



CODEX

**BOLETÍN DE LA ILUSTRE SOCIEDAD ANDALUZA
DE ESTUDIOS HISTÓRICO-JURÍDICOS**

0

2002





CODEX

BOLETÍN DE LA ILUSTRE SOCIEDAD ANDALUZA DE ESTUDIOS HISTÓRICO-JURÍDICOS

Boletín de periodicidad bianual
publicado con el patrocinio de Área de Cultura
de la Excm. Diputación de Córdoba

- **DIRECTOR:** *Julian Hurtado de Molina Delgado*
- **COMITÉ DE REDACCIÓN**
 - **Coordinadora:** *Dra. M.^a del Carmen Martínez Hernández*
 - **Secretario:** *José Lucena Llamas*
 - **Vocales:** *Manuel García Hurtado*
Carmen Seguí Arroyo
José Murillo Rojas
Alfonso Sánchez Garrido
- **CONSEJO ASESOR:** *Dr. Emilio Cabrera Muñoz*
Dr. Joaquín Mellado Rodríguez
Dr. Manuel Peláez del Rosal
Dr. Miguel Pino Abad
Dr. Manuel Torres Aguilar

Correspondencia e Intercambios
Ilustre Sociedad Andaluza de Estudios Histórico-Jurídicos
c/. Diario de Córdoba, 11 - 14002 CORDOBA

Impresión: Imprenta Madber, S.L. - CORDOBA

Depósito Legal: CO - 1.459 - 2002



INDICE

I.- PRESENTACION	11
II.- ESTUDIOS	13
1.- EL MEDICO EN AL-ANDALUS, EL MÉDICO COMO AUXILIAR DE LA JUSTICIA, COMO MÉDICO FORENSE.	15
AUTOR: <i>D. Antonio Arjona Castro.</i>	
2.- EL DERECHO ROMANO EN HISPANIA: «UNA MIRADA HISTÓRICA A LAS FUENTES JURÍDICAS ROMANAS».	27
AUTOR: <i>D. José Antonio Cáceres Calero.</i>	
3.- APUNTE BIOGRÁFICO DEL ABAD DON FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA (LA CORUÑA, 1595-ALCALÁ LA REAL, 1656), AUTOR DEL LABYRINTHUS CREDITORUM. SU TESTAMENTO Y CODICILO.	45
AUTORA: <i>D.ª María isabel García de la Puerta López.</i>	
4.- APUNTES HISTÓRICOS SOBRE LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA AMERICA COLONIAL ESPAÑOLA.	55
AUTOR: <i>D. Julián Hurtado de Molina Delgado.</i>	
5.- LEYES DE BASES Y ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL. LAS DIPUTACIONES.	71
AUTORA: <i>D.ª M.ª Carmen Martínez Hernández.</i>	
6.- NOTAS SOBRE EL ANTIGUO DERECHO AGRARIO: EL CONTRATO DE MENSEGUERIA DE LA COMARCA DE PRIEGO EN EL SIGLO XVII.	95
AUTOR: <i>D. Manuel Peláez del Rosal.</i>	
7.- EL 70 ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1931.	101
AUTOR: <i>D. José Peña González.</i>	
8.- EL DERECHO PRIVADO EN LA ESPAÑA PRERROMANA.	121
AUTOR: <i>D. Rafael Pérez Molina.</i>	
9.- LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DELITOS AJENOS EN LOS FUEROS MUNICIPALES CASTELLANO-LEONESES.	129
AUTOR: <i>D. Miguel Pino Abad.</i>	
III.- MEMORIA.	149
IV.- RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS.	155



PRESENTACION

Este Boletín, cuyo número cero tiene en sus manos, aparece como publicación periódica de la Ilustre Sociedad Andaluza de Estudios Histórico-jurídicos, con varios objetivos esenciales, propuestos en el marco de los fines fundacionales de esta Sociedad, única en el ámbito de la Comunidad Andaluza.

En ese sentido, se pretende dar a conocer los resultados de la investigación realizada en el seno de la entidad, al mismo tiempo que se intenta promover la participación activa de investigadores juristas e historiadores, buscando contar desde su creación, con la calidad que desea para esta publicación, de forma que sea útil para la comunidad científica, difundiendo los estudios histórico-jurídicos en Andalucía y aportando en suma su contribución al desarrollo de esta materia.

Pero estos objetivos provienen de un análisis de la situación y antecedentes en estos estudios, así como de unos principios básicos que aspiran a colaborar en la pequeña medida de nuestras posibilidades, a que se vayan consiguiendo unos criterios formativos elementales del actual orden jurídico, valiéndonos de una útil y necesaria perspectiva histórica, a la vez que se intenta realzar el carácter mutable del Derecho y de su ininterrumpida interconexión con otro tipo de realidades sociales, políticas, económicas y culturales, para conseguir los fines de utilidad pública que el interés superior del Derecho y de la Justicia demandan.

La situación y antecedentes de los estudios Histórico-Jurídicos, partiendo de las brillantes y pioneras aportaciones de nuestro insigne andaluz Eduardo de Hinojosa y Naveros, a quien nuestra Sociedad rinde tributo, provienen de un panorama anterior de la historiografía jurídica española, centrado en sus esfuerzos por analizar las instituciones medievales de nuestra nación, en detrimento del estudio sobre las instituciones jurídico-políticas de la España moderna y contemporánea, quizá por el menor protagonismo de estas instituciones, sobre todo en contraste con otros países occidentales.

En la actualidad, sin embargo, en estos estudios han comenzado a cobrar relieve, nuevas líneas de investigación y análisis científicos, que nos introducen plenamente en ese marco histórico, jurídico y político occidental.

Este esperanzador futuro, se ha visto facilitado por la, cada vez, mayor diversidad de cauces y caminos para que un historiador del Derecho, pueda dar a conocer los frutos de su investigación, análisis y estudio, como reflejo de un mayor protagonismo de la investigación y de una pujante actividad docente e investigadora, cuyo volumen y calidad está en constante crecimiento.

Independientemente de las muy valiosas y también paulatinamente mas numerosas monografías que vienen apareciendo, partimos en cuanto a publicaciones periódicas, de una venerable obra de importancia y transcendencia singular como el Anuario de Historia del Derecho Español, que sin duda conserva todo su prestigio, tras estar manteniendo dignísimamente el testigo durante muchos años, pero que ahora se encuentra acompañado de otras revistas especializadas como, Historia, Instituciones, Documentos, Ius Fugit, Glossae, Dret Comú, Cuadernos de Historia del Derecho, y Byblos, revista on line que acerca de forma pionera y notable las nuevas tecnologías informáticas a nuestra realidad histórico-jurídica.

Por ello y ante la evidencia de numerosos trabajos que están dando a conocer las peculiaridades del Derecho o de las instituciones que han sido propias de cada una de ellas, hemos considerado oportuno crear este boletín, que colabore en nuestra tierra, en el impulso que viene prestando especialmente el mundo de la universidad andaluza a la investigación histórico-jurídica, pero sin carácter excluyente hacia el resto de zonas geográficas del Estado.

No podemos olvidar por otra parte, las tendencias de la historiografía en nuestra materia, que se viene enriqueciendo con trabajos sobre cuestiones jurídicas de clara conexión socioeconómica, constitucional, etc. o sobre fuentes locales y de ámbito foral, historia de las instituciones, tanto locales como provinciales o progresivamente también autonómicas, a pesar de que, aún queden evidentes carencias como los escasos, en proporción, estudios histórico-jurídicos de Derecho privado, penal y procesal moderno y contemporáneo, de pensamiento jurídico, del Derecho e instituciones de la España Islámica o Judía, de la justicia impartida por los juzgados, derecho constitucional comparado, etc. todo lo cual tendremos presente desde ahora.

En suma, el horizonte general esperanzador que se nos ofrece, resaltará progresivamente la ingente labor investigadora, constituyendo a la vez un instrumento útil para nuevas y fecundas investigaciones en el campo de la Historia del Derecho, superando al mismo tiempo la arcaica metodología anterior.

ESTUDIOS



EL MEDICO EN AL-ANDALUS; EL MÉDICO COMO AUXILIAR DE LA JUSTICIA, COMO MÉDICO FORENSE

Dr. Antonio Arjona Castro

*Director del Instituto de Estudios Califales de la Real Academia de Córdoba y
Académico de la Real Academia de la Historia*

Sabemos que en al-Andalus se ejercía un modelo abierto de medicina, tanto en el ejercicio como en la enseñanza, en el cual transmitía o impartía saber médico quien poseía dicho saber, de acuerdo con criterio personal y sin estar al abrigo de institución alguna. La validación social de la práctica médica venía impuesta por el binomio éxito-fracaso en la relación médico-enfermo. En la práctica eran los enfermos quienes confirmaban o no la condición de médico del sanador. En todo caso el médico podía exhibir el testimonio o testimonios de maestros con el que habían adquirido sus conocimientos en medicina y otras disciplinas. Dicho testimonio denominado iyaza (1) los autentificaba el juez o una persona de reconocida autoridad en la comunidad.

El control de la práctica médica en al-Andalus lo realizaba la autoridad gremial, pues los médicos se agruparon en organizaciones gremiales. Dentro de estos primitivos colegios de médicos se realizaba el control de la medicina práctica, luchando contra el intrusismo profesional por parte de charlatanes y curanderos. En Córdoba los médicos se inscribían en un registro (diwan) y había un inspector de los médicos para controlar que el ejercicio profesional se realizaba dentro de ciertos límites éticos y científicos (2). En estas circunstancias los médicos podían ser requeridos como peritos forenses por los jueces y a veces demandados ante el cadí por cuestiones con sus pacientes.

1 léase ichaza.

2 Cf mi obra **El Colegio de Médicos y los médicos de Córdoba en la Baja Edad Media y en Epoca contemporánea**, Córdoba, 1998, pp 28 -29.

Veamos el primer caso: el médico es llamado para solucionar un pleito suscitado por el defecto que se encuentra en una esclava por su nuevo dueño (3)

Este planteó ante el juez la nulidad del contrato de compraventa al comprobar que la esclava adquirida tenía un defecto que no conocía antes de adquirir la mercancía humana.

En este momento el juez plantea la cuestión a resolver: ¿era el defecto anterior a la compraventa o posterior a él?

De acuerdo con la legislación vigente de la Sari'a, es decir la ley islámica, para este tipo de contratos el comprador solicitó se devolviera la mujer al tratante que se la vendió, pero el tratante respondió que él la vendió sana y que el defecto o tara que encontraron en la esclava era reciente producido después de la compraventa. La base jurídica en esta disputa consistía en posibilidad de aclarar si era un defecto anterior o posterior a la venta.

Para resolver el pleito el cadí ordenó que la esclava fuera reconocida por una de las mujeres, comadronas o médica (tabibát) para que después de reconocer a la joven esclava certificara si el defecto era antiguo o reciente.

La clave del conflicto la tenía pues el médico. La mujer médica llegó a la conclusión de que era antiguo y el juez sentenció que se anulara la venta devolviendo la esclava (yariya) al tratante que fue quien la vendió.

Fue criterio del alfaquí Ibn "Atab que el reconocimiento lo hiciera una médica (Tabibát). El juez comprendió que quien mejor podría explorar el defecto íntimo de una mujer era otra mujer y que era mejor que fuera médico es decir una profesional. Pero además comprendió que era mejor la opinión de dos mujeres en lugar de una, y que de su opinión se resolviera el asunto clave: si el defecto era antiguo o nuevo.

El cadí Abul-Asbag Isà ibn Sahl que es quien nos transmite estas sentencias en su obra Ahkam al-Kubrâ, recoge la jurisprudencia existente sobre pleitos similares pero él opina que no estaba de acuerdo con los dictámenes emitidos por los médicos en anteriores ocasiones, pues creía él que los médicos se sobrepasaron en haber determinado la fecha exacta del defecto. Ibn Sahl expone después la sentencia de

3 Iba Sahl, Ahkam al-Kubrâ, volumen citado, documento nº 1 pp. 16 y ss. encontraron en la esclava era reciente producido después de la compraventa. La base jurídica en esta disputa consistía en posibilidad de aclarar si era un defecto anterior o posterior a la venta.

Ahmad ben Muhammad ben Ziyad ben 'Abd al-Rahman ben Shabntan al-Lajmi (m.312/ (9 Abril 924-29 Marzo 925).El pleito consistió en :La demanda de un hombre contra la gente del gremio de tratantes de esclavas por un criado que le vendieron en el que después se puso de manifiesto que tenía un defecto. El comprador ordenó se levantara acta notarial del reconocimiento por parte de las mujeres que se dedicaban a reconocer estos defectos. En efecto las mujeres (al-nisa'a) certificaron que el defecto de la mujer era antiguo. La sentencia del juez consistió en ordenar la devolución de la sirviente al gremio de tratantes(al-najasin). Luego se produjo una apelación a esta sentencia por parte de los tratantes contra el hombre de la disputa .Pero el caso no quedó resuelto y se paso la demanda del litigio a Sâhib al-mazalin un tal Sa'id ben Montil.

El segundo caso de peritaje médico es de parecidas circunstancias al anterior pero la sentencia termina favorablemente hacia el comprador gracias al dictamen de los médicos .Es el caso, de un individuo que compró una esclava a un hombre pero después de pasado un tiempo no determinado, le encontró unas cicatrices que afeaban un tanto a la esclava. Por este motivo y presentó una demanda ante el juez para que el contrato de compraventa fuese anulado y se devolviese la esclava al vendedor pues estas cicatrices, según el demandante, no eran manifiestas en el momento de la venta y el vendedor no le informó de ellas. Respondió el vendedor que desde luego estas no las tenía en el momento de la compra venta .Entonces ordenó el cadí a dos médicos que examinaran a la joven esclava y dictaminaran si esos restos o vestigios eran antiguos o modernos . Los facultativos certificaron que la cicatrices que tenía la esclava eran el resultado de una ulcera espesa (Qurûh Galiza).(4) con mas antigüedad que la fecha de compraventa. Entonces el juez ordenó la devolución de la esclava al vendedor como resultado del dictamen de estos médicos y la devolución del valor de la compra al comprador. Creo que se trata de la cicatriz producida por un proceso supurativo crónico que es lo que quieren decir los términos citados.

Parecido al anterior es el caso de un hombre que compró una yariya(joven esclava)pero después de su compra comprobó que tenía un defecto en un ojo, pidiendo el comprador la anulación de la compraventa. (5)

4 Ibn Sahl ,op.cit. documento nº2 pp.19-20. La terminología médica de aquella época, solo nos permite deducir que era una cicatriz producida por un proceso supurativo crónico que dejaba horribles cicatrices en cuello y que por tanto afeaban a la persona que las tenía .Recordemos aquellos procesos supurativos del cuello ,escrofula, por adenitis tuberculosa que duraban años y años.

5 Ibn Sahl , op.cit. doc. .nº 3 pp.21º-22

El litigio fue al cadí mayor, que solicitó el dictamen de tres médicos de sexo femenino. Encargándoles que cada uno individualmente hiciera un reconocimiento médico (6) a la esclava, cada uno de los médicos fue dando su opinión sobre el caso clínico que se les planteó. Una vez tras otra, fueron pasando a explorar la yariya varias veces. Dictaminó uno de estos médicos que lo que tenía la esclava en el ojo era nuevo, es decir, que el defecto del ojo no era de nacimiento, un segundo certificó que en su exploración no vió nada en el ojo de la esclava ni una mota ni restos de ella.

Un tercero aseguró que el defecto en el ojo de la esclava, si era ciertamente antiguo, anterior a la compraventa, pero señaló que a veces estos defectos pasan desapercibidos en el momento de la venta y opinando que cabía la posibilidad de que este defecto no estuviera oculto para el comprador en el momento de la compra sino que el comprador no observara detenidamente a la esclava en ese momento.

Por tanto este dictamen no decidió el pleito; todo quedaba en manos del cadí y como es lógico llamó a otros médicos para que reconocieran a la esclava y dieran sus opiniones sobre si el defecto era visible o estaba oculto en el momento de la compraventa. Pero los médicos no se pusieron de acuerdo. Eran conformes con la idea de que su dictamen, de si el defecto era antiguo o nuevo respecto al momento de la compraventa, sería decisivo a la hora de rescindir el contrato. La demostración de la antigüedad del defecto o de ser nuevo era competencia de los expertos y ellos eran médicos. Su informe técnico era decisivo para que el juez dictara su fallo. Y este consistiría en revestir el dictamen de los médicos del lenguaje jurídico sobre los hechos fallados.

Otros casos son reiterativos (7). El asunto trata del dictamen de los magistrados Ibn Lubaba y Ayub ben Sulayman y Abid ben Yahyá sobre la demanda interpuesta por un individuo que compró una joven esclava descubriendo después que tenía una cicatriz derivada de una enfermedad, consistente en un hoyo y una raja. Pidió de los magistrados su opinión como juristas si la aparición como nuevo de este defecto justificaba la anulación de la compraventa. Estos respondieron diciendo que todo dependía del dictamen de los médicos pues podía ser un enfermedad visible o reliquia de una oculta. Ordenó la examinaran las mujeres especialistas y determinarán el defecto y en que fecha apareció; si fue antes de producirse la compraventa y, la había ocultado el comerciante, siendo por tanto nula la venta, devolviéndose entonces la joven

6 Fahs: :reconocimiento ,examen

7 Ibn Sahl , doc. nº 4,p.23 del volumen citado

esclava al vendedor, o si el defecto había surgido después de la compraventa a consecuencia de una enfermedad interna oculta y que por tanto había pasado desapercibida.

En otro caso el peritaje médico es más difícil todavía.

El pleito es por la compra de una esclava en la que se comprueba posteriormente a su compraventa que está embarazada, gestación que se comprueba mediante la prueba del cauterio.

En resumen, el cadí expone en ese documento que un individuo compró una joven esclava y apareció en ella un embarazo que se comprobó por cauterio y confesó el encargado de la compra ciertamente ella estaba embarazada y no sabía si este embarazo era producto del comprador o del vendedor. En cuanto al vendedor negó que vendiera la esclava embarazada pero aduciendo como testimonio solo su palabra.

Sin embargo el juez ordenó comprobar la existencia del embarazo, (que es calificado como 'ayb, defecto, deformidad) por la prueba del cauterio (8). Por la jurisprudencia existente, la sentencia que tenía que consistir en la devolución de la esclava junto con el precio del embarazo o su retención por si reclamaba el vendedor daños y perjuicios, descontando el valor de la corona del cauterio utilizado para confirmar el embarazo.

Después se preguntó a los médicos especialistas si había visto un caso semejante. En este caso el Derecho estaba de parte del vendedor si juraba reiteradamente no conocer las circunstancias en que se produjo el embarazo en la esclava. En efecto el juez hizo jurar al vendedor y este juró desconocer como se produjo el defecto/embarazo y negó bajo juramento que la producción del defecto o embarazo tuviera relación con él. Los médicos no resolvieron el caso.

Otro caso es el relatado por una comadrona (qábila) en la cual el cadí tenía su confianza, y que tenía experiencia en casos semejantes. Se trata de una esclava muy joven que era virgen y como tal se vendió, después de ser reconocida por una matrona. Pero después de la venta fue reconocida por otra mujer especialista y no se le encontró su himen. Después Ibn Sahl aporta la jurisprudencia de un serie de alfaquíes y jueces como 'Isá ben Dinar ben wafid al-Gafiqi (m.827) sobre esta materias:

8 No he podido averiguar en que consistía esta prueba

Su caso es: Escuché que un hombre compró una esclava con la certeza de que era virgen; la exploraron las mujeres y confirmaron su virginidad. Pero después de su venta fue desflorada como se comprobó al examinar su himen. En estos momentos la opinión de las matronas era decisiva para la resolución judicial del caso: si su desfloración fue antes de la venta, es decir era antigua, el Derecho islámico contempla su devolución al vendedor.

Lo mismo dicen los casos que aportan Ibn Lubaba, Ibn Nafi', que lo tomó de Málik ben Anas. El cadí Abul-Asbág adujo un caso en el que hizo intervenir a una comadrona en la cual tenía él depositada su confianza por ser persona experta en estos asuntos. El comprador denunció el caso al juez quien ordenó a varias matronas reconocieran a la esclava. En verdad encontraron que la desaparición de su himen (bakárat) era reciente, no obstante el vendedor declaró bajo juramento que, ciertamente, que el no tocó a la esclava y que probablemente esto era obra de otra persona.

El caso más curioso es el de un hombre de Fez ,según el cadí Abu-1-Asbag . Se trata de un hombre que compró una esclava y pactó con ella cohabitar y la encontró virgen, y deseó su devolución y le pregunté : ¿la causa de esto? y contó el cadí Abu-1-Asbag que el citado individuo después de haber pactado con la esclava cohabitar con él después de la compra, al encontrar que era virgen motivó su rechazo pues no deseaba que poseyera himen por falta de capacidad para desflorarla. En estos casos no cabe la devolución al vendedor.

Esto me hace recordar a mi, la anécdota que cuenta James Dickie referente al padre del poeta Ibn Suhayd (9).

Almanzor le mandó tres vírgenes en la plenitud de su juventud y, tratando de ellas, escribió:

Te enviamos un regalo comparable con el sol: tres vírgenes tan bellas como vacas silvestres; y compruébanos la virginidad de estas doncellas si nos quieres dar el argumento concluyente.

Esfuézate mucho porque tú eres un anciano cuya noche ha revelado la blancura del día.

¡Que Dios procure que no seas impotente con ellas!, porque la impotencia es vergonzosa en el varón.

Y las desfloró todas en una noche y escribió a Almanzor al día siguiente:

Hemos desflorado el sello de su brazalete y nos hemos teñido en la sangre que corría; volvimos a ser joven bajo la sombra de lo mejor que puede ofrecer la vida, jugando con perlas y estrellas rutilantes.

El anciano llevó el ataque a cabo, mediante una espada aguda, extraordinariamente bien afilada,

EL MÉDICO DEMANDADO POR SUS ENFERMOS ANTE EL JUEZ

En otras ocasiones el médico no es requerido como perito ante la Justicia sino demandado ante el juez por un enfermo, por su actuación como médico.

El primer caso se titula:

Sobre la contratación de los servicios de un médico por el tratamiento con cauterio y su remuneración. Después una pregunta: ¿Es lícito el tratamiento con cauterio?(10)(11)

Se trata de requerimiento al célebre alfaquí Ibn 'Utab sobre el caso de un hombre que tenía un dolor en su rodilla, acudió a la consulta de un médico, se puso contento con este y le dijo: yo te trataré con cauterio en la rodilla y te sanaré (Si Dios quiere , glorioso y sublime) utilizando el botón de fuego. Entonces pactó con el enfermo sobre honorarios y su pago por adelantado. Pero al poco tiempo el enfermo volvió por haber cambiado de opinión sobre el tratamiento del cauterio argumentando el demandante que el tratamiento con cauterio no era lícito , solicitando al medico que le devolviera sus honorarios, pues él rehusaba recibir el cauterio. El médico se mantuvo firme en su postura de no devolver lo cobrado . Llevado el caso ante el juez Ibn 'Atab este dicta-

10 Documento o acta octava de los Ahkam al-Kubrâ del cadí Abu-1-Asbag Isâ ibn Sahl ,edición de Muhammad 'Abd al-Wahhab Jalaf , ,primera edición El Cairo 1982 p.27

11 Ibn Sahl, p.28 en su sentencia: que él médico había establecido la prescripción, había reconocido el enfermo(al-fahs),establecido el diagnostico de la enfermedad y prescrito el tratamiento, delimitado el número de veces que lo tenía que aplicar y los instrumentos a usar. Y que después de todo esto cuando el médico estaba preparado para la ejecución del contrato, el enfermo comunica al médico que renuncia recibirlo y esta renuncia del enfermo en el último momento, alteró el plan del médico dejando sin ejecución la operación. Por todo ello es evidente dice el juez que el médico cumplió su parte del pacto pues estaba preparado para la ejecutarle y sino fuera por la renuncia del demandante. Por esta causa, la actitud del enfermo , supuso la violación del acuerdo por una de las partes no prescribiendo los derechos del médico y por tanto los honorarios convenidos con él.

minó que ciertamente el cauterio era lícito, señaló que respecto a esto, el Profeta -sobre él sea la bendición y la paz- cauterizó a Aswád ben Zurara y Ibn `Umar, y no escuchó que el profeta lo prohibiera sino que utilizó el cauterio, pero no se dice el lugar donde lo aplicó ni el número de veces, ni el utensilio que utilizó para aplicarlo. Y explico que había en el contrato dos partes :una la prescripción del cauterio y otra el número de aplicaciones y la clase de utensilio que se utilizaba para aplicarlo. Y ciertamente decía el juez que remuneración es justa , aunque el médico había descuidado dar las explicaciones necesarias al enfermo para que comprendiera el tipo de tratamiento que le iba aplicar. Pues al parcer el enfermo se arrepintió en el último momento cuando ya estaban hechos ,por parte del médico ,todos los preparativos para aplicar el cauterio. Por este motivo el médico adujo en su favor y así lo consideró el juez

El juez decía además: que esta practica tiene como base la norma establecida en el tema de los contratos de compraventa (permuta) y se exige que estos contratos se alzen por aceptación y por consentimiento de las dos partes contratantes, y el respeto al contrato legal de los contratantes que no es para uno solo, sino para ambas partes. El enfermo no previó que el médico ya había realizado por su parte el reconocimiento, y el diagnostico. E hizo un gasto en los preparativos quedando todo pendiente de la ejecución.

Por ello el juez sentenció que el médico no tenía que devolver los honorarios cobrados aunque el enfermo era libre en decidir en el último momento a rehusar el tratamiento. Aquí termina las consideraciones de la sentencia.

Es curioso que el enfermo desconfiara del tratamiento con cauterio dado el predicamento que en aquella época tenía dicho método terapéutico, al que el célebre Abú-I-Qásim al-Zahrawi dedica el libro XXX del Tasrif y lo divide en tres partes (12). En la primera se ocupa de la cauterización con cauterios y con cáusticos, que aplica a 50 tipos de enfermedades, quizás a veces de forma abusiva. Sin embargo considero que, en muchos casos, tuvo que dar buenos resultados. Las indicaciones que establecía el célebre cirujano Abulcasis eran entre otras: en las hernias inguinales recientes, para la remoción de tumores (el cauterio aparece como un precedente del bisturí

12 Abu-I-Qasim a1.Zahrawi, vease la edición de M.S. Spink,y G.L. Lewis,Abulcasis on saugery and instrumnets, Texto árabe y trad. Inglesa y comentario,Berkeley and les Angeles, 1973 este médico se ve con lo que escribe en el capítulo XLIV del Kitab al-tasrif:

eléctrico), o en los casos de hemorragias arteriales. Lo correcto de la indicación terapéutica en este caso descrito por Ibn Sahl por parte de este médico se ve con lo que escribe en el capítulo XLIV del Kitab al-tasrif:

«Sobre cauterizaciones en la Gota y en los dolores articulares» : «Cuando hay dolores articulares a causa de los humores fríos que invaden a cualquiera de los miembros del cuerpo y cuando estos dolores son en los pies, a esto llaman usualmente los médicos Gota (al-Niqris)». «Y cuando en la Gota producida por los humores fríos, con los tratamientos que mencionamos en esta sección, los dolores persisten ciertamente el cauterio los hace desaparecer». «La cauterización se hace después de purgar al enfermo, en unos puntos alrededor de las articulaciones de los pies, siendo el punto para el cauterio de un tamaño medio de una aceituna».

«Seguidamente se punteará sobre el lado del pie en varios sitios. Esto hará subir los dolores hacia las rodillas y otras articulaciones, entonces se harán cauterizaciones en varios puntos de las rodillas, tres o cuatro en cada lado de la rodilla con el mismo botón del cauterio». «Si hace falta más se podrá hacer sin profundizar más sino sólo en el espesor de la piel y se punteará en ella». «Para aliviar los dolores hasta las caderas e incluso la espalda, se hará lo que recomiendo en el capítulo correspondiente». «Si los dolores son en las manos, solamente se punteará con el cauterio sobre cada articulación del codo penetrando en una doble línea alrededor de ellos».

Curiosamente pude hallar un testimonio histórico, de la mano de Ibn Hayyán, del uso del cauterio en la Córdoba califal, en la misma persona del dictador Almanzor. para aliviar sus intensos dolores producidos por la Gota. Se trataba de una Gota que le producía intensos dolores articulares que le impedían el sueño. Los datos que extraíamos al traducir una página -no traducida- del texto árabe al-Bayan al-Mugrib de Ibn `Idari al-Marrakusi, (13) que textualmente dice -. «En el año 392 de la Hégira muere al-Mansur ibn `Abi `Ámir la vela del ramadán al-Mu`azzam, (es decir la noche del 10 de agosto del año 1002) a la edad de 65 años». «El día de su muerte estaban con él sus hijos`Abd al-Malik y`Abd al-Rahmán al-Násir. Había estado en el gobierno,

13 Edic.Lévi-Provençal ,Leyden ,1951 ,p. 301.. Sobre la Gota de Almanzor cf. Mi trabajo en mi obra **El Colegio de Médicos de Córdoba y los Médicos de Córdoba en la Baja Edad Media y en época contemporánea**,Córdoba, 1998 p.115 y ss.

desde que accedió al cargo de hachib hasta que murió 25 años y cuarenta y cuatro días» «Los ejércitos de las marcas. se aproximaban también a esta cifra (25.000)».

«Realizó cincuenta y siete expediciones en persona y en la mayoría de ellas le afligió la enfermedad de la Gota (illat al-Niqrís) ¡Dios enaltecido sea, salve a él y a nosotros! Pero sigamos con lo aportado por el celebre juez Ibn Sahl en su obra *Ahkam al-Kubrâ*.

En otras ocasiones el médico tuvo que comparecer ante el juez por divergencias con el enfermo respecto sus honorarios, es decir la demanda contra el médico ante el juez, surge por divergencias del médico con sus enfermos por sus honorarios. (14)

Se trata de un caso, de una médica que contrató el curar dos niñas por la suma de 45 dinares. Explicó la mujer dueña de las dos niñas que pactó con la médica la cantidad de 12 dirhams y que las niñas no se habían curado de su enfermedad. Y en cuanto que puso esta demanda ante el cadí, pensó exigir el juramento tajante a la medica sobre si era verdad haber contratado operar de sus manos con unos honorario de 45 dinares y se hizo prestar juramento a la mujer, sobre sí ella acordó los honorarios por doce dirhams Después hizo prestar a cada una de ellas juramento, y en consideración pensó en disolver el contrato que había entre ellas, no siendo merecedora la medica de unos honorarios, pues no había cumplido una de las condiciones del contrato, es decir la curación. Esta condición anulaba el contrato máxime cuando la médica había exigido en primer termino una parte adelantada del salario por lo que el juez le obligó a su devolución Y como ambas siguieron en su postura al volver a prestar juramento, el juez declaró nulo el contrato. El cadí Abu-L-Asbag Ibn Sahl tuvo sus dudas sobre la anulación y aplicó la norma de repetir el juramento para eliminar la contradicción entre ambos juramentos según está establecido en las leyes islámicas que dicen, aduce Ibn Sahl, que las declaraciones que recaen en la contradicción, se haga según la tradición islámica del juramento. La jurisprudencia consideraba que en cuanto los juramentos fueran confusos y contradictorios no se sacara la verdad de ambas juntamente y por tanto un juramento anula el otro.

El caso quedó sin solución ,aparte de la cuestión de los juramentos por no existir prueba para demostrar si el enfermo había sanado o no.

14 Ibn Sahl,op.cit. doc. nº8 p.29 y30.1

EL ALBÉITAR COMO AUXILIAR DE LA JUSTICIA EN LOS PLEITOS DE COMPRAVENTA DE CABALLERÍAS.

Aporta Ibn Sahl varios casos sobre el papel del albéitar o veterinario (Tabib baytariyya) como perito en el comercio de acémilas. El caso que primero comento, es el de un hombre que escribió a nuestro sayj en Córdoba en el mes de sha'ban del año 456 H(= Julio de 1064), comunicándole que había comprado una mula en Toledo a mediados del mes de rabī'l; después se trasladó a Toledo donde pasados dos meses se dió cuenta de que la mula tenía varios defectos que, él creía, no tenía en el momento de la compra. Escribió el cadí a su homólogo de Toledo junto con el encargado de la compra (wakil al-mustariya) aduciendo el vendedor los certificados de los albéitares que estuvieron presentes en la compraventa de que dicha mula en los que se certificada que la mula no tenía ningún defecto en aquel momento. Pero el comprador acompañó también los testimonios de un veterinario que certificaba que dichos defectos eran anteriores a la venta. El Juez se encontró con el dilema de, a cual de los certificados daba valor. Al final el juez se inclinó por dar por válidos los certificados de los veterinarios que estuvieron presentes en la compraventa. (15)

Un segundo caso se toma de Ibn Lubabá: un hombre compró una yegua reproductora (ramak); al poco tiempo se dio cuenta que era sorda. Puso la demanda ante el juez, el cual citó al vendedor que juró por Dios que el la vendió sana y que el defecto apareció después de la compra-venta. El juez pidió dictamen a los Albéitares especialistas en este defecto, que dictaminaron que el defecto apareció después de la compraventa y que no era congénito. El resultado de la sentencia en este caso era la devolución de la yegua.

Ibn Sahl llama a los veterinarios al-Tibb al-baytariyun , médicos albeitares(16). Parece que se distinguían dos tipos de profesionales : albaytar simple -el herrador- y el médico veterinario (Tibb al-baytariyya)

Otro caso de intervención de los veterinarios, es el de un de un individuo, que vendió un mula y le encontró después un defecto en el pie, demandando ante el juez la devolución del mulo .El vendedor adujo que lo que tenía el mulo era al-masasa (17).

15 Ibn Sahl, op.cit. doc.nºdoce p.82 y ss.

16 Albeitar =herrador, veterinario, significa el que saja, derivada del verbo batr= sajar

17 masisa o masasa = callo que sale a los animales en la pezuña y que le puede impedir andar.cf. Dicc. Árabe francés, Kazimirski s.v. masas

Ibn Hawqal un viajero que visitaba Al.-Andalus a mediados del siglo X nos da información sobre la importancia del ganado mular para la economía de la España musulmana (18): Las gentes se presentan a menudo en el mercado con ágiles monturas. No conocen pues la fatiga, puesto que no van a pie, a no ser, los que ejercen bajos oficios. Las mulas robustas son en efecto la especialidad del país; se glorian de ello y se vanaglorian con frecuencia.

La crianza de los mulos(al-bigal) no tiene su igual en ninguna parte, ni incluso en los países reputados como centros de crianza de mulos, como Armenia, Arran, Báb alAbwáb, Tiflis y Sirwán. Sus animales son en efecto gordos, bien formados y de buena raza: la mayor parte de estas bestias, de hermosa apariencia y de gran estatura, que se venden a un alto precio, son originarias de Mallorca, dominio de 'Abd al Rahmán ibn Muhammad, habitado por los musulmanes.

Esta isla, alejada de la costa, está frente a Francia.(Ifriany). Es muy floreciente, y en ella abundan los árboles frutales; hay allí ganado a bajo precio, a causa del gran número de pastos. Hay una cría extensa de ganado; las epidemias son inexistentes, y la mortalidad por enfermedad es, al igual, extremadamente rara. No hay ni peligro de infección, ni animales salvajes, terror de los rebaños. Yo he visto varias mulas procedentes de esta isla que habían sido vendidas por 150 dinares.

Los principales del país envían barcos para procurarse mulas; ellos las encuentran fáciles para montar, y las prefieren por esta razón.

Los animales que alcanzan un precio de 100 a 200 dinares son demasiado numerosos para ser contados. Y no es solamente porque ellos sobrepasan a las mulas por su paso elegante y su trote rápido, sino también porque ellos gozan de una gran estatura y un hermoso exterior por su pelaje de tintes variados y por sus pelos relucientes y brillantes; además gozan permanentemente de buena salud y muestran resistencia en la fatiga y marchas forzadas.

18 Ibn Hawqal, op.cit. texto árabe pp. 114-115 y trad.p. 67

EL DERECHO ROMANO EN HISPANIA: «UNA MIRADA HISTÓRICA A LAS FUENTES JURÍDICAS ROMANAS».

José Antonio Cáceres Calero.

Abogado

Correspondiente de la Ilustre Sociedad Andaluza de Estudios Histórico-Jurídicos

I. INTRODUCCIÓN.

Es sabido que los pueblos prerromanos alcanzaron un desigual pero intenso grado de romanización en todos los órdenes: el cultural, el político y en especial, el jurídico. Con esta reveladora declaración, nuestra cultura jurídica española no puede prescindir de su herencia romana, si bien, cómo a continuación veremos, no conoció el Derecho Romano Clásico propio de la metrópoli, sino su particular Derecho Romano Provincial que contenía las costumbres de los «hispani» y sus normas. Esta situación se mantuvo hasta la publicación del Código Teodosiano en el año 438 d. C. fecha a partir de la cual estuvo ya vigente en la Diócesis de Hispania. Empero, los historiadores tienen sus dudas sobre el reconocimiento de este texto normativo por parte de los hispanos y consecuentemente, sobre su efectiva aplicación.

Esta anécdota histórica no oscurece la verdadera importancia que ha tenido el Derecho Romano para Hispania. Pues debemos hacer hincapié en el hecho, que los pueblos bárbaros o visigodos ocuparon estas tierras españolas sobre el año 409 d. C. pero siendo éstos de inferior número que la población vencida, asumieron que ésta se rigiera por las leyes que quisiese, que obviamente, tenía una muy marcada influencia latina y por ende, romana. Esta *gracia del vencedor* cesó cuando la monarquía goda en tiempo de Flavius Gloriosus Recesvintus, más conocido simplemente por Recesvinto, dictó el gran código de aplicación en toda Hispania denominado de varias formas, *Liber Iudiciorum* o Libro de los juicios; *Liber Iudicum* o libro de los jueces o también *Lex Visigothorum*. Y cuya entrada en vigor se produjo a partir del 21 de octu-

bre del año 652¹. Por todo ello, no debemos olvidar que esta magna obra legislativa es considerada la fuente jurídica principal de los pueblos de España, de inspiración justiniana y forjadora de nuestra unidad jurídica. Tras la invasión musulmana en el año 711 d. C. quedó profundamente difuminada, si bien no podemos decir totalmente eliminada, puesto que el proceso histórico de la Reconquista nos proporcionó por tierras de Andalucía y Levante la recuperación del Liber Iudiciorum como texto legal, traducido al romance bajo el título de Fuero Juzgo y transcrito a los distintos Fueros municipales entre los que se encuentra el de Fuero de Córdoba del año 1241, primero de los concedidos por Fernando III a las poblaciones del sur de España.

Desde un punto de vista académico, el Derecho Romano en general, y más concretamente nuestro «Derecho Romano Hispano» en particular, debe ser admitido como una disciplina esencial en la formación histórico-jurídica de todo jurista español. Sin lugar a dudas, que estudiar la romanización hispana y en especial, la bética, contribuye a profundizar en las raíces culturales e históricas de nuestra comunidad autónoma andaluza. Además, en estos momentos de permanente proceso de construcción europea, su estudio no supone un atraso por su inoperatividad en la práctica forense, sino todo lo contrario, resulta un avance hacia el encuentro de nuestras raíces jurídicas andaluzas vinculadas a la cultura jurídica común europea. Para ilustrar nuestra opinión traemos a colación las ilustres palabras de FERNÁNDEZ DE BUJÁN «...El Derecho Romano constituye asimismo el precedente tanto de los Derechos europeos de tipo legal codificado como de los Derechos de carácter jurisprudencial como el anglosajón...». Este mismo autor tiene en cuenta que el actual proceso integrador de la Unión Europea no solamente puede venir del campo económico y monetario, sino

¹ Vid. JUAN A. ALEJANDRE GARCÍA, «Temas de Historia del Derecho», Publicaciones Univ. Sevilla, 1977, p. 134 al 136 dice: «...Recesvinto fue el autor de un número igualmente elevado de leyes, pero su labor fundamental es la formación de un gran código, el «Liber Iudiciorum» o libro de los juicios, también conocido como «Lex Visigothorum», obra cumbre de la legislación visigoda. El nuevo código fue realizado con asesoramiento de San Braulio, revisado en el concilio VIII de Toledo y promulgado en el año 654, y constituye un ingente trabajo de recopilación de las leyes propias y de las de los monarcas anteriores. Como «antiquae» se califican las leyes anteriores a Recaredo, que, como se ha indicado, podían proceder del viejo Código atribuido a Eurico, del «Codex revisus» de Leovigildo - si existió-, entre las fuentes fundamentales.(...) El «Liber» se estructura en doce libros o partes subdivididos en títulos (división que recuerda la del Código de Justiniano), ordenan las leyes según su materia, redactadas siempre en latín, como todas las visigodas».

también y principalmente del jurídico pues considera que «...El sustrato común de las soluciones romanistas en los ordenamientos de los distintos países europeos es un elemento inapreciable para la futura unificación o coordinación del derecho en Europa.»².

I. LA ROMANIZACIÓN POLÍTICA Y JURÍDICA DE ESPAÑA.

Se entiende por **Romanización** aquel proceso histórico integrado por la conquista, la incorporación y la integración de Hispania en la organización política y social de Roma; o lo que es lo mismo, en los pueblos latinos. Su inicio tuvo lugar en el año 218 a. de C. dentro del marco de la 2ª Guerra Púnica³ y finalizó en tiempos de Octavio Augusto (Guerras Cántabras 29 al 19 a. de C.)⁴.

² Vid. RAFAEL GIBERT, «Historia General del Derecho Español». Madrid. 1973, nos acerca a las circunstancias que rodearon el inicio de la romanización de Hispania. Así en la página 3 de esta obra nos argumenta: «...En la historia de los tratados internacionales aparece España [Hispania] como objeto de los concertados entre Roma y Cartago, en curso de su gran rivalidad. El primero - se refiere Polibio (de 508 a. J.C.)- es el fruto del poderío cartaginés tras la batalla de Aialie(...). El segundo tratado - que Polibio transmite- refleja, por el contrario, la superioridad de Roma, después de la primera guerra púnica (en 348 a. J.C.). Conservaba Cartago la influencia sobre una zona del Mediterráneo (...) Al fin de la segunda guerra púnica, antes de la batalla de Zama, el tratado de tregua concluido entre Cartago y Escipión, incluía la renuncia de los cartagineses a la posesión de España. Para situar a este país en la órbita del derecho romano sólo fue necesario vencer la resistencia de los indígenas». Al respecto, otros autores como JOAQUÍN DE AZCÁRRAGA- JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 1997, p.45 «Las guerras púnicas entre Cartago y Roma llevaron a que, en el año 218 a. de C. los romanos desembarquen en España donde los cartagineses ocupaban las zonas del sur y levante de la península. Dese ese momento empiezan a darse las causas que permitieron el desarrollo del sistema jurídico hispanorromano».

³ Cfr. ROGELIO PÉREZ-BUSTAMANTE, Op. cit, p. 37 «La clave de la Romanización es la incorporación de Hispania, en todos sus aspectos, al modo de vida del Mundo Antiguo;...»

⁴ Este mismo autor en la página 84 de la obra mencionada, reconoce que «...Uno de los principales procedimientos utilizados para romanizar a Hispania fue la expansión de la vida urbana. Fomentando el desarrollo de ciudades indígenas o fundando nuevos centros de población; Roma extendió una economía y una organización social y administrativa que tenía su núcleo en la ciudad».

La clave de la Romanización no se encuentra tanto, -cómo ha indicado algún autor⁵-, en la asunción de todos los aspectos del modo de vida del mundo antiguo sino más bien, según TOMÁS Y VALIENTE, a la dependencia no únicamente político-militar sino socio-económica y cultural⁶. En definitiva, a la asimilación por Hispania de las forma de vida romana. Y más concretamente, Roma extendió su economía y organización político-social a través de su núcleo principal que era la *civitas*⁷. Pero este proceso de culturización no fue homogéneo sino al contrario, lento y gradual en todas los territorios hispánicos, debido a circunstancias de carácter político y cultural. Pues, no debemos olvidar que la romanización duró dos siglos.

Merece la atención destacar que estos territorios mantuvieron sus singularidades de organización, vida y costumbres propias de los pueblos indígenas. Estas peculiaridades, como nos indica PÉREZ BUSTAMANTE, rebrotarían con posterioridad, tras el debilitamiento del poder efectivo del Imperio Romano, a partir de la crisis del Bajo Imperio en torno al año 235 d. de C.⁸. De modo que se recuperarían las viejas identidades de esos pueblos.

⁵ SANTOS M. CORONAS GONZÁLEZ, Op. cit, p 53 «Este proceso - romanización- cambió el destino histórico de los pueblos ibéricos, integrándolos primero en un concepto común, Hispania, y luego en una cultura occidental, representada entonces por la Roma latina frente a la Cartago libiofenicia. Al final de este proceso, la Religión, la Lengua y el Derecho fueron romanos, aunque con unos caracteres propios que, por influencia indígena, les hicieron hispanorromanos». Este mismo autor conecta esta idea con lo argüido por el prof. Bartolomé Clavero en la nota nº2, al decir que «...En esencia, esta es la cultura madre de nuestra tradición histórica y jurídica que no ha dejado de fluir hasta nuestros días y cuya importancia, redoblada en el tiempo de la Cristiandad medieval, excede con mucho los límites nacionales, insertándose en ese gran círculo de la cultura occidental que vertebraba la misma idea de Europa».

⁶ Cfr. SANTOS M. CORONAS GONZÁLEZ, «Manual de Historia del Derecho...» p.55.

⁷ Con este mismo criterio: ROGELIO PÉREZ BUSTAMANTE, «Historia del Derecho...», Op.cit, p.39. Se refiere a la Constitución del Emperador Antonino Caracalla diciendo: «Esta medida supone en teoría la consumación final de la territorialidad del Derecho Romano, convertido en Derecho único para todo el Imperio, y por consiguiente, la derogación de los derechos de los indígenas hasta entonces vigentes. Reiteremos nuevamente que la ciudadanía es ante todo un elemento romanizador «. Para este autor la Romanización jurídica se vio reforzada a partir del s.III d. de C. por la extensión gradual del Cristianismo que propició la difusión de nuevos valores religiosos y morales que afectaron al mundo jurídico.

⁸ Vid. REMEDIOS MORÁN MARTÍN, «Materiales para un curso de Historia ...», pp.126-127: «...Por primera vez en el año 206 ó 205 a. de C. se envían a la Península gobernadores que dividen el territorio conquistado en dos provincias: Hispania Citerior (más cercana a Roma) e Hispania Ulterior (más alejada de Roma) [...] En el Alto Imperio, hacia el año 27 a. de C. parece que se volvió a reestructurar el sistema provincial de Hispania, procediéndose a dividir en provincias imperiales y senatoriales. La provincia de Hispania Ulterior se divide en dos, la Lusitania y la Bética, mientras que se mantiene la Hispania Citerior o Tarraconense. De ellas todas serán imperiales, excepto la Bética [...] Finalmente, el proceso culminaría en el Bajo Imperio, cuando todas las provincias pasan a ser imperiales. Será Diocleciano el que reorganice a Hispania como una unidad administrativa superior, Diócesis de Hispania, dependiente de la prefectura de las Galias...».

Entre la pluralidad de factores que determinaron la Romanización, sobresalen especialmente, la progresiva asimilación de la *lengua, las costumbres* y el mismo *Derecho*⁹.

Para MERCHÁN ÁLVAREZ el resultado más sobresaliente de esta conquista y dominación ha sido la generación de un proceso de culturización consistente en la romanización cultural y consiguientemente, la romanización jurídica, a la postre -como vamos reiterando- desigual en su resultado como consecuencia de la duración y ritmo de la conquista y la dominación¹⁰.

En este sentido, la **Romanización jurídica** se exterioriza a través de distintos hitos:

1. La **Prerromanización**.- Que se extiende desde la conquista hasta la concesión de la **Latinidad** de Vespasiano. En este período, únicamente un número minoritario de personas conservan la condición de ciudadanos romanos, los únicos que gozan del estatuto de ciudadanía o *Ius Civile*.
2. El período que comprende desde la **Concesión de la Latinidad por Vespasiano hasta la Concesión de la Ciudadanía romana** por Caracalla. Partimos de una diversidad jurídica porque, junto al *Ius Civile* o Derecho del ciudadano romano, aparecen el **Derecho Peregrino** o *Ius Peregrinum*, derecho propio de las gentes de las ciudades y poblaciones sometidas al dominio político de Roma; y el **Derecho latino** o *Ius Latii*, o el derecho aplicable a las ciudades itálicas beneficiarias en la aplicación del *Ius Commercium* (transacciones económicas) y del *Ius Connubium* (matrimonio). Con la concesión de la Latinidad, el *Ius Latii* va a extenderse a todos los habitantes de la Península Ibérica. De este modo, deviene por ello, una clase de semiciudadanos romanos, a los que se facilitaba el acceso a la ciudadanía romana a través de las concesiones individuales o colectivas de latinidad, por desempeñar una magistratura (anual), en los nuevos municipios organizados al estilo romano¹¹.

⁹ Cfr. VV.AA. «Historia General de Roma y su Imperio», p. 211.

¹⁰ Cfr. J.LALINDE ABADÍA «Historia del Derecho...» Op. cit, p.52.

¹¹ Vid. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, «Manual de Historia del Derecho Español», . Tecnos. 4ª ed, 1996. p.89 «in fine».

3. A partir de la **Concesión de la Ciudadanía romana por parte de Caracalla** a los hombres libres del Imperio. Esta medida de carácter general, no solo hispánica como la anterior, vino a consumir el secular proceso de integración política y cultural de Hispania.

Esta evolución del estatuto personal del súbdito romano tiene su explicación en la efectiva aplicación del **Principio de Personalidad del Derecho**, en virtud del cual cada individuo vivía sujeto al Derecho de su propio pueblo. De este modo, existían distintas categorías de personas:

- a. El **ciudadano romano** «*civis optimo iure*» que gozaba de la plena ciudadanía.
- b. El «**peregrinus**», hombre libre en territorio romano pero sometido a su Derecho de origen.
- c. El **latino** se regía por el Derecho Romano (*ius*) sólo en algunos aspectos. Gozaba de la posibilidad de optar a la ciudadanía.
- d. Los «**Barbari**» son los extranjeros.
- e. Los **esclavos** son aquellos que carecen de capacidad jurídica y por tanto, no son libres.

Sobre este asunto, no podemos perder de vista que para los romanos, el poder regirse por el Derecho Romano era un privilegio y no se imponía por la fuerza sino como una concesión graciosa o como arma política¹². Con la concesión de la ciudadanía plena a todos los habitantes libres del Imperio, en opinión de CORONAS GONZÁLEZ, se ha culminado el proceso de romanización jurídica de la Península Ibérica, lento y gradual, pero de adaptación del *Ius Civile personalista* a las necesidades del Imperio, hasta alcanzar una concepción integradora de la *civitas romana* a principios del s. III d. de C. que propició la **territorialización del Derecho**¹³.

¹² Cfr. A.MERCHÁN ÁLVAREZ, «Las épocas del Derecho Español», Valencia. 1998. p.35.

¹³ Cfr. BARTOLOMÉ CLAVERO (Coord), A. HESPANHA, C.PETIT, J.VALLEJO, «Curso General de Historia del Derecho I, Ed. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas,S.A. Madrid, 1992. pp. 27-28.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO.

El Derecho Romano es el producto de un lento proceso de formulación que abarca desde la fundación de Roma en el año 753 a. de C. hasta la caída de Occidente en el año 476 d. de C. Junto a este periodo, incorporamos el Derecho Romano de Oriente, y en especial el de la época del emperador Justiniano (s. VI. d. de C.). En este sentido, MORÁN MARTÍN destaca las etapas siguientes:

- a. **Derecho quiritaro** o antiguo (desde el s.VIII a. de C. al 130 a. de C.): corresponde con la etapa inicial de la fundación de la ciudad de Roma - 21 de abril del 753 a. de C.- y su organización política y social.
- b. **Derecho Romano Clásico**, que abarca desde el año 130 a. de C. al 230 d. de C.
- c. **Derecho Romano Postclásico**, iniciado aproximadamente el año 230 ó 235 hasta el año 476 d. de C. En Occidente, surge el **Derecho Romano Vulgar** mientras que en Oriente surge desde el año 527 d. de C. el **Derecho Romano Justiniano**.

Esta evolución jurídica continuísta¹⁴ queda ubicada en cuatro sistemas políticos: La **Monarquía** (753 a. de C. hasta el 509 a. de C.); La **República** (509 a. de C. hasta el año 27 a. de C.); El **Principado** (27 a. de C. hasta el año 235 d. de C.); El **Dominado** (284 d. de C. al 476 d. de C.).

De todos estos, a excepción de la monarquía, Hispania estuvo integrada en el Imperio bajo esas tres formas de gobierno cuya consecuencia más evidente ha sido las distintas formas de organización administrativa y extensión territorial¹⁵.

¹⁴ Cfr. BARTOLOMÉ CLAVERO (Coord), «Curso General de Historia ...». p.28: « El Código recoge y ordena leyes, o no exactamente *leges*, sino constituciones imperiales, la mayor parte todavía también en latín. Seguirán como apéndices colecciones de *Novellae*, constituciones nuevas o posteriores al Código, la mayoría ya en griego, aunque algunas con versión doblada o con un resumen latino».

¹⁵ Siguiendo a Pérez Bustamante, señalamos que este texto contiene mayoritariamente materia sobre Derecho Público Eclesiástico y otras sobre Familia y Sucesiones. Una *novella* destaca la llamada *Pragmatica sanctio* «*pro petitione Vigilii*» del 544, mediante la que se extendió la *Compilación de Justiniano* a la Italia reconquistada por el Imperio Bizantino

En consonancia con estas formas de gobierno, se fue desarrollando el propio Derecho, éste en **época Monárquica** constituía las **mores maiorum** o costumbres y conductas de los antepasados, cuyo carácter religioso permitió a los Colegios de Pontífices ejercitar un monopolio jurídico a través de la actividad denominada: **Jurisprudencia Pontifical**.

Con la caída de la monarquía romana (509 a. de C.) se realiza una primera compilación denominada: **Leges Regiae** o también *Ius Papirianum*, en honor del Pontífex Maximus: Gaius Sextus Papirius. En opinión de PABLO FUENTESECA, estas leyes son preceptos sacros de eficacia religiosa fijados por escrito quizá a finales de la monarquía. En aquel momento, resulta muy probable que el Rex dictara el Derecho en calidad de Sacerdote¹⁶ con el auxilio especializado del Colegio de Pontífices, cuya ocupación se extendía a custodiar el calendario e inspeccionar el culto público (sacra publica).

Esta formación del Derecho se superará con la **Ley de las XII tablas**, Ley decemviral o «*decemviri legibus scribundis*» (451 al 449 a. de C.), de influencia griega y denominada así por haber sido elaborada por diez miembros. A su vez, surge una nueva vía de creación del Derecho por la actividad de las asambleas populares o **Comicios** y por los **magistrados** (prae-tor) dotados de jurisdicción o *jurisdictio*. Pero será a partir de la mitad del S. IV a. de C. cuando llegue a formalizarse la Constitución política de la **República Romana**. Es entonces, cuando el poder pasa a centrarse por un lado en los magistrados constituidos con **potestas e imperium**, y por otro, en el **Senado** de origen monárquico, y donde residía la **auctoritas**. Ambas instituciones representan la *magestas* del *Populus Romanus*. La magistratura se dividía en dos clases: la maior (Cónsules, Pretores, ocasionalmente el Dictador) que gozaba de imperium; y la minor (Censura - que gozaba de auctoritas-, los ediles) que gozaba de la potestas. Por todo ello, debemos resaltar que eran los órganos pluripersonales o colegiados, *cum imperio*, los que ejercían el poder. Estos proponían a los Comicios la aprobación de las leyes.

¹⁶ Recordar la Compilación de León VI el filósofo (886-991) conocida como «Basilicos» y unos comentarios denominados «escolios». Esta obra fue simplificada por la doctrina dando origen la *Manuales legum* o «Hexabiblos» (1345 d. de C.), redactado por Constantino Hermenopulo, juez de Tesalónica.

En este periodo histórico se configuró una triple pluralidad de sistemas jurídicos, a saber:

- 1º.- **Ius Civile**, era el derecho de los ciudadanos romanos o de la ciudad de Roma.
- 2º.- **Ius Honorarium**, era un Derecho Judicial para corregir el ius civile.
- 3º.- **Ius Gentium** o Derecho Romano aplicable a los no romanos.

Por último, la **jurisprudencia** era la obra de los prudentes juristas que gozaban de la autoridad social (responderere); la misma adquirió carácter científico desde el s. I a. de C. mediante la utilización del método dialéctico, por influjo de la filosofía griega. En tiempos de Augusto alcanzó el carácter de fuente creadora del Derecho. El Senado actuaba por medio de consultas y no mediante el dictado de Leges. Por ello recibían la denominación de **Senadoconsulta** o acuerdos de rango equivalentes a las propias Leyes.

En el **Principado** (s. I al III d. de C.), las anteriores fuentes de creación del Derecho de la época republicana van cediendo a favor de la única o principal fuente legislativa: el **Princeps o Príncipe**, mediante la paulatina delegación de funciones de las instituciones republicanas al Imperator. Éste dictará <<Leges>> y <<Constituciones Imperiales>>. En cuanto **primer ciudadano** de la República conservaba el **imperium** y a la vez la **potestad legislativa** mediante las **Constituciones Imperiales** con distintas denominaciones dependiendo de su contenido: a.- Los **Decretos** o Sentencias; b.- Los **Edictos** eran utilizados para la fijación de procedimientos; c.- Las **Epístolas** o respuestas sobre cuestiones concretas; d.- Los **Mandatos**, Instrucciones u Órdenes que el Emperador dirigía a las autoridades y funcionarios. Las **Leges** eran resoluciones de carácter político para resolver asuntos o cuestiones determinados que no siempre incidían en el mismo derecho (ius decidendi). En el Principado, los **Senadoconsulta**, a diferencia de la etapa republicana, eran evacuados a iniciativa o petición del Emperador. Con respecto a la *jurisprudencia*, ésta quedó inalterable. No obstante, el Emperador Octavio Augusto otorgó a ciertos jurisconsultos el **ius publice respondendi ex auctoritate eius** o facultad por la que los dictámenes tenían la misma auctoritas que si los hubiera dado el mismísimo Emperador. Entre los jurisconsultos existían dos escuelas jurídicas. Una, la de los **Sabinianos** o conservadores partidarios del ius civile y de un cierto idealismo. Otra, la de los **Proculeyanos** partidarios del *ius gentium*, de la innovación en el derecho y del naturalismo.

Llegamos, a la etapa del **Dominado** o *dominus*; las causas de su aparición se pueden sintetizar según IGLESIA FERREIRA en el predominio del campo sobre la ciudad. Si el ambiente urbano fue el escenario central de la romanización de los pueblos mediterráneos, ahora se produce un repliegue a los orígenes, a la tierra, en definitiva, al ambiente rural allí donde reposan las costumbres y tradiciones ancestrales de los pueblos.

El poder se encuentra incuestionablemente en manos del Príncipe. Este augusto gobernante conforme a la teoría política de la época, se comporta como un verdadero monarca absoluto (totalitarismo romano). Precisamente, es justo recordar que fue la actitud totalitaria del rey Tarquino «el soberbio» frente a su pueblo, la que dio origen a la República, depositándose a partir de entonces la más alta magistratura de gobierno en dos Cónsules (colegialidad). Y además, se accede al *officium* de Cónsul mediante la elección por el Senado. En cambio, en este periodo se produce una concentración de poder en beneficio del Dominus o Señor estando el fundamento de este poder a partir del emperador Maximiano I (235 d. de C. al 238 d. de C.) en el Ejército. Como dice IGLESIA FERREIRA «... en el fondo era el emperador únicamente aquel que contaba con el apoyo y la fidelidad del ejército». La ausencia de esa legitimidad originaria del poder, se trató de paliar con signos de legitimidad en el ejercicio del mismo, lo que trajo como consecuencia, la identificación del emperador con un dios y a la sacralización de todo lo que le afecte. Así, el Dominus aparecía revestido por lujosas vestiduras y coronado con una diadema, símbolo de la eternidad. Resulta sorprendente comprobar como el pueblo romano, en palabras del propio Salustio, consideraba a Roma la más religiosa del universo, entendiéndose esa religiosidad más bien, como piedad romana o «...como la justicia para con los dioses, es decir, como la ejecución lo más exacta y precisa posible de todo lo que les es debido y que se sabe será de su gusto, con el fin de predisponerlos a cumplir lo que de ellos se esperaba»¹⁷. El cambio ha sido total, la evolución ha dado como resultado la **divinización del Dominus ya no importa interpretar la voluntad de los dioses pues el emperador es considerado un dios**. Desde el primer tercio del S.III d. de C. el Prefecto del Pretorio estaba autorizado para dar disposiciones generales si no eran contrarias a las leyes y a las constituciones imperiales. Esta facultad era delegada y se mueve dentro del marco fijado por las leyes del emperador.

¹⁷ Cfr. VV.AA. «Historia General de Roma y su Imperio», p. 211.

Estas Leyes Imperiales aludían a las disposiciones del Princeps o Dominus bajo indistintas denominaciones: Constituciones, Leges Generales o Edicta. Con el tiempo desaparecen los Mandata, los **Edicta** (son normas dirigidas a sus funcionarios), y los **Decreta** disminuyen en beneficio de los **Rescripta** o manifestaciones del Emperador. En este sentido, desde Constantino, se había establecido que no valiesen los rescripta contrarios al ius [Cth 1,2,2 (315) = A, 14d, pp. 38-39]. Se declaran nulos los rescriptos contrarios a Derecho [Cth 12, 6, 3 (349) 15,1, 22 (389)]. Aparecen dos nuevos tipos de Constituciones: la **Adnotatio** o variante del subscriptio, de la que se diferencia porque la firma del Emperador no va al pie de la petición, sino en su margen. En cuanto a la **Sanctio pragmatica** aparece a partir del s. V, a medio camino entre los rescriptos y las leyes generales, por lo que tampoco podían ir contra derecho.

El proceso de afirmación del poder imperial respetó la labor de los juristas clásicos, a través de sus obras: los **iura** o textos faltos de capacidad jurídica creadora, debido a que los juristas, se limitaron a interpretar, explicar o extraer los escritos de los clásicos. En cambio, las **Leges** era la única fuente verdadera de Derecho (**las constituciones imperiales**). La dificultad de conocer el gran número de nuevas normas, dio origen a las compilaciones o Códigos. Así, mientras que las **Leges** se caracterizaban por su carácter innovador, los **iura** en cambio sólo tenían el mérito de consolidar el Derecho establecido y por tanto, hacer la obra de los clásicos más asequible y manejable gracias al sistema de simplificación y vulgarización seguido por los juristas. Esta fue la nota característica de este periodo: la pérdida de la altura doctrinal con respecto al período anterior¹⁸. El resultado fue la aparición de textos reducidos de la literatura jurídica precedente como las **Instituciones** de Gayo, las **Regulae** de Ulpiano o las **Sententiae** de Paulo u otros como la **Fragmenta Vaticana** concordándolos en algún caso con textos de la Biblia (**Collatio legum Mosaicarum et Romanorum**).

Los **iura** de los juristas clásicos era Derecho vigente, susceptible de ser alegado ante los Tribunales. Pero ante la dificultad de comprobar la exactitud de los mismos, se acabó por restringir su uso definitivamente por la **Ley de Citas** de 426 d. de C. Esta constitución imperial de Teodosio II de Oriente y Valentiniano III de Occidente, vino a

¹⁸ Cfr. SANTOS M. CORONAS GONZÁLEZ, «Manual...» p. 62.

reducir el número de los juristas a Papiniano - el primero entre los juristas clásicos-, Paulo, Modestino, Ulpiano, Gayo y Modestino.

La compilación de la legislación imperial surgió a **iniciativa de dos juristas** con el fin de facilitar el manejo y su conocimiento: el **Codex Gregorianus** (294 d. de C.) y el **Codex Hermegenianus** (324 d. de C) cuya denominación corresponde a los nombres de sus respectivos autores. Ante la gravedad del problema de conocer la ley, por la creciente profusión y dispersión de las constituciones imperiales de acusado carácter específico y local, se promulgó un texto de **carácter oficial** llamado **Codex Theodosiano**, sancionado por Teodosio II en Oriente (438 d. de C.) y Valentiniano III en Occidente (439 d. de C.) que recopilaba la legislación imperial desde Constantino (324-337 d.de C.) hasta su fecha, y anexionadas las constituciones imperiales posteriores, con el título de **Novellae Posttheodosianae** (468 d. de C.). Para LALINDE ABADÍA¹⁹ tanto el Derecho Teodosiano como las disposiciones posteriores de los Emperadores Valentiniano III (425-455) Petronio Máximo (455) Avito (455-456) Majoriano (457-461) y Libio Severo (461-467), tienen una intensa aplicación en España y ejercen una gran influencia en el Derecho posterior de ésta.

Con el nombre de **Derecho Romano Vulgar** se denomina según CORONAS GONZÁLEZ al resultado de un proceso de transformación degenerativa de las estructuras políticas y de las categorías dogmáticas del Derecho Romano a partir del período postclásico²⁰. Como dice ALEJANDRE GARCÍA «...Hasta fines del siglo pasado había sido creencia común entre los cultivadores de la Historia Jurídica que el Derecho Romano fue recibido en su integridad en las provincias del Imperio y estuvo vigente en ellas, especialmente a partir de la generalización de la ciudadanía por Caracalla, tal como se elaboró y rigió en la misma Roma». Esto nos indica, que verdaderamente no fue así. Por ello, se acuñó por BRUNNER en 1880 el término -Vulgarrecht- : «Derecho Romano Vulgar». Pero antes de seguir con el análisis del llamado **Vulgarismo Jurídico**, debemos aclarar que los términos «postclásico» y «vul-

¹⁹ Cfr. J. LALINDE ABADÍA «Historia del Derecho...» Op. cit, p.52.

²⁰ Vid SANTOS M. CORONAS GONZÁLEZ, «Manual de Historia del Derecho Español». Valencia, 1996, p.58 «...Nació así a un régimen plural o mixto, vivo y popular, que la romanística moderna ha denominado Derecho romano vulgar, caracterizado, entre otras notas, por una simplificación técnica y conceptual del ius civile que en estos primeros siglos del Imperio había alcanzado niveles del classicismo, en un proceso similar al que condujo, en el plano lingüístico, del latín clásico al latín vulgar...».

gar» no son equivalentes. Así, TOMÁS Y VALIENTE en su tratado, nos indica que si ambos términos se contraponen al concepto «Derecho Romano Clásico» desde un punto de vista cronológico; la expresión «vulgar» hace referencia a un deterioro parcial del Derecho Romano durante la época postclásica (entre la mitad del s. III d. de C. y la caída del Imperio Romano en Occidente) y por consiguiente, no todo el Derecho Romano Postclásico se vulgarizó²¹. Las razones o causas nos las esquematizan AZCÁRRA y PÉREZ-PRENDES siendo entre otras las siguientes:

- a.- La evolución empobrecedora sufrida por el Derecho Romano Postclásico.
- b.- La perduración de los Derechos pre-romanos indígenas.
- c.- La influencia del Cristianismo.
- d.- La penetración del Germanismo.
- e.- El derrumbamiento socio-económico²².

Este fenómeno jurídico según MERCHÁN ÁLVAREZ se ha caracterizado por la simplicidad, la adulteración y la diversidad, como consecuencia del parangón que se hacía entre la lengua latina y el Derecho Romano.²³ En cuanto a cuál es su contenido son varios los autores, como MITTEIS, quienes partirán de la idea de identificarlo con el Derecho del Imperio de Occidente, hasta llegar a considerarlo el **Derecho de la práctica occidental**, por desintegración de los conceptos clásicos aplicados en la praxis forense. Esta vulgarización jurídica puede identificarse a su vez con los iura. Otros, como LEVY coinciden con el autor anterior, al identificarlo con el **Derecho de la práctica diaria o cotidiana**. Para WIEACKER los términos Clasicismo y Vulgarismo son fenómenos culturales que no sólo se reducen al campo del Derecho. Y por último, entre nosotros PÉREZ BUSTAMANTE lo considera **el resultado de la fusión del Derecho Romano y los derechos y costumbres prerromanas vigentes**.

²¹ Vid FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, «Manual de Historia del Derecho Español», Tecnos 4ª ed, 1996. p. 89 «in fine».

²² Cfr. JOAQUÍN DE AZCÁRRA-JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES, «Lecciones de Historia del Derecho Español», 3ª ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 1997. p. 48.

²³ Cfr. A MERCHÁN ÁLVAREZ, «Las épocas del Derecho Español». Valencia. 1998. p. 35.

III. FUENTES DEL DERECHO HISPANO-ROMANO.

El Derecho Provincial se configuraba a partir de una **Lex** o **Formula provinciae** [estatuto o norma reguladora de la situación político-jurídica] que por mandato del Senado regulaba el grado de dependencia de los pueblos y ciudades conquistadas, a tenor de su mayor o menor resistencia a la conquista; de este modo existían: **civitates liberae** (ciudades autónomas que en el caso de estar exentas del pago de impuestos eran además inmunes); **federatae** (federada, unidas por lazos defensivos con Roma); **stipendiariae** (las más numerosas, contribuyentes del *stipendium* personal y territorial). Este régimen general se fijó por vez primera para Hispania en el año 133 a. de C., tras la toma de Numancia y fue revisado con posterioridad (Lusitania, 2 d. de C; Tarraconense, 42 d. de C; Bética, 41-54 d. de C.). Pero junto a esta Lex se otorgaban numerosas «Leges» especiales; de las cuales destacamos:

a. Leyes de colonias y municipios; de distritos mineros y dominios imperiales.

Aparte de la Ley general de la provincia, otras normas vinieron a regular distintos aspectos de la vida municipal, minera y rural de Hispania, componiendo una legislación especial de aplicación preferente en su ámbito respectivo. Destacan por su importancia para el conocimiento del régimen municipal, las leyes de colonias y municipios, núcleos urbanos de estructura y organización romana fundados en la Península Ibérica a partir del s. I a. de C. En virtud de la ley particular, bien mediando el acuerdo del Senado (durante la República) o del Emperador (César a Constantino), se erigieron colonias de nueva planta y se elevaron a la categoría de municipio ciudades ya existentes: **Ley de Urso** (Osuna); **Ley de Salpensa** (Utrera); Ley de **Malaca** (Málaga); **Ley de Irni** (Saucejo, Sevilla).

Otras normas vinieron a regular el régimen peculiar de los distritos mineros, como los llamados **Bronces de Vipasca** (en Aljustrel, al sur de Portugal) que recogen parte de una Ley general de minas promulgada por el Emperador Adriano (117-138 d. de C.) y un Reglamento interno de dicho distrito, probablemente de la misma época o tal vez algo anterior. Asimismo, la organización de los grandes dominios imperiales contó con leyes propias, distintas de las municipales en desarrollo de las promulgadas con carácter general.

b.- Otras disposiciones imperiales, de magistrados, del Senado o de aplicación del Derecho.

Las normas dictadas por los gobernadores provinciales: *Edicta* o *Decreta*, como el famoso **Bronce de Lascuta** o **Decretum** del Proconsul de la Hispania Ulterior, Lucio Emilio Paulo del 189 a. de C., concediendo la libertad a los habitantes de la torre lascutana (Cádiz) - el texto jurídico hispanorromano más antiguo conservado-; **Epistolae imperiales** (cartas resolviendo consultas); **Sententiae** (de decisiones judiciales) entre las que cobran especial importancia las constituciones imperiales dirigidas a magistrados o particulares de la Península, de las que se conocen veintisiete en su mayoría de la época Bajoimperial. Otros documentos se refieren a la aplicación del Derecho hispano-romano, siendo el más significativo el **Bronce de Contrebia** (Zaragoza) o las **inscripciones** recogidas en el *Corpus Inscriptionum Latinarum*. Por último, los **Senadoconsultos**, entre los fragmentos hispanos pueden destacarse: **Tabula Siarensis**; **Fragmentos de Elche**; **Fragmentos de Itálica**.

IV. EL DERECHO ROMANO DE ORIENTE (BIZANCIO).

En el año 527 d. de C. se iniciaba el reinado de emperador Justiniano como Emperador de Oriente. Con su ascenso al poder, se recuperaba el ideal de restaurar del Imperio Romano.

La especial trascendencia de este personaje para la Historia Universal de la Cultura ha sido su fundamental obra legislativa, a través de la **constitución «Haec quae necessario»**, publicada el día 13 de febrero de 528, donde se dispone a realizar una compilación total del Derecho Romano, es decir, de todas las constituciones imperiales o *leyes* a partir de los *Codex Gregoriano*, *Hermogeniano*, *Teodosiano* y constituciones post-teodosianas, finalizándola el año 529 con la denominación de: el **Codex** (que significa libro). Este *Codex* justiniano consta de doce libros sobre las materias de: Derecho Eclesiástico y Político; Derecho Privado; Derecho Penal y Procesal; y por último, Derecho Administrativo.

A partir del año 530, Treboniano, con el cargo de *Quaestor Sacri Palatii* comienza a recopilar el **Ius Vetus** o el derecho de la tradición jurídica romana contenido en los <<lura>> dando origen a la recopilación jurídica que recibe el nombre de **Digesto**

o **Pandectas** que se publicó en el año 533²⁴. Sabemos que no se encuentra aquí toda la labor jurisprudencial, pues el Digesto es el conjunto de escritos reunidos, troceados y ordenados - según BARTOLOMÉ CLAVERO- de la jurisprudencia correspondiente a la segunda época: la imperial, pero integradora de la etapa anterior. A pesar de ello, el Digesto nos revela la trascendencia de la autoridad primaria de los jurisprudentes. Es como dice el citado autor, la obra de mayor envergadura y de superior significación²⁵.

Al tiempo que se realizaba el Digesto, los tres famosos Triboniano, Teófilo y Teodoro redactaron un tratado con carácter docente llamado las **Instituciones** que apareció en el año 533 d. de C.²⁶

Al año siguiente, se reformó el Codex. Incorporándose un apéndice con las nuevas Constituciones llamadas **Novellae**²⁷. La última pieza de este proceso fue la publi-

24 Sobre este texto jurídico de especial importancia para la cultura jurídica europea; ROGELIO PÉREZ BUSTAMANTE en su obra citada, p. 51 y ss. dice: «En el Digesto se recogen los fragmentos jurídicos de aquellos autores dotados con el *ius publice reponendi*. Estas obras se dividen en cincuenta libros y cada uno de ellos en títulos y epígrafes, haciéndose indicación del jurisperito y de la obra de la que se toma el pasaje, calificados como leyes en la Edad Media. En esta obra participaron los profesores de la Escuela de Constantinopla: Teófilo y Cratino, y los de la Escuela de Berito: Doroteo y Anatolio, quienes abandonaron por un tiempo, seguramente, la actividad docente. El Digesto fue promulgado por Justiniano a través de la Constitución «Tanta», en griego «Dedoken», y entró en vigor el 17 de Diciembre de 533 prohibiéndose a través de ella la utilización práctica o docente de las anteriores ediciones de la jurisprudencia romana, los fragmentos fundamentalmente son de Ulpiano 41'5%, Paulo 16'7%, Papiniano 5'7%, Cervidio Escévola 4'9%, Pomponio y Juliano, un 4,4 ambos y Gayo 3'9%. La Constitución «Tanta» recoge la división de los 50 libros del Digesto en siete partes (...). Esta Constitución ha de relacionarse con la Constitución «Omnen» de 15 de diciembre de 533 que reforma la enseñanza».

25 Cfr. BARTOLOMÉ CLAVERO (Coord.), A. HESPANHA, C. PETIT, J. VALLEJO, (Curso General de Historia del Derecho I. Ed. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1992. pp 27-28.

26 Vid. R. PÉREZ BUSTAMANTE, «Historia del Derecho Español: Las Fuentes del Derecho» p.52 «Las Instituciones se dividen en cuatro libros, subdivididos en títulos encabezados por una rúbrica referida a su contenido. La división material es la misma seguida por el clásico Gayo Libro I sobre las personas; el Libro II a los primeros títulos del IV están referidos a las cosas, y los últimos títulos del IV tratan sobre acciones». Esta obra es para el Prof. Bartolomé Clavero una introducción elemental de conceptos jurisprudenciales.

27 Cfr. BARTOLOMÉ CLAVERO (Coord.), «Curso General de Historia...» p.28. «El Código recoge y ordena leyes, o no exactamente *leges*, sino constituciones imperiales, la mayor parte todavía también en latín. Seguirán apéndices colecciones de *Novellae*, constituciones nuevas o posteriores al Código, la mayoría ya en griego, aunque algunas con versión doblada o con un resumen latino».

cación en el año 534 del **Codex Repetitae Praelectionis**, publicado el día 16 de noviembre de 534²⁸ junto a las **Novellae** o constituciones justinianas [535 al 540]²⁹. Por último, las **Interpelaciones** de Justiniano o autorizaciones para poder modificar los textos de las Constituciones Imperiales recopiladas y los de los jurisperitos. Al respecto, se suelen destacar dos colecciones: el **Epítome Iuliani** (124 constituciones) y el **Authenticum** (134 *novellae*) publicadas según CALASSO entre el año 535 al 536.

La agrupación resultante de las obras jurídicas anteriores, **Digesto, Codex, Novellae e Instituciones** es lo que se conocerá al cabo de los siglos como **Corpus Iuris Civilis**, o cuerpo del derecho. Pero será en plena época medieval cuando comience a considerarse un texto jurídico y a finales del s.XIX, cuando adquirirá la condición de sistema jurídico³⁰.

El Derecho Romano de Oriente se prolongará desde la época bizantina hasta la contemporánea, si bien sujeto a reformas realizadas por Emperadores bizantinos³¹.

Lo verdaderamente trascendente para la Europa occidental y para la historia jurídica de los reinos hispánicos, es el redescubrimiento del Derecho romano-justiniano a fines del s.XI y su difusión junto a otros derechos (canónico y feudal) que darán origen al *ius commune* en la Europa medieval y moderna.

28 Vid. R. PÉREZ BUSTAMANTE, Historia del Derecho Español: Las Fuentes... «p.52» quedó formado por 12 libros divididos en títulos, que contienen las disposiciones imperiales por orden cronológico, algo más de 4.500 Constituciones desde Adriano (117-138 d.deC.) a Justiniano (527 d.deC.)...

29 Siguiendo a Pérez Bustamante, señalamos que este texto contiene mayoritariamente materia sobre Derecho Público Eclesiástico y otras sobre Familia y Sucesiones. Una *novella* destaca la llamada *Pracmática sanctio* «pro petitione Vigillii» del 544, mediante la que se extendió la Compilación de Justiniano a la Italia reconquistada por el Imperio Bizantino.

30 El autor anteriormente citado, nos describe en su obra las ediciones más relevantes del *Corpus Iuris Civilis* desde el s. XVI hasta nuestros días.

31 Recordar la Compilación de León VI el filósofo (886-991) conocida como «Basilicos» y unos comentarios denominados «*escholios*». Esta obra fue simplificada por la doctrina dando origen la *Manuales legum* o «Hexabiblos» (1345 d.deC.), redactado por Constantino Hermenopulo, juez de Tesalónica.

V. CONCLUSIÓN.

La Historia del Derecho Romano es parte importante de la Historia del Derecho Español. El Código Teodosiano ha sido la primera recopilación de «leges» o «constituciones» imperiales con especial trascendencia para el futuro de la ciencia jurídica. Los cuerpos jurídicos medievales han estado inspirados en las codificaciones romanas; sirva de ejemplo, nuestra «Ley de las siete partidas» inspirada en el Digesto, igualmente dividido en siete partes; o la organización política romana que ha servido también de inspiración para la ciencia política moderna y contemporánea.

Pero la mayor enseñanza obtenida ha sido, que todo proceso de integración implica pasar del principio personalista o de aplicación del derecho propio, al principio de territorialización del derecho o aplicación generalizada de un derecho común. Esto se alcanza **concediendo los mismos derechos y obligaciones a las personas**; es decir, garantizando un idéntico *status civitatis* o de ciudadanía. A la vez, se requieren mecanismos que garanticen la **publicidad del derecho aplicable** en cada momento histórico, mediante la actividad de recopilación. Tal medida en el caso de Roma aparece ya en el período monárquico con las *Leges Regiae*, la Ley de las XII Tablas, etc... hasta desembocar, al margen del Imperio, en el s. XVI bajo la denominación del *Corpus Iuris Civilis*. Por consiguiente, existe una tendencia a la Codificación como máxima expresión del **principio de seguridad jurídica**. Tal modo de actuar, reapareció con mayor fuerza a través del movimiento codificador del s. XIX, y sigue sin solución de continuidad hasta nuestros días.

Otro hecho significativo ha sido la valoración concedida a la transformación del derecho culto o clásico, en derecho popular o vulgar. No debemos considerar tal modificación social como expresión del «involucionismo jurídico» sino todo lo contrario; ha sido la prueba reveladora de la importancia que tiene la práctica forense dentro de un sistema jurídico. La necesidad de que el derecho sea sentido y considerado como **la voluntad de un pueblo e instrumento útil** para la convivencia pacífica y cotidiana. Esta es la garantía que permite su invocación.

APUNTE BIOGRÁFICO DEL ABAD DON FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA (La Coruña, 1595- Alcalá la Real -1656), AUTOR DEL «LABYRINTHUS CREDITORUM». SU TESTAMENTO Y CODICILO

Dra. María Isabel García de la Puerta López
Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Córdoba.

Francisco Salgado de Somoza, nació en Galicia (La Coruña, 1595), hijo de un prestigioso abogado de su Audiencia Real, D. Gaspar Salgado de Somoza, al que le inculcó desde pequeño su amor a la Justicia y al Derecho. A los dieciséis años obtuvo el Bachiller en Leyes, cursando sus estudios en la Universidad de Salamanca, en donde fue discípulo de Solórzano Pereira, preclaro jurisconsulto y regalista. Segundo de la ilustre familia de los Salgado siguió la carrera eclesiástica, abogando en el foro gallego, y alcanzando gran renombre. En 1626 publicó su primera obra, titulada «*Tractatus de regia protectione*», que le proporcionó la fama necesaria para acudir a la Corte y obtener el Vicariato General de la Archidiócesis de Toledo. En 1634 fue aprobada en la Curia diocesana de Madrid su segunda obra «*Tractatus de supplicatione ad Sanctissimum*», que, igualmente, fue bien aceptada por los juristas de la época. Debido a su defensa de la jurisdicción regia, en detrimento de la pontificia, fue nombrado Juez de la Monarquía de Sicilia. La respuesta de Roma no se hizo esperar. Su obra fue condenada, su persona fue declarada «no grata» y, finalmente, la presión ejercida ante el Presidente del Consejo Supremo de Italia, el Conde de Monterrey, Virrey de Nápoles y Embajador ante la Santa Sede, determinaron que no tomara posesión del oficio judicial para el que había sido propuesto por el Conde Duque de Olivares, privado de Felipe IV. En compensación fue nombrado Oidor de la Chancillería de Valladolid, de cuyo senado formó inmediatamente parte. Su carrera jurídica fue fulgurante. En 1648 fue nombrado presidente de su Audiencia y fruto de la práctica judicial compuso en aquellos años la famosa obra «*Labyrinthvs creditorvm*» (1646 ?). En 1651 pasó al Consejo Supremo de Hacienda y, posteriormente, en 1656, fue nombrado miembro del Consejo Real de Castilla, del que poco después llegaría a ser su

presidente, ocupando la posición jurídica más sobresaliente del orbe judicial español de la Monarquía de los Austrias. En 1659 y ante el temor de ser vetado por la Curia Romana para una dignidad episcopal, por su acérrima defensa del regalismo, fue nombrado Abad de Alcalá la Real, oficio que confería el Rey directamente sin necesidad de bula pontificia. Y allí transcurrió su etapa final, dedicado a sus labores pastorales, lejos de la vida pública, esperando el sosegado momento del transcurso de este mundo. Falleció el 12 de febrero de 1665. Sus restos reposan en el suelo de la abadía de Alcalá la Real, junto a la fortaleza de la Mota, castillo escarpado de la ciudad llave del Reino de Granada durante la Reconquista.

La fama de Salgado de Somoza, tan conocido en el ameno Jardín de Minerva (por las obras inmortales que publicó sobre la retención de Breves Apostólicos, suplicación de ellos y Real Protección debida a los eclesiásticos) como en el fecundo Paraíso de Temis, se debe en el campo jurídico, a las quince ediciones, desde 1651 a 1783, de su «Labyrinthus creditorvm» (Lyon, Venecia, Amberes, Frankfurt y Madrid), la obra maestra, aun no superada, sobre el derecho de quiebra, la que ha ejercido más influencia en la doctrina y legislación extranjera, sobre todo en el ámbito del derecho procesal y concursal, que espera una edición crítica actualizada, y de cuya magnitud como jurista hizo clamar a Feijóo «que supo navegar el mar de la jurisprudencia entre escollos y laberintos».

Como reivindicación de su figura, constante desde hace sesenta años en el panorama tan denostado de la literatura jurídica española publicamos como homenaje al egregio gallego, el testamento inédito (que localizamos en el Archivo de Protocolos de Jaén, al que añadimos ahora el codicilo, ambos con grafía actualizada) de don Francisco Salgado de Somoza, cuyo nombre quedó inscrito en 1857, en la tercera lápida de la amplia y lujosa sala de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, entre el de los cuarenta jurisconsultos más eminentes de nuestra patria, jurista criticado y ensalzado, siempre célebre, y al que la fama le reservó un sitio en el Parnaso de los más ilustres de la nación.

ANEXOS *

1.- Testamento

“Su señoría el señor don Francisco Salgado de Somoza. Su testamento.

En el nombre de la Santísima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu / Santo, tres personas y un solo Dios verdadero, y María Santísima / concebida sin mancha de pecado original, Notorio y público / sea a todos los que vieren esta escritura de testamento / y última voluntad, cómo nos don Francisco Salgado de Somoza, del Consejo de S.M. en el Supremo y Real de / Castilla, Abad Mayor de esta ciudad y su abadía etc., estando / enfermo de cuerpo y sano de la voluntad y en mi buen juicio / memoria y entendimiento natural tal cual Dios Nuestro Señor fue / servido de me dar, y creyendo como creo bien y firmemente / el misterio de la Santísima Trinidad, y el de la Encarnación / como lo cree Nuestra Santa Madre Iglesia Católica Romana / debajo de cuya fe y creencia declaro haber vivido / protesto vivir y morir con todo lo demás que tiene, cree y / confiesa, y a honor y gloria de Dios Nuestro Señor Jesucristo, y de / su Madre Santísima a quien invoco por mi abogada e intercesora / otorgo por esta escritura que hago y ordeno este mi testamento / en la forma y manera siguiente/

Primeramente ofrezco y encomiendo mi ánima a Dios, Nuestro Señor / Jesucristo, que la crió y redimió con su preciosa sangre / y el cuerpo a la tierra de que fué formado /.

Luego que yo muera mando que mi cuerpo sea sepultado en / nuestra Santa Iglesia Mayor de esta ciudad, en la puerta de ella, y si hubiere inconveniente en la bóveda donde están enterrados / mis antecesores./

En cuanto a la forma de mi entierro y disposición de él en todo / lo dejo a la disposición de mis albaceas a cuya voluntad ar / bitrio y disposición lo remito./

Que el día de mi entierro siendo hora y si no al siguiente se / diga por mi ánima misa de réquiem cantada, como es cos / tumbre, y en cuanto a que sea con ofrenda o sin ella lo remito a la / voluntad de mis albaceas. /

Mando se dé de limosna al Santísimo Sacramento diez libras de cera/ (fol. 1) y a los Santuarios acostumbrados, a cada casa y orden/ cuatro reales. Para redención de cautivos cincuenta reales/.

Para la Casa Santa de Jerusalén otros cincuenta reales./ Para los niños expósitos seis fanegas de trigo./

Mando se digan por mi ánima e intención cuatro mil misas / rezadas en la dicha Iglesia Mayor por los clérigos y religiosos / de esta ciudad y la limosna sea un cuarto

más de la ordinaria / y con calidad que no se pueda librar ninguna./

Nombro por mis albaceas testamentarios y ejecutorios de esta mi última / voluntad al licenciado Don Pedro Velloso y Armenta, nuestro pro / visor, Don Pedro de Sotomayor Salazar, Caballero del Orden de Calatrava / Don Andrés Álvarez de Sotomayor. Don Juan del Castillo, presbí / tero, nuestro capellán, Francisco Fernández Aparicio, nuestro Secretario / a los cuales y a cada uno in solidum doy poder conforme a derecho / para que de mis bienes vendan lo necesario y cumplan y paguen / lo contenido en este mi testamento sobre cuales encargo lo / consignado y prorrogo el año del albaceazgo./

Es mi voluntad que después y en los días de más de su salario / y lutos se dé y pague a Mateo de Caracena y Marcos de Valenzuela y Lucía Blanco, mis criados cuarenta duca / dos a cada uno./

Al licenciado Juan de Barrionuevo, presbítero, nuestro capellán, mando / se le dé un luto y cuatro fanegas de trigo./

Mando se den a nuestro Provisor y a nuestro Secretario, a cada uno /doce fanegas de trigo./

Mando se den a Don Juan del Castillo, nuestro capellán seis / fanegas de trigo. /

Mandamos se den a Don Martín Ortiz, Subdiácono y a Mel / chor Ramírez, nuestros familiares, a cada uno cuatro fanegas de trigo. /

Mandamos se den a toda nuestra familia lutos y quince ducados / de ración./

Declaramos tener dos escrituras de censo, la una de mil du / cados de principal contra Juan Muñoz de Navas y Don Juan / de la Prada, su yerno, vecinos de la villa del Castillo, que pasó / ante Juan Navarro, escribano público que fue de esta dicha ciudad, por el año pasado de seiscientos y sesenta y cuatro . Y la otra (fol. 120 vt.) de setecientos y cincuenta ducados de principal que nos ven- / dió Juan Bautista Valenzuela, por escritura ante Don Francico / de Velasco, escribano público de esta dicha ciudad, que es un censo / impuesto y cargado sobre un oficio de escribano público que / usó el dicho Juan Bautista Valenzuela. Los cuales dichos dos / censos tengo consignados y adjudicados y siendo necesario / nuevo consigno y adjudico sus principales para las dotes / de Doña Salvadora de San Francisco y Arjona, y para Teresa Manuela de San / Pedro Fernández Aparicio, monjas que entré en el / convento de la Santísima Trinidad de esta ciudad y con sus réditos / se alimentan pagando lo que es costumbre al Convento en que profesaron, y lo que sobrare del principal para

la orden / y de los réditos para los alimentos se parta con aquellas / entre las susodichas para sus menesteres. Y para que / haya personas que legítimamente puedan hacer la cobranza / de los réditos de dichos censos en el interim que profesan las / susodichas damos poder en causa propia con las cláusulas y / firmezas necesarias al licenciado Francisco Ruiz de Revilla, y a / Bartolomé de Melgar, presbíteros de la Iglesia Mayor de esta ciudad / a Francisco Fernández Aparicio, nuestro Secretario, para que puedan / recibir y cobrar los réditos de dichos censos para el dicho / y de lo que así recibieren y cobraren de las cartas de pago / gastos y finiquitos necesarios que sean firmes, estables / y valederos como de parte bastante, y si la paga no fuere / ante escribano renuncien la excepción de pecunia, y la / del caso por defecto de no dar fe, y si necesario fuere para / la cobranza parezcan en juicio por sí, o persona con su poder / y pidan ejecuciones, trances y remates de bienes y hagan / en razón de ello todos los autos y diligencias judiciales o / extrajudiciales que convengan, aunque para ello se necesite / de cláusula más especial, que aquí no vaya inserta con / el poder de derecho necesario, el mismo le damos con facultad (fol. 121) /de que lo puedan sustituir en todo o en parte./

Declaro que dimos a don Manuel Sotelo hermano del licenciado / don Juan Sotelo, nuestro provisor que fue y vecino de la ciudad / de Segovia dos mil ducados en moneda de oro en pre / sencia del dicho don Juan Sotelo y don José su hermano, / y don Martín Ortiz de Zárate y José Navarro, y otras / personas para que nos impusiese censo a nuestro favor de ellos / y no se hizo escritura de su recibo ni de lo contratado, y / solo hizo una cédula a nuestro favor, la cual no parece, y por / cuya causa lo declaramos, y porque de dichos réditos ha pa / gado el dicho Don Manuel Sotelo a razón de a cinco por ciento / de cien ducados que montan en cada un año; los setenta de / ellos a Doña Mariana Salgado, monja en el Convento de Nuestra Señora / de Belén de la ciudad de Valladolid, y los treinta ducados / restantes al maestro Fray Alvaro Salgado, de la Orden de San A / gustín, nuestros sobrinos. Es nuestra voluntad que en la confor / midad referida gocen de dichos réditos por los días de su / vida, y después queden agregados al mayorazgo de mi casa / que lo goza y posee de presente don José Salgado de Somoza / nuestro sobrino, hijo legítimo del Señor Don García Salgado de / Somoza, nuestro hermano, y Doña Antonia de Losada Rivadeneira / su mujer, con las calidades de la agregación que adelante / expresaremos, y al dicho nuestro sobrino encargamos cuide de / hacer se otorgue la dicha escritura de censo, o cobrar di / chos dos mil ducados, e imponerlos para la dicha agrega / ción que

siendo necesario para ello y parecer en juicio le da / mos el poder de derecho necesario.

Declaro me debe Juan Bautista Valenzuela de resto de trigo y cebada / que nos compró el año pasado de sesenta y cuatro, mil ochocien / tos y veinticinco reales y medio, mando se cobren./

Declaro que tenemos hecha cuenta de los maravedises de la colectu / ría general con Francisco Fernández Aparicio, colector general nuestro / Secretario, hasta fin del año de sesenta y tres, que su paga / en dicha colecturía cumplió el día de Navidad de sesenta y / cuatro, y son maravedíes de sesenta y tres, como de dicha / cuenta consta que pasó ante Don Juan de Medrano, Notario Mayor de Rentas (fol. 121 vto.). /

Y le alcancé en siete mil reales poco más o menos, y por cuenta / de ello me ha pagado lo que constare por mis cartas de pago, mando / se ajuste./

Y cumplido y pagado lo contenido en este nuestro testamento el / remanente que quedare de todos nuestros bienes mandamos / se vendan y lo que de ellos procediere mandamos se en / tregue al dicho don José Salgado, nuestro sobrino, vecino de la / Coruña para que con dicha cantidad compre posesiones para / que con las que tenemos compradas se agreguen como desde / luego todo lo agregamos al dicho mayorazgo que posee, al que instituímos por nuestro heredero y a los poseedores del dicho ma / yorazgo, con calidad y condición que en los bienes de dicha / agregación no pueda suceder ningún ilegítimo, espureo o / natural, lo cual mandamos en la mejor vía y forma que de derecho haya lugar./

Revocamos y anulamos y damos por ningunos todos / y cualesquiera testamentos / mandas, codicilos y legados / que antes de éste hayamos hecho, así por escrito como de pa / labra, que queremos que no valgan ni hagan fe en jui / cio ni fuera de él, salvo éste que ahora hacemos y otorga / mos que queremos valga por tal nuestro testamento, última / y final voluntad en la mejor vía y forma que de derecho haya / lugar en testimonio de lo cual otorgamos la pre / sente ante el escribano público y testigos / en cuyo registro lo firmamos de nuestro nombre / que es hecho y por nos otorgado en la dicha / ciudad de Alcalá la Real en dos días del / mes de febrero de mil seiscientos y (fol. 122) / sesenta y cinco años, siendo testigos Don Juan Bautista / de Santiago y Vega, Pedro Rubio Asturias / y Francisco Delgado Montijano, vecinos en Alcalá / y yo el escribano doy fe conozco a su señoría dicho otorgante, testador y testigos/.

Francisco Salgado de Somoza

Ante mí Gabriel Delgado, escribano público (fol. 122 vto.).”

2.- Su codicilo

“Su señoría el señor don Francisco de Salgado, abad de esta abadía, su codicilo.

En la ciudad de Alcalá la Real en tres días / del mes de febrero de mil y seicientos y sesenta y / cinco años. Ante mi, el escribano público y testigos, su señoría el / señor don Francisco Salgado de Somoza, del Consejo / de su majestad en el Real y Supremo de Castilla / abad de esta ciudad de Alcalá la Real, y toda su abadía / dijo que su señoría hizo y otorgó su testamento y última / voluntad por ante mi el escribano en dos de esta presente / mes y año, y ahora por vía de codicilo dispuso / lo siguiente:

Que por cuanto, de orden de su señoría se está haciendo / una lámpara para la santa iglesia mayor de esta ciudad / quiere y es su voluntad que luego que esté acabada / de sus bienes se pague la plata y hechuras / y lo demás que para ello fuere necesario. /

Así mismo su señoría quiere y es su voluntad que se dé / a la dicha santa iglesia mayor de esta ciudad los ornamentos / que su señoría tiene, destinados para el culto divino. /

Que respecto que su señoría por el dicho su testamento dispuso / que del monto de sus bienes se comprasen posesiones / en La Coruña donde es su origen, los cuales y los / que de orden de su señoría se han comprado, agregado al mayo-/razgo que de presente posee don José Salgado de Somoza / su sobrino, revalida la dicha cláusula con que los posee / dores de dichos bienes cada uno en su tiempo haya de tener / y tengan obligación en cada un año para siempre jamás / de hacer decir en el convento del señor San Francisco de dicha / ciudad de La Coruña por sus religiosos una fiesta y misa cantada / con su vigilia, y por ello se pague de limosna (fol. 123 v)/ por cada vez cuatro ducados, y dicha fiesta se celebre / el día más próximo al de Todos Santos de cada un / año. Y encarga al guardián y guardianes que fueren de dicho convento pongan todo cuidado en que con toda puntualidad se diga dicha misa y fiesta, lo / cual mandó en la mejor vía y forma que de derecho / haya lugar. /

Así mismo su señoría declaró que en los dichos or / namentos que tiene mandados a dicha santa iglesia se ha / de comprender la capa de coro que su señoría tiene.

Que por cuanto su señoría mandó hacer y se hizo / en el convento de la Santísima Trinidad de esta / ciudad una celda para doña Teresa Manuela de San / Pedro y doña Salvadora de San Francisco, monjas de dicho con / vento, quiere y es su volun-

siendo necesario para ello y parecer en juicio le damos el poder de derecho necesario.

Declaro me debe Juan Bautista Valenzuela de resto de trigo y cebada /que nos compró el año pasado de sesenta y cuatro, mil ochocientos y veinticinco reales y medio, mando se cobren./

Declaro que tenemos hecha cuenta de los maravedises de la colecturía general con Francisco Fernández Aparicio, colector general nuestro / Secretario, hasta fin del año de sesenta y tres, que su paga / en dicha colecturía cumplió el día de Navidad de sesenta y cuatro, y son maravedíes de sesenta y tres, como de dicha / cuenta consta que pasó ante Don Juan de Medrano, Notario Mayor de Rentas (fol. 121 vto.). /

Y le alcancé en siete mil reales poco más o menos, y por cuenta / de ello me ha pagado lo que constare por mis cartas de pago, mando / se ajuste./

Y cumplido y pagado lo contenido en este nuestro testamento el / remanente que quedare de todos nuestros bienes mandamos / se vendan y lo que de ellos procediere mandamos se en / tregue al dicho don José Salgado, nuestro sobrino, vecino de la / Coruña para que con dicha cantidad compre posesiones para / que con las que tenemos compradas se agreguen como desde / luego todo lo agregamos al dicho mayorazgo que posee, al que instituímos por nuestro heredero y a los poseedores del dicho mayorazgo, con calidad y condición que en los bienes de dicha / agregación no pueda suceder ningún ilegítimo, espurio o / natural, lo cual mandamos en la mejor vía y forma que de derecho haya lugar./

Revocamos y anulamos y damos por ningunos todos / y cualesquiera testamentos / mandas, codicilos y legados / que antes de éste hayamos hecho, así por escrito como de palabra, que queremos que no valgan ni hagan fe en juicio ni fuera de él, salvo éste que ahora hacemos y otorgamos / que queremos valga por tal nuestro testamento, última / y final voluntad en la mejor vía y forma que de derecho haya / lugar en testimonio de lo cual otorgamos la presente / ante el escribano público y testigos / en cuyo registro lo firmamos de nuestro nombre / que es hecho y por nos otorgado en la dicha / ciudad de Alcalá la Real en dos días del / mes de febrero de mil seiscientos y (fol. 122) / sesenta y cinco años, siendo testigos Don Juan Bautista / de Santiago y Vega, Pedro Rubio Asturias / y Francisco Delgado Montijano, vecinos en Alcalá / y yo el escribano doy fe conozco a su señoría dicho otorgante, testador y testigos/.

Francisco Salgado de Somoza

Ante mí Gabriel Delgado, escribano público (fol. 122 vto.).”

2.- Su codicilo

“Su señoría el señor don Francisco de Salgado, abad de esta abadía, su codicilo.

En la ciudad de Alcalá la Real en tres días / del mes de febrero de mil y seiscientos y sesenta y / cinco años. Ante mí, el escribano público y testigos, su señoría el / señor don Francisco Salgado de Somoza, del Consejo / de su majestad en el Real y Supremo de Castilla / abad de esta ciudad de Alcalá la Real, y toda su abadía / dijo que su señoría hizo y otorgó su testamento y última / voluntad por ante mí el escribano en dos de esta presente / mes y año, y ahora por vía de codicilo dispuso / lo siguiente:

Que por cuanto, de orden de su señoría se está haciendo / una lámpara para la santa iglesia mayor de esta ciudad / quiere y es su voluntad que luego que esté acabada / de sus bienes se pague la plata y hechuras / y lo demás que para ello fuere necesario. /

Así mismo su señoría quiere y es su voluntad que se dé / a la dicha santa iglesia mayor de esta ciudad los ornamentos / que su señoría tiene, destinados para el culto divino. /

Que respecto que su señoría por el dicho su testamento dispuso / que del monto de sus bienes se comprasen posesiones / en La Coruña donde es su origen, los cuales y los / que de orden de su señoría se han comprado, agregado al mayor / razgo que de presente posee don José Salgado de Somoza / su sobrino, revalida la dicha cláusula con que los poseedores de dichos bienes cada uno en su tiempo haya de tener / y tengan obligación en cada un año para siempre jamás / de hacer decir en el convento del señor San Francisco de dicha / ciudad de La Coruña por sus religiosos una fiesta y misa cantada / con su vigilia, y por ello se pague de limosna (fol. 123 v) / por cada vez cuatro ducados, y dicha fiesta se celebre / el día más próximo al de Todos Santos de cada un / año. Y encarga al guardián y guardianes que fueren de dicho convento pongan todo cuidado en que con toda puntualidad se diga dicha misa y fiesta, lo / cual mandó en la mejor vía y forma que de derecho / haya lugar. /

Así mismo su señoría declaró que en los dichos ornamentos que tiene mandados a dicha santa iglesia se ha / de comprender la capa de coro que su señoría tiene.

Que por cuanto su señoría mandó hacer y se hizo / en el convento de la Santísima Trinidad de esta / ciudad una celda para doña Teresa Manuela de San / Pedro y doña Salvadora de San Francisco, monjas de dicho convento, quiere y es su volun-

tad que las susodichas hayan / para sí dicha celda y usen de ella como de cosa suya / propia. /

Así mismo declaró su señoría que mandó a señora Santa / Ana para su tabernáculo unas puntas de plata de / martillo que están acabadas en la ciudad de Granada. Quiere / y es su voluntad que de sus bienes se satisfaga el costo que / tuvieren. /

Que demás de las doce fanegas de trigo que tiene mandadas a don / Francisco Hernández Aparicio, su secretario, quiere se le den otras doce fanegas / de trigo más que por todas son veinticuatro. /

Que demás de las seis fanegas de trigo que su señoría mandó por dicho / su testamento se diesen a don Juan del Castillo, presbítero / su capellán, quiere que se le den otras seis fanegas de trigo que / por todas son doce. /

Declara su señoría que en el tiempo que fué provisor en esta abadía el licenciado / don Juan Sotelo le debió dar satisfacción de lo que montó los / novenos de mosto que tocaron a su señoría en esta ciudad de dos años que los recogió y administró por su cuenta, y demás de esto / así mismo tenía a su cargo otras muchas cosas y por / la fuga que hizo no se pudo cobrar nada. Y solo se le em / bargaron algunos bienes de poca consideración que los (fol 123 vto.) / que son se expresan y contienen en una memoria / que está en poder de don Francisco Fernández Aparicio / secretario de su señoría. Y manda se haga toda diligencia en su cobranza. /

Declaró que de la capellanía que poseía don José Sotelo / que vacó por haber profesado en la orden de carmenitas (sic) / descalzos en la ciudad de Valladolid que después hizo colación / de ella a don Pedro de Aranda Figueroa, cobró de lo / tocante a dicho don José Sotelo cincuenta fanegas / de trigo en cada un año de dos que pasaron desde que / se fue de esta ciudad hasta la dicha su profesión, que en / todas fueron cien fanegas. Y las entregó a su señoría Diego / Fernández Vega, vecino de la villa del Castillo / y el haberlas percibido fué por razón de cuatro mil / reales en que le alcanzó su señoría en la cuenta que dió / dicho don José Sotelo del dinero que había entrado en / su poder de su señoría y otras sumas que se ajustaron deberle. /

Manda su señoría que demás de lo que le tiene mandado por / cláusula de su testamento a Lucía Blanco se le dé una cama de / madera, dos colchones, dos sábanas, dos almohadas y dos / frezadas. /

Declara que de las docientas fanegas de trigo que se / sacaron de las tercias de esta ciudad el año pasado de sesenta y / cuatro tiene libradas las fanegas que constare por / la razón que tiene don Francisco Hernández Aparicio su secretario. / Para las

limosnas y lo que restare manda se empiece desde / luego a repartir por las calles en pan cocido a los pobres / más menesterosos por los curas de ambas parroquias / y el dicho su secretario con recibo de dichos curas lo vaya / entregando lo que así pareciere se resta. /

Declara que el trigo que le tocó de sus diezmos y primicias del / año pasado de sesenta y cuatro en las villas de Priego, para / en poder de don Antonio del Águila Sotomayor, presbítero (fol. 124 v) / con quien tengo cuenta, la cual manda se ajuste, y si hubiere / alcance se cobrarse. Y en la de Carcabuey en poder de don Francisco de Paula Muriel, presbítero, mandó se ajuste. Y en / las del Castillo en poder del licenciado Martín Sánchez de Mesa / presbítero, también se ajuste. Y de todo para razón don Francisco Fernández Aparicio su secretario. Y en esta villa tiene en casas alquiladas que son de don Miguel de Utrilla el trigo y cebada que se recogieron de las primicias de ella el dicho / año de seicientos y sesenta y cuatro. Y en poder / del dicho don Francisco Fernández Aparicio su secretario / entró el diezmo de esta ciudad de dicho año de trigo y cebada / el cual pagó por mandato de su señoría el trigo y cebada / del salario de los cuatros curas de las dos parroquias / de esta dicha ciudad de dicho año de sesenta y cuatro, y ha despachado / además de ello lo que pareciere por sus libranzas declaró / para que conste y se esté a ello. /

Y en lo que fuere contrario a esto dicho su testamento lo revoca / y en lo demás lo deja en su fuerza y vigor, y así lo otorgó / y firmó a ruego de su señoría un testigo que dijo no poder / firmar por la gravedad de su enfermedad. Y fueron testigos / el licenciado don Antonio de los Ríos Santisteban presbítero, no / tario del Santo Oficio de la Inquisición de Córdoba, don Ni / colás Moreno Carrillo y Juan Delgado Montejano / vecinos en Alcalá. Y yo el escribano doy fe conozco al / dicho señor otorgante. / Don Antonio de los Ríos Santisteban. Ante mí, Gabriel Delgado, escribano.

Nota al margen izquierdo. En 26 agosto 1665 di traslado de este codicilo en papel de sello primero y el intermedio común. Doy fe (fol. 124 vto.)”.

(*) Archivo Histórico Provincial de Jaén. Protocolos de la ciudad de Alcalá la Real. Año 1665. Escribanía de Gabriel Delgado, folios 120-124 vto.

** Cfr. el estudio monográfico más extenso de la autora «Apunte bio-bibliográfico del abad don Francisco Salgado de Somoza (La Coruña, 1595 - Alcalá la Real - 1656), autor del Labyrinthus creditorum. Su testamento y codicilo». Universidad de Córdoba, 002, 56 pp.



APUNTES HISTÓRICOS SOBRE LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA AMÉRICA COLONIAL ESPAÑOLA.

Julián Hurtado de Molina Delgado

Abogado

Cronista de El Carpio y miembro del Instituto de Historia de Andalucía

La Corona Española, inmersa en un profundo y sólido proceso de consolidación de un sistema de Estado bajo los principios de la monarquía absoluta, alumbra en los territorios americanos bajo su dominio, un sistema judicial acorde con estos principios políticos y sociales.

En general, la configuración político-administrativa que caracterizó la España del siglo XVI (1), tanto en la metrópoli como en los territorios de ultramar, se encontraba firmemente determinada por la impronta de juristas, razón por la cual, las características de la conquista y colonización, se vieron presididas por un espíritu de raigambre jurídica, en el que era muy destacada la importancia del derecho, desde el primer momento de la llegada de los conquistadores, como consecuencia lógica de un sistema de amplia experiencia legal, -propiciada por los juristas españoles, en su tarea de organizar la sociedad y gobernarla-, que obviamente trasladaron al gobierno de las Indias, consiguiendo una muy temprana burocratización del imperio americano español.

Era frecuente en tal sentido, la firma de capitulaciones entre la Corona de Castilla y los numerosos exploradores y conquistadores, para determinar las obligaciones y privilegios de los contratantes, quedando siempre a salvo el superior dominio del Rey (2). Entre los más conocidos de esos contratos o capitulaciones, están los firmados por Cristóbal Colón y Hernán Cortés, pero prácticamente cada conquistador firmaba uno. En él se especificaban minuciosamente sus prerrogativas y se sometían sus

1) MARAVALL, J.A., Estado moderno y mentalidad social (siglos XV al VII), en Revista de Occidente, Madrid 1972, p. 205 y ss.

2) ZAVALA, S., Las instituciones jurídicas de la conquista de América. México 1988, p. 24 y ss.

acciones, a una regulación considerablemente detallada; lo que no evitó las frecuentes disputas sobre los derechos de los conquistadores.

La tendencia general llevó a la concesión de importantes privilegios, que posteriormente las propias autoridades reales limitaban en la medida en que se consolidaba la conquista. El régimen que resultó puede considerarse un patrimonialismo burocrático, en el sentido de que, las Indias se consideraron directamente vinculadas al Rey y sometidas a su voluntad, pero el dominio se expresaba a través de una organización burocrática (3).

La influencia y relevancia de lo jurídico en la conquista y colonización, se desprende, tanto de las mismas capitulaciones, como de la propia dinámica surgida después, sobre la legitimidad de los títulos de la monarquía española para conquistar los reinos y territorios recientemente descubiertos, y sobre los derechos de los indígenas. Las Leyes de Indias, auténtico corpus de abundante legislación dictada por los reyes para regular los distintos aspectos de la conquista y de la vida en América, son sin duda, el elemento más conocido y estudiado de esa "juridificación", hasta el punto de que diversos autores han señalado, que la actuación castellana en la América Hispana, constituyó una auténtica (4) «colonización de gente de leyes».

Otra manifestación de esta configuración eminentemente jurídica, nos la ofrece la abundante presencia de escribanos en estas tierras. Los escribanos como notarios, llamados escribanos públicos, o secretarios de un organismo público, denominados en este caso escribanos de cámara, según su especialidad, acompañaban a los descubridores y levantan actas de la fundación de pueblos y ciudades; actuaban en los juicios y autorizaban las escrituras públicas de los actos y contratos entre particulares y certificaban los documentos que emanaban de los diversos organismos. Su alta posición, derivada de su designación real, o provisoriamente por los virreyes, gobernadores y cabildos, les hacía imprescindibles hasta tal punto, que la venta de estos cargos, y esta decisiva intervención, explica el interés del monarca por controlar las designaciones. Colón, en su primer viaje, fue acompañado por el escribano Rodrigo de Torres (5), y no en vano, esta formación jurídica, se advierte en Hernán Cortés,

3) SARFATTI, M., Spanish Bureaucratic Patrimonialism in America. Berkeley 1966, p. 4 y ss.

4) MALAGÓN BARCELÓ, J., Estudios de historia y derecho, Veracruz 1966, p. 81.

5) LUJAN MUÑOZ, J., Los escribanos de las Indias Occidentales, Mexico 1982, p. 30.

quien antes de convertirse en conquistador de Mejico, fué estudiante de derecho en Salamanca y luego escribano en Santo Domingo.

No obstante, los escribanos, en ocasiones no tenían una educación jurídica formal, especialmente en los primeros siglos de la colonización, pero ellos debían ser examinados en sus conocimientos legales y su habilidad para la escritura, por escribanos establecidos o por la audiencia. Existía a tal fin una abundante bibliografía para escribanos, que contenía una considerable información jurídica y formularios de los documentos más usuales. La obra "Práctica civil y criminal e institución de escribanos" de Monterroso y Alvarado se encontraba entre los libros usados por los conquistadores (6), lo cual indica un conocimiento del derecho práctico más allá de quienes tenían ocupaciones estrictamente jurídicas. En todo caso, los escribanos de Indias produjeron una cantidad considerable de documentación jurídica que ha facilitado el estudio de la colonización española.

Igualmente y con el propósito de utilizar el derecho en el gobierno de las Indias, los monarcas españoles usaron con asiduidad la legislación, estableciendo muy prontamente tribunales, para lo que designaron un número importante de juristas que se ocupasen de estas tareas jurisdiccionales.

LAS LEYES DE INDIAS.

En cuanto a la legislación aplicable en Indias, debe tenerse en consideración que los territorios incorporados por conquista, al no tener leyes propias, debían quedar sometidos al derecho que decidiera el monarca, que como cabe pensar, se basaba en las leyes castellanas. Así en 1530 Carlos I decidió que se aplicara en las Indias la legislación de Castilla, tal como lo establecían las Leyes de Toro, lo que posteriormente fue ratificado por Felipe II y por Felipe IV en la Recopilación de Leyes de los Reinos las Indias (Libro 2, Título 1, Ley 2), lo que no impidió que paulatinamente se fuese suscitando un interesante debate sobre la política que debía seguirse con los indígenas, según los criterios que se utilizasen, pues mientras que había quienes solo veían idolatría y barbarie en las culturas indígenas con las que entraron en contacto, -que

6) LEONARD, I., Books of the Brave: An Account of Books and of Men in Spanish Conquest and Settlement of the Sixteenth-century New World. Berkeley 1992, p. 39.

había que erradicar, como se aprecia en el informe del Virrey del Perú, Francisco Toledo-, otros, más tolerantes o pragmáticos, percibieron bondades en la organización social precolombina y en muchas costumbres indígenas, y además comprendieron que un grupo relativamente pequeño de españoles no podría controlar una población indígena mucho mayor, si no utilizaban las estructuras locales de poder y control. Esta discusión llevó de Emperador a ordenar en agosto de 1555 que se respetaran las buenas costumbres y estatutos de los indígenas que no fuesen contrarios a la religión católica y a las disposiciones reales (Recopilación de Leyes de Indias 2,1,4).

La orden de respetar la legislación real especialmente promulgada para los nuevos territorios y las leyes de Castilla ha dado lugar a que los juristas especializados en el derecho colonial hayan elaborado un orden de prelación de las fuentes legales de aplicación, acorde con lo que establecen los propios ordenamientos legislativos. Ya mucho antes de la empresa conquistadora americana, con la promulgación del Ordenamiento de Alcalá en 1348, se destacaba en Castilla el poder del Rey para legislar ordenando la aplicación de ese ordenamiento con carácter preferente y en primer lugar. En su defecto se efectuaba una remisión expresa al Fuero Real y a los fueros municipales, siempre que estuviesen en uso, y por último a las Siete Partidas, que ordenaba publicar. Las compilaciones posteriores repiten el orden poniéndose a la cabeza de él: así lo hacen las Leyes de Toro de 1505, por lo que consecuentemente la posterior legislación indiana de la América española, siguió esta tradición remitiéndose luego a las Leyes de Toro.

La tarea de jerarquizar las fuentes es complicada, si queremos ser respetuosos con los textos y el espíritu de la época, porque entonces existía la convicción de que la costumbre era importante y que las grandes interpretaciones de los textos romanos tenían también su papel, y el ejemplo más claro lo tenemos en Juan II de Castilla, quien ordenó en 1427 que no se citaran autores posteriores a Juan Andrés y Bartolo, lo cual muestra que la cita de autores era frecuente en las disputas de la época. Los Reyes Católicos ordenaron así mismo en 1499 que en materia canónica se prefiriera a Juan Andrés y, en su defecto, al Abad de Sicilia Nicola Tudeschi. En materia civil Baldo seguía a Bartolo, sin olvidar que, a pesar de todo, la costumbre indígena también contaba, por lo que no podía existir una prelación estricta entre los distintos cuerpos legislativos.

Es curioso el afán de los monarcas españoles por aplicar sus leyes, especialmente sus compilaciones legislativas, dando un orden de prelación entre las distintas

compilaciones, que indica una concepción jurídica muy diferente de la actualidad, en que los legisladores no establecen órdenes de prelación de manera expresa, pues basta con derogar la legislación anterior.

Quizá este planteamiento proviene de la concepción medieval de que la ley es la declaración del derecho o lo justo, y por tanto siendo el rey el custodio de la ley, solo puede declararla, pero no suprimirla, y en principio ni siquiera innovarla, lo que nos acercaría más bien a lo que actualmente es el papel del juez, o el poder jurisdiccional (7). Sin embargo en la baja Edad Media se produce un cambio en esta apreciación y la legislación comienza a tomarse como medio de creación del derecho, permitiendo al fin, una plena potestad de constituir o cambiar las reglas por parte del rey, que comienza a disponer de una capacidad legislativa relevante, por medio de la cual, expresa su poder para cambiar las normas legales, a pesar de lo cual no se produce una identificación entre la ley positiva y el derecho, puesto que las leyes emanadas de la voluntad real, suponen una expresión del deseo de mostrar su poder y control, configurando las reglas sociales, sin olvidar que esta potestad real se ejerce sobre unos antecedentes normativos antiguos, como reconoce expresamente el mencionado Ordenamiento de Alcalá, que se remite a los más antiguos sabios y más prestigiosos autores. También podemos concluir, que ésta manera de percibir el derecho explica igualmente que en las universidades de los siglos XVI y XVII se estudie el derecho romano, prestando atención a la obra de juristas como Bartolo y Baldo, lo mismo que a los grandes canonistas.

Sobre la técnica legislativa que se aprecia en el derecho indiano, y consiguientemente en la España de los primeros siglos de la Edad Moderna, existen grandes diferencias con la que usamos en la actualidad, a causa de la confusión entre legislación, administración y jurisdicción, y un lenguaje menos preciso, con un contenido que, además, incluye desde exhortaciones, consejos y recomendaciones a funcionarios hasta incluso pequeños relatos; y así ocurre en una recopilación como la de las Leyes de Indias, gracias a una mentalidad casuística que impregna la legislación de la época, que se redacta con vista a determinados casos o situaciones concretas, provocando un estilo prolijo y falta de precisión.

7) MARAVALL, J.A., Estado moderno y mentalidad....o.c., p. 11, 405.

Progresivamente, los reyes van teniendo una actividad legislativa muy abundante, que plantea graves dificultades para el conocimiento de la legislación, por lo que se percibe un claro deseo de ordenar la actividad legislativa dispersa. Y ello explica que los grandes monumentos legislativos posteriores al siglo XIV sean recopilaciones, de manera que por su parte la tarea recopilatoria establece severas limitaciones, ya que la ordenación que se hace de las leyes es meramente tópica. No se guarda un criterio cronológico, ni desaparecen así los elementos accidentales de la legislación original, impidiendo que tal recopilación pueda tener las características sistemáticas de un código. Su lectura es complicada y no es fácil orientarse en ella, aún en las ediciones posteriores que agregan índices que no tenían las primeras ediciones. El derecho indiano en general y la Recopilación de las leyes de Indias, de 1681, tienen esas características.

Debemos recordar también, que los juristas de la época no tomaron esta Recopilación como un código que derogara la legislación indiana anterior o que el mismo Consejo de Indias o las audiencias la tomaran como un derecho fijo, que no pudiera modificarse, lo que explica que hubiera relativamente muy pocas ediciones, revelando la escasa utilización práctica que tuvo. Las ediciones se hicieron en 1681, 1754, 1756 1774 y 1791, ya en la segunda mitad del siglo cuando muchas de sus disposiciones estaban obsoletas y probablemente tenían más un valor simbólico que práctico; y cuando la obra fue enviada a América a final del siglo XVII, tuvo una recepción más bien fría, como lo demuestra el que no se estudiara en las universidades y rara vez se encuentra citada en los escritos forenses. Es mucho más frecuente la cita de las Siete Partidas, que aparece en el último lugar en la lista de prelación de fuentes del derecho castellano.

Por otra parte, el panorama de la legislación aplicable en Indias era mucho más complejo que el derecho recopilado, por cuanto existía legislación castellana no recopilada, como es el caso de las Ordenanzas de Bilbao y legislación provincial indiana como eran las resoluciones de las audiencias, por lo que algunos expertos en Derecho Indiano, prefieren estudiar el derecho efectivamente aplicado en las Indias y prestar menos atención a la Recopilación de las Leyes de Indias y a la legislación castellana recopilada.

Por todo ello, la investigación histórico-jurídica de la legislación de la América colonial española es extraordinariamente complicada y difícil, dadas las característi-

cas de la legislación misma, la relativa escasez de los textos legislativos y la escasez de bibliotecas públicas.

En conclusión, y partiendo del concepto de que el Derecho en Indias, consistió en el conjunto de normas jurídicas o disposiciones legales que surgen por voluntad de los monarcas españoles o por las autoridades legítimamente constituidas en América, como delegados regios, y que tuvieron como objetivo fijar y regular las relaciones políticas, administrativas, penales, civiles, económicas y sociales entre los pobladores de las llamadas Indias Occidentales; hemos de destacar, la antes mencionada Recopilación de Leyes de Indias, promulgada por real Cedula de 18 de Mayo de 1680, durante el reinado de Carlos II, como la base de todo el derecho indiano, aunque no puede olvidarse la transcendencia de la Real Ordenanza de Intendentes de 1782 de Carlos III, cuyas disposiciones y jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, traerían importantes repercusiones por su intención centralista y uniformadora, que tantos cambios supuso frente al sistema anterior mas respetuoso con una mayor autonomía de los reinos.

LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Desde el inicio del período de la conquista y la colonización, los monarcas españoles, como ya hemos indicado, mostraron su interés de tener un claro control político y económico sobre los territorios americanos. Las primeras autoridades fueron designadas por vía de capitulaciones o contratos con colonizadores y conquistadores. Potencialmente esto podía haber generado la aparición de un régimen señorial, pero no fue ésta la vía escogida. Se adoptaron instituciones de gobierno y justicia de Castilla y algunas de Aragón y, en definitiva, la monarquía absoluta que se estaba constituyendo en España, se extendió a las Indias. Los reyes también se cuidaron de tener un control sobre las autoridades eclesiásticas a través del patronato.

Resulta muy interesante comprobar cómo, a pesar de las distancias, de las dificultades de comunicación y de los limitados medios de organización de la época, la Corona Española consiguió ostentar un considerable control sobre los territorios americanos. Las críticas que se han hecho al régimen colonial son más por su excesivo centralismo y la lentitud burocrática impuesta por las dificultades de comunicación, pero nunca se ha criticado la renuencia a ejercer la autoridad. El dominio se mantuvo

sin dificultades mayores, hasta la pérdida de estos dominios por la España decimonónica.

La organización territorial de las Indias no se hizo de una vez por todas a raíz los primeros viajes de exploración. Al contrario, en la medida en que avanzó la ocupación del territorio, se fueron estableciendo los órganos de gobierno y se fueron definiendo sus funciones. En la doctrina de la época, la distinción de funciones parece haber estado clara (8). El gobierno temporal, el gobierno espiritual o eclesiástico, la justicia y la hacienda, eran las principales tareas y áreas funcionales de la monarquía, aunque existían igualmente ámbitos municipales y corporativos de gobierno. En la práctica, se daba una frecuente acumulación de funciones.

Si nos fijamos en la estructura social existente en la época, comprobaremos que se asistía a una determinada especialización de las personas para el desempeño de las funciones. Así los hombres «de capa y espada», es decir con oficio militar y una cierta nobleza, eran los llamados para las funciones de gobierno, con frecuencia de virreyes o gobernadores. Generalmente acumulaban funciones militares, por ejemplo de capitanes generales. Es de destacar que usualmente no tenían una formación jurídica, pero podían contar con asesores letrados. Las funciones eclesiásticas por su parte, estaban reservadas en pura lógica a los religiosos, una parte de los cuales, sobre todo la cúpula del poder eclesiástico, tenía una notable formación jurídica, especialmente en derecho canónico. Los letrados tenían el monopolio de los altos oficios de la justicia y una importancia general en todas las funciones de gobierno, donde generalmente eran llamados como asesores.

Los más altos tribunales de Indias eran las Audiencias. Sus resoluciones sólo podían ser recurridas ante el Rey, o más exactamente, al Consejo de Indias. Las audiencias estaban presididas por el virrey, gobernador o autoridad política y podían actuar como cuerpos asesores para determinadas decisiones de gobierno. Sin embargo, el presidente no podía intervenir en determinados casos cuando no era letrado, lo cual era la regla general. Era pues un tribunal, aunque con importantes funciones políticas y legislativas que hoy generalmente no tienen los tribunales. Para la mayor parte de los casos civiles y penales era un tribunal de apelación y en lo que hoy llamaríamos jurisdicción contencioso-administrativa, podía por su parte conocer tam-

8) GARCIA-GALLO, A., Estudios de Historia del Derecho Indiano. Madrid 1972, p. 661 y ss.

bién los casos de quienes considerasen que un acto de la autoridad política le hubiera causado daño o perjuicio, por su actuación en contra del derecho.

Como ya manifestamos al comienzo, la cronología en la creación de las audiencias refleja el temprano interés de la Corona por proveer enseguida de audiencias a los nuevos dominios. La de Santo Domingo se creó en 1511, la de Méjico en 1527, Panamá en 1538 (suprimida en 1543 y restablecida en 1563), Lima en 1542, Guatemala en 1543, Santa Fe de Bogotá en 1547, Guadalajara en 1556, Charcas en 1559, Quito en 1565, Chile en 1565 (suprimida en 1574 y restablecida en 1609), Buenos Aires en 1661 (suprimida en 1671 y restablecida en 1783), así como las de Caracas y Cuzco en 1786 (9).

En suma, la mayor parte de las audiencias fueron establecidas en el siglo XVI aunque las dificultades y avatares políticos provocaron supresiones y posteriores restablecimientos. El siglo XVII fue parco en creaciones. En el siglo XVIII hay una reorganización importante con la creación del cargo de regente y la promulgación de la Real Instrucción de Regentes, un verdadero reglamento para el funcionamiento de las audiencias en Indias. En ese siglo se crearon igualmente tres audiencias.

La composición de la audiencia respondía a un predominio obvio de juristas, que desempeñaban las funciones de jueces, llamados oidores o de fiscales representantes de los intereses de la Corona. El número de oidores podía variar entre tres y ocho, según la importancia de la audiencia. Los fiscales generalmente eran uno o dos. Podía existir oidores supernumerarios, que excedían al número establecido, pero que tenían también las funciones y rango de oidores. En 1776 se creó el cargo de regente, quien presidía la audiencia cuando actuaba en funciones judiciales y quien tenía las demás funciones de los oidores. La audiencia tenía un personal letrado de apoyo, como los relatores, y otros que no necesariamente tenían formación jurídica universitaria, pero que conocían la práctica del derecho, como era el caso de los procuradores y algunos escribanos (10). Los regentes y oidores constituyeron una élite del gobierno en la administración de justicia de la América española

9) POLANCO ALCÁNTARA, T., Las reales audiencias en las provincias americanas de España. Madrid 1992, p. 67 y ss.

10) GALVEZ MONTERO, J.F., La Real Audiencia y su configuración en el virreinato. Lima 1990, p. 102.

La designación de los oidores, o jueces de lo civil, correspondía al Rey, pero desde el siglo XVII y hasta 1750 el cargo podía ser comprado, conforme a una práctica frecuente en la época. Esto no implica que los requerimientos de preparación intelectual fueran obviados, aunque probablemente se prestaba menos atención a los detalles. La relativa desproporción entre el precio pagado y los ingresos que percibían por el ejercicio del cargo, induce a desconfiar de ciertas prácticas abusivas que pudieron producirse, y de las que existen indicios, aunque la mayoría de los historiadores del derecho de Indias, parece que se inclinan documentadamente por considerar que los oidores eran en general cultos y honestos, a tenor de las resoluciones que dictaban.

En cuanto al lugar de origen de los magistrados de las Audiencias, Burkholder y Chandler (11) trazaron la biografía colectiva de 693 personas que ejercieron el cargo de oidor en las Indias. Aproximadamente el 60 por ciento de ellos eran nacidos en España y el resto «criollos» o nacidos en América. Entre estos últimos eran frecuentes los hijos de los altos funcionarios, incluidos oidores, nacidos en España. En el análisis temporal, existía una probabilidad de que los criollos fueran designados en el siglo XVII y primera mitad del XVIII. En el período 1750-1808 sólo el 23 por ciento de los designados fueron criollos (12). Los criollos fueron también los únicos que compraron los cargos de oidor, mientras éstos se pudieron comprar.

En realidad, la política de prohibición de venta de los cargos de oidor ejecutada desde 1750, y otras prohibiciones muy estrictas, como la de casarse con mujeres radicadas en el distrito de la audiencia, tener propiedades en ella, o asistir a fiestas y entierros, salvo excepciones, tuvieron como propósito tener un mejor control político sobre los territorios coloniales y lograr la imparcialidad de los miembros de la audiencia como jueces, cortando cualquier lazo con la sociedad local. Entre esas medidas de control estuvo la prohibición a los nativos, de acceder a la posición de oidor, de forma que los nacidos en la jurisdicción de la audiencia no podían aspirar a ser oidores en ella. En la práctica, todas estas políticas tendieron a aumentar el control de la corona y lograr una justicia más imparcial, pero, impidiendo que los hijos nacidos en

11) BURKHOLDER, M y D.S.CHANDLER, From Impotence to Authority. The Spanish Crown and the American Audiencias, 1687-1808. Columbia 1977, p.24.

12) BURKHOLDER, M y D.S. CHANDLER, o.c. p.145.

Indias de familias establecidas en la zona, pudieran optar a la posición de oidor. La gestión en España para presentar la candidatura para un alto cargo en Indias era enormemente costosa y estaba fuera del alcance de la mayor parte de las familias criollas. Existía además la tendencia a favorecer a los graduados de determinadas universidades en España como Salamanca, Valladolid o Alcalá (13). A su vez eran los hijos de los funcionarios de los grandes consejos en España, los preferidos para el ingreso como colegiales becarios en esas universidades. Esto permite suponer que había redes informales locales que excluían de hecho a los nacidos en América y graduados en las universidades americanas. El resultado fue que, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, los juristas criollos comenzaron a protestar por estar de hecho excluidos del cargo de oidor.

En un estrato inferior, por debajo de las audiencias, podían existir salas especiales, como la «sala del crimen», y otros funcionarios provinciales, como los justicias mayores, corregidores, o alcaldes mayores. Los alcaldes del crimen, eran por tanto los jueces de lo penal. En el ámbito municipal existía una justicia ejercida por personas designadas por los gobiernos municipales, que eran los alcaldes ordinarios, y siempre teniendo en cuenta, que estos cargos eran desempeñados por personas de prestigio social e importancia política en sus comunidades que no recibían un salario, aunque podían cobrar ciertas tasas. Con frecuencia no eran juristas pero en caso de que éstos existieran en la comunidad, eran frecuentemente consultados como asesores.

Junto con la justicia ordinaria existía una pluralidad de tribunales especiales, de carácter eclesiástico como el de la Inquisición o Santo Oficio, o bien militar, de comercio, de naufragios, de bienes de difuntos, de la Real Hacienda, de tierras, de minas, de correos, etc.

Existieron los juzgados generales de indios en Méjico y Perú y el Tribunal de la Acordada en Méjico, y también cabe reseñar la existencia de órganos disciplinarios o de resolución de conflictos en las corporaciones.

La historiografía sobre Administración de Justicia en la América colonial española, no ofrece, por otro lado, un mínimo demasiado elocuente sobre la práctica, y casuística de los tribunales. Por ello apenas se conocen muchos de los procedimien-

13) Ibidem, p. 181.

tos en que intervinieron las audiencias, ni sobre todo, qué tipo de asuntos se debatían en juicio, qué cuantía tenían, o cuál era el papel de los abogados en el manejo de los casos.

Aún no se ha producido una profunda investigación sobre estos aspectos, que podrían ofrecernos una valiosa información sobre la historia del derecho indiano, a pesar de que la documentación emanada de las audiencias se encuentra disponible y, en general, está bien conservada en las distintas capitales de los países latinoamericanos. Entre los pocos que existen están los de Malagón Barceló (14) sobre pleitos y causas en la audiencia de Santo Domingo.

Mientras se trata de superar esta laguna investigadora, solo podemos fijarnos en determinados aspectos de la estructura colonial, que nos ayuden en tal sentido, para lo cual puede resultar elocuente el estudio de la actividad económica de la sociedad colonial. Al respecto hemos de considerar que los bienes principales eran los inmuebles, es decir tierras y casas. Estos bienes que se consideraban parte de la heredad de una familia, en principio, no se esperaba que fueran vendidos o comprados salvo en circunstancias excepcionales, por lo que existían relativamente pocas compraventas y los intercambios comerciales no eran intensos. Las operaciones e instrumentos financieros eran igualmente escasos. Existía por tanto, escasa conflictividad de contenido económico y los litigios con tal carácter, consecuentemente, eran aún más escasos. Además, los conflictos mercantiles se resolvían en el tribunal del consulado, y los de minería en tribunales especiales.

Pero no quiere esto decir, que no existiesen pleitos, pues existía otro tipo de conflictos que generaba actividad en los tribunales. La sociedad colonial estaba lejos de ser un mar de la tranquilidad, y en ella el bandolerismo y las rebeliones eran frecuentes, por lo que el concepto de mantenimiento de la paz social era de vital importancia, como luego volveremos a expresar, aunque para resolver asuntos de este tipo se prefería la negociación o la represión pura y simple y sólo las rebeliones más graves, especialmente las rebeliones contra el rey, eran objeto de procedimientos judiciales, en los que se aplicaban severos castigos. Igualmente se producían homicidios, robos y otros delitos, aunque no muy generalizados, y por ello no de gran incidencia en la labor de los jueces y tribunales.

14) MALAGÓN BARCELÓ, J., Estudios de historia...o.c. p. 169-218.

También caben destacar, conflictos que en la sociedad actual no existen, como eran los que derivaban de razones de preeminencia, status social u honor, en un sistema social estamental, como ocurría en caso de que se negara un determinado lugar en la iglesia o en cualquier acto público a una persona que se creía con derecho a ocupar ese lugar, la admisión en la universidad o en el colegio de abogados, o el uso de peluca o espada, etc. que podían generar litigios, a veces enconados.

En suma, no existía probablemente un gran número de casos a ser tramitado en los tribunales.

Por otra parte, las sanciones que podían imponerse a los jueces, variaban entre las multas y la destitución, teniendo en cuenta además la existencia de otro sistema de control como el de visita (15), por el que el rey, nombrando a un visitador, comparecía por sorpresa en el juzgado, para supervisar su funcionamiento, de forma que si advertía anomalías, podía suspender temporalmente al juez; y también un último y grave método como el juicio de residencia, por el que, una vez destituido el juez, los habitantes del lugar tenían, en teoría, un plazo para realizar alegaciones o reclamaciones por las actuaciones anteriores del juez sancionado, de forma que se obligaba a éste a prestar fianza, para asegurar así la posible futura imposición de multa, aunque si no se producían estas reclamaciones, se le devolvía el dinero de caución.

El cargo de juez estaba sujeto al correcto ejercicio de su obligación y a la voluntad y confianza del rey, sin que existiera limitación en el tiempo, ni el actual concepto de jubilación, por lo que en tanto las facultades físicas o psíquicas lo permitieran, el juez seguía ejerciendo sus funciones, salvo renuncia voluntaria.

Las obligaciones del juez, por su parte, se encontraban sometidas a una serie de principios, como el de ejercer directa y personalmente el cargo (16), residencia en el lugar en el que debía ejercer sus funciones, así como obligación de cumplir un horario, salvo que ocupasen otros cargos administrativos o gubernativos, y o de ejercer un control efectivo de la oficina judicial, actuando además con la debida corrección ante las partes, oficiales a su servicio, letrados, etc. Y no podían contar con familiares o empleados subalternos personales suyos para ocupar cargos en el juzgado.

15) PINO ABAD, M. Ponencia en Curso sobre Jueces culpables y defensa del Indio. La justicia española en Indias; Hinojosa del Duque, Julio 2002.

16) ibidem

En compensación, los jueces tenían unos derechos económicos, como expónenos, tanto de equipación (salario base), como ayudas de costa y aranceles, como igualmente una amplia exención tributaria, pudiendo también comer carne de forma gratuita o recibir una determinada cantidad de trigo, máxime dado el carácter itinerante de la justicia, que debía por tanto ser sufragada por los vecinos del lugar, habiendo de prestar alojamiento incluso en dependencias del ayuntamiento o en sus casas privadas, a la misma vez que se procuraba evitar relación alguna entre los vecinos y el juez, para evitar presiones, sobornos o coacciones.

También los jueces, tenían derechos de carácter honorífico, como el de recibir tratamiento de usted, y que los litigantes hubieran de quitarse el sombrero en su presencia, permaneciendo de pie, salvo los abogados que podían sentarse

Si analizamos ahora el papel que ejercían ante estos tribunales coloniales tanto los abogados como los procuradores, hemos de manifestar que, al parecer, en la práctica, la labor de los letrados respondía en general más, al perfil de asesor de los jueces, que al de director técnico de los asuntos encomendados por las partes, aunque en teoría, los abogados tenían el monopolio de la representación de las partes ante las audiencias y otros tribunales, que en la práctica significaba poco, ya que las partes podían comparecer y presentar escritos por sí mismas. De hecho los abogados tenían muy fuertes competidores en los procuradores, escribanos y solicitadores, llamados también «tinterillos» o «pica pleitos», aunque no se consideraba adecuado que un abogado, que era un personaje de gran prestigio, realizase las gestiones diarias burocráticas relativas a los pleitos, teniendo también ciertas obligaciones morales, como era la de estar obligados a asistir gratuitamente a los pobres.

Los procuradores, por su parte, eran en esta época colonial, funcionarios que actuaban en las audiencias, con una posición oficial y en número limitado, teniendo a su cargo el día a día de los casos, haciendo cualquier gestión de tramitación, -no obstante carecer en muchos casos de una formación jurídica formal, ni la dignidad social que se le reconocía a los abogados-, pero que tenían soltura y profundo conocimiento de los asuntos corrientes de la audiencia.

Los solicitadores, también llamados tinterillos o pica-pleitos, aprovechando que el procedimiento judicial era escrito y las partes podían representarse por sí mismas, pretendían ser sustitutos de los abogados en cualquiera de sus actividades. No tenían una educación jurídica formal, pero sí un conocimiento práctico del derecho. No

estaban registrados en la audiencia ni en ningún organismo público o privado. Eran de origen social modesto, con lo cual, sus cobros eran igualmente modestos, aunque supuestamente siempre estaban dispuestos a explotar a los indígenas y a los pobres.

En cuanto a otros aspectos relativos a la intervención ante los tribunales, hemos de destacar la distinción que los abogados mostraban en sus trajes especiales, usando en estrados «golilla y manteo», ropilla de falda cerrada y manga redonda ancha, gorra forrada de seda y de ala corta. Para ceremonias fuera de los tribunales usaban togas y sombreros bordados de seda. En 1787 los abogados hicieron una petición formal para que se les concediera el «privilegio de los puños», es decir puños de gasa. La importancia que se daba a estas cuestiones de vestimenta tenían por objeto marcar el lugar especial que tenían en la sociedad y marcar la distancia con ocupaciones menos nobles.

Esto ocurre en momentos de relativo crecimiento económico, en los cuales los artesanos locales tienen ingresos superiores a los oficiales de la burocracia, lo que trastorna un orden percibido como natural, pues quienes sirven al rey y al bien público, y son blancos y cristianos viejos, viven en una estrechez mayor que muchos parados con oficios mecánicos.

Conviene tener una idea de las diferencias de ingresos al final del período colonial. Un oidor tenía un salario de 4.000 y 5.000 pesos anuales, según los casos, y tenía diversos beneficios por actuaciones especiales como juez de comisos o por actividades como presenciar peleas de gallos o tiradas de lotería, por lo cual recibían ingresos adicionales importantes, mientras que un portero y un escribiente tenían salarios de 400 pesos. La remuneración de un juez o de un profesor de derecho en la universidad, no era muy superior a la del portero. Un relator de la audiencia, uno de los cargos más importantes que podía alcanzar un letrado criollo, frecuentemente ganaba 1.000 pesos. Otro indicador es la remuneración de 100 pesos fijada para el abogado defensor de indios y pobres (17).

Por tanto los ingresos de los oidores, que no siempre iban acompañados de alta capacitación para el oficio, eran proporcionalmente muy altos en relación con otros cargos de la administración de justicia colonial.

17) PEREZ PERDOMO, R. Los abogados en Venezuela. Caracas 1981, p. 2 y ss.

Pasando a otros aspectos y si nos detenemos en el estudio de las consecuencias de la comisión del delito en Indias, encontramos que la pena mas usada fue la de azotes, y curiosamente la mas indigna para el indio, era la de cortarle el pelo. Pero no puede olvidarse que era muy habitual perdonar al delincuente, concediendo frecuentes indultos, de forma que, castigo y perdón, eran practicamente correlativos y sucesivos. Aunque la regulacion legal penal era rigurosa, su aplicación era por el contrario mas benigna y se modulaba según los casos. Apenas se daba la tortura y la pena de muerte era excepcional, hasta el punto de que para dictar su aplicación, los tribunales debian consultar a sus respectivas audiencias, lo que en la practica dilatava tanto la imposición de la pena capital, que en la practica no llegaba a cumplirse, sobre todo si se apelaba la sentencia, y los autos no eran devueltos posteriormente al tribunal de la primera instancia, como solia ocurrir.

En cuanto a la Inquisición, de sobra es sabido, que los indios, no estaban sujetos a su jurisdicción.

Todo el derecho penal convergia en la confesión del reo, como forma de reconciliación de éste con Dios y la sociedad, y en tal sentido, la benevolencia se utilizaba como signo de la fortaleza de la propia autoridad, cuyo maximo exponente era el rey, quien actuaba como una especie de buen padre de familia, que castiga a sus hijos, pero luego los perdona, en una consideración paternalista, que consideraba a los indios como no autenticamente conscientes y responsables de sus actos, por lo que, siendo incultos y pobres, solo relativamente se les podia aplicar el derecho penal. El discurso punitivo tenia como principal objetivo, mantener estos territorios en paz, de forma que incluso se podia a expulsar sin proceso a clérigos o personas revoltosas, si se advertia que sublevaban o soliviantaban a los indígenas.

Simultaneamente, puede observarse que el discurso penal era eminentemente utilitarista, y ello conducia a una clara imposición de aquellas penas que en cada momento mas convenian, como la de galeras, prestación de servicio personal sin remuneración, etc., en el marco del tan debatido y amplio poder discrecional de los jueces

Es este, en suma, el panorama que presentaba la administración de justicia en la America colonial española, y que con sus luces y sombras hemos comentado en una somera visión que aportamos en este numero cero de nuestra nueva publicación.

LEYES DE BASES Y ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL. LAS DIPUTACIONES.

Dra. M^a Carmen Martínez Hernández

Jefa del Departamento de Archivo de la Diputación de Córdoba

1. EL ESTATUTO PROVINCIAL DE 1925 Y EL INTENTO DE REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

El espíritu que animaba a las diputaciones del novecientos, seguía teniendo el mismo razonamiento que Posada reseña en la elaboración de la Ley Municipal de diciembre de 1855: conciliar la libertad con el orden, problema de la escuela liberal, y para la que se dota a ayuntamientos y diputaciones de toda la influencia posible, para hacer compatible sus intereses locales con los generales del país (1). La herencia que dejaban las diputaciones decimonónicas, en opinión de M. Santana (2), era el esfuerzo para impedir las manifestaciones de autogobierno en el ámbito regional, y para construir una estructura política uniforme, que respondiese a las exigencias centralizadoras del Estado.

En la dictadura primorriverista se va a intentar la reforma institucional del sistema político español (3). El 4 de marzo de 1924 se promulgaba el Estatuto Municipal, preparado por Calvo Sotelo e inspirado en las ideas de Maura, pretendiendo reformar la vida local basándose en una amplia autonomía. El Estatuto estaba destinado a convertir el municipio en la célula inicial para la reconstitución política del país, pero

1 POSADAS, A.: *Evolución legislativa del Régimen local en España, 1812-1909*. Madrid, 1982. pp. 275-277.

2 SANTANA MOLINA, A.: *La Diputación provincial en la España decimonónica*. Madrid, 1989, p. 174.

3 Las disposiciones normativas en vigor, hasta la Dictadura primorriverista, fueron: la Constitución de 1876, aunque modificada en lo tocante al sufragio por la Ley electoral de 26 de junio de 1890. que restableció el sufragio universal para los varones mayores de 25 años, aunque esto no modificó determinados comportamientos políticos, que reflejaban la falta de representación de los partidos minoritarios. La Ley provincial del 29 de agosto de 1882, el Real Decreto de 5 de noviembre de 1890 y la Ley Electoral del 8 de agosto de 1907.

no llegó a tener vigencia porque su aplicación suponía elecciones, y la Unión Patriótica no llegó a tener fuerza suficiente para que el Gobierno confiara en su capacidad electoral. El miedo del Gobierno a unas elecciones auténticas, según el decreto-ley fundacional, llevó al Estatuto al fracaso.

Un año después, el 12 de marzo de 1925, salía a la luz el Estatuto provincial, que obedecía a las mismas directrices (4). Los estatutos respondían al ideario de Calvo Sotelo, y no al de Primo de Rivera, y reflejaban la importancia que tuvo en el Directorio la incorporación de personal procedente del maurismo y de la democracia cristiana (Partido Social Popular) en la proyección ideológica e institucional del nuevo régimen (5). Como discípulo de Maura, Calvo Sotelo mantiene el aire renovador de las reformas mauristas, y daba a la Provincia una nueva dimensión que se pretendía despolitizada y puramente administrativa, lo que implicaba emanciparse de la tutela del gobernador civil, el cual deja de ser superior jerárquico de los ayuntamientos. Ahora bien, si el Estatuto nacía como un intento de estabilizar el régimen y con un cierto aire democratizador y populista (6), sus preceptos fueron inaplicables, pues al convertir las diputaciones y ayuntamientos en apéndices del gobernador civil y del aparato de la Unión Patriótica, los principios quedaban vacíos de contenido (7).

El preámbulo, de la exposición del R. D. Ley, proclamaba que, hasta entonces, las diputaciones no habían tenido ni sombra de autonomía, ya que sus acuerdos podían ser, y de hecho lo eran con frecuencia, revocados por la autoridad gubernativa, mediatización que se restringe con la nueva normativa, pretendiendo que las dipu-

4 «Apenas comencé a laborar en la dirección hube de ponerme en contacto no premeditado con realidades políticas de todas partes. Sugerí como primera providencia la disolución de las diputaciones provinciales, que se tenían en pie después de la renovación de los ayuntamientos por una inexplicable inercia del directorio. Su presidente aceptó sin vacilar mi propuesta, y, con efecto del día 12 de enero de 1924 firmó S.M. el oportuno Decreto-Ley». CALVO SOTELO, J.: *Mis servicios al Estado. Cincuentenario del Estatuto Municipal. 6 años de gestión. Apuntes para la historia*. Prólogo de Juan Díaz Ambrona Bardají. Madrid, 1974, p. 22.

5 MALERBE, P.: «La Dictadura», en *Historia de España...*, p. 58.

6 PALACIO BAÑUELOS, L.: *Historia de Córdoba*. 4.ª p. 472. MARTÍN RETORTILLO, S. y ARGULLOL, E.: *Descentralización administrativa y organización política. T. I. Aproximación histórica (1812-1931)*. Madrid, 1973, pp. 321-322.

7 GONZÁLEZ CALBERT, M^a. T.: *La Dictadura de Primo de Rivera. El Directorio Militar*. Madrid, 1987, p. 238.

taciones fueran «órganos pleróticos de vida, capacitados para la realización de todos los fines humanos en el orden local». El Estatuto provincial configuraba el marco jurídico en el cual se constituían las diputaciones con las personas que los gobernadores designasen, de este modo ellos quedaban liberados de las deliberaciones, pero seguían controlando todas las relaciones entre Diputación y Gobierno Central, al tener que hacerlo necesariamente por el conducto del Gobierno Civil.

El Estatuto de 1925 incorporó a las provincias la obra legal de Calvo Sotelo, marcando un hito fundamental en la administración de las mismas al romper, al menos sobre el papel, la dependencia gubernamental de la legislación decimonónica. La provincia había sido un organismo de la administración periférica del Estado a las órdenes del gobernador civil, fiel correa transmisora del caciquismo. Con el Estatuto de 1925 se invierte la situación. Los ayuntamientos agrupados constituyen provincia. Pero en la práctica, los medios eran insuficientes para renovar la vida local española, además de la ausencia de una clara voluntad política de transformación. Sin embargo, fue avanzadilla de otras reformas iniciadas posteriormente, como la cooperación de las diputaciones con los ayuntamientos, eje básico de la posterior reforma local española en la transición (8).

Los actos del Gobierno central, disolviendo las diputaciones, fueron justificados, en el foro provincial, por el gobernador civil de Córdoba, Rafael Pérez Herrera, el cual hizo una exposición de los principios de justicia que inspiraban el Real Decreto de 12 de enero de 1924 (9). Según él, la nefasta gestión de las anteriores diputaciones se debió a la influencia de las normas del antiguo régimen, a la de los partidos políticos, y por lo tanto era necesaria una depuración alejando las antiguas prácticas. Y en abril de 1925, el siguiente gobernador civil, Luis María Cabello Piedra, exponía las razones del Estatuto provincial: éste venía a garantizar la prosperidad de la vida del Estado al completar la de los municipios, los cuales eran los fundamentos de aquél, y su creación respondía a la necesidad de establecer un nexo de unión y salvar las contradicciones entre la máxima autonomía de los municipios, -concedida en el Estatuto Municipal de 1924- y un organismo que, como la Diputación, estaba sujeto a la tutela del poder central. De este modo se otorgaba, también, un carácter autonomista y descen-

8 ORDUÑA REBOLLO, E.: *Evolución histórica de la Diputación provincial de Segovia...* p. 2-18.

9 Palabras del Gobernador Luis María Cabello

tralizador a estas instituciones (10). Así pues, el Estatuto provincial suponía la culminación de un largo proceso de afirmación de la personalidad de la Provincia, a la vez que un giro absoluto respecto a su posición intermedia entre el Estado y los municipios (11).

Pese a las razones expuestas por los gobernadores a los diputados provinciales, la gestión se presentaba compleja para el presidente entrante Francisco Santolalla, quien además veía el peligro de desaparición de las diputaciones en la Carta Intermunicipal. Esta era una institución de nuevo cuño, según la cual los ayuntamientos de una provincia podían modificar la estructura orgánica, administrativa y económica de las diputaciones e incluso suprimirlas (12).

En la exposición del R.D. de 20 de marzo de 1925, parecía denotarse que el fin prioritario de las diputaciones era el de la gestión financiera, los ayuntamientos tenían que seguir siendo el primordial pilar económico de la provincia, para cuyo sostenimiento aportarían crecido contingente. En consecuencia, era obvia la necesidad de dar a sus mandatarios funciones tasadas y específicas, de fiscalización ante todo y de gestión financiera después. De este modo, el Pleno de la Diputación se reuniría para acuerdos y objetivos muy determinados y, fundamentalmente, para la censura de cuentas y aprobación de los presupuestos (13). Los éxitos del Estatuto provincial parecieron presentarse pronto en Córdoba, en la que es necesario recordar la endémica situación crítica de la hacienda provincial, durante las dos décadas iniciales del novecientos. Sin embargo, en julio de 1926, se informa del resultado de un presupuesto con superávit, ante lo cual el presidente manifestaba su satisfacción "porque se liquidaba el presupuesto con un sobrante de más de doscientas mil pesetas, debía

10 Palabras del Gobernador Luis María Cabello

11 GONZÁLEZ CASANOVA, J. A.: *Las diputaciones provinciales en España. Historia política de las diputaciones desde 1812 hasta 1985*. Madrid, 1986, pp 122-123.

12 La Carta Intermunicipal, regulada en el artículo 6º del Estatuto provincial, dejaba a la provincia un poco en entredicho al hacerla depender de la voluntad municipal, convirtiéndose en una especie de gran mancomunidad de municipios. El temor del presidente cordobés no parecían compartirlo los gobernadores, al menos el gobernador de La Rioja, fervoroso del Estatuto provincial, quien aseguró que la provincia de Logroño podría, gracias a la reciente disposición, resurgir a una vida nueva, alabando a su vez, el régimen de carta intermunicipal, basado en los principios de "libertad" y "autonomía". NAVAJAS ZUBELDÍA, C.: «Los cados y las comadreja» *La dictadura de Primo de Rivera en La Rioja*. Logroño, 1994, pp. 212-213.

13 ESTATUTO PROVINCIAL. *Boletín jurídico-administrativo... Martínez Alcubilla*. Madrid, 1925, p. 571.

ser orgullo de todos, haciendo presente que la base de este feliz desarrollo y desenvolvimiento de la vida provincial era la amplitud de facultades concedida por el vigente Estatuto».

La legislación provincial emanada de la Dictadura de Primo de Rivera, no fue resultado de acuerdos parlamentarios, y en teoría era de una racionalidad práctica y desapasionamiento doctrinario. Pero los esfuerzos de limpiar a los ayuntamientos de la corrupción caciquil, fracasaron (14). En el preámbulo del Estatuto provincial se decía que el caciquismo dependía de una legislación centralista. Ahora bien, como durante la dictadura no se pudo poner en práctica la legislación autonómica, la cuestión quedó pendiente, y el caciquismo no sólo no se eliminó sino que pareció consolidarse. Se pretendía liberar a la vida municipal de la pesada estructura del caciquismo dominante y del centralismo avasallador, simplemente reformando las estructuras de la vida local (15). Sin embargo el caciquismo no se podía hacer desaparecer, en un abrir y cierra de ojos, con medidas legislativas sobre la vida local. La solución pasaba por reformas parciales, y no limitadas únicamente a la administración local, cuya reforma no se concretó en nada verdaderamente trascendental, en la práctica política durante el reinado de Alfonso XIII (16).

2. AMBIGÜEDAD LEGISLATIVA EN EL RÉGIMEN LOCAL Y REFORZAMIENTO DEL GOBERNADOR CIVIL EN LA REPÚBLICA

En las fechas de proclamación de la República, las diputaciones no eran consideradas centros de interés político (17), y su continuidad va a ser cuestionada durante la República, surgiendo las dificultades al debatirse el texto constitucional. En el

14 GONZÁLEZ CASANOVA, J.A.: *Las diputaciones...* p.127.

15 MARTÍN RETORTILLO, S. y ARGULLOL, E.: «La descentralización de 1812 a 1931», en *Descentralización administrativa y organización política. T. 1. Aproximación histórica (1812-1931)*. Madrid, 1973, pp. 321-322.

16 TUSELL GÓMEZ, J. con la colaboración de CHACÓN ORTÍZ, D.. *La reforma de la Administración Local en España (1900-1936)*. Madrid, 1973, p. 179.

17 Que las diputaciones no eran consideradas centro de interés político queda de manifiesto en el hecho de que las movilizaciones populares del 14 de abril no se dirigieron a controlar las diputaciones. REQUEMA, M.: «La Dictadura (1923-1930)», en *Historia de la Diputación de Albacete*, Albacete, 1993, II, p. 39. Excepto en Barcelona. UCÉLAY DA CAL, E.: «De la Dictadura a la Generalitat: 1930-1931», en *Història de la Diputació de Barcelona*, Barcelona 1987, II, 284

Anteproyecto de Constitución, señala L. Cosculluela, las corporaciones locales y la organización provincial, aparecían en términos ambiguos, dejando abierta la posibilidad de que desapareciese la provincia en cuanto entidad local y, por consiguiente, las diputaciones (18). La supresión de las provincias fue bandera levantada básicamente por radicales, radical-socialistas, tradicionalistas, sectores regionalistas y distintos grupos de derechas, frente a esta postura la Provincia fue defendida por el PSOE y por algunos juristas (19). Finalmente, la provincia quedó sancionada en la Constitución de 1931, como poder intermedio ente el municipio y la región. Para Tomás y Valiente, el legislador constituyente de 1931 no supo muy bien qué hacer con la "organización nacional", ni que decidir sobre las provincias, "entre la autonomía política o la centralización administrativa con delegación provincial, dejó escoger y permitió el billete de ida y vuelta" (20).

La reforma administrativa, que había quedado sin resolver en la dictadura primorriverista con otros planteamientos, tampoco se resolvió en la República. La Constitución potenciaba el protagonismo provincial, pero la democracia instaurada no se aplicó en la designación de las diputaciones ante el temor del poderío caciquil. La Ley de bases republicana se publicó el 10 de julio de 1935, a pesar de la aprobación

18 Muy interesante es la estimación que tal problema le mereció a don Nicolás Pérez Serrano, quien atribuyo al citado artículo 120 "la venganza de la provincia". COSCULLUELA MONTANER, L.: «Autonomías y diputaciones provinciales en la Constitución...» p.107.

19 En opinión de Martín Retortillo por «las mentes lúcidas del pensamiento doctrinal». Hubo diputados que propusieron una organización territorial basada en los Municipios y las regiones, y también hubo una enmienda que propugnó la supresión de las Provincias, texto conocido como «la enmienda Orozco», y por tanto de las Diputaciones, en el cual sólo figuraban los Municipios y las Regiones como entes de la organización territorial del Estado, no obstante la moción fue rechazada por 153 votos contra 111. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S.: «El tema de la autonomía provincial. Las diputaciones y el proceso autonómico», en *La provincia en el sistema constitucional*, p. 24.

20 La Constitución de 1931, en su artículo 22 disponía que *Cualquiera de las provincias que forme una región autónoma o parte de ella podrá renunciar a su régimen y volver al de provincia directamente vinculada al poder central*. TOMÁS Y VALIENTE, F.: «Prólogo» a *Historia de la Diputación de Valencia*, Valencia, 1995, p 21.

de esta Ley, existen los suficientes indicios para suponer que sus preceptos no fueron cumplidos con normalidad (21).

El hecho de que las diputaciones no gozasen de la consideración de centros políticos, no impidió el enfrentamiento entre las diversas fuerzas políticas que representaban los diputados. En los debates, de las comisiones cordobesas, durante la República, aparece una cuestión con bastante frecuencia: la exposición de que a la Diputación no se va hacer política, sino administración, que los intereses de partido y la política debían dejarse en la puerta. Declaraciones de intenciones que nunca parece que se llevaron a cabo, puesto que, cuando surgieron conflictos, fue la primera acusación que se lanzaron a la cara los diputados de partidos distintos (22).

La República no llegó a elaborar una ley provincial, la ley electoral vigente seguía siendo la de 1907, pero por los decretos de 21 de abril y 2 de mayo de 1931, el gobernador tiene la facultad de nombrar a los diputados que debían de integrar comisiones gestoras, eligiéndolos de entre los concejales municipales de cada distrito. Con ello se reforzó la figura política del gobernador y, por consiguiente, el papel centralizador del Gobierno, pero también repercutió en una cierta conflictividad política provincial, ante la forma de designación de los diputados. La composición de las diversas gestoras cordobesas variará al socaire de los avatares políticos. La intervención del gobernador en la designación de los diputados, al margen de la dinámica de la proporcionalidad de distrito y partido político, no dejó de generar fricciones que desembocaron en amplios conflictos que, en ocasiones, llegaron hasta el Ministerio de la Gobernación. Al menos así sucedió en la Diputación de Córdoba.

21 El texto republicano, al margen de su inoperancia en el tiempo, no aportó nada nuevo de la autonomía municipal respecto a los textos anteriores, al Estatuto Municipal y sobre todo la reforma de Maura de 1904. COSCULLUELA MONTANER, L.: y ORDUÑA REBOLLO, E.: *Legislación de Administración local (1900-1975)*. Madrid, 1981, t. II, p. XLVI. Y es que una constante histórica de la España del primer tercio del XX es la disparidad entre las leyes que se hacen en Madrid y su aplicación a escala de pequeño municipio. TUSELL GÓMEZ, J. con la colaboración de CHACÓN ORTÍZ, D.: *La reforma de la Administración Local en España (1900-1936)*. Madrid, 1973, p. 223.

22 Estas manifestaciones no eran nuevas en la institución provincial, también en la corporaciones de las décadas finales de la Restauración habían aparecido, bajo la fórmula con que lo presidentes exhortaban a sus diputados a la imparcialidad de miras en beneficio de los acogidos en lo Establecimientos benéficos.

Cuando, por las razones que fuese, un diputado provincial cesaba, debía de ser sustituido, en el escaño de su distrito, por otro del mismo partido político, pero en ocasiones el gobernador nombró a diputados de diferente filiación política. Así, por ejemplo, en 1931 el gobernador de Córdoba destituye a un diputado socialista, el concejal de Pozoblanco Miguel Rubio, y lo reemplaza por un radical, lo que generó sucesivos conflictos entre los socialistas y el gobernador civil Eduardo Valera, llegando el eco hasta el Congreso, y que posiblemente motivó el cambio de gobernador (23).

3. LAS LEYES DE RÉGIMEN LOCAL DURANTE EL FRANQUISMO

El conjunto de Leyes Fundamentales, del régimen del general Franco, constituye un cuerpo legal, que no se formó siguiendo un plan de conjunto, sino por superposición de normas impuestas por criterios coyunturales (24), y que en dos ocasiones se

23 Una visita de inspección, delegada por el Gobernador civil, al Ayuntamiento de Pozoblanco generaría un expediente que finalizaría con la suspensión de los cargos de Teniente de alcalde y concejal de Miguel Rubio Sánchez, a quien también le cesaría como diputado provincial el 5 de septiembre de 1931. El expediente del diputado Miguel Rubio traería una larga sucesión de conflictos con el Gobernador Civil. Un diputado nacional, el socialista García Hidalgo reiteraría al Gobernador el nombramiento de un diputado socialista para sustituir al radical, que interinamente se nombró en Pozoblanco, al objeto de sustituir al espedientado Rubio, y las peticiones se reiterarían hasta ser consideradas presiones por el Gobernador. ya que García Hidalgo le amenazó con una aiupalía de desprestigio. La trascendencia del conflicto se refleja en la multitud de telegramas que se recibieron en el Ministerio de la Gobernación unos en defensa de la actitud de un Gobernador agraviado y otros acusando la actitud de persecución socialista que había tomado el Gobernador Eduardo Valera Valverde. El conflicto llegó hasta el Congreso. En Junio el Presidente José Guerra emitía un telegrama al Ministro de la Gobernación en el que quedaba enterado del nombramiento del Gobernador de Córdoba como Gobernador de Sevilla y siendo nombrado, en octubre, para Córdoba González López. A.H.N. Sección Gobernación. Legajo 38A-2. Telegramas del 16 de febrero de 1932 7 octubre 1932. Al año siguiente, 1932, volvió a darse otra cuestión entre los diputados provinciales socialistas y el gobernador, en esta ocasión en la ciudad de Lucena, cuestión que se opone más adelante.

24 La necesidad de una nueva normativa es pronto justificada: «La historia enseña sin contradicción. que la victoria no es sólo el sometimiento del bando enemigo al poder de las armas encedoras, sino también la declaración de un nuevo derecho que encarne los ideales defendidos a costa de vidas y haciendas por el Ejército triunfador». Para los franquistas la declaración del nuevo Derecho tuvo dos momentos, uno al inicio de la guerra, en el decreto 89 de 1 de noviembre de 1936. que declaraba la ineficacia de la legislación del Gobierno rojo con posterioridad al 18 de julio, y otra en 1939 «en el que el triunfo obliga a dar asentamiento definitivo a lo que en los comienzos de la lucha fue elemental previsión», al retrotraer la ilegitimidad del Gobierno republicano hasta el 19 de febrero de 1936. A.G.A. Serie Gobernación. Exp. : «Comisión sobre ilegitimidad de los poderes úblicos actuantes en 18 de julio de 1936».

sometieron a referéndum. En ese cuerpo legal, como señala Duverger (25), se puede distinguir una parte dogmática de fueros y Principios del Movimiento, y una sustantiva de leyes.

A este largo proceso de constitución, por la vía de las Leyes Orgánicas, desde 1938 a 1966, y del que el régimen se enorgullecía, como un lento proceso de autoperfeccionamiento, lo denomina Carr (26) el constitucionalismo cosmético. La lentitud se debió al freno impuesto por Franco, que creía que la sociedad debía de asentarse, tras la guerra civil, antes de darle una forma política. En él, los abogados, y teóricos políticos trataron de revestir con ropajes institucionales decentes el poder personal de Franco, quien nunca se recató de manifestar su apartamiento de los patrones liberales, y la rigidez del sistema constitucional (27).

25 La parte dogmática constituida por *La Ley de Principios del Movimiento Nacional*, de 17 de mayo de 1958, *el Fuero de los Españoles* de 17 de julio de 1945, y *el Fuero de Trabajo* de 9 de marzo de 1938, modificados por la Ley Orgánica de 1967, y la parte sustantiva, formada por la Ley Orgánica de 10 de enero de 1967, *Ley de Cortes*, de 17 de julio de 1942, la *Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado* de 26 de julio de 1947, también modificados por la Ley Orgánica y la *Ley de Referendum Nacional* de 22 de octubre de 1945. DUVERGER, M.: «Instituciones políticas v derecho constitucional» Barcelona, 1970. 5ª edición dirigida por J. Solé Tura, pp. 553-54

26 CARR, R.: *España 1808-1975...* p.672

27 "El que nos hayamos separado de los patrones políticos estilo liberal, tan siglo XIX, después de prolongada, costosa y catastrófica experiencia, y que hayamos vuelto por los fueros de nuestras tradiciones políticas, buscando en los órganos naturales. familia. Municipio y sindicato, las vías primarias de nuestra nueva estructura política, sin la rigidez de una Constitución, obra exclusiva de un grupo o de un momento, haciendo discurrir las energías y la capacidad política entera de la comunidad por los cauces de una Constitución abierta al perfeccionamiento, ofrece a la nación, en el área de la crisis político-social que el mundo vive, un instrumento feliz para la realización de la evolución político-social que la hora demanda». FRANCO, F.: «Mensaje de fin de año». 31.XII-1951. *En Pensamiento político de Franco. Antología*. Madrid, 1964, p.54.

Quedan fuera de ese conjunto de Leyes, aspectos importantes de la organización del Estado, como fueron la Administración Estatal y Locales (28). Hasta fechas recientes, en los manuales de historia general o de contenido jurídico e institucional, cuando se habla de la evolución del régimen franquista, rara vez se citaban las leyes que afectan a la administración periférica, y a la administración local. Hay que remitirse a manuales concretos de derechos administrativo, para poder encontrar referencias al papel de la administración, durante este largo período de tiempo. Curiosamente es en pequeños manuales de reciente edición donde sí se tiene ya en cuenta el papel jugado por las diversas administraciones, y también para la Administración en general (29).

La organización local quedaba lejos de los principios del liberalismo democrático, cuando aparece la Ley de Bases de Régimen Local de 1945 su estructura general, y muchos de sus fundamentos inspirados en el pensamiento municipalista no difieren esencialmente de los del Estatuto de 1924, sin embargo todo ha cambiado completamente, en cuanto al sentido general del entendimiento de esta institución y del alcalde. En el fondo ha habido un profundo cambio en la concepción del municipio, la articulación legal revestida de retórica, de ambiciosas declaraciones en los preceptos, queda vacía al fallarle el nervio de la regulación centrado en el Alcalde, que va a volver a un papel semejante al del corregidor decimonónico (30).

Las Cortes aprobaron la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945, sancionada por el Jefe del Estado. Inmediatamente se procedió a la designación de una Comisión Especial, por parte del Ministerio de la Gobernación, encargada de redactar el proyecto de texto articulado para que aquel ordenamiento fuese efectivo. En el preámbulo, del decreto de 16 de diciembre de 1950, por el que se aprueba aquella Ley, se expone que ante las profundas mutaciones, que suponía la nueva

28 El régimen jurídico de la Administración del Estado (Ley 26 de julio de 1957), la Administración local (Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955), la legislación electoral.

29 MOLINERO, C. E YSAS, P.: *El régimen franquista. Feixisme, modernització i consens*. Barcelona, 1992. Y el capítulo dedicado a la Administración en JOVER ZAMORA, J.M. dir.: *Época de franco (1939-1975) (La)*. Vol. 1. : Política. Ejército. Iglesia, Economía y Administración. Por R. Carr, G. Pavee, J. Tusell y otros. Coord. e introd. R. Carr. Dir. J.M. Jover Zamora. Historia de España Menéndez Pidal-Jover Zamora. Tomo XLI. Vol. 1. Madrid, 1996, 658 p

30 MORILLO-VELARDE, J.I. : *El Alcalde en la Administración...* p. 93.9-1

regulación administrativa en la vida económica de los Municipios y Provincias, el Gobierno abrió un paréntesis de provisionalidad, en el que se fueran conjugando previsiones con realidades. A lo de ese paréntesis se publicaron decretos; que serían reformados y recopilados posteriormente.

Por otro lado «la necesidad de proveer a la constitución de Corporaciones municipales y provinciales, troqueladas en los principios inspiradores del Movimiento Nacional» (31), obligó al Gobierno a desarrollar separadamente algunas de las bases de la Ley de 16 de julio de 1945, mediante Decretos en 1948 y 1949. Con la promulgación del texto definitivo, y como conjunto orgánico, en 1950 se cerraba el paréntesis de provisionalidad y vigencia fragmentaria.

La Ley de Bases de Administración Local de 1945 contemplaba la creación de la figura del presidente-gerente en la Diputación, confiriéndole la importancia necesaria para que ejerciera con eficacia su cargo, y atribuyéndole aquellas competencias que no fuesen propias de la Diputación. Sin embargo su papel queda disminuido ante el del gobernador civil, que recuperó un papel central en la administración periférica, representando al gobierno y vigilando por el cumplimiento de la política gubernamental, además de mantener el orden público. Funciones todas, que podían ser ejercidas con un margen de discrecionalidad, no exentas de arbitrariedad. El Estatuto Provincial de Calvo Sotelo había dejado al gobernador civil solamente como presidente honorario, sin embargo, con la legislación franquista vuelve a adquirir realce político, quedando como «jefe de la Administración provincial». Esta situación de preeminencia dentro de la Diputación aumentó a partir del Decreto de 10 de octubre de 1958 sobre gobernadores civiles, que lo convierten en «la primera autoridad de la Provincia» (32).

El Decreto del Ministerio de Gobernación de 22 de abril de 1949, sobre constitución y funcionamiento de las Diputaciones provinciales, estructuraba los negociados que integrarían las diferentes oficinas de la Diputación, adaptando las denominaciones y cometidos a la nueva organización de las Diputaciones. La Diputación de Cór-

31 MINISTERIO DE LA GOBERNACIÓN, Decreto de 16 de diciembre de 1950 por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945 (BOE 29 diciembre 1950)

32 GONZÁLEZ CASANOVA, J.A.: «Las Diputaciones provinciales...» p.152-154. RIQUER I PERMANYER, B. de : *Introducció a «Historia de la Diputació de Barcelona»*, Barcelona, 1987, p.12

doaba aprobó su Reglamento Orgánico del Cuerpo Administrativo y Oficinas en octubre, incorporando, posteriormente, servicios que quedaron incluidos en la reforma del reglamento propuesto por la Comisión de Gobierno el 6 de mayo (33).

La Ley de 3 de diciembre de 1953, modificaba la de bases de Régimen Local de 1945. En lo concerniente a las Diputaciones, la reforma se apoya en una extensión de sus competencias, que abarcan: sus fines específicos, las obligaciones mínimas, la cooperación para lograr la efectividad de los servicios municipales, y la nivelación presupuestaria de los pequeños municipios (34). Esta Ley introdujo reformas en el sistema económico de las corporaciones locales. Pasada su provisionalidad, se le dio carácter definitivo estableciendo el conjunto orgánico, mediante la promulgación del texto refundido de la Ley de Régimen Local en 1955 (35).

La Ley de 1955, no es muy clara en la delimitación del concepto de provincia. La Ley de Bases de 1945 definía a la Provincia como «circunscripción determinada por la agrupación de Municipios a la vez que división territorial de carácter unitario para el ejercicio de la competencia del Gobierno Nacional». Señala González Casanova, que la utilización del concepto de provincia es equívoca, al no saber a cual de las dos acepciones -la de la vida local o la de la vida estatal- es la predominante. Confusión que aumenta al declarar la Ley, como órganos de gobierno y administración de la Provincia, al Gobernador Civil, al Presidente de la Diputación y a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos.

A finales de los años cincuenta, hay una triple coincidencia de tres fenómenos técnico-políticos, que implican una crisis fundamental en la configuración y posibilidades de actuación de las Diputaciones. Señala González Casanova, en primer lugar la Ley de Régimen local de 1955 que marca un hito esperanzador respecto al porvenir de la Provincia. Pero un segundo elemento, el fortalecimiento de la figura del Gober-

33 Libro de Actas del Pleno, sesión del 10 de junio de 1949

34 JEFATURA DEL ESTADO. Ley de 3 de diciembre de 1953 sobre modificaciones de la de bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945. (BOE 4 diciembre 1953)

35 MINISTERIO DE LA GOBERNACIÓN, Decreto de 24 de junio de 1955 por el que se aprueba el texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953 (BOE 10 julio 1955). Las modificaciones de 1953 y 1955 de la citada Ley proporcionaron a la Diputación de Barcelona más ingresos procedentes del nuevo arbitrio de la riqueza provincial y del fútbol, lo que le permitió superar la penuria económica de años anteriores y realizar algunas obras de importancia.

nador civil, limita estas potencialidades. A esto se suma la creación de una institución con fines autónomos de las Diputaciones, la Comisión de Servicios Técnicos, pero cuya finalidad va a ser distorsionada, al ser transformada y confundida con la Administración periférica del Estado y que, en definitiva será causa de la ineficacia de las Diputaciones y de la consiguiente pérdida de imagen de la institución y de la misma Provincia como ente motor de la vida local (36).

Para L. Jordana de Pozas, en 1964, la fecha conmemorativa de "los 25 años de paz", el Movimiento Nacional abordó la reforma de la administración local, proveyendo a las necesidades más inmediatas, y continuando con el iniciado en 1924-1929, aunque con importantes modificaciones El régimen local del franquismo «mantiene la exclusividad de las dos esferas de la Administración local (provincial y municipal), templada por las entidades supra e inframunicipales, introducidas en nuestro derecho por Calvo Sotelo; El sistema de organización de las corporaciones centrado en la combinación de un órgano colegiado (Ayuntamiento o Diputación) y el otro individual (Alcalde o Presidente); la competencia propia y regulada mediante conceptos generales y no mediante enumeraciones exhaustivas; la autonomía local y la inspección o control gubernativo; la regulación mínima general de las normas sobre funcionarios locales, distinguiéndolos en un sector de organización profesional nacional y otro que regula cada Corporación; la tendencia a configurar las Haciendas provincial y municipal sobre bases propias y, finalmente el establecimiento de un régimen de protección jurídica eficaz (37)".

Durante el régimen franquista, los administrativistas opinaron respecto a la "fórmula orgánica". Para Fernando Albi las reformas de los años 45 y 50 articulaban una coordinación, entre los organismos provinciales y municipales, encaminada a constituir una estructura supramunicipal, que colaborase con las entidades concejiles, para suplir y rectificar las deficiencias de su gestión, sobre todo a través del elemento básico que suponía la Diputación, como emanación de los Municipios de la Provincia, al estar compuestas en dos tercios por compromisarios de los Ayuntamientos. A la

36 GONZÁLEZ CASANOVA, J.A.: «Las Diputaciones provinciales...» p.154-155

37 JORDANA DE POZAS, L.: «La Administración Pública», en *El nuevo Estado Español. Veinticinco años de Movimiento Nacional, 1936-1961*, Madrid, 1961, pp. 252-289

vez se le confiaba a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, una función supletoria y tutelar de entidades municipales menores

Para García de Enterría, las reformas de la Ley de Bases de 1945, y las disposiciones posteriores hasta 1957, generan un régimen local provincializado, ve que la Provincia es la pieza clave del sistema, a la vez que « la creación más original de nuestro Derecho administrativo y la pieza clave del régimen local» (38) Todo ello, perfilaba un peculiar sistema, que quizá se hubiera podido calificar de régimen municipal "provincializado". Pero esta situación inicial, se vio pronto desfigurada por diversas disposiciones posteriores, que alteraron la normativa inicial, y que corroboraban «el fenómeno corrosivo de la implacable estatización que viene experimentando el régimen local» (39).

4. EL INTENTO DE REFORMA DEL RÉGIMEN LOCAL: LA LEY DE BASES DE 1985.

A las diputaciones se les otorgaron siempre más competencias que recursos, y aunque durante el régimen de Franco, la voraz administración periférica del Estado las fue despojando de competencias, también es cierto que, en paralelo, hubo un fuerte movimiento doctrinal que demandó el fortalecimiento de las diputaciones, lo que en opinión de López Menudo resultaba lógico, puesto que en una época de proscripción del regionalismo, se vio a la Provincia como aglutinadora de los ideales descentralizadores (40).

A partir de la constitución de 1978, España experimentó un profundo cambio en la organización política del Estado, teniendo sus principales protagonistas en las Comunidades Autónomas y en las Administraciones Locales (41). Sin embargo, los pre-

38 Citado por Albi, p.488

39 ALBI, F.: *La crisis del municipalismo*, Madrid, 1966, p. 405- 406 y 488-89

40 LÓPEZ MENUDO, F.: *Descentralización y diputaciones provinciales, algunas reflexiones*, en *La provincia...* p.383

41 La Administración local, desde sus primeras elecciones democráticas se constituyó en el más extendido y efectivo mecanismo de difusión capilar sobre el cuerpo social de la cultura democrática y de las transformaciones sociales y políticas desarrolladas. FONT I LLOVET, T.: *Informe sobre el Gobierno Local*, Madrid, MAP, 1992, p. 15.

ceptos constitucionales relativos a la vida local tardaron algunos años en ser adaptados, culminando en la Ley de 1985. En el ínterin, la vida municipal estuvo regida por la Ley 41/1975, y decretos parciales sucesivos (42).

En los Entes preautonómicos, se reconocía constitucionalmente a la Provincia como división territorial, con personalidad jurídica y con autonomía en la gestión de sus intereses (43), pero el escalón provincial fue rechazado, por una parte de la doctrina política, al considerar como innecesario ese nivel de actuación pública-administrativa. El debate respondía a opciones de reparto de poder entre los gobiernos surgidos de las elecciones municipales y los autonómicos; se imponía precisar y delimitar las esferas de actuación y, en consecuencia, de poder político (44). No obstante la provincia fue refrendada por el Tribunal Constitucional, y continuó siendo más una unidad administrativa y circunscripción electoral que una entidad política (45).

La Ley Reguladora de las Bases de Régimen local de 1985 suponía la reforma en profundidad de la vida local. Concedió autonomía a los municipios liberándolos de la tutela del Estado central (46). Esto suponía que a partir de entonces, las relaciones entre las Administraciones públicas, no serían de una jerarquía vertical sino de carác-

42 El de 6 de octubre de 1977, el Real Decreto-Ley de 20 de junio de 1979 sobre financiación de las Corporaciones Locales y la Ley de 28 de octubre de 1981 de Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales. Tras la Ley de 1985, la normativa local quedó completada con el Real Decreto Legislativo de 18 de abril de 1986, El Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 18 de abril de 1986, la Ley de las Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988 y el Real Decreto de 25 de mayo de 1990 sobre Cooperación Económica del Estado a las inversiones locales.

43 GONZÁLEZ CASANOVA, J.A.: «Las diputaciones provinciales...» p. 164

44 Lo esencial de la Provincia, hoy día, es que extiende el poder local a los asuntos que requieran una gestión supramunicipal. Por contra, la tendencia de las Comunidades Autónomas es la de apropiarse de parte de este poder local, asumiendo gran parte de las competencias provinciales. ORTEGA, L.: «El Estado y la reforma...» p. 698

45 La provincia puede responder a territorios históricos como en el País Vasco, puede ser ella misma una Comunidad, o puede estar integrada, pero siempre como sujeto autónomo, en una Comunidad. Continúa siendo más unidad administrativa y circunscripción electoral, que entidad política, siempre «entre ella y los órganos generales del Estado, está la Comunidad Autónoma». «La España actual enlaza más con la Monarquía de los Austrias, en cuanto a su estructura territorial, que con la nación como reunión de individuos definida en Cádiz. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Prólogo* a «Historia de la Diputación de Valencia», Valencia, 1995, p. 22.

46 CABALLERO, A.: «La política municipal y el...» p.302.

ter horizontal, respetando la autonomía de cada esfera dentro de una interdependencia. Pero su interpretación y aplicación no dejó de generar algún conflicto en la Corporación provincial de Córdoba. La entrada en vigor de la Ley de Bases motivó la protesta de la oposición. El grupo de diputados del PCE-PCA presentó una moción, de cara a fortalecer el papel institucional de la Diputación, ante el abusivo poder que la Ley confiere al presidente de la institución. Los aliancistas manifestaron, que la Ley de Régimen Local merecía una derogación inmediata mientras que la defensa socialista señaló la bondad de la ley, y que respondía fielmente a la necesidad apremiante que de ella tenían los ayuntamientos (47).

Ahora bien, ciertamente que la Ley contribuiría a la clarificación del marco jurídico de la vida local, a la consolidación del nuevo concepto de régimen local, y al fortalecimiento de la posición político-institucional de la Administración local, en la estructura de los poderes públicos territoriales, pero también es cierto que, inicialmente, su aplicación fue un fracaso al no conseguir la plena instalación del modelo de Administración local dibujado por la Ley. A los diez años de su promulgación la articulación de la Administración local, como un sistema integrado por dos escalones - municipal y provincial, era casi nula. Las diputaciones demostraron escaso interés por desempeñar el papel que les atribuía la Ley, y a su vez, las Comunidades Autónomas mantuvieron serias reticencias frente al escalón provincial. En definitiva, según señala Parejo Alfonso, la filosofía de la autonomía local de la Ley, es decir la "propiedad" del ordenamiento local, con una lógica y economías propias que postulan el respeto a las otras instancias territoriales superiores, no ha logrado introducirse en la dinámica del Estado. El resultado de todo ello es la continuidad en lo sustancial, tras la Ley de 1985, del modelo anterior de Administración local, solo que bajo nueva apariencia (48), en el que la Diputación, al pretender ser representativa desde abajo, quedaba algo vacía de competencias, sin presupuestos, sin efectividad real (49).

47 La moción proponía que las competencias no delegables por la Presidencia figurasen en el orden del día de la Comisión de gobierno, siendo analizadas en el colectivo y que como tal asuma las competencias delegables por el presidente, que se mantuviesen las comisiones informativas previas a la de Gobierno y Pleno y se nombrase una comisión compuesta por las fuerzas políticas presentes en la Corporación para la elaboración de un Reglamento de Régimen Interno y de funcionamiento. Libro de Actas del Pleno, sesión del 1 de junio de 1985.

48 PAREJO ALFONSO, L.: «La Ley Básica de Régimen Local a los diez años de su vigencia». En *Sistema*, 126 (1995), pp. 9-10.

49 Las diputaciones, parecían quedar, solamente, como un mecanismo de incorporar nuevos miembros en los organismos autonómicos VILLASANTE. T. R.: "Comunidades locales...". p. 211.

5. MANTENIMIENTO DE LAS PRINCIPALES FUNCIONES DESDE EL ESTATUTO DE 1925 HASTA LA LEY DE BASES DE 1985.

El Estatuto de 1925 posibilitaba un cambio radical en la administración local, pero no se dió ni de forma inmediata, ni en la profundidad deseada; sin embargo sentó las bases de lo que va a ser la actuación de las diputaciones, prácticamente, para todo el resto del siglo. La corporación provincial cordobesa mantuvo las competencias asignadas en la normativa casi invariables, no obstante en la práctica puede decirse que cada función asignada ha ido aumentando en cuanto a las actividades y los servicios prestados. Y uno de los aspectos en los que se refleja en todas las corporaciones, es en el aumento del personal necesario para la prestación de tales servicios.

Muchas de las funciones y competencias inicialmente asignadas en las disposiciones normativas, fueron absorbidas, paulatinamente, por la administración periférica del Estado primero y por la autonómica después, sin que eso conllevase una mayor eficacia en la vida local. En las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, en una región tan extensa como Andalucía, se repiten ciertos mecanismos de abandono en los niveles provinciales, semejantes a los de los regímenes precedentes. Actividades que debían de desarrollarse en el ejercicio de las amplias atribuciones asumidas respecto a la vida local, quedan tan olvidadas de las Consejerías como en su día de los Ministerios centrales. En esta situación, la Diputación de Córdoba siguió asumiendo el papel de incidir en aquellos estrechos márgenes que le quedan dentro de la legislación, pero que tan necesarios le resultan a los municipios, y en aquellas otras áreas, tradicionalmente relegadas por la Administración, como es la cultura, en el más amplio sentido de la misma.

Dentro del marco global de la defensa de los intereses provinciales, los diputados mantuvieron como principio, por lo menos en el "deber ser", esa atención a los intereses locales, y en sus intervenciones se constata que los problemas provinciales, los que afectan al conjunto de la provincia y de la población, fueron percibidos o detectados por los diputados en cualquier época; pero, en última instancia, la Diputación, en general, no puede, no sabe o no quiere resolverlos. A pesar de ello, la Diputación de Córdoba aportó, en determinados momentos, grandes realizaciones que afectaron tanto a la provincia como a la capital

En función de las competencias asignadas desde el Estatuto de 1925 hasta la última de las leyes de Bases del Régimen Local, la tarea de la Diputación de Córdoba puede resumirse en:

a) Incidencia, mediante la creación de infraestructura, en el fomento indirecto del desarrollo de las fuerzas productivas.

La diputación primorrriverista, diseñó el plan provincial de vías provinciales, sin embargo tardará varias décadas en ser puesto en práctica. La importancia de las Vías y Obras provinciales se perfila desde finales de los cuarenta, experimentando un fuerte ascenso entre 1952 y 1956, y 1958, años en los que se tratan tanto los caminos provinciales, como los inicios de la cooperación municipal. A finales de los cincuenta se detecta un cierto receso en los temas de infraestructura viaria que se remonta en 1960 hasta 1964, con oscilaciones sucesivas. Los temas fundamentales fueron además de los caminos, los edificios provinciales y el abastecimiento de agua. Dentro de este apartado, veremos como se pasa de la reconstrucción de los pueblos de zonas desbastadas, de los cuarenta e inicios de los cincuenta, a la cooperación municipal que se estrena a mediados los sesenta, y una vez situada en vías de solución las necesidades fundamentales de agua, luz, y abastos, se dará comienzo al tema urbanístico, y el paso a la consideración de equipamientos para el ocio, comenzando por las instalaciones deportivas.

La Diputación, en una provincia eminentemente agraria, no tuvo una incidencia directa en el desarrollo de la agricultura, pero si tuvo una intervención decisiva al desarrollar la red de caminos provinciales que facilitaban el acceso a las fincas y la salida de los productos agrarios. Su intervención en el fomento de la agricultura se realizó a través de los caminos que dieron salida a los productos, del desarrollo del regadío y de la electrificación del campo. También se creó un centro de fomento pecuario, como un intento de fomento a la ganadería, y contribuyó a la elaboración de un mapa edafológico de la provincia que sirviera de base para todos los estudios que se realizasen en este aspecto.

La incidencia de la Diputación en el fomento indirecto del desarrollo de las fuerzas productivas, mediante la creación de infraestructura - caminos, polígonos industriales, equipamientos -, no tuvo su correlato ni en la respuesta por parte de las fuerzas productivas, ni en el modelo de la política intervencionista estatal, que no fue el adecuado en una provincia que, como Córdoba y la mayor parte del resto de Andalucía, permanecían en unos niveles de subdesarrollo económico

El desarrollo normativo de las Leyes de Bases de la vida Local, junto a las reformas hacendísticas de los cincuenta y, sobre todo, el desarrollo general del país de los sesenta, posibilitaron que la Diputación iniciase la resolución de muchos de los problemas provinciales pendientes: infraestructura y equipamiento, carreteras, hospitales, embalses, etc. sin embargo, no pudo ir más allá, no pudo implantar el "desarrollo" en la provincia de Córdoba. Fue como si la Corporación provincial hubiese puesto las piedras en las cuales se apoyase la palanca que generase el desarrollo de los pueblos, pero ni fue la palanca ni la instancia adecuada para moverla. Las grandes obras de los sesenta y setenta fueron paralelas al sueño del desarrollo, sin embargo, la provincia de Córdoba, como en un triste fatum de Toymbee, queda al margen de la historia. Evoluciona, dentro del desarrollo general del país, pero hay algo que la inmoviliza, que la retiene. Desde las palabras del presidente Antonio Cruz Conde, que admitía que sin el impulso de los hombres, de las fuerzas que hay detrás la Diputación no puede hacer más, hasta las tímidas pero profundas quejas de los hombres de la sierra, que ven que el soñado tren del desarrollo, no solo pasa de largo por su provincia, sino que hasta las vías del tren -todavía identificando ferrocarril con progreso- son arrancadas de cuajo.

No cesó el intento de la Diputación de contribuir al desarrollo, incluso iniciada ya la transición en la segunda mitad de la década de los setenta, puesto que no dejarán de llevarse al Pleno algunos temas relacionados con los polos desarrollo, y la adquisición de terrenos industriales en los municipios, que facilitasen la ubicación de industrias en los mismos. Se inició a finales de esa década la colaboración con empresas públicas para el desarrollo, en concreto con SODIAN Sociedad de Desarrollo Industrial de Andalucía. Pero los planes de desarrollo nunca tocaron el problema estructural de la propiedad agraria. La sustitución de la centralización estatal por la autonómica, tampoco solucionó el problema del desarrollo cordobés. Así pues, pese a su contribución a la creación de infraestructura viaria, a la dotación de equipamiento municipal y al desarrollo material de los municipios, no logró el fomento de la economía provincial de Córdoba, al nivel del soñado "desarrollo".

No deja de llamar la atención, en una provincia de acusado desequilibrio estructural, el hecho de que durante las épocas primorrriverista y republicana, apenas hubiese alguna referencia a las cuestiones agrarias en las actas plenarias. Tampoco durante el franquismo los temas agrarios son frecuentes en los plenos, pese a que la estructura de la propiedad se mantenía casi idéntica al final del franquismo, como se

revelaba en la extensión del latifundismo, la inexistencia de la propiedad agrícola del Estado y de pequeños propietarios, los salarios insuficientes de los campesinos. Junto a esto hay que señalar el endémico paro estacional, la insuficiencia de los medios establecidos para la racionalización de la agricultura y la ausencia de una fiscalidad adecuada. En 1979 la persistencia de las desigualdades estructurales hacía imposible, hasta el presente, la realización de una verdadera reforma agraria. Tampoco la Administración del PSOE en la democracia fue capaz de llevarla a cabo.

En los comienzos de la transición, se mantenía la idea de que la intervención de las instituciones públicas era fundamental para el desarrollo socioeconómico de la provincia. Pervive, también, el ya tradicional pensamiento de que la puesta en riego generaría más riqueza. De ahí se pasó, en los ochenta, a considerar la importancia de la creación de industrias transformadoras para la economía provincial. Ucedistas y socialistas confiaban en el papel dinamizador de la Diputación en la transformación de la vida económica de la provincia, y se consideró que el desarrollo era un objetivo y la coordinación un medio. Había una manifiesta voluntad política de que la Diputación incidiese notablemente en la vida económica de la provincia. Sin embargo, pese a tan significativos principios, poco a poco fue cambiando el discurso de los políticos respecto a la intervención de la Corporación provincial en el desarrollo conjunto de la provincia.

A comienzos de la década de los ochenta, concretamente en 1981, la polémica entre un artículo u otro, como vía de acceso a la autonomía, fue considerada vital para sacar a Andalucía del paro y la marginación. El devenir histórico situó a los socialistas al frente del gobierno andaluz, y de la Diputación provincial, y a los comunistas en el Ayuntamiento cordobés, pero ni Andalucía, ni Córdoba capital y provincia solucionaron su secular problema del paro y la marginación en tantos aspectos. Haría falta algo más que declaraciones de intenciones para sacar a Andalucía de un atraso secular, las hermosas frases con que terminaban la moción regionalista, una *Andalucía autónoma en el marco de una España libre y solidaria*, eran el sueño de un futuro que, quince años después, mediada la década de los noventa no había llegado todavía. La consolidación del sistema autonómico no conllevó la solidaridad interregional entre las diferentes autonomías, y pese a las notables inversiones en infraestructura viaria y urbanística, la propia Andalucía parecía disgregarse en una Comunidad a dos velocidades, en la que coexistían sectores punteros y zonas en las que se mantenía un notable atraso.

Desde las competencias de dotación de obras e infraestructura viaria, la Diputación abordó, en la medida que le fue posible, el problema del paro con la construcción de caminos. Pero al finalizar el franquismo el paro ya no era sólo un problema estacional, sino que se estaba desbordando y afectando a los trabajadores de las empresas de la capital. Al igual que con el desarrollo, los diputados provinciales de comienzo de la transición, abordaron el problema de paro con el ímpetu de toda la democracia restaurada, sin embargo pese al desarrollo de las condiciones materiales de los pueblos cordobeses, el paro no había desaparecido de ellos, es más, avanzaba. La crisis económica, la incorporación de la mujer al trabajo y el retorno de emigrantes, agudizaron una situación ya de por sí conflictiva. La más inmediata solución, fue la misma que durante décadas anteriores, la puesta en marcha de obras públicas. Después se pondrían programas de fomento de empleo, sin embargo, el desempleo se encauzó definitivamente mediante el llamado Plan de Empleo Rural -PER-, que fue cuestionado desde su comienzo.

b) Mantenimiento de la asistencia benéfica y social a una población marginal.

Si con la creación de infraestructura, sobre todo viaria, se favorecieron los intereses económicos de la clase propietaria, con la creación de edificios de nueva planta, para centros benéficos y hospitales, la Diputación mantuvo la asistencia benéfica y social a una población residual o marginal, cambiante de acuerdo con la demanda social de la época.

Las competencias de las Diputaciones, reguladas por las sucesivas leyes de Administración Local, inciden en algunos puntos muy detalladamente, pero otros quedan en una amplia ambigüedad. Esto condujo a que, en realidad, la Diputación haya realizado actividades concretas, dentro de sus funciones generales, que han ido cambiando como consecuencia de la transformación social, antes de que la propia ley las regulase. Tanto en los sectores tradicionales de la beneficencia y sanidad, en las décadas de los treinta a los cincuenta, acogiendo a expósitos, huérfanos, indigentes, ancianos y enfermos, en sus viejos edificios, como en la de los sesenta, en la que se erigieron modernos hospitales y centros de acogida para una población todavía sin cobertura social generalizada, hasta las de los ochenta y noventa, en las que ya se habla de asistencia social - drogodependientes, mujeres maltratadas- la intervención de la administración provincial, se dirigió a atender necesidades que no podían ser cubiertas en el mercado libre, especialmente por ciertos sectores sociales en el límite de lo marginal.

El desarrollo urbano había implicado la aparición de sectores marginales de la población cuya asistencia fue encomendada a la Beneficencia pública. De este modo, mediante la beneficencia, las diputaciones acogieron y educaron a sectores sociales marginales hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX. En las décadas finales del Novecientos, lejos ya la vilipendiada beneficencia, en una sociedad en la que se supone que ya no hay ni expósitos, ni dementes, ni maternidad al margen de lo social, ni hambre, la Diputación siguió creando instituciones, con otros nombres que, de un modo u otro, están pendientes de sectores marginales, que no acaba de integrarse en los mecanismos controlados de la clase media. Los servicios sociales atienden las cuestiones relativas a la drogodependencia, a la mujer, juventud y deporte y sigue, además, toda una política de subvenciones, desde el paro a aquellas otras, que a través de asociaciones, permiten contentar a unos sectores sociales - jóvenes, mujeres, parados- que no han logrado insertarse en los mecanismos normales, sociales, laborales, culturales, etc.

c) Sustentamiento del mecenazgo educativo y cultural.

La Diputación desempeñó una importante labor de mecenazgo educativo y cultural en áreas de competencia, que habían sido asumidas por la administración estatal, como la educación, pero que seguían siendo inaccesibles para ciertos sectores sociales de clase media.

Mediante la concesión de becas para cursar estudios medios y superiores, la Diputación contribuyó a facilitar el acceso a la educación y la cultura a una clase media, en una provincia escasa de Institutos de Enseñanza Secundaria, carente de Universidad y de centros superiores de Bellas Artes. En la misma línea, se inscribe la creación de premios de pintura y escultura y la dotación de una sala de exposiciones. Cuando el desarrollo socioeconómico implicó la ausencia de demanda de ayudas para estudios secundarios, la Diputación puso su empeño en la creación de la Universidad en Córdoba. Con ello, la clase media cordobesa tuvo la posibilidad de acceder a los estudios superiores.

d) Cooperación a la dotación de agua a los municipios y de equipamiento municipal.

Las siempre imperiosas necesidades de los pueblos aparecen claramente manifiestas a lo largo de los discursos presidenciales. Hay algo que no se les puede negar a los presidentes de la Diputación del régimen de Franco, y es que nunca aparecieron

como triunfalistas, respecto a la actuación de la Corporación provincial en los pueblos. Su lenguaje nunca dejó de ofrecer una visión realista de la Córdoba no urbana, de la Córdoba que no es la capital. Ciertamente favorecieron la salida de la producción agraria, estableciendo vías de comunicación allí donde la tierra hacía intransitables las fincas. Pero también es cierto que el problema del agua en los pueblos fue algo casi omnipresente, y se realizaron grandes inversiones para su solución, y el agua potable llegó a los municipios. Si grandes fueron las realizaciones en la capital, con hospitales y colegios que cambiaron la situación de los acogidos por la Beneficencia, también es cierto que se pensó y actuó en los pueblos, dotándolos de equipamiento y estableciendo vías de comunicación entre ellos.

A través de la cooperación se llevaría a remotos lugares de la provincia luz, teléfono, agua y alcantarillado, más la construcción de mercados, mataderos, y viviendas para funcionarios municipales. De 1961 a 1964 los servicios de cooperación a los municipios ejecutaron obras por importe de unos 93 millones de pesetas. Ya el presidente Antonio Cruz Conde que, aunque no está de acuerdo con la Cooperación, porque cree que los municipios deben de contar con recursos propios suficientes para atender sus necesidades, había dado preferencia a las obras de abastecimiento de aguas y saneamiento, en estrecha relación con la Comisión Provincial de Servicios Técnicos. Y ante las dificultades que los ayuntamientos tenían para la redacción de los planes y proyectos en obras de su competencia, la Diputación, con Cruz Conde, creó un gabinete técnico al objeto de realizar esos proyectos, con planos que tuviesen todo lo necesario a fin de facilitar la labor de los ayuntamientos

La comarcalización, a la que tan reiteradamente se va a apelar durante la transición y la democracia, fue aludida como necesaria ya con el presidente cordobés Rafael Cabello de Alba, y claramente planteada en 1967. El gobernador civil Prudencio Landín Carrasco, que traía la experiencia de la presidencia en la Diputación de Pontevedra, al exponer el objetivo del II Plan de Desarrollo, en 1967, tocó un punto importante en el que se sientan las bases de las comarcalizaciones. Indicó que los proyectos no pueden afectar a soluciones localistas, sino a zonas que comprendiesen varios pueblos. Cuestión que también expone el presidente Pascual Calderón. No hay, pues innovación en la comarcalización que plantean los discursos de los presidentes socialistas, y la puesta en práctica de la misma tampoco se había realizado mediados los noventa.

e) Importancia de la gestión presidencial

Las competencias asignadas a la figura del Presidente, desde el Estatuto Provincial de 1925, le confieren un protagonismo importante a la hora de dinamizar, ó no, la gestión provincial. La personalidad individual aflora en el conjunto de la actividad presidencial, imprimiendo un carácter peculiar a las legislaturas que presidieron. Ante la depauperada hacienda de los cincuenta, la capacidad negociadora del presidente pudo lograr la firma de convenios impositivos, y ante la escasez de recursos de los sesenta comprometer su firma en importantes empréstitos. El análisis de la situación provincial y la visión de futuro, pudo conducir al diseño de una política provincial válida para 20 años, o la consecución de Universidad en los setenta, mientras que, una visión más recortada de la función presidencial, y el desconocimiento de la realidad pudo conducir a la corporación a replegarse sobre sí misma y seguir estrictamente las directrices marcadas desde el gobierno o el partido.

Desde los años sesenta hasta el final del Régimen, la Diputación de Córdoba mantuvo una gestión dinámica superior al resto de las diputaciones andaluzas. Comparando su actuación, según el análisis de los presupuestos liquidados por habitante, con el total nacional aparece en desventaja, pero en el entorno regional, superó a la media de Andalucía. Acometió obras de infraestructura provincial en función de los medios de que dispuso, pero inició, sobre todo con el presidente Antonio Cruz Conde, unas actividades crediticias desconocidas hasta entonces, que reflejan el dinamismo de una corporación provincial cuyo resultado fue la realización de obras de carácter extraordinario que repercutieron en el equipamiento de la provincia.

NOTAS SOBRE EL ANTIGUO DERECHO AGRARIO: EL CONTRATO DE MENSEGUERÍA DE LA COMARCA DE PRIEGO EN EL SIGLO XVII

Dr. Manuel Peláez del Rosal
Cronista oficial de Priego de Córdoba

El derecho agrario tiene en la comarca de Priego de Córdoba una especial significación materializada en numerosos negocios jurídicos, hoy un tanto inusuales, pero muy frecuentes en épocas pasadas. Y ahora que tanto predicamento tiene lo propio o autóctono, habría que reclamar para este aspecto un espacio privativo, como variante de la idiosincracia de nuestros antiguos hombres del campo, llamados, por cierto, en la documentación "señores de". Tal es el caso de dos contratos denominados de mesquería (aunque los textos originales tal vez por corrupción del lenguaje denominan "menseguería") que se otorgan ante sendos notarios (escribanos públicos) de la villa en los primeros años del siglo XVII, referidos al sitio de Zamoranos y de la Milana.

Sebastián de Covarrubias en su famoso libro "Tesoro de la lengua castellana o española", alude a la voz "meseguero" indicando que es "lo mismo que segador, o el que guarda los panes", apareciendo en un documento de Cerdeña, antiguo territorio perteneciente a la Corona de Aragón, en el lejano año 972 el término segar con la equivalencia de cortar, como advierte Corominas en su "Diccionario crítico, etimológico castellano e hispánico". En la 22.^a edición del DRAE 2001 figura el término meseguero que cuenta con amplia documentación lexicográfica. En cambio parece más estricto el uso de la voz "menseguero". En 1617 se documenta ésta en el diccionario de John Minsheu (Vocabularium Hispanicum Latinum et Anglicum). Debió ser frecuente en ciertos lugares de Andalucía, pues la recoge Alcalá Venceslada, en 1951, en su Vocabulario andaluz, aunque la remite a meseguero. Según el Instituto de Lexicografía de la Real Academia Española la documentación textual más antigua data del siglo XVI.

Por menseguería se entendía, de acuerdo con las fuentes, no sólo la guarda de las mieses, sino también el repartimiento que se efectuaba en algunos pueblos entre los labradores para pagar la guarda, así como el tanto que correspondía a cada uno de ellos por el desempeño de ese oficio por un tercero.

Los dos documentos que hemos estudiado, tras su localización, profundizan en el régimen al que estaban sometidos los mesegueros en el desempeño de su actividad, y nos revelan igualmente que algunos parajes del término de la entonces villa de Priego, más o menos próximos a ella (Zamoranos, La Milana, la Cubel) no estaban poblados de olivos, como en la actualidad, sino de mieses, es decir, de trigo y cebada, principalmente.

Las estipulaciones de los vecinos de Priego "señores de los sembrados", con el mesegueros, son muy precisas. El contrato se pacta por períodos, desde febrero o diciembre anterior hasta San Pedro, es decir durante la sazón de las mieses. El objeto lo constituye "la guarda de los panes", o "guarda de los panes, trigos, cebadas y otras semillas". Es también obligación del mesegueros "dar cuenta de todos los daños que se hicieren", "de un celemin a tres celemines arriba". El mesegueros ha de comportarse en su labor como "bueno y diligente", "bien y fielmente", sin "hacer ausencias", so pena de que si faltare a su cometido, a su costa "por los poseioneros" o "señores de los sembrados" se nombre otro sin necesidad de ninguna prueba más que la del juramento. A cambio recibirá en especie "seis fanegas y media de trigo en agosto", u "ocho en grano", respectivamente, además de la tercera parte de las denuncias que se levantaren, en los plazos que se acostumbra a pagar en la villa de Priego, lugar de la percepción del salario.

Por lo demás, las escrituras otorgadas en los años 1601 y 1604 por los labradores interesados en la guarda, entre los cuales se cita al licenciado Juan Ruiz Caracuel, persona influyente, culta y adinerada en aquellas calendas, se garantiza con usuales renunciaciones y formulismos jurídicos de carácter ejecutivo y la comparecencia en el acto de varios testigos junto a los poseioneros o labradores.

Sirvan estas notas o esbozo histórico de anticipo de otros trabajos de la misma índole, para acreditar la importancia del sector primario, que después de muchos siglos sigue siendo el determinante en la zona, aunque haya cambiado el paisaje agrícola. Insertamos el texto de ambos contratos con grafía actualizada para conocimiento general.

ANEXOS

Documento número 1

Pedro López de Loja. Menseguería del sitio de los Zamoranos. AMP (Protocolo de Diego de Vargas, año 1601)

"Sepan cuantos esta carta de menseguería / vieren, como en la villa de Priego en / dos días del mes de febrero de mil seiscien- / tos y un años, ante mí el escribano público de yuso es- / crito el licenciado Juan Ruiz Caracuel y Juan de / Toro Jurado y Francisco Palomar Colín y Pedro de Zúñiga, / vecinos de la dicha villa, por ellos y los demás labra- / dores que tienen sembrados en el sitio de los / Zamoranos, este año presente cogieron / por menseguero del dicho sitio a Pedro Ló- / pez de Loja, vecino de la dicha villa, el cual / que presente estaba se obligó de guar- / dar los panes de dicho sitio de aquí al / día de San Pedro, primero de este dicho año / y de dar cuenta de todos los daños / que se hicieren de tres celemines arriba / (1) so pena de los pagar y de guardar sin hacer / ausencia, so pena que a su costa se coja / otro menseguero, se le ejecute por lo que cos- / tare con solo su juramento y de los susodichos, o de / cualquier de ellos en que queda diferido sin / otra prueba ni averiguación alguna. / Por lo cual se le ha de dar seis fanegas / y media de trigo por el agosto pri- / mero de este dicho año, de que dando el susodicho / el memorial de los herederos / y de las fanegas que cada uno tiene sembrado / se ha de hacer el repartimiento para / que los cobre de los dichos labra- / dores, con lo cual todos los suso- / dichos se dieron por contentos y renun- / ciaron las leyes de la prueba las del en/ gaño como en ellas se contiene y para el cumplimiento de ello obligaron / sus personas y bienes habidos y por / haber y dieron poder cumplido / a las justicias del Rey nuestro / Señor de cualquier partes / que sean para que a los susodichos / los apremien como por sentencia / pasada en cosa juzgada y renunciaron / todas y cualesquier leyes, fueros / y derechos que sean en su favor / en contrario de lo que dicho es / y las leyes del derecho general / en testimonio de lo cual otorgaron la presente ante mí / el dicho escribano y los testigos de yuso escritos en la dicha / villa de Priego en el dicho día, mes y año, / el licenciado Bartolomé Calmaestra comisario / y Juan Gutiérrez y Alonso de Vargas, vecinos de / Priego y lo firmaron en su nombre los dichos / licenciado Caracuel, y Juan de Toro y Francisco Palomar / y por los demás testigos que dijeron no

saber / firmó un testigo a los cuales dichos señores y dicho / escribano público doy fe que conozco. / El licenciado Ruiz Caracuel. Juan de Toro. Alonso de Vargas. Francisco Palomar Colín. Diego de Vargas, escribano público (2)."

Documento número 2

Los señores del sitio de la Fuente Milana contra Bartolomé Ruiz Fuenllana. (AMP. Protocolo de Diego Hernández. Año 1604)

"Sepan cuantos esta escri / tura vieren como yo Bar / tolóme Ruiz Fuenlla / na, vecino que soy de la vi / lla de Priego otorgo y conozco por / el tenor de la presente / que me obligo de guardar to / dos los panes, trigos y ceba / das y otras semillas que es / te presente año están sem / bradas en el sitio de la Fuen / te Milana término de esta villa / desde el Pradillo hasta / el cortijo de los herederos / de Miguel Ruiz de Gámez / bien guardado como bueno / y diligente menseguero / y de dar y quedar en cuenta / de todos los daños que en / ellos se hicieren de un cele / mín arriba. La cual dicha / guarda haré desde hoy día de / la fecha de esta escritura has / ta el día de señor san Pedro del año / que viene de mil y seiscientos y / cinco, esto por cuanto se me / ha de dar y pagar por los se / ñores de los sembrados / ocho fanegas de trigo en grano / e más la tercera parte de las / denunciaciones que se hi / cieren todo pagado en es / ta villa al plazo que es cos / tumbre en ella pagar-se / semejante menseguería / la cual haré bien y fielmente / como dicho es so pena que a mi / costa se busque persona / que guarde los dichos sem / brados y por lo que más cos / tare se me pueda eje / cutar y ejecute con solo / el juramento de cual / quiera de los dichos posesio / neros en que lo dejo y / queda diferido / sin que para ello se requiera hacer / de juramentación alguna aunque de derecho se / deba hacer. Y para ello obligo / mi persona y bienes habidos y por / haber. Y yo el dicho Fernando Avendaño vecino que / soy de la dicha villa que a lo que dicho / es y que estoy presente otorgo y / conozco por el tenor de la presente escritura / por mí y en nombre de los demás / posesioneros del dicho sitio / por quien presto voz y caución / de rato y grato en forma me obli / go de darle al dicho Bartolomé Ruiz / Fuenllana copia hecha a mi / costa para que cobre el dicho su sa / lario al tiempo y

cuando es cos / tumbre en esta villa; y si a / sí no lo hiciere y cumpliere que / a mi costa la pueda hacer y / sacar, y por lo que en ello gasta / re se me pueda ejecutar con el juramento / del susodicho en que lo dejo dife / rido decisorio. Y para ello obligo / a mi persona y bienes habidos y por haber / dando poder cumplido a cualquier justicia / para que nos apremien como / por sentencia pasada en cosa juzgada / sobre que renunció todas y cualesquiera / leyes y derechos que sean en mi favor en especial / la que dice que general renunciación no valga, en testimonio / de lo cual otorgamos la presente escritura / ante el escribano público y testigos aquí contenidos / en cuyo registro yo el dicho Diego Hernández lo firmé de mi nombre / y por mí el dicho Bartolomé Ruiz un testigo que es hecha / y otorgada en la villa de Priego en veintinueve de / diciembre de mil seiscientos y cuatro años, siendo testigos Martín / Caballero, Bartolomé Díaz Castellanos y Martín Ruiz de la / Tienda vecinos en Priego. Yo el escribano conozco a los dichos otorgantes/."



EL 70 ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1931.

Dr. José Peña González.

Catedrático Derecho Constitucional. Universidad San Pablo-CEU.

Pocas veces puede resultar mas oportuna la publicacion en un Anuario editado por la Sociedad Andaluza de Estudios Historico-Juridicos, de un texto que recoja ambos terminos. Por una lado Historia relativamente reciente de nuestra Patria y de otra un texto constitucional que fue la Ley de Leyes y la cúspide de la piramide juridica de la España de su tiempo. Por ello en el presente trabajo vamos a intentar conjugar ambas realidades-Republica y Constitución- que es tanto como decir Historia y Derecho, con lo que encaja en mi opinion perfectamente con el sentido del Anuario.

La elaboración y posterior promulgación de la Constitución española de 1931, constituye un acontecimiento de especial importancia en la historia política y constitucional de España.

Este hecho tuvo lugar el día 9 de diciembre de 1931, por lo que hace muy poco se ha cumplido el 70 aniversario de tal efemerides (1).

Quizá quepa plantearse la oportunidad del recordatorio. Desde mi punto de vista no solo es oportuno sino necesario. Hoy tenemos mayor distancia histórica y además obligación de los aficionados a la historia , entre los que me encuentro, volver una y otra vez sobre los hechos históricos determinantes de nuestro devenir. Y que duda cabe que la desaparición de la Monarquía alfonsina- y no hablo de caída porque esta tuvo lugar antes de la salida del rey Alfonso- ; y su sustitución por el régimen republicano es posiblemente el hecho histórico de mayores consecuencias del siglo

1 Es de suponer que este aniversario tan redondo provoque muchos e interesantes trabajos sobre el texto. Ya hoy disponemos de una bibliografía relativamente amplia tanto de la Constitución en si como de la República a la que sirvió de norma fundamental y que también cumple setenta años, aunque a fuer de sinceros, sorprende la escasa repercusión que ha tenido tal aniversario. Posiblemente sea debido a que ambos acontecimientos - República y Constitución- han dado lugar a una amplisima bibliografía que refleja posiblemente la mayor aportación de literatura científica del siglo veinte español con la sola excepción de la guerra civil y posiblemente la llamada transición democrática.

XX español y quizá el punto de partida de otros importantísimos acontecimientos históricos. Con la distancia de tres cuartos de siglo, hoy, la II República y la Constitución del 31 se pueden contemplar como el ámbito de referencia de todo un conjunto histórico que ha sido determinante en la evolución de España. El presente trabajo se referirá de modo principal al texto constitucional con las necesarias referencias al régimen político del que fue su carta magna.

LA ESPAÑA REAL EN 1931.

Desde el punto de vista histórico, la Constitución de 1931 se desarrolla entre dos anómalas situaciones de poder. Por un lado el vacío dejado tras la dimisión de Primo de Rivera, abandonado por los mismos sectores que le habían aupado en septiembre del 23. Ahí tuvo lugar su nacimiento. Su fin, en el fragor de una guerra que toda una clase política de todo signo no había sabido o querido evitar (2). Triste sino para un texto constitucional que establecía en uno de sus artículos la más encendida defensa de la paz que hasta entonces se había plasmado en ninguna norma española (3). Su aceptación de las normas internacionales y su entusiasmo constituyente por la paz preconizada por la Sociedad de Naciones de Ginebra hay que insertarla tanto en el pacifismo de los constituyentes, cuanto en la incidencia que los acontecimientos externos tuvieron sobre la República y evidentemente sobre la Constitución. Como la I República, esta tuvo también una "vigencia problemática" utilizando la terminología de Tomas y Valiente. Piénsese que el texto tiene como referencia en el orden económico la situación generada por los efectos de la crisis de 1929. Aunque los efectos de esta crisis se hicieron notar en todos los países del mundo, es evidente que las consecuencias fueron distintas en el orden político para aquellos que contaban con sólidas instituciones democráticas en las que era más fácil el tránsito desde las estructuras del estado de derecho a las del Welfare State, que en aquellas otras que arrastraban caducas y «fantasmagóricas» instituciones en el sentido orteguiano de la expresión.

2 A diferencia de la I República que es un paréntesis entre dos monarquías y también dos constituciones monárquicas. La de 1869 y la de 1876.

3 En el artículo 6º se establece que «España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional» y en el 7º: «El Estado español acatará las normas universales del derecho internacional incorporándolas a su derecho positivo». Las citas del texto constitucional por la edición de Jorge de Esteban «Constituciones Españolas y Extranjeras». Madrid, 1977. Vol. Pág. 311.

España vivía todavía durante el primer tercio del siglo veinte, instalada en la ya caduca «fantasmagoría» de la Restauración y de pronto tenía que instalarse de prisa y corriendo en el nuevo orden político y económico que la depresión económica mundial estaba reclamando.

Todas estas circunstancias habrían de incidir obligatoriamente sobre la realidad del poder y lógicamente sobre la realidad política y jurídica que esa realidad demandaba.

LA NECESIDAD DE UNA CONSTITUCIÓN .

Desde el punto de vista estrictamente constitucionalista, el texto del 31 se inscribe en las nuevas corrientes dominantes en Europa tras la guerra del 14. La Gran Guerra dejó al descubierto una serie de carencias de orden jurídico que había necesaria y rápidamente que solventar para dar coherencia al nuevo mapa de Europa surgido tras la Paz de Versalles. En el orden constitucional los artífices de este replanteamiento fueron Mirkin-Guetzevitch y Hans Kelsen. Por parte española el gran teórico que se da cuenta desde el principio del cambio de rumbo de la doctrina constitucionalista es Don Adolfo González Posada. Todos ellos eran muy conocidos en nuestra patria e influyeron decisivamente en los constituyentes del 31. A su vez estos eran conscientes de los nuevos aires constitucionalistas que recorrían el Viejo Continente. Sirva como ejemplo y como prueba el dato de que desde 1919 a 1922 se promulgan en Europa 14 textos constitucionales de nuevo cuño, entre ellas alguna tan paradigmática como la alemana de Weimar de 11 de agosto de 1919. La derrota y posterior desaparición del Imperio Austro-húngaro, provoca el nacimiento de nuevas naciones que no tardan en dotarse de un texto constitucional que en cierto modo actúa de elemento legitimador de la nueva legalidad vigente. (4) La Constitución española de 1931 sería el último ejemplo de esta corriente constitucionalista en la que el texto venía a ser algo así como la expresión de la «liberación democrática» desde el punto de vista jurídico constitucional. (5) A su vez reflejaba una vez más la incidencia

4 A este bloque pertenecen la de Austria, Checoslovaquia, Yugoslavia, Polonia, Prusia, Baviera, Finlandia, Estonia, Letonia, Lituania e Irlanda. No incluyo la soviética de 1918 porque respondía a un modelo muy distinto del «constitucionalismo democrático» preconizado por Mirkin-Guetzevitch.

5 El término lo utiliza el profesor Fernández Segado en su obra «Las Constituciones Históricas Españolas». Madrid, 1986. Pág. 536.

de lo europeo en la vida nacional española, detalle este último negado en tantas ocasiones por los que pretenden potenciar la singularidad y los elementos diferenciales españoles frente a los del continente, tesis como es sabido, que esconde, tras los argumentos y posicionamientos antieuropeistas, la vigencia de actitudes casticistas a veces muy reñidas con el sistema democrático. Jover ha escrito sobre el particular páginas admirables.

La Constitución se concibe desde el primer momento como la respuesta jurídico-política a los grandes problemas con los que se enfrenta el nuevo régimen. De esta manera la norma normarun intenta cumplir por un lado con la función legitimadora respecto de la República frente a la monarquía, y por otra parte a través de la llamada función transformadora, solventar algunos de los problemas seculares de la convivencia española. Estos problemas son fundamentalmente la cuestión agraria desde el punto de vista socioeconómico, la llamada cuestión militar desde el punto de vista de los poderes reales o facticos dentro del estado, cuestión regional desde un planteamiento de nueva distribución territorial del poder y por lo tanto nueva forma de estado y por último la relación con la Iglesia en relación con el llamado problema religioso, y dentro del mismo toda la problemática derivada del control de la educación. Todas estas cuestiones, que no eran nuevas en su mayoría, adquieren particular resonancia con el cambio de régimen, es decir la sustitución de la monarquía por la república. Pero conviene insistir que todos ellos habrían aflorado al margen del régimen político vigente. Curiosamente alguno de ellos ha llegado hasta nuestros días y se esta intentando resolver con mucha más radicalidad que la que pusieron en marcha los gobiernos de la República. (6)

La Constitución de 1931 y el mismo Régimen Republicano van a estar condicionados desde el principio por su propia forma de aparición. La República surge como la respuesta válida para acabar de forma rápida con los problemas seculares de España. Viene la llamada "niña bonita" envuelta en una ola de esperanza casi milagrosa. Llega sin sangre para recoger de la calle el poder abandonado por la Corona. Alfonso

6 El tema es tanto más destacable si recordamos que la separación Iglesia-estado o la solución al llamado problema catalán, sirvió de justificación en los varios intentos de acabar con la República. La aprobación del Estatuto de Cataluña se consideró delito de lesa patria. Hoy día el llamado estado de las Autonomías deja reducido el problema autonómico de la República a la que esta da respuesta en la tesis del llamado Estado Integral, a un inocente juego de niños.

XIII nada puede hacer por evitarlo porque también se ha visto abandonado por los suyos. Ni siquiera en el distrito de palacio obtienen el triunfo las candidaturas monárquicas tras las elecciones municipales del 12 de abril. Alfonso XIII ya no era necesario para garantizar el sistema socioeconómico de las clases dirigentes de España. De ahí que buscaran el recambio en Santiago Alba o en Niceto Alcalá Zamora. Hoy sabemos de los ex ministros de la Corona -caso Bergamín por ejemplo-, que han votado republicano para darle una oportunidad al nuevo régimen. Sabemos también de los intelectuales que se sintieron identificados con la República, aunque poco tiempo más tarde quisieran cambiar el perfil de la misma y acuñaran el «no es esto, no es esto». Eran los que irónicamente llamó Azaña «los marmolistas de la república» por su afán de cambiar el perfil. Se habían puesto tantas ilusiones y se le había dado tan poco plazo para cumplirlas, que inevitablemente tenía que sobrevenir pronto la decepción. Si a ello se añade que el texto constitucional era la mejor expresión de un estado de derecho donde los problemas se resuelven en base a un respeto escrupuloso de la legalidad, no puede extrañar que pronto cundiera la decepción. (7) Como escribía Murillo Ferrol en el prólogo a la obra de Ramírez sobre los grupos de presión, se intentaba canalizar pacíficamente e incluso tranquilamente odios centenarios e injusticias de siglos.(8) "No se pudo evitar que hombres y odios centenarios tomaran conciencia de sí mismos en el marco de libertad que ocasionó la República. El resultado

7 De ahí que se considerase conveniente aprobar la llamada Ley de Defensa de la República antes de la entrada en vigor de la Constitución (Ley de 21 de octubre de 1931) y que luego se incorporase a la Constitución. Como escribe Fernández Segado

«La Ley de Defensa, como mayoritariamente se admite por los historiadores, tuvo su última ratio en la necesidad gubernamental de contar con un instrumento jurídico que legitimara sus actuaciones represivas frente a anarquistas, monárquicos y determinados sectores católicos». Véase op. cit. pág. 457. El proyecto de ley sale del Consejo de Ministros del lunes día 19 de octubre. Llega a las Cortes el martes día 20 por la mañana. Se aprueba el mismo día por la tarde. Se publica el día 21 y entra en vigor el día 22. Es un caso único de celeridad legislativa.

8 Ramírez, Manuel: «Los grupos de presión en la II República Española». Prologo de Murillo Ferrol. Madrid, 1977.

fue una colosal frustración»(9). Pabón por su parte afirma en esta misma línea que « en la segunda República Española, ni el cuadro ni el tiempo permitieron que los hombres cuajasen políticamente».

El punto de partida de la gestación del texto del 31, puede resumirse en mi opinión en la palabra Crisis. Crisis en la mas amplia acepción del termino y en todos y cada uno de los distintos ámbitos de actuación.

La crisis que acabaría con la monarquía alfonsina arranca- y en este punto hay una rara unanimidad entre los historiadores - en el año 1917 y se intenta cerrar en falso con la apelación a la dictadura de Primo de Rivera. 1917 es un año crítico en la historia contemporánea española como ha demostrado documentalmente Juan Antonio Lacomba (10). En esa fecha se produce la disociación entre la constitución del estado y la constitución del país. Entre la España real y la España oficial. La solución Canovas y su texto admirable en tantos aspectos de 1876 , ya no podía dar respuesta a los nuevos problemas que se presentaban , en parte consecuencia del reflejo de la situación europea sobre la piel de toro. El canovismo resultaba inviable en 1930 , a menos que atacara los problemas con sinceridad democrática y entonces dejaba de ser canovismo.El bloque de poder dominante no es capaz de ponerse de acuerdo con las medidas a tomar. En 1923 una fracción de ese bloque va a propiciar la dictadura de Primo de Rivera. Pero otra parte importante va a rechazar esta fórmula(Véase el caso Romanones o Sánchez Guerra). En 1930 el vacío de poder es evidente.La salida de Primo de Rivera y sus sustitución por Berenguer no hace sino agrandar el problema, que Ortega resumiría con un lucido y demoledor artículo de prensa titulado «El error Berenguer». La crisis afecta también a la clase política que hasta entonces ha rodeado a la Corona. Nombres tan significativos como Sánchez Guerra, Melquiades Alvarez, Miguel Maura y Alcalá-Zamora rompen abiertamente con el Régimen, y lo que es peor, se transforman en garantes del nuevo, que ya se percibe por el horizonte. Algunos de ellos jugarán un papel decisivo no solo en el orden político sino también en la redacción de la futura Constitución. Como el llevado a cabo por Don Niceto en las Cortes Constituyentes- me refiero solo a su papel de legislador- de las que ha

9 Cambó. Tomo II. 2a parte. Pág. 183.

10 Véase «La crisis de 1917». Málaga, 1970.

dejado un importante testimonio en su obra «Los errores de la Constitución de 1931», cuyo titulo por si solo es ya muy significativo. (11)

En esta situación crítica que vive el país y que actúa como caldo de cultivo de la llegada de la República, tiene lugar una reorganización de las fuerzas políticas. De los partidos tradicionales de la derecha no queda nada. La izquierda conserva el viejo partido radical de Lerroux y el Partido Socialista. También los sindicatos de clase. UGT con el que la Dictadura ha mantenido un trato especial y la CNT que será rehabilitada el año 1930. En cambio florecen nuevos movimientos políticos que van a dar un giro copernicano, a las relaciones del poder y cuya influencia en el texto constitucional se hace muy palpable. (12)

Entre ellos destaca muy especialmente la llamada Agrupación de Intelectuales al Servicio de la República que se presenta a la vida pública el 11 de febrero de 1931, aniversario de la Primera República. Jugaron un papel muy importante en el advenimiento y bastante mas limitado en el mantenimiento del régimen y en la gestación de la Constitución. Sirvieron a la Revolución con entusiasmo , pero hicieron realidad el pensamiento barojiano sobre la misma.Decía el escritor vasco que en todo movimien-

11 La obra de Don Niceto se publica por primera vez el año 1936, en el que salen dos ediciones (Imprenta R. Espinosa, Madrid 1936). Posteriormente la editorial Civitas ha sacado una reedición en los años ochenta con comentarios del hijo del Presidente , Profesor Niceto Alcalá-zamora y Castillo.En esta reedición se incluye el proyecto de reforma constitucional que el Presidente preparó el año 1935. Recién promulgada la Constitución de 1931, aparecieron una serie de obras entre las que destacan la de Don Nicolás Pérez Serrano, letrado de la Comisión Constitucional (La Constitución Española, Madrid, 1932), la del Presidente de dicha Comisión Don Luis Jiménez de Asua(Proceso Histórico de la Constitución de la República Española. Madrid, 1932) y algo mas tarde la del miembro de la misma , diputado Antonio Royo Villanova (La Constitución española de 9 de diciembre de 1931, con glosas jurídicas y apostillas políticas. Valladolid, 1934). Asimismo contiene información abundante y valiosa la obra del que fuera Secretario Primero de las Cortes Constituyentes , Juan Simeon Vidarte, titulada «Las Cortes Constituyentes, 1931-1933». Barcelona, 1976.

12 Es el caso del partido Radical Socialista que surge el año 1929 o la Esquerra Republicana de Cataluña que se forma en 1931. Entre las fuerzas de derecha , el año 1929 aparece la Derecha Regional valenciana y el 1930 el Partido nacionalista Vasco supera su escisión y se reunifican. En todos ellos predomina desde el punto de vista sociológico una incipiente clase media , profesiones liberales, comerciantes, maestros etc. De todas las nuevas formaciones políticas que van a aflorar a principio del año 30, destacaría por su futura influencia un grupo minúsculo, un partido de elite con terminología actual , llamado Accion Republicana cuyas principales figuras fueron Giral y especialmente Manuel Azaña. Este partido en el que se encuadran destacadas figuras de la vida política e intelectual española, jugaría un papel decisivo tanto en la gobernación de España como en la elaboración del texto constitucional.

to revolucionario había tres fases perfectamente diferenciadas: Utopía, revolución propiamente dicha y la reacción. En su opinión la suerte del intelectual metido en política era morir en la utopía (13). Podríamos añadir por nuestra cuenta que caso contrario podría acabar engrosando las filas de la reacción.

Desde el punto de vista político la desorientación es total. La solución Berenguer no aporta nada. La entrega del poder a Sánchez Guerra es ya inviable.(14) Queda la fórmula del almirante Aznar, cuyo solo nombre, en opinión de Jesús Pabon, "era señal inequívoca de naufragio". Los hechos se precipitan. Se acepta finalmente la fórmula Romanones de elecciones escalonadas: municipales, provinciales y constituyentes. Ya no hay tiempo. Las locales se transforman en un plebiscito sobre la forma de gobierno. Y el 12 de abril triunfa la opción republicana sin paliativos. Los intentos de negarlo en base al número de concejalías monárquicas obtenidas con la técnica del artículo 29 de la ley electoral, no se tiene en pie. Se ha producido el anunciado "Delenda est Monarchia" de Don José Ortega.

Todo esto se simultanea con una crisis financiera, una subida de precios, una desmoralización colectiva, reiterados movimientos de huelga en la Universidad, movimientos subversivos en algunos sectores del ejército- recuérdese el caso Queipo y Ramón Franco como los más llamativos - y la pérdida de los resortes del poder por parte de las autoridades. Baste simplemente mencionar estos temas. Para una información más detallada puede acudir, a cualquiera de los manuales y bibliografía sobre el periodo. Sobre la situación en que se encuentra el poder es muy significativo que el centro neurálgico de las transmisiones, el Palacio de Comunicaciones de Madrid, izara la bandera tricolor al mismo tiempo que se está negociando en la clínica del Dr. Marañón, la salida de Alfonso XIII y la instauración del nuevo Régimen. No es nada exagerado afirmar que el poder está en la calle. Hace falta solo cogerlo. Y naturalmente a continuación dotarle de una nueva legalidad.

13 Véase «Memorias». Tomo I. Pág. 109.

14 Llega incluso a personarse en la cárcel Modelo para ofrecer a alguno de los presos integrantes del Comité Revolucionario que están en prisión tras el fracaso de la intentona de Jaca, una cartería en el Gobierno cuyo encargo le ha confiado el rey Alfonso XIII. La situación no podía resultar más esperpéntica.

Recuerda el Profesor Tuñón de Lara que ya en 1931 se planteó un tema que alcanzaría carta de naturaleza en la transición política española de 1977. Me refiero al dilema Reforma o Ruptura. Tuñón pone de relieve la preocupación legalista de los miembros del Gobierno Provisional: «Lo jurídico era gran preocupación de aquellos pequeños burgueses convertidos en revolucionarios por una breve coyuntura» (15). El problema era más profundo. La mayoría no eran revolucionarios en absoluto y por mor de las circunstancias se vieron obligados a encauzar y administrar una revolución que se les vino a las manos sin disparar un solo tiro.

Todas estas contradicciones e incoherencias tomarían carta de naturaleza en el debate constitucional. De ahí que sea necesario ponerlas de relieve como el punto de partida del que arrancarían los constituyentes del 31.

La preocupación legalista se refleja en una serie de disposiciones que se inician con el Estatuto Jurídico del Gobierno Provisional que se publica en el primer número de la Gaceta Republicana el día 15 de abril de 1931. En los primeros momentos y como era lógico se gobierna a base de decretos, muchos de ellos obra personal del Presidente del Comité y del Gobierno Provisional y eminente jurista, Don Niceto Alcalá Zamora. Son muchos y afectan a todos los ámbitos de la Administración Pública. Desde primera hora hay una auténtica obsesión por el respeto de la legalidad. El problema es que tenían que remontarse a la situación anterior al 13 de septiembre de 1923, hasta tanto se elaborara el nuevo texto constitucional. De ahí la prisa del Gobierno Provisional por poner en marcha el proceso constituyente. Lo contrario significaría volver a retomar la Constitución de 1876, de la que a su vez todos eran conscientes que no podía resolver los problemas políticos, sociales y económicos del momento presente.

EL ITER CONSTITUYENTE DE 1931.

Conscientes de esa urgencia, el Gobierno Provisional por Decreto de 3 de junio de 1931 convoca elecciones a Cortes Constituyentes para el día 28 de junio, con la expresa finalidad de «acudir a la soberanía popular para que esta se dé a sí misma su

15 REP. Nueva Época. Na 31-32. Enero abril, 1983. Pag. 48.E

ley fundamental" (16). Las elecciones serían por sistema electoral mayoritario con listas, en distritos plurinominales y voto parcialmente restringido con objeto de facilitar la representación de las minorías. Las nuevas Cortes tendrían 470 diputados y de la composición de las mismas, dado su carácter constituyente, iba a depender nada más y nada menos que la redacción de la Constitución y a raíz de ello la suerte de la República. Las Cortes electas deberían reunirse en el palacio del Congreso el día 14 de julio, fiesta nacional francesa y aniversario de la toma de la Bastilla. (17). En el Diario de Azaña hay una descripción de primera mano del acto de apertura de las Constituyentes. Gran parafernalia con desfile militar incluido, discurso del Presidente Alcalá-Zamora de salutación a la Cámara en nombre del Ejecutivo y elección de Presidente y miembros de la Mesa (18).

El Gobierno Provisional desde el primer momento - y ello le honra - vivió obsesionado por la idea de la legalidad. De ahí que a poco de establecida la República creara una Comisión Jurídica Asesora, dependiente del Ministerio de Justicia con la misión entre otras de preparar un Anteproyecto de Constitución. Preside esta Comisión Don

16 Por Decreto de 8 de mayo se modifica la Ley Electoral rigente (La llamada Ley Maura de 8 de agosto de 1907). El citado Decreto deja sin efecto el famoso artículo 29 de la Ley que establecía que en los distritos en que el número de candidatos no rebasara el de escaños en disputa, se evitarían las elecciones y los candidatos serían proclamados automáticamente. Era una de las armas más poderosas del régimen caciquil y facilitó generosamente el desarrollo del cunierismo. De acuerdo con la convocatoria y para el caso de que alguna circunscripción exigiera la segunda vuelta electoral, esta se celebraría el día de julio.

17 Muchos quisieron ver en esta elección de fecha una clara señal de los rumbos jacobinos que adoptaba el nuevo régimen.

18 La referencia de Azaña en OO.CC. Tomo IV. Págs. 28 y ss., a Composición de la Mesa de las Constituyentes fue la siguiente

Presidente: D. Julián Besteiro Fernández.

Vicepresidentes: D. Francisco Barnés, D. Antonio, Lara, D. José Martínez Velasco y D. Laureano Gómez Paratcha.

Secretarios: D. Juan Simeón Vidarte, D. Ramón María Aldasoro, Don Mariano Ansó y D. Cirilo del Río.

Sobre la adscripción ideológica tras los resultados electorales no hay unanimidad. Lo que está claro es que la fuerza más votada fue el Partido Socialista (114), seguida de los Radicales (88), Radicales Socialistas (52). Fuente: Álbum de las Constituyentes. Madrid, 1932. La Derecha no Republicana en sus distintas familias y agrupaciones alcanzó 51 escaños, según el recuento de Tusell y Ruiz Manjón. (Véase «Unas elecciones de transición» en RDP. nº 12 y 13, 1981-1982.)

Angel Ossorio y Gallardo figura de sobrado prestigio en los ambientes forenses y forman parte de la misma entre otros Don Adolfo Posada, Jiménez de Asúa, Castán Tobeñas, Alfonso García Valdecasas, Joaquín Garrigues, Jerónimo González, Luis Lamana, Juan Lladó, Agustín Viñuales, Antonio de Luna, José Antón Oneca, Manuel Pedroso etc. Es difícil encontrar un conjunto de profesionales tan competentes y respetados como los arriba citados. (19) Trabajaron con un entusiasmo desbordante y a primeros del mes de julio entregaron al Gobierno un «Anteproyecto de Constitución de la República Española» al que alguno de sus miembros formularon importantes votos particulares que también fueron remitidos. El texto constaba de 104 artículos y un breve Preámbulo. Don Niceto Alcalá-Zamora no tiene reparo al afirmar que este texto superaba con mucho al elaborado por la Comisión Parlamentaria de Constitución, del que saldría el texto definitivo de 9 de diciembre de 1931. (20)

El Gobierno Provisional - debido a su heterogénea composición no hace suyo este texto, por lo que al amparo del reglamento Provisional de las Cortes Constituyentes de 18 de julio de 1931, resigna en estas la creación de una Comisión Parlamentaria encargada de elaborar un Proyecto de Constitución que sería debatida en el seno

19 Véase García Valdecasas, Alfonso: «La elaboración del texto constitucional» en REP. Nueva Época. Nº 31 y 32. Enero-Abril, 1983. Págs. 57 y ss. Escribe textualmente: «La Comisión Jurídica Asesora contenía, pues, nombres de primera fila en el campo de la competencia científica, de la capacidad profesional, de la experiencia política. Pero al mismo tiempo la Comisión comprendía una amplia gama de matices políticos, unidos todos en el propósito de coincidir en una obra común». (Pág. 59).

20 Un análisis detallado del anteproyecto en Fernández Segado «Las Constituciones históricas españolas». Madrid, 1986. Págs. 478 y ss.

de las mismas. (21) El texto definitivo de la Constitución lleva fecha de 9 de diciembre. Durante su discusión se produjeron debates de gran altura que a veces recordaban los de las Constituyentes del 69. Fué promulgada por el Presidente de las Cortes Don Julián Besteiro en sede parlamentaria con el nombre de «Constitución de la República Española» y junto a la firma del Presidente aparecen las de los cuatro secretarios de La Mesa. Consta de 125 artículos, distribuidos en un Título Preliminar y nueve Títulos mas. También dos disposiciones transitorias.

En opinión del Profesor Tomás Villarroya esta Constitución «en su conjunto no era mejor ni peor que las anteriores que España había conocido o de otras que en aquella época estaban vigentes en Europa; pero algunos preceptos aislados ofrecían soluciones polémicas a problemas primordiales que afectaban a la convivencia política y continuaban nuestra nefasta tradición de llevar al texto constitucional criterios que eran reflejo de determinadas ideologías o de estados pasionales». (22)

21 La Comisión queda constituida por los siguientes diputados: Jiménez de Asua (Presidente), Araquistain, Trifón Gómez, Jerónimo Bugada y Enrique de Francisco en representación del Partido Socialista. Emiliano Iglesias (Vicepresidente), Ricardo Samper, Clara Campoamor y Justo Villanueva en representación del Partido Radical. Leopoldo García Alas, Juan Botella y Fernando Valera del Partido radical Socialista. Gabriel Alomar y Antonio Xirau de Izquierda catalana. Mariano Ruiz Funes de Acción Republicana. Antonio Rodríguez de la Orga. Bernardino Valle (Federal). Juan Castrillo (Republicano-Progresista). Alfonso García Valdecasas (Agrupación de Intelectuales al Servicio de la República). García de Leizaola (Vasco navarro) y José María Gil Robles (Agrario). Actuaron de Secretarios de la Comisión los señores Valera y García Valdecasas. En principio también formó parte de la misma el Sr. Franchy Roca, hasta que fue nombrado Fiscal General de la República. A su vez el Sr. Leizaola sustituyó al Sr. Horn Areilza quien renunció por motivos de salud. La Comisión empezó a trabajar a marchas forzadas el día 29 de julio y presentó el proyecto al Parlamento el día 18 de agosto. En el tiempo récord de veinte días. El día 27 de agosto se inicia el debate de totalidad con tres turnos a favor y tres en contra. Termina este debate el 9 de septiembre. Se abre al día siguiente la discusión por títulos que se prolonga hasta el 1 de diciembre. El 8 de diciembre se incorpora a petición de Azaña como texto adicional la Ley de Defensa de la República. Es lo que el Profesor Fernández Segado califica como «la paradoja del proceso constituyente» (op. cit. Pág. 527). El día 9 de diciembre votación final con el voto a favor de 368 diputados de un total de 466 que integraban la cámara. En medio la famosa noche del 13 al 14 de octubre con la intervención de Azaña en defensa y modificación del art. 24 y la primera crisis del Gobierno Provisional con la dimisión de Alcalá Zamora y Miguel Maura. Se acuerda dejar en manos de Besteiro la solución de la crisis. Este encarga a Manuel Azaña que constituya Gobierno el mismo día 14 de octubre. Para una visión de conjunto puede verse, entre otros, Peña González, José: «Historia Política del Constitucionalismo Español». Madrid, 1995. Págs. 339 a 387.

22 «Breve historia del Constitucionalismo español». Pág. 123.

RASGOS FUNDAMENTALES DEL TEXTO CONSTITUCIONAL.

Como he indicado anteriormente la Constitución pretende recoger las ilusiones colectivas que el cambio de régimen ha suscitado en España. Se presenta pues como una especie de solución taumatúrgica para los problemas nacionales y además- y esto en mi opinión es lo mas problemático- se identifica totalmente con la República. De tal manera que la suerte de una tenía que ser la de la otra. Ambas coincidirían en el aparente triunfo inicial y en el seguro fracaso final. La República y la Constitución eran la consecuencia de una dictadura agotada que había dado paso a una solución democrática. Algún autor ha llegado incluso a escribir que la República era «el último disfraz de la Restauración». (23). Frente a esta tesis, la República y la Constitución Republicana eran la consecuencia de la «ola democratizadora» que recorría Europa a partir de la gran guerra y que había llegado a España en los años treinta. Pero hay tres notas que diferencian el caso español del centro europeo. En España la democracia no es la consecuencia de la imposición de los vencedores de una guerra, ha cambiado el tempo histórico cultural y es completamente distinto el ámbito socioeconómico. La República vive inmersa en la oleada del totalitarismo que se extiende por el viejo continente y sufre desde el principio las consecuencias de la crisis del 29. De ahí la fragilidad que le acompañó desde el principio. Eran muchos los inconvenientes y la naciente República era demasiado débil para hacerles frente.

La Constitución del 31 pretendió ser el instrumento jurídico que hiciera realidad la ilusión popular por el nuevo régimen en el contexto de un estado de derecho del que en ocasiones parecían estar empachados los prohombres republicanos. Querían garantizar los Derechos del Hombre y desterrar de la realidad española los «derechos del hambre», parafraseando el famoso libro de Julio Senador. Desde el punto de vista orgánico, la Constitución contempla un poder ejecutivo dualista, propio de un régimen parlamentario y unas cortes unicamerales, lo que en buena técnica constitucional viene a chocar en parte con el modelo de estado no centralizado que la Constitución establece. El Ejecutivo es posiblemente donde se haga mas patente el afán de los constituyentes por buscar una vía medía entre un presidente débil como el francés de la III República y otro muy fuerte como el alemán de Weimar. Al final mezclaron am-

23 Véase Emiliano Aguado. «La República, último disfraz de la Restauración». Madrid, 1972.

bos conceptos y el resultado fue una confusión de funestas consecuencias entre las competencias del Presidente de la República y el Jefe del Gobierno por un lado y por otro la relación de ambos- especialmente el primero- con la Cámara. La destitución en abril del 36 de Alcalá-Zamora es un auténtico golpe de estado, justificado en el propio texto constitucional y explicable por la mezcla del parlamentarismo clásico de las Leyes Francesas de 1875 con el parlamentarismo híbrido y cuasi cesarista del régimen de Weimar.

En cuanto al legislativo, se trata de un sistema unicameral cuyos miembros son todos ellos elegidos por sufragio universal libre directo y secreto. La universalidad del sufragio se extiende por primera vez en la historia española a las mujeres en una muy reñida votación por 160 votos a favor frente a 121. Con este reconocimiento, la república española se adelanta a muchas de las democracias entonces existentes. La Cámara tiene la potestad legislativa y además la posibilidad de presentar un voto de censura al Gobierno (Art. 61), el control político sobre el mismo como es propio de todo régimen parlamentario y la posibilidad de destituir al Presidente de la República, si éste abusa del decreto de disolución.

En cuanto al poder judicial reconoce el principio de unidad jurisdiccional (salvo la jurisdicción penal militar mantenida en el art. 95) y la independencia del mismo. Se reconoce el Jurado y se introduce en nuestra Patria como gran novedad la Justicia Constitucional. Se trata de un tribunal de Justicia Concentrada inspirado en el modelo kelseniano establecido en Weimar. También se reconoce el Tribunal de Cuentas de la República como «órgano fiscalizador de la gestión económica».

En cuanto a los derechos y libertades fundamentales vienen regulados en el Título III de la Constitución y su violación es susceptible de amparo ante el Tribunal de Garantías a tenor de lo establecido en la letra b) del art. 121. A lo largo de más de 20 artículos, la Constitución pone en marcha el reconocimiento de los derechos y libertades, incluidos los de contenido social y económico que forman parte del concepto de estado social de derecho. Los constituyentes de 1931 conocen bien la obra de Lasalle y las últimas aportaciones del derecho constitucional y ello se deja ver en el texto. Por primera vez se supera el estricto concepto de estado de derecho para meterse de lleno en el terreno de welfare state.

La suspensión de estos derechos fundamentales solo podría llevarse a cabo durante tres meses, debiendo resolver sobre la conveniencia de la misma el congre-

so de los Diputados o la Diputación Permanente. La prórroga de la suspensión exige acuerdo de la Cámara (art. 42). Lamentablemente esta declaración de garantías se vio afectada desde el primer momento por el clima de crispación en que se movió la República por la promulgación de una norma legal preconstitucional que más tarde se constitucionaliza y se adiciona al texto como es la Ley de Defensa de la República de 21 de Octubre de 1931. La Ley concedía amplísimos poderes al Ministro de la Gobernación para combatir la subversión y fue sustituida por la Ley de Orden Público de 29 de agosto de 1933.

Sin embargo los dos temas estrella de las constituyentes fueron la nueva organización del estado y las relaciones con la Iglesia. En ambos casos se cumplió una especie de regla de oro de la vida política española, en virtud de la cual el peso de los agentes es superior a las condiciones objetivas del sistema y acaban imponiéndose al propio sistema. El personalismo y el particularismo como los grandes males nacionales denunciados con fuerza por Ortega se hacen notar de forma especial en el tratamiento de algunos de los problemas fundamentales para la convivencia española presentes en 1931, y de modo especial en los antes mencionados. En este caso la responsabilidad de la solución final acordada tiene nombre y apellidos: Manuel Azaña. Veamos de su mano cuales fueron las soluciones aportadas.

Por lo que al planteamiento territorial del estado se refiere, Manuel Azaña recuerda una y otra vez que hay que hacer realidad las promesas del Pacto de San Sebastián, porque «una de las cosas que tiene que hacer la República es resolver el problema de Cataluña y si no lo resolvemos, la República habrá fracasado». (24)

La República quiere superar la vieja antinomia entre unitarismo-autonomismo y pretende armonizar, a través de los estatutos autonómicos, las corrientes centrípetas y centrifugas de la historia patria. La solución no puede ser la uniformidad empobrecedora de todos los reinos de España como había pretendido Felipe V. La solución azañista está inspirada en el recio castellanismo que predica el alcalaino. En

24 Contestación a Miguel Maura en las Cortes el día 22 de octubre de 1931. Azaña se encara con el problema de Cataluña desde su óptica de liberal burgués. Analiza el origen del estado español del Renacimiento en una memorable intervención parlamentaria haciendo un análisis histórico que parte de la Edad Media y llega hasta la proclamación de la República.

un memorable discurso del que no se sabe si admirar mas el fondo que la forma , el verbo de Azaña nos lleva directamente a la formula técnica del estado Integral. (25)

La teoría del estado integral recogida por los constituyentes del 31 en el párrafo 3º del artículo 1º de la Constitución establece que «La República constituye un estado Integral , compatible con la autonomía de los municipios y las regiones». Por primera vez en la accidentada historia constitucional de España se rompe abiertamente con el concepto de estado unitario presente en todos los textos desde Cádiz a la Restauración canovista con el frustrado paréntesis del Proyecto republicano Federal de 17 de julio de 1873. Conviene destacar también que esta originalidad hispánica de 1931 habría de influir bastante en el constitucionalismo europeo a partir de 1945. Ejemplo claro de esta influencia es la Constitución Italiana de 1947. Tampoco ha sido ajena esta problemática a la solución dada al problema territorial en la Constitución Española vigente. (26)

Lamentablemente en el caso español se aplica una teoría de estado compuesto, bajo la formula de estado integral sobre una distribución funcional del poder que presenta un legislativo unicameral. Lo correcto hubiera sido una segunda cámara que representara y sirviera de vehículo a los entes territoriales que se acogieran al párrafo 3º del art. 1º. El ex Presidente Alcalá-Zamora en su obra sobre «Los defectos de la Constitución de 1931», señala como uno de los principales la ausencia de esta segunda cámara. (27)

25 Hablando de Castilla como soporte de la patria española dice en las Cortes: «es demasiado grande, demasiado profundo el espíritu de una región como esta para que quepa en una mente pequeña; cuando se ha peregrinado por los caminos de castilla bordeados de ruinas, y se ha percibido y auscultado un silencio enorme, y se ha bebido en la limpidez del cielo un poco del alma de nuestra patria y de nuestros mayores, hay derecho a volverse hacia los hombres de la periferia española y decirles: de nosotros no tenéis nada que temer; a nosotros los castellanos, nos basta nuestro destino, que es llevar sobre los hombros la universalidad del nombre de España. Y cuando se tiene ese destino claro, no hay orgullo que no esté satisfecho». Véase OO.CC. Tomo II. Pág.284.

26 El planteamiento constitucional de todas estas cuestiones puede verse entre otros en Peña González, José : «La distribución Territorial del Poder». Toledo, 1987 y en «Curso de Derecho Político». Madrid, 1989.

27 Desde el punto de vista técnico parece una exigencia la segunda cámara, ya que al distribuirse territorialmente el poder hace falta que en el orden de la distribución funcional hay una cámara que representara la República y otra a la que tuvieran acceso las partes integrantes del estado Integral.véase Peña González: «La distribución funcional del poder». Toledo 1987.

La teoría del estado Integral fue presentada en la cámara por el Profesor Miguel de las Cuevas , como una vía intermedia entre el concepto de estado Federal y el de Estado Unitario. Hernández Lafuente ha puesto de relieve la influencia de Kelsen y Hugo Preus en la elaboración del concepto. Por su parte Jiménez de Asúa reconoce el influjo de Weimar en esta solución constitucional. (28)

No está de mas poner de relieve que la solución autonómica propuesta por Azaña y aceptada por los constituyentes del 31 tiene un carácter extraordinariamente restrictivo. Es excepcional en su aplicación y en principio solo está pensada para Cataluña. La dinámica política generada por la guerra civil la hará extensible al País Vasco. (29) Quizá ello pudiera justificar la ausencia de la segunda cámara a que antes me he referido.

El segundo punto a analizar es el de las relaciones Iglesia-Estado. Tratándose de España era algo mas que las relaciones entre dos potestades soberanas . Lo que estaba en juego una vez mas era el análisis de lo que se conoce desde la Constitución de 1869 bajo la rubrica del llamado «problema religioso». Hay una rara unanimidad entre los estudiosos del tema para considerar este «problema» como uno de los grandes obstáculos , si no el mayor con el que tuvo que enfrentarse la República.

Una de las creencias colectivas imperantes era el binomio Trono-Altar. La caída de una de las partes del binomio- el trono permitía avanzar la hipótesis de un resquebrajamiento de la otra parte. A su vez gran parte de la nueva clase política mantenía bastantes recelos frente al papel de la Iglesia. Puede afirmarse sin exageración que salvo el caso de Alcalá-Zamora y Maura, el resto de los miembros del gobierno provisional y un altísimo porcentaje de los diputados constituyentes no comulgaban precisamente con las ideas religiosas hasta entonces tenidas por irrefutables.

28 Jiménez de Asúa en su obra «Proceso histórico de la Const.» . Pág. 56 . En cuanto a Hernández Lafuente véase su obra «Autonomía e Integración en la Segunda República». Madrid, 1980. De modo especial págs. 267-8. En esta obra, que fue la tesis doctoral del autor, se hace una disección muy precisa y técnica del concepto de estado Integral y a su aplicación a la realidad española de 1931 .

29 Prueba de este carácter restrictivo es que en plena normalidad republicana solo se promulga el Estatuto de Nuria para Cataluña, firmado precisamente en San Sebastian el 15 de septiembre de 1932. El vasco fue aprobado por trámite de urgencia por las Cortes Republicanas el día 1º de octubre de 1936 y publicado el día 6 del mismo mes, en plena guerra civil y cuando los gudaris vascos luchaban contra las tropas de Franco. El primer Presidente de la Generalitat fue Luis Companys y el primer Lehendakari , Juan Antonio Aguirre y Lekube.

Por si faltaba poco, la República nace con «olor a chamusquina», con los incendios de mayo y va a intentar a nivel constitucional resolver el nudo gordiano de las relaciones Iglesia-estado con la formula del art. 26 de la Constitución. De entrada la intervención del Sr. Azaña y su famoso «España ha dejado de ser católica» que suena como un latigazo en la conciencia de muchos españoles la noche del 13 de octubre de 1931, va a provocar la primera crisis política del naciente régimen. El discurso en cuestión ha merecido los calificativos mas encontrados , desde sectario e impertinente a sublime. Las citas de autoridad sobre el mismo son muchisimas. Pero todos coinciden en que la famosa expresión azañista fue la gran bomba política de las constituyentes. Su autor al día siguiente es el nuevo Presidente del Gobierno Provisional y el ex Presidente Alcalá Zamora que levanta tras su dimisión la bandera revisionista, sería elevado a la Presidencia de la República, entre otras razones para evitar que abanderase el descontento de los católicos que se sentían agraviados. Nunca una frase había provocado tanta conmoción ni tan graves consecuencias políticas. Sirva como ejemplo la amenaza a gritos desde su escaño del canonigo y diputado vasco Pildain, cuando tras la votación afirmaba a voz en grito que « no nos queda otro camino que el de la guerra civil». (30). Puede afirmarse que a partir de la aprobación del art. 26 , España queda dividida en dos mitades inconciliables.

A MODO DE RESUMEN.

Con la brevedad que exige el formato de un articulo que ya está resultando demasiado amplio, creo que sería interesante terminarlo con un análisis comparativo entre la Constitución cuyo setenta aniversario se cumple este año, con el texto vigente en nuestra Patria que también en estas fechas alcanzara los primeros veintitrés años de vida. (31)

30 Recogido por Juan Simeon Vidarte en su «Crónica de las Constituyentes». Pág. 218.

31 Con motivo del cincuenta aniversario de la instauracion de la II República Española , el antiguo Centro de Estudios Constitucionales, hoy Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, organizó un ciclo de conferencias sobre la misma. Abrió el ciclo Don Antonio Hernández Gil que había sido Presidente de la Cortes en el periodo Constituyente y cuya firma aparece al pie de la Constitución junto a la del rey y la de los entonces Presidentes del Congreso, Alvarez de Miranda y del Senado, Sr. Fontan. El Profesor Hernández Gil analizo en su intervención los procesos constituyentes que condujeron al texto de 1931 y 1978.

Para empezar me referiré a su vigencia. La del 31 solo estuvo vigente en condiciones de normalidad a veces discutible durante 5 años. Del 9 de diciembre de 1931 al 18 de julio de 1936. Es cierto que en la zona republicana se mantuvo formalmente hasta el final de la guerra. Pero ello no pasa de ser una ficción. Lo cierto es que incluso antes de la sublevación de julio ya había sido objeto de amenazas como la protagonizada por Sanjurjo el día 10 de agosto que perseguía como uno de sus principales objetivos, evitar la aprobación del Estatuto de Cataluña. Su fracaso aceleró la aprobación del estatuto. En cambio la Constitución de 1978 es ya a pesar de su juventud, la de mayor duración en el tiempo de forma ininterrumpida tras el texto canovista de 1876. Ambas coinciden en la inexistencia de un hecho revolucionario cruento que les sirva de punto de partida. Las dos son el resultado de una necesidad de cambio político sentido en el País y que se pretende encauzar jurídicamente.

En cuanto a la forma de gobierno, la una es republicana y la actual es monárquica. Aquella llega desde la monarquía a la que sustituye. Esta es monárquica aunque propiciada en su origen por un régimen que era un reino desde 1947 , aunque miraba hacia otro lado cuando se atacaba a la familia Borbón y lo que ella significaba. En ambas el profesor Hernández Gil destaca un dato curioso. En 1931 muchos monárquicos se hicieron republicanos. En 1978 y de modo especial en 1982 (añado por mi cuenta) muchos republicanos se hicieron monárquicos, aunque personalmente opino que mas que monárquicos se hacen juancarlistas. Las dos democráticas y parlamentarias, aunque en ambos casos su procedencia inmediata fuera un régimen personal llámese primoriverista o franquista.

Por lo que a la extensión se refiere, mas breve la republicana. Mas extensa la monárquica, en la que se han incluido materias extraconstitucionales que engordan innecesariamente el texto. En cuanto a su origen, la republicana de 1931 es el fruto de unas cortes expresamente convocadas como constituyentes. La monárquica de 1978 es el punto final de un proceso político que se inicia con la Ley 1/ 1977 de 4 de enero, Ley para la Reforma Política. Aunque no aparece formalmente su convocatoria constituyente, las Cámaras surgidas tras la elecciones del 15 de junio de 1977 eran conscientes de la trascendencia histórica del momento que se vivía. También desde el punto de vista formal se puede considerar equivalente la Comisión Parlamentaria que elabora el proyecto de constitución y la ponencia constitucional de 7 miembros que elabora el anteproyecto de la vigente.

Ambas coinciden también en que al mismo tiempo que se debatía la Constitución había que hacer compatible la tarea constituyente con la cotidiana acción de gobierno.

Por último y para terminar este esquema comparativo, poner de relieve el carácter generalizable que la constitución actual ha dado al tema autonómico, diseñando un modelo de estado que vive las incertidumbres de un modelo *sui generis* de autonomía que de facto, es un estado de federalismo avanzado. En cambio la Constitución de 1931 dió un tono muy restrictivo al tema de la distribución territorial del poder.

Para terminar quisiera poner de relieve un dato que sirve de denominador común a ambos textos constitucionales. Me refiero a la intensa ilusión que ambos provocaron. En las dos situaciones se le otorgó al texto una especie de valor taumatúrgico, como si con el solo hecho de su promulgación, se fuesen a arreglar de golpe todos los problemas de la convivencia española. Parece como si la sociedad española quisiera hacerse a la idea de que un nuevo texto podría arreglar pacíficamente todos los problemas del país. Hubo mucho de ilusión democrática, de esperanza en que España podría volver a recuperar su pulso. Una vez más el pueblo español vivió colectivamente y en su amplia mayoría la creencia de conseguir una existencia pacífica encauzada en un texto constitucional. El texto de 1931 no logró alcanzar estos objetivos. Confiamos que el vigente permita a nuestra patria alcanzar las cotas de prosperidad y bienestar que se merece este viejo y a veces excesivamente confiado pueblo.

EL DERECHO PRIVADO EN LA ESPAÑA PRERROMANA.

Rafael Pérez Molina

Profesor de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba.

1.- EL MATRIMONIO: Se infiere su existencia del texto de Estrabón, sacado de su obra Geografía (Entre el 29 y el 7 a. De C.), 3, 4: 17 y 18: "Ceden el lecho a sus maridos" o "casar a sus hermanos". Estas expresiones junto con otras del mismo texto, como padres, madres, hermanos, denotan un régimen familiar con origen en el matrimonio, polémica a parte, sobre si podemos encontrarnos ante una cultura matriarcal, patriarcal o en régimen de transición.

1.1.- CAPACIDAD PARA CONTRAERLO: Tratándose de la época que se trata, en donde la esperanza de vida no debía sobrepasar un número de años próximo a la de la actual, es lógico pensar que la edad para contraer matrimonio fuera similar exigida por el derecho romano, es decir 14 años en el hombre y 12 en la mujer. No obstante, pensamos que esta situación sería comprobada materialmente mediante una inspección corporal.

Creemos que ni siquiera se plantearía la posibilidad de unir en matrimonio a personas con imposibilidad manifiesta para la procreación, siendo el caso más evidente el del hombre castrado.

Se contraería entre miembros de una y otra familia, y no dentro de la misma, dado que se trataría de grupos reducidos, evitando así su debilitación.

El hecho de que el varón saliera de su familia para integrarse en la de su esposa, supondría participar del culto practicado en esta última.

Sobre el consentimiento de los contrayentes, como requisito para la existencia del matrimonio, pensamos que si bien habitualmente, la unión se produciría por voluntad deseada y manifestada de ambos jóvenes, habría casos en que esa unión viniera impuesta desde la esfera jerárquica de sendas familias por interés en ocupar un más alto escalón dentro de la pirámide del núcleo de población de integración

familiar.

Pero además, en el supuesto de que los contrayentes estuvieran bajo la potestad familiar, como realmente lo estarían, parece lógico pensar que, al menos, se exigiría que la persona que ostentara la jefatura familiar, no se opusiera a la unión matrimonial.

Por la razón ya apuntada, constituirá un impedimento para contraer matrimonio, el parentesco de consanguinidad en línea recta; pues al tratarse de grupos reducidos, el admitir este tipo de uniones, supondría una desaparición anunciada del grupo.

No nos atrevemos a opinar sobre otros supuestos de imposibilidad matrimonial, como pudiera ser la unión entre personas relacionadas por parentesco de afinidad o de consanguinidad en línea colateral, por no disponer de las más mínimas fuentes de conocimiento. Sería por tanto muy arriesgado emitir un pronunciamiento en tal sentido.

Tampoco nos comprometemos a dar opinión afirmativa o negativa sobre la posibilidad de contraer matrimonio entre la adúltera y su cómplice; aunque sí creemos que se admitiría, dadas las circunstancias de este tipo de sociedades, el matrimonio entre el raptor y la raptada.

Gran riesgo de error correríamos, si afirmáramos o negáramos la posibilidad de unión de la viuda con anterioridad al transcurso del tiempo de gestación desde la muerte de su primer marido, aunque parece lógico que se evitara, impidiendo así una paternidad incierta, sobre todo teniendo en cuenta, que con el rito de la covada el marido no sólo reconocía, sino que reafirmaba su paternidad.

Sí nos inclinamos por afirmar que se trataría de uniones monogámicas; pues en caso de que no fuera así, el autor que relata la forma de vida ibérica, con sentido crítico, hubiera narrado la situación de bigamia o poligamia.

1.2.- EN CUANTO A LA FORMA: Alguna solemnidad debió adoptarse. Dado que con el matrimonio el varón salía de su familia para integrarse en la de la esposa, y que como veremos más adelante, existía la dote, posiblemente este acto solemne estaría relacionado de alguna forma con la constitución de esa dote y la celebración de algún acto de culto, que ratificara la plena integración del marido en la familia de la mujer.

1.3.- DISOLUCION: Sólo admitimos como causa cierta, el fallecimiento de uno

de los contrayentes, que dejaría en libertad al otro para poder contraer nuevo matrimonio, aunque esto último lo admitimos con reticencias, dada la fuerte vis atractiva que hacia la familia de la esposa había supuesto la integración en ella del esposo supérstite

Como causas posibles de disolución, pero en entredicho, admitimos, el hecho de que el marido desapareciera por haber caído prisionero de otra comunidad; aunque parece lógico pensar en la exigencia del transcurso de un tiempo mínimo de ausencia, a favor de la seguridad. O el divorcio, entre otras razones, por adulterio.

2.- LA DOTE: Esta institución es citada por Estrabón, en el mismo texto citado con anterioridad. Con independencia de la polémica o debate que pudiera abrirse sobre si fuera el hombre quien dotara a la mujer o ésta la que dotara a sus hermanos, si pretendemos, como así es, desarrollar un trabajo completo dentro de lo posible sobre el campo del derecho privado en la era primitiva o prerromana, es obligado hacer, como hacemos, un pronunciamiento de cierta complejidad sobre esta institución y no una mera cita de las misma.

2.1.- CONCEPTO: La dote es el conjunto de bienes que uno de los contrayentes o un tercero en su nombre entrega al otro contrayente del matrimonio, como ayuda para el sostenimiento de sus cargas.

A la vista de esta definición, se puede comprobar con facilidad, que existe una diferencia con respecto al concepto tradicional romano (1). Fundamentalmente la diferencia se debe a la innovación contenida en nuestra definición, que permite entender como dote también el patrimonio que el marido o un tercero en nombre del marido entrega a la mujer para ayudar al sostén de las cargas del matrimonio.

Si nuestra definición no contuviera esta innovación, obviamente no podríamos encuadrar dentro de la dote a la prerromana.

Precisamente esta diferencia es la que denota el importante papel que jugó la mujer en esta sociedad del Norte de la Península en la época primitiva, como contraposición al jugado en otras sociedades posteriores, como por ejemplo la romana, en donde el papel predominante correspondió al varón.

1 Joan Miquel en su obra Derecho Privado Romano, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas s.a., Madrid, 1.992, pág. 368, define la dote como el conjunto de bienes que la mujer o un tercero en su nombre entrega al marido para ayudar a sostener las cargas del matrimonio.

Teniendo en cuenta esta contraposición, debería entenderse que en el Norte de la Península, y en el periodo del derecho primitivo o prerromano, el patrimonio llevado por el marido al matrimonio, en concepto de dote, sería asumido por la mujer, haciéndose ésta propietaria; igual que el marido se hacía propietario de la dote en derecho romano, aunque se tratara de una propiedad funcional.

De otro lado, de la referencia a la dote que hace Estrabón, no es que se deduzca su obligatoriedad, pero no es menos cierto que en la práctica, y dada la significación social que supondría, siempre se daría, en mayor o menor medida.

2.2.- CLASES DE DOTE: No podríamos hablar con propiedad, como en derecho romano, de varias clases de dote (según su constitución: Profecticia -constituida por el paterfamilias de la mujer- o adventicia -constituida por cualquier otra persona-; o según se hayan o no evaluado los bienes: Estimada o inestimada). Sin embargo, aunque no sea por el texto en sí mismo, podría entenderse en consonancia con la interpretación que la doctrina hace del texto de Estrabón, que podría existir una dote similar a la profecticia romana, pero con una diferencia que es la que produce la idiosincrasia de la dote prerromana, y que viene dada porque, en vez de provenir del paterfamilias de la mujer, provendría de la persona que dentro de la familia de la que procedía el marido tomara las decisiones importantes, fuera una mujer o sus parientes masculinos, en cuyo caso tendría aplicación la figura que se conoce como avunculado (control de las decisiones familiares por los parientes masculinos de la mujer). Esta última posibilidad permitiría hablar también de una dote que podría ser similar a la adventicia romana, en tanto procediera del tío del varón que iba a formar parte de otra familia al contraer matrimonio, tío materno, hermano de la madre que no se habría desvinculado de la familia, pudiendo explicarse así, que el gobierno de la familia o del grupo social, a pesar de la gran influencia de la mujer, no correspondiera a ésta, sino al hermano de la madre, al tío materno que no se había desvinculado.

2.3.- CONSTITUCION: Aunque no existe base suficiente para poder determinar con exactitud el momento de la constitución de la dote, al tratarse de sociedades primitivas, es lógico pensar que se constituiría en el momento previo inmediato a la realización del acto que supusiera la incorporación del marido a la familia de la mujer.

No podemos resolver la duda que se nos plantea en cuanto a la posible restitución de la dote, en supuestos de disolución del matrimonio. Sin embargo, si por alguna causa, a pesar de que como hemos señalado con anterioridad, se constituiría en

un momento muy inmediato al acto de incorporación del marido a la familia de la mujer, el matrimonio no llegara a tener virtualidad, los bienes que constituyeran la dote deberían volver a su origen.

3.- LA HERENCIA: Dice Estrabón que «Son las mujeres las que heredan». Y para sacar una conclusión de esta afirmación, debe ponerse a nuestro juicio, esta frase en relación con la que el mismo autor ubica en el texto, a continuación de la anterior: «Y las que se preocupan de casar a sus hermanos».

Evidentemente, lo expuesto no viene sino a corroborar el papel predominante de la mujer en esta sociedad.

Heredar, supone suceder a una persona en sus bienes (en la actualidad también ha de hacerse cargo de las deudas, salvo aceptación de la herencia a beneficio de inventario -El beneficium inventarü es una innovación de Justiniano-), al fallecimiento de ésta. Por ello esta sucesión se ha venido denominando como «Mortis causa».

La herencia en el periodo del derecho prerromano o primitivo en el Norte de la Península, se transmite a las hijas.

El primer interrogante que se puede formular, es si heredan todas las hijas. Nuestro parecer es que no, que sólo heredaría una, la de mayor edad. La expresión: «Y las que se ocupan de casar a sus hermanos», así lo corroboraría. No todas las hermanas asumirían las gestiones encaminadas a casar a sus hermanos, sino la hermana mayor, la más representativa. En un régimen de ginecocracia, no cabe pensar en que dentro de una misma familia sean varias las personas que tomen las decisiones importantes; igual que tampoco cabe pensarlo en una familia patriarcal. «Las mujeres cultivan la tierra». La agricultura, sin duda suponía importante parcela de la actividad económica de esta sociedad, parcela que era controlada por la mujer.

No tendría sentido que heredaran todas las hermanas, cuando de lo que se trataba es de que el patrimonio permaneciera íntegro dentro del grupo familiar, incluso aunque las hijas permanecieran siempre vinculadas a la familia, siendo el varón el que saliera de ella, porque también se trataría de evitar que se plantearan contradicciones a la hora de tomar decisiones.

Ha de partirse de la base de que ni siquiera en el derecho romano, puede hablarse del Derecho de Sucesiones, como una parcela perfectamente acotada, frente a otras parcelas del derecho, porque ello es una creación de la dogmática moderna,

que aparece en el plan de Savigny, en el Código Civil Alemán (BGB) y en la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña (2).

Por las mismas razones apuntadas anteriormente, pensamos que la herencia siempre sería a título universal, es decir sin distinguir entre herencia propiamente dicha y otros tipos de sucesión, como puede ser el legado (3).

Se trataría en definitiva de mantener el control de la totalidad del patrimonio que pudiera constituir la herencia en manos de la persona que rigiera la vida familiar. Si se admitiera la posibilidad de una institución similar al legado, el patrimonio familiar se dividiría, con lo que tal fin devendría imposible.

Debió tratarse de un tipo de sucesión abintestato, debido a que la persona llamada a suceder, está en la conciencia de todos, es la persona que ostenta el poder de decisión familiar, tras el causante. Es la siguiente en la jerarquía familiar. No se tendría que expresar, por tanto, por parte del causante, previamente a su fallecimiento, cual es la persona llamada a sucederle. En todo caso, sería imposible, o sin efecto alguno, una pretendida decisión en tal sentido. Consecuencia de lo anterior, es la inexistencia de testamento.

Por ello tampoco sería necesario prever un régimen de sucesión legal, determinando quien tiene preferencia en razón del parentesco, ya sea en línea ascendente, descendente o colateral. Ni ocurriría como en sociedades posteriores, cuando una persona, a falta de descendientes, recurre a la adopción, para así disponer de un heredero nombrado por el causante, como si de un hijo se tratara. Porque si bien es verdad que admitimos la posibilidad, aunque sea en raras ocasiones, de que un extraño (parentesco figurado) fuera quien en un momento determinado, pudiera suceder en la herencia, precisamente sería en función de que el parentesco figurado, fue asimilado al parentesco real, como ya a lo largo de la exposición hemos tenido oportunidad de indicar.

2 Así lo indica Joan Miquel en la página 387 de la obra citada.

3 Según nuestro vigente Código Civil (art. 660) es heredero el que sucede a título universal y legatario el que sucede a título particular.

Consecuentemente ni sería necesaria, ni se produciría, la aceptación de la herencia; ni su rechazo, a no ser por la salida, muy improbable, de la persona destinada a suceder, de la familia, por haber sido aceptada dentro de otra, en base al parentesco figurado.

Por razones obvias, nunca se daría el supuesto de nulidad o revocación de la disposición por la que se establece la persona llamada a suceder. Sí pudo darse el caso de que poco antes de que se produjera el fallecimiento de la persona que iba a ser sucedida, la siguiente en el escalafón de la jerarquía familiar, aquella a la que le tocaba asumir el primer puesto, y por tanto recibir la herencia, no lo hiciera, bien por premoriencia, bien por salida de la familia, al ser aceptada dentro de otra en base al parentesco figurado. Aunque este último supuesto no se daría, en pura lógica, dentro de las sociedades con cultura matriarcal, en donde sería siempre el marido el que se incorporaría a la familia de la mujer.

La sucesión prerromana se trataría de una institución similar, aunque no idéntica, a la de los herederos sui de la primitiva sucesión romana (4). No sería idéntica, entre otras razones, porque aunque la relación de los sui herederos se basaba en la confianza recíproca de los hermanos, las XII Tablas daban derecho a ejercitar la *actio familiae erciscundae* (acción para la división de la herencia), que en la actualidad podría decirse que se corresponde con la *actio communi dividundo* (acción para la división de la cosa común), aunque con la diferencia de que allí iba referida exclusivamente a los bienes provenientes de la herencia, y aquí a cualquier bien que se posea en copropiedad o comunidad de propietarios.

4 Con respecto a esta figura, Gayo (2, 157) explica que incluso en vida del padre, se consideran, de alguna manera, propietarios (vivo quoque parente quodammodo domini existimantur). Y Paulo (Paul. 2 ad Sab.D. 28, 2, 11) dice que la continuación en la propiedad de los sui herederos hace que sea como si en realidad no se tratara de una sucesión, ya que estas personas en vida de su padre tenían ya algo parecido a una propiedad.



LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DELITOS AJENOS EN LOS FUEROS MUNICIPALES CASTELLANO-LEONESES.

Dr. Miguel Pino Abad

Titular de Universidad de Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad de Córdoba.

1. Introducción.

Durante los siglos medievales, la inmensa mayoría de las conductas delictivas debían su perpetración a individuos que actuaban dentro de la misma demarcación territorial donde tenían localizado su hogar. No hay que olvidar que a ello contribuyó decisivamente la severa dependencia y la falta de libertad que soportaban las personas que vivieron en esa época, lo que les conminaba a que se desenvolvesen desde su nacimiento hasta su muerte en un reducido espacio.

El clima generalizado de violencia que sacudió a estos años, provocó que muchos pequeños propietarios asentados en las aldeas buscaran el auxilio de los más poderosos señores residentes en las ciudades, a cambio de comprometerse a pagarles determinados impuestos y a realizar ciertos servicios en su beneficio. Estos hombres tenían muy limitada su capacidad de desplazamiento, pues no podían abandonar la tierra que les pertenecía si con ello quedaban mermados los ingresos económicos o la prestación de servicios en favor de su señor. Ello no significaba que se prohibiese la transmisión patrimonial del terreno de que eran titulares, pero todo quedaba supeditado a que el adquirente siguiese soportando las cargas que pesaban con anterioridad sobre el vendedor. Si ese requisito no era observado, la penalización podía ascender a la pérdida de hasta la mitad de las tierras que pasarían al dominio del señor (1).

1 Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ: «Muchas páginas más sobre las behetrías», en Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE), 4 (1927), pág. 5 y ss.

Fuera de este reducido ámbito de la villa o su correspondiente alfoz, sólo en casos excepcionales debieron cometerse delitos, cuya represión competía a los funcionarios reales, ya que se partía de la premisa de que los caminos habían de estar protegidos a través de una paz especial de vigencia para todo el reino y, por tanto, no circunscrible al pequeño término municipal de cada localidad (2).

Junto a todo esto, hay que tener en consideración la importante autonomía que, en muchas ocasiones, consiguieron alcanzar los municipios, merced a los fueros, exenciones y privilegios que les concedieron los señores y los reyes en el contexto de una política tendente a consolidar una población estable dentro de una comarca. Pero quizá lo más notable es que esos iniciales privilegios se convirtieron con el transcurso del tiempo en unos completos ordenamientos jurídicos de creación autónoma por parte del concejo de la villa, enriquecidos con normas de procedencia judicial y consuetudinaria, donde se fijó de manera discrecional el régimen sancionador más idóneo que había de imponerse a los partícipes en la comisión de los diferentes delitos acaecidos en la esfera del municipio (3). En estos casos aparecían con extraordinaria frecuencia las penas de naturaleza patrimonial como medio que se utilizaba no sólo para castigar al delincuente, sino también como forma de enriquecimiento de las arcas del concejo.

Dichas penas estuvieron casi siempre unidas a otras sanciones de índole corporal irrogables a los autores de atentados ordinarios contra la vida o la propiedad de los demás. En otros supuestos más excepcionales, se engarzaron a las consecuencias penales derivadas de comportamientos que despertaban especial odio en el seno de la sociedad, al atentar contra los pilares básicos sobre los que se levantaba el orden colectivo en cada territorio. La conculcación de principios tan relevantes como la confianza, la amistad, la dependencia o la fidelidad, acarreaban un plus en la penalidad

2 Rafael GIBERT: «La paz del camino en el derecho medieval español», en AHDE, 27-28 (1957-58), pág. 831 y ss; Francisco TOMÁS Y VALIENTE: El Derecho penal de la Monarquía Absoluta, Madrid, 1992, pág. 24.

3 Antonio SACRISTÁN Y MARTÍNEZ: Municipalidades de Castilla y León, Madrid, 1981, pág. 199.

frente a aquellas otras conductas antijurídicas en las que no concurrían tales circunstancias agravatorias (4).

Ante el sistema jurídico, el sujeto pasivo de estas conductas no era sólo aquel sobre el que materialmente se había realizado, sino más bien la generalidad de los vecinos, pues ese ilícito había resquebrajado los principios fundamentales en que se apoyaba la pacífica convivencia de cualquier localidad. Y es que la debilidad del poder público, centrado con prioridad en las acuciantes tareas bélicas de la reconquista, le restaba capacidad para responder con la suficiente contundencia a los delincuentes. Esa difícil tesitura conllevaba que la violación de los principios mencionados provocase la más exaltada de las repulsas y la obligación por parte de todos los habitantes de aunar sus esfuerzos, a fin de poner a disposición de los jueces al malhechor que con su conducta quebrantó la tranquilidad urbana. De todo esto se colige que cuando entre el sujeto activo y pasivo del delito mediaba alguno de esos estrechos vínculos se generaba una agravación en la penalidad del ilícito, respecto del cometido sobre cualquier otro individuo donde no aparecía tal motivo de unión.

Como puede comprenderse ese mayor rigor sancionador en la represión de los atentados que se podían realizar contra la persona de alguien con quien el delincuente había tenido una estrecha relación personal o de dependencia, se mostraba como un elemento disuasorio ante el hipotético deseo de un sujeto de atentar contra su cónyuge, pariente o señor.

Pero debemos advertir que ese mayor amparo que el derecho dispensaba a estos sujetos, también presentaba su reverso. En efecto, si el delito se había cometido contra la persona de un tercero con quien el delincuente no mantuvo ninguna clase de nexo de parentesco o dependencia, las consecuencias penales derivadas de tal acción debían ser repercutidas de forma directa contra su persona y sus bienes. Ese era, como parece lógico, el supuesto más habitual: el delincuente era castigado con la pena corporal y económica consignada en el precepto correspondiente del fuero vi-

4 Sobre este tema puede verse José ORLANDIS: «Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media», en ANDE 18 (1947); Eduardo HINOJOSA Y NAVEROS: «El elemento germánico en el Derecho español», en Obras, tomo II, Madrid, 1955, pág. 70; Angel LÓPEZ-AMO MARÍN: «El Derecho penal español de la Baja Edad Media», en AHDE, 26 (1956), pág. 349; Manuel TORRES AGUILAR: El parricidio: Del pasado al presente de un delito, Madrid, 1991, pág. 129; Paz ALONSO ROMERO: «Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla», en AHDE, 55 (1985), pág. 19.

gente en la localidad donde se cometió el delito. Al margen de esta posibilidad, había multitud de ocasiones en que el procesamiento y posterior ejecución de los culpables resultaba materialmente imposible si conseguían esquivar la acción de la justicia. Incluso podía presentarse la circunstancia de que el individuo sí recibió la sanción corporal oportuna, pero el importe a que ascendía la caloña o multa con que debía indemnizar a su víctima no pudo ser satisfecho dada la exigüidad de su haber patrimonial.

En previsión de estas probables eventualidades, los fueros aplicados en extensas zonas de Castilla hicieron extensivas las consecuencias patrimoniales del delito a esos sujetos con quienes mediaba una cercana relación de parentesco, subordinación o vecindad. Particularmente esa fue la solución arbitrada en aquellos espacios geográficos en los que el Liber Iudiciorum adquirió una escasa aplicación durante el período de la monarquía visigoda, al coexistir con costumbres germánicas. En tales lugares, los refugiados cristianos recuperaron a lo largo de la Alta Edad Media la utilización de esas prácticas tradicionales, entre las que es preciso resaltar la responsabilidad familiar y vecinal que se apartan de la responsabilidad exclusiva del delincuente plasmada en el Liber (5).

La complejidad intrínseca de este tema recomienda el estudio separado de cada una de las diferentes situaciones que podían generarse:

2. Sujetos cuyos patrimonios podían verse afectados debido a los delitos cometidos por terceros:

A) Situación del cónyuge.

La falta de unanimidad presente entre los múltiples textos medievales a la hora de aportar soluciones sobre diversas cuestiones jurídicas, vuelve a aflorar en este aspecto de la extensión de la responsabilidad económica de un cónyuge por el delito cometido por el otro. Así, unos fueros adoptan el criterio más restrictivo en este campo, de forma que si el marido ocasionaba la muerte de un vecino, la responsabilidad económica derivada de este acto debía ser satisfecha con sus bienes privados, quedando a salvo no sólo los bienes particulares de su mujer sino también la parte que a ésta correspondía en los gananciales. Por tanto, si el importe de la caloña tipificado en el fuero de la localidad donde se perpetró el delito era superior al valor en que se

5 HINOJOSA: « El elemento...», cit., pág. 12.

tasaron los bienes del marido, la diferencia no podía ser satisfecha a costa de los bienes a que tuviese legítimo derecho su esposa. Esta es la solución arbitrada en los principales fueros leoneses y de la Extremadura leonesa donde el Liber Iudiciorum siguió siendo observado con más fidelidad que en otras zonas. Circunstancia sobre la que puede justificarse la adopción del principio de responsabilidad económica exclusiva del delincuente y la no afectación a personas inocentes (6).

Frente a la postura adoptada por los fueros leoneses y extremeños, los principales textos locales castellanos y algunos de derecho territorial adoptaban la solución opuesta, estableciendo la posibilidad de que del delito cometido por el marido no sólo respondiesen sus bienes sino también la parte que en los gananciales correspondía a la mujer e, incluso, sus bienes particulares, si ello era preciso para alcanzar el importe a que se elevaba la caloña tipificada en el Fuero. Aquí, en suma, queda palpable la expansión que se producía de la responsabilidad patrimonial en perjuicio de un sujeto que no había tenido ninguna participación en la comisión delictiva, pero que, por imperativo de la norma, se veía perjudicado al ser c)nsorte de un malhechor. En este segundo bloque se engloban los fueros de la familia Cuencal, Teruel, así como el Libro de los Fueros de Castilla que, entre otras fuentes, recoge la costumbre gene-

6 Fuero de Salamanca, 63, en Los fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes, Madrid, 1916, pág. 103: «Qui omne matar...morir por él...E toda su bona sea en pro del conceyo, era tercia parte syan los parientes del morto; e era muler elos fijos non pierdan lo suyo»; Fuero de Ledesma, 32, pág. 222: «Et quien omne matar, filo non deffiar en conceyo, muerra por el. E su bona entre en provecho del conceyo e delos alcaldes, e su mogier non pierda su derecho»; Fuero de Alba, 3, pág. 292: «...E por la nemiga que el marido fiziere, la muler non pierda la meetad del aver que ovieren de su uno; e la muler non pierda lo de su patrimonio...»; Fuero de Cáceres, 352, en Los fueros municipales de Cáceres. Su Derecho público, por Pedro LUMBRERAS VALIENTE, Cáceres, 1974, pág. 84: «Todo omne qui a otro ome matare, non pectet por el so uacr la mulier sue meatad»; Fuero de Coria, 348, en El Fuero de Coria, por José MALDONADO, Madrid, 1949, pág. 95: «Todo ome...non pechen por el su aver, su muger la su meatad pierda, si varon matar a otro»; Fuero de Usagre, 361, en El Fuero de Usagre, por Rafael de UREÑA, Madrid, 1907, pág. 127: «Tod omne que a otro omme matare, non pectet por el su auer la mugier su meatad». Esta materia ha sido abordada por José ORLANDIS: «Sobre el concepto de delito en el Derecho de la Alta Edad Media», en ARDE 16 (1945), pág. 161; Emma MONTANOS FERRÍN: La familia en la Alta Edad Media española, Pamplona, 1980, pág. 141.

ral castellana, junto con el derecho local de algunos lugares de la región burgalesa y riojana (7).

Al margen de las discrepancias que presentan los fueros sobre el tema que abordamos, es preciso que dejemos constancia de dos notable dudas que quedan al descubierto si continuamos profundizando en el análisis de esta materia cuya resolución nos aprestamos a acometer. La primera se incardina en el siguiente interrogante: ¿qué acontecía si en lugar de ser el marido el autor del delito, era su esposa?. La segunda: - por qué esa disparidad de soluciones apuntadas entre los fueros leoneses y los de la familia Cuenca-Teruel?.

En lo que atañe al primer problema entiende Roldán u Verdejo que la extensión de la responsabilidad patrimonial al marido inocente se hacía depender de la existencia de una comunidad doméstica constituida desde el instante en que se celebró el matrimonio. Comunidad de la que formaban parte todos los recursos conseguidos tanto por el marido como por la mujer. Si esta comunidad soportaba todos los gastos normales del matrimonio, es lógico, para este autor, que también debiera hacer frente a consecuencias extraordinarias, como eran las provocadas por la comisión de un delito a cargo de alguno de sus miembros (8).

7 Fuero de Cuenca, 2,5,8: «...qualquier que omne matare, ..que el juez entre todos los bienes tan bien de la muger, como del marido por la calonna que fiziere, maguar la rrayz o el mueble sea de la muger e non del marido...»; Fuero latino de Teruel, 24: "Unde sciendum est quod mandamus quod quicumque hominem occiderit aut vendiderit, aut aliud scelus huius modi perpetraverit et affugerit, iudex omnia bona tam viri quam uxoris accipiat por calumpnia, mobile et radicem, quamvis sit radix vel mobile uxoris et non mariti"; Fuero de Soria, 505, en pros castellanos de Soria y Alcalá de Henares, Madrid, 1919, pág. 197: "otrosi por toda malfecha que fiziere el marido que ssea de calonna en que el sennor aya parte, si non ovieren de que pagar las calonnas, pierdan quanto ovieren, él e su mugier". En términos parecidos podemos consultar la Carta de Población de Santa María de Albarracín. Traducción de Carlos RIBAY GARCÍA, Zaragoza, 1915, pág. 12; Libro de los Fueros de Castiella 13, ed. de Galo SÁNCHEZ, Barcelona, 1981, pág. 18: "esto es por fuero: que todo omne que matare a otro e fuere apreciado que deve dar omesidio o calonna, que se entergue el meryno fallare en que se entergue, entergue se en la heredit de omne en la ouyere ganada con su muger. Et sy en esto non ouyere enterga, que se entergue en el matrimonio de su muger, en el heredamiento que ella auya de ante que con ella casasse. Esto fue juzgado por García Molinero, marido de Juliana, que mató a Johan Cortés».

8 Roberto ROLDÁN VERDEJO: Los delitos contra la vida en los Fueros de Castilla y León, La Laguna, 1978, pág. 63 y ss.

No obstante, y pese a la contundencia de esta argumentación doctrinal, debemos indicar que únicamente el fuero de Soria deja claro que también el marido debía responder patrimonialmente por el delito realizado por su cónyuge, lo que nos conduce al problema de conocer si este principio de responsabilidad reciproca fue practicado en otras localidades vecinas (9). En nuestra opinión, y a pesar del total sigilo que guardan las normas, conjeturamos que quizá por vía del derecho consuetudinario estuviese acuñada la tradición de que también en otros municipios castellanos el marido había de abonar las consecuencias económicas de la acción delictiva, sobre todo, si las autoridades mostraban especial interés en el cobro de la caloña consignada en el texto ira el ilícito de que se tratase.

La segunda cuestión, por su parte, fue objeto de análisis por Martínez Gijón cuando se aprestó a estudiar el régimen económico del matrimonio tanto en los fueros leoneses como en los castellanos. Según puso de manifiesto, el régimen económico en nada difería entre la zona leonesa la castellana, pues en ambas predominaba el sistema de gananciales. En suma, si la forma de organización patrimonial en el seno de cada familia era idéntico nada justificaba un distinto trato la responsabilidad por los delitos cometidos por alguno de sus miembros (10). Incluso este mismo autor, que analizó pormenorizadamente el Fuero de Cuenca, se percató de que en su primitiva redacción se establecía, quizá por influjo del Liber Iudiciorum, el principio de la no responsabilidad patrimonial de un cónyuge por los delitos cometidos por el otro, pero que en su redacción posterior se introdujo la innovación de fijar que tal responsabilidad afectase no sólo a los bienes gananciales que correspondían al cónyuge inocente, sino también a los suyos privativos (11).

Tras esa alteración en la normativa conquense las soluciones insertas en los fueros derivados de éste y los leoneses se bifurcan, respecto a este asunto de la responsabilidad económica de los cónyuges, conservándose la tradición visigoda

9 Fuero de Soria, 505: «...esto mismo sea por la mal fecha que fiziere la mugier...».

10 José MARTÍNEZ GIJÓN: "El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca", en AHDE, 29, pág. 94.

11 Fuero de Cuenca, 2,5,8, ya citado previamente.

únicamente en la zona leonesa, donde se reconoce que del delito había de responder quien fue su autor y no terceras personas (12).

Pese a la modificación introducida en el texto de Cuenca, nos advierte el último autor que también en su zona de aplicación debió mantenerse, por vía consuetudinaria, esa idea generalizada que sólo se haría frente a las consecuencias patrimoniales del delito con los bienes de su autor.

Costumbre que para los redactores del fuero debía ser erradicada lo antes posible, al partirse de la premisa de que lo mismo que tanto el marido como la mujer gozaban de las ganancias que adquiriesen, también debían soportar conjuntamente las consecuencias que los actos punibles de alguno llevase implícitas (13).

Con esta solución legal parece que se buscaba conceder un trato igualitario al hombre y a la mujer, aunque tampoco debe descartarse la opción de que con todo ello lo que verdaderamente se estaba haciendo era encubrir los deseos de las autoridades municipales de recaudar para las arcas del concejo el mayor volumen de recursos posibles. Se quería, en definitiva, garantizar el cobro de las sumas que en concepto de pena les correspondía percibir por la comisión de delitos en el término de la localidad (14).

12 Liber Iudiciorum, VI, 1,7: "Omnia crimina suos sequiantor auctores, nec pater pro filio, nec filius pro patre, nec uxor pro marito, nec maritus pro uxore, nec frater pro fratre, nec vicinus pro vicino, nec propincus pro propinquo ullan calumniam pertimescat, sed ille solus iudicetur culpabilis, qui culpando comittit, et crimen cum illo, qui fecit, moriatur. Nec successores aut heredes pro factis parentum ullum periculum pertimescant".

13 Fuero de Cuenca, 2,5,8: «Por que son logares e son gentes alos quales es costumbre e fuero que quando el marido faze omnezillo o ladroniçio o tal pecado por que ade perder todos sus bienes, entonpe la muger saca la meytad toda de sus bienes que de suyo le conviene, e la otra meytad tómanla por la calonna, onde para toda esta costumbre sacar, mandamos que qualquiera que omme matare o vendiere o fiziere otro tal pecado e fuxere que el juez entre todos los bienes tan bien dela muger, como del marido por la calonna que fiziere, maguer la rrayzo el mueble sea de la muger e non del marido, ca la muger que muchas vegadas se suele gozar con la ganancia que el marido trae, non sea marauilla si alas vezes se duela delas cosas que pierda por la ocasion del marido, ca dina cosa es que quando con un gozo se alegran e lo parten, que la tristeza, quando viniere, que la partan; e aquello que fincare, la calonna conplida, del mueble o dela rrayz o delos dineros, denlo ala muger o a aquellos que los sus bienes ouieren de auer"; MARTÍNEZ GIJÓN: «El régimen económico...», cit., pág. 95.

14 ORLANDIS: «Las consecuencias del delito...», cit., pág. 39.

Y es que, como más arriba adelantábamos, podía suceder que el valor en que estuviese cuantificado el patrimonio del cónyuge delincuente fuese insuficiente para cubrir la totalidad del importe de la calaña y, por ello, debía acudir a otros bienes a fin de alcanzar la suma consignada en el fuero, aunque esos bienes fuesen los que integraban la comunidad doméstica e, incluso, si hacía falta, los bienes privativos del cónyuge inocente.

B) Responsabilidad económica de los padres por los delitos de sus hijos y de los señores por los de sus sirvientes.

La responsabilidad patrimonial exclusiva del delincuente encontró otra importante excepción a lo largo de la Edad Media. Como hemos indicado anteriormente en los textos de numerosas localidades castellanas quedó consagrada la vieja práctica consuetudinaria germánica que establecía la responsabilidad de los distintos miembros de una familia por los delitos perpetrados por alguno de sus consanguíneos. Y es que la vigencia del Liber Iudiciorum no consiguió erradicar ciertas costumbres ancestrales que se mantuvieron vigentes en la conciencia colectiva de los visigodos. Costumbres que afloran con todo ímpetu tras la desarticulación política producto de la irrupción musulmana(15).

No nos corresponde escudriñar dicha materia al rebasar los límites temáticos de nuestro objetivo en esta sede. Simplemente queremos dejar constancia de esa idea atinente a la pervivencia durante los siglos medievales de costumbres visigodas entre las que se encontraba la responsabilidad familiar.

En el aspecto específico de la responsabilidad económica de los padres en relación al homicidio perpetrado por alguno de sus hijos, se mantuvieron entre los fueros las mismas soluciones antagónicas señaladas al referirnos a la responsabilidad de un cónyuge respecto del otro. En este sentido, los textos leoneses y de la extremadura leonesa eximían a los padres de hacer frente con sus bienes al pago de la calaña impuesta como consecuencia de la comisión del delito de que había sido autor alguno de los descendientes.

15 Para un conocimiento adecuado de la vigencia durante la Alta Edad Media de estas costumbres nos remitimos a HINOJOSA: «El elemento germánico...», cit., especialmente en las págs. 12 y 20.

No obstante esto último, debemos aclarar que, a pesar de que todos parten de la no responsabilidad paterna como denominador común, los distintos fueros presentan ciertas matizaciones que debemos reseñar. Así el Fuero de Zamora ciñe de manera extraordinariamente palmariamente la responsabilidad exclusiva del delincuente hasta el extremo de que si los «juizes non lo axaren, el padre o la madre ...non respondan por él», lo que provocaría que el delito no fuese castigado si el homicida conseguía escapar a la acción de la justicia. De otra parte, en Alba la cuestión se centra en el delito cometido por el llamado hijo «emparentado», esto es, el que al momento de delinquir residía en el hogar paterno. Los padres, según el tenor literal del texto, tampoco respondían con sus bienes, aunque ello no era óbice para que fuese retirada al hijo la protección de la paz urbana frente a los parientes de su víctima, a quienes asistía su derecho de ejercitar la venganza de la sangre. En lo que atañe a los fueros extremeños la exclusión de la responsabilidad económica derivada del delito era mucho más amplia, ya que no sólo dejaba exentos a los padres, sino también a sus hijos, sobrinos o cualquier otro familiar. Textualmente se recoge al respecto que «non pectet por el su auer sus parientes». Afirmación que no hace sino corroborar el principio de responsabilidad estricta del malhechor(16).

Lejos de las soluciones arbitradas en los fueros leoneses, los principales textos de la familia Cuenca-Teruel consignan la responsabilidad económica de los progenitores. Detengámonos, por tanto, en su estudio. Para empezar, el texto conquense parte de la premisa de que la responsabilidad patrimonial de éstos por los «malos fechos» de sus hijos se daba en cualquier supuesto, sin que pudiesen esgrimir en su defensa ninguna anomalía física o psíquica que padeciese el autor del ilícito. En efec-

16 Fuero de Zamora, 18, en Fueros leoneses..., cit., pág. 24: «Omne que ovier filio que fizier omezio, e los juizes lelo demanden e faltan del sua iustitia. E se ellos juizes non lo axaren, el padre, o la madre non pierdan por él su aver, nen responda por él»; Fuero de Alba, 10, pág. 296: «Todo filio emparentado que con padre o madre morare, si omne matare, sea el fijo enemigo de los parientes del muerto; e por esto el padre ni la madre non pierdan de su aver nada...»; Fuero de Coria, 348: «Todo orne que hijo o sobrino ovier, e a otro ome matar, non pechen por él sus parientes, nin su padre...»; Fuero de Usagre, 361: «Tod omne que fijo o sobrino ouire, et a otro omne matare, non pectet por el su auer sus parientes, nin so padre»; Fuero de Cáceres, 352: «Todo omne qui filio o sobrino ouier, et a otro ome matare, non pectet por el so auer sos parientes, ni so padre». También puede verse ORLANDIS: «Sobre el concepto de delito...», cit., pág. 160 y Alberto GARCÍA ULECIA: Los factores de diferenciación entre las personas en los fueros de la Extremadura castellano-aragonesa, Sevilla, 1975, pág. 306.

to, para los redactores de estos textos carecía de la más mínima relevancia el hecho de que los descendientes sufrieran una serie de trastornos mentales que le hubiesen conducido involuntariamente a cometer su acción delictiva. La posible locura no debía servir como factor de oposición frente a la legítima reivindicación de la propia víctima o de sus familiares a que fuese reparado el daño causado. Ciertamente es que la responsabilidad de los padres era estrictamente económica y nunca penal, salvo, como es lógico, que los padres hubiesen participado como cómplices, encubridores o inductores en la comisión del acto.

De todos los fueros derivados del de Cuenca quizá sea en el texto vigente en Uclés donde con más claridad quedó reflejado el principio de responsabilidad patrimonial de los padres por los delitos de los hijos «emparentados». Cualquier daño que el hijo causase a un vecino, tanto en su persona como en sus bienes, debía ser reparado por los progenitores, salvo que el hijo no residiese con ellos al encontrarse, en el momento de perpetrar su acción delictiva, emancipado por medio del matrimonio o haber ingresado en alguna orden religiosa o por encontrarse la herencia en trámite de división, tras el fallecimiento de alguno de los padres (17).

La explicación le pareció en su día a Alfonso Otero bastante coherente, tras analizar el precepto 505 del Fuero de Soria. Así asevera que «la responsabilidad paterna es consecuencia de la existencia de una comunidad doméstica de la que participa el hijo emparentado pues todo lo que él adquiriese debía entregarlo a la comunidad. En definitiva, el hijo carecía en todo momento de bienes propios, por lo que debía ser la comunidad a la que todo entregaba la que hiciese frente al pago de las penas patri-

17 Fuero de Cuenca, 1, 10,5: «El padre e la madre rrespondan por los males fechos de sus hijos, si quier sean sanos, si quier locos, si quier cuerdos..., ca ellos deuen pagar las calonnas pero non salgan enemigos, saluo si fueren acusados en el omezillo». En similares términos Fuero de Teruel, 317, cit., pág. 461: «Si filius inparentatus homicidium perpetraverit, licet sit mercennarius, nullus pro ipso respondeat nisi soli parentes, qua ipsi debent calumpnias solvere. Non tamen exeant inimici nisi ipsi de homicidio fuerint blasphemati...». Fuero de Uclés, 60, ed. por Fidel FITA, Madrid, 1889, pág. 18: «Filio emparentado, qui mate fecerit ad alium hominem, suos parentes pectent totum qui fecerit, nisi fuerit casado»; Alberto DU BOYS: Historia del Derecho penal de España (Trad. de José V. y CARAVANTES), Madrid, 1872, pág. 62; ORLANDIS: «Sobre el concepto de delito...», cit., pág. 158; José MARTÍNEZ GIJÓN: «La menor edad en el derecho penal castellano-leonés anterior a la codificación», en AHDE 44 (1974), págs. 473 y 474; GARCÍA ULECIA: Los factores de diferenciación..., cit., pág. 303.

moniales que la comisión de algún ilícito acarrease (18). Si la comunidad doméstica se deshacía o el hijo la abandonaba, éste tendría sus propios bienes con los que podría formar una nueva, en el supuesto de que decidiese contraer matrimonio. En suma, lo que el legislador pretendía es que se garantizase a toda costa el pago de la sanción pecuniaria.

El segundo supuesto a que aludimos más arriba es el concerniente a la responsabilidad del señor por los homicidios realizados por alguno de sus siervos. La carencia de personalidad jurídica de que éstos adolecían impedía que fueran titulares de bienes y, de cara al Derecho, se equiparaba la muerte que provocasen con la causada por cualquier animal. Estas condiciones justifican que el Fuero de Cuenca y otros derivados de él establezcan que el dueño pagase con sus bienes el importe de la calaña. No obstante esto último, debemos aclarar que los mismos textos municipales dejaban abierta la opción al propietario de sufragar la multa o, alternativamente, transmitir el esclavo al querellante para compensar el daño producido (19).

C) Responsabilidad de los hijos por los delitos de sus padres.

Líneas atrás hemos expuesto que en las localidades castellanas los padres debían responder con los bienes de la comunidad doméstica de los delitos cometidos por alguno de los hijos «emparentados», pues éstos carecían de bienes propios en la medida que estaban conminados a entregar todo lo que ganasen a los recursos de la

18 Alfonso OTERO: «La patria potestad en el Derecho histórico español», en AHDE, 26 (1956), pág. 227. Posición idéntica al respecto mantiene José SÁNCHEZ ARCILLA: Estudios de Historia del Derecho criminal, Madrid, 1990, pág. 61. Fuero de Soria, 505: «...que las ganancias que fiziere el fijo emparentado, dont quiera que venga, todo deve seer del padre e de la madre, si el fijo fiziere alguna mala fecha, quier muerte de omne, quier otra cosa que sea de la calonna en eque el sennor aya parte, e el padre e la madre pechen la calonna...». También Fuero de Villaescusa de Harn, 176 y de Huete, 146, edic. María Teresa MARTÍN PALMA, Málaga, 1984, págs. 120 y 121.

19 Fuero de Cuenca, 2,3,5: «Otro si el siervo o el mozo de algún onme a omne firiere o lo matare, el su sennor peche qualquier calonna que fiziere o ponga el dannador en mano del querelloso, el sennor del siervo, escogendo lo que más quisiese»; Fuero de Heznatoraf 316. En Fuero de Cuenca, edición de UREÑA, pág. 359: «Todo sirviente que a omne firiere o matare, su sennor peche la calonna que fiziere al fuero de Heznatoraf E de el dannador en la mano del querelloso, el sennor del sieruo escogiendo qual mas quisiese»; Fuero de Baeza, 315, edición de Jean ROÜDIL, La Haya, 1962, pág. 117: «Otro si, aquel que siervo de alguno firiere o matare, su senor peche la calonna que fiziere o meta el dannador en mano del querelloso, descogiendo los siervos lo que ellos mas quisieren»; GARCÍA ULECIA: Los factores de diferenciación..., cit., págs. 335 y 353.

familia. Esta situación se mantenía inalterada hasta el fallecimiento de alguno de los padres. A partir de entonces se finiquitaba la comunidad, lo que conllevaba que cada uno de los hijos recibía la parte de bienes que legalmente le correspondía de su ascendiente fallecido. Con ese nuevo haber patrimonial del que se convertían en titulares debían responder de las consecuencias económicas que trajesen aparejadas los delitos que pudiesen cometer.

El anterior era el supuesto más común: identidad entre el autor del delito y el responsable patrimonial del mismo. Pero imaginemos un caso distinto. Podía suceder que un individuo perpetró un delito que conllevaba la imposición de una sanción económica, pero falleció antes de que hiciese efectivo el importe a que ascendía la multa. ¿Nos es viable entender que muerto el delincuente nada era factible reclamar a sus herederos?, o por contra, ¿los herederos al ocupar la posición de su causante debían satisfacer todas sus deudas pendientes, entre las que figuraban las debidas a la comisión de delitos?. Incluso, es más: ante la eventualidad de que los herederos debiesen sufragar las deudas contraídas y no satisfechas por su ascendiente, ¿tal responsabilidad se ceñía únicamente al importe de lo recibido en concepto de herencia o era también extensible al patrimonio privativo que hubiesen logrado por otra vía?.

Las soluciones arbitradas en los fueros a todas estas preguntas vuelven a ser dispares.

De un lado, el Fuero de Soria limita la responsabilidad de los herederos a lo recibido por herencia del delincuente fallecido, con independencia de que el importe de la calaña impuesta hubiese sido superior (20). Responsabilidad, en suma, *intra vires hereditatis* (21).

Otros textos, en cambio, adoptan la solución justamente opuesta, ya que en el supuesto de que los bienes recibidos fuesen insuficientes para hacer frente al pago de las deudas vencidas y no satisfechas, la autoridad judicial podía dirigirse contra los bienes privados de los herederos hasta completar el importe que faltase. Como fun-

20 Fuero de Soria, 428, cit., pág. 166: «...Pero si en la buena del muerto non ouiere tanto como la demanda, los herederos non sean tenidos alo demas...».

21 José MARTÍNEZ GIJÓN: «La comunidad hereditaria y la partición de la herencia en el Derecho medieval español», en ARDE, 27-28 (1957-58), pág. 251.

damento de esta afirmación podemos prestar atención al Fuero de Béjar (22), que les obligaba a abonar todas las deudas de su causante, pese a que no hubiesen recibido nada del mismo.

En realidad, ignoramos qué motivos impulsaron a los redactores de estos textos a adoptar soluciones tan antagónicas. Pese a todo, ya señalábamos más arriba que los fueros castellanos fijaban de manera palmaria la responsabilidad de cualquiera de los cónyuges por los actos antijurídicos cometidos por el otro, viéndose involucrado no sólo su mitad en los gananciales sino también sus bienes particulares. En suma, pensamos que antes de hacer responsables a los hijos por los delitos de sus padres, sería el cónyuge superviviente quien debería pagar la calaña insatisfecha.

D) La responsabilidad del dueño de la casa.

Junto a la responsabilidad que recaía sobre personas vinculadas al delincuente por lazos de parentesco o de dependencia, en el Derecho de la Alta Edad Media se acuñó el principio de la responsabilidad del dueño de una vivienda cuando habían concurrido determinadas circunstancias en la comisión de un delito dentro de la villa. Circunstancias que pasamos a analizar. Así, quedaba fijada tal responsabilidad si el propietario acogía a un sujeto que no residía en la localidad, después de que saliese de la casa con la intención de matar a un vecino, o cuando tras haber cometido el delito volvía a la casa su propio hijo o cualquier otro familiar y el padre los encubría sin ponerlos a disposición de las autoridades, al objeto de incoar el oportuno procesamiento.

Con la exigencia de responsabilidad económica al dueño de la vivienda donde se cobijaron los delincuentes se pretendía compensar la extraordinaria protección que el derecho de esta época dispensaba a los moradores de una vivienda. Sobre este particular debemos recordar la idea que Orlandis expresa acerca del papel que jugaba el señor de la casa, pues la vivienda se presentaba como un lugar amparado con una paz especial, de manera que los delitos realizados en su interior eran más gravemente penados que los cometidos fuera de ella. Hasta tal extremo llegaba la protección de la vivienda que el dueño quedaba exento de pena si mataba a alguien que hubiese penetrado en la misma violentamente. Pero estos beneficios que el sistema jurídico

reconocía al dueño habían de ser convenientemente utilizados y, por eso, no podía pretender que su casa se convirtiese en el refugio perfecto de malhechores, entorpeciendo, de paso, la labor de las autoridades municipales encargadas de preservar la tranquilidad de los vecinos (23).

De todas formas, es preciso advertir que las soluciones arbitradas en cada fuero sobre este particular varían según las circunstancias concurrentes. Así, en Soria, si el lugar de comisión del delito fue la propia casa, la responsabilidad del dueño aparecía siempre que se desconociese la verdadera identidad de su autor, aunque ello no era óbice para que demostrase su total inocencia frente a la presunción de culpabilidad que pesaba sobre él (24). Por su parte, en Alba la responsabilidad del dueño surgía sólo si se trataba del homicidio perpetrado por un extraño en la persona de un vecino y si después encontró refugio en la casa de aquél.

Ya en el siglo XIX, Sacristán y Martínez había escrito que «el forastero se encontraba constantemente en peor condición que el vecino y sus delitos se castigaban con extraordinaria desproporción de pena» (25). La distinción penológica entre el extraño y el vecino ante la perpetración de una misma conducta antijurídica, debía de igual forma operar como circunstancia modificativa de la responsabilidad si era algún vecino el que había puesto su vivienda a disposición del extraño criminal para encubrirle.

Y es que con su comportamiento el vecino encubridor había infringido un principio tan básico en el orden social de la época como era el de la solidaridad. Como antes dijimos la falta de un poder público fuerte obstaculizaba con frecuencia la correcta represión de las conductas antijurídicas. Esta deficiencia conminaba a los particulares a activar sus propios mecanismos de defensa o de autotutela (26). Esto se traducía en que todos los empadronados estuviesen llamados a colaborar con los parientes de la víctima en la detención de los sospechosos, algo que difícilmente

23 ORLANDIS: «La paz de la casa...», cit., pág. 122 y ss.

24 Fuero de Soria, 497: «Tod omme que fallaren muerto o livorado en alguna casa e non sopieren qui lo mató, si non, sea tenido de rresponder de la muerte, salvo su derecho por deffender se si pudiere».

25 Antonio SACRISTÁN Y MARTÍNEZ: Municipalidades de Castilla y León. (1-^{le} manejo de la edición facsímil de Madrid, 1981), pág. 201.

26 José ORLANDIS: «La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval», en ARDE, 14 (1942-43), pág. 84.

22 Fuero de Béjar, 246: «Que respondan los fijos por el debdo del padre muerto, maguer non aya nada. Maguer que el defunto non aya que hereden los fijos, an a responder maguer por la debda».

podía producirse si alguno había encubierto al criminal, en lugar de cumplir con su deber de entregarlo a las autoridades para que se realizase el pertinente procesamiento.

En el texto de Alba, líneas atrás citado, se distingue entre la responsabilidad penal del delincuente y la económica del dueño del inmueble. Al igual que en Soria, se seguía contemplando la opción de que acreditase su total inocencia frente a la acusación de encubrimiento a través del llamado «juramento de salvo» que habían de practicar al menos cuatro vecinos y en cuya declaración tenían que negar cualquier participación delictiva del dueño del inmueble en el delito que se le imputaba. Este «juramento de salvo» se encontraba precedido del «juramento de manquadra», mediante el cual el querellante declaraba que su acusación no encerraba ningún deseo de calumniar maliciosamente al denunciado. Si lograba este fin, los jueces permitían al dueño de la casa que facilitase todas las pruebas que estimara oportunas para demostrar su inocencia (27).

En Salamanca la responsabilidad económica del dueño no estaba ceñida al delito de homicidio, sino que se ampliaba a cualquier comportamiento realizado contra la persona o los bienes de otro villano. Incluso, si había concedido amparo al delincuente, se vería conminado no sólo a satisfacer la multa tipificada en el fuero, sino que también estaría abocado a pleitear con la víctima o con sus familiares para demostrar que los hechos imputados carecían de veracidad y que en ningún instante pretendió ayudar a un criminal. En caso contrario, y de confirmarse su culpabilidad, la responsabilidad económica inicial se completaba con la penal, quedando a partir de ese instante en situación de indefensión frente a los parientes del muerto(28).

27 Juan GARCÍA GONZÁLEZ: «El juramento de manquadra», en AHDE, 25 (1955), pág. 211 y ss.

28 Fuero de Alba, 13, en Fueros leoneses..., cit., pág. 297: «Todo omme o muler de Alba o de su término que omme de fuera del término en su casa acoxiere, e omme o muler de Alba o de su término matare, e a su casa tornare, dolo derecho. E si non lo aduxiere a derecho, peche cara moravedis si fuere el muerto postero o postera; E si aquel que mató al omme o la muler pudieren tomar, fagan le del cuerpo iusticia, e si negare que de pues que el omme o la muler pudieren tomar, fagan le del cuerpo iusticia, e si negare que de pues que el omme o la muler mató que non tornó a su casa, iure con quatro vezinos posteros o con quatro parientes posteros; e si non iurare peche los cotos»; Fuero de Salamanca, 22: "Todo omme que uezino fuerem non coya omme estraino en su casa de tierra syena, que mal quisier a omme de Salamanca o que sea su enemigo. Esi lo cogier, e a uezino de Salamanca ferier, peche D soldos; e fide con el ferido o con los parientes del muerto, que nolo cogio en su casa ni pudier complir, peche el coto e salga por enemigo".

Entre la normativa de ambos fueros aparecen, empero, matices que requieren ser resaltados, y así, mientras que en Alba se exigía para reclamar responsabilidades al dueño de la casa que el criminal saliese de la vivienda para cometer su fechoría y volviese a ella con posterioridad, el fuero de Salamanca, en cambio, no requería para irrogar la pena el citado retorno, ya que el vecino únicamente quedaba exento de responsabilidad si conseguía demostrar que el delincuente no se hospedó en su hogar o que, al menos, su vivienda no fue el lugar donde tramó la comisión de su delito.

Por último, también el dueño de la casa respondía con sus bienes de las consecuencias patrimoniales de los ilícitos cometidos por alguno de sus hijos, no en atención a la relación paterno-filial que mediaba entre ambos, sino a la utilización del hogar como sitio de encubrimiento del criminal cuando se encontraba perseguido para su enjuiciamiento. En este sentido, podemos señalar que el fuero de Sepúlveda castigaba al padre si el hijo homicida entraba en su casa después de cometer el crimen. No obstante, esta afirmación requiere su pertinente aclaración. Sólo era posible exigir al padre responsabilidad si el hijo se encontraba «emparentado» cuando realizó el delito, esto es, no bastaba con que existiese el vínculo de consanguinidad entre autor y encubridor, sino que el hijo debía seguir formando parte de la comunidad doméstica. Como ya hemos apuntado, en tal circunstancia el hijo carecía de bienes propios que le permitiesen hacer frente al pago de la calofía, en la medida que cualquier recurso que obtuviese debía aportarlo al haber de la comunidad. Ante esta tesitura, eran sus padres los únicos sujetos que estaban en condiciones de responder patrimonialmente, salvo que, al igual que en el supuesto anterior, acreditaran su total inocencia frente a los cargos que pesaban sobre ellos (29).

E) Responsabilidad de los vecinos por los delitos cometidos en el término de la villa.

En los apartados precedentes hemos mencionado una diversidad de supuestos en los que quedaba alterado el principio de responsabilidad exclusiva del delincuente, al afectar a otros sujetos que, por varios motivos, guardaban una especial vinculación con él y que eran reclamados para satisfacer la multa que acarrearía la comisión del

29 Fuero de Sepúlveda, 34, edición preparada por Emilio SÁEZ y otros, Segovia, 1953, pág. 72: «Otro si, todo fijo emparentado que omme matare e en casa del padre entrare fasta que sea dado por enemigo, el padre peche el omezilio; e si el padre lo negare, que non entro despues que el omme mato, salves por su iura, e sea quito, e si esto non cumpliere, peche el omezilio».

ilícito. A diferencia de ellos, en el caso que aquí tratamos las causas por las que se producía la expansión de la responsabilidad radican en el hecho de que desde el momento en que ocurría la fechoría se generaba sobre todos los habitantes la obligación de aunar todos los esfuerzos al objeto de detener y entregar los sospechosos a los jueces. En suma, la circunstancia de que, en muchas ocasiones, un municipio constituyese un ente territorial autónomo e independiente hacía recaer sobre sus habitantes un especial deber de solidaridad que se materializaba en el ámbito penal en la necesidad de aportar todos los medios precisos para reaccionar frente a cualquier ataque que pusiese en peligro la seguridad de sus habitantes (30).

Ya hemos señalado que todo vecino debía impedir que su vivienda se convirtiese en un lugar de cobijo al servicio de los criminales, precisamente por esa noción de solidaridad. Aquí nos volvemos a ocupar de la solidaridad, pero concebida desde una vertiente diferente. Se trata más bien de estudiar la responsabilidad que recaía sobre el conjunto de la comunidad de los vecinos, sin que podamos concentrarla en ninguno determinado. Sobre todos los empadronados pesaba el deber de perseguir y de poner a disposición de la justicia a cualquier sospechoso de la comisión de un delito. Para el cumplimiento de esta obligación, los diversos textos solían otorgar plazos sumamente efímeros, dado el deseo de que la tranquilidad pública fuese restablecida cuanto antes.

Si se rebasaban esos días, sin que se tuviera noticias del paradero de los sospechosos, a partir de entonces, quedaba activada la responsabilidad económica del conjunto de los vecinos.

El porqué de esta urgencia en la persecución de los delincuentes fue en su día reseñada por Orlandis. En su opinión, la obligación que recaía sobre los vecinos de perseguir a los sospechosos no se sustentaba exclusivamente en la idea de solidaridad indicada, sino que, más bien, responde al interés económico que el rey o, en su caso, el señor, tenían. Ante la eventualidad que la búsqueda del delincuente fuese infructuosa, los vecinos debían entregar parte de sus recursos al rey o al señor, dependiendo de que se tratase de una localidad de realengo o de señorío. Este interés

30 Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO: Curso de Historia de las Instituciones españolas, Madrid, 1986, pág. 535.

fundamentalmente económico suscitó que, en principio, las responsabilidades patrimoniales de los vecinos se extendiera a cualquier muerte violenta acaecida en el término de la villa pese a que, en realidad, no se supiese si eran derivadas de la actuación criminal de alguien conocido o, simplemente, producto de algún desafortunado accidente (31). Sobre este particular hemos de resaltar que actos no delictivos como la muerte ocasionada por ahogarse alguien al cruzar un río o por despeñarse o caerse por un monte o cantera e, incluso, el mero hecho de morir repentinamente en la calle, daría lugar a que la avaricia fiscal del señor o del rey impusiere al colectivo el pago de la caloña (32).

El anterior se presentaba, en suma, como el principio básico de que se partía. Toda muerte lenta de autor desconocido acarrearía que los vecinos tuviesen que satisfacer las consecuencias económicas del acto si no era factible imputárselo a nadie. Pero este principio poco a poco fue presentando excepciones que liberaron a los vecinos de cualquier responsabilidad. En este sentido, dispuso que si la muerte se produjo con la concurrencia de ciertas circunstancias como podían el derrumbe de una pared, o la caída de un árbol, o a un pozo, nada debía reclamarse al municipio (33).

Sólo a partir del siglo XII quedó consagrado en los fueros el principio de la responsabilidad exclusiva del autor del daño, sin que nada se pudiese reivindicar a las arcas del concejo municipal. Fue el instante en que tanto reyes como señores comen-

31 ORLANDIS: «Sobre el concepto...», cit., pág. 165.

32 SACRISTÁN Y MARTÍNEZ: Municipalidades..., cit., pág. 218; ROLDÁN VERDEJO: Los delitos contra la vida..., pág. 80.

33 Fuero romanceado de Castrojeriz, confirmado el 20 de mayo de 1299 por D. Fernando IV en favor de los canónigos y .gos de la villa, en Colección de fueros y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra, Madrid, 7. (He manejado edición facsímil, Valladolid, 1977), pág. 44: «E si alguno muriere en esera, o so pared, o en pozo, o sacando tierra para exalbergar, que non pechen por él ninguna cosa, ni por otra muerte achacada...».

zaron a desistir del cobro de la caloñas que hasta la fecha habían recaudado con asiduidad (34).

Este nuevo planteamiento sobre el asunto podía generar que el delito cometido no fuese castigado de ninguna forma, si el autor del mismo conseguía esquivar la acción de la justicia, ya que la pena corporal, lógicamente, sería imposible ejecutarla y la patrimonial en principio tampoco, dado que el concejo se hallaría exonerado.

Con estas premisas podemos concluir sosteniendo que sólo si el delincuente era detenido, procesado y condenado debería cumplir la pena consignada en el fuero según el delito cometido. En lo que atañe a la sanción económica los jueces se dirigirán en primer término contra su patrimonio para sufragar el importe de la multa y, subsidiariamente, intentarían recaudar lo que faltaba a costa de los bienes de terceros sujetos inocentes, pero que estaban estrechamente unidos al condenado por motivos de parentesco o de dependencia.

MEMORIA

34 Privilegio del rey D. Alfonso VIII concediendo en el año de 1157 a los de Burgos, que el concejo no respondiese de los homicidios que se hicieran en la ciudad y su término, sino sólo el que los cometiese, en Colección de fueros y cartas pueblas..., cit, pág. 268: «et dono vobis pro bono et directo foro, ut omnis homo qui in Burgis vel in suo termino aliquem hominem interfecerit, ipsemet pectet homicidium, et non respondeat corcium per eum, nen pectet ipsum homicidium»; Fuero de Lara otorgado en el año de 1135 por el rey D. Alfonso VII, cit., pág. 519: «...Et si fuerint homines occisi in Lara, et in suos terminos, non respondet concillium per eum, nen pectet homicidium...».

La Sociedad Andaluza de Estudios Histórico - Jurídicos inicia su andadura en los albores del siglo XXI. El diez de enero de 2001, se celebra la Asamblea Fundacional de la Sociedad. Comparecen como socios promotores D. Julián Hurtado de Molina Delgado, D. José Murillo Rojas, D. Juan Díez García, D^a Carmen Seguí Arroyo, D. José Lucena Llamas, D. Rafael Gómez- Lama López, D^a Ángela Fernández Romero y D^a Carmen Martínez Hernández. Una vez aprobados los Estatutos y constituida la Sociedad, se elige con carácter provisional el siguiente Consejo de Gobierno:

Director: D. Julián Hurtado de Molina Delgado

Vicedirector : D. José Murillo Rojas

Secretario : D. Juan Díez García

Tesorerera: D^a Carmen Seguí Arroyo

Bibliotecario: D. José Lucena Llamas

Vocal Coordinadora del Anuario: D^a Carmen Martínez Hernández

Vocal Vicesecretario: D^a Ángela Fernández Romero

Vocal de Información: D. Rafael Gómez- Lama López

La primera Asamblea General se celebra el 14 de marzo. Asisten a la misma, los socios promotores y los nuevos socios: D^a Flora Abad Robles, D^a Piedad Márquez Mora y D^a Raquel del Moral Cejas. La Asamblea dá por constituida la «Ilustre Sociedad Andaluza de Estudios Histórico-Jurídicos», ratifica los estatutos fundacionales y elige por votación secreta el nuevo Consejo de Gobierno. La elección confirma en sus cargos a los ya elegidos por los promotores.

La «Sociedad Andaluza de Estudios Histórico- Jurídicos» vé la luz pública con su presentación oficial a la sociedad de Andalucía, el día 23 de marzo del mismo año 2001. El salón de actos del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba es el marco que acoge al acto. Asiste numeroso público, autoridades y personas relacionadas con el mundo del Derecho y de la Historia. Entre ellas, el Iltmo. Sr. Presidente de la Audiencia Provincial de Córdoba D. Eduardo Baena, la Delegada Provincial de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía en Córdoba, D.^a Soledad Pérez, el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Iltmo.

Sr. D. Manuel Torres, la Diputada del Congreso D.^a Amelia Caracuel, el Decano del Ilustre Colegio Oficial de Doctores y Licenciados en Filosofía y Letras y en Ciencias, de Córdoba, Ilmo. Sr. D. José María Zapico, el Excmo. Sr. D. Joaquín Criado Costa, el Ilmo. Sr. D. Antonio Arjona Castro, Director y Bibliotecario, respectivamente, de la Real Academia de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes de Córdoba, el Vicedecano del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba D. Francisco J. Jurado, el Vicedecano de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Córdoba, el representante del Ilustre Colegio de Notarios de Sevilla, el representante de la Asociación de Jueces de Paz en Andalucía, el Secretario de la Asociación Provincial de Cronistas Oficiales D. Miguel Ventura, el Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de El Carpio, el representante del Colegio de Procuradores de Córdoba, y otras autoridades; el acto se inicia con la lectura del acta fundacional por el Sr. Murillo Rojas, Vicepresidente de la Sociedad en funciones de Secretario. A continuación, toman la palabra el Sr. Lucena Llamas y la Sra. Martínez Hernández, Bibliotecario y Coordinadora del Anuario, respectivamente, y cierra el acto el Sr. Director D. Julián Hurtado de Molina Delgado, tras lo que fue ofrecida una copa a todos los asistentes.

Actividades realizadas

La vida de la Sociedad se centra fundamentalmente en la publicación de un Anuario o Boletín que se ha ido gestando a lo largo de todo el año por un Consejo de Redacción, elegido por la Junta de Gobierno en sesión de 6 de marzo de 2001. El Consejo, coordinado por D.^a Carmen Martínez Hernández, ha recabado y seleccionado los trabajos objeto de publicación, teniendo en cuenta su calidad, rigor científico, actualidad e interés.

Entre las actividades realizadas merecen una especial mención la conferencia sobre « La práctica fundacional en la España Moderna » y las I Jornadas Andaluzas de Estudios Histórico-Jurídicos, en esta primera ocasión con un coloquio sobre «La Constitución de 1978, hoy. Propuestas de reforma». La primera, pronunciada por la Profesora de Historia Moderna de la Universidad de Córdoba, Dra. Soledad Gómez Navarro, se celebró el 25 de octubre de 2001 en el Salón de Actos del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba y a la que asistieron igualmente diferentes personalidades:

Las I Jornadas, celebradas en torno al Día de la Constitución tuvieron lugar en el Salón de Plenos de la Diputación Provincial de Córdoba (el 04 -12-01). Intervinieron

como ponentes los Excmos. Sres. D. Pablo de Lucas Murillo de la Cueva, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de la Universidad de Córdoba, y Dr. José Peña González, Vicerrector y Catedrático de la Universidad San Pablo - CEU. Presidió el acto el Director-Decano Sr. Hurtado de Molina, asistiendo la Vicepresidenta primera de Diputación de Córdoba Sra. Villatoro, así como Dña. Carmen Martínez Hernández que actuó como moderadora y presentó el mismo D. Alfonso Sánchez Garrido, actual Coordinador General. Participaron también diversas autoridades representantes de Instituciones Locales, Autonómicas y Nacionales.

Por otra parte, la Sociedad, en sesión de 8 de mayo de 2001, se adhiere a otras asociaciones cordobesas y solicita al Ayuntamiento de Córdoba la concesión de la Medalla de Oro de la Ciudad a la Real Academia de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes de Córdoba.

Visitas institucionales

El Sr. Director, individualmente o acompañado de algún miembro del Consejo de Gobierno, ha mantenido una serie de visitas institucionales a representantes de la Administración, del mundo de la cultura, de los medios de comunicación y del sector empresarial. Entre otros, a las Consejeras de Cultura y de de Justicia y Administración; al Presidente y al Diputado del Área de Cultura de la Diputación Provincial; a la Teniente de Alcalde del Área de Cultura del Ayuntamiento de Córdoba; a los Directores de «Diario Córdoba», «ABC» y «El Día»; a los Decanos de la Facultad de Filosofía y Letras, y de Derecho; al Vicerrector de Extensión Universitaria; al Director de la Real Academia de Córdoba; al Presidente de Cajasur. La Sociedad agradece la favorable acogida y apoyo a todas las personas visitadas y la generosa ayuda económica de Cajasur y Diputación Provincial.

Secciones provinciales

El ámbito de la Sociedad, como su propia denominación indica, es el territorio andaluz. Por ello, se han creado Secciones de la Sociedad en Granada, en Jaén y en Sevilla. D. José Luis Ortega Serrano en Granada, D. Guillermo Sena Medina en Jaén y D. José Antonio Cáceres Calero en Sevilla son sus delegados respectivos.

Organigrama actual

Tras la incorporación de nuevos miembros y la renuncia como Secretario del Sr. Díez García, en la sesión de 29 de abril de 2002, se reestructura el organigrama del Consejo de Gobierno de la Sociedad Andaluza de Estudios Histórico - Jurídicos y queda constituido de la siguiente forma:

Director-Decano: Ilmo. Sr. D. Julián Hurtado de Molina Delgado

Vicedirectora 1ª: Drª. Dª Carmen Martínez Hernández

Vicedirector 2º: D. José Murillo Rojas

Coordinador General: D. Alfonso Sánchez Garrido

Secretario: D. José Lucena Llamas.

Tesorera: Dª Carmen Seguí Arroyo

Bibliotecario: D. Manuel García Hurtado

Vocal Vicesecretario: Drª. D.ª Soledad Gómez Navarro

Vocal Archivero: D. Fernando Abad López - Cepero

Vocal de Intercambio Científico: Dr. D. Miguel Pino Abad

Vocal de Información: D. Francisco J. Jurado Luna

Vocal de Relaciones Institucionales: D. Juan Díez García

Delegado Sección de Granada: D. José Luis Ortega Serrano

Delegado Sección de Jaén: D. Guillermo Sena Medina.

Delegado Sección de Sevilla: D. José Antonio Cáceres Calero.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS



Los grandes procesos de la historia de España. VV.AA. 400 pgs. Madrid, 2002

El libro recoge los grandes procesos que han sucedido a lo largo de la historia de España. Además de la excelente coordinación de Muñoz Machado, la nómina de autores resulta impresionante: el pleito de sucesión de Alfonso X (Manuel González Gimenez); el proceso de los templarios (Julio Valdeón), la revuelta de Fuenteovejuna de 1476 (Emilio Cabrera); "Aquí la envidia y la mentira ..." de las presuntas eximentes de Fray Luis de León (Ángel Alcalá); los procesos de la conquista: del derecho a la tierra, a los procesos de los herederos de Colón (J.M. Pérez-Prendes); El debate Las Casas, seguido sobre los derechos de los Indios (Joseph Pérez); el juicio a los judíos conversos: La Inquisición y la Comunidad (Henry Kamen); el delito de la solicitación en confesión (Juan A. Alejandre); el Conde de Oropesa. El proceso del Arzobispo Carranza (Soledad Gómez Navarro). El antifrancesismo como causa de un proceso político (José M. De Bernardo); La información de limpieza de sangre (Jean Pierre Dedien); Antonio Pérez (José Ignacio Fortea); el proceso de Don Rodrigo Calderón (Felipe Ruiz Martín); Guerra entre inquisidores (Jaime Contreras); el caso Olavide. El poder absoluto de Carlos III (José Luis Gómez Urdañez); la represión política (Miguel Artola). Conflictos, litigios y pleitos en el proceso de Desamortización (Josefina Bello); Causa del Sr. Collantes (Alejandro Nieto); Dos procesos de la mano negra (A. Miguel Bernal); los grandes procesos económicos del siglo XX hasta la constitución de 1978 (Juan Velarde); los grandes procesos penales de la época de Franco (Javier Tusell). Machado cierra el volumen con una visión panorámica del funcionamiento de la justicia en España, a lo largo de la historia.

Documentos para la historia de la autonomía andaluza (1882-1982)

**M. Hijano del Río y M. Ruiz Romero
(Prólogo de D. Manuel Clavero Arévalo)**

Málaga, Sarriá, 2001, 650 págs.

El pasado siglo XX ha supuesto consolidar una articulación territorial en torno a las llamadas autonomías. Esta novedosa fórmula ha significado, con su presencia en el texto constitucional vigente, la emergencia de una nueva fórmula jurídico-administrativa.

Nos encontramos ante una obra sin precedentes en la biografía dedicada a Andalucía. Ha solucionado una importante deuda que los andaluces teníamos, en primer lugar, con nosotros mismos.

Pese a la indudable importancia histórica que el proceso andaluz tiene, hasta esta obra no se había realizado una edición de naturaleza recopilatoria relacionada. Una obra que no tiene referente similar en nuestra tierra, se nos acercan aquellos documentos –casi un centenar–, que los autores han considerado trascendentales en la historia del movimiento autonomista andaluz.

Se trata de una primera reunión de textos que discurren desde sus primeras reflexiones históricas a finales del siglo XIX pasando por los más significativos emanados durante la transición. La compilación recorre pues desde las primeras reflexiones pro regionalistas, hasta la primera petición formal de autonomía para Andalucía de la mano de Blas Infante en 1918. Igualmente, todo el intento autonomista andaluz de la II República, los primeros documentos para el origen de la Junta de Andalucía, y para culminar, todos los derivados de la vía del artículo 151.

El texto, prologado por Manuel Clavero Arévalo ha visto la luz con la conmemoración del vigésimo aniversario de la aprobación en referéndum de nuestro Estatuto de Autonomía.

Los autores no entran a valorar los textos. Nos invitan a que lo hagamos nosotros. Finaliza la obra con un rico apéndice documental.