, por el que se creó la Contaduría General de Propios y Arbitrios con sus correspondientes Contadurías provinciales, el cometido intendencial en el ámbito municipal aparece limitado al control económico-financiero de las haciendas locales, dependiendo lo gubernativo y judicial del Consejo de Castilla y de su jurisdicción ordinaria encarnada en los corregidores. En un mundo de numerosos y concurrentes fueros privilegiados, con harta frecuencia los intendentes no respetaron ni distinguieron los cauces diferenciados de las jurisdicciones Real ordinaria (justicia y policía) y de guerra y hacienda (para lo gubernativo las Secretarías de Estado y del Despacho de Guerra y Hacienda, y para justicia los Consejos homónimos). Es comprensible que les resultase más cómodo y/o ventajoso subsumir los —escasos— negocios de justicia y policía a ellos encomendados[12] en las jurisdicciones que actuaban cotidianamente. Prueba temprana de que así lo hacían es el informe que José Rodrigo y Durán, marqués de la Compuesta, redacta para Felipe V en febrero de 1722, favorable al mantenimiento del

---

[8] «La división de las competencias administrativas en España en la Edad Moderna», en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1971, págs. 289-306.

[9] «El establecimiento de los intendentes en la Administración española», en *Hispania*, T. XXIV, n.º 95, Madrid, 1964, págs. 368-395.

[10] *La Intendencia en España y en América*, Caracas, 1966, págs. 157-208.

[11] «La Intendencia de Cataluña en el siglo XVIII», en *Cuadernos de Historia. Anexos de la revista Hispania*, n.º 9, Madrid, 1978, págs. 39-112.

[12] Constancia de su escaso número en DOU I DE BASSOLS, R. L. de, *Instituciones del Derecho público general de España con noticia particular de Cataluña, y de las principales reglas de gobierno en qualquier Estado*, 9 tomos, Madrid, 1800-1804 (ed. facsimilar, Barcelona, 1975), t. II, págs. 444-453.

sistema intendencial ante la proximidad de su supresión, en el que para nada rebate lo que el Consejo de Castilla había denunciado, que «el Intendente de León resolvía por Govierno y por memoriales, muchas cosas pertenecientes a Justicia», habiendo puesto en general los intendentes «su conato en abrogarse jurisdicción que V.M. no les ha conferido, queriendo persuadir a todos que en su Provinzia tienen una suprema authoridad, maior y de superior jerarchia que las demás justizias y tribunales» [13].

En la separación de Intendencias y Corregimientos que Campomanes propone y obtiene de Carlos III desde la fiscalía del Consejo de Castilla entre agosto y noviembre de 1766, late la idea, sobre todo, de que los cargos civiles deben ser ejercidos por civiles-letrados, y no por militares que con su inoportuno rigor despiertan el descontento de la población, caso del intendente de Zaragoza, marqués de Avilés, y su desafortunada intervención en el motín de primavera de aquel año —cuyo informe biográfico, págs. 58-59, es, por cierto, un extraordinario ejemplo de la utilidad de tales noticias para encuadrar con acierto oscuros personajes de aparente segunda fila en futuras investigaciones—. Prueba de que no era sólo una interesada rivalidad de poder entre las vías reservada y consultiva la que animaba al Consejo de Castilla en sus críticas a las extralimitaciones y confusiones jurisdiccionales de los intendentes es que en 1783 (R.C. de 21-IV), como ha señalado brillantemente B. González Alonso [14], se procede a la sustitución del corregidor libremente elegido y revocable, corregidor político, por un oficial de carrera, profesionalizado e intercambiable: supresión de las ilimitadas posibilidades de remoción, sometimiento a un recio escalafón, ampliación de la duración del cargo a seis años, etc. Junto a una más coherente y operativa delimitación orgánico-funcional de las materias de justicia/gobierno político que se confundían en las variadas atribuciones de los intendentes, la reforma impulsada desde el Consejo de Castilla pretendía revitalizar una anquilosada administración municipal que el fracaso práctico de aquéllos en sus funciones tras el motín de Esquilache y de provincias de la primavera de 1766 había esclarecido resultaba tarea imposible para hombres cuyas obligaciones excedían con mucho a sus fuerzas.

Las quejas populares de 1766 —y así lo denunciará vigorosamente Campomanes— habían versado sobre abastos, materia propia de los corregidores a la que los intendentes no habían prestado suficiente atención y dedicación. La reordenación de la anquilosada estructura municipal de las Coronas de Castilla y Aragón —en la que se introducen

---

[13] *Cit.* port KAMEN, H., «El establecimiento de los intendentes en la Administración española», págs. 377 y 393.

[14] *El Corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, 1970, págs. 245-279. *Vid.* también GAY ESCODA, J. M., «La culminación de las reformas de la Administración municipal durante la Ilustración: el establecimiento de la carrera de corregimientos y varas y la *Instrucción de corregidores*», en *Documentación Jurídica*, t. XV, n.º 60, Madrid, octubre-diciembre de 1988, págs. 109-229, en concreto págs. 110-124.

nuevos oficios como los síndicos personeros y diputados del común, los alcaldes de barrio, los reinstaurados regidores añales o electivos, etc.—, es confiada a una figura secular, el corregidor, que había demostrado su eficacia al servicio de la Corona durante siglos, y que también se convertirá en el oficial del despotismo ilustrado. Este fracaso de los intendentes, al que no resultan ajenos la prepotencia y la utópica pretensión de implantar en la administración provincial instrumentos de concentración gubernativa semejantes a las Secretarías de Estado y del Despacho en la central, habría de configurar una más reducida y plausible configuración competencial de la institución (hacienda y guerra), asegurando de este modo su éxito y eficacia para el futuro.

Para concluir, sólo resta manifestar algo que ya ha sido señalado en líneas precedentes, la extremada utilidad que la riqueza documental de datos de *Les Intendants espagnols du XVIIIe siècle* aporta para la elaboración de esa biografía colectiva de la administración española del XVIII que, apoyada en las numerosísimas monografías que todavía han de ser elaboradas, se ha de redactar con el paso del tiempo. La obra de F. Abbad y D. Ozanam —de consulta y cita obligadas— es una herramienta, un instrumento auxiliar de primerísima magnitud para cualquier investigador que haya de desenvolverse entre los numerosísimos nombres y hombres al servicio de la administración pública del setecientos que le asaltan desde los legajos de los archivos o desde los informes, memorias y relaciones manuscritas de las bibliotecas. Desde luego, ya no se puede decir que personajes significados como Jorge Astraudi y Muñoz, José de Avilés Iturbide, I marqués de Avilés, Miguel José Azanza y Navarlaz, duque de Santa Fe, Francisco Antonio Domezain Andía, Tomás González Carvajal, Pedro Francisco Goyeneche y de Martiarena, Ramón de Larumbe y Malli, Pedro Macanaz y Macanaz, Francisco Moñino Redondo, Miguel de Ondeano, Baltasar Patiño y Rosales, Alonso Pérez Delgado, Bernardo de Rojas y Contreras, Jerónimo Uztáriz Tovar y Pacheco, III marqués de Uztáriz, y tantos otros, son unos desconocidos.

Albacete-Zaragoza, marzo de 1994

José María VALLEJO GARCÍA-HEVIA
Universidad de Zaragoza

INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»
(Excma. Diputación de Zaragoza - CSIC)

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA