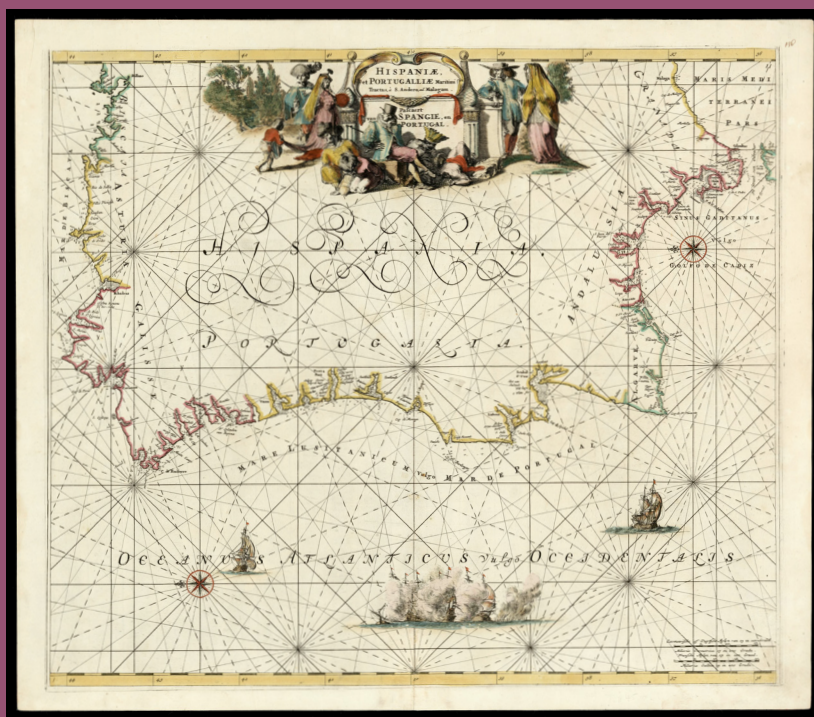


Estudios  
Estudos

# Luso-Hispanos

de Historia del Derecho  
de História do Direito



LAURA BECK VARELA

MARÍA JULIA SOLLA SASTRE

(coordinadoras)



Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho  
Estudos Luso-Hispanos de História do Direito

I

Laura Beck Varela  
María Julia Solla Sastre  
(coordinadoras)

Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho  
Estudos Luso-Hispanos de História do Direito

Comité científico

María Paz Alonso Romero (Universidad de Salamanca)  
Alfons Aragoneses Aguado (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona)  
Frédéric Audren (École de Droit de Sciences-Po/CEE - CNRS)  
Daniela Silva Fontoura de Barcellos (Universidade Federal do Rio de Janeiro)  
Gustavo César Cabral (Universidade Federal do Ceará)  
Pamela Cacciavillani (Universidad de Monterrey/Max-Planck-Institut für europäische  
Rechtsgeschichte)  
Mônica Dantas (Universidade de São Paulo)  
Giacomo Demarchi (Università degli studi di Milano)  
Susana Espada (Universidad Adolfo Ibáñez)  
Silvia Falconieri (EHESS/CNRS)  
Rafael D. García Pérez (Universidad de Navarra)  
Pilar García Trobat (Universitat de València)  
Esteban Federico Llamosas (Universidad Nacional de Córdoba)  
Sebastián Martín Martín (Universidad de Sevilla)  
Ferdinando Mazzeola (Università degli studi di Palermo)  
Rafael Ramis Barceló (Universitat de les Illes Balears)  
Margarita Serna Vallejo (Universidad de Cantabria)  
Cristina Nogueira da Silva (Universidade Nova de Lisboa)  
Sergio Villamarín (Universitat de València)  
Ângela Barreto Xavier (Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Lisboa)  
Romina Zamora (Universidad Nacional de Tucumán)

Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho  
Estudos Luso-Hispanos de História do Direito

I

Miriam Afonso Brigas  
Luís Cabral de Oliveira  
João Pedro Caleira  
Pio Caroni  
Fernando Liendo Tagle  
Pedro Luis López Herraiz  
Antonio Luque Reina  
Camilla de Freitas Macedo  
Alfredo José Martínez González  
Filipe de Arede Nunes  
Iván Pastoriza Martínez  
Marina Rojo Gallego-Burín  
Blanca Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso  
Margarida Seixas  
Josep Serrano Daura  
Jorge Veiga Testos  
María del Mar Tizón Ferrer  
Carlos Tormo Camallonga

EDITORIAL DYKINSON

2018

Historia del derecho, 66  
ISSN: 2255-5137

© 2018 Autores

Motivo de cubierta:

Hispaniae, et Portugalliae maritimi tractus [1670]

Disponibile en ICGC. Dominio público

<http://cartotecadigital.icc.cat/cdm/ref/collection/espanya/id/930>

Editorial Dykinson

c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid

Tlf. (+34) 91 544 28 46

E-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)

<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9148-943-6

Depósito Legal: M-39777-2018

Versión electrónica disponible en e-Archivo

<http://hdl.handle.net/10016/27751>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

## SUMARIO

<i>Presentación</i> Laura Beck Varela, María Julia Solla Sastre	9
<i>Quando il diritto era ancora compatto. Perché la storia giuridica svizzera è così diversa?</i> Pio Caroni	13
<i>El derecho municipal medieval de la Cataluña Nueva (siglos XIII-XVII)</i> Josep Serrano Daura	45
<i>Algunas consideraciones sobre el régimen local cantábrico frente al fomento naval y forestal en la Corona de Castilla (c.1560-1570)</i> Alfredo José Martínez González	63
<i>Organização judiciária e administração da justiça no Portugal filipino: a “reformaçam da justiça” de Filipe I de Portugal (1582)</i> Jorge Veiga Testos	93
<i>El oficio de secretario en la doctrina jurídica de la edad moderna</i> Marina Rojo Gallego-Burín	123
<i>Notas sobre la reforma municipal carolina en Sevilla: la representación del común</i> María del Mar Tizón Ferrer	151
<i>Un programa ilustrado para la formación de juristas. El Plan de Estudios de Pablo de Olavide de 1768</i> Fernando Liendo Tagle	167
<i>La formación del jurista en el virreinato del Perú en las postrimerías del antiguo régimen</i> Carlos Tormo Camallonga	199

SUMARIO

<i>Propiedad moderna y alteridad indígena en Brasil (1755-1862)</i> Camilla de Freitas Macedo	239
<i>Direito, política e sociedade: as Novas Conquistas de Goa durante o Perismo. Os contributos de Nery Xavier e Cláudio Lagrange</i> Luís Pedroso de Lima Cabral de Oliveira & João Pedro Caleira	271
<i>Horizonte nacional, espacio tradicional. La construcción jurídica de la nación y el extranjero en la constitución de Cádiz</i> Iván Pastoriza Martínez	305
<i>La disolución de los consejos: entre quiebras, confusiones y continuidad (1834-1836)</i> Antonio Luque Reina	339
<i>Justicia legal y derecho judicial: la influencia de la jurisprudencia en la formación de la ciencia jurídica isabelina</i> Blanca Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso	373
<i>Nuevas etiquetas disciplinares y sus contiendas: las ciencias políticas ante el derecho en Francia (1871-1900)</i> Pedro Luis López Herráiz	411
<i>O casamento na legislação de 1910 em Portugal. A mudança de paradigma nas relações familiares</i> Miriam Afonso Brigas	451
<i>Primeira Lei do Contrato de Trabalho em Portugal: Lei nº 1.952, de 10 de Março de 1937</i> Margarida Seixas	481
<i>A Revisão Constitucional de 1971: o Projecto de Lei 6/X da “Ala Liberal” num contexto de tensões internas no Marcelismo</i> Filipe de Arede Nunes	515



## PRESENTACIÓN

El primer volumen de los *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho/Estudos Luso-Hispanos de História do Direito* recoge trabajos presentados en el ámbito de la segunda edición del EHLHD (*Encuentro Hispano-Luso de Historiadores del Derecho*), celebrado los días 6, 7 y 8 de julio de 2017 en el Centro Cultural “La Corrala”. Éste daba continuidad, ampliándose considerablemente en lo que se refiere a las temáticas tratadas y a la afluencia de participantes, a la edición celebrada con éxito en la misma sede en julio de 2015, promovida desde el Área de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, con la colaboración de diversas instituciones académicas portuguesas (*Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Centro de Investigação em Teoria e História do Direito da Universidade de Lisboa*, y el entonces *Centro de História d’Aquém e d’Álém-Mar*, de la *Universidade dos Açores/Universidade Nova de Lisboa*).

Como ya se señaló a propósito de aquella primera ocasión<sup>1</sup>, el *Encuentro* tenía como objetivo reunir a los jóvenes historiadores del derecho que se han incorporado en los últimos años a esta disciplina a lo largo y ancho de la Península, para entrar en contacto, compartir distintas experiencias académicas, discutir sobre proyectos y líneas de investigación y crear redes de trabajo y cooperación disciplinar.

Mientras que para aquella primera edición la sede escogida para la publicación de los trabajos fue un número especial de la *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*<sup>2</sup>, en esta ocasión se ha optado, tras una deliberación de los participantes en la asamblea final, por dar inicio a una nueva *serie*, que otorgara mayor visibilidad a esta iniciativa y a los principios que la animaron –la de crear un foro *abierto, plural, hispano y luso*– y que además cumpliera con los criterios de calidad e indexación exigidos actualmente por las agencias de evaluación. En este sentido, las

---

1 Para crónicas más detalladas se puede acudir a Beck Varela, L.; Solla Sastre, M. J. “Encuentro Hispano-Luso de Historiadores do Direito: uma crónica e um convite”, *Themis. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano XVII, 30/31 (2016), pp. 309-316; id., “Encuentro Hispano-Luso de Historiadores del Derecho: Crónica de un Primer Encuentro”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 85 (2015), pp. 794-802.

2 Véanse los estudios recogidos en el volumen 33 de la *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2016-I.

editoras agradecen su dedicación a los miembros del comité científico constituido expresamente para esta publicación<sup>3</sup>, así como a los docentes e investigadores que contribuyeron con el riguroso proceso de evaluación ciega por pares, y la generosa acogida de la editorial Dykinson y la Universidad Carlos III de Madrid para albergar esta iniciativa, que es mucho más que editorial. No queremos dejar de reconocer al proyecto de investigación “Tradición y constitución: problemas constituyentes de la España contemporánea”, con referencia DER2014-56291-C3-1-P, que con su financiación ha hecho posible que este volumen vea la luz. También Marcos Hidalgo y Antonio Luque han contribuido a la etapa final de la revisión y maquetación de los textos. Por último, queremos expresar nuestro agradecimiento muy especialmente a los autores y autoras que, tras su participación en el Encuentro, han hecho el esfuerzo de plasmar por escrito sus contribuciones, sin las que este libro no habría sido posible.

El volumen arranca con la magnífica lección inaugural del profesor Pio Caroni (*Quando il diritto era ancora compatto. Perché la storia giuridica svizzera è così diversa?*), quien nos brinda una reflexión sobre las particularidades del Derecho suizo como resultado de su recorrido histórico, a propósito del cual el autor reconstruye una brillante trayectoria resultado de años de estudio y reflexión sobre la historia del derecho en Europa.

El primer estudio, de Josep Serrano Daura, inicia en la edad media, siguiendo la pista de la formación y consolidación del derecho municipal catalán en un arco temporal amplio (*El derecho municipal medieval de la Cata-*

---

3 El Comité científico de esta publicación está compuesto por María Paz Alonso Romero (Universidad de Salamanca), Alfons Aragoneses Aguado (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona), Frédéric Audren (École de Droit de Sciences-Po/CEE - CNRS), Daniela Silva Fontoura de Barcellos (Universidade Federal do Rio de Janeiro), Gustavo César Cabral (Universidade Federal do Ceará), Pamela Cacciavillani (Universidad de Monterrey/Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte), Mônica Dantas (Universidade de São Paulo), Giacomo Demarchi (Università degli studi di Milano), Susana Espada (Universidad Adolfo Ibáñez), Silvia Falconieri (EHES/CNRS), Rafael D. García Pérez (Universidad de Navarra), Pilar García Trobat (Universitat de València), Esteban Federico Llamosas (Universidad Nacional de Córdoba), Sebastián Martín Martín (Universidad de Sevilla), Ferdinando Mazzarella (Università degli studi di Palermo), Rafael Ramis Barceló (Universitat de les Illes Balears), Margarita Serna Vallejo (Universidad de Cantabria), Ana Cristina Nogueira da Silva (Universidade Nova de Lisboa), Sergio Villamarín (Universitat de València), Ângela Barreto Xavier (Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Lisboa) y Romina Zamora (Universidad Nacional de Tucumán).

luña Nueva, siglos XIII- XVII), al que se siguen diversos trabajos dedicados a los oficios, jurisdicciones e instituciones de la edad moderna ibérica: así *Algunas consideraciones sobre el régimen local cantábrico frente al fomento naval y forestal en la Corona de Castilla (c.1560-1570)*, por Alfredo José Martínez González; *Organização judiciária e administração da justiça no Portugal filipino: a “reformaçam da justiça” de Filipe I de Portugal (1582)*, por Jorge Andrés Nunes Barbosa Veiga Testos; y *El oficio de secretario en la doctrina jurídica de la edad moderna*, por Marina Rojo Gallego-Burín. Por otro lado, María del Mar Tizón estudia el impacto de la reforma municipal efectuada durante el reinado de Carlos III, en lo que se refiere a la representación del común, que tuvo una decisiva influencia no sólo en el progresivo desmontaje del viejo régimen municipal sino en el sistema electoral, también de corta vigencia, implantado bajo la vigencia del texto constitucional gaditano (*Reforma Municipal Carolina en Sevilla: la Representación del Común*).

También a caballo entre Antiguo régimen y nuevo orden constitucional, el capítulo de Iván Pastoriza Martínez indaga en las raíces tradicionales que subyacen a la “concepción de pertenencia” que se constitucionaliza, con apariencia novedosa, en las nociones de nacionalidad y extranjería plasmadas en Cádiz (*Horizonte nacional, espacio tradicional. La construcción jurídica de la nación y el extranjero en la constitución de Cádiz*). Los trabajos de Camilla de Freitas (*Propiedad moderna y la alteridad indígena en Brasil, 1755-1862*) y Luís Cabral de Oliveira & João Caleira (*Direito, política e sociedade: as Novas Conquistas de Goa durante o Perismo. Os contributos de Nery Xavier e Cláudio Lagrange*) nos acercan a otros espacios, extrapeninsulares, donde se ponen a prueba las instituciones y categorías jurídicas de la cultura del Derecho peninsular.

Tampoco ha faltado otro de los temas clásicos de nuestra disciplina, dedicado a la formación del jurista y a los planes de estudio del siglo ilustrado, representado por los trabajos de Carlos Tormo Camallonga (*La formación del jurista en el virreinato del Perú en las postrimerías del antiguo régimen*) y de Fernando Liendo Tagle (*Un programa ilustrado para la formación de juristas. El Plan de Estudios de Pablo de Olavide de 1768*); y aquí ampliado con una reflexión novedosa acerca de la creación de nuevos saberes disciplinares, como las ciencias políticas, que se consolidan *a partir de, y ante el* derecho: *Nuevas etiquetas disciplinares y sus contiendas: las ciencias políticas ante el derecho en Francia (1871-1900)*, por Pedro Luis López Herraiz.

Antonio Luque Reina analiza el proceso de disolución de los antiguos consejos y su relación con la separación y deslinde de atribuciones gubernativas y judiciales, centrándose en el *Consejo Real de España e Indias* como institución emblemática para ilustrar el proceso de quiebra, cancelación y emergencia de estructuras de gobierno esenciales para la imaginación del Estado liberal español (*La disolución de los consejos: entre quiebras, confusiones y continuidad, 1834-1836*). Todavía en el contexto de la España isabelina, Blanca Sáez de Santamaría se centra en el proceso como una de las claves de construcción estatal (*Justicia legal y Derecho judicial: la influencia de la jurisprudencia en la formación de la Ciencia jurídica isabelina*).

Ya entrados en el siglo XX, Miriam Afonso Brigas analiza la introducción de la nueva legislación en materia matrimonial en Portugal (*O casamento na legislação de 1910 em Portugal. A mudança de paradigma nas relações familiares*) y Margarida Seixas pone el foco de atención en temas laborales (*Primeira Lei do Contrato de Trabalho em Portugal: Lei Nº 1.952, de 10 de Março de 1937*). El volumen se cierra con la aportación de Filipe de Arede Nunes, quien examina algunas de las primeras iniciativas legislativas en aras del fortalecimiento de derechos y garantías fundamentales, en los años finales del régimen salazarista (*A Revisão Constitucional de 1971: O Projecto de Lei 6/X da “Ala Liberal” num contexto de tensões internas no Marcelismo*).

Todas estas aportaciones reflejan la rica diversidad de enfoques y materias que dialogaron durante aquellos días de verano madrileño. De hecho, creemos que en eso reside el mayor valor de este volumen: en su capacidad de dar cuenta del amplio panorama de perspectivas y temáticas desde y en las que se está trabajando en la actualidad en el ámbito de la Historia del Derecho. Porque, en efecto, lejos de haber querido plasmar en este libro la opinión o la óptica de las editoras, el objetivo principal era el de ofrecer el espectro más amplio posible del “estado de la cuestión” de una disciplina en la que todos los participantes se inscriben.

Esperamos que la buena acogida que ha tenido esta iniciativa siga repitiéndose y consolidándose, del modo *abierto, plural, hispano y luso* que la inspiró desde el principio, tanto en Lisboa los días 17 y 18 de junio de 2019 como en las ediciones subsecuentes.

Laura Beck Varela  
María Julia Solla Sastre

# QUANDO IL DIRITTO ERA ANCORA COMPATTO. PERCHÉ LA STORIA GIURIDICA SVIZZERA È COSÌ DIVERSA?

Pio Caroni

“Ma i luoghi non sono come sono, sono come tu li ricordi.”

M. AIME, *Rubare l'erba*,  
Ponte alle Grazie, Milano 2011, 82.

SUMARIO: 1. Una narrativa canonica. 2. L'anomalia svizzera. 3. Quando lo sguardo sapienziale opacizza. 4. L'emersione di una scienza giuridica un pò diversa. 5. Una dicotomia manipolata. 6. I codici repubblicani. 7. La prova del fuoco della nuova civilistica. 8. Due riflessioni conclusive. 9. Bibliografia.

## 1. Una narrativa canonica

Può essere utile iniziare rileggendo quel capitolo – peraltro notissimo – del *Beruf*, nel quale Savigny interroga la storia per conoscere “l'origine del diritto positivo”<sup>1</sup>. Distingue due epoche: “un'età primitiva”, quella della “giovinezza dei popoli”<sup>2</sup>, e una caratterizzata da una “civiltà in sviluppo”<sup>3</sup>, dal fondo della quale scrive. Connotata la prima dalla indissolubile connessione fra lingua, diritto e costumi, che a livello popolare interagiscono; segnata la seconda dalla vita separata del diritto come scienza. Il diritto “se prima viveva nella coscienza di tutto il popolo, ora appartiene alla coscienza dei giuristi, dai quali il popolo viene a essere rappresentato in questa funzione”<sup>4</sup>.

A Savigny questo racconto, tosto divenuto canonico, rendeva un doppio, utilissimo servizio. Gli permetteva *anzitutto* di gettare acqua sul fuoco, affermando che *tutta* la storia, senza distinzioni e senza escludere il presen-

---

1 F.C. von SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg (Mohr und Zimmer), 1814, p. 8-15; Idem, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, Nuova traduzione italiana ad opera di Margherita Peretti, in G. MARINI, *La polemica sulla codificazione*, Napoli (Edizioni Scientifiche Italiane), 1982, p. 97-102.

2 *La vocazione*, cit. p. 98.

3 *Ibidem*, p. 100.

4 *Ibidem*, p. 100.

te, “è sempre opera di forze interiori che agiscono silenziosamente, e non dell’arbitrio di un legislatore”<sup>5</sup>. Il che sconfessava *ab ovo* l’ardimento di chi intendeva codificare. *Secondariamente* – riconoscendo nel giurista l’incontrastato artefice della seconda epoca – ne giustificava il primato e ne prefigurava le scelte. Favorivano notoriamente l’approccio sapienziale al mondo del giuridico, quindi sostanzialmente quell’opzione romanistica, che il sistema delle fonti del diritto comune aveva a lungo illustrato. Ora Savigny si proponeva di riformarlo radicalmente, solo così potendosi arginare concretamente l’avanzata del flusso codificatorio. Tutto quanto non gravitava verso questa visione – già ritenuta monomanica<sup>6</sup> – oppure tutto quanto la lambiva solo marginalmente, non fu da lui mai ritenuto degno di analisi e riflessioni approfondite. Poca sorpresa perciò nel constatare, che i suoi accenni espliciti all’età primitiva siano sparuti e frettolosi<sup>7</sup>, le critiche ai germanisti dissidenti preconcepite, quando non pretestuose<sup>8</sup>, il disinteresse per le ricerche degli “antiquari” illogico e a ben vedere inconcludente<sup>9</sup>.

A molti storici del diritto, che da due secoli a questa parte vi rinviano (o anche solo furtivamente vi alludono) la narrativa di Savigny rese (e rende tuttora) un servizio non meno essenziale. Già perché tutti incoraggia(va) a esplorare non tanto la remota giovinezza, e in essa la vita “naturale”<sup>10</sup> del diritto, quanto quella più raffinata (per non dire sofisticata) gestita da specialisti, ed in questo senso sapienziale. Da giuristi quali normalmente sono, se ne sentono irresistibilmente attratti e dunque vi si dedicano anche sempre più esclusivamente. Come a replicare, ma stavolta sul piano storiografico, la stessa scelta operata da Savigny. È difficile non vedere in questa malía la radi-

---

5 Ibidem, p. 101.

6 H. THIEME, «Savigny und das Deutsche Recht», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 80, 1963, p. 1 - 26, la citazione a p. 5.

7 Accenni all’età primitiva da parte di Savigny in *La vocazione*, cit., p. 97-101; Idem, «Stimmen für und wider neue Gesetzbücher», *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 3, 1816, p. 1-52, la citazione a p. 45. Sul tema vedi inoltre P. CARONI, *Escritos sobre la codificación*, Madrid (Universidad Carlos III de Madrid), 2012, p. 239-241.

8 Vedi in merito H. THIEME, «Savigny und das Deutsche Recht», cit., *passim* e oggi soprattutto G. DILCHER, *Die Germanisten und die Historische Rechtsschule. Bürgerliche Wissenschaft zwischen Romantik, Realismus und Rationalisierung*, Frankfurt a.M. (Klostermann), 2017, *passim*, e specialmente 22 ss., 143 ss.

9 P. CARONI, *Escritos sobre la codificación*, cit., p. 220-221.

10 “Naturale” nel senso specifico precisato da Savigny in *Vom Beruf*, cit. p. 13; Idem, *La vocazione*, cit., p. 100.

ce di quella tendenza che, viepiù prigioniera dell'equazione diritto=scienza giuridica, ridusse pure la storia del diritto allo studio di un apparato separato dal resto della società, gestito da specialisti secondo regole autonome, quindi normalmente ignorate da tutti gli altri. Ci rendiamo conto della deriva così inaugurata quando, leggendo ad esempio giornali, ci imbattiamo in serene (e salutari) restituzioni della realtà storica, come ad esempio questa:

“Il giurista riceve i suoi natali a Roma; sia la Grecia classica, sia l’Africa tradizionale, sia le civiltà del bronzo producevano norme ma non esprimevano giuristi. Insomma può ben esserci un diritto senza professionisti del diritto. Avanti così, e torneremo a quell’età dell’oro”<sup>11</sup>.

## 2. L’anomalia svizzera

Stava comunque, nel bel mezzo del continente, e già a far data dal XIII. secolo, un territorio, nel quale il racconto così piano e quasi carezzevole di Savigny si insabbiò clamorosamente a metà strada. In senso letterale, se è vero che in questa isola, formata da sempre più numerosi stati sovrani ma confederati, la transizione ad una gestione più professionale del giuridico, così come fu descritta poco fa, sostanzialmente *non* avvenne. Oppure, se vogliamo, fu rinviata *sine die*, almeno fino a Ottocento inoltrato. E quando finalmente divenne operativa, non era ovviamente più la stessa cosa, non poteva più esserlo.

Affermando perciò, che nella Svizzera tardomedievale e moderna non si verificò una recezione del diritto romano paragonabile a quella avvenuta nel resto del continente<sup>12</sup>, non si vogliono parimenti negare l’esistenza di (sparuti) contatti con personale giuridico altamente qualificato; l’intervento (comunque sempre solo occasionale) di *iurisprudentes* in procedure laiche o canoniche; la presenza di studenti svizzeri nelle facoltà giuridiche dappri-

---

11 Così M. AINIS, «Il mercato dei giuristi svalutati», *Il Sole – 24 ore* dell’8 Agosto 2010, p. 24. Altrettanto ovvia la constatazione di M.T. FÖGEN, «Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems», *Rg. Rechtsgeschichte-Legal History* 1, 2002, p. 14-19, specialmente 15.

12 Su come sia raccomandabile (e forse anche necessario) intendere oggi questo tradizionale concetto di *recezione del diritto romano* ho ragionato in altra sede, alla quale qui rinvio: P. CARONI, «Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo?», in *Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini*, Firenze (Firenze University Press), 2011, p. 55-79, specialmente 59 ss.

ma italiane, più tardi francesi e tedesche; l'esistenza (massime nei grandi cenobi benedettini) di raffinatissime biblioteche giuridiche; la stipulazione di atti giuridici per il tramite notarile. Si vuole unicamente dire che tutto ciò ed altro ancora<sup>13</sup> rimase in un certo senso episodico e marginale, ossia non adombrò mai l'atteggiamento di fondo, che era non tanto di rifiuto in capo ad una analisi dettagliata dell'offerta sapienziale, quanto di una scontata non entrata in materia. Opponendosi – si vorrebbe quasi dire istintivamente – alla razionalizzazione della prassi giuridica, a quella che a lungo e non senza ragioni fu ritenuta la sua scientificizzazione; stando tanto consapevolmente quanto stabilmente alla larga da ogni esperienza 'romanistica'<sup>14</sup>, gli svizzeri intesero infatti tutelare la gestione diretta e comunitaria delle faccende giuridiche, della legislazione come della giurisdizione. Come del resto si addiceva alle strutture repubblicane, che erano le loro<sup>15</sup>. Paragonabili peraltro a quelle strutture repubblicane romane, nelle quali allignava il diritto "naturale" della "gioinezza dei popoli"<sup>16</sup>. Le ragioni del rifiuto vanno perciò localizzate in un ambito più costituzionale che veramente giuspolitico, ci inducono quindi ad analizzare con grande circospezione i legami che intercorrono fra l'assetto politico di una compagine sociale e le fonti giuridiche, nelle quali si riconosce<sup>17</sup>.

---

13 Ad esempio la presenza di un'Università di fondazione medievale (1460) a Basilea, dunque in territorio confederale, con una facoltà giuridica occasionalmente vivacizzata da menti brillanti; il rigoglio provocato dall'umanesimo giuridico a Basilea, legato all'attività di indiscussi corifei (Erasmus, Zasius, Sichardus, gli Amerbach padre e figlio); l'operosità ginevrina di Dionysius (padre) e Jacobus (figlio) Gothofredus a cavallo fra Cinquecento e Seicento, e altro ancora. Vedi ulteriori ragguagli in P. CARONI, «Al di fuori di ogni contrapposizione dialettica: "Vaterländisches Recht" nella Svizzera Settecentesca», in I. BIROCCHI-A. MATTONE (a cura di), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Atti del Convegno internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004, Roma (Viella), 2006, p. 173-197.

14 Alla Svizzera, sua patria, aveva indubbiamente pensato F.L. Keller, quando nell'introduzione alle postume *Pandekten* aveva accennato all'esistenza di paesi, nei quali il diritto romano "nie galt, ja planmässig und mit einem gewissen Eifer fern gehalten wurde" (F.L.v. KELLER, *Pandekten. Vorlesungen*, a cura di Emil Friedberg, Leipzig (B. Tauchnitz) 1861, p. XXV-XXVI).

15 P. CARONI, «Ius romanum in Helvetia», cit., p. 62 ss.

16 F.C. von SAVIGNY, *La vocazione*, cit., p. 100.

17 Ho tentato spesso di ragionare su questo tema, nel quale mi sono imbattuto trattando situazioni anche molto differenti, vedi ad es. P. CARONI, «Ius romanum in Helvetia», cit., p. 62, nota 39; Idem, *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche*, Basel (Helbing Lichtenhahn), 2015, p. 45, nota 58, ecc.



Ne consegue che: come reclamavano le tradizioni repubblicane- consociative tipiche della Confederazione, che mi guardo bene dal ritenere indistintamente anche democratiche, perché democratiche non erano<sup>18</sup>, prevalse ovunque fino a metà Ottocento un approccio pratico-popolare (e in questo senso artigianale) al contenzioso giuridico. La giustizia fu dunque amministrata prevalentemente da giudici non togati, che, quando non costringevano i litiganti ad accettare una proposta transattiva, applicavano diritto consuetudinario spesso trasmesso ancora oralmente<sup>19</sup>. E che interpretandolo facevano regolarmente capo ad una libertà di apprezzamento che a noi, figli nostro malgrado del positivismo, sembrò talora puro e semplice arbitrio.

Se non ci scandalizza propriamente, questo resoconto, certamente per prima cosa ci spaesa. Non sappiamo bene come reagire: se compiangere gli svizzeri per questa loro ostinata difesa di un diritto prescientifico, e in questo senso volgare e primitivo<sup>20</sup>, o accusarli di retrivo oscurantismo. E torniamo a chiederci: ma come poté capitare tutto ciò? Ci interroghiamo con insistenza perché tutti, chi più o chi meno, siamo prevenuti, letteralmente ammaliati, forse persino colonizzati dall'equazione *diritto= scienza giuridica*, alla quale ho già accennato; dunque anche dalla convinzione, che la storia giuridica vada sempre e solo intesa quale storia della scienza giuridica. Accecati da questo imperdonabile travisamento del passato, condanniamo tutto quanto

---

18 Gli abitanti dei singoli stati sovrani (che solo nel diciannovesimo secolo furono chiamati «cantoni»), sia cittadini che campagnoli, non volevano essere sudditi di nessuno, trattavano perciò alla pari principi e monarchi, dando loro ovviamente del «tu» (come documentano succosi resoconti di occasionali incontri su impervie strade di montagna, vedine un esempio in J.A.v. SPRECHER, *Kulturgeschichte der Drei Bünde im 18. Jahrhundert*, bearbeitet und herausgegeben von R. Jenny, Chur [Bischofsberger] 1976, p. 279-180). Ma in compenso i sudditi *volevano averli*, e li ebbero davvero, e non pochi, fino al 1798. Ossia fino a quando furono liberati dalle truppe francesi, la cui occupazione del paese mise fine all'antica Confederazione. Splendido in merito il riassunto di un grande storico del diritto svizzero, Ulrich STUTZ, *Die Schweiz in der Deutschen Rechtsgeschichte*, Sitzungsberichte der Preussischen Akademie der Wissenschaften, 1920, Berlin 1920, IV, p. 92-114, specialmente 98. Sull'affermarsi di tendenze oligarchiche nel corso dell'epoca moderna informa poi compiutamente, in un testo di notevolissimo spessore, R. BRAUN, *Das ausgehende Ancien Régime in der Schweiz*, Göttingen/Zürich (Vandenhoeck & Ruprecht), 1984, p. 25-26, 218-219, 257, 273-274.

19 Come del resto orale rimase spesso la procedura.

20 Sul significato di queste locuzioni vedi P. LIVER, *Abhandlungen zur schweizerischen und bündnerischen Rechtsgeschichte*, Chur (Calven Verlag), 1970, p. 311, 316, 318-319.

non rientra nell'ambito dei nostri pregiudizi, non siamo più in grado di percepire la realtà per quello che è, senza preliminarmente svalutarla. È giunto il momento, mi pare, di decolonizzarci, di riconoscere l'improponibilità dell'equazione ricordata, di guardare al mondo del giuridico senza occhiali smerigliati e di valutarlo non alla luce delle nostre scelte o inclinazioni, ma della sua resa concreta.

### 3. Quando lo sguardo sapienziale opacizza<sup>21</sup>

Tentiamo allora di rileggere il testo di Savigny citato in apertura alla luce di questa esigenza demistificatoria. Muovendo stavolta dall'esperienza: mostra che dove si insediarono i giuristi, il diritto diventò davvero "una scienza particolare nelle loro mani"<sup>22</sup>. Ne monopolizzarono la gestione, separarono il giuridico dal resto, in questo senso lo depurarono e lo promossero a ragione esclusiva delle loro attenzioni. Così approntato divenne autonomo, il che significa "que ne peut être compris que selon sa dynamique interne"<sup>23</sup>. Una dinamica dominata dalla logica formale, che promuove un discorso chiuso ed elitario, che non ha mai goduto di favori popolari, dando vita ad una storia giuridica sganciata dalla storia sociale, come aveva già intravisto il grande Marc Bloch<sup>24</sup>.

Ove invece prevalse piuttosto il desiderio politico di gestirlo consociativamente, il diritto rimase visibilmente inerente all'ambito sociale, a un ambito sociale *ancora compatto*, dunque vivacizzato dalla pressione (rispettivamente dalla concorrenza) provocata da *altre strategie normative* deputate (come il diritto) a regolare i rapporti sociali, rispettivamente a garantirne l'equilibrio<sup>25</sup>. Con le quali regolarmente si confrontò, talora prevalendo, altre volte

---

21 Riassumo qui P. CARONI, *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Madrid (Universidad Carlos III de Madrid), 2014, p. 143-147.

22 F.C.v. SAVIGNY, *La vocazione*, cit. p. 100.

23 Così il sociologo francese P. Bourdieu nel frammento che cito in *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 9.

24 M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico*, Torino (Einaudi), 1998, p. 110-111.

25 P. CARONI, *La soledad*, cit., p. 80-82, 139 ss., 210-212; Idem, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 9; R. GARRÉ, «Non di solo diritto. Spunti di riflessione, ad uso della storia giuridica, sul rapporto fra diritto ed altri ordinamenti normativi», *forum historiae iuris*, articolo del 14 febbraio 2003.

soccombendo o venendone relativizzato (rispettivamente ridimensionato). Nella misura in cui si affermò, lo fece dunque non grazie alle acrobazie degli specialisti, alla irrefutabilità della loro logica o al fascino che si sprigionava dai loro dotti ricami, ma in sequela ad un confronto fra forze, che tutte gravitavano sul sociale. E che a loro modo confermavano la pregnanza del dictum *ubi societas, ibi ius*.

L'anomalia svizzera volle che questa situazione, tipica dell'età primitiva nel racconto di Savigny, durasse più a lungo che altrove, appunto fino a Ottocento inoltrato. Non fosse cioè mai solo l'eco remota di un passato oramai dimenticato, che lo storico non sa più come maneggiare, e del quale magari – a causa della sua imbarazzante presapientialità – un po' si vergogna, ma una storia di lunga durata e mai rinnegata, che a modo suo, come vedremo, continua tuttora. Forse fu davvero questa la fortuna degli svizzeri: quella di aver potuto ragionare sul passato *non* a recezione avvenuta, ma già prima di essa. E di aver a lungo potuto operare al riparo di un sistema, che non aveva ancora spostato il baricentro delle sue attenzioni all'esterno del contesto sociale.

All'osservatore delle due realtà coeve qui contrapposte viene così concessa la possibilità di una reale valutazione (altrimenti inesperibile) di quell'episodio che generalmente chiamiamo *recezione della scienza giuridica*. Finora indiscusso perché istintivamente considerato portatore di progresso e in questo senso altrettanto indiscutibilmente meritorio, sembra ora bisognoso di un approccio più critico, rispettivamente equilibrato. Che non condanni siccome stravagante (o fuorviante) l'idea di allestire, in capo all'esame della recezione, un conteggio delle perdite e dei profitti; e che ci permetta di pensare che la razionalizzazione della pratica giuridica può parimenti venire considerata *espropriativa* di attribuzioni popolari non necessariamente marginali; quindi alla stregua di una procedura che, accanto agli aspetti positivi che tutti conoscono e che nessuno contesta, a furia di filtrare, separare, selezionare, purificare e recidere ha pure potuto cancellare cose, che meritavano ben altro destino. E che non sarebbe allora fuori luogo tentare di recuperare.

Che ci siano davvero, queste situazioni; che abbia un senso ribadirle anche in un contesto temporale molto diverso, come è quello attuale, lo dimostra ancora una volta la storia del paese, che abbiamo finora sgranato. Se le cito ora, una dopo l'altra, proprio solo perché le ritengo caratteristiche di un paese, nel quale la tradizionale matrice consociativa-repubblicana ha plasmato istituti e propiziato tradizioni che la rispecchiano fedelmente.

#### 4. L'emersione di una scienza giuridica un pò diversa

Nel corso dell'Ottocento spirò finalmente anche nella Svizzera un vento nuovo. Lo muovevano molti fattori, fra cui vorrei citare almeno questi: la rivoluzione industriale, l'esplosione demografica, la rivoluzione dei trasporti, ossia il decollo del traffico ferroviario e la conseguente dilatazione del mercato. Nuove situazioni attendevano perciò un intervento regolatore dello stato, vecchie pendenze reclamavano aggiornamenti. Ne conseguivano incarichi, la cui espletazione sempre più venne affidata a giuristi. Se i pochi finora attivi avevano compiuto i loro studi all'estero, in Francia o Germania, ora potevano farlo localmente, frequentando le facoltà giuridiche sorte nel paese a partire dal 1830. Indizi tutt'altro che univoci, che dunque riflettevano fedelmente il multiculturalismo del paese, stavano comunque a segnalare, che lentamente emergeva una pratica scientifica nuova: caratterizzata da un diverso e più razionale approccio al contenzioso giuridico. Più professionale di quello finora invalso, più rispettoso delle esigenze del destinatario, più attento a non deludere l'aspirazione alla certezza giuridica, non disdegnava di riconoscersi tuttavia in quella artigianalità, che aveva costituito la spina dorsale del vecchio sistema.

Voglio dire, ragionando così: si afferma uno *sguardo nuovo*, ma ugualmente fedele all'antica matrice. Il che significa: non succube delle derive pandettistiche; estraneo alle ambizioni dei dogmatici, che si accontentavano del testo legale e lo declinavano all'infinito; quindi logicamente non tentato di considerare le loro elaborazioni sapienziali alla stregua di fotografie della realtà. Ma piuttosto catturato da un diritto ancora saldamente ancorato nella società, perciò anzitutto ansioso di conoscerne il destino. Pronto perciò ad accompagnarlo quando entra nella società e si dispone a disciplinarla, a valutarne il successo concreto, se del caso a correggerne il tiro. Proprio come sa studiare e poi raccontare quella particolare storia, che oggi chiamiamo *Wirkungsgeschichte*<sup>26</sup>, e che non casualmente proprio nel contesto elvetico trovò fertile ispirazione<sup>27</sup>.

---

26 P. CARONI, «E se anche il codice fosse un messaggio?», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 47, 2018, p. 57-109, passim; Idem, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 255 ad *Wirkungsgeschichte*.

27 P. CARONI, «Historias de códigos. Un itinerario», Acto del Día de la Universidad 27 de enero de 2017, Madrid (Universidad Carlos III de Madrid), 2017, p. 11 ss., specialmente 27-28.

Questa scienza giuridica svizzera, emersa a fatica nella seconda metà del XIX. secolo e tuttora più tollerata che blandita<sup>28</sup>, era al contempo *nuova* (perché mai prima di allora al diritto fu riconosciuta simile valenza sociale e una paragonabile presenza pubblica) e *tradizionale*, cioè fedele all'inclinazione di fondo, che fu (e restò) repubblicana<sup>29</sup>. Come documentano i tre temi, che intendo ora approfondire.

## 5. Una dicotomia manipolata

Pensiamo dapprima alla grande dicotomia, ossia alla classica distinzione dell'ordinamento giuridico in regole che concernono lo stato (diritto pubblico) e regole che invece toccano la società (diritto privato). Fu generalmente letta quale più o meno drastica contrapposizione<sup>30</sup>, figlia di una concorrenza fra antagonisti, perciò anche garante di posizioni acquisite nel confronto politico. Altre volte esprimeva più un desiderio teorico-sistematico, che un programma giuspolitico, rapportarvisi era perciò importante, ad esempio per precisare le competenze legislative o appurare il valore delle regole così emanate (diritto dispositivo e/o imperativo).

Nella Svizzera ottocentesca il rapporto fra i due emisferi, una volta garantita ai cittadini la partecipazione politica attiva, non fu più tanto concorrenziale, quanto partecipativo. Incoraggiava cioè non lo scontro (o la contrapposizione) fra stato e società, quanto piuttosto il loro incontro, propiziava la vicendevole disponibilità dei due 'protagonisti' di operare concordemente. Stato e società, a queste condizioni, diventavano così due facce correlate della stessa medaglia<sup>31</sup>. La loro collaborazione relativizzò la grande dicotomia, creò ripetuti ibridismi e situazioni, rimpetto alle quali la netta distinzione fra diritto pubblico e privato apparve quale ricordo sbiadito.

Date queste premesse, nessuno si stupisce se si imbatte in congiunture, che sembrano appartenere contemporaneamente al diritto pubblico e a quello privato, oppure che spaziano in un ambito neutro, estraneo perciò all'u-

28 P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 80.

29 Ibidem, p. 88 ss.

30 Vedi ad esempio G.F. PUCHTA, *Pandekten*, 11. Edizione curata da A.F. Rudorff, Leipzig (Johann Ambrosius Barth), 1872, p. 70.

31 Tento di esplicitare questa convinzione recensendo l'opera di Barbara WEINMANN, *Eine andere Bürgergesellschaft. Klassischer Republikanismus und Kommunismus im Kanton Zürich im späten 18. und 19. Jahrhundert*, Göttingen 2002, nella *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 29, 2007, p. 156-157.

no come all'altro. E nessuno si scandalizza se si afferma che, a ben vedere, è talvolta ipotizzabile una coincidenza fra interessi pubblici e privati<sup>32</sup>. Men che meno ci sorprendono i redattori dei codici di diritto privato quando fanno posto a regole ed istituti di diritto pubblico, amministrativo, procedurale, potendosi solo così offrire ad un destinatario 'laico' la rappresentazione completa di un rapporto in sé codicistico<sup>33</sup>. Oppure vedere lo stato democraticamente costituito, strutturato e coordinato dai cittadini, *intervenire* in ambito giusprivatistico a limitare l'autonomia privata del singolo (ossia del proprietario, ad esempio, o della controparte di un contratto), se solo così poteva venir preliminarmente bandito il rischio di un suo esercizio contrario agli interessi generali. Vengono senz'altro accettate, queste situazioni, la partecipazione democratica in ambito politico sembra non solo giustificarle, ma altresì benedirle. Senza dimenticare che sembrò possibile scorgere in esse fedeli riproduzioni di un modello classico, quello della Grecia o di Roma repubblicane, che queste strategie le avevano praticate con successo<sup>34</sup>. Visti gli antecedenti, non era il caso di impensierirsi...

---

32 A. EGGER, *Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Edizione, Zürich (Schulthess), 1950, p. 139-140.

33 Si parla in questi casi di un „codice sporco“, vedi con quale naturalezza ne ragiona Eugen HUBER stesso nelle sue *Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Edizione, I, Bern (Büchler & Co.) 1914, p. 39-40. Sul punto anche P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 105 lit. b e da ultimo l'anticipazione di N. LINDER, *Schweizerisches ZGB und BGB im Vergleich (1896-1933)*, in M. Löhnig-S. Wagner (a cura di), „Nichtgeborene Kinder des Liberalismus“? *Zivilgesetzgebung im Mitteleuropa der Zwischenkriegszeit*, Tübingen (Mohr Siebeck), 2018, p. 23-38, specialmente 37.

34 A questi ragionamenti rinviò anche il Messaggio del Consiglio federale (ossia del Governo) svizzero alle camere del parlamento, che perorava la modifica costituzionale favorevole all'unificazione del diritto penale e privato (v. *Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Einführung der Rechtseinheit*, del 28 novembre 1896, in *Schweizerisches Bundesblatt* 1896, IV, p. 733-786, il rinvio concreto a p. 765). Classiche in merito due pubblicazioni 'storiche': Wilhelm v. HUMBOLDT, *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato* (1851), Edizione italiana a cura di G. Perticone, Milano (Giuffrè), 1965, p. 54; Benjamin CONSTANT, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni* (1819), Edizione italiana a cura di G. Paoletti, Torino (Einaudi), 2001, p. 7-8, 15-16, 26-27. Riflessioni più dettagliate si leggono in P. CARONI, *„Privatrecht“: eine sozialhistorische Einführung*, 2. Edizione, Basel/Frankfurt a.M. (Helbing Lichtenhahn), 1999, p. 128-131; Idem, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 106.

E finalmente non desta scalpore, anzi ha qualcosa di consolatorio, accorgersi come talune 'opzioni' di un ambito, ovviamente condivise e sufficientemente 'rodiate', assurgessero al ruolo di *modello* per l'altro ambito, esercitassero quindi una certa attrazione, destinata a rafforzare la sintonia fra le due realtà in discussione. L'esempio più noto (o forse solo il più studiato) mostra come il *modello democratico*, fondamento del diritto costituzionale, potè favorire una corrispondente modulazione di regole ed istituti del diritto privato<sup>35</sup>. Due situazioni lo documentano con chiarezza.

Da un canto il trascinare dell'egualitarismo democratico nell'universo giusprivatistico. Ci permette ad esempio di scorgere nella capacità giuridica generalizzata del *bourgeois* (ossia in quella che può essere ritenuta l'intuizione fondamentale del diritto privato borghese) una trasposizione dei diritti politici del *citoyen*<sup>36</sup>; come anche di considerare il primato dell'autonomia negoziale dei singoli individui quale ovvio pendant della libertà di economia e commercio garantita dalla costituzione<sup>37</sup>.

D'altro canto l'affermarsi, in epoca non ancora sospetta, cioè prima dell'esplosione della questione sociale, della convinzione che il desiderio di compensare squilibri ed imparità potesse venir esaudito non solo dal diritto pubblico (a ciò tradizionalmente deputato), *ma anche dal diritto privato*. Per arrivarci non era indispensabile ricorrere alle suppliche di profeti esterni, che da osservatori contrapposti avevano spezzato una lancia per tale intervento<sup>38</sup>. Nemmeno fu necessario far capo a ispirazioni religiose e/o umanitarie<sup>39</sup>. Ba-

35 P. CARONI, "Privatrecht", cit., p. 146-147; Idem, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 61 ss.

36 P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 185-186, con ulteriori rinvii.

37 Così K. OFTINGER, «Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF. 57, 1938, p. 481a-695a, specialmente 497a, nota 2.

38 Alludo concretamente alle critiche che Otto v. GIERKE (nel 1889) e Anton MENERGER (nel 1890), dunque da destra e da sinistra, avevano rivolto al primo progetto di BGB tedesco, pubblicato nel 1888. Può forse essere utile non dimenticare che Eugen Huber proprio in quegli anni, ossia dal 1888 al 1892, fu professore di diritto privato nell'università prussiana di Halle. Pare perciò ragionevole ritenerlo già per questo motivo al corrente dei grandi temi svolti dalle critiche ricordate. Temi che tosto dovette poi affrontare elaborando i progetti del CCS, vedi in merito anche P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 9, 64-68.

39 Ispirazioni comunque non estranee al redattore del CCS Eugen Huber, vedi P. CARONI, «Il mito svelato: Eugen Huber», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF 110, 1991, I, p. 381-419, e specialmente 405-406; A. Egger, *Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Edizione, Zürich (Schulthess) 1950, p. 40, 44, 120

stava in fondo, questo va ribadito qui, scrutare il contesto sociale, nel quale il diritto privato operava e incideva. Perché mostrava senza ritegno la realtà, cioè l'instirpabile conflittualità della società; e a tal modo suggeriva che anche il diritto privato fosse chiamato – pur con tutti i suoi limiti – a tenerne conto. Il Codice civile del 1907, del quale si dirà, crebbe su questa certezza, prometteva perciò aperture, concessioni, correzioni. In tutta una serie di regole, che fu poi tutt'altro che agevole concretizzare<sup>40</sup>.

Due parole conclusive, dopo aver passato in rassegna una variopinta serie di situazioni. Se non altro per evidenziare, che non è da escludere, anzi appare più che probabile, che sia l'ampiezza del fenomeno ricordato (cioè delle diverse 'irregolarità' or ora segnalate), che la sua agevole percezione (rispettivamente trasparenza), siano state favorite in modo determinante da quella peculiarità elvetica, che ho già esaminato, ossia dal rifiuto della recezione, quindi dalla mancanza di un rigido approccio razionalizzante (ed in questo senso scientifico) alla vita concreta del diritto. Se altrove tale approccio poteva oscurare almeno parzialmente la realtà, sostituendovi le categorie astratte dei giuristi, da noi restò a lungo possibile seguire il destino della regola giuridica nel suo *habitat* naturale, che era quello della società.

Per un'ultima volta: chi non li separa dal 'resto' (per rifarmi alla locuzione savignyana), non sarà mai tentato di vedere nel diritto pubblico e in quello privato rigide categorie dogmatiche, dunque compartimenti stagni. O di appurarne l'intensità della presenza (quella che si chiama valenza) appoggiandosi ad anticipazioni teoriche. Ma potrà in compenso scorgerli ad occhio nudo e giudicarne l'impatto solo dopo aver osservato come operano nel sociale, come confluiscono e si mescolano (o litigano) con altre regole stabilite da ordinamenti concorrenti, che pure aspirano a disciplinare la società<sup>41</sup>. Affidandosi quindi a quanto rivela uno spaccato sincronico. Dal che è facile dedurre che la storicità orizzontale prevale su quella verticale; non è deputata a sezionare longitudinalmente la storia per farne rifulgere la continuità<sup>42</sup>, ma

---

ss.; D. SCHINDLER, *Schweizerische Eigenheiten in der Staatslehre*, 138. Neujahrsblatt zum Besten des Waisenhauses Zürich für 1975, Zürich (Beer & Co.), 1975, p. 21-22, 25-26.

40 Vedi dapprima P. CARONI, «Anton Menger e il Codice civile svizzero del 1907», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 3-4, 1974-1975, p. 273-318, specialmente 296-297; inoltre *infra*, capitolo 7, lettera c.

41 Vedi *supra*, nota 25 e inoltre: G. BUSINO, «Un regard sociologique sur la crise du droit», *Revue européenne des sciences sociales*, 34, 1996, p. 215-220.

42 Sul punto chiarissimo il ragionamento di L. WENGER, *Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft*, 2. Edizione, München (Beck), 1970, p. 10-11. Da questo



piuttosto a mai perdere di vista quanto attornia (e perciò condiziona) il dato giuridico<sup>43</sup>. E a sporcarsi le mani, tenendone conto.

## 6. I codici repubblicani

L'Ottocento è notoriamente il secolo che visse il declino del vecchio sistema normativo (che in ultima istanza premiava il sapiente/lo studioso intento a metabolizzare il diritto comune) e il definitivo affermarsi del nuovo sistema, retto dal codice. Non a caso fu inaugurato dal *Code civil* francese del 1804 e si concluse con l'entrata in vigore del BGB tedesco, a marcare dunque – almeno così sembra – la supremazia dei grandi codici nazionali.

Il lento emergere, nella Confederazione svizzera, del desiderio di un approccio scientifico al diritto, è dunque coevo alla frenesia codificatrice europea. Racchiudere in un libro il diritto vigente, *in primis* quello privato, diventa ovunque l'impegno che non è bene rinviare. La giovane scienza giuridica svizzera se ne rende conto e non si defila. Al contrario, se ne occupa e proprio codificando si profila. I più avveduti, fra i giuristi che si attivano in questo frangente, prima di mettersi all'opera si dedicano a studi storici, quasi volessero a tal modo approntare i materiali da poi inserire nei codici. Ciò facendo mettono implicitamente le carte in tavola, nel senso che si allineano su quelle direttive, che Savigny aveva dettato fondando la scuola storica.

L'avevano quasi tutti conosciuto a Berlino, ove avevano studiato; forti della sua benedizione, dopo aver scandagliato la storia locale codificarono nel presente. Il che appare dapprima paradossale, se solo si pensa al drastico rifiuto savignyano della proposta di Thibaut. Ma obbedisce ugualmente a una sua logica: Savigny si oppose infatti alla codificazione poiché temeva (non senza buone ragioni) che colpisse a morte il vecchio sistema delle fonti, quindi la supremazia della scienza del diritto comune, la cui riforma era diventata

---

punto di vista sembra che lo storico del diritto svizzero sia *heureusement* vaccinato contro la malattia della continuità. Già perché non si accontenta mai del solo (e isolato) dato giuridico.

43 Insiste costantemente sul fatto che stato e diritto non siano isole autoreferenziali, ma realtà strutturalmente connesse alla storia politica e sociale di un paese, come anche alle idee filosofiche e alle concezioni etiche e religiose di un tempo, in un importante scritto almeno parzialmente anche autobiografico, D. SCHINDLER, *Schweizerische Eigenheiten in der Staatslehre*, cit., p. 4, 10, 12, 13, 16, 21, 22-23, 26. A questi ragionamenti rinvio anche in P. CARONI, *La soledad*, cit., p. 80-83, 210-212; Idem, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 8-9.

la sua massima aspirazione. Ma nella Svizzera degli ultimi tre secoli questo sistema non si era mai affermato, come abbiamo visto, il codice logicamente non poteva distruggerlo<sup>44</sup>.

Nacquero così, uno dopo l'altro, codici cantonali: allestiti di regola facendo capo a modelli stranieri (il *code civil* del 1804, l'ABGB del 1811), altre volte copiati di sana pianta, magari dal codice di un altro Cantone<sup>45</sup>. Generalmente tutt'altro che spregevoli, in un caso persino di qualità eccelsa. Il codice civile del Canton Zurigo (1853-1855), elaborato da due allievi di Savigny ben presto assurti al rango di corifei internazionali (parlo di Friedrich Ludwig Keller e di Johann Caspar Bluntschli), fu salutato da mezza Europa quale opera di rara perizia e moderazione. Al punto che servì ad Eugen Huber, l'autore del Codice civile svizzero del 1907 – del quale dirò concludendo – quale fonte di continua ispirazione<sup>46</sup>.

L'adesione di giuristi e politici svizzeri alla scuola storica fu dunque entusiastica, ma anche eccentrica. Questo vale anche per quella notissima teoria, che aveva localizzato l'origine del diritto nello spirito popolare (*Volksgesetzlehre*)<sup>47</sup>. Gli svizzeri non solo la condivisero, ma la gratificarono altresì di una doppia lettura. La prima letterale, biologica, se vogliamo. La seconda scientifica, ossia sapienziale. Una doppia lettura, che Savigny aveva scandito nel tempo, come abbiamo visto<sup>48</sup>, ma che da noi, a dimostrazione dell'eccentricità ricordata, fu contemporanea, anche se non parallela<sup>49</sup>. Su un piano giuspolitico primeggiava comunque quella lettura, che rinviava scopertamente alla

---

44 È un errore ritenere che la scuola storica si distingua da altre tradizioni scientifiche proprio perché fu contraria alla codificazione del diritto: lo ha ricordato in modo esplicito J.K. BLUNTSCHLI, *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*, 2. Edizione, Zürich 1862, p. 12-13. E concluse il ragionamento asserendo: "So kann es auch Juristen geben und gibt es solche, welche die historische Ansicht vom Rechte vollständig in sich aufgenommen haben und doch umfassende Gesetzgebungen von Zeit zu Zeit für wünschbar halten". Sul problema vedi anche P. CARONI, *Escritos*, cit., p. 217 ss.

45 P. CARONI, *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel-Frankfurt a.M. (Helbing & Lichtenhahn), 1986, p. 102-103.

46 P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 39.

47 P. CARONI, *Savigny nell'Ottocento svizzero*, in S. Lepsius-R. Schulze-B. Kannoński (a cura di), *Recht-Geschichte-Geschichtsschreibung. Rechts- und Verfassungsgeschichte im deutsch-italienischen Diskurs*, Berlin (E. Schmidt), 2014, p. 215-227, specialmente 218 ss.

48 F.C.von SAVIGNY, *La vocazione*, cit., p. 101 : "...vale a dire che il diritto è creato prima dai costumi e dalle credenze popolari, e poi dalla giurisprudenza..."

49 P. CARONI, *Savigny nell'Ottocento svizzero*, cit., p. 223 ss.

volontà popolare; già perché suonava ad esplicita conferma delle istituzioni repubblicane. Arricchite dalle prime conquiste liberali, pretendevano ora di venire integralmente rispettate dai codificatori. In altre parole: il codice doveva loro corrispondere, quindi essere repubblicano. In ordine sia alla sua elaborazione, che al suo contenuto.

a) Sul *primo punto* non ci furono mai dubbi: il codice era una legge come tutte le altre, ragione per cui il progetto completo andava sottoposto agli emissari del popolo sovrano, ossia al parlamento. Che lo discusse ovunque articolo per articolo e – se la costituzione lo prevedeva – in più letture. È bene rendersi conto che ciò avveniva mentre in molti stati europei e iberoamericani, le cui strutture politiche non erano repubblicane, si affermò in merito un regime praticamente opposto. Sorretto da una visione pessimistica e demotivante della realtà, considerava il codice quale problema tecnico oltremodo complesso, di difficile gestione e negava perciò che un parlamento disponesse della competenza materiale e della serenità per venirne a capo<sup>50</sup>. Il che spiega sufficientemente quelle “deleghe legislative” a favore dei governi, disponendo le quali si tentò di abbreviare i tempi dell’*iter* legislativo. Troncavano il dibattito parlamentare e costringevano il Legislativo a pronunciarsi su un progetto a scatola chiusa. Sortirono esiti rapidi (tanto che si parlò di ‘codificare a vapore’) e forse prestigiosi<sup>51</sup>. Ma a molti questa origine, pilotata spesso maldestramente dall’alto, dispiacque e lasciò l’amaro in bocca.

b) Sul *secondo punto*, quello del contenuto: è scontato supporre che dovesse convenire, se non a tutti, almeno alla maggioranza. A quella stessa maggioranza, per essere preciso, che nell’eventuale votazione popolare sul progetto, prevista dall’istituto del *referendum*, avrebbe fatto valere il peso del numero. Il *referendum*, obbligatorio o facoltativo che fosse, era dunque lo spettro decisivo, l’eterna spada di Damocle della democrazia. Incombeva

---

50 Esemplarmente istruttivo in merito C. PETIT, «Derecho civil e identidad nacional», *InDret. Revista para el análisis del derecho* 3, 2011, p. 1-36, specialmente 16-21. Rappresentante di spicco di questo pessimismo, che riteneva il parlamento sede inadatta per discutere un codice, fu J. Bentham. Sua fu altresì la proposta di affidare l’elaborazione di un codice a un solo esperto, possibilmente straniero.

51 Proprio così nacque il codice civile italiano del 1865, la cui promulgazione intendeva ribadire (rispettivamente rafforzare) il valore dell’unificazione politica appena conseguita. Vedi C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Roma-Bari (Laterza), 1985, p. 46-58; P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 61. Analogamente fu sanzionato il Codice di commercio italiano del 1882 (v. A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano [LED] 1992, p. 186, 195-196).

ovunque. E ovunque incitava a moderare tempestivamente e in modo salutare la frenesia degli intraprendenti<sup>52</sup>. A tutti permetteva infatti, nel dibattito parlamentare, di rendersi conto delle ragioni di chi si opponeva: di chi non condivideva una proposta concreta del progetto, di chi non lo riteneva urgente, persino di chi avversava il principio della codificazione e gli preferiva, a torto o a ragione, il vecchio assetto delle fonti. Non occuparsene e tirare dritto sarebbe stato facile, persino comodo, una vera tentazione. Ma altrettanto grande era il rischio di consolidare, con un eventuale rifiuto, il numero di quei cittadini che, nella votazione referendaria, avrebbero poi tentato di affossare il progetto. Tutto ciò spiega molte cose: anzitutto l'eccezionale lunghezza e complessità delle discussioni; secondariamente la grande disponibilità dei politici a ricercare mediazioni e ad allinearsi su soluzioni di compromesso; e finalmente l'uso (ma anche l'abuso) sistematico dell' *argomento storico*, teso a 'sdoganare' anche le novità più ardite e a tranquillizzare i timorosi, presentandole magari quali "attualizzazioni" di scelte tradizionali. È una strategia vecchia come il mondo, questa<sup>53</sup>, Portalis l'aveva solo rispolverata quando presentò il *Code civil* del 1804 ai membri del *Conseil d'Etat* quale semplice "*transaction*" fra le diverse tradizioni giuridiche del Nord e del Sud dell'Esagono, dunque audacemente minimizzando<sup>54</sup>. Ed i politici svizzeri, costretti dalle insidie dei meccanismi democratici, ne seguirono spesso e vittoriosamente l'esempio<sup>55</sup>.

In altre parole, e per concludere su questo punto: tutto doveva contri-

---

52 Sull'effetto perciò inevitabilmente 'frenante' del *referendum* hanno ragionato molti autori, vedi ad esempio F. FLEINER, *Ausgewählte Schriften und Reden*, Zürich (Polygraphischer Verlag), 1941, p. 151, 239, 439-440; N. DROZ, *Etudes et portraits politiques*, Genève-Paris (Ch. Eggimann-F. Alcan), 1895, p. 71 ss.; D. SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich (Schulthess), 1932, p. 145-146; H. FRITZSCHE, *Volkstümliche Rechtspflege*, Zürich (Schulthess), 1949, p. 12.

53 Ed è stata recentemente studiata un pò ovunque: T.E. FISCHER, *Geschichte der Geschichtskultur: über den öffentlichen Gebrauch von Vergangenheit von den antiken Hochkulturen bis zur Gegenwart*, Köln 2000; F. HARTOG-J. REVEL (a cura di), *Les usages politiques du passé*, Paris 2000; J.J. CARRERAS ARES-C. FORCADELL ÁLVAREZ (a cura di), *Usos públicos de la historia*, Zaragoza 2002-2003; D. Di BARTOLOMEO, *L'uso politico della storia nella Rivoluzione francese*, Roma 2014.

54 J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement*, in P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome I, Paris 1827, p. 463-523, la citazione a p. 481. V. Anche P. CARONI, *Escritos*, cit., p. 188-189.

55 P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 20, 39, 90, 184 ss.

buire a identificare e neutralizzare preliminarmente ostacoli e opposizioni. Non però ignorandole, ma tenendone debitamente conto. E tutto ciò, qui volevo arrivare, faceva sì che, alla fine, le disposizioni del codice piacessero ai più.

Che una simile procedura, funzionale alla ricerca del compromesso e altresì ostinata nel volerlo raggiungere, abbia allungato i tempi dell'elaborazione del codice, non è difficile arguire. Ma questa non è una novità. Lo si sa da sempre, che la repubblica viaggia a piccola velocità, che le sue strade sono comunque più lunghe di quelle dello stato monarchico o autoritario, e per di più quasi sempre in salita. Chi dunque tentasse di capire perché anche in tema di codificazione del diritto la Svizzera fu fra gli ultimi, non avrebbe un compito difficile: perché la repubblica cuoce sempre a fuoco lento<sup>56</sup>.

## 7. La prova del fuoco della nuova civilistica

La prova del fuoco di questa nuova civilistica, così diversa da quella cresciuta da secoli nei paesi vicini, perciò dall'inizio determinata a battere nuove strade (o a sfruttare altri modelli, senza disdegnare preliminarmente nulla) arrivò davvero. E più precisamente quando nell'ultimo decennio dell'Ottocento, dopo aver finalmente ottenuto, nel 1898, la necessaria competenza legislativa<sup>57</sup>, la Confederazione avviò la procedura destinata a dotare il paese di un unico codice civile e di un unico codice penale<sup>58</sup>. Cosa la spinse a tanto? Certamente dapprima *ragioni generali*, che dunque riguardavano tutti: quindi sociali, economiche, politiche, concretamente il desiderio di corrispondere al fabbisogno giuridico di una società uscita vincente dalla rivoluzione industriale e ora desiderosa di crescere così rapidamente e uniformemente, come reclamava il mercato.

Rimpetto a questi desideri, che ognuno poteva condividere, poiché riflesso di cambiamenti reali che stavano sotto gli occhi di tutti, quelli di natura più strettamente giuridica erano meno evidenti, ma c'erano. La codificazione

---

<sup>56</sup> P. CARONI, *Rechtseinheit*, cit., p. 47, 50; Idem, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 61; Idem, *Escritos*, p. 101. ss.

<sup>57</sup> Dietro a questa conquista sta un lunghissimo ed intenso dibattito pubblico, nel corso del quale le diverse anime (economiche, religiose, linguistiche, politiche, sociali) del paese si affrontarono spesso con foga eccezionale. Vi accenno a più riprese in P.C., *Rechtseinheit*, cit., p. 9-54.

<sup>58</sup> Fondamentale P. LIVER, *Einleitung, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitungsband*, Bern (Stämpfli), 1962, N. 116 ss., 139.

unitaria non fu, come ad esempio in Italia e poi soprattutto in Germania, una strategia funzionale al recupero più o meno esplicito, più o meno camuffato, del diritto comune. Da questo punto di vista da noi c'era poco da recuperare. *Urgente* era piuttosto smarcarsi, cioè sottrarsi all'influsso, che i grandi codici delle nazioni contigue già esercitavano (nel caso del *Code civil* francese) o avrebbero ben presto esercitato (in quello del BGB tedesco, oramai in dirittura di arrivo) sulla giurisprudenza dei diversi cantoni. Un codice unitario veniva perciò visto quale baluardo da eventualmente opporre a ingerenze indesiderate<sup>59</sup>. E parimenti urgente fu dall'inizio ribadire, che destinatari del nuovo diritto unificato non erano giuristi, giudici togati, professori (come in Germania), ma il popolo. Che nel codice intendeva rispecchiarsi<sup>60</sup>.

Già per questo motivo la scelta dei materiali da inserire nel codice unitario non fu funzionale al desiderio di premiare una specifica tradizione scientifica, germanistica o romanistica che fosse. Cadde piuttosto su quella regola, su quell'istituto, su quella tradizione che venivano ritenuti idonei a sopperire a una necessità *concreta*. Chi scruta le cose da questo osservatorio pragmatico, non vedrà nel CCS né un codice pandettistico, né una consuetudine (*Weistum*) germanistica<sup>61</sup>. Ma piuttosto qualcosa che si sgancia dalla tradizione sapienziale, senza per questo motivo disprezzarla o farne a meno del tutto: già per questo motivo però un codice orgoglioso e originale.

Fu peraltro facile rendersene conto nei primi decenni del ventesimo secolo, quando sia il BGB tedesco del 1900 che il CCS del 1907 affrontarono il giudizio del pubblico. Ad esempio in Italia. Qui il BGB venne osannato oltre misura, e se ne intuiscono i motivi: fu visto quale trionfo di quella pandettistica, che i civilisti italiani adoravano e traducevano con mirabile impegno<sup>62</sup>. Il CCS, posto che fu accanto a quel monumento, sembrò subito un parente povero. Fu perciò tendenzialmente ignorato, quando non irriso. Un esito, questo, che se non dice nulla sulle sue vere qualità, la dice lunga sulle (peraltro legittime)

---

59 Accorati appelli in questo senso vennero dalle due camere del parlamento federale, vedi *Amtliches stenographisches Bulletin der Schweizerischen Bundesversammlung* 1897, p. 18, 33, 39; 1898, p. 107, 146, 158-159, 193, 199, 203. Sul punto anche P. LIVER, *Einleitung*, cit., N. 142.

60 P. LIVER, *Einleitung*, cit., N. 160.

61 P. LIVER, *Einleitung*, cit., N. 76 ss.; P. CARONI, «E se anche il codice fosse un messaggio?», cit., note 20 e 85.

62 Aspetti che approfondisce la recente monografia di F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino (Giappichelli), 2016.

preferenze della civilistica italiana di inizio secolo<sup>63</sup>. Degli anni comunque, in cui da altri lidi, e incuriositi da altre scelte, Raymond Saleilles e François Géný magnificavano l'originalità di questo codice diverso. Un'originalità facile da raccontare, a condizione di coglierla in singoli episodi concreti. Ne ricordo un paio prima di concludere.

a) Incuriosisce anzitutto il contesto che accompagnò l'elaborazione del CCS: già perché letteralmente solcato da una presenza, quella di *Eugen Huber* (1849-1923). Grande sia come civilista che come storico del diritto, professò questi insegnamenti da cattedre universitarie svizzere e tedesche e li arricchì di una serie eccezionale di opere scientifiche. Incaricato nel 1892 dal Consiglio federale svizzero (ossia dal Governo centrale) di elaborare un progetto di codice civile, si dedicò per moltissimi anni anima e corpo ad assolvere questo incarico, da lui considerato una vera e propria missione. Elaborò tutti i progetti, uno dopo l'altro; li discusse in innumerevoli commissioni, li corresse e li ridiscusse. Curò i contatti con giuristi, economisti, politici, artigiani, commercianti e contadini, come anche con una folla di destinatari di variegatissima provenienza. Scrisse monografie, redasse proclami e messaggi, introduzioni e commenti, intervenne nei dibattiti giornalistici, inventò e diffuse racconti e storie a sfondo didascalico. Si fece finalmente eleggere quale deputato nel parlamento federale, per qui difendere in prima persona il "suo" progetto. A cosa abbia pensato quest'uomo schivo il dieci dicembre del 1907, quando le due camere del parlamento federale in un tripudio conclusivo approvarono all'unanimità questo "suo" codice, non lo sapremo mai. Ma non è difficile immaginarlo<sup>64</sup>.

Incuriosisce questo fatto, dicevo. Già perché, sottolineando il primato assoluto del contributo *personale* di un legislatore, sembra contrastare con tutto quanto affermato finora. Ma a ben vedere solo in apparenza. Quegli anni insegnarono infatti, che solo l'urgenza di codificare poté liberare le energie necessarie per fare lentamente emergere una nuova civilistica. Che non attingeva tanto alla storia del pensiero giuridico, che evitava perciò di sfruttare gli orpelli giusnaturalistici o di lasciarsi risucchiare dai voli pindarici dei pandettisti<sup>65</sup>, ma preferiva stare ai fatti, alle situazioni concrete, a tutti quei "fattori"

---

63 Ho riassunto qui il *ductus* di una conferenza (tuttora inedita), che tenni a Como il 6 febbraio 2002.

64 Ha scritto pagine memorabili anche su questo tema Peter Liver, che mi fu a lungo incomparabile Maestro, v. *Einleitung*, cit., N. 71-75.

65 E. HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, volume IV,

che condizionavano il legislatore, perché vi incorreva cammin facendo senza poterli eliminare<sup>66</sup>. E lo faceva ora letteralmente ‘accompagnata’, coinvolta coralmemente dalla società e aperta a un dialogo continuo. Come poteva fiorire solo nella convivialità repubblicana.

b) Quando Eugen Huber fu costretto, nel parlamento federale, ad esprimersi sulla *lingua* del suo codice e a giustificarne il taglio salutarmente eccentrico, affermò: la lingua, anche quella di un codice, non è fatta solo di logica, ma anche di sentimenti e umori, suoni e colori, musica, passione e gusto, ossia di tutto quanto alberga nel cuore dell'uomo<sup>67</sup>. Guidato da questa certezza, adottò un linguaggio diretto, vivo, accessibile, capace di raggiungere subito tutti: i giuristi *come* tutti gli altri, e fra questi preferibilmente i padri di famiglia, i giudici laici e le donne di casa<sup>68</sup>. Era una lingua non specialistica, che evitava i concetti e le definizioni astratte della scienza giuridica; perciò *fresca, ma non fredda*<sup>69</sup>, anche se talora inevitabilmente imprecisa. Il suo successo fece colpo, massime nel confronto con la lingua del BGB tedesco; che usciva, si poteva pensare, dalle pagine dei manuali giuridici e interpellava preferibilmente proprio loro, i giuristi. La scelta di Huber non era un atteggiamento di facciata, già perché mirava a coagulare consenso attorno alle proposte del codice, che anche a questo modo confermava l'apertura sociale<sup>70</sup>. E puntava per di più consapevolmente proprio su quello specifico ‘taglio’ familiare, perché si addiceva meglio di altri a uno dei destinatari preferiti del codice, cioè al giudice non togato. Da sempre figura centrale dell'amministrazione della giustizia, chi si opponeva alla codificazione unitaria ne temeva la scomparsa<sup>71</sup>

---

*Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Basel (R. Reich), 1893, p. 233, 275 (in punto all'influsso del diritto comune).

66 P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 33 ss., 95.

67 P. LIVER, *Einleitung*, cit., N. 129 ss.; P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 89.

68 P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 88-89.

69 Questa fu spesso la colorita alternativa destinata a riassumere lo scarto fra il diritto popolare della tradizione giuridica elvetica e il diritto sapienziale-scientifico di quella tedesca, come ricordo anche in P.C., *La soledad*, cit., p. 141-142; Idem, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 91.

70 Vedi in merito P. CARONI, *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel-Frankfurt a.M. (Helbing & Lichtenhahn), 1996, p. 49 ss.

71 Accoratissimi i relativi interventi durante il dibattito parlamentare, vedi *Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung 1897*, p. 20, 33; 1898, p. 115, 152, 160. Sull'istituto e il suo destino vedi E. ZÜRCHER, *Die Demokratie in*



o quantomeno una sensibile riduzione della libertà di apprezzamento che – tipico retaggio del passato – era notoriamente estesa. Erano timori infondati, questi, ed Huber seppe fugarli tempestivamente. Da una parte, come abbiamo visto, evitando un linguaggio iperbolico e marmoreo. D’altro canto difendendo come nessun altro legislatore la libertà del giudice di calare quella sentenza, che meglio corrispondeva alla sua lettura della regola del codice. Al punto, come oramai si sa, da parificarlo al legislatore, come recitò poi davvero l’articolo introduttivo del “suo” codice:

«La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera o il senso di una disposizione.

Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore».

L’origine storica di questa verità, che finora nessun codice aveva osato proclamare, merita una breve digressione<sup>72</sup>. Se non altro per tentare di situarla nel panorama antipositivistico della fine dell’Ottocento. Un panorama occupato in Germania dalla nascente scuola del diritto libero (Ernst Fuchs, Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz), in Francia dagli scritti e dalle proposte di Raymond Saleilles e François Géný. Quest’ultimo aveva pubblicato nel 1899 un’opera eccezionale<sup>73</sup>, nella quale esplorava infaticabilmente strategie idonee a combattere il positivismo dell’*école de l’exégèse*. Fra le quali emerse, prima o poi, anche la proposta di incoraggiare i giudici a muoversi più liberamente fra le regole fissate dal codice. Huber lesse con grande attenzione quest’opera proprio mentre elaborava gli articoli introduttivi del suo progetto di codice. Questa coincidenza temporale bastò per accreditare la tesi, che vedeva in Géný se non proprio il *souffleur*, almeno il mentore della sorprendente regola del CCS<sup>74</sup>. Il che appare non solo improbabile, ma letteralmente

---

*der Rechtspflege*, in *Moderne Demokratie*, Acht Vorträge gehalten in der Demokratischen Vereinigung der Stadt Zürich in den Wintern 1902/3 und 1903/4, Zürich 1904, p. 1-17; P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 23, 39, 46, 47, 73, 76, 78, 81, 90, 91, 93.

72 Riassunto da P. CARONI, «Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber 1895-1911», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 40, 2011, p. 265-302, specialmente 283-293; Idem, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 40-41.

73 *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Prima edizione, Paris (LGDJ), 1899.

74 Così gli autori citati in P. CARONI, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber (1895-1911)*, cit., p. 287, ai quali vanno ora aggiunti M.M. STROLZ, *Ronald Dworkins These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3*

impossibile, se solo si ragiona su questo fatto: Huber e Gény avevano problemi molto diversi da risolvere, quindi in realtà non concorrevano. Il primo tentava di *moderare* (rispettivamente canalizzare) la libertà del giudice laico, finora praticamente illimitata. Il secondo si proponeva invece di *stimolare* il giudice togato, finora bloccato (o inibito) da un'osservanza troppo succuba della legge. Si muovevano se non su due versanti, almeno in direzioni opposte. Si incrociarono per caso mentre ragionavano su cose *diverse* usando le *stesse* parole, ecco la verità. Comunque sia, il nuovo codice svizzero, grazie a questa regola, si impose all'attenzione (quasi) generale. Un inatteso successo per questo primo prodotto di una giovane civilistica.

c) Ho già ricordato come l'attitudine elvetica di non separare il diritto dal suo naturale contesto sociale garantisse una quasi imbarazzante visibilità anche alle imparità e agli scompensi generati (o rafforzati) dalla conflittualità della società. Era meno facile ignorarli, o anche solo dimenticarsene. Ragione per cui si tentò di combatterli (o almeno attenuarli) non solo legiferando in ambito pubblico, amministrativo, assistenziale (come aveva esemplarmente insegnato Bismark nella Germania di fine Ottocento), ma anche emanando specifiche regole di diritto privato<sup>75</sup>. Di qui l'idea di un *diritto privato sociale*: a metà strada fra Gierke (che fu uno dei maestri di Eugen Huber<sup>76</sup>) e Anton Menger (che la salutò con entusiasmo<sup>77</sup>), non solo ventilata, ma già animatamente discussa elaborandosi il codice unitario, divenne una importante chiave di lettura dell'Avamprogetto del 1900. Cosa si nascondesse poi concretamente dietro a questa etichetta (come anche a quella di "individualismo sociale"), è difficile riassumere con una parola. Perciò direi: più cose, tutte

---

ZGB, Zürich (Schulthess), 1991, p. 32-34; P. PICHONNAZ, nella *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF 130, 2011, II, p. 205.

<sup>75</sup> Vedi *supra*, capitolo 5.

<sup>76</sup> P. LIVER, *Einleitung*, cit., N. 92 ss.; S. Pfeiffer-Munz, *Soziales Recht ist deutsches Recht. Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts untersucht anhand seiner Stellungnahme zur deutschen und zur schweizerischen Privatrechtskodifikation*, Zürich (Schulthess), 1979, S. 79 ss.

<sup>77</sup> Menger non si accontentò di lodare singole regole dell'Avamprogetto di Huber per la loro sensibilità sociale, ma vide altresì in esse una esplicita adesione alle tesi da lui professate nella sua critica al primo progetto del BGB tedesco, pubblicata nel 1890 (vedi i singoli rinvii in A. MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 4<sup>o</sup> edizione, Tübingen 1908, p. 26, 105, 132). Si tratta di una tesi, nei confronti della quale è possibile nutrire più di un dubbio. Vedi comunque P. CARONI, *Anton Menger e il Codice civile svizzero*, cit., p. 296 ss.

comunque tendenzialmente invise alla civilistica tradizionale<sup>78</sup>. Ad esempio l'esplicito favore per le istituzioni consociative; il tentativo di privilegiare strutture solidaristiche; la possibilità di realizzare diritto diseguale, ad esempio in ambito contrattuale, accordando al contraente debole maggior difesa o accollando a quello più robusto un carico supplementare. Una opportunità, quest'ultima, che il codice per lo più non realizzò direttamente – come pure si sollecitava da sinistra<sup>79</sup> – ma preferì delegare. Generalmente al giudice, altre volte ai legislatori cantonali o ai protagonisti concretamente implicati. Accettando a tal modo il rischio, innegabile per non dire ovvio, di non farne nulla. Solo una coraggiosa *Wirkungsgeschichte* di tutte quelle disposizioni, che formalmente prevedevano la possibilità di un intervento compensativo, quindi un'indagine che tuttora manca, potrà un giorno svelare cosa ne divenne concretamente dell'aspirazione iniziale. In tale attesa, illudersi non è vietato, ma imprudente<sup>80</sup>.

d) Ma già qualche anno prima che l'avveniristica parificazione giudice=legislatore attirasse l'attenzione internazionale sul codice del 1907, un'altra scelta del legislatore elvetico aveva destato scalpore<sup>81</sup>: quella presa al momento di elaborare il diritto commerciale. Sugeriva di rinunciare alla duplicazione dei codici (come l'aveva dapprima realizzata il legislatore francese nel 1804/1807) e di preferirle una soluzione più semplice e maneggevole, quella del *codice unico*. Ossia di un codice che poteva permettersi di interpellare sempre e contemporaneamente i commercianti e l'uomo comune; che poteva ardire di fare loro posto sotto lo stesso tetto, solo perché ne aveva preventivamente sparigliato le regole finora vigenti. Le aveva non solo mescolate e poi diversamente sortite, ma letteralmente (con)fuse, derivandone perciò una versione *unica*, simultaneamente proposta (rispettivamente imposta) agli uni e agli altri.

78 P. CARONI, *Anton Menger e il Codice civile svizzero*, cit., p. 302 ss.; Idem, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 66-68.

79 P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 42, ma anche il recente accertamento in P.C., *E se anche il codice fosse un messaggio?*, cit., p. 108, nota 158.

80 P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 42, 96, 160-161.

81 Riassumo qui tre diverse elaborazioni di questa tematica: P.C., *"Privatrecht"*, cit., p. 183-195; *Der "demokratische" code unique von 1881. Eine Studie zur ideologischen Beziehung von Sonderrecht und Demokratie*, in P. CARONI (a cura di), *Das Obligationenrecht 1883-1983. Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts*, Bern-Stuttgart (Haupt), 1984, p. 19-68; *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 110-119.

Come mai il Codice svizzero delle obbligazioni del 1881 si permettesse una tale, finora raramente rivendicata<sup>82</sup> libertà, è un interrogativo inevitabile. Fra le plurime ragioni a suo tempo addotte, una merita di venir ricordata, poiché già allora nei ragionamenti primeggiava: quella che considerava il codice unico quale soluzione repubblicana, frutto perciò di uno scontato rifiuto di privilegi, di soluzioni di favore, di trattamenti speciali. Giustificata così, la scelta fu tosto condivisa, dai commercianti come da tutti gli altri. A qualcuno sembrò persino possibile semplificare ulteriormente le cose e affermare che nella società oramai ristrutturata dalla rivoluzione industriale e finalmente mossa da quella dei trasporti, tutti, ma proprio *tutti*, anche se ciascuno a modo suo, *speculavano*, erano oramai divenuti commercianti, grazie anche a quella generale dimestichezza pratica, che l'eccezionale scolarità del paese garantiva.

Proprio così, è bene non nascondere, ragionava e predicava il mercato, al quale sia questa temeraria generalizzazione, che l'approccio repubblicano sottesovi, indubbiamente servivano. Ma come concretamente? Perché oliavano il meccanismo, gli permettevano di girare a pieno regime, senza escludere nessuno e senza risparmiare nulla. Un meccanismo vorace, come si vede, che una volta avviato non sapeva più come fermarsi, dimostrando così, ossia nei fatti, la vera natura: la sua (del mercato) come quella del diritto destinato a gestirlo. Di repubblicano, men che meno di democratico, avevano ben poco. Non il mercato, poiché strutturalmente mosso dalla concorrenza. E nemmeno il diritto *unico*, perché in realtà non aleggiava *super partes*, ma nel dubbio favoriva il commerciante. Non però, come spesso finora, in regime di duplicazione dei codici, destinandogli regole specifiche, di valenza cetuale o settoriale, ma obbligando tutti a sottostare alla stessa, *unica* normativa, tendenzialmente favorevole però ai suoi interessi. Per questo motivo ora il privilegio non si vedeva più a occhio nudo, non veniva più segnalato o anticipato da un esplicito testo legislativo. Si nascondeva pudicamente dietro la formulazione astratta, restava irriconoscibile (e inattaccabile) fino al momento, in cui il commerciante (che generalmente era il contraente più addestrato) se ne avvaleva concretamente.

Sono fatti, questi, che possono anche non piacere, lo ammetto. Già perché relativizzano l'idealismo inerente alla rivendicazione repubblicana. Ci incitano alla prudenza, quando la evochiamo. Ma nello stesso tempo sottolineano

---

82 Al principio del codice unico si ispirava comunque già la legislazione giusprivatistica dei Cantoni germanofoni, vedi P. CARONI, "*Privatrecht*", cit., p. 183-184; Idem, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 115-116.

il valore altamente didascalico di questo tema del codice unico. Documenta infatti almeno tre cose: l'abilità di un legislatore nel secondare le richieste del mercato senza dare nell'occhio; la flessibilità di una giovane civilistica non (ancora) condizionata da troppe eredità dogmatiche; e per finire anche la versatilità (ma forse dovremmo dire l'ambiguità) del modello repubblicano, capace – si è tentati ora di dire – del meglio come del peggio.

e) E finalmente: la storia ha voluto che codificare in questo paese, che non si era ancora abituato a separare il diritto dal resto per farne il maneggevole oggetto di interminabili combinazioni dogmatiche, una più astratta dell'altra; ma che lo percepiva sempre e solo circondato da polpa viva, e quindi sullo sfondo della (rispettivamente condizionato dalla) società, diventasse un'avventura tanto affascinante quanto complessa<sup>83</sup>. Arricchita (ma anche complicata) da continui e policromatici apporti, nei quali si riflettevano e pretendevano di venir debitamente considerati frammenti della società, ossia valori, lingue, religioni, culture e tradizioni, quelle economiche non escluse: che il legislatore doveva tutte dapprima percepire, più tardi valutare, per decidere poi se inserirle nel suo progetto o abbandonarle. Così configurata la codificazione non presupponeva l'abilità del legislatore di muoversi con dimestichezza fra dogmi, teorie e combinazioni; non metteva alla prova la sua sapienza giuridica, quanto altre doti. Servivano concretamente una grande disponibilità all'ascolto e alla mediazione; servivano pazienza e umiltà, ma anche l'onestà di non nascondere (e nemmeno rimpiangere) le proprie scelte. Questo spiega magari perché sia chi, questo eccezionale capitolo della storia giuridica svizzera l'ha scritto in prima persona; come anche chi l'ha poi ripetutamente studiato a fondo, abbiano potuto vedere nella Svizzera codificante non solo un eccezionale laboratorio, ma persino un *microcosmo europeo*, e nel suo codice finalmente arrivato in porto la possibile prefigurazione di un futuro codice europeo<sup>84</sup>. Per una scienza giuridica nuova, perché cresciuta su altre premesse e forse ancora inesperta, un debutto a dir poco promettente!

## 8. Due riflessioni conclusive

Una *prima* per confessare che a giuristi e storici del diritto svizzeri que-

---

83 P. CARONI, *Rechtseinheit*, cit., p. 57 ss.; Idem, „Privatrecht“, cit., p. 47 ss.

84 P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 27, nota 80; K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Terza edizione, Tübingen (Siebeck), 1996, p. 175.

sta storia, sulla quale ho inteso qui ragionare, talora dispiacque, o che almeno procurò loro occasionalmente disagio. Quasi se ne vergognarono, indecisi com'erano fra la rivendicazione della propria tradizionale autonomia di giudizio e il timore di dover pure ammettere che, anche senza volerlo, avevano imparato qualcosa, e forse anche troppo, da quanto era successo altrove<sup>85</sup>.

Questo spiega i diversi tentativi di opacizzare almeno parzialmente la volgarità (nel significato di primitività o presapienzialità) della loro storia allineandosi puntigliosamente su atteggiamenti e scelte tipici di tradizioni giuridiche continentali. Cito qualche esempio: penso dapprima al recente, tanto brusco quanto indifendibile *revirement* in tema di recezione del diritto romano. Ha azzerato la tesi finora prevalente, che negava la recezione, accostando così la Svizzera a quanto avvenne nei territori contigui, ossia in Italia, Francia e Germania<sup>86</sup>. Ed ha a tal modo facilitato i più o meno benemeriti sforzi di taluni romanisti di ricordarci (lo fanno del resto periodicamente), che anche il Codice civile svizzero del 1907 in realtà non poté far altro che affondare le sue radici nella saggezza del diritto classico<sup>87</sup>. Senza dimenticare, per finire, l'inopinato rigore di quei civilisti, grazie ai quali si dovrebbe sapere, che anche il diritto contrattuale svizzero odierno (proprio come quello di altri paesi), riflette strutture concettuali imbricate a regola d'arte e senza nessuna

---

85 Andreas Bertalan Schwarz (1886-1953), il grande storico del diritto ungherese, che dal 1926 al 1930 insegnò diritto privato e diritto romano nell'Università di Zurigo (e che dunque parlava per conoscenza di causa), caratterizzò più tardi l'atteggiamento dei suoi colleghi svizzeri vis-à-vis della recezione del diritto romano in Svizzera con una frase che ritengo a dir poco geniale, già perché dà la misura della sua eccezionale capacità di captare umori, rimorsi e riserve percepibili nel mondo circostante. Una capacità, che il suo tragico destino di cattedratico cacciato dalla Germania nazista e obbligato ad emigrare silenziosamente nutriva. Eccola dunque, questa frase: "Am wenigsten gilt diese Bewunderung (*scil.* per il diritto romano) für die Schweiz, wo man immer das Gefühl einer der eigenen Art entgegengesetzten Mentalität hat, wo aber auch das schlechte Gewissen verstimmend wirkte, dass man daraus mehr gelernt hat als man gerne zugab (oder einem lieb war)". Si legge in un discorso del 1945, finora inedito e purtroppo mutilo: *Das deutsche BGB und der Nationalsozialismus*, in G. HAMZA, *Symposion hundert Jahre BGB*, 13.-14. Oktober 2000, Budapest 2006, p. 43-55, il frammento citato a p. 52.

86 Critica di questa tesi letteralmente inverosimile in P.C., «Ius romanum in Helvetia», cit., passim.

87 Si tratta di una verità periodicamente ribadita, che però secondo me va vigorosamente relativizzata, a livello sia tematico, che geografico e temporale, vi accenno in P.C., *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 12, 54-55, 209-210.

interferenza politica o ideologica, ragione per cui la sua storia dovrà essere esclusivamente dogmatica<sup>88</sup>.

Una *seconda* per confermare che anch'io ovviamente mi chiedo, come del resto tanti altri, se abbia un senso raccontare questa storia. Se è utile farlo, non solo perché (magari) ci diverte, ma perché altresì ci insegna qualcosa. Qui è forse meglio distinguere.

A me, nato per puro caso in un paese, ove il diritto rimase tenacemente aggregato al 'resto', e in questo preciso senso 'compatto', questa storia ha insegnato che per sboccare nel giuridico devo sempre e inevitabilmente attraversare il sociale, rendermene conto e in un certo senso assumermelo. Il che ha incrementato sia la mia *sensibilità* (poiché ha permesso una percezione ottimale del fenomeno giuridico), che la mia *responsabilità*. Perché? Perché non nascondendo la conflittualità sociale e le sue spiacevoli conseguenze, mi costringe pure a interrogarmi sull'idoneità del diritto a pararne eventuali contraccolpi o derive. Penso che tutto ciò abbia favorito molte scelte, nelle quali non solo mi riconosco, ma che pure considero paganti. Quella ad esempio di preferire una storia sociale della codificazione a quella dogmatica; quella di privilegiare la storia del dopo-codice (*Wirkungsgeschichte*); oppure quella di condividere l'idea del diritto privato sociale, dunque di battermi per un ricorso più incisivo al diritto diseguale.

A chi vive e opera invece ove il diritto fu tradizionalmente separato dal suo involucro sociale, che dire? Anzitutto che questo dislocamento sicuramente facilitò molte cose. Permise allo specialista di mettere a frutto la propria abilità, ad esempio elaborando, applicando o criticando la legislazione. E di farlo, questo è quello che conta, senza venir disturbato, senza dover tollerare interferenze o rivendicazioni estranee al campo teorico. Proprio come, mi azzardo ad aggiungere, l'anestesia neutralizza il dolore del paziente e permette al chirurgo di operare indisturbato. Ma l'esperienza insegna che può essere imprudente considerare inappuntabile già per questo motivo il lavoro dello specialista. Per l'ovvia ragione che il giudizio finale sulla bontà del prodotto non spetta a lui, ma alla società, nella sua qualità di destinataria del messaggio scientifico. Che lo formulerà solo dopo aver metabolizzato il messaggio, dopo averlo analizzato alla luce delle proprie necessità e dei propri desideri<sup>89</sup>. Ossia di fattori radicati tutti in quel sociale, che il suggerimento savignyano

---

88 Ibidem, p. 144-145.

89 P. CARONI, «E se anche il codice fosse un messaggio?», cit., passim e specialmente p. 59-65.

intendeva invece oscurare. Chi voglia perciò evitare problematiche reazioni di rigetto, o anche solo slittamenti o dirottamenti del messaggio, id est quelle reazioni, che talora sconfessano clamorosamente il legislatore, farà bene a tener conto dell'opinione del destinatario. Ossia di tutto quanto sta all'esterno. Se è vero che le normative giuridiche presuppongono tutte l'esistenza della società (*ubi societas, ibi ius*), prescindere è perciò altamente sconsigliabile. Urge piuttosto ricompattare. Come finalmente insegna, anche se a suo modo, la storia qui raccontata.

## 9. Bibliografia

- AINIS, M., «Il mercato dei giuristi svalutati», *Il Sole – 24 ore* dell'8 Agosto, 2010, p. 24.
- BARTOLOMEO, D. DI, *L'uso politico della storia nella Rivoluzione francese*, Roma 2014.
- BLOCH, M., *Apologia della storia o Mestiere di storico*, Torino (Einaudi), 1998.
- BLUNTSCHLI, J.K., *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*, 2. Edizione, Zürich 1862.
- BRAUN, R., *Das ausgehende Ancien Régime in der Schweiz*, Göttingen/Zürich (Vandenhoeck & Ruprecht), 1984.
- BUSINO, G., «Un regard sociologique sur la crise du droit», *Revue européenne des sciences sociales*, 34, 1996, p. 215-220.
- CARONI, P., «E se anche il codice fosse un messaggio?», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 47, 2018, p. 57-109.
- CARONI, P., «Historias de códigos. Un itinerario», Acto del Día de la Universidad 27 de enero de 2017, Madrid (Universidad Carlos III de Madrid), 2017.
- CARONI, P., *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche*, Basel (Helbing Lichtenhahn), 2015.
- CARONI, P., *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Madrid (Universidad Carlos III de Madrid), 2014.
- CARONI, P., *Savigny nell'Ottocento svizzero*, in S. Lepsius-R. Schulze-B. Kannoowski (a cura di), *Recht-Geschichte-Geschichtsschreibung. Rechts- und Verfassungsgeschichte im deutsch-italienischen Diskurs*, Berlin (E. Schmidt), 2014, p. 215-227.
- CARONI, P., *Escritos sobre la codificación*, Madrid (Universidad Carlos III de Madrid), 2012.
- CARONI, P., «Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo?», in *Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini*, Firenze (Firenze University Press), 2011, p. 55-79.
- CARONI, P., «Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber 1895-1911», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 40, 2011, p. 265-302.
- CARONI, P., Recensione a Barbara WEINMANN, *Eine andere Bürgergesellschaft. Klassischer Republikanismus und Kommunalismus im Kanton Zürich im späten 18. und 19. Jahrhundert* (Göttingen 2002), in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 29, 2007, p. 156-157.



- CARONI, P., «Al di fuori di ogni contrapposizione dialettica: “*Vaterländisches Recht*” nella Svizzera Settecentesca», in I. Birocchi-A. Mattone (a cura di), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Atti del Convegno internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004, Roma (Viella), 2006, p. 173-197.
- CARONI, P., “*Privatrecht*”: *eine sozialhistorische Einführung*, 2. Edizione, Basel/Frankfurt a.M. (Helbing Lichtenhahn), 1999.
- CARONI, P., *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel-Frankfurt a.M. (Helbing & Lichtenhahn), 1996.
- CARONI, P., «Il mito svelato: Eugen Huber», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF 110, 1991, I, p. 381-419.
- CARONI, P., *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel-Frankfurt a.M. (Helbing & Lichtenhahn), 1986.
- CARONI, P., «Der “demokratische” code unique von 1881. Eine Studie zur ideologischen Beziehung von Sonderrecht und Demokratie», in P. Caroni (a cura di), *Das Obligationenrecht 1883-1983. Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts*, Bern-Stuttgart (Haupt), 1984, p. 19-68.
- CARONI, P., «Anton Menger e il Codice civile svizzero del 1907», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 3-4, 1974-1975, p. 273-318.
- CARRERAS ARES, J.J.-FORCADELL ÁLVAREZ, C. (a cura di), *Usos publicos de la historia*, Zaragoza, 2002-2003.
- CONSTANT, B., *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni* (1819), Edizione italiana a cura di G. Paoletti, Torino (Einaudi), 2001.
- DILCHER G., *Die Germanisten und die Historische Rechtsschule. Bürgerliche Wissenschaft zwischen Romantik, Realismus und Rationalisierung*, Frankfurt a.M. (Klostermann), 2017.
- DROZ, N., *Etudes et portraits politiques*, Genève-Paris (Ch. Eggimann-F. Alcan), 1895.
- EGGER, A., *Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Edizione, Zürich (Schulthess) 1950.
- FISCHER, T. E., *Geschichte der Geschichtskultur: über den öffentlichen Gebrauch von Vergangenheit von den antiken Hochkulturen bis zur Gegenwart*, Köln 2000.
- FLEINER, F., *Ausgewählte Schriften und Reden*, Zürich (Polygraphischer Verlag), 1941.
- FÖGEN, M.T., «Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems», *Rg. Rechtsgeschichte-Legal History* 1, 2002, p. 14-19.
- FRITZSCHE, H., *Volkstümliche Rechtspflege*, Zürich (Schulthess), 1949.
- FURFARO, F., *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino (Giappichelli), 2016.
- GARRÉ, R., «Non di solo diritto. Spunti di riflessione, ad uso della storia giuridica, sul rapporto fra diritto ed altri ordinamenti normativi», *forum historiae iuris*, articolo del 14 febbraio 2003.
- GENY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Prima edizione, Paris (LGDJ), 1899.

- GHISALBERTI, C., *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Roma-Bari (Laterza), 1985.
- HARTOG, F.,-J. REVEL (a cura di), *Les usages politiques du passé*, Paris 2000.
- HUBER E., *Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Edizione, I, Bern (Büchler & Co.) 1914.
- HUBER E., *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, volume IV, *Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Basel (R. Reich), 1893.
- HUMBOLDT, W. v., *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato* (1851), Edizione italiana a cura di G. Perticone, Milano (Giuffrè), 1965.
- KELLER, F.L.V., *Pandekten. Vorlesungen*, a cura di Emil Friedberg, Leipzig (B. Tauchnitz), 1861.
- LINDER, N., «Schweizerisches ZGB und BGB im Vergleich (1896-1933)», in M. Löhnig-S. Wagner (a cura di), „Nichtgeborene Kinder des Liberalismus“? *Zivilgesetzgebung im Mitteleuropa der Zwischenkriegszeit*, Tübingen (Mohr Siebeck), 2018, p. 23-38.
- LIVER, P., *Abhandlungen zur schweizerischen und bündnerischen Rechtsgeschichte*, Chur (Calven Verlag), 1970.
- LIVER, P., *Einleitung, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitungsband*, Bern (Stämpfli), 1962.
- MENGER, A., *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 4. edizione, Tübingen 1908.
- OFTINGER, K., «Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF. 57, 1938, p. 481a-695a
- PADOA SCHIOPPA, A., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano (LED), 1992.
- PETIT, C., «Derecho civil e identidad nacional», *InDret. Revista para el análisis del derecho* 3, 2011, p. 1-36.
- PFEIFFER-MUNZ, S., *Soziales Recht ist deutsches Recht. Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts untersucht anhand seiner Stellungnahme zur deutschen und zur schweizerischen Privatrechtskodifikation*, Zürich (Schulthess), 1979.
- PICHONNAZ, P., *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF 130, 2011, II, p. 205.
- PORTALIS, J.E.M., *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement*, in P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome I, Paris 1827, p. 463-523.
- PUCHTA, G.F., *Pandekten*, 11. Edizione curata da A.F. Rudorff, Leipzig (Johann Ambrosius Barth), 1872.
- SAVIGNY, F.C.V., *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, Nuova traduzione italiana ad opera di Margherita Peretti, in G. Marini, *La polemica sulla codificazione*, Napoli (Edizioni Scientifiche Italiane), 1982.
- SAVIGNY, F.C.V., «Stimmen für und wider neue Gesetzbücher», *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 3, 1816, p. 1-52.
- SAVIGNY, F.C.V., *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg (Mohr und Zimmer), 1814.

- SCHINDLER, D., *Schweizerische Eigenheiten in der Staatslehre*, 138. Neujahrsblatt zum Besten des Waisenhauses Zürich für 1975, Zürich (Beer & Co.), 1975, p. 21-22, 25-26.
- SCHINDLER, D., *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich (Schulthess), 1932.
- SCHWARZ, A. B., «Das deutsche BGB und der Nationalsozialismus», in G. Hamza, *Symposium hundert Jahre BGB*, 13.-14. Oktober 2000, Budapest 2006, p. 43-55.
- SPRECHER, J.A.v., *Kulturgeschichte der Drei Bünde im 18. Jahrhundert*, bearbeitet und herausgegeben von R. Jenny, Chur [Bischofsberger], 1976.
- STROLZ, M.M., *Ronald Dworkins These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB*, Zürich (Schulthess), 1991.
- STUTZ U., *Die Schweiz in der Deutschen Rechtsgeschichte*, Sitzungsberichte der Preussischen Akademie der Wissenschaften, 1920, Berlin, 1920, IV, p. 92-114.
- THIEME, H., «Savigny und das Deutsche Recht», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 80, 1963, p. 1 – 26.
- WENGER, L., *Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft*, 2. Edizione, München (Beck), 1970.
- ZÜRCHER, E., *Die Demokratie in der Rechtspflege*, in *Moderne Demokratie*, Acht Vorträge gehalten in der Demokratischen Vereinigung der Stadt Zürich in den Wintern 1902/3 und 1903/4, Zürich 1904, p. 1-17.
- ZWEIGERT, K.-KÖTZ, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Terza edizione, Tübingen (Siebeck), 1996.



## EL DERECHO MUNICIPAL MEDIEVAL DE LA CATALUÑA NUEVA (S. XIII-XVII)

Josep Serrano Daura<sup>1</sup>

*A la Dra. Ana M. Barrero García<sup>2</sup>*

**Resumen:** El derecho municipal es uno de los tres elementos que integran el sistema jurídico catalán, y que surge en la edad media desarrollándose hasta principios del s. XVIII. Un derecho que evoluciona en un proceso que cristaliza ya a principios del s. XIII con la aparición del primer código de derecho local en Lérida en 1228; un fenómeno en todo caso que se produce especialmente en la llamada Cataluña Nueva, en la zona geográfica situada en las cuencas de los ríos Segre y Ebro, en la parte más meridional de Cataluña.

**Palabras clave:** derecho municipal, derecho común, Lérida, Tortosa, Miravet, Orta, fuentes del derecho.

**Abstract:** The municipal law is one of the three elements that integrates the Catalan legal system, and that arises in the Middle Ages developing until the early 18<sup>th</sup> century. A law system that evolves in a process that crystallizes already in the beginning of the 13<sup>th</sup> century with the appearance of the first code of local law in Lérida in 1228; a phenomenon in any case that occurs especially in the so-called New Catalonia, in the geographical area located in the basins of the Segre and Ebro rivers, in the southernmost part of Catalonia.

**Keywords:** municipal law, common law, Lérida, Tortosa, Miravet, Orta, sources of law.

---

1 Profesor agregado de Historia del Derecho y de las Instituciones, de la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional de Cataluña, en Barcelona. Licenciado y Doctor en Derecho. Correo electrónico: jserrano@uic.es. Este artículo se elabora a partir de la conferencia impartida en el *II Encuentro Hispano Luso de Historiadores del Derecho* celebrado en Madrid, los días 6, 7 y 8 de julio de 2017, organizado por la Universidad Autónoma de Madrid, la *Universidade Nova de Lisboa* y la *Universidade de Lisboa*.

2 Sea este artículo en homenaje a la Dra. Ana M. Barrero García, profesora de Historia del Derecho de la UAM, autora de los primeros estudios comparativos de los textos de costumbres locales de Lérida, Orta y Miravet a los que, entre otros, nos referimos. A ella quería dedicar este artículo en reconocimiento a su aportación al estudio del derecho local hispánico en general y al catalán en particular. Destacamos estas obras de la Dra. Barrero: Ana M. BARRERO GARCIA, Ana M., «Las Costumbres de Lérida, Horta y Miravet», *Anuario de Historia del Derecho Español* [=AHDE], vol. XLIV (1974), pp. 485- 536; «Las Customs de Horta: nuevas aportaciones sobre su proceso de formación y sus relaciones textuales», en *Actes de les Jornades d'Estudi sobre els Costums d'Orta*, Horta de Sant Joan (Ajuntament d'Horta de Sant Joan), 1997, p. 211-240; y «La formación dels "Costums" de Miravet», en *Actes de les Jornades d'Estudi sobre els Costums de la Batllia de Miravet*, Gadesa (Consell Comarcal de la Terra Alta), 2001, pp. 57-83.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL DERECHO MUNICIPAL CATALÁN; III. EL DERECHO LOCAL EN LA CATALUÑA NUEVA; IV. LOS DISTINTOS CÓDIGOS VIGENTES; A. En la cuenca del río Segre; B. En la cuenca del río Ebro; 1. Las costumbres de Barcelona; 2. El derecho de Tortosa; 3. El derecho de Lérida; V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo nos referimos en términos generales, a la Cataluña que constituye uno de los reinos peninsulares surgidos tras el proceso cristiano de recuperación de los territorios hispánicos bajo dominio musulmán, entre los s. VIII y XII. Un país que se extiende entonces desde el Rosellón y la Cerdaña (hoy en Francia) hasta Lérida y Tortosa y sus territorios en el extremo meridional; una zona geográfica definida entonces como Principado y cuyo monarca era el conde de Barcelona.

Una Cataluña ya constituida en una monarquía soberana y con unos poderes definidos en un proceso similar al de otros reinos, en los ámbitos de gobierno, legislativo y judicial; y que en palabras de Víctor Ferro, constituía ya «un caso anormal en el desarrollo constitucional de la Europa occidental (decía): es el único Estado plenamente independiente de la región que no tiene categoría de reino y su soberano no es ni tan solo un príncipe...».<sup>3</sup>

Sus circunstancias peculiares podrían haber conducido a Cataluña a integrarse en Aragón tras la unión dinástica con este reino (en 1137)<sup>4</sup>; pero el Principado consuma un proceso de constitución en soberanía separada. El peso de la tradición franca, desde su incorporación a ese reino y su separación de una parte; su diferente configuración jurídica con una notable influencia inicial germánica; y de otra, el hecho de que la unión personal con Aragón ya daba a los condes de Barcelona el prestigioso y deseado título de reyes equiparándolos al resto de príncipes europeos, parecen explicar suficientemente la pervivencia del Principado y del propio conde como dignidad soberana equiparable a la de rey.

Una monarquía en todo caso de raíces feudales, que deriva en un régimen que conocemos como pactista en tanto el monarca ejerce su potestad de acuerdo con los estamentos del reino: una monarquía «*composta*» (o com-

---

3 FERRO POMÀ, Víctor, *El dret públic. Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*, 2ª ed., Barcelona (Societat Catalana d'Estudis Jurídics, Barcelona), 2015, pp. 22 y s.

4 SERRANO DAURA, Josep, «La donació de Ramir II d'Aragó a Ramon Berenguer IV de Barcelona de 1137 i la institució del "casamiento en casa"», *Estudis Històrics i Documents dels Arxius de Protocols*, n.º XV (1997), pp. 7-14.

puesta) en un equilibrio entre la Corona y los estamentos o grupos sociales dirigentes. La máxima expresión de este régimen son las Cortes Generales, cámara esencialmente política en origen que deviene definitivamente legislativa a partir de 1283<sup>5</sup>.

## II. EL DERECHO MUNICIPAL CATALÁN

Y el derecho municipal en Cataluña es uno de los elementos fundamentales de su sistema jurídico histórico, con el derecho señorial y los llamados derechos del rey y del reino (de las Cortes).

Un ordenamiento el municipal de base consuetudinaria, que se remonta a la Alta Edad Media. Costumbre como norma que se pone de manifiesto a partir de unos usos sociales con trascendencia jurídica, y que por su propia práctica reiterada en el curso del tiempo son sancionados como preceptos de obligada observancia. Pero derecho no escrito cuando menos en origen, que se manifiesta con carácter general territorial y sobre todo en unos nuevos derechos particulares municipales y señoriales emergentes y, en conjunto, todos ellos, integran el sistema jurídico catalán.

Así pues, la costumbre informa todo el sistema jurídico del territorio, integrado por un derecho general incipiente y escaso en un primer momento, y un cada vez más profuso derecho propio de las comunidades y de determinados colectivos humanos que conforman la sociedad medieval.

Un derecho general de otra parte, que, no olvidemos, aún reconoce e integra el viejo «*Liber iudiciorum*» del extinto reino visigodo, aunque en una realidad política, social y económica muy distinta a aquella en la que este texto fue promulgado (en el año 654). De ahí la importancia de la costumbre en ese ámbito territorial como expresión de un nuevo derecho que aún confirmando muchas veces antiguas normas visigodas, da lugar también a nuevas prácticas jurídicas (por la costumbre precisamente determinadas instituciones germánicas dejarán sus huellas en las cartas de población de Tortosa y de Lérida, 1149 y 1150)<sup>6</sup>.

5 Cuyo derecho se recopila los años 1495, 1588 y 1704 (*Constitucions y altres drets de Catalunya. Compilats en virtut del capítol de Corts LXXXII de les Corts de Barcelona de 1702*, Barcelona (Ilustre Colegio de Abogados Barcelona), 1704). EGEA FERNÁNDEZ, Joan, y GAY ESCODA, Josep M., «Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al Decret de Nova Planta», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2 y n.º 3 (1979), pp. 249-294 y 505-586.

6 FONT RIUS, Josep M., *Cartas de población y franquicia de Cataluña*, I/1, Madrid-

Pero con más razón, ante la inexistencia de un poder legislativo efectivo, esa fuente del derecho deviene también la principal en ámbitos menores como en las comunidades vecinales precisadas de unos ordenamientos básicos que regulen la convivencia y las relaciones de sus miembros.

Esos nuevos sistemas jurídicos de ámbito local o comarcal, tienen también en la costumbre su principal fuente, pero a ella se añaden paulatinamente otros elementos escritos de concesión real o señorial (como cartas de población, posibles franquicias, privilegios, etc.), además de concordias y convenios con la señoría en distintos ámbitos, resoluciones judiciales de la Real Audiencia y otros tribunales que puedan afectarle, las ordenanzas que los mismos órganos municipales aprueban en el ámbito de sus competencias, etc.

Distintas fuentes pues, múltiples y diversas, que aparecen en un proceso lógico y más o menos largo de desarrollo y madurez, que además ya a partir del s. XIII y en numerosos casos, cristaliza con la aparición de textos o códigos de costumbres.

Y estos nuevos textos llamados en Cataluña «*Llibres de costums*» (Libros de costumbres), devienen en sí mismos (de hecho lo son), una nueva fuente del derecho municipal, la principal (su elemento nuclear), que no excluye en ningún caso las fuentes históricas anteriores tanto escritas como no escritas a no ser que las modifique, y no prohíbe su desarrollo posterior.

Compilaciones de otra parte y en la mayoría de los casos, breves, no muy extensas, si hacemos excepción del código de costumbres de Tortosa; y recopilan instituciones diversas, normalmente sin un orden prefijado.

Derecho propio pues de las comunidades vecinales como decíamos, al que denominamos en todo caso de forma genérica como derecho local, por ser un derecho personal propio de los naturales de unas comunidades vecinales, y que regula aspectos de todos los ámbitos jurídicos que hoy calificaríamos como civil, penal, mercantil, procesal y de orden público.

Señalar que consideramos más correcto el uso de esa acepción de local que no la de municipal, para referirnos a este nuevo derecho, para no incurrir en el error fácil desde la perspectiva actual, de confundirlo con una rama del derecho público como es el que regula la actividad y la organización de los entes locales.

De otra parte, ese derecho local puede tratarse del derecho particular de una villa o lugar, o referirse al del conjunto de las villas y lugares de un mismo

---

Barcelona (Consejo Superior de Investigaciones Científicas-CSIC), 1969/1983, documentos números 75 y 79, pp. 121 a 124 y 129 a 132.



distrito señorial o de una demarcación territorial determinada. En nuestro caso se dan ambas circunstancias.

Y además se trata en todo caso de un derecho propio de comunidades cristianas; las sarracenas y las judías que coexisten en un mismo lugar o en una misma Baronía, se rigen por sus respectivos derechos musulmán o judío incluso en su organización política y en el orden judicial.

Ya el desarrollo jurídico del municipio catalán es, de otra parte, simultáneo y en buena medida debido a la irrupción del derecho común, el romano primero y el canónico después entre los s. XII y XIII.

Incluso esos libros de costumbres con su aparición, constituyen una expresión más de la oposición general existente a la recepción de aquellos nuevos derechos.

Pero, y justo por ello, también sirven para fijar aquellas instituciones propias que de ninguna manera quieren perderse, que han de preservarse para el futuro y que así ese derecho común no llegue a suprimirlas. Se trata de instituciones de diversos órdenes: civiles, penales, procesales, mercantiles, y de orden público (especialmente de ámbito municipal). Algunas con raíces incluso germánicas.

De otra parte y paradójicamente esta actitud de rechazo al derecho común, no impide que el municipio catalán evolucione hacia su romanización en cuanto a su organización, y que se deje influir por el derecho canónico en lo que afecta a su funcionamiento. Así aparece en el siglo XIII la «*Universitas*», como expresión del municipio medieval, como entidad jurídico-política con personalidad jurídica y de obrar.

### III. EL DERECHO LOCAL EN LA CATALUÑA NUEVA

En cuanto al espacio, nuestra intervención si sitúa en la zona de Cataluña en la que precisamente surge el movimiento compilatorio de derecho municipal, en la zona llamada Cataluña Nueva, un territorio conquistado por los condes de Urgell y de Barcelona entre los s. XI y XII, y que con él ya se define territorialmente esa nueva entidad o unidad política que conocemos como el Principado de Cataluña.

Un sector en el extremo occidental y meridional de Cataluña, dibujado por las cuencas de los ríos Segre y Ebro, o si se quiere, la zona comprendida entre las ciudades y territorios de Lérida y Tortosa, limítrofe con los reinos de Aragón y de Valencia.

Una zona de nueva planta, distinta de la Cataluña Vieja, y no solo por su nombre. Precisamente la Cataluña Vieja es conquistada entre los s. VIII al XI; y la Nueva lo es ya en su mayor parte en el período de transición de la Alta a la Baja Edad Media, en el s. XII.

De otra parte, en la Cataluña Vieja se instaura muy pronto el régimen feudal y el derecho señorial por influencia franca (no olvidemos su dependencia inicial del reino franco). Y los individuos en general pierden su condición de hombres libres para convertirse en vasallos de señor, quedando sujetos a la tierra que trabajan y a cargas muy duras y abusivas, incluso al «*ius maletractandi*» del que sus señores gozan. Así será hasta 1486 cuando Fernando el Católico con su conocida sentencia arbitral de Guadalupe, elimina una parte importante de las cargas de naturaleza económica y personal que sufrían.

En cambio, la Cataluña Nueva, el conde la reparte muy pronto entre distintos señores y les cede a ellos la carga de su organización y de su repoblación. Sin olvidar que al contrario de lo que ocurría en el resto del territorio, en nuestra zona el mismo conde Ramón Berenguer IV de Barcelona a mediados del s. XII, autoriza a su población sarracena a permanecer en sus comunidades. Pero ello sin perjuicio de atraer y establecer nueva población cristiana.

Ya a esos pobladores cristianos que vayan llegando habrá de concedérseles condiciones más ventajosas que las que rigen las relaciones señoriales en la Cataluña Vieja. Y precisamente: se les reconoce la libertad (aunque con ciertos matices); se les exime de los usos feudales más abusivos; se les garantiza una correcta administración de justicia pública aboliendo la privada típicamente altomedieval; se les promete la necesaria seguridad personal y patrimonial; etc.

Esta nueva configuración social, acompañada de las oportunas medidas económicas, auspician un rápido desarrollo de la zona, especialmente de sus núcleos urbanos más importantes, Lérida y Tortosa; dos ciudades muy dinámicas que devienen polos de atracción muy importantes y de rápido desarrollo. Y simultáneamente a su expansión y desarrollo económico, social y político, esas dos prósperas ciudades inicialmente bajo la tutela real, van a configurar unos ordenamientos jurídicos propios de amplio desarrollo ya a finales del s. XII<sup>7</sup>.

---

7 FONT RIUS, Josep M., «La gènesi del dret municipal a la Catalunya Nova», en *Actes de les Jornades d'Estudi sobre els Costums d'Orta*, Horta de Sant Joan (Ajuntament d'Horta de Sant Joan), 1997, pp. 49-59. FONT RIUS, Josep M., «El règim jurídic inicial de la Terra Alta», en *Actes de les Jornades d'Estudi sobre els Costums de la Batllia de Miravet*, Gandesa (Consell Comarcal de la Terra Alta), 2001, pp. 39-53.

Nos hallamos también en un momento que coincide con otro fenómeno jurídico de gran relieve en el condado de Barcelona y con repercusión inmediata en todo el Principado: la aparición de un ordenamiento jurídico escrito con el título de «*Usatges de Barcelona*». Un texto que aún reconoce el viejo «*Liber iudiciorum*» aunque lo declara insuficiente como sistema jurídico para todo el reino; y que surge en una primera redacción a mediados del s. XII, pero que va desarrollándose y ampliándose hasta mediados del s. XIII para contener finalmente 174 capítulos. Se trata de una recopilación de usos y costumbres que se practican y rigen en la Curia de Barcelona, y surge aparentemente por disposición real y con la aspiración de convertirse en norma general en todo el territorio sujeto a la jurisdicción de su conde<sup>8</sup>.

No obstante todo ello, este ordenamiento barcelonés y por ello, primero admite la efectividad del derecho consuetudinario de cada lugar ya consolidado en todo el país, y finalmente declara ser su supletorio para cubrir sus lagunas, además de reconocer también el arbitrio del príncipe y de su Curia.

Ya al margen de otras cuestiones de indudable interés que contiene este texto, caben destacar especialmente dos: que reconoce que en cada lugar rigen en todo caso sus propias costumbres; y que este mismo texto será siempre su primera fuente supletoria.

Cada comunidad vecinal pues acaba teniendo su propio derecho, crea sus propios usos y costumbres jurídicos, sin perjuicio en todo caso de la mayor o menor influencia y vigencia supletoria de ese mismo derecho barcelonés.

Los principales focos jurídicos de la Cataluña Nueva son precisamente y muy pronto, Lérida y Tortosa. Pero, por su influencia y expansión, surgen nuevos sistemas jurídicos en distintos distritos jurisdiccionales:

- Dos en la cuenca del río Segre, próximos y con gran dependencia de Lérida: Tárrega baronía real conquistada por el conde de Barcelona en el s. XI; y Balaguer, dominada por el conde Urgell a principios del s. XII.

- Y otros siete en la cuenca del Ebro, que el conde de Barcelona reparte entre señores laicos y la Orden del Temple: tres son donados a un caballero de la Corte barcelonesa, poseedor ya de otros dominios en la Cataluña Vieja (baronías de Móra, Tivissa y García); uno es dado a un caballero genovés con derechos feudales en Tortosa (baronía de Flix y la Palma); y los últimos tres

---

8 VALLS-TABERNER, Ferran y [d'ABADAL, Ramon], *Los Usatges de Barcelona*, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, (Promociones Publicaciones Universitarias), 1984. FONT RIUS, Josep M., «Estudi introductori», en *Constitucions de Catalunya (incunable de 1495)*, Barcelona (Generalitat de Catalunya), 1988, pp. XI-CXXXVII.

se ceden a las Casas que la Orden del Temple ya posee en Lérida (baronías de Miravet, Ascó y Orta)<sup>9</sup>.

Cuando los distintos señores inician la ordenación y la repoblación de sus dominios, lo hacen con contingentes humanos procedentes mayoritariamente de sus otros dominios. De forma puramente circunstancial vemos que no toda, pero si la mayor parte de la nueva población cristiana proviene de zonas muy determinadas, y lo hacen llevando consigo el derecho de su lugar de origen.

En conclusión, nos encontramos con que unos territorios en principio ajenos hasta entonces a Lérida y Tortosa (aunque geográficamente muy cercanos) e incluso a la lejana Barcelona, pasan a regirse por el derecho de estas ciudades en función de ciertos vínculos jurisdiccionales de sus señores.

Por su influencia política y económica, o sencillamente por el origen de las nuevas poblaciones que se establecen, esas ciudades irradian su influencia jurídica en el Principado y en nuestro caso a lo largo y ancho de las cuencas catalanas de los ríos Segre y Ebro.

Lérida se difunde incluso hacia Tarragona y hacia Valencia (por la actual provincia de Castellón de la Plana); y el caso de Barcelona es el caso más extraordinario si cabe, pues por la vía práctica su derecho además de una aplicación particular en distritos determinados, también acaba teniendo una difusión general en todo el país y se convierte en una fuente supletoria común de los distintos derechos locales.

Nuestra zona se convierte pues en un verdadero puzzle jurídico; en un espacio territorial no excesivamente extenso y, ya a los pocos años de su conquista cristiana, cuenta con distintos ordenamientos jurídicos propios.

Además, cuando un territorio recibe el derecho de otro lo hace de forma íntegra; cierto que nada obsta para que pueda modificarse y adaptarse a las propias características y condiciones, pero no podrá ya evitar su influencia futura.

Se produce una especie de asimilación automática. Incluso en caso de dudas en cuanto a la aplicación de determinada costumbre, los jueces de un u otro lugar acudirán a consultar con letrados de las ciudades de las que sus derechos son originarios.

Otro elemento a tener en consideración, de incidencia fundamental como hemos visto más arriba en la configuración precisamente del derecho municipal catalán, es la llamada recepción del derecho común. Un proceso que se

---

<sup>9</sup> SERRANO DAURA, Josep, *Senyoriu i Municipi a la Catalunya Nova (segles XII-XIX)*, I, Barcelona (Fundació Noguera), 2000, pp. 162 a 229.

produce desde finales del s. XII con el derecho romano justiniano, y hacia mediados del s. XIII respecto del derecho canónico<sup>10</sup>.

La introducción de estos sistemas jurídicos, conocidos en conjunto como derecho común, tiene efectos arrolladores. Y la reacción no se hace esperar.

Así ya Lérida en 1228 ordena compilar su derecho; esta es la primera manifestación de la codificación del derecho local de un centro urbano catalán. Lo mismo sucede en Tortosa, aunque en este caso el proceso es mucho largo y complicado, y su código no aparece hasta los años 1277 y 1279.

De todas maneras, y a pesar de las reticencias iniciales, al final y de forma prácticamente simultánea a todo ese proceso compilatorio, se produce otro hecho de suma trascendencia en el sistema jurídico catalán, en este caso de ámbito territorial general: se consolidan las Cortes como cámara legislativa, y su derecho tendrá aplicación para todo el reino.

Mientras esto ocurre, también resulta que en algunos territorios donde rige el derecho de Lérida (solo en este caso), este ha sido tan modificado que acaban apareciendo nuevos códigos locales: cuatro en concreto.

Y no acaban aquí los hechos, pues aún habrán dos generaciones más en la que ya podemos considerar como una verdadera familia jurídica de Lérida, en un proceso que se extiende hasta el s. XVII con la aparición de otros tres nuevos textos que luego veremos.

En todo caso, esos nuevos ordenamientos con códigos propios efectivamente aparecen también en la Cataluña Nueva en las encomiendas templarias (y después hospitalarias desde 1319) de Orta y Miravet, y en las villas de Tárrega, Flix, Balaguer, Torre del Español, Benissanet y Miravet (estos dos últimos aún en el s. XVII). La mayoría, mejor dicho, todos menos uno, siempre en la órbita de Lérida.

Y para culminar todo este proceso, hay que añadir que evidentemente, estos nuevos códigos de segunda o hasta tercera o cuarta generación que sustituyen a sus predecesores allí donde regían, van a hacerlo ahora mientras en otras vecindades inmediatas en cambio se conservarán los viejos derechos.

Importante es señalar también que cada uno de los nuevos códigos que aparecen, prácticamente sin excepción, además de recoger aquellas instituciones que se quiere preservar en los diversos ámbitos del derecho, se pre-

---

10 FONT RIUS, Josep M., «La recepción del derecho común en la Península Ibérica durante la Edad Media», *Recueils, Memoires et Travaux*, vol. VI (1968), pp. 85-104. BOADA CAMPS, Juan, «El derecho canónico en Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. XXIX (1923), pp. 429-450 y 477-504.

ocupan también de confirmar de forma general (de pasado y de futuro) sus distintas otras fuentes escritas y no escritas, y de fijar asimismo las que deben aplicarse con carácter subsidiario o supletorio.

De hecho, los nuevos códigos también reflejan en su contenido, los cambios que se operan en el sistema jurídico general catalán como son: la desaparición final de dos de sus fuentes históricas aunque en momentos muy distantes en el tiempo, son los casos del «*Liber Iudiciorum*» y de los «*Usatges de Barcelona*»; y la aparición de las nuevas fuentes como son el derecho común romanocanónico y el derecho de Cortes.

#### IV. LOS DISTINTOS CÓDIGOS VIGENTES

Ya de una forma sucinta, siguiendo un orden por familias y en él por el cronológico de aparición de cada texto jurídico, realizamos una relación resumida de los ordenamientos vigentes en la Cataluña Nueva.

##### 1. Las costumbres de Barcelona

En primer lugar, tenemos el derecho de Barcelona, que deviene derecho local propio en tres distritos jurisdiccionales, como decía, en la cuenca catalana del río Ebro: los de los castillos de Mora, Tivissa y García. Unos distritos que el conde de Barcelona dona a Guillermo de Castellvell, caballero de su Curia, en agradecimiento por los servicios prestados en las campañas de conquista de esos territorios del Ebro catalán.

El nuevo señor repoblará sus nuevos dominios en un primer momento, no me cabe duda, con miembros de su propio ejército, y a ellos se sumarán otros contingentes venidos de sus dominios barceloneses.

Ya cuando se habla del derecho barcelonés aquí se hace referencia expresa a las costumbres y también al texto de los «*Usatges*» de Barcelona.

En lo referente a la costumbre de Barcelona conocemos de la existencia de un código inicial de fecha desconocida, pero de entre 1253 y 1284<sup>11</sup>.

Se señala esta segunda fecha porque ese año el rey Pedro II concede a la ciudad el privilegio llamado de «*Recognoverunt proceres*», un nuevo texto recopilatorio de costumbres de la ciudad. Este segundo texto contiene 116 capítulos; por la práctica se difunde por la Cataluña Vieja, pero al final es

---

<sup>11</sup> VALLS-TABERNER, Ferran, «Un articulat inèdit de Consuetuds de Barcelona», *Estudis Universitaris Catalans*, vol. XIII (1928), pp. 3-7.

reconocido también como de aplicación general en todo el país por decisión expresa de Fernando el Católico en 1510 (más de 200 años después de otorgarse)<sup>12</sup>.

Además, tenemos otro texto recopilatorio de usos y costumbres relativas únicamente a servidumbres prediales y urbanas; una redacción privada del s. XIV, que llega también a regir en toda Cataluña excepto en Tortosa y su territorio. Son las llamadas «*Ordinacions de Sanctacilia*», que además han seguido rigiendo en Cataluña hasta el s. XX<sup>13</sup>.

## 2. El derecho de Tortosa

El germen del derecho de Tortosa es su Carta de población de 1149 (que seguirán como modelo las Cartas de Lérida de 1150 y hasta la de Mallorca de 1231). Pero su estatuto jurídico se amplía con sucesivos privilegios reales, mientras simultáneamente aparecen nuevos usos y costumbres, y todo ello en conjunto dará lugar a un nuevo ordenamiento jurídico propio y diferenciado de la ciudad de Tortosa.

En este caso el conde de Barcelona cede la ciudad en un tercio a caballeros genoveses y el resto a la Orden del Temple, en ambos casos también agradeciendo los servicios prestados en la conquista del territorio. Ya a finales del s. XII el dominio y la jurisdicción se los reparten esa Orden y la Casa de Montcada; y es en ese momento cuando surgen discrepancias entre los habitantes de la ciudad y sus dos señores acerca del derecho por el que aquellos se rigen.

No es hasta 1241 que señores y vasallos acuerdan someter sus divergencias al arbitraje del obispo de Lérida, Ramón de Siscar, quien resuelve declarando cual es el derecho aplicable por la Curia judicial señorial: precisamente los Usatges de Barcelona y unas indeterminadas costumbres «*rationabiles*» de la ciudad.

Esta indeterminación respecto a las costumbres de la ciudad, provoca en 1260 nuevos conflictos, y en 1272 se llega a un acuerdo por el que la ciudad se compromete a ponerlas por escrito y someterlas a la aprobación de sus señores. Incluso se señala en este documento cuáles deben considerarse en todo caso como fuentes supletorias del nuevo código: los «*Usatges*» que ya se

12 AA. VV., *Recognoverunt proceres*, Barcelona (Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona), 1927.

13 OLIVER RODRÍGUEZ, Enric, «Les Ordinacions de Sanctacilia», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 29 (1923), pp. 289-297 y 337-340.

usaban, y en último término el derecho común. Finalmente el nuevo código aparece en fecha indeterminada pero entre 1277 y 1279, con el título de «*Libre de les Costums de Tortosa*»<sup>14</sup>.

El texto además de recoger su Carta de población, sus privilegios y otros usos y costumbres, constituye un código en el sentido literal de la palabra, que sigue la estructura del Código de Justiniano, y se inspira en todo caso en el derecho romano canónico.

Este Código sin igual entre los otros catalanes por su considerable extensión, rige en la ciudad y el territorio de Tortosa, que coincide de hecho con la actual comarca del Bajo Ebro.

Pero además extiende su influencia a otra Baronía, la de Flix y la Palma, geográficamente y paradójicamente lejos de Tortosa y limítrofe con el territorio de Lérida. Pero es un distrito que el conde de Barcelona cedió en 1154 a Bonifacio de Volta, uno de los caballeros genoveses ahora residentes en Tortosa y que le ayudaron en la conquista del territorio; parece lógico y evidente que él mismo repoblara su dominio con sus mismos vasallos tortosinos y con su derecho. Así lo reconoce un breve capitulado de Costumbres llamadas de Flix, de 1308, de 42 capítulos; y en tanto que el mismo declara la vigencia del derecho de Tortosa, también reconoce su régimen de fuentes supletorias<sup>15</sup>.

### 3. El derecho de Lérida

Justamente el derecho propio de Lérida es el primero de los que conocemos que se pone por escrito, y allí aparece el primer código o libro de Costumbres catalán en el año 1228. Se trata de una compilación que recibe el título de «*Consuetudines Ilerdenses*»<sup>16</sup>.

Este código recoge la Carta de población de 1150 y otros privilegios reales, así como costumbres locales ya escritas y no escritas, más ordenanzas y bandos municipales de Lérida.

También en este caso se indica cuál es el derecho supletorio del propio según este orden: primero los «*Usatges de Barcelona*», después las leyes gó-

14 FOGUET, Ramón y FOGUET MARSAL, José, *Código de las Costumbres escritas de Tortosa*, Tortosa (Imprenta Querol), Tortosa, 1912.

15 PUIGGARÍ, Josep, «Costumbres de Flix», *Revista Histórica Latina*, vol. II (1875), pp. 109-111. CARRANZA LARROSA, Josefina, «Els Costums de Flix», a *Miscel·lània del Centre d'Estudis de la Ribera d'Ebre*, n.º 10 (1995), pp. 63-83.

16 LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO, Pilar, *Costumbres de Lérida*, Barcelona (Universitat de Barcelona, 1946).



ticas que aún se reconocen en Cataluña («*Liber Iudiciorum*»), y en último término el derecho romano que entonces se está recibiendo en el país.

En cualquier caso, este código deviene el núcleo del ordenamiento jurídico de la ciudad de Lérida. Pero como es habitual, no contiene todo su derecho vigente, hay otros usos y costumbres no compiladas, y con el tiempo se añadirán otros elementos como privilegios reales, resoluciones judiciales, etc. Y todo ello en conjunto conforma el ordenamiento jurídico leridano que es el que se extiende y difunde por distintos territorios, especialmente en las dos cuencas de los ríos Segre y Ebro, ya sea por la influencia de la ciudad en su territorio inmediato como serían los casos de Tárrega y Balaguer (en su actual provincia), o simplemente por ser sus habitantes los primeros pobladores de la mayor parte de la cuenca catalana del río Ebro hasta Tortosa (territorios que el conde de Barcelona cede precisamente a la Orden del Temple).

Nosotros nos ceñimos a estos territorios, pero Lérida llegará a regir incluso en lugares del Campo de Tarragona y hacia el sur en lugares y villas de Castellón de la Plana del vecino reino de Valencia hasta la aparición en el mismo de los «*Furs de Valencia*», un nuevo derecho general que desplaza los ordenamientos locales.

Ya en nuestra zona, podemos hablar de dos ramas en esta nueva familia jurídica ilderdense.

### ***A. En la cuenca del río Segre***

En la cuenca del río Segre conocemos la aparición de dos códigos ya en las actuales comarcas de la Noguera y de Urgell; en ambos casos son documentos redactados por oficiales regios e inspirados en su mayor parte en el texto leridano.

a) El primero de estos textos es el de Tárrega, una villa de realengo; es el rey Jaime I quien sanciona el nuevo libro de costumbres en 1242, pocos años después de la aparición del de Lérida<sup>17</sup>.

Es un texto muy breve, con 25 capítulos, que se ocupan como todos de cuestiones procesales, de obligaciones, de familia, de orden público, etc.

Y ya el 24 refiere sus fuentes supletorias: las mismas que en Lérida, incluidas las leyes visigodas. Se mantiene la referencia al derecho visigodo, como aparecía en Lérida, antes de dictarse la pragmática real de 1243 (el mismo rey

---

17 FONT RIUS, Josep M., *Els Usos i Costums de Tàrrega*, Tàrrega (Ajuntament de Tàrrega), 1992.

Jaime), que lo declarará como no vigente, y así ya ningún otro ordenamiento local posterior vuelve a citarlo<sup>18</sup>.

b) El segundo texto es el de Balaguer, villa del conde de Urgell hasta 1314, cuando muerto su último titular el condado con sus territorios vuelven a la Corona<sup>19</sup>.

Poco antes aparece su libro de costumbres con el título de «*Consuetudines et Privilegia hac Ordinaciones*» según una resolución condal de 1311 que liquida antiguos litigios precisamente sobre cuál era el derecho por el que sus vecinos debían regirse.

El documento contiene un total de 65 disposiciones o capítulos, agrupados en rúbricas, y con un preámbulo que ya refiere la necesidad de reunir en un cuerpo escrito los diferentes elementos del derecho propio de la ciudad.

### **B. En la cuenca del río Ebro**

Si en los casos anteriores el derecho de Lérida se introducía por decisión real o señorial, sin duda que pactada con sus vasallos, en la cuenca del río Ebro en principio ese derecho se establece allí por la vía práctica, de la mano de sus nuevos pobladores cristianos, pero solo en los que son dominios de la Orden del Temple.

Son tres distritos llamados Encomiendas de Ascó, Orta y Miravet; y en los tres con carácter general se reconoce muy pronto la vigencia directa del derecho de Lérida así como de los “*Usatges de Barcelona*”. Pero esta situación evoluciona de forma distinta en cada Baronía.

Y no olvidemos que aparte, muy cerca, tenemos Tortosa con su propio ordenamiento, y que en otros dominios limítrofes con los templarios rige en cambio el derecho barcelonés.

Aunque sea solo para apuntarlo aquí, la circunstancia de que el derecho leridano rigiera ahí en esos dominios templarios resuelve en el s. XIV a favor de Cataluña antiguas reclamaciones territoriales aragonesas precisamente sobre esos dominios.

Volviendo a nuestro ámbito, mientras en la encomienda de Ascó no habrá en principio cambios, en los otros dos dominios o encomiendas la situación

---

<sup>18</sup> SERRANO DAURA, Josep, *Històries del dret hispànic i de les seves institucions*, Barcelona (Duxelm Editorial), 2015.

<sup>19</sup> FONT RIUS, Josep M., «El antiguo derecho local de la ciudad de Balaguer», *AHDE*, vol. LII, (1982), pp. 5-110.

será de tal conflictividad que se va a optar por la redacción y la sanción de otros dos nuevos códigos locales que sustituyen pues al derecho leridano. Son estos dos casos:

a) Las Costumbres de Orta.

Efectivamente, los vasallos de la encomienda de Orta, al límite con Aragón, en 1296 reciben un nuevo código de costumbres con el título latino de «*Consuetudines*», una recopilación del derecho propio del distrito, que rige por igual en las cinco villas que lo integran (Orta -hoy Horta de San Juan-, Prat de Comte, Bot, Caseres y Arnes)<sup>20</sup>.

El texto ya reconoce que los habitantes de la encomienda se regían hasta entonces por el derecho leridano, pero este ya había sufrido tales cambios que se hacía preciso poner por escrito el derecho realmente vigente.

De otra parte y sorpresivamente señala que la Señoría tampoco quiere reconocer sin más el derecho común como propio del lugar, porque afirma que ello sería sumamente perjudicial para los vasallos (sin mayor precisión).

El nuevo texto que se sanciona tiene 81 capítulos, sin un orden especial, y se inspira fundamentalmente en las Costumbres de Lérida y los «*Usatges de Barcelona*». Ya el último fija también el orden de prelación de sus fuentes supletorias: los «*Usatges*», y en último término los «*jura comunia*» (expresión que ya incluye conjuntamente el derecho romano y el canónico).

b) El segundo texto de esta zona es el Libro de las Costumbres de la Bailía de Miravet, otro distrito de órdenes militares, según concesión señorial de 1319<sup>21</sup>.

Surge en un proceso similar al anterior de Orta, redactado para resolver los conflictos existentes sobre la aplicación efectiva de las costumbres de Lérida que formalmente se hallaban vigentes, y a causa de nuevas costumbres aparecidas mayoritariamente no escritas con las que aquellas anteriores colisionaban constantemente.

Aún así en un primer momento los vasallos prefieren que se les reconozcan directamente las costumbres de Lérida para resolver definitivamente el conflicto surgido; pero es la Señoría la que al final ordena que se redacten los usos y costumbres que realmente se practican.

---

20 SERRANO DAURA, Josep, *Els Costums d'Orta (1296). Estudi introductori i edició*, Horta de Sant Joan (Ajuntament d'Horta de Sant Joan) 1996.

21 SERRANO DAURA, Josep, *Els Costums de la Batllia de Miravet*, Gandesa (Consell Comarcal de la Terra Alta), 1999.

Así aparece el nuevo código de costumbres de esta Bailía, con 134 capítulos, agrupados en libros y estos ordenados en rúbricas a la manera del texto leridano.

En este caso, su capítulo 129 fija también sus fuentes supletorias y por primera vez ya se señala como primera las Constituciones de Cataluña, es decir, las leyes que emanan de las Cortes del Principado. Después se recurre a las fuentes históricas: los *Usatges* y el derecho común.

c) Las costumbres de la Torre del Español, de 1517.

A principios del s. XVI y de forma excepcional, los habitantes de una pequeña localidad, llamada la Torre del Español, de la encomienda de Ascó donde regía el derecho de Lérida, reclama a la Señoría que les reconozca como propias las Costumbres de Miravet.

Y en 1517 el comendador de Ascó así lo reconoce; de hecho les concede las mismas costumbres de Miravet con excepción de 5 capítulos sin justificar la razón. El nuevo texto contiene 129 capítulos y recoge el mismo orden de prelación de fuentes que el texto anterior<sup>22</sup>.

Constituye este código una especie de tercera generación del de Lérida.

d) Las costumbres de Benissanet y de Miravet.

Por último, aún en el s. XVII se conceden dos nuevas cartas de población a dos localidades de la ribera del Ebro, en la antigua encomienda o bailía de Miravet, con un extenso estatuto jurídico, que en la práctica reproduce en buena parte el código de costumbres de su bailía de 1319.

Esto ocurre a raíz de la expulsión de los moriscos catalanes que aún residen en la cuenca del Ebro, en 1610. Ambas localidades quedan prácticamente despobladas, y por ello se hace preciso otorgar nuevas cartas de población. Son la villas de Benissanet, y la que fuera centro de la Baronía del mismo nombre de Miravet.

Esas Cartas se conceden respectivamente en 1611 y 1623:

- La Carta de Benissanet cuenta con 123 capítulos, y para los casos de lagunas normativas señala que deberá acudir primero a las «*Constituciones de Catalunya*» (el derecho de Cortes esencialmente), y el derecho común. Aquí ya ha desaparecido la mención a los «*Usatges de Barcelona*», un texto de

---

<sup>22</sup> SERRANO DAURA, Josep, *La Torre de l'Espanyol (Ribera d'Ebre). Història, règim senyorial i aspectes del seu antic dret local, en particular les Costums del 1517*, Tarragona (Diputació de Tarragona), 1988.

origen medieval feudal que ha dejado de ejercer su influencia ya por el mero transcurso del tiempo<sup>23</sup>.

- Y la Carta de Miravet contiene 149 capítulos, con contenido prácticamente idéntico al anterior de Benissanet; la diferencia numérica de capítulos se debe a que este segundo texto incluye más disposiciones relativas a bienes y derechos señoriales que la anterior<sup>24</sup>.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BARRERO GARCIA, Ana M., «Las Costumbres de Lérida, Horta y Miravet», *AHDE*, vol. XLIV (1974), p. 485-536.
- BARRERO GARCIA, Ana M., «Las Costums de Horta: nuevas aportaciones sobre su proceso de formación y sus relaciones textuales», en *Actes de les Jornades d'Estudi sobre els Costums d'Orta*, Horta de Sant Joan (Ajuntament d'Horta de Sant Joan), 1997, pp. 211-240.
- BARRERO GARCIA, Ana M., «La formació dels 'Costums' de Miravet», en *Actes de les Jornades d'Estudi sobre els Costums de la Batllia de Miravet*, Gandesa (Consell Comarcal de la Terra Alta), 2001, pp. 57-83.
- BOADA CAMPS, Juan, «El derecho canónico en Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. XXIX (1923), pp. 429-450 y 477-504.
- CARRANZA LARROSA, Josefina, «Els Costums de Flix», *Miscel·lània del Centre d'Estudis de la Ribera d'Ebre*, n.º 10 (1995), pp. 63-83.
- FOGUET, Ramon; FOGUET MARSAL, José, *Código de las Costumbres escritas de Tortosa*, Tortosa (Imprenta Querol), 1912.
- Constitucions y altres drets de Cathalunya. Compilats en virtut del capítol de Corts LXXXII de les Corts de Barcelona de 1702*, Barcelona (Il·lustre Colegio de Abogados Barcelona), 1704.
- LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO, Pilar, *Costumbres de Lérida*, Barcelona (Universitat de Barcelona), Barcelona, 1946.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan, y GAY ESCODA, Josep M., «Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al Decret de Nova Planta», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2 y n.º 3 (1979), pp. 249-294 y 505-586.
- FERRO POMÀ, Víctor, *El dret públic català. Les Institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*, Barcelona (Societat Catalana d'Estudis Jurídics), 2015.
- FONT RIUS, Josep M., «La recepción del derecho común en la Península Ibérica durante la Edad Media», *Recueils, Memoires et Travaux*, n.º VI (1968), pp. 85-104.

23 ORTEGA PÉREZ, Pascual, *La Orden de San Juan de Jerusalén y Miravet (primera mitad del s. XVII)*, Tarragona (Diputació de Tarragona), 1988.

24 ORTEGA PÉREZ, Pascual, *Els hospitalers a la Ribera d'Ebre. Benissanet, ss. XVI-XVII*, Tarragona (Diputació de Tarragona), 1990.

- FONT RIUS, Josep M., *Cartas de población y franquicia de Cataluña*, 2 vols., Madrid-Barcelona (Consejo Superior de Investigaciones Científicas-CSIC), 1969/1983.
- FONT RIUS, Josep M., «El antiguo derecho local de la ciudad de Balaguer», *AHDE*, vol. LII (1982), pp. 5-110.
- FONT RIUS, Josep M., «Estudi introductori», en *Constitucions de Catalunya (incunable de 1495)*, Barcelona (Generalitat de Catalunya), 1988, pp. XI-CXXXVII.
- FONT RIUS, Josep M., *Els Usos i Costums de Tàrrrega*, Tàrrrega (Ajuntament de Tàrrrega), 1992.
- FONT RIUS, Josep M., «La gènesi del dret municipal a la Catalunya Nova», en *Actes de les Jornades d'Estudi sobre els Costums d'Orta*, Horta de Sant Joan (Ajuntament d'Horta de Sant Joan), 1997, pp. 49-59.
- FONT RIUS, Josep M., «El règim jurídic inicial de la Terra Alta», en *Actes de les Jornades d'Estudi sobre els Costums de la Batllia de Miravet*, Gandesa (Consell Comarcal de la Terra Alta), 2001, pp. 39-53.
- OLIVER RODRÍGUEZ, Enric, «Les Ordinacions de Sanctacília», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. XXIX (1923), pp. 289-297 y 337-340.
- ORTEGA PÉREZ, Pascual, *La Orden de San Juan de Jerusalén y Miravet (primera mitad del s. XVII)*, Tarragona (Diputació de Tarragona), 1988.
- ORTEGA PÉREZ, Pascual, *Els hospitalers a la Ribera d'Ebre. Benissanet, ss. XVI-XVII*, Tarragona (Diputació de Tarragona), 1990.
- PUIGGARÍ, Josep, «Costumbres de Flix», *Revista Histórica Latina*, vol. II (1875), pp. 109-111.
- AA. VV., *Recognoverunt proceres*, Barcelona (Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona), 1927.
- SERRANO DAURA, Josep, *La Torre de l'Espanyol (Ribera d'Ebre). Història, règim senyorial i aspectes del seu antic dret local, en particular les Costums del 1517*, Tarragona (Diputació de Tarragona), 1988.
- SERRANO DAURA, Josep, *Els Costums d'Orta (1296). Estudi introductori i edició*, Horta de Sant Joan (Ajuntament d'Horta de Sant Joan), 1996.
- SERRANO DAURA, Josep, «La donació de Ramir II d'Aragó a Ramon Berenguer IV de Barcelona de 1137 i la institució del "casamiento en casa"», *Estudis Històrics i Documents dels Arxius de Protocols*, n.º XV (1997), pp. 7-14.
- SERRANO DAURA, Josep, *Els Costums de la Batllia de Miravet*, Gandesa (Consell Comarcal de la Terra Alta), 1999.
- SERRANO DAURA, Josep, *Senyoriu i Municipi a la Catalunya Nova (segles XII-XIX)*, 2 vols., Barcelona (Fundació Noguera), 2000.
- SERRANO DAURA, Josep, *Història del dret hispànic i de les seves institucions*, Barcelona (Duxelm Editorial), 2015.
- VALLS-TABERNER, Ferran, y [d'ABADAL, Ramon], *Los Usatges de Barcelona*, 2ª ed., Barcelona (Promociones Publicaciones Universitarias), 1984.
- VALLS-TABERNER, Ferran, «Un articulat inèdit de Consuetuds de Barcelona», *Estudis Universitaris Catalans*, vol. XIII (1928), pp. 3-7.

# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN LOCAL CANTÁBRICO FRENTE AL FOMENTO NAVAL Y FORESTAL EN LA CORONA DE CASTILLA (C. 1560-1570)

Alfredo José Martínez González<sup>1</sup>

**Resumen:** Esta investigación profundiza en un universo naval y forestal, el de los años 60 del siglo XVI, habitado por sociedades rústicas en el que sus instituciones locales de herencia medieval se vieron sobrepasadas por los requerimientos de materias primas para impulsar la construcción de Armadas con los que hacer frente a otras potencias enemigas que hostigaban a la Monarquía Hispánica filipina. Frente a la política de fomento de arbolados, fabricación naval y reclutamiento de marinería llevados a cabo por la Corona se erigieron aquellas otras formas de gobierno provenientes de siglos anteriores que, esgrimiendo sus derechos locales, frecuentemente no colaboraron con los delegados regios enviados por Felipe II.

**Palabras clave:** Municipios; Felipe II; Armadas; Montes; Navíos.

**Abstract:** This research delves into the universe of naval and forestry aspects that affected the rustic societies in the 1560s. Their local institutions (born in the Middle Ages) were asked to supply the Monarchy with raw materials to promote the construction of ships for the Navy, which were needed to deal with the enemy countries that threatened the Philippine Hispanic Monarchy. The municipal institutions hardly collaborated with the requests of the royal delegates sent by Philippe II to plant trees, make ships and recruit sailors.

**Keywords:** Municipality; King Philipp II; Navy; Forests; Ships.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. MUNICIPIOS Y ÁMBITOS NORMATIVOS EN ASUNTOS FORESTALES Y NAÚTICOS; III. CORREGIDORES Y JUSTICIAS ORDINARIAS FRENTE A LOS REQUERIMIENTOS SILVÍCOLAS Y NAVALES; IV. CONCLUSIONES; V. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA.

«Haviendo V. Mag. entendido la gran / falta que habia de Naos, y Navios naturales en la costa y mares destos Rey-/nos, y que habia venido en tanta diminucion que casi habia cesado la fa-/brica y trato dellas, y que segun el curso deste negocio llevaba empobreciéndose todos los que en el se exercitaban brevemente cesaría del todo, deseando / probeher en ello como en negocio que tanto importa al bien publico y de-/fensa destos Reynos mandó V. Magestad à los Corregidores de la Costa / que juntasen Personas que en este negocio

---

<sup>1</sup> Profesor Dr., Área de Historia del Derecho y de las Instituciones, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: amartinez12@us.es

tubiesen expiriencia, y con / su parecer, y de los Regimientos de las Villas procurasen entender de / que procedia tanta falta, y que se podria convenia proveer para el remedio, y huiendo hecho ciertas informaciones, y visto por Personas / muy graves del Consejo de V. Mag. pareció que dellas no se podía colegir / lo que se pretendia por ser diversas en ellas cosas de que resul-/tarian no menores daños que el que se pretendia remediar, mandò V. / Mag. que fuese Yo à la Provincia de Guipuzcoa, Seniorio de Vizcaya, y / Quatro Villas de la Costa de la Mar, Principado de Asturias, y Reyno / de Galicia, y que en cada una destas Provincias hiciese Junta de Personas / bien entendidas en este negocio para que en ellas se entendiese lo que / he dicho donde les signifiqué lo que V. Mag. me mandaba, y lo mucho // que convenia à la defensa y trato destes Reynos, y al particular de / aquellas Costas, y à la conservacion de los demas estados de V.M.»<sup>2</sup>.

## I. INTRODUCCIÓN

Estas palabras redactadas en torno a 1570 por Cristóbal de Barros, la persona que más profundamente hizo evolucionar y asentar la gestión y normativa silvícola en favor de las necesidades marítimas durante la Edad Moderna hacen referencia a un lapso temporal del que hasta ahora se conocían únicamente algunos retazos y tan sólo desde una perspectiva institucional que, si bien era acertada, resultaba incompleta para poder abarcar en su justa dimensión la complejidad de relaciones humanas, legislativas y corporativas que durante el reinado de Felipe II coadyuvaron para establecer la base de su política de Montes y Plantíos en pro de las necesidades de fomento naval.

Es de sobra conocido que a partir de 1562 la Monarquía Hispánica llevó a cabo un complejo programa de construcción naval con la finalidad de mantener sus vastos dominios así como hacer frente a otras potencias marítimas, unas consolidadas y otras emergentes. En este contexto, las maderas y otras

---

2 *Discurso presentado al Rey (al parecer) por Christoval de Barros, sobre el importante objeto de / que hubiese Navios útiles para la guerra, ttrato y comercio, y aumento è industria dela gente / mareante; proponiendo varios medios para fabricarlos en los Astilleros del Seniorio de Vizcaya, / Provincia de Guipuzcoa; y quatro Villas de la Costa de la Mar, y para su Conserua<sup>on</sup>. y fomento.* Archivo del Museo Naval (AMN), Nav. XXII dto. 28, fols. 84 r<sup>o</sup>-84v<sup>o</sup>. La transliteración completa de este extenso documento, precedida de estudio preliminar, está en prensa en el *Anuario de Historia del Derecho Español*. También se han ocupado de esta temática y de estas fuentes ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, J. y SESMERO CUTANDA, E., «Informes de Cristóbal de Barros y Esteban de Garibay sobre la construcción naval en la cornisa cantábrica (1569)», *Itsas memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, n<sup>o</sup> 3, Donostia-San Sebastián (Untzi Museoa-Museo Naval), 2000.



materias primas supusieron una imperiosa necesidad para la fabricación en los astilleros cantábricos, cuyo litoral boscoso reunía las condiciones más óptimas para su suministro<sup>3</sup>. Sin embargo, jurisdiccionalmente la nueva política filipina precisaba de un nuevo encaje normativo e institucional que debía trazarse respetando los derechos de cada uno de los territorios del septentrión peninsular y para la consecución de tal fin tomaron un importante papel tanto órganos de la Corona como determinados personajes a través de redes clientelares que hasta este momento no se han analizado lo suficientemente<sup>4</sup>. Ello cobró un especial cariz a raíz del deterioro de las relaciones anglo-españolas a partir de 1566, a lo que se le añadió la rebelión de los Países Bajos en 1568<sup>5</sup>; episodios éstos ante los que la Monarquía se vio obligada a potenciar sus actividades de reconocimiento y gestión forestales con las poblaciones cantábricas, así como el estudio pormenorizado de las normas preexistentes en materia de arbolados y el grado de ejecución efectiva o inacción que éstas venían presentando. Para este cometido se impulsó todo un elenco de acciones sociales, silvícolas, institucionales y normativas<sup>6</sup> en las que el protagonismo fue soportado por Cristóbal de Barros y Peralta, personaje del que aún queda mucho por saber, aunque paulatinamente comenzamos a desentrañar su vida y obra. El papel de éste resultó lógico habida cuenta de que en la Edad Moderna, al contrario que en época medieval, las distintas ramificaciones de poder se fueron definiendo paulatinamente habida cuenta de la imposibilidad de que el monarca pudiese atender todos los asuntos<sup>7</sup>. En el caso que nos

---

3 PAZZIS PI CORRALES, M., *Felipe II y la lucha por el dominio del mar*, Madrid (Editorial San Martín), 1989, pp. 81-83.

4 En este sentido, una primera aproximación sobre el asunto la hemos efectuado en MARTINEZ GONZÁLEZ, A. J., «Régimen polisinodial y clientelismo en la génesis de la política forestal y naval de Felipe II», *Árvores, barcos e homens na Península Ibérica (Séculos XVI-XVIII)* [ForSEADiscovery Project (PITN-GA-2013-607545)], Lisboa (Instituto de Arqueologia e Paleociências da Universidade Nova de Lisboa), 2017, pp. 13-24.

5 PAZZIS PI CORRALES, M., *Felipe II y la lucha por el dominio del mar*, cit., pp. 50-61.

6 Éste es el año en el que el Felipe II decidió emprender un extenso programa de actividades y gestiones conducente a fabricar y armar navíos. PAZZIS PI CORRALES, M., *Felipe II y la lucha por el dominio del mar*, cit., pp. 81-82.

7 GONZÁLEZ GILARRANZ, M. M., «La administración de justicia ordinaria en la Edad Moderna en la Corona de Castilla: procedimientos y tipos documentales», *La investigación y las fuentes documentales de los archivos*, Guadalajara (Cuadernos de Archivos y Bibliotecas de Castilla-La Mancha) n° 3, 1996, p. 485.

ocupa, Barros se dedicó durante décadas a inspeccionar las masas forestales cantábricas con el propósito de gestionar de modo sostenible los recursos naturales destinados a la fábrica de navíos, desde las plantaciones de las semillas hasta el arqueo de navíos. En este sentido, hace pocos años tuvimos ocasión de publicar parte de sus actuaciones<sup>8</sup>, si bien el paulatino hallazgo de nuevos documentos nos compele a profundizar en ciertos aspectos que requieren de nuevos análisis, entre ellos la interacción de los mandatos en nombre de la Corona por parte de este personaje con los ámbitos (en plural) municipales y que acentúan la necesidad por parte de la Monarquía Hispánica por lograr que tanto corregidores como otras autoridades locales colaborasen en su cometido. Además, su tarea fue complementada en 1569 a lo largo de determinadas jurisdicciones vascas gracias a las labores llevadas a cabo por un miembro del Real Consejo de Castilla, el Doctor Hernán Suárez de Toledo<sup>9</sup>, quien desempeñó tareas de investigación *in situ* sobre la existencia de normas locales en la costa guipuzcoana y, en cuanto a su contenido, qué disposiciones pudiesen servir a la Corona para disciplinar el fomento forestal destinado a la construcción de navíos mediante los que preservar la integridad territorial de la Monarquía Hispánica.

Por su parte, Barros expuso desde los comienzos de su actividad (1562-1563) que la insuficiencia de barcos existentes redundaba en detrimento de las actividades mercantiles, el bien común y la integridad territorial de la Monarquía Hispánica, poniendo de manifiesto que sin el auxilio de los dirigentes municipales y de los vecindarios ubicados en los montes y las costas la tarea de impulsar las unidades navales sería del todo punto imposible<sup>10</sup>. Junto a ello, que fue resultado de sus labores de inspección sobre el terreno cantábrico desde la frontera francesa hasta la portuguesa, también demostró tener importantes nociones de las disposiciones normativas (Peticiónes de Cortes, Leyes y Pragmáticas) atinentes a la fabricación naval, tripulaciones y marineros, empréstitos, fletes, aseguramiento de naves y comercio maríti-

8 MARTINEZ GONZÁLEZ, A. J., *Las Superintendencias de Montes y Plantíos (1574-1748). Derecho y política forestal para las Armadas en la Edad Moderna*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 46-76.

9 MARTINEZ GONZÁLEZ, A. J., «Régimen polisinodial y clientelismo en la génesis de la política forestal y naval de Felipe II», cit., p. 20. Para más datos sobre Suárez de Toledo: ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, J. y SESMERO CUTANDA, E., «Informes de Cristóbal de Barros y Esteban de Garibay sobre la construcción naval en la cornisa cantábrica (1569)», cit., p. 686.

10 *Discurso presentado al Rey (al parecer) por Christoval de Barros...*, fol. 84 r<sup>o</sup>.

mo; además de poner de manifiesto la situación en la que se encontraban sus entidades municipales y el papel que a su juicio debían tener, especialmente habida cuenta no sólo de que disponían de normativa en materia silvícola o portuaria que debía ser tenida en cuenta por la Monarquía para desarrollar nuevas disposiciones en pro del fomento naval, sino tampoco olvidar «la mucha pobreza y necesidad en que la Gente mareante vive»<sup>11</sup>, lo que le compelió a alcanzar un equilibrio entre las necesidades locales y la construcción naval.

## II. MUNICIPIOS Y ÁMBITOS NORMATIVOS EN ASUNTOS FORESTALES Y NAÚTICOS

En este contexto, la Monarquía Hispánica de los siglos modernos se caracterizaba por una complejidad administrativa que era reflejo de las relaciones sociales de la época y se sustentaba en un entramado polisindial junto con poderes locales<sup>12</sup>, basada en una estructura plural de territorios que conservaban sus distinciones y peculiaridades institucionales provenientes del medioevo. Ha de tenerse presente que las características propias de los territorios septentrionales de la península, en gran parte condicionadas por la propia orografía y geografía, implicaron que las sociedades que ellos se establecieron fuesen más herméticas y con un mayor grado de prácticas consuetudinarias que en otras latitudes de la Monarquía Hispánica y, en consecuencia, la relación de sus vecindarios con los recursos naturales orbitaba en torno a costumbres, usos y tradiciones ancestrales, que a su vez buscaban fortalecer unos vínculos internos comunitarios forjados relativamente al margen de la organización jurídico-política romana y visigoda, posiblemente aún con arcaicos influjos celtas o germánicos<sup>13</sup>. Este universo jurisdiccional se encontraba regido por un *ordo naturae* íntimamente ligado con lo costumbrista, de origen divino y en consecuencia indisponible, cuyo modo de organización

11 *Ibidem*; fol. 84 vº.

12 BERNARDO ARES, J. M., «El régimen municipal en la Corona de Castilla», *Studia Historica. Historia Moderna* nº 15, Salamanca (Universidad de Salamanca) 1996, p. 26.

13 BARÓ PAZOS, J. Y PEREDA HERRERA, M.; «El régimen consuetudinario y las instituciones jurídicas tradicionales en la Cantabria histórica», *Cuestiones varias sobre la costumbre jurídica en el Norte Peninsular*, Oviedo (Universidad de Oviedo), 2010, pp. 41, 46 y 52.

BARÓ PAZOS, J., *Instituciones Históricas de Cantabria*, Santander (Universidad de Cantabria, Asamblea Regional de Cantabria), 1994; p. 27.

política derivaba de su devenir histórico y sus prácticas consuetudinarias<sup>14</sup>.

En otro orden de cosas, además, pese a su integración en el organigrama de la Corona en cada uno de aquellos territorios existían áreas sometidas a diferentes jurisdicciones (real, eclesiástica y señorial), que en no pocas ocasiones se solapaban entre sí en el ejercicio de unas competencias que estimaban propias<sup>15</sup>. No en vano, hacemos nuestras las palabras de Frieria Álvarez para definir la complejidad de la esfera municipal cantábrica:

«En el Antiguo Régimen y para la cultura jurídica que caracteriza este periodo histórico, marcada por la recepción del llamado Derecho Común, los municipios son unos de los plurales estados o corporaciones en los que se organiza la comunidad socio-política. Representan a los sujetos de derecho que habitan en un territorio (la villa y la tierra). Como el Antiguo Régimen no conoce individuos sino englobados en las corporaciones a las que pertenecen, los municipios representan a las familias y casas que los integran, y éstas son representadas por los padres o jefes de las mismas, vecinos con casa abierta, poblada, que amparan al resto de personas sometidas a su potestad»<sup>16</sup>.

En otras palabras, la Edad Moderna, en lo que atañe a su organización territorial, tenía como principal característica la existencia de una multiplicidad de territorios y Reinos sometidos a una pluralidad de jurisdicciones y vertebrados alrededor del Monarca, y el Norte peninsular no fue ajeno a esa variedad<sup>17</sup>. Este panorama institucional, sustentado en una acentuada *plurijurisdiccionalidad* carente de un sistema racional como consecuencia de los incontables cargos implicados en los diversos municipios, eran habituales las fricciones entre las diversas justicias auxiliares de la Monarquía Hispánica<sup>18</sup>, y el impulso en los ámbitos naval y silvícola no fue una excepción. Más concretamente, en el caso de las comunidades rurales cantábricas a nivel

---

14 FRIERA ÁLVAREZ, M.; «Los poderes locales y el poder provincial en Asturias», cit., p. 158.

15 BARÓ PAZOS, J.; «Las Instituciones administrativas del territorio en la Edad Moderna», *Cantabria. Historia e Instituciones*, Santander (Universidad de Cantabria y Parlamento de Cantabria), 2002; p. 183.

16 FRIERA ÁLVAREZ, M.; «Los poderes locales y el poder provincial en Asturias», *Las ciudades españolas en la Edad Moderna: oligarquías urbanas y gobierno municipal*, Oviedo (KRK ediciones), 2014; p. 155.

17 BARÓ PAZOS, J., *Instituciones Históricas de Cantabria*, cit., p. 9.

18 HERAS SANTOS, J. L., «La organización de la justicia real ordinaria en la Corona de Castilla durante la Edad Moderna», *Estudis: revista de Historia Moderna* nº 22, Valencia (Universitat de València), 1996; p. 105.

local, las entidades básicas eran los Concejos, órganos básicos de la administración y organización local vertebrados por los representantes o cabezas de las diversas familias que se integraban cada localidad, quienes acudían a las deliberaciones “a son de campana tañida” que se celebraban en espacios *consagrados por la tradición*, ya fuese delante de las iglesias, ya fuese bajo la sombra árboles relevantes en las poblaciones<sup>19</sup>.

Aunque en principio podría pensarse que los municipios del Norte peninsular respondían estrictamente a un modelo castellano *stricto sensu*, en realidad éstos presentaban peculiaridades jurídicas y organizativas basadas en rasgos propios y la naturaleza consuetudinaria de sus instituciones<sup>20</sup>, siendo así desde los territorios vascongados hasta el Reino de Galicia<sup>21</sup>, en los que sus habitantes vivían del monte y el mar, con sus miserias y sus fortunas, pero jamás de espaldas a esas realidades naturales<sup>22</sup>. No obstante, todas estas corporaciones se encontraban sujetas al Reino y era el rey, precisamente, quien recibía servicios y obediencia de sus súbditos a cambio de garantizar sus derechos en forma de fueros, franquezas, privilegios, inmunidades, exenciones, facultades, prerrogativas, etc.

Toda aquella amalgama jurídica tenía su reflejo en textos normativos que en la Edad Moderna fueron reemplazando a los antiguos fueros locales (ya debilitados a consecuencia del surgimiento de un Derecho general del Reino basado en principios romanísticos) y que comenzaron a sistematizar la explotación, aprovechamiento y preservación de las masas forestales y montes comunitarios, como una de las principales fuentes de los recursos vecinales<sup>23</sup>. En efecto, los usos basados en las costumbres silvícolas que anteriormente habían sido transmitidos generacionalmente de manera oral fueron recogidos por escrito en cuerpos ciertos que desde el s. XV recibieron, en función de su ámbito espacial de vigencia, la denominación de *Ordenanzas Concejiles o de Valle* (en este último caso de corporaciones supraconcejiles aglutinadas en

19 BARÓ PAZOS, J., *Instituciones Históricas de Cantabria*, cit, p. 11.

20 BARÓ PAZOS, J., *Derecho y Administración en Liébana. Época Moderna*, Santander (Diputación Regional de Cantabria y Universidad de Cantabria), 1992, p. 5.

21 FRIERA ÁLVAREZ, M.; «Los poderes locales y el poder provincial en Asturias», cit., p. 158.

22 BARÓ PAZOS, J., «La conflictividad de la Villa de Castro Urdiales en su Libro de Ordenanzas (1519-1572)», *Homenaje a José Antonio Escudero* (Tomo II), Madrid (Editorial Complutense), 2012, p. 367.

23 BARÓ PAZOS, J. Y PEREDA HERRERA, M.; «El régimen consuetudinario y las instituciones jurídicas tradicionales en la Cantabria histórica», cit., p. 44.

torno a una orografía común, el Valle, y gobernadas por las llamadas Juntas del Valle) y que habían venido a reemplazar a los anteriores fueros municipales medievales, ya muy disminuidos<sup>24</sup>, en un momento en el que los núcleos poblacionales habían alcanzado un mayor grado de desarrollo y crecimiento no sólo urbano sino también mercantil y económico<sup>25</sup>. Esta evolución jurídica que versaba, como acabamos de apuntar, entre otros, sobre asuntos silvícolas<sup>26</sup>, era fruto de las competencias autonormativas tomadas por aquellos regimientos a partir del s. XIV. Se justificaba por «la potestad de ordenanzas, o lo que es lo mismo, la capacidad de dictar sus propias normas para el gobierno interior del regimiento», teniendo como limitación y, en virtud de la jerarquía normativa, el antes citado Derecho del Reino ya que tal capacidad de los concejos quedaba limitada por el rey. Éste se arrogaba la vigilancia e intervención sobre las ordenanzas al sancionar o rechazar su contenido en su «doble condición de legislador y juez supremo por encima de la autonomía del poder local»<sup>27</sup>. Estos modelos normativos sobre quienes algún autor señala que eran el resultado de un pacto comunitario tácito, mostraban límites paradigmáticos e ideales entre la buena o mala vecindad y conformaban un proyecto de *autodisciplina* que delimitaba «la tranquilidad pública, que es la base constitucional de la misma [sociedad]».<sup>28</sup> El asunto del que se ocupa el

---

24 BARÓ PAZOS, J., *Derecho y Administración en Liébana. Época Moderna*, cit., pp. 5-7.

A esta doble tipología suele añadirse una tercera clase de normas de contenido expresamente agropecuario relativo a las propiedades comunales y, más específicamente, a los aprovechamientos de comunidades de pastos. Vid. BARÓ PAZOS, J., *Instituciones Históricas de Cantabria*, cit, p. 29.

25 BARÓ PAZOS, J., «La conflictividad de la Villa de Castro Urdiales en su Libro de Ordenanzas (1519-1572)», cit., p. 362.

26 La preocupación de los asuntos agropecuarios y la sostenibilidad de la naturaleza, en especial sus montes, era objeto de regulación de las ordenanzas de los municipios cantábricos al considerarlos acertadamente como una de las primordiales fuentes de riqueza, recogiendo disposiciones atinentes a su repoblación y conservación. BARÓ PAZOS, J. Y SERNA VALLEJO, M., «La organización del Regimiento de la Villa de Santander en la Época Moderna», *Estudios dedicados a la Memoria del Profesor L.M. Díez de Salazar (Vol. I)*, Bilbao (Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco), 1992, pp. 480-481.

27 BARÓ PAZOS, J., «La conflictividad de la Villa de Castro Urdiales en su Libro de Ordenanzas (1519-1572)», cit., pp. 360-361.

28 MANTECÓN MOVELLÁN; T. A., *Conflictividad y disciplinamiento social en la Cantabria del Antiguo Régimen*, Santander (Universidad de Cantabria-Fundación Marcelino Botín), 1997; p. 123.

presente estudio no fue una excepción y, con el fin de disciplinar entre otras materias el fomento naval y el aprovechamiento de los montes, había venido siendo habitual desde la Baja Edad Media haberse recogido en los Fueros municipales para, a partir de la Edad Moderna, plasmarse en estas Ordenanzas locales<sup>29</sup>. Así pues, las Ordenanzas prestaban especial atención, entre otras actividades, al aprovechamiento de los bienes comunales, que conformaban el principal patrimonio del colectivo vecinal<sup>30</sup>, como, por ejemplo, las conocidas en la Cantabria histórica como adras, hazas o suertes que, de acuerdo con prácticas ancestrales, regulaban el reparto de los lotes de especies silvícolas entre los vecinos a fin de hacer sostenibles las explotaciones de los recursos forestales, salvo en el supuesto de que los montes comunales adoleciesen de una palpable pobreza, en cuyo caso las ordenanzas solían prohibir cualquier tipo de adjudicación de lotes de madera<sup>31</sup>. En cualquier caso, las Ordenanzas trataban constantemente sobre la propiedad – tanto del común de los vecinos como particular – en un periodo histórico en el que no eran infrecuentes las desavenencias sobre su titularidad al difuminarse los contornos entre lo que era privativo y lo perteneciente a la colectividad, teniendo especial significación la preservación y el aprovechamiento racional de los bosques comunales siguiendo las costumbres tradicionales de cada población, así como las provisiones reales «que hablan sobre la conservación de los montes»<sup>32</sup>. Sin duda, los textos de estas fechas concedían a los municipios cantábricos próximos al litoral un poder relevante en las más variadas materias, entre ellas la marítima-forestal. Ahora bien, en este ámbito la investigación se encuentra con un escollo difícilmente salvable, pues existe un ingente número de Ordenanzas municipales que aún esperan su estudio en los más diversos archivos y bibliotecas. Ello significa que pretender realizar un análisis global de la historia del régimen municipal, aunque sólo fuese para entender su

---

29 MANUEL VALDÉS, C. M., «Características y transformaciones de la gestión forestal en España (siglos XVI-XIX)», *Los Montes y su Historia. Una perspectiva política, económica y social*, Huelva (Universidad de Huelva), 1999, p. 38.

30 EMBID IRUJO, A., *Ordenanzas y Reglamentos municipales en el Derecho español*, Madrid (Instituto de Estudios de Administración Local) 1978, p. 47. Este autor se hace eco de lo escrito por NIETO, A., *Bienes Comunales*, Madrid (Editorial Revista de Derecho Privado), 1964, especialmente pp. 101 y ss.

31 BARÓ PAZOS, J. Y PEREDA HERRERA, M.; «El régimen consuetudinario y las instituciones jurídicas tradicionales en la Cantabria histórica», cit., pp. 57-59.

32 BARÓ PAZOS, J., «La conflictividad de la Villa de Castro Urdiales en su Libro de Ordenanzas (1519-1572)», cit., p. 379.

relación con las cuestiones forestales y náuticas, resulta una compleja tarea como consecuencia de la dispersión de las mismas fuentes documentales<sup>33</sup>. No obstante, con independencia de las características propias de cada lugar, se trataba de disposiciones cuyo carácter normativo resultaba incontestable aunque su efectividad tuviese una vigencia geográficamente restringida para un núcleo de población determinado y los terrenos a él pertenecientes, muchos de los cuales en el caso cantábrico eran montes o litoral costero. Además, se trataba de textos provenientes del poder real conducentes a lograr el buen funcionamiento de la institución municipal.

Vistas estas características, el poder delegado de Cristóbal de Barros tuvo que actuar teniendo en cuenta tales normativas locales que trataban y en cierta medida regulaban la actividad política de los núcleos poblacionales y sus asuntos cotidianos versando sobre cuestiones agropecuarias, forestales, portuarias, astilleras, pesqueras, etc. En este sentido, las Ordenanzas sí resultan ciertamente útiles para la presente investigación puesto que versan sobre las actividades económicas sujetas al derecho del lugar, así como el establecimiento de las relaciones entre la Monarquía y la esfera local y, en cierto modo, para conocer qué grupos ostentaban el poder en los municipios, cuál era el modo de aprovechar los pastos, dehesas, montes y, en definitiva, los recursos naturales de una determinada zona, junto a sus posibilidades de producción. También aquí se otorga gran importancia al carácter punitivo de la normativa con respecto al incumplimiento de las mismas y los castigos aplicables a los infractores, ya que en caso de incumplimientos, las *Ordenanzas* recogían una serie de penas (por lo general pecuniarias, en ocasiones en especie y con menor frecuencia corporales o de privación de libertad) que debían ser satisfechas en beneficio de cada concejo repartiéndose el pago en moneda por terceras partes entre el denunciante, el juez y la propia institución concejil, lo que en consecuencia suponía una fuente nada desdeñable de ingresos<sup>34</sup>. Por el interés de este estudio, entre las prácticas dañinas y suscep-

---

33 ARTOLA, M., Prólogo de la obra de HIJANO PÉREZ, A., *El Pequeño Poder. El municipio en la Corona de Castilla: siglos XV al XIX*, Madrid (Fundamentos), 1992, p. 7; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, A., *Alcaldes y regidores. Administración territorial y gobierno municipal en Cantabria durante la Edad Moderna*, Santander (Institución Cultural de Cantabria & Ediciones Librería Estudio), 1986, p. 7; HIJANO PÉREZ, A., *El Pequeño Poder. El municipio en la Corona de Castilla...*, cit., pp. 36-37.

34 BARÓ PAZOS, J., *Derecho y Administración en Liébana. Época Moderna*, cit., pp. 13-16; BARÓ PAZOS, J., «La conflictividad de la Villa de Castro Urdiales en su Libro de Ordenanzas (1519-1572)», cit., p. 371.



tibles de ser sancionadas referidas a las masas forestales, pueden señalarse a modo meramente ilustrativo las de descortezar árboles verdes, cortar pies pequeños, talar ejemplares para conseguir sus frutos u obtener teas, emplear leña verde en lugar de leña seca, u obtener pez de pinos sanos en lugar de utilizar para ello otros dañados<sup>35</sup>.

Sumariamente, puede decirse entonces que estos textos venían disciplinando las cuestiones económicas, agropecuarias y de policía, tratando de cuestiones relativas al orden público, gremios, puertos, actividades ganaderas, conservación de pastos, rastrojeras, montes o hierbas etc. y a menudo, los textos incluían todos estos contenidos, es decir, regulaban la organización del municipio y también los asuntos económicos y de orden público. Para complicar más aún el estudio del *maremagnum* normativo forestal y náutico frente al que la Monarquía filipina se vio obligada a actuar de cara a fortalecer su política exterior ha de manifestarse que, además del ingente número de Ordenanzas existe otro obstáculo para poder perfilar en su justa medida este tipo de derechos de las poblaciones locales; y es que en frecuentes ocasiones las prácticas efectivas sobrepasaban la norma positiva, pues los usos tradicionales y la costumbre tenían también fuerza normativa en los entornos rústicos, tanto que, como antes hemos apuntado, en buena medida las ordenanzas «son la puesta por escrito de las viejas costumbres por las que se han regido los miembros de la comunidad vecinal desde tiempo inmemorial, probablemente desde su mismo origen fundacional»<sup>36</sup>. En otras palabras, los usos atávicos gozaban de una significativa vigencia debido a las limitaciones del derecho escrito y es que, a través de espacios y derechos colectivos ancestrales también se manifestaba el mutualismo entre los naturales.<sup>37</sup> Eran pues, los núcleos de población –fundamentalmente aldeas y concejos– los que otorgaban protección e identidad colectiva a los vecinos, teniendo como precisos límites geográficos los marcados por las casas. La comunidad que componían incluía espacios comunes pero también derechos y usos, derechos preservaban asistencias, auxilios y socorros del concejo a favor del conjunto de los vecinos, junto con otras ayudas, individualizadas y mutualistas. Las primeras

---

35 MANUEL VALDÉS, C. M., «Características y transformaciones de la gestión forestal en España (siglos XVI-XIX)», cit., p. 39.

36 BARÓ PAZOS, J., «La conflictividad de la Villa de Castro Urdiales en su Libro de Ordenanzas (1519-1572)», cit., p. 362.

37 MANTECÓN MOVELLÁN; T. A., *Conflictividad y disciplinamiento social en la Cantabria del Antiguo Régimen*, cit., p. 123.

formaban parte de la policía de los pueblos y se plasmaba en servidumbres, como las derrotas, pasos y aprovechamientos forestales, amparo frente a animales salvajes, plagas y alteraciones de la «tranquilidad pública», provocadas por ladrones y «escandalosos». Las andechas piadosas, la asistencia a sofocar incendios en las casas, montes y sembrados, la persecución de rateros y cuatros, incluso el reparto de rozo, leña o tierra comunal. Todas estas prácticas eran apoyos mutuos organizados en los concejos que aumentaban las posibilidades de autorregulación más allá de lo establecido por la *ley local*. Ésta, en cualquiera de sus manifestaciones, era consecuencia de un *pacto comunitario* que sobrepasaba las fronteras domésticas de las familias, hasta el concejo y el valle<sup>38</sup> y sobre las que la Corona en la década de 1560 debía imponerse para nutrir de materias primas a los astilleros en pro de construir nuevas unidades navales con las que hacer frente a otras potencias enemigas.

Así pues, la Monarquía filipina puso de manifiesto desde los primeros momentos que para la consecución del impulso naval era preciso estudiar los usos locales y las ordenanzas preexistentes a fin de conciliar las necesidades de las comunidades montañosas y marineras con los requerimientos náuticos. Así se lo trasladó al antes citado Suárez de Toledo al ordenarle, con fecha de 10 de marzo de 1569, que tomase cuenta y razón del estado en el que se encontraban los montes maderables (en este caso guipuzcoanos) cuyos árboles pudiesen resultar útiles al real servicio averiguando principalmente<sup>39</sup>:

«que es lo que esta probeydo / y hordenado para la guarda y conseruación dellos y para los plantar de nuebo / y porque horden y porque liçençias y formas se cortan y se usa, y asi aprouecha dellos y / si ay çerca desto algunas hordenanzas fechas por las Villas o lugares de aquella P<sup>o</sup> / uincia y si aquellas estan confirmadas y si combiene que se use dellas o se hagan / otras de nueuo».

A modo meramente ejemplificativo y entre otras, nos consta por ejemplo que a partir de entonces las Ordenanzas sobre Montes de Fuenterrabía (1540) fueron consideradas a la hora de establecer determinados criterios sobre el impulso silvícola<sup>40</sup>. Igualmente, en términos similares, con fecha 10 de julio

38 *Ibíd.*; p. 150-151.

39 Archivo Histórico Nacional (AHN) Consejos, 15651, exp. 1. Comisión de Felipe II al Doctor Suárez de Toledo sobre la guarda y conservación de los montes de la Provincia de Guipúzcoa, 15 de marzo de 1569.

40 Insertas en los estudios efectuados en 1569 por Barros y Suárez de Toledo (AHN, Consejos, 15651).

del mismo año, también le fue remitida otra comisión a Suárez de Toledo con el fin de examinar las Ordenanzas vigentes que ya existiesen sobre asuntos náuticos en las localidades de la costa vasca a fin conocer la situación de los navíos vinculados a ese litoral<sup>41</sup>. Del mismo modo, Cristóbal de Barros también tuvo en cuenta la presencia de Ordenanzas locales a fin de establecer penas semejantes a las ya existentes contra aquellos que no respetasen la política forestal que a partir de entonces seguiría la Monarquía filipina<sup>42</sup>.

Por otra parte y en la esfera de la administración local, eran igualmente aplicables los Autos de Buen Gobierno. Éstos se distinguían de las Ordenanzas en tanto en cuanto los primeros diferían en su proceso de elaboración al emanar de modo unilateral de una autoridad judicial con competencia jurisdiccional sobre el territorio concreto y no de algún órgano colegiado o representativo de la colectividad vecinal, como eran los Concejos municipales o las Juntas de Valles, y que servían para complementar y actualizar las propias Ordenanzas locales<sup>43</sup>. De acuerdo con la definición de Baró Pazos:

“Los Autos de Buen Gobierno (...) son disposiciones dictadas por los Corregidores, Alcaldes Mayores u Ordinarios, que contienen normas o pautas de conducta que han de ser observadas por todos sus miembros de las comunidades vecinales sometidas a su jurisdicción para facilitar su convivencia pacífica; sus disposiciones procuran la recta administración de la justicia, el mantenimiento del orden público, la salubridad y la pacífica convivencia entre los vecinos de los distintos núcleos vecinales”<sup>44</sup>.

En lo que a este estudio atañe, *Ordenanzas y Autos* versan sobre la organización de las entidades locales, su administración y conservación de los bienes públicos, entre los que juegan un papel esencial las masas boscosas<sup>45</sup>.

Sin embargo, como más adelante se tendrá ocasión de comprobar y con el fin de aclarar previamente ciertas nociones, tanto las *Ordenanzas locales* como los *Autos de Buen Gobierno* no fueron las únicas disposiciones que se ocuparon de la cuestión de Montes sino que, basándose en el análisis que de

41 *Ibidem*.

42 Archivo General de Simancas (AGS) G.A.; Leg. 403-97. *Tanto de la orden que dio Xptobal de Barros para los plantios de rrobres y fresnos. Santillana 25 de octubre de 1575*.

43 BARÓ PAZOS, J., «La conflictividad de la Villa de Castro Urdiales en su Libro de Ordenanzas (1519-1572)», *cit.*, p. 363.

BARÓ PAZOS, J., *Instituciones Históricas de Cantabria*, *cit.*, p. 29.

44 BARÓ PAZOS, J., *Derecho y Administración en Liébana. Época Moderna*, *cit.*, p. 9.

45 *Ibidem*, *cit.*, p. 11.

ellas efectuaron Barros y Suárez de Toledo, desde la Corona fueron elaboradas diversas normas que llegaron a crear variados conflictos por razón de materia y competencias en el ámbito forestal, tanto con los vecindarios como con los poderes locales<sup>46</sup>, fruto de un creciente intervencionismo regio pues, no olvidemos, el monarca se reservaba el control final sobre las *Ordenanzas* en un momento en el que décadas antes se habían incorporado nuevos territorios atlánticos que debían preservarse y con ellos nuevas perspectivas económicas a las que la Corona no estaba dispuesta a renunciar<sup>47</sup> y por cuyo fin había enviado a Cristóbal de Barros y Hernán Suárez de Toledo.

### III. CORREGIDORES Y JUSTICIAS ORDINARIAS FRENTE A LOS REQUERIMIENTOS SILVÍCOLAS Y NAVALES

En las latitudes cantábricas los modos de organización política situados en las zonas destinadas al impulso náutico (Provincia de Guipúzcoa, Señorío de Vizcaya, Corregimiento de las Cuatro villas de la Costa de la Mar y Reino de Galicia) diferían entre sí por lo que el elenco de cargos y oficiales resultaba

---

46 En este sentido resultan especialmente reseñables las siguientes: AGS; G.A.; Leg. 347-15. Ynstruizion que se dio a Xrobal de Barros sobre lo de los navios; Madrid, 6 de mayo de 1563; AGS, G.A.; Leg. 347-19. Provisión sobre plantíos dirigida a las autoridades locales. Madrid, a 6 de mayo de 1563; AGS G.A., Leg. 347-25. *Tanto de una Prouis<sup>on</sup>. que su mag<sup>d</sup>. dio Para el corregidor delas quatro Villas de la costa dela y marquesado de santillana sobre El Plantar Robles y conserbaçion dellos y de los montes t del mismo tenor son las del preñçipado de asturias señorío de Vizcaya Probinçia de guipuzcoa*. Madrid, 7 de diciembre de 1564; ASG, Leg. GA 347/57. Real Cédula de Felipe II (Tanto del titulo de xptobal de Varros. Para los Plantios de rrobles su besita y de montes y dehesas). Madrid, 7 de septiembre de 1577; AGS, G.A., Leg. 82-220. La Instruc<sup>on</sup>. que se dio a Xptobal de barros encargandole la execuçion delo que se hordena en lo tocante a los plantios. 5 de agosto de 1577; AGS, G.A.; Leg. 82-223. *La Instruc<sup>on</sup>. para q El Regente y alcaldes mayores de galicia rremitan a Xptobal de Barros las causas que tocan a lo de los plantios y adelante no se entrometan en neg<sup>os</sup>. tocantes a los delos plantios*. 5 de agosto de 1577. El contenido de todas ellas fue transliterado en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, A. J.; «Fomento naval y gestión forestal en la segunda mitad del siglo XVI: documentos para una historia jurídica, institucional y social en el arco cantábrico», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 86, 2016, pp. 749-783.

47 BARÓ PAZOS, J. Y PEREDA HERRERA, M.; «El régimen consuetudinario y las instituciones jurídicas tradicionales en la Cantabria histórica», cit., p. 43; BARÓ PAZOS, J., «La conflictividad de la Villa de Castro Urdiales en su Libro de Ordenanzas (1519-1572)», cit., pp. 361, 366.

muy variado. No obstante, sí pueden establecerse comunes denominadores entre unos y otros sobre estas colectividades humanas, habida cuenta de que predominaba la economía agraria sobre la urbana, lo que implicaba que las fuentes de riqueza estuviesen más vinculadas a la tierra y los recursos naturales que a la industria<sup>48</sup>, agrupadas por el criterio de la vecindad que se enfrentaban a intereses socioeconómicos comunes y que precisaban de una cierta organización administrativa a fin de encauzar las actividades de sus individuos en pro del bien común, especialmente al tratarse de sociedades predominantemente rurales que diariamente interaccionaban en su *modus vivendi* con los montes, versando su organización política en buena parte sobre el aprovisionamiento de leña, talas para construcción de viviendas y ferrerías, abastecimiento de frutos, etc<sup>49</sup>.

Así las cosas, Felipe II fue consciente del papel que debían jugar todos los oficiales de aquellas localidades, tanto que incluso a comienzos de su reinado les achacó a sus desidias el estado de deterioro en el que se encontraban las masas forestales ubicadas en los territorios de sus respectivas jurisdicciones<sup>50</sup>:

«Nuestros corregidores o jueces de residencia de la provincia de Guipúzcoa, senorio de vizcaya y quatro villas de la costa de la mar que ahora sois y adelante fueredes, v otros lugartenientes. Y otras cualesquier Justicias y Juezes de las Villas y Lugares de las dhas partes de cualquier estado, o condición que se sean. A quien lo que en esta carta contenido toca y atañe en cualquier manera. Saued que nos somos ymformado de la grande falta que ay de nauios en los puertos y costas de nuestros reynos y que la fabrica y trato dellos ha cesado y venido en diminucion y una de las causas dello A sido las negligencias que haauido en plantar montes y no conseruar los que auia hasta agora...».

Ciertamente, el monarca no anduvo desencaminado en su diagnóstico pues en este contexto resultaban cruciales a lo largo del arco cantábrico las conocidas como justicias locales u ordinarias que desde siglos antes se venían encargando de los gobiernos municipales y que resultaban considerados *jueces menores* en el sentido de que sus resoluciones eran apelables ante instan-

---

48 BERNARDO ARES, J. M., «El régimen municipal en la Corona de Castilla», cit., p. 33.

49 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, A., *Alcaldes y regidores. Administración territorial y gobierno municipal en Cantabria durante la Edad Moderna*, cit., p. 30.

50 AGS, G.A.; Leg. 347-19. Provisión sobre plantíos dirigida a las autoridades locales. Madrid, 6 de mayo de 1563.

cias superiores<sup>51</sup>. Las clases de oficiales eran ciertamente variadas y en este sentido resulta elocuente la apreciación de Larramendi acerca de aquellos cargos en Guipúzcoa que, pesar de su diversidad tipológica, podemos hacer extensible a grandes rasgos y en buena medida a otros territorios cantábricos:

«Desde que se formaron en villas y pueblos murados (no hay que hablar de mayor antigüedad por ahora) y se unieron en una hermandad todos los lugares, partidos y casas de Guipúzcoa, han tenido su gobierno civil, político y económico, y es en dos maneras. Uno es el gobierno particular que tiene cada pueblo, y otro es el gobierno general y trascendente á todos. El particular se funda en las ordenanzas que tiene cada villa confirmadas por los reyes en privilegios y costumbres inmemoriales: ordenanzas que se han ido renovando según la necesidad de los siglos. No son iguales en todos los pueblos, y hay diferencia en ellas, segun es tambien la diferencia de las villas. Todas tienen su alcalde, justicia y regimiento, con regidores, síndicos, fieles, tesoreros, escribanos, de ayuntamiento, jurados alguaciles. Pero en algunas hay dos alcaldes y más cargohabientes. Elígense cada año; pero en algunas por San Miguel, en otras al principio del año y en otras por Navidades: y así de otras diferencias de poca monta. Todos estos cargos y sus obligaciones se administran, arreglándose á las ordenanzas particulares de cada lugar. Todos los alcaldes, cada uno en su villa y jurisdiccion, andan con vara levantada, tienen asiento preeminente en los templos, administran justicia en audiencias verbales por sí solos, y en las otras cosas por asesor, de su eleccion, y les tocan por fuero en primera instancia las causas civiles y criminales de su jurisdiccion. Prenden, encarcelan, multan, castigan, destierran a los delincuentes, segun el proceso. De estos pueblos unos se llaman privilegiados, y se gobiernan por sí y sin dependencia á otro consejo, y pueden enviar su procurador especial á todas las juntas generales y particulares de la provincia. Otros son no privilegiados, que están sujetos á la jurisdiccion de otros, y no pueden enviar sus procuradores á las juntas generales ni particulares de la provincia»<sup>52</sup>.

Así pues, en el plano de aquellas justicias locales primaba el principio de la discrecionalidad regia. El gran abanico de jueces en este sector supone, debido a la diversidad propia del Antiguo Régimen, variados regímenes<sup>53</sup>. Además de ello, la situación se complicaba más aún si se contempla algo que anteriormente se ha apuntado: la heterogeneidad de los diferentes territorios que conformaban la Corona, en los que existían diversas peculiaridades jurídicas,

---

51 HERAS SANTOS, J. L.; «La organización de la justicia real ordinaria en la Corona de Castilla durante la Edad Moderna», cit., p. 108.

52 Hemos empleado la edición de LARRAMENDI, M. de, *Corografía ó descripcion general de la muy noble y muy leal provincia de Guipúzcoa*, Barcelona (Imprenta de la Viuda é Hijos de J. Subirana), 1882, pp. 82-83.

53 ROLDÁN VERDEJO, R., *Los jueces de la monarquía absoluta*, La Laguna (Universidad de la Laguna), 1989, p. 207.

administrativas e institucionales. Como es sabido, no todos los «payses» de la Monarquía reunían las mismas características. Dejando de lado, por ahora a las poblaciones de señorío e intentando buscar un denominador común, las instituciones locales de realengo se caracterizaban por la presencia de una serie de cargos que no se correspondían necesariamente con las poblaciones de señorío, por lo que se hace necesario referir siquiera someramente los diversos cargos municipales más reseñables, así como sus características, funciones y atribuciones para poder abarcar el conocimiento de la problemática suscitada con la política naval y los montes municipales que quedaron sujetos al Real Servicio a partir de los años sesenta del siglo XVI:

En primer lugar, la autoridad delegada del monarca se personificaba en el Corregidor, cuya figura comenzó a cristalizar en la Baja Edad Media. Se erigió como autoridad superior en determinadas entidades locales, siendo su nombramiento facultad propia y directa del rey<sup>54</sup>, y contando dentro de su amplio margen competencial<sup>55</sup>. Así las cosas, debido a su estrecho vínculo con el monarca al actuar como agentes de la voluntad regia en el entorno local<sup>56</sup>, los corregimientos llegaron a materializarse fehacientemente divisiones administrativas castellanas resultando un nexo intermedio entre la esfera local y el poder central<sup>57</sup>. Esta figura, que había resultado extendida tras las Cortes de Toledo de 1480, terminó albergando veinte años más tarde un elenco minucioso de sus competencias a través del conocido como *Capítulo para Corregidores* de 1500, documento en el que no sólo quedaron detalladas exhaustivamente sus atribuciones y obligaciones sino también su relación con las Ordenanzas y control de los gobiernos municipales<sup>58</sup>. Dentro de sus labo-

---

54 De hecho, ha llegado a ser calificado como *alter ego* del rey en la esfera local. Vid. BERNARDO ARES, J. M., «El régimen municipal en la Corona de Castilla», cit., p. 31; GÓMEZ RIVERO, R. *El Ministerio de Justicia en España (1714-1812)*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 1999, p. 333.

55 EMBID IRUJO, A., *Ordenanzas y Reglamentos municipales en el Derecho español*, cit., p. 54; BARÓ PAZOS, J., *Instituciones Históricas de Cantabria*, cit., p. 9.

56 HERAS SANTOS, J. L.; «La organización de la justicia real ordinaria en la Corona de Castilla durante la Edad Moderna», cit., p. 126.

57 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, A., *Alcaldes y regidores. Administración territorial y gobierno municipal en Cantabria durante la Edad Moderna*, cit., p. 16; BARÓ PAZOS, J.; «Las Instituciones administrativas del territorio en la Edad Moderna», cit., p. 184.

58 *Ibidem*, p. 61; GONZÁLEZ ALONSO, B., *Gobernación y gobernadores*, Madrid (Universidad de Madrid-Facultad de Derecho) 1974, p. 151; ROLDÁN VERDEJO, *Los jueces de la monarquía absoluta...*; pp. 166-167.

res se hallaban no sólo asuntos municipales sino también jurisdiccionales, tributarios, de orden público, militares y relacionadas con la política económica y religiosa de la monarquía<sup>59</sup>. En otras palabras, su intervención abarcaba enormes parcelas lo que implícitamente podía incluir los asuntos navales en corregimientos costeros y la cuestión de los montes, ya que ambas materias implicaban consecuencias económicas relevantes en los ámbitos rurales y marineros de los territorios a su cargo<sup>60</sup>; a ello había que añadirle un motivo más pues estos oficiales tenían competencias en materia de guerra<sup>61</sup> y todos los recursos de los que se está haciendo referencia fueron vinculados al fortalecimiento de las armadas. Además, los corregimientos del arco cantábrico, aunque sí compartían con los demás del Reino de Castilla determinadas características, también presentaron sus propias peculiaridades siendo éstas el resultado de poblaciones dispersas o *derramadas* (vocablo empleado con frecuencia en los documentos de la época) a lo largo de enormes extensiones de terrenos montañosos, con escasos vecinos y exiguos patrimonios, subsistiendo únicamente las funciones urbanas en determinados núcleos costeros así como en algunas poblaciones concretas del interior que podían actuar como centros administrativos<sup>62</sup>.

Desde las primeras instrucciones que recibió Cristóbal de Barros para investigar el estado de los montes, navíos y puertos cantábricos ya se advirtió la necesidad por parte de la Monarquía de contar con el auxilio de aquellos cargos, que presidían los regimientos y gozaban de una categoría preeminente al resto de autoridades concejiles<sup>63</sup>, pues le fue expresamente ordenado que:

«Hablareis de nuestra Parte a los corregidores de las dhas partes [Vizcaya y Guipúzcoa] encargandoles lo que toca alas Plantas de los montes y las Juntas que para esto se hizieren os allareis donde les significareis lo que deseamos que esto aya effecto Por lo mucho

59 GONZÁLEZ ALONSO, B., *El Corregidor Castellano (1348-1808)*; Madrid (Instituto de Estudios Administrativos), 1970; pp. 104-110.

60 *Ibidem*; p. 107; ALBI, F.; *El Corregidor en el municipio español bajo la monarquía absoluta*; Madrid (Instituto de Administración Local), 1943; p. 147.

61 GONZÁLEZ GILARRANZ, «La administración de justicia ordinaria en la Edad Moderna en la Corona de Castilla: procedimientos y tipos documentales», cit., p. 486.

62 FORTEA PÉREZ, J. I., «Corregidores y regimientos en la España Atlántica bajo los Austrias», *La apertura de Europa al mundo Atlántico. Espacios de poder, economía marítima y circulación cultural*, Bilbao (Servicio Editorial de la Universidad de País Vasco), 2011, p. 73-76.

63 HERAS SANTOS, J. L.; «La organización de la justicia real ordinaria en la Corona de Castilla durante la Edad Moderna», cit., p. 126.



que ymporta. Si lo que toca a la misma fabrica de las naos os diere lugar lo qual trabajareis para que se haga y effectue. (...)

Lo qual hecho En esas Partes pasareis al PrinciPado de Asturias y rreino de galizia donde dareis al gouernador y corregidor las cartas que Para ellos llevais»<sup>64</sup>.

Tales encuentros se produjeron y a raíz de aquello Felipe II promulgó una provisión para los corregidores del cantábrico más oriental abarcando las Cuatro Villas de la Costa de la Mar, Vizcaya y Guipúzcoa<sup>65</sup>, que establecía la obligación de que tales oficiales visitasen personalmente todos los lugares cercanos a dos leguas de la mar y ríos navegables que estuvieren ubicados dentro de sus corregimientos. Establecía también que, de acuerdo con las justicias locales y regimientos, ordenasen entre los vecinos la plantación de especies arbóreas útiles para la fabricación naval, debiendo registrar cada corregidor en un libro la contabilidad de los plantíos efectuados que a su vez debían remitirle cada una de las justicias, además de establecerse la pena de un real por cada árbol no plantado<sup>66</sup>. No obstante, Barros no logró el auxilio que hubiese deseado<sup>67</sup> y de ello se quejó al Monarca comunicando que «aunque se ha hecho algún efecto no ha sido el que conviene»<sup>68</sup>. Por el contrario, sí nos constan algunas actuaciones en el ámbito estrictamente naval por parte de ciertos corregidores como fue el caso de Fernando Vega, Corregidor de las Cuatro Villas, quien se encargó de remitir al monarca el 15 de abril de 1564

---

64 AGS; G.A.; Leg. 347-15. *Ynstruizion que se dio a Xrobal de Barros sobre lo de los navios*; Madrid, 6 de mayo de 1563.

65 AGS; G.A., Leg. 347, nos. 15 y 16. Instrucción a Cristóbal de Barros sobre lo que ha de hacer en la Provincia de Guipúzcoa, Señorío de Vizcaya, etc. sobre la fabricación de naves, adobo, etc., etc.; AGS, G.A.; Leg. 347-19. Provisión sobre plantíos dirigida a las autoridades locales. Madrid, a 6 de mayo de 1563. El propio Barros afirmó en 1570 «que en Asturias y Galicia no se ha provehido / hasta ahora cosa alguna». *Discurso presentado al Rey (al parecer) por Christoval de Barros...*, fol. 85 vº.

66 *Ibidem*.

67 ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, J. y SESMERO CUTANDA, E., «Informes de Cristóbal de Barros y Esteban de Garibay sobre la construcción naval en la cornisa cantábrica (1569)», cit., p. 703; CASADO SOTO, J. L., *Los barcos españoles del siglo XVI y la Gran Armada de 1588*, Madrid (Instituto de Historia y Cultura Naval / Editorial San Martín), 1988; p. 315. AGI; Indiferente 740; n. 292. Consulta del Consejo de Indias; 23 de octubre de 1584. AMN, Colecc. Guillén Ms. 1294 (fols. 1-2.). *Fernando de la rriba herrera criado de Su m<sup>d</sup>. //copia// de la cedula que su m<sup>d</sup>. le dio para probeedor de las Quatro Villas y p<sup>a</sup>. a lo de los arqueam<sup>os</sup>. por aus<sup>a</sup>. de Xptobal de barros*. 1 de septiembre de 1593.

68 *Discurso presentado al Rey (al parecer) por Christoval de Barros...*, fol. 85 vº.

una valiosa relación de artillería y municiones de diversos calibres junto con un listado pormenorizado de los navíos ya existentes a lo largo de diversos enclaves del litoral cantábrico (Guipúzcoa, Vizcaya y Cuatro Villas), especificando su propietario, porte y características, y que fueran considerados aptos para aprestarse y pasar a ser útiles en favor del real servicio<sup>69</sup>. Igualmente, en otras ocasiones se ordenó por parte de la Corona el auxilio de corregidores para fiscalizar los gastos relativos a la construcción de navíos a fin de evitar malversaciones de los caudales destinados a los astilleros<sup>70</sup>.

Por otro lado, en ocasiones las críticas a la inacción de las localidades a la hora de cumplir los mandatos de la Monarquía no fueron tanto hacia los corregidores sino hacia el resto de cargos pues, como Barros llegó a comunicar al monarca sobre la planificación de los plantíos, «las Justicias huelgan mas de ganar dinero en los poblados que de gastarse en los montes haciendo estos repartimiento»<sup>71</sup>. Dentro del amplio abanico que suponía la existencia de diversas justicias, sobresalía la figura de los alcaldes mayores por ser considerados como auxiliares de las de los corregidores, atribuyéndoseles frecuentemente las mismas facultades. Sus actuaciones siempre estaban subordinadas a éste, debido a que los corregidores eran los únicos capacitados para ejercer atribuciones delegadas por la Corona<sup>72</sup>. En los momentos en los que no había corregidor, el alcalde mayor era quien representaba la máxima autoridad de la justicia, con una serie de competencias bastante similares a las del corregidor, aunque de rango inferior;<sup>73</sup> por lo que también ostentaron

---

69 AMN Nav. XII, dto. 76. *Relacion de los Navios e Marineros que están tomados por orden de S. M. para esta Armada que manda / aprestar que están ciertos para 15 de abril de este año / de 1564, como consta por la haveriguacion echa ante el / Señor Fernando de la Vega, Corregidor por la Magestad / Real, en 4 Villas, en la costa de la Mar por los testi-/monios susodichos, y en Vizcaya y Provincia de Gui-/puzcoa, y otras partes en las qu<tro Villas del dicho Co-/rregimiento, segun los dichos testimonios quedan en po-/der de mi Sevastian Puerta, Escribano que se presen-/taron ante su merced, los quales Navios y gente no les corre sueldo hasta los 15 de Abril primero venidero / de este presente año [1564].*

70 AMN, Vargas Ponce T. 1B, doc. 44. Carta real al corregidor o juez de residencia de Guipúzcoa para pedir la relación de cómo se ha distribuido el socorro concedido para fomentar la construcción de naves; Madrid, 11 de octubre de 1567.

71 *Discurso presentado al Rey (al parecer) por Christoval de Barros...*, fol. 85 vº.

72 GÓMEZ RIVERO, R. *El Ministerio de Justicia en España (1714-1812)*, cit. p. 357.

73 HIJANO PÉREZ, A., *El Pequeño Poder. El municipio en la Corona de Castilla...*, cit., p. 122.

con frecuencia atribuciones en materia forestal y naval. A su vez, los alcaldes ordinarios eran oficiales de naturaleza electiva cuya autoridad resultaba eminente y exclusivamente municipal, ya que no existía en ellos una relación de directa dependencia con la administración del Monarquía. Sus competencias abarcaban tanto tareas gubernativas como judiciales de menor importancia en el ámbito civil o criminal, sin disponer de jurisdicción privativa ya que era acumulativa con la del corregidor<sup>74</sup>. No tenían por qué disponer de conocimientos técnicos, requiriéndoseles tan sólo honradez y que supieran escribir<sup>75</sup>. Resulta importante resaltar que el número de estos Alcaldes podía ser diferente en función de las dimensiones del municipio; incluso, aunque éste fuese pequeño, en ocasiones podía haber más de uno con el fin de evitar problemas suscitados por partidismos dentro de la población. Así pues, no era inhabitual que hubiese más de un alcalde ordinario<sup>76</sup>. Por su parte, los regidores no resultaban un cargo menor que los anteriores, pero al no presidir la institución municipal ni tener habitualmente misiones con el ámbito judicial, habían de situarse en una posición distante de la cabeza del Ayuntamiento. Sin embargo, la relevancia de su cargo resultó verdaderamente importante puesto que sus competencias eran muy diversas y, en la práctica, disfrutaban de un enorme poder, siendo este colectivo muy heterogéneo en función de su número y composición a lo largo de los diferentes municipios cantábricos. Sus funciones solían estar relacionadas con la gestión administrativa de cada población, manteniendo el control de la policía municipal, cobro de contribuciones, abasto de la población, fiscalizando directamente los propios del municipio, etc. En las zonas rurales objeto de este estudio, se encargarían también de las cuestiones relativas al ganado, montes y agricultura; puesto que, como puede inferirse, sus atribuciones están íntimamente ligadas a la economía del municipio<sup>77</sup>.

Precisamente por todo lo expuesto, en 1563 Felipe II estableció que todos estos oficiales podían llegar a incurrir en responsabilidad en caso de actuar con falta de diligencia en un asunto que para la Corona se le antojaba fundamental de cara a su política exterior, debiendo auxiliar en las labores de

---

74 HERAS SANTOS, J. L.; «La organización de la justicia real ordinaria en la Corona de Castilla durante la Edad Moderna», cit., p. 135.

75 *Ibídem*; pp. 134-135.

76 HIJANO PÉREZ, A., *El Pequeño Poder. El municipio en la Corona de Castilla...*, cit., p. 128.

77 *Ibídem*, pp. 133-135.

impulso forestal y naval a los corregidores al ordenar que estos últimos recorriesen sus corregimientos<sup>78</sup>:

«...en persona y veais los dichos / terminos con la justicia ordinaria delos lugares para que os muestren el termino dellos en las partes que esta declarado y habida buena consideracion de la / calidad y cantidad del termino que cada lugar señaleis y Repartais la cantidad de arboles rrobles que pareciere que cada año se deuen / plantar. lo qual assi hecho mandamos a las Justicias ordinarias y regidores de estas Villas [y] lugar[es] haga[n] rrepartimento en particular entre los V<sup>os</sup>. della / los arboles que segund fueren rrepartidos por vos el dho corregidor, ordenando a los tales V<sup>os</sup>. que conforme a la cantidad de termino y tierra / que cada uno tubiere plante los dhos rrobles, y assi mismo en los terminos y tierras concegiles questa Villa o lugar tobiere. V<sup>os</sup> la dha Justicia / hagais plantar a costa de los propios de dcho concejo la cantidad de rrobles que aestos fuere rrepartida de manera que benga a cunplir el numero / de los tales Robles que el corregidor os oviere Repartido. y vos el dho corregidor tomareis por testimonio la cantidad de Robles que a cada lugar / repartieredes y el tal testimonio y rrepartimento poneis en el archivo de las scripturas que cada uno desos corregimientos tiene en el lugar que mas como-/do os pareciere. Para que conste dello, assi a Vos como a los corregidores que adelante fueren, para que assi vos como ellos podais tomar y tomeys / quenta a la dha Justicia hordinaria y regidores de los plantios que oviere hecho conforme a dho repartimiento alqual dicho alcalde / y regidores mandamos que en cada un año enbien a vos el dho corregidor Relacion firmada de los dichos plantios. y es nuestra bolun-/tad que hecho el dho rrepartimiento, las dichas personas Planten segund el repartimiento que a cada uno se hiziere, so pena que al que / No lo hiziere yncurra por cada arbol que dexare de plantar en pena de un rreal y en la misma yncurran el alcalde y regidores que dexaren / De plantar lo que al conçejo se reparieren pagandola de sus propios vienes y no de los del conçejo la tercia parte para el que lo denunciare, y la otra terzia parte».

Sin embargo, el resultado perseguido no fue el logrado habida cuenta de que los alcaldes y regidores «no han hecho / lo que se les ha ordenado como conbiene»<sup>79</sup>. Así lo afirmó el propio Barros quien incluso denunció cómo se había recibido un enorme caudal dinerario para la construcción de naves y así afrontar los préstamos a cuenta adelantados antes por él mismo. Llevó el balance en un libro por orden directa del rey, en el que se plasmaron las operaciones económicas y puso de manifiesto cómo las justicias ordinarias no sólo no colaboraron en su posterior recaudación sino que presentaron «qualquier opusicion» por lo que manifestó que «tengo mucho trabajo con

78 AGS, G.A.; Leg. 347-19. Provisión sobre plantíos dirigida a las autoridades locales. Madrid, a 6 de mayo de 1563. Publicada en su totalidad en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, A. J.; «Fomento naval y gestión forestal en la segunda mitad del siglo XVI...», cit. pp. 758-759.

79 *Discurso presentado al Rey (al parecer) por Christoval de Barros...*, fol. 85 v<sup>o</sup>.

las justicias»<sup>80</sup>. Tales oposiciones no sólo se circunscribieron a la construcción naval sino también al reclutamiento forzoso de sus vecinos para embarcarse en las Armadas<sup>81</sup>, actividad ésta que solían llevar a cabo los corregidores dentro de sus funciones al ser también *capitanes a guerra* y ostentar, por tanto, consustancialmente la profesión militar pero que vaciaba las poblaciones de mano de obra útil para la producción económica, astillera y silvícola<sup>82</sup>. Del mismo modo, en el plano estrictamente naval y teniendo en cuenta la proyección internacional de estas medidas, también quedó puesto de manifiesto cómo estos cargos no debían permitir la venta de ningún tipo de embarcación a extranjeros aunque gozasen de carta de naturaleza. Este veto, que venía quedando consagrado décadas antes mediante Pragmática de los Reyes Católicos promulgada en Granada el 11 de agosto de 1501<sup>83</sup>, no sólo implicaba sanciones a vendedor y adquirente al perder respectivamente el dinero y la nave además de la mitad de sus bienes, sino que también afectaba a las justicias ya que les obligaba a llevar a cabo la ejecución de las penas bajo la amenaza de verse privados de sus oficios.

Para la consecución de todos estos fines los regidores debían apoyarse, a su vez, en los escribanos de los concejos. Éstos desempeñaban un importante papel en el ámbito administrativo y burocrático, consistiendo su misión en registrar todo lo acordado en la corporación municipal, debiendo elaborar libros en donde se asentasen las Ordenanzas de los pueblos, así como todos aquellos documentos que fuesen de importancia para el municipio<sup>84</sup>, por lo que en todas las reuniones de la corporación debían estar presentes, ubicándose en un lugar apartado del resto de los oficiales.<sup>85</sup> Por este motivo y te-

---

80 *Ibídem*, fol. 89 vº.

81 AMN, Vargas Ponce T. I doc. 6 (fol. 6). Recurso de la villa de Azpeitia y diputados de la provincia de Guipúzcoa sobre providencia dictada por el rey para leva de marinería. 1 de enero de 1567.

82 BERNARDO ARES, J. M., «El régimen municipal en la Corona de Castilla», cit., pp. 49-50; MACKAY, Ruth; *Los límites de la autoridad real. Resistencia y obediencia en la Castilla del siglo XVII*, Salamanca (Junta de Castilla y León), 2007; p. 115.

83 «Que ninguno sea osado de vender navio ni carauela ni galea ni otra fusta alguna a extranjero aunque tenga carta de naturaleza: sin carta de licencia de sus altezas firmada de sus nombres so ciertas penas»; *Libro de las Bulas y Pragmáticas de los Reyes Católicos* (vol. II, edición facsímil), Madrid (Instituto de España), 1973; pp. 300 vº-302 rº.

84 RODRÍGUEZ MOLINA, J.; *El Personero: portavoz y defensor de la comunidad ciudadana*, Jaén (Diputación Provincial de Jaén), 2003, p. 223.

85 HIJANO PÉREZ, A., *El Pequeño Poder. El municipio en la Corona de Castilla...*, cit., pp. 137-138.

niendo en cuenta la imperiosa necesidad de Felipe II por acaparar el mayor número de unidades navales, les correspondió desarrollar un procedimiento registral destinado a evitar ventas fraudulentas de barcos y, así, fueron obligados a disponer de libros de registros en los que asentasen cada uno de los navíos reflejando el tracto sucesivo de sus diversas enajenaciones constando aquellos vecinos que los adquiriesen de un propietario a otro y también recogiesen la identidad de cada vendedor, su precio y tonelaje; además de efectuar inspecciones anuales de aquellos barcos que estuvieren registrados en sus respectivos municipios. Sin embargo, la inacción de estos poderes locales también fue puesta de manifiesto por Cristóbal de Barros quien, consciente de que durante los primeros años habían sido inexistentes tales labores registrales, comunicó a la Corona aquella desidia en los siguientes términos<sup>86</sup>:

«Estas diligencias nunca hicieron las Justicias, ni hubo estos / libros, ni se tomo la cuenta y razon que convenia dende el año / de 63 que lo mandò V. Mag. hasta el 68, por lo cual en la / sobre carta de la nueva Orden me mandò V.M. que Yo hiciese / tener Libros, y nombrase Escribanos ante quien pasasen los regis-/tros, y tomase en cada un año la cuenta y razon de los Navios / registrados como lo habían hacer las Justicias, y se me diò bastan-/te comision para ello, y para castigar à los que no registrase, y / vendiesen Naos à Extranjeros destos Reynos. Esto he hecho y cum-/plido ansì, sin que haya Nao ni Navio que no este escrito y re-/gistrado, y de que no se tome cuenta en cada un año, y se avise / à V. Mag. de su fin y paradero, y à donde, y à que Personas / se vendiò, y de las Naos, y Navios que quedan en pie».

En consecuencia, toda esta falta de colaboración por parte de los diversos cargos municipales que fue denunciada por Cristóbal de Barros en 1570 desencadenó su petición personal a la Corona a fin de crear una nueva figura independiente de las jurisdicciones locales con forma de:

«Comisario / General y Superintendente como se hizo pa-/ra levantar gente de las Marinas y Sierras del Reyno de Granada, el qual pueda / tomar cuenta à los suso dichos de como cumplen la dicha Pro-/vision, y ordenarles que repartan mas numero de Plantios en la / parte que pareciere han repartido pocos, y que les ordene y haga guar-/dar lo que en esto convenga, y que avise à V. Mag. de lo que / cumplen los dichos Corregidores, y dejan de cumplir para que V.M. / embie Executar que les execute en la cantidad de dineros que / à V. Mag. parezca»<sup>87</sup>.

---

86 *Discurso presentado al Rey (al parecer) por Christoval de Barros...*, fol. 103 r<sup>o</sup>.

87 *Ibíd.*; fol. 85 v<sup>o</sup>.

Esta petición desencadenaría cuatro años más tarde el nombramiento de aquel como

Esta solicitud supuso un salto cualitativo por cuanto se trató de requerir un acto de regalía destinado a conceder una nueva justicia delegada por parte del monarca en materia forestal y naval con atribuciones específicas en favor de Barros que quedasen sustraídas del hasta entonces tradicional ámbito competencial de las justicias municipales<sup>88</sup>. Es decir, poder disponer de una primera instancia jurisdiccional sobre todo lo concerniente al fomento naval y silvícola, debiendo plegarse los oficiales municipales a su cargo. Cuatro años más tarde resultó atendida esta petición recayendo sobre la figura del propio Barros la primera Superintendencia de Montes y Plantíos, institución que se extendió cronológicamente hasta 1748, si bien esa ya es otra historia<sup>89</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Como se ha pretendido poner de manifiesto, una vez Felipe II accedió al trono a comienzos de la década de los años sesenta del siglo XVI, los primeros ensayos por parte de la Monarquía Hispánica por implicar a las instituciones locales y sus oficiales en todo un programa de construcción naval no obtuvieron los resultados deseados. Los intentos pasaron por concienciar a las diversas localidades sobre la necesidad de potenciar las Armadas para hacer frente a las amenazas exteriores de potencias extranjeras y para ello fueron convocadas, desde 1563, las distintas comunidades locales del arco cantábrico así como sus vecinos relevantes y justicias ordinarias, junto con los corregidores sites en cada jurisdicción, intentando desde aquel momento salvar las dificultades que emanaban de la heterogeneidad y el fraccionamiento de las múltiples entidades territoriales y jurisdicciones existentes en la conocida como España Atlántica<sup>90</sup>.

Sin embargo, el poder central de la Corona, canalizado en aquellos territorios cantábricos a través de una suerte de jurisdicción delegada desde aquel mismo año en Cristóbal de Barros, se diluyó de facto en aquella atomización administrativa propiciada por la inexistencia de una estructura jerárquica-

---

Superintendente de Montes y Plantíos. MARTINEZ GONZÁLEZ, A. J. *Las Superintendencias de Montes y Plantíos (1574-1748)*..., cit., pp. 57-58.

88 HERAS SANTOS, J. L.; «La organización de la justicia real ordinaria en la Corona de Castilla durante la Edad Moderna», cit., p. 106.

89 Sobre ella vid. MARTINEZ GONZÁLEZ, A. J. *Las Superintendencias de Montes y Plantíos (1574-1748)*..., cit.

90 FORTEA PÉREZ, J. I., «Corregidores y regimientos en la España Atlántica bajo los Austrias», cit., p. 69.

mente ordenada de organismos municipales frente a los que resultaba ciertamente complejo poder desplegar medidas de manera homogénea. En este contexto local, forestal y marineró, tampoco coadyuvaron en las labores silvícolas y navales los vecindarios que componían las bases humanas de las regiones septentrionales peninsulares, más preocupados por mantener su *modus vivendi* cotidiano (que venía influenciado por las manifiestas condiciones de pobreza en las que se hallaban inmersos) que por colmar los requerimientos de unas materias primas para una construcción naval que no les beneficiaba directamente sino que se encaminaba a contiendas exteriores que se les antojaban lejanas. En definitiva, se trató de una pugna estéril por los recursos naturales entre los delegados regioes y los gobiernos locales que, ante lo desastroso de los resultados, propició años más tarde la creación de una nueva jurisdicción, la de la Superintendencia de Montes y Plantíos. Institución ésta que, aunque ya se aleja del lapso cronológico de este estudio, mantuvo su plena vigencia hasta la llegada de los Borbones. Pero, como anteriormente aseveramos, esa ya fue otra historia.

## V. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA.

### Fuentes de archivo:

Archivo General de Indias (AGI); Indiferente 740; n. 292. Consulta del Consejo de Indias; 23 de octubre de 1584.

Archivo General de Simancas (AGS):

AGS; G.A.; Leg. 403-97. *Tanto de la orden que dio Xptobal de Barros para los plantíos de rrobres y fresnos. Santillana 25 de octubre de 1575.*

AGS; G.A.; Leg. 347-15 y 16. *Ynstruizion que se dio a Xrobal de Barros sobre lo de los navios; Madrid, 6 de mayo de 1563.*

AGS, G.A.; Leg. 347-19. *Provisión sobre plantíos dirigida a las autoridades locales. Madrid, a 6 de mayo de 1563.*

AGS; G.A., Leg. 347-25. *Tanto de una Prouis<sup>on</sup>. que su mag<sup>d</sup>. dio Para el corregidor delas quatro Villas de la costa dela y marquesado de santillana sobre El Plantar Robles y conserbaçion dellos y de los montes t del mismo tenor son las del prençiPado de asturias señorio de Vizcaya Probinçia de guipuzcoa. Madrid, 7 de diciembre de 1564.*

ASG; Leg. GA 347/57. *Real Cédula de Felipe II (Tanto del titulo de xptobal de Varros. Para los Plantíos de rrobres su besita y de montes y dehesas). Madrid, 7 de septiembre de 1574.*

AGS; G.A., Leg. 82-220. *La Instruc<sup>on</sup>. que se dio a Xptobal de Barros encargandole la execuçion delo que se hordena en lo tocante a los plantíos. 5 de agosto de 1577.*



AGS; G.A.; Leg. 82-223. *La Instruc<sup>on</sup>. para q El Regente y alcaldes mayores de galicia rremitan a Xptobal de Barros las causas que tocan a lo de los plantios y adelante no se entrometan en neg<sup>os</sup>. tocantes a los delos plantios.* 5 de agosto de 1577.

Archivo Histórico Nacional (AHN) Consejos 15651.

Archivo del Museo Naval (AMN):

AMH, Nav. XXII dto. 28. *Discurso presentado al Rey (al parecer) por Christoval de Barros, sobre el importante objeto de que hubiese Navios útiles para la guerra, ttrato y comercio, y aumento è industria dela gente mareante; proponiendo varios medios para fabricarlos en los Astilleros del Senorio de Vizcaya, Provincia de Guipuzcoa; y quatro Villas de la Costa de la Mar, y para su Conserua<sup>on</sup>. y fomento.*

AMN, Colecc. Guillén Ms. 1294 (fols. 1-2.). *Fernando de la rriba herrera criado de Su m<sup>d</sup>. copia de la cedula que su m<sup>d</sup>. le dio para probeedor de las Quatro Villas y p<sup>a</sup>. a lo de los arqueam<sup>os</sup>. por aus<sup>a</sup>. de Xptobal de barros.* 1 de septiembre de 1593.

AMN Nav. XII, dto. 76. *Relacion de los Navios e Marineros que están tomados por orden de S. M. para esta Armada que manda aprestar que están ciertos para 15 de abril de este año de 1564, como consta por la haveriguacion echa ante el Señor Fernando de la Vega, Corregidor por la Magestad Real, en 4 Villas, en la costa de la Mar por los testimonios susodichos, y en Vizcaya y Provincia de Guipuzcoa, y otras partes en las quatro Villas del dicho Corregimiento, segun los dichos testimonios quedan en poder de mi Sevastian Puerta, Escribano que se presentaron ante su merced, los quales Navios y gente no les corre sueldo hasta los 15 de Abril primero venidero de este presente año [1564].*

AMN, Vargas Ponce T. 1B, doc. 44. *Carta real al corregidor o juez de residencia de Guipúzcoa para pedir la relación de cómo se ha distribuido el socorro concedido para fomentar la construcción de naves; Madrid, 11 de octubre de 1567.*

AMN, Vargas Ponce T. I doc. 6 (fol. 6). *Recurso de la villa de Azpeitia y diputados de la provincia de Guipúzcoa sobre providencia dictada por el rey para leva de marinería.* 1 de enero de 1567.

### **Bibliografía:**

ALBI, F.; *El Corregidor en el municipio español bajo la monarquía absoluta*; Madrid (Instituto de Administración Local), 1943.

ARTOLA, M., Prólogo de la obra de HIJANO PÉREZ, A., *El Pequeño Poder. El municipio en la Corona de Castilla: siglos XV al XIX*, Madrid (Fundamentos), 1992.

BARÓ PAZOS, J., *Derecho y Administración en Liébana. Época Moderna*, Santander (Diputación Regional de Cantabria y Universidad de Cantabria), 1992.

BARÓ PAZOS, J.; *Instituciones Históricas de Cantabria*; Santander (Universidad de Cantabria, Asamblea Regional de Cantabria), 1994.

BARÓ PAZOS, J.; «Las Instituciones administrativas del territorio en la Edad Moderna»,

- Cantabria. Historia e Instituciones*, Santander (Universidad de Cantabria y Parlamento de Cantabria), 2002.
- BARÓ PAZOS, J. Y PEREDA HERRERA, M.; «El régimen consuetudinario y las instituciones jurídicas tradicionales en la Cantabria histórica», *Cuestiones varias sobre la costumbre jurídica en el Norte Peninsular*, Oviedo (Universidad de Oviedo), 2010.
- BARÓ PAZOS, J., «La conflictividad de la Villa de Castro Urdiales en su Libro de Ordenanzas (1519-1572)», *Homenaje a José Antonio Escudero* (Tomo II), Madrid (Editorial Complutense), 2012.
- BARÓ PAZOS, J. Y SERNA VALLEJO, M., «La organización del Regimiento de la Villa de Santander en la Época Moderna», *Estudios dedicados a la Memoria del Profesor L.M. Díez de Salazar (Vol. I)*, Bilbao (Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco), 1992.
- BERNARDO ARES, J. M., «El régimen municipal en la Corona de Castilla», *Studia Historica. Historia Moderna* nº 15, Salamanca (Universidad de Salamanca), 1996.
- CASADO SOTO, J. L., *Los barcos españoles del siglo XVI y la Gran Armada de 1588*, Madrid (Instituto de Historia y Cultura naval / Editorial San Martín), 1988.
- FORTEA PÉREZ, J. I., «Corregidores y regimientos en la España Atlántica bajo los Austrias», *La apertura de Europa al mundo Atlántico. Espacios de poder, economía marítima y circulación cultural*, Bilbao (Servicio Editorial de la Universidad de País Vasco), 2011.
- FRIERA ÁLVAREZ, M.; «Los poderes locales y el poder provincial en Asturias», *Las ciudades españolas en la Edad Moderna: oligarquías urbanas y gobierno municipal*, Oviedo (KRK ediciones), 2014.
- GÓMEZ RIVERO, R. *El Ministerio de Justicia en España (1714-1812)*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1999.
- GONZÁLEZ ALONSO, B., *El Corregidor Castellano (1348-1808)*, Madrid (Instituto de Estudios Administrativos), 1970.
- GONZÁLEZ ALONSO, B., *Gobernación y gobernadores*, Madrid (Universidad de Madrid-Facultad de Derecho), 1974.
- GONZÁLEZ GILARRANZ, M. M., «La administración de justicia ordinaria en la Edad Moderna en la Corona de Castilla: procedimientos y tipos documentales», *La investigación y las fuentes documentales de los archivos*, Guadalajara (Cuadernos de Archivos y Bibliotecas de Castilla-La Mancha) nº 3, 1996.
- EMBID IRUJO, A., *Ordenanzas y Reglamentos municipales en el Derecho español*, Madrid (Instituto de Estudios de Administración Local), 1978.
- ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, J. y SESMERO CUTANDA, E., «Informes de Cristóbal de Barros y Esteban de Garibay sobre la construcción naval en la cornisa cantábrica (1569)», *Itsas memoria. Revista de Estudios Marítimos del País Vasco*, nº 3, Donostia-San Sebastián (Untzi Museoa-Museo Naval), 2000.
- HERAS SANTOS, J. L., «La organización de la justicia real ordinaria en la Corona de Castilla durante la Edad Moderna», *Estudis: revista de Historia Moderna* nº 22, Valencia (Universitat de València), 1996.

- HIJANO PÉREZ, A., *El Pequeño Poder. El municipio en la Corona de Castilla: siglos XV al XIX*, Madrid (Fundamentos), 1992.
- LARRAMENDI, M. de, *Corografía ó descripción general de la muy noble y muy leal provincia de Guipúzcoa*, Barcelona (Imprenta de la Viuda é Hijos de J. Subirana), 1882.
- MANTECÓN MOVELLÁN; T. A., *Conflictividad y disciplinamiento social en la Cantabria del Antiguo Régimen*, Santander (Universidad de Cantabria-Fundación Marcelino Botín), 1997.
- MANUEL VALDÉS, C. M., «Características y transformaciones de la gestión forestal en España (siglos XVI-XIX)», *Los Montes y su Historia. Una perspectiva política, económica y social*, Huelva (Universidad de Huelva), 1999.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, A. J.; «Fomento naval y gestión forestal en la segunda mitad del siglo XVI: documentos para una historia jurídica, institucional y social en el arco cantábrico», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 2016.
- MARTINEZ GONZÁLEZ, A. J. *Las Superintendencias de Montes y Plantíos (1574-1748). Derecho y política forestal para las Armadas en la Edad Moderna*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.
- MARTINEZ GONZÁLEZ, A. J., «Régimen polisinodial y clientelismo en la génesis de la política forestal y naval de Felipe II», *Árvores, barcos e homens na Península Ibérica (Séculos XVI-XVIII)*, Lisboa (Instituto de Arqueologia e Paleociências da Universidade Nova de Lisboa), 2017.
- NIETO, A., *Bienes Comunales*, Madrid (Editorial Revista de Derecho Privado), 1964.
- PAZZIS PI CORRALES, M., *Felipe II y la lucha por el dominio del mar*, Madrid (Editorial San Martín), 1989.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, A., *Alcaldes y regidores. Administración territorial y gobierno municipal en Cantabria durante la Edad Moderna*, Santander (Institución Cultural de Cantabria & Ediciones Librería Estudio), 1986.
- RODRÍGUEZ MOLINA, J.; *El Personero: portavoz y defensor de la comunidad ciudadana*, Jaén (Diputación Provincial de Jaén), 2003.
- ROLDÁN VERDEJO, R., *Los jueces de la monarquía absoluta*, La Laguna (Universidad de la Laguna), 1989.



# ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA NO PORTUGAL FILIPINO: A “REFORMAÇÃO DA JUSTIÇA” DE FILIPE I DE PORTUGAL (1582)

Jorge Veiga Testos<sup>1</sup>

**Resumo:** O início do reinado de Filipe I de Portugal é marcado por uma forte preocupação com os assuntos da justiça. Por sua ordem é instituída uma comissão destinada à reforma da justiça, cujos trabalhos se traduzem na aprovação, em 1582, de um conjunto de leis e ordenações de onde se destaca a «*reformação da Justiça*». Este pacote legislativo, que integra novos regimentos dados aos tribunais superiores, altera o panorama processual e orgânico das justiças superiores do reino. A «*reformação da justiça*» seria posteriormente incorporada na nova compilação ordenada pelo mesmo monarca, as *Ordenações Filipinas*, aprovadas em 1595 e publicadas em 1603.

**Palavras-chave:** Filipe I de Portugal; Filipe II de Espanha; tribunais superiores; administração da justiça.

**Abstract:** A strong concern with the affairs of justice characterizes the beginning of the reign of Philip I of Portugal. A commission for a judicial reform is created on his behalf, resulting in the approval of a set of laws and ordinances including the so called «*reformation of Justice*» (1582). This legislative package, which includes new regiments given to the higher courts, will change the procedural and organic outlook of the kingdom’s superior justices. The «*reformation of justice*» would later be incorporated into the new compilation ordered by the same monarch, the *Ordenações Filipinas*, approved in 1595 and published in 1603.

**Keywords:** Philip I of Portugal; Philip II of Spain; high courts; administration of justice.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. A «REFORMAÇÃO DA JUSTIÇA» DE FILIPE I DE PORTUGAL; 1. Antecedentes: da crise sucessória à entrada de Filipe II de Espanha em Portugal; 2. A preparação da reforma da justiça; 3. A «*Reformação da Justiça*»; A. Reforma da organização judiciária; B. Reforma dos ofícios; C. Reforma processual; D. Reforma criminal; III. CONSIDERAÇÕES FINAIS; IV. BIBLIOGRAFIA E FONTES.

---

<sup>1</sup> Assistente convidado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação em Teoria e História do Direito da Universidade de Lisboa. E-mail: jorgetestos@fd.ulisboa.pt.

## I. INTRODUÇÃO

A colecção do Museu do Prado alberga um retrato de finais do séc. XVI, cópia anónima de um original de El Greco, cujo retratado –que traja de negro, com gola branca apertada– parece dirigir o seu olhar escrutinador e intenso ao espectador<sup>2</sup>. Trata-se de Rodrigo Vázquez de Arce (1526-1599), notável jurista do reinado de Filipe II de Espanha e I de Portugal (1527-1598) e, como notou Schwartz<sup>3</sup>, o grande arquitecto da reforma da justiça dos Habsburgos em Portugal.

Vázquez desempenhou um papel de destaque numa reforma da organização judiciária e da administração da justiça que contou com vários outros protagonistas, portugueses e espanhóis. De facto, não se trata de uma reforma-monólogo, ditada por uma única voz, mas sim do resultado de um intenso diálogo epistolar a várias vozes, dirigido de forma activa e empenhada por Filipe e com resultados duradouros.

É essa reforma, centrada na Lei da «*reformaçam da justiça*», de 27 de Julho de 1582, que procuraremos caracterizar em traços gerais.

## II. A «REFORMAÇAM DA JUSTIÇA» DE FILIPE I DE PORTUGAL

### 1. Antecedentes: da crise sucessória à entrada de Filipe II de Espanha em Portugal

Os contornos da crise sucessória portuguesa, provocada pelo desastre de Alcácer Quibir (4 de Agosto de 1578) e morte do rei D. Sebastião (1557-1578), de 21 anos, são bem conhecidos<sup>4</sup>. A 28 de Agosto de 1578, o cardeal D. Hen-

---

2 Disponível em <<https://www.museodelprado.es/coleccion/obra-de-arte/retrato-de-don-rodrigo-vazquez-de-arce/bb946296-ed55-4107-bef4-2e442bd44c98>> [Consultado em 01/02/2018].

3 SCHWARTZ, S., *Sovereignty and Society in Colonial Brazil - the High Court of Bahia and its Judges, 1609-1751*, Berkeley (University of California Press), 1973, p. 48.

4 Vid. VELAZQUEZ, I., *La entrada que en el Reino de Portugal hizo la S. C. R. M. de Don Philippe invictissimo Rey de las Españas segundo deste nombre, primero de Portugal, assi con su Real presencia como con el exercito de su felice campo*, [Lisboa] (por Manuel de Lira), 1583; HERRERA Y TORDESILLAS, A., *Historia de Portugal y conquista de las Islas de los Açores en los años 1582 y 1583*, Madrid (em casa de Pedro Madrigal), 1591; SOARES, P. R., *Memorial de Pedro Roiz Soares*, Coimbra (Universidade de Coimbra), 1953, pp. 102 e ss.; RUBIO, J., *Felipe II de España, Rey de Portugal*, Madrid (Cultura

rique (1512-1580), de 66 anos, filho do rei D. Manuel (1469-1521) e tio-avô do jovem rei desaparecido, é aclamado rei no Hospital de Todos-os-Santos em Lisboa. Entre os cativos de Alcácer Quibir encontra-se o embaixador espanhol em Portugal, D. Juan da Silva (1528-1601), futuro conde de Portalegre<sup>5</sup>. Ao receber notícias do desastre marroquino, Filipe II de Espanha envia de imediato a Lisboa o português Cristóvão de Moura (1538-1613)<sup>6</sup>. Embora

---

Española), 1939; VELOSO, J. Q., *A Perda da Independência, vol. I, o Reinado do Cardeal D. Henrique*, Lisboa (Empresa Nacional de Publicidade), 1946; BOUZA ÁLVAREZ, F., *Portugal en la Monarquía Hispánica (1580-1640): Felipe II, las Cortes de Tomar y la génesis del Portugal Católico*, Madrid (Universidade Complutense de Madrid, Facultad de Geografía e História), 1987; MARTÍNEZ MILLÁN, J., CARLOS MORALES, C. (ed.), *Felipe II, 1527-1598: la configuración de la monarquía hispana*, Valladolid (Junta de Castilla y León), 1998; SERRÃO, J. V., *História de Portugal [1495-1580]*, Lisboa (Verbo), 2001, pp. 79 e ss; POLÓNIA, A., *D. Henrique*, Lisboa (Círculo de Leitores), 2005, pp. 204 e ss.

5 D. Juan da Silva nasceu em Toledo em 1528, filho do espanhol D. Manrique da Silva, Mestre-sala da imperatriz Isabel de Portugal (1503-1539) e de seu filho Filipe II, e da portuguesa D. Beatriz da Silveira, uma das dez damas que a imperatriz levava consigo para Espanha, formando o núcleo da sua casa. Com experiência militar, serviu como embaixador espanhol junto de D. Sebastião desde Dezembro de 1576. Acompanhara o jovem monarca português ao Mosteiro de Nossa Senhora de Guadalupe no Natal de 1577, no encontro entre D. Sebastião e seu primo Filipe, e a Alcácer Quibir, onde foi ferido (de uma bala no braço esquerdo) e capturado, sendo resgatado por Filipe. Casado em 1577 com a herdeira da Casa de Portalegre, tornou-se conde de Portalegre e mordomo-mor de Portugal com a morte do avô de sua mulher Álvaro da Silva em 1580. Após a partida do arquiduque Alberto, vice-rei de Portugal, D. Juan da Silva seria membro do Conselho de Governadores que governou Portugal entre 1593 e 1600, falecendo em 1601. Vid. BOUZA ÁLVAREZ, F., «Corte es decepción: Don Juan de Silva, Conde de Portalegre» in MARTÍNEZ MILLÁN, J (ed.), *La corte de Felipe II*, 1994, pp. 451-502.

6 Cristóvão de Moura nasceu em Lisboa em 1538, filho de Luís de Moura, alcaide-mor de Castelo Rodrigo e estribeiro-mor do infante D. Duarte, e D. Brites de Távora. Sobrinho materno de Lourenço Pires de Távora, embaixador de D. João III, em 1552 entrou ao serviço da casa da princesa D. Joana (1536-1573), irmã de Filipe e mãe de D. Sebastião, estabelecendo-se em Espanha em Janeiro de 1554 quando a princesa regressa, a pedido de seu pai Carlos V, para assumir o cargo de regente do reino (face à ausência do pai e do irmão, em viagem pelos Países Baixos e Inglaterra). Protegido da princesa e do valido português de Filipe, Rui Gomes da Silva (1516-1573), Cristóvão de Moura entra ao serviço do príncipe D. Carlos (1545-1568), filho de Filipe, como gentil-homem de boca, até à sua morte em 1568. Em 1571 é feito estribeiro-mor da Princesa D. Joana. É ao serviço de D. Joana e de D. Carlos que visita por duas vezes D. Sebastião em Portugal. Após a morte de D. Joana em 1573 e por sua recomendação, entra ao serviço de Filipe nas questões relacionadas com Portugal. Conquista a confiança do rei, acompanhando-o, como intérprete, no

Moura se tenha apresentado oficialmente na corte portuguesa para oferecer as condolências pela morte do jovem rei e apoio para a libertação dos prisioneiros em África, a sua principal missão –bem sucedida– foi seduzir a elite portuguesa na promoção dos direitos sucessórios de Filipe. D. Juan da Silva e Cristóvão de Moura são os cortesãos mais conhecedores da realidade portuguesa, representando o resultado da aproximação convergente que se vinha estabelecendo entre as cortes de Lisboa e Madrid<sup>7</sup>.

Nesta fase, a aposta de Filipe é a conquista do reino por via da negociação e, para esse efeito, enviará várias missões diplomáticas a Portugal. Quando, a 7 de Janeiro de 1579, D. Henrique convoca cortes para o mês de Março em Lisboa, Filipe não tem ainda embaixador em Lisboa, sendo apenas representado por Cristóvão de Moura. Só a 19 de Fevereiro de 1579 chegará a Lisboa Pedro Téllez-Girón (1537-1590), duque de Osuna<sup>8</sup>, enviado por Filipe como seu embaixador extraordinário<sup>9</sup>. Entretanto, por carta datada de 11 de Fevereiro de 1579 e notificada a Filipe a 17 de Fevereiro, D. Henrique notifica o sobrinho, na qualidade de pretendente ao trono português, para, no prazo de dois meses, alegar o seu direito à coroa de Portugal<sup>10</sup>. A 24 de Fevereiro de 1579, Filipe convoca uma junta política, integrada por vários letrados, para tratar da sua pretensão à coroa portuguesa<sup>11</sup>.

---

encontro entre Filipe e D. Sebastião em Guadalupe ocorrido no Natal de 1577, tendo antes sido enviado a Portugal para os preparativos do encontro. Moura serviu vários officios no Portugal filipino: Vedor da Fazenda (1582), membro do Conselho de Portugal (1583) e Vice-rei de Portugal (1600-1603, 1608-1612). Feito conde (1594) e depois marquês (1598) de Castelo Rodrigo, morreu em Madrid em 1613. Vid. DANVILA, A., *D. Cristobal de Moura, Primer Marqués de Castel Rodrigo (1538-1613)*, Madrid (Academia de la Historia), 1900; MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, S., «D. Cristóvão de Moura e a Casa dos Marqueses de Castelo Rodrigo: proposta de investigação e linhas de análise sobre a figura do grande privado de D. Filipe I» in MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, S. (ed.), *Governo, Política e representações do poder no Portugal Habsburgo e nos seus territórios ultramarinos (1581-1640)*, 2011, pp. 69-96.

7 BOUZA ÁLVAREZ, F., *D. Filipe I*, Lisboa (Círculo de Leitores), 2005, pp. 25-27.

8 Osuna tinha importantes ligações à nobreza portuguesa, uma vez que era irmão de D. Madalena Téllez-Girón, casada com D. Jorge de Lencastre (1558-1578), 2.º duque de Aveiro, falecido em Alcácer Quibir.

9 *Colección de documentos inéditos para la historia de España*, tomo VI, Madrid (Imprensa de la viúda de Calero), 1845, pp. 176-177.

10 *Colección de documentos inéditos para la historia de España*, cit., pp. 125-128.

11 Composta pelo Cardeal Arcebispo de Toledo, pelo confessor Frei Diego de Chaves e Frei Hernando del Castillo, por Antonio Mouriño de Pazos, Presidente do Conselho Real



A 11 de Março de 1579<sup>12</sup>, Filipe envia o licenciado Juan Guardiola<sup>13</sup>, fiscal do Conselho da Fazenda (e que integrara a Junta convocada em Fevereiro de 1579), para apoiar Osuna e Moura nas negociações da sucessão do reino e, concretamente, redigir um memorial que alicerçasse os fundamentos jurídicos da sua aspiração ao trono português. Ainda no mês de Março de 1579, Filipe começa a preparar uma nova embaixada de juristas a enviar a Lisboa, composta pelo licenciado Rodrigo Vázquez de Arce (1526-1599)<sup>14</sup> e pelo doutor Luis de Molina (c.1520-1580)<sup>15</sup>, ambos do Conselho de Castela, “*personas*

---

de Castela e por Antonio de Padilla, Presidente do Conselho das Ordens, pelos Marqueses de Aguilar e de Almazán e pelos letrados Luis de Molina, Francisco Hernández de Liébana, Juan Díaz de Fuenmayor, Rodrigo Vázquez de Arce, Juan Tomás e Juan Guardiola, aos quais se juntaria D. Juan da Silva, que, regressado de África, pretendia reocupar o seu posto. Vid. BUCETA, E., «Relación de la junta convocada por Felipe II el 24 de febrero de 1579 para tratar de su pretensión a la corona de Portugal» in *Boletín de la Real Academia de la Historia*, tomo 98, cuaderno II, 1931, pp. 655-664.

12 *Colección de documentos inéditos para la historia de España*, cit., pp. 233-234 (carta de Filipe II ao Duque de Osuna, 13 de Março de 1579).

13 Nomeado fiscal do Conselho da Contadoria Maior da Fazenda em 1578, ingressando no Conselho Real de Castela em Dezembro de 1580. Em 1587 é nomeado para a Câmara de Castela. Vid. EZQUERRA REVILLA, I., *Justicia y gobierno en el siglo XVI: el Consejo Real de Castilla durante el reinado de Felipe II (1556-1598)*, Madrid (Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Filosofía y Letras), 1999, pp. 519-522.

14 Rodrigo Vázquez de Arce nasceu em Sevilha em 1526, no seio de uma família de juristas: o pai, Martín Vázquez Dávila, foi ouvidor nas chancelarias de Granada e Valladolid e membro do Conselho Real (1524-1534); o tio materno, Francisco de Menchaca, foi também ouvidor em Valladolid e membro do Conselho Real e da Câmara durante 20 anos (1551-1571); o irmão Juan Vázquez de Arce foi também ouvidor em Valladolid, membro do Conselho das Índias desde 1554; o irmão Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569), mestre da escola espanhola de direito internacional, foi também ouvidor de Valladolid e da Contadoria-Mor da Fazenda. Formou-se em Valladolid (1548-1556), obtendo logo depois o ofício de ouvidor na Chancelaria de Granada (1556). Em 1570 abandonou Granada para ocupar um lugar no Conselho Real de Castela em Madrid. Acompanhou Filipe durante a sua estadia em Portugal e como recompensa pelos seus serviços foi nomeado Presidente do Conselho da Fazenda (1584) e Presidente do Conselho de Castela (1592). Destituído e banido da corte após a morte de Filipe II, morre no seu senhorio de El Carpio (a sul de Valladolid) em 1599. V. EZQUERRA REVILLA, I., «La distribución de la gracia durante la anexión de Portugal: Rodrigo Vázquez de Arce (1578-1583)» in FERNÁNDEZ ALBALADEJO, P., PINTO CRESPO, V., MARTÍNEZ MILLÁN, J. (ed.), *Política, Religión e Inquisición en la España Moderna*, Madrid, 1996, pp. 267-286.

15 Contemporâneo e muitas vezes confundido com o jesuíta seu homónimo, professor

*muy insignes y singulares en la dotrina legal*<sup>16</sup>. Os dois juristas haviam estado igualmente presentes na junta política de Portugal criada em Fevereiro e tinham sido já encarregados de estudar as razões de outros pretendentes ao trono português<sup>17</sup>. Vázquez e Molina recebem uma relação sumária do que hão-de trazer em comissão, datada de 15 de Abril de 1579: chegando a Lisboa, devem pedir uma audiência ao rei para o informar da justiça que tem Filipe à sucessão do reino<sup>18</sup>.

As Cortes de Lisboa iniciam-se a 31 de Março de 1579 nos Paços da Ribeira, prolongando-se até ao fim de Junho. Em Abril de 1579, Filipe pede a Moura que venha a Madrid com urgência para o informar pessoalmente dos negócios de Portugal, enviando-o no mês seguinte de volta a Lisboa como seu embaixador ordinário junto de D. Henrique. Em 28 de Maio de 1579 Filipe escreve uma carta a D. Henrique a anunciar a embaixada de letrados composta por Vázquez e Molina, «*para que juntamente com el Duque de Osuna y D. Cristoval de Mora mi embajador representen a V.M. las razones por donde le constará tan claramente de mi derecho, que tengo por cierto no le quedará ninguna dubda (...)*»<sup>19</sup>.

Moura chega a Lisboa a 30 de Maio e logo dá conta a Filipe de que as cortes estão a terminar, tendo sido determinada a nomeação de quinze pessoas, de entre as quais o cardeal-rei deveria escolher cinco, que formariam uma junta de governadores do reino em caso de morte de D. Henrique; da mesma maneira seriam nomeados juizes que julgassem, por morte do rei, a causa da

---

de Teologia em Évora, Luis de Molina formou-se em Sevilha (1547), servindo na Contadoria-Mor da Fazenda desde 1562. Em 1572 passou a integrar o Conselho Real de Castela. Coube a Molina elaborar uma *allegatio* em defesa dos direitos sucessórios de Filipe a Portugal (impresa em Madrid em 1579). V. EZQUERRA REVILLA, I., *Justicia y gobierno en el siglo XVI: el Consejo Real de Castilla durante el reinado de Felipe II (1556-1598)*, cit., pp. 478-479; BARRIENTOS GRANDON, J., «Luis de Molina y Morales (c. 1520-1581) y el “Código Civil de Chile”», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 39, 2012, pp. 535-543.

16 HERRERA Y TORDESILLAS, A., *Historia de Portugal y conquista de las Islas de los Açores en los años 1582 y 1583*, cit., f. 33.

17 Em carta enviada a Moura, Filipe previa que os dois juristas chegassem a Lisboa na Páscoa e dava conta que estes já tinham começado a estudar as razões de D. Catarina de Bragança e do Duque de Parma e “*les ha parecido que todas son bien flacas*” (carta de Filipe a Moura, 26 de Março de 1579, *Colección de documentos inéditos para la historia de España*, cit., pp. 290-291).

18 *Colección de documentos inéditos para la historia de España*, cit., p. 351.

19 *Colección de documentos inéditos para la historia de España*, cit., p. 402.

sucessão. Moura acredita, assim, que o cardeal-rei não irá declarar sucessor em vida<sup>20</sup>. Os governadores foram escolhidos por D. Henrique<sup>21</sup> e jurados a 27 de Junho de 1579 na Sé de Lisboa<sup>22</sup>.

Vázquez e Molina chegam a Lisboa a 16 de Junho de 1579 e quatro dias depois D. Henrique recebe-os em audiência<sup>23</sup> (embora Moura e Osuna tivessem recomendado que falassem também com os três braços do reino representados em cortes<sup>24</sup>, estas já tinham terminado).

Em Outubro de 1579, D. Henrique convoca novas cortes para o início do ano seguinte em Almeirim, dando a entender aos representantes de Filipe que a reunião será do seu agrado. As cortes iniciam-se a 11 de Janeiro de 1580 com a presença de um rei já moribundo e, para desagrado dos representantes de Filipe, o Bispo de Leiria, porta-voz do cardeal-rei, transmite que D. Henrique iria declarar o seu herdeiro mas queria o parecer dos presentes. A generalidade dos representantes dos concelhos era desfavorável a Filipe e queria discutir em cortes o direito de eleição do rei pelo povo. Enquanto decorrem as cortes, a 31 de Janeiro de 1580, morre o cardeal-rei D. Henrique, terminando o seu reinado de 18 meses. Os governadores do reino tomam posse e as cortes de Almeirim permanecem reunidas até 15 de Março de 1580. A 30 de Abril os governadores convocam novas cortes para o mês seguinte mas, devido à peste, seguem para Setúbal, acompanhados pelos representantes diplomáticos de Filipe.

Entretanto, a 4 de Março de 1580, Filipe saíra de Madrid em direcção a Portugal, chegando a Badajoz a 21 de Maio. O exército do duque de Alba, instalado junto à fronteira, aguarda ordens para o início da invasão militar.

---

20 Carta de Moura a Filipe, 30 de Maio de 1579 (*Colección de documentos inéditos para la historia de España*, cit., pp. 405 e ss). Em carta de 8 de Junho de 1579 Moura apresenta a lista de juizes (*Colección de documentos inéditos para la historia de España*, cit., pp. 426 e ss.).

21 O rei escolheria D. João Telo de Meneses, antigo embaixador a Roma, Francisco de Sá de Meneses, camareiro-mor de D. Sebastião e D. Henrique, D. João Mascarenhas, vedor da fazenda, D. Jorge de Almeida, arcebispo de Lisboa e Diogo Lopes de Sousa, governador da Casa do Cível.

22 Carta de Moura a Filipe, 29 de Junho de 1579 (*Colección de documentos inéditos para la historia de España*, cit., pp. 509-510).

23 Carta de Moura a Filipe, 21 de Junho de 1579 (*Colección de documentos inéditos para la historia de España*, cit., pp. 469 e ss). A arenga de Rodrigo Vázquez a D. Henrique encontra-se a pp. 473-474.

24 *Colección de documentos inéditos para la historia de España*, cit., p. 360

A 19 de Junho, D. António (1531-1595), Prior do Crato –filho natural de D. Luís, duque de Beja (1506-1555) e, por isso, também neto de D. Manuel– é aclamado rei pelo povo em Santarém, sendo recebido em júbilo em Lisboa. Os governadores do reino, a corte e os representantes de Filipe encontram-se em Setúbal. Na noite de 26 de Junho de 1580, temendo a chegada de D. António e a reacção do povo, três dos governadores do reino fogem para o Algarve<sup>25</sup>. O palácio de Moura em Setúbal, onde se refugiam Rodrigo Vázquez e Guardiola<sup>26</sup>, é cercado por uma multidão que pede a cabeça de Moura. Será sob a protecção do conde de Vimioso<sup>27</sup> que, na manhã seguinte, os representantes de Filipe abandonam Setúbal, atravessando o Alentejo em direcção ao exército católico de Alba, que inicia a invasão militar de Portugal a 27 de Junho de 1580. A 1 de Julho, Alba e a comitiva diplomática de Filipe encontram-se às portas de Estremoz, cercada pelos espanhóis. Chegando a Badajoz a 4 de Julho, Moura e os seus companheiros passam a integrar uma junta criada para dar assistência a Filipe nos assuntos de Portugal. A Junta de Portugal em Badajoz –onde Filipe permanecerá seis meses– será constituída por Moura, Osuna, D. Juan da Silva, Vázquez, Molina (que falecerá entretanto), Guardiola, pelo marquês de Aguilar e pelo presidente do Conselho das Índias.

A 17 de Julho de 1580, pela Proclamação de Castro Marim, os três governadores reconhecem os direitos de Filipe ao trono português. A 25 de Agosto de 1580 dá-se a batalha de Alcântara às portas de Lisboa. Derrotado o Prior do Crato, a cidade de Lisboa reconhecerá, a 11 de Setembro, Filipe como rei. A morte da rainha Ana (1549-1580) a 26 de Outubro de 1580 em Badajoz atrasa a entrada de Filipe em Portugal, que se dá a 5 de Dezembro. Acompanham o rei em posição de destaque, entre muitos cortesãos portugueses e espanhóis, D. Juan da Silva, Vázquez e Moura.

## **2. A preparação da reforma da justiça**

Instalado em Elvas, Filipe convoca, a 4 de Janeiro de 1581, cortes para o mês de Abril. Durante as cortes de Tomar, Filipe delinea os contornos da presença portuguesa no seio da monarquia hispânica, limites esses que são

---

<sup>25</sup> D. João Telo de Menezes, partidário do Prior do Crato, e o Arcebispo de Lisboa ficam em Setúbal e renunciam aos seus ofícios.

<sup>26</sup> Molina tinha sido enviado a D. António para protestar em nome de Filipe.

<sup>27</sup> Apoiante do Prior do Crato mas sensível à ameaça de represálias sobre os embaixadores portugueses enviados a Badajoz.

geneticamente portugueses, como recorda Bouza<sup>28</sup>, na medida em que Filipe se vinculara, ainda em 1579, aos artigos de Lisboa de 1499 estabelecidos por D. Manuel no contexto de uma eventual união ibérica.

A 29 de Junho de 1581, no séquito que acompanha Filipe na sua entrada triunfal em Lisboa, encontram-se Moura, D. Juan da Silva, já conde de Portalegre, e Rodrigo Vázquez. Chegando a Lisboa, o rei segue a cavalo no cortejo até às portas da Ribeira; do seu lado direito estão presentes as justiças superiores do reino: o regedor da Casa da Suplicação e governador da Casa do Cível, com as varas na mão, acompanhados dos desembargadores das duas casas. À espera do cortejo, nas portas da Ribeira, encontrava-se Heitor de Pina, desembargador dos agravos da Casa da Suplicação e procurador dos feitos da coroa, eleito pelos magistrados da república para «*fazer a fala*» ao rei em nome da cidade. Dirigindo-se a Filipe, diz esperar que Deus permita que a sua vinda e entrada nestes reinos seja «*para os reger e governar com sua singular justiça*»<sup>29</sup>.

Com efeito, a principal preocupação de Filipe durante a sua estadia em Lisboa será a reforma da justiça. Neste ponto, Filipe partilha ainda a visão medieval do ofício régio, concebendo a justiça como «*a maior e mais principal obrigação que os reis e príncipes cristãos têm*»<sup>30</sup>. Para começar, Filipe precisa de um diagnóstico<sup>31</sup>.

Rodrigo Vázquez escreve ao rei um longo parecer, que supomos datar do

---

28 BOUZA ÁLVAREZ, F., *D. Filipe I*, Lisboa (Círculo de Leitores), 2005, p. 72.

29 GUERREIRO, A., *Das festas que se fizeram na cidade de Lisboa, na entrada del Rey D. Philippe primeiro de Portugal*, Lisboa (em casa de Francisco Correia), 1581, caps. XII e XXIII.

30 Preâmbulo da Lei da Reformação da Justiça (LRJ).

31 Existe muita documentação de arquivo que não foi possível consultar para este trabalho, em particular a correspondência conservada no Arquivo Geral de Simancas, Estado, Negociación de Portugal, maços 395 a 428. Alguns documentos foram publicados por SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», *Revista de História*, 10, 1990, pp. 67-86. Na Biblioteca de Metz conservavam-se os livros das embaixadas sobre a sucessão do reino de Portugal (GACHARD, M., «Notice d'un manuscrit de la Bibliothéque de la ville de Metz renfermant la correspondance de Philippe II avec don Cristoval de Moura, relative à la succession et à la conquête du royaume de Portugal» in *Compte-rendu des séances de la commission royale d'histoire*, 2.<sup>a</sup> série, tomo 10, 1869, pp. 143-150). Tem particular interesse o Livro IV da Embaixada, também conservado na Biblioteca Nacional de Espanha (Manuscrito n.º 2062). Desta Biblioteca consultámos o Manuscrito n.º 8686, que referiremos de seguida.

Verão de 1581<sup>32</sup>. Embora tenha vivido em Portugal apenas um ano, Vázquez revela um conhecimento profundo das instituições judiciárias portuguesas e do funcionamento da justiça em Portugal, sinal de um intenso trabalho de imersão social durante a sua atividade diplomática. Vázquez é peremptório: «*que aya falta de Justiça en este Reyno y neçesidad de Remediallo confiesan todos*»<sup>33</sup>. Para encontrar o remédio é necessário descobrir de onde procede o dano. Vázquez aventa duas hipóteses: a existência de leis injustas ou, sendo boas, carecerem de execução. Em termos gerais, Vázquez entende que as leis do reino são boas e justas «*como los Reyes que las an mandado hacer ordenando que a falta dellas se busque por las del derecho comun y canónico que en la christandad estan reçevidas tambien por buenas y justas*»<sup>34</sup>. Por consequência, a causa do diagnóstico reside na «*mala execucion dellas que consiste en culpa de los Jueces y ministros a cuyo cargo toca y esta naçe de no tener ellos las calidades que conbiene o de su mucha pobreza falta de autoridade y animo*»<sup>35</sup>. Em lugar de uma análise de carácter geral, Vázquez apresenta um conjunto de apontamentos particulares que abrangem várias especificidades da justiça em Portugal, sugerindo que estes sirvam de base de trabalho para uma eventual comissão, composta por «*personas inteligentes y versadas en las cosas deste Reyno*». Estes peritos poderão advertir para outros aspectos particulares e discorrer pelos regimentos dos officios e matérias gerais do direito do reino, «*reformandolo de manera que se entable y ponga la Justicia en su lugar*»<sup>36</sup>.

O conde de Portalegre também será chamado a pronunciar-se sobre a reforma da justiça portuguesa<sup>37</sup>. Os seus apontamentos, mais breves e menos minuciosos, datados de 18 de Agosto de 1581, recomendam que se inicie a reforma com a elaboração de um memorial que descreva na íntegra a ordem judicial do reino, civil e criminal, desde os juízes inferiores até aos supremos,

---

32 *Advertencias dadas a Phelipe Segundo para la buena administración de la Justicia en Portugal*, BNE, MSS/8686 (adiante *Advertencias*), ff. 2-11. Embora não esteja datado, o parecer de Vázquez deverá ter sido escrito entre Julho e Setembro de 1581, uma vez que já foi escrito em Lisboa e é anterior à criação da Junta presidida pelo bispo de Leiria em Setembro desse ano.

33 *Advertencias*, f. 2.

34 *Advertencias*, f. 2v.

35 *Advertencias*, f. 2v.

36 *Advertencias*, f. 10v.

37 *Apuntamientos del Conde de Portalegre sobre lo de la Justicia de Portugal*, BNE, MSS/8686 (adiante *Apuntamientos*), ff. 11-12.

devendo indicar-se para cada judicatura e tribunal os abusos que se praticam e as causas de onde procedem.

A reforma da justiça terá sido ordenada nos termos propostos por Vázquez. Por um lado, os seus apontamentos serão discutidos por escrito na rede epistolar em torno do rei e, em grande parte, acolhidos na versão final da reforma da justiça de 1582. Por outro lado, em Setembro de 1581<sup>38</sup>, reconhecendo que no reino «*no se administra ni executa la justicia civil ni criminal com la rectitud, libertad y brevedad que se requiere*», Filipe escreve a D. António Pinheiro, bispo de Leiria<sup>39</sup>, encarregando-o de presidir a uma comissão formada por mais quatro letrados portugueses provenientes dos tribunais superiores. Todos reunidos devem discutir de onde procede a falta de justiça e que remédio «*se le puede y deve aplicar*» para que se «*haga e administre justicia a todos con yqualdad*», enviando por escrito o que lhes parecer para que o rei mande executar<sup>40</sup>. Os demais membros desta junta da justiça são Simão Gonçalves Preto<sup>41</sup>, chanceler-mor do reino,

---

38 A carta não está datada mas a 22 de Setembro de 1581 Moura escreve ao Secretário Zayas, dando instruções para que convide Vázquez e Villafañe a integrarem a comissão. V. SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», cit., p. 68.

39 D. António Pinheiro estudara em Paris, onde se doutorou. Notabilizando-se como mestre de retórica no Colégio de Santa Bárbara, regressou a Portugal em 1540 para ensinar latim aos moços fidalgos do paço. D. João III confiou-lhe a educação do príncipe D. João. Orador régio, proferiu a oração solene por ocasião do juramento do príncipe D. João nas cortes de Almeirim de 1544, a arenga inicial das cortes de Lisboa de 1562, a oração de abertura das cortes de Almeirim de 1580 e as orações no auto de levantamento de Filipe II e do juramento do príncipe D. Diogo nas cortes de Tomar de 1581. Bispo de Miranda (1565) e, mais tarde, de Leiria (1579), foi partidário de Filipe, fazendo parte da junta governativa que Alba reuniu em Lisboa após a conquista da cidade. Vid. GRAES, I., «D. António Pinheiro: um testemunho jurídico-político na corte quincentista portuguesa» in *Cuadernos de Historia del Derecho*, vol. 15, 2008, pp. 345-382; ANDRÉ, C., «Retórica e política no ocaso do império: António Pinheiro de Porto de Mós, humanista e orador da coroa» in SOARES, N. e LÓPEZ MOREDA, S. (ed.), *Génesis e Consolidação da Ideia de Europa*, vol. IV, Coimbra, 2009, pp. 393-413.

40 *Al Obispo de Leyria sobre lo de la Justicia de Portugal, de mano de Su Magestad*, AGS, Estado, 428, transcrito em SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», cit., doc. n.º 1, p. 77.

41 Simão Gonçalves Preto, chanceler-mor do reino desde 1572 (servindo três reis), havia sido deputado da Mesa da Consciência (já em 1562), corregedor da corte dos feitos cíveis, chanceler da Casa da Suplicação (1564) e desembargador do paço.

Paulo Afonso<sup>42</sup> e Pedro Barbosa<sup>43</sup>, desembargadores do paço, e Lourenço Correia<sup>44</sup>, agravista da Casa da Suplicação.

A reforma ambiciona erguer a administração da justiça sobre quatro pilares: «*inteireza, liberdade, brevidade e execução*»<sup>45</sup>. A inteireza manifesta-se na aplicação rigorosa da justiça a todos, grandes e pequenos. A liberdade expressa-se na actuação livre dos julgadores, sem obstáculos impostos pelos poderosos. A brevidade dá-se a conhecer no modo célere de julgar. A execução revela-se na eficácia e cumprimento da justiça.

Sobre o trabalho da junta dos portugueses irão pronunciar-se, a pedido do rei, Vázquez, o conde de Portalegre, Moura e Alba, constituindo, na prática, uma junta paralela. A junta portuguesa terá dado início aos trabalhos logo nos finais de Setembro de 1581, seguindo as recomendações régias para que a reforma se concluísse com a máxima brevidade. A 12 de Janeiro de 1582, Filipe faz uma análise positiva sobre o trabalho realizado pela Junta<sup>46</sup>, destacando as melhorias introduzidas pelo conde de Portalegre e recomendando, «*porque se acierte mejor todo*», a análise de Alba e de Moura para que, sem Vázquez e Portalegre, pudessem «*mejor platicar y ver qual de los dos scriptos estaran mas a proposito*». O rei deixa ainda a sua opinião sobre «*dos o tres cosillas*», para reflexão da Junta.

---

42 Paulo Afonso, doutor em cânones, fora deputado da Mesa da Consciência (1562) e desembargador do Paço (1567) e um dos testamenteiros do rei D. Henrique. Integrou a junta governativa formada por Alba em Lisboa após a conquista da cidade.

43 Pedro Barbosa, desembargador do paço (1577), fora lente em Coimbra durante vinte anos (1557-1577) e desembargador dos agravos da Casa da Suplicação (1571). Tendo dado parecer favorável a D. Catarina, duquesa de Bragança, Filipe e Moura procuraram insistentemente ganhá-lo para seu lado, por ser «*la primera persona de su profesion en esse reino, así en letras como en opinion de integridad y rectitud*» (Carta de Filipe a Moura, 25 de junho de 1579, *Colección de documentos inéditos para la historia de España*, cit., p. 486).

44 Lourenço Correia, desembargador dos agravos da Casa da Suplicação, servira anteriormente na Casa do Cível como desembargador dos agravos (1566).

45 Preâmbulo da LRJ.

46 “*Aun que tengo por ver quasi todo lo que vino ayer assi de Madrid, como de Flandes, Françia y Inglaterra, he querido ver primero esto de la Justicia por lo que importa la brevedad dello y haviendolo visto particularmente, aunque a prissa me parece que esta bien y mejor aun lo que el Conde ha ordenado*” (*Advertimiento de mano de su M.ad sobre el negocio de la Justicia de Portugal*, AGS, Estado, 428, reproduzido em SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», cit., doc. 2).



Algumas das propostas feitas pelo rei, por Vázquez ou por Portalegre procuram trazer soluções espanholizantes para a discussão, vindo a ser rejeitadas pela junta portuguesa. Assim, para os pleitos mercantis, Vázquez sugere a criação de prior e de cônsules com a ordem que há em Burgos<sup>47</sup>. Apoiando a sugestão de Portalegre de instituir alguma forma de castigar os delinquentes e garantir a segurança nos caminhos que corresponda às *hermandades* de Castela<sup>48</sup>, Filipe aventa a hipótese de introduzir a polícia rural castelhana, «*o luego ou mas adelante*»<sup>49</sup>. Acolhendo as sugestões de acrescentar a jurisdição cível e criminal aos corregedores das comarcas e juizes de fora avançadas por Vázquez<sup>50</sup> e Portalegre<sup>51</sup>, Filipe propõe «*dar alguna mas mano a los Corregidores y Juezes de fora*», aspecto que o rei considera ser «*una de las cosas que en Castilla haze tener mas mano a la justiça que quando se há de yr tan lexos pocas vezes se haze y mas aqui que se dexa olvidar tanto*»<sup>52</sup>.

### 3. A «Reformaçam da Justiça»

A reforma avançou através de quatro grandes linhas de acção: a reforma da organização judiciária, a reforma dos ofícios, a reforma da ordem do juízo (ou processual) e a reforma criminal, sobre as quais nos deteremos de seguida. O trabalho das juntas está terminado no Verão de 1582, ficando a reforma concluída em menos de um ano. A 27 de Julho de 1582 é aprovado um pacote legislativo composto pela Lei da «*Reformaçam da Justiça*», pelos novos Regimentos dos tribunais superiores do reino (da Relação do Porto, da Casa da Suplicação e do Desembargo do Paço)<sup>53</sup>.

A Lei da «*Reformaçam da Justiça*» seria publicada na Chancelaria-mor a 4 de Janeiro de 1583 e impressa no mesmo ano por António Ribeiro, im-

47 *Advertencias*, f. 7.

48 *Apuntamientos*, f. 11v.

49 SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», cit., doc. 2, p. 78.

50 *Advertencias*, f. 5v.

51 *Apuntamientos*, f. 12.

52 SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», cit., doc. 2, p. 78.

53 Vid. FIGUEIREDO, J. A., *Synopsis chronologica de subsidios ainda os mais raros para a historia e estudo critico da legislação portugueza*, tomo 2, Lisboa (na Oficina da Academia Real das Ciências de Lisboa), 1790, pp. 198-215.

pressor régio, à custa de Luís Martel, livreiro de Filipe I de Portugal<sup>54</sup>. A composição do frontispício –um grande escudo das armas reais portuguesas com um grifo no timbre, rodeado por cariátides, frutos e folhagens– recupera material tipográfico utilizado em edições anteriores e por tipógrafos distintos<sup>55</sup>.

Composto por 51 títulos<sup>56</sup>, este diploma constitui a espinha dorsal do trabalho reformista da Junta da Justiça. Baseada em impulsos distintos e por vezes conflitantes, a «*Reformaçam da Justiça*» incide sobre aspectos práticos e concretos, sem particular preocupação numa coerência interna que, longe de se considerar sólida, permite, não obstante, vislumbrar alguma organização temática. Expressões desta organização encontram-se em torno das matérias processual e criminal.

### A. Reforma da organização judiciária

A reforma da organização judiciária, pressuposto para a reformação da justiça, realizou-se à margem da «*Reformaçam da Justiça*», por força da concessão de novos regimentos aos tribunais superiores. O novo modelo de organização judiciária assenta na descentralização dos tribunais superiores, a exemplo das *Reales Audiencias*. A inspiração da reforma é evidentemente castelhana e parece ter resultado de uma premissa fixada por Filipe antes do início da discussão. Dos apontamentos de Vázquez e de Portalegre do Verão de 1581 extrai-se uma ordem prévia de Filipe para que se pronunciassem es-

---

54 Vid. ANSELMO, A., *Bibliografia das obras impressas em Portugal no século XVI*, Lisboa (oficinas gráficas da Biblioteca Nacional), 1926, pp. 267 e 279 (n.º 961).

55 O grande escudo das armas reais, ao centro, já fora utilizado por João de Barreira em 1554 (ANSELMO, A., *Bibliografia das obras impressas em Portugal no século XVI*, cit., n.º 135). A portada dos topos superior e inferior, com figuras, frutos e folhagens, fora utilizada por João Blávio de Colónia em 1557 (ANSELMO, n.º 309) e por Francisco Correia em 1564 (ANSELMO, n.º 474). A portada lateral, com as duas cariátides, fora também usada por Francisco Correia em 1565 (ANSELMO, n.º 476). A composição à volta do escudo é igual à usada em 1581 por Francisco Correia na relação das festas que se fizeram na cidade de Lisboa na entrada de Filipe I de Portugal (ANSELMO, n.º 514). Todas estas obras se encontram disponibilizadas na Biblioteca Nacional Digital em <<http://www.purl.pt>>.

56 Embora a LRJ não esteja numerada e seja habitualmente descrita por referência aos seus 65 parágrafos, preferimos analisá-la tendo por base as 51 epígrafes que dela constam, correspondentes, na prática, ao mesmo número de títulos ou leis passíveis de autonomização.

pecificamente sobre a conveniência da manutenção de dois tribunais superiores em Lisboa<sup>57</sup>.

Com efeito, a Casa da Suplicação e a Casa do Cível encontravam-se fixadas em Lisboa, embora formalmente a Casa da Suplicação tivesse carácter itinerante, devendo acompanhar o monarca (aspecto que teria de ser ponderado no novo contexto da união ibérica). Por um lado, a centralização dos tribunais superiores dificultava o acesso à justiça aos que viviam longe da capital, sobretudo por parte das populosas comarcas do norte do reino, obrigando-os a «*virem as ditas casas com suas appellações, & aggrauos, & muitas vezes por casos tam leves, & de tam pequenas contias, que importam menos, que a despesa que nisso fazem*»<sup>58</sup>. Por outro lado, o número de juizes superiores na capital revelava-se excessivo –Vázquez indica 70 desembargadores entre as duas casas–, causando «*desautoridade e pobreza*»<sup>59</sup>. Acresce que a itinerância da Casa da Suplicação, acompanhando a corte, não só causava opressão às partes «*que na dita casa tinhão negocio*» como muita despesa aos seus oficiais «*nas mudanças della, & inquietação que recebiam, os quaes pera melhor fazerem seus officios, & comprirem com suas obrigações, conuem estarem quietos, & dasseto em hum lugar*»<sup>60</sup>. Vázquez garantia que a Casa da Suplicação não necessitava de mais do que 36 ou 40 desembargadores, devendo este tribunal «*residir sempre*» em Lisboa, bastando que os desembargadores do paço e um corregedor da corte acompanhassem o rei<sup>61</sup>.

Os novos regimentos põem fim à itinerância da Casa da Suplicação, fixando-a definitivamente em Lisboa, tornando a Casa do Cível dispensável. O novo tribunal (sucessor da Casa do Cível) seria criado no Porto<sup>62</sup>, servindo as comarcas de Trás-os-Montes, Entre-Douro-e-Minho e Beira (com excepção de Castelo Branco), «*por ser o lugar mais accommodado as ditas Comarcas, & em que os menores*»<sup>63</sup> (sic) *dellas se podia com mais facilidade, & menos despesa administrar justiça*»<sup>64</sup>.

57 *Advertencias*, f. 4 e *Apuntamientos*, f. 12.

58 Preâmbulo do Regimento da Relação da Casa do Porto.

59 *Advertencias*, f. 4.

60 Preâmbulo do Regimento da Casa da Suplicação.

61 *Advertencias*, f. 4.

62 Sobre a criação da Relação do Porto, vid. SILVA, F. R., *O Porto e o seu Termo (1580-1640). OS Homens, as Instituições e o Poder*, vol. 2, Porto (Arquivo Histórico da Câmara Municipal do Porto), 1988, pp. 968 e ss.

63 Leia-se “*moradores*”.

64 Preâmbulo do Regimento da Relação da Casa do Porto.

A jurisdição da Casa da Suplicação abrangeria, então, as comarcas da Estremadura<sup>65</sup>, Entre Tejo e Guadiana, Algarve e Ilhas e certos juízos privilegiados. Cada um dos tribunais seria competente para conhecer todas as apelações e agravos, cíveis e crimes, da respectiva esfera jurisdicional (embora, em matéria cível, fosse possível recorrer da Relação do Porto para a Casa da Suplicação). A criação de dois distritos judiciais no reino não deixará de gerar dúvidas de competência, levando à elaboração de uma declaração entre ambas as Casas, datada de 26 de Novembro de 1582<sup>66</sup>.

Também o Desembargo do Paço –misto de tribunal e conselho, competente em matéria de provimento de ofícios, concessão de perdões e legitimações ou outorga de provisões para o recurso de revista– sofrerá alterações, com a atribuição de novo regimento, destacando-se a diminuição de competências na atribuição de perdões<sup>67</sup>.

## B. Reforma dos ofícios

Em matéria de ofícios, as principais preocupações que a reforma pretende acolher dizem respeito ao número de oficiais, à sua remuneração e à serventia dos ofícios. O modelo ideal de justiça teria menos julgadores, mais bem pagos e mais empenhados no desempenho das suas funções.

Nas cortes de Tomar de 1581 os povos pediram a diminuição do número de desembargadores ou alterações no seu processo de selecção, «*escolhendo os de mais qualidade & partes do que se ategora fez*»<sup>68</sup>. Também a nobreza pede número certo de desembargadores e alteração nos critérios de escolha, para que apenas se escolham «*pessoas doctas e de saans consciências, & que não sejam prouidos sem informação do Regedor, Governador, ou Presidente, cada um em sua casa*»<sup>69</sup>.

---

65 Excluindo as correições de Coimbra e Esgueira, “*por ficarem mais perto da dita casa do Porto, & poderem a ella yr com menos trabalho, & despesas*” (Regimento da Casa da Relação do Porto, §3).

66 Vid. FIGUEIREDO, J. A., *Synopsis chronologica de subsidios ainda os mais raros para a historia e estudo critico da legislacão portugueza*, cit., pp. 218-220.

67 Pugnada por Vázquez, que via com dificuldade a possibilidade de delegação desta prerrogativa régia (*Advertencias*, fl. 6v).

68 *Patente das merces, graças e priuilegios de que el rei Dom Philippe nosso senhor fez merce a estes seus Regnos e a diante vai outra Patente das respostas das Cortes de Tomar*, Lisboa (por António Ribeiro), 1583, capítulo XVI dos Povos.

69 *Patente das merces, graças e priuilegios de que el rei Dom Philippe nosso senhor*

Por seu turno, Vázquez fizera logo notar que a causa da má administração da justiça estava nos julgadores e não nas leis, ou por faltarem aos juizes as qualidades convenientes para a administração da justiça ou pela sua muita pobreza, falta de autoridade e ânimo<sup>70</sup>. Vázquez recomendava que se reformasse a desordem havida na eleição dos juizes, escolhidos sem as qualidades necessárias e muitas vezes por intercessões e respeitos particulares<sup>71</sup>. Criticava também o número excessivo de desembargadores extravagantes e com pouco salário, sendo conveniente crescer o salário e restringir o número<sup>72</sup>. Também Portalegre entendia ser excessivo o número de desembargadores dos tribunais superiores<sup>73</sup>. Vázquez sugeria, ainda, que, extinta a Casa do Cível, se assentasse número certo de desembargadores na Casa da Suplicação, sem acrescentar mais pessoas com o título de extravagantes (isto é, sem ofício certo). Vázquez propunha um modelo igualitário indiferenciado –que não será aceite– em que todos os magistrados tivessem o mesmo salário e autoridade igual, podendo conhecer indistintamente de todas as apelações e agravos<sup>74</sup>.

A «*Reformaçam da Justiça*» estabelece um limite máximo para o número de desembargadores extravagantes da Casa da Suplicação (não mais de quinze)<sup>75</sup> e da Relação do Porto (não mais de seis)<sup>76</sup>. Para o Desembargo do Paço fixa-se número máximo de desembargadores (não mais de cinco), os quais não devem ter outro ofício que seja incompatível com o cargo. São estabelecidos critérios na escolha dos desembargadores do paço, devendo o ofício ser provido tendo em conta as letras, experiência e mais qualidades necessárias a um ofício de tanta importância e confiança<sup>77</sup>. É ainda fixado um limite para o número de escrivães da câmara (não mais de seis)<sup>78</sup>.

Por outro lado, o aumento de salários surge como medida imprescindível que se destina não só à dignificação dos ofícios, face ao aumento do custo de

---

*fez merce a estes seus Regnos e a diante vai outra Patente das respostas das Cortes de Tomar*, cit., capítulo XIX da Nobreza.

70 *Advertencias*, f. 2v.

71 *Advertencias*, f. 3.

72 *Advertencias*, f. 3.

73 *Apuntamientos*, f. 12.

74 *Advertencias*, f. 4.

75 LRJ, tít. 4.

76 LRJ, tít. 5. Cfr. O.F., I, tít. 35, §3.

77 LRJ, tít. 2.

78 LRJ, tít. 3.

vida, mas também a garantir a independência e liberdade de julgar dos ministros, demasiado envolvidos em redes clientelares e permeáveis a subornos de particulares.

Com efeito, às cortes de Tomar de 1581 os povos já assinalavam que «*vai em tanto crescimento o preço das cousas*» que era recomendável aumentar os ordenados dos ministros da justiça, «*porque com os que agora teem, se não podem sustentar, que he causa de muitos inconvenientes, & se não administrar a justiça com a autoridade & inteireza, que se requiere*»<sup>79</sup>. Também o estado eclesiástico solicitava o aumento dos salários dos oficiais de justiça, «*polo muito que conuem tirarlhe as ocasiões, de poderem fazer, o que não deuem, na administração da justiça, movidos por necessidade & pobreza, que poderão teer*»<sup>80</sup>.

Também o conde de Portalegre recomendava o aumento de salários, para que os julgadores se tratassem com decência e procedessem com liberdade, e a proibição de espórtulas (os emolumentos que alguns julgadores estavam autorizados a receber das partes pelo exame do processo escrito)<sup>81</sup>. Vázquez revelava particular preocupação com as dependências dos magistrados, em particular em relação aos fidalgos e poderosos. Fazia notar que, aumentando os salários dos desembargadores, estes não deviam receber espórtulas, devendo também ser sancionadas com maiores penas, para além da perda de ofício, as tenças que recebiam de fidalgos, as dádivas dos pleiteantes ou as companhias e tratos com mercadores. Recomendava ainda que nos ofícios maiores da justiça não deviam servir criados de senhores, porque «*son como espias o procuradores de lo que toca al particular de los dichos senhores*», nem deviam visitar as casas de grandes fidalgos «*como aora lo açem*», para que estivessem mais livres nos seus ofícios «*y com mas tiempo para estudiar y acudir a sus negocios*». Sugeria também que dois anos após o aumento dos salários fosse feita «*estrecha visita*» aos desembargadores, castigando severamente os infractores<sup>82</sup>.

Assim, ainda antes da promulgação da «*Reformaçam da Justiça*», os

---

79 *Patente das merces, graças e priuilegios de que el rei Dom Philippe nosso senhor fez merce a estes seus Regnos e a diante vai outra Patente das respostas das Cortes de Tomar*, cit., capítulo XV dos Povos.

80 *Patente das merces, graças e priuilegios de que el rei Dom Philippe nosso senhor fez merce a estes seus Regnos e a diante vai outra Patente das respostas das Cortes de Tomar*, cit., capítulo VIII do Estado Eclesiástico.

81 *Apuntamientos*, f. 12.

82 *Advertencias*, f. 3v.

ordenados dos desembargadores da Casa da Suplicação são aumentados por alvará de 3 de Julho de 1582<sup>83</sup>. Já o recebimento de espórtulas não será proibido, embora seja reforçada a limitação a determinados feitos<sup>84</sup>. Mais, a «*Reformaçam*» prevê um aumento dos salários que os meirinhos da Corte e alcaides de Lisboa recebem pelas penhoras<sup>85</sup>, assim como dos salários dos es-  
 crivães que têm salário taxado, dos distribuidores e dos contadores dos feitos das custas<sup>86</sup> e dos tabeliães de notas<sup>87</sup>. Os oficiais que viram os seus salários aumentados são advertidos para que se abstivessem de cobrar mais do que se encontrava taxado nem recebessem das partes qualquer importância antes de o salário ser contado, sob pena de perda do ofício<sup>88</sup>.

Outra preocupação reside na serventia dos ofícios e no combate à venalidade. Vários ofícios de justiça não eram servidos pelos seus proprietários. Nos tribunais superiores, os ministros ausentavam-se e incumpriam o horário de despacho ou de audiência.

Vázquez propõe alterações profundas aos estilos dos tribunais superiores (que não serão acolhidas), sugerindo a redução do tempo de férias ou a criação de relatores que apoiem os desembargadores no despacho dos feitos, para que estes tenham tempo para ir ao tribunal e para estudar<sup>89</sup>.

A «*Reformaçam da Justiça*» prescreve que o chanceler-mor deve ir todas as semanas à mesa do desembargo do paço com as dúvidas que tiver em passar pela chancelaria assuntos despachados pelos desembargadores do paço<sup>90</sup>. Todos os desembargadores providos de algum ofício ficam obrigados a servir por si no prazo de dez dias a contar da data da publicação da lei, sendo estabelecidas regras de substituição em caso de ausência, impedimento ou falecimento<sup>91</sup>. As audiências dos desembargadores devem ser feitas pelos próprios, não podendo

---

83 RIBEIRO, J. P., *Additamentos e retoques à synopse chronologica*, Lisboa (na tipografia da Academia Real das Ciências de Lisboa), 1829, p. 265.

84 LRJ, tít. 20. Cfr. O.F., 3, tít. 97, §2.

85 LRJ, tít. 28. Cfr. O.F., I, tít. 21, §3.

86 LRJ, tít. 32. Cfr. O.F., I, tít. 54, §§6, 7 e 8 e tít. 89, §§9, 10 e 11.

87 LRJ, tít. 33. Cfr. O.F., I, tít. 78, §22.

88 LRJ, tít. 34. Cfr. O.F., I, tít. 79, §16 e tít. 84, §30.

89 *Advertencias*, ff. 4 e 4v. Sobre a criação de relatores, a Junta da Justiça sustentará que “*por hora non convem mudarse o stillo costumado, acerca do despacho dos processos*” (SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», cit., doc. 4, p. 84).

90 LRJ, tít. 1. Cfr. O.F., I, tít. 2, §3.

91 LRJ, tít. 6. Cfr. O.F., tít. 1, §§23 e 24 e tít. 5, §2.

ser cometidas aos advogados, sob pena de suspensão do ofício<sup>92</sup>. O procurador dos feitos da fazenda que se despacham na Casa da Suplicação deve estar continuamente naquele tribunal, para não retardar o despacho dos feitos<sup>93</sup>. Sob proposta da Junta da Justiça em Maio de 1582<sup>94</sup>, proíbe-se a concessão de licenças aos desembargadores para deixar de servir os seus ofícios por períodos superiores a vinte dias, salvo provisão régia<sup>95</sup>. Também os proprietários de ofícios de escrita, inquiridores, distribuidores, contadores e todos os outros oficiais da justiça devem servir os seus ofícios por si próprios e não por outrem, cumprindo a lei que fora determinada nas cortes de 1538, considerando-se nulas todas as provisões régias que tivessem sido passadas em contrário. Assim, os proprietários dos ofícios devem servi-los no prazo de trinta dias a contar da publicação da lei<sup>96</sup>. A provisão da serventia em caso de morte, ausência ou impedimento do proprietário não pode ultrapassar o tempo de dois meses<sup>97</sup>.

Os ofícios da administração periférica da justiça também sofrerão ajustamentos. Conforme proposto por Vázquez<sup>98</sup>, os ofícios de corregedor do cível e crime de Lisboa deixam de ser perpétuos, ficando limitados a três anos, findos os quais deve ser tomada residência nos mesmos termos que aos corregedores das comarcas<sup>99</sup>, cuja alçada passam a ter<sup>100</sup>. Os provedores das comarcas devem ser casados e os corregedores da comarca e juizes de fora que, sendo solteiros, não viverem honestamente, só poderão ser providos em novo ofício de justiça se casarem<sup>101</sup>. Em matéria de jurisdição dos corregedores das comarcas –que Vázquez pretendia empenhadamente fortalecer–, a Junta da Justiça apenas acolheu o controlo a realizar sobre as posturas da câmara<sup>102</sup>.

92 LRJ, tít. 9. Cfr. O.F., I, tít. 5, §15.

93 LRJ, tít. 8. Cfr. O.F., I, tít. 13.

94 SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», cit., doc. 3, p. 81.

95 LRJ, tít. 7. Cfr. O.F., I, tít. 1, §27.

96 LRJ, tít. 31. Cfr. O.F., I, tít. 97, pr.

97 LRJ, tít. 10. Cfr. O.F., I, tít. 1, §25.

98 *Advertencias*, f.10.

99 A residência é proposta pela Junta da Justiça em Maio de 1582 (SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», cit., doc. 3, p. 81).

100 LRJ, tít. 11. Cfr. O.F., I, tít. 49, §4.

101 LRJ, tít. 12. Cfr. O.F., I, tít. 94, §1.

102 SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», cit., doc. 3, p. 81.



Assim, se os corregedores entenderem que as posturas são prejudiciais ao povo e bem comum devem enviar o seu parecer; se entenderem que não foram feitas com a solenidade devida, devem declará-las nulas e mandar que não sejam aplicadas<sup>103</sup>.

### C. Reforma processual

A ordem do juízo, que sofrera alterações recentes com D. Sebastião, conhecerá modificações de pormenor, maioritariamente tendentes a introduzir brevidade na administração da justiça, procurando evitar dilações provocadas pelas partes, suspensões de prazos, atrasos ou delongas dos oficiais.

A «*Reformaçam da Justiça*» prevê regras para a simplificação do processo em demandas fundadas em escrituras públicas<sup>104</sup> e em matéria de execuções feitas pelos alcaides e meirinhos, de modo a que estes cumpram atempadamente os mandados dos julgadores, cabendo às justiças averiguar se as execuções são feitas nos termos da lei<sup>105</sup>.

São introduzidas algumas limitações em matéria de admissibilidade de recurso de decisões judiciais. Assim, para «*mais breve despacho das causas*», a «*Reformaçam*» estabelece que os agravos provenientes dos juízes do cível, do crime, dos órfãos, do ouvidor da alfândega ou de outro qualquer julgador da cidade de Lisboa devem subir logo à Casa da Suplicação sem passar primeiro pelos corregedores da corte, da cidade ou pelo provedor dos órfãos, por se considerar que a instância intermédia não se revelava necessária<sup>106</sup>. Para evitar trabalhos, gastos e despesas, a «*Reformaçam*» estabelece a impossibilidade de recurso para os tribunais superiores em determinados feitos de pouca importância<sup>107</sup>, salvo se forem julgados dentro de dez léguas da sede do respectivo tribunal<sup>108</sup>. A «*Reformaçam*» ordena ainda que se cumpra a nova

103 LRJ, tít. 30. Cfr. O.F., I, tít. 58, §17 e tít. 66, §29.

104 LRJ, tít. 18. Cfr. O.F., III, tít. 25, §5.

105 LRJ, tít. 26 e 27. Cfr. O.F., III, tít. 86, §421 e 22.

106 LRJ, tít. 13. Cfr. O.F., I, tít. 6, §7, tít. 7, §16 e tít. 8, §9.

107 Os feitos dos culpados por trazerem seda, debruns, barras ou feitos de vestidos contra pragmáticas; dos que trouxerem espadas mais de marca; dos que caçarem ou pescarem nos meses defesos ou com redes de menor malha do que está ordenado ou de qualquer maneira contra as ordenações; dos que são culpados em furtos de fruta de pomares ou vinhas ou em qualquer outro furto que não passar da quantia de 300 réis (não sendo feito por força, ou em caminho ou em campo).

108 LRJ, tít. 23 e 24. Cfr. O.F., V, tít. 122, §9.

lei da ordem do juízo em matéria de proibição de petições de agravo relativas a decisões sobre ordenar ou processar o feito<sup>109</sup>.

Outro aspecto importante na reforma recai sobre o instituto da suspeição. A recusa de juiz por suspeição, face à limitação no que respeita à possibilidade de recurso das decisões dos tribunais superiores, constituía uma importante garantia de justiça a favor dos litigantes. Configurada como uma excepção dilatatória, a suspeição podia determinar o afastamento do juiz do processo. Assim, a «*Reformaçam da Justiça*» determina que os embargos à sentença fundados em suspeição desconhecida pela parte ou insusceptível de conhecimento apenas são admitidos nos casos de suspeição de inimizade capital ou se algum dos juizes tiver sido julgado por suspeito noutra causa<sup>110</sup>. A «*Reformaçam*» determina também que os embargos apresentados ao procedimento de suspeição corram ao mesmo tempo e no mesmo prazo de 45 dias que corre o procedimento de suspeição<sup>111</sup>. A Junta da Justiça propôs também que os julgadores apenas se possam dar por suspeitos havendo iniciativa das partes, salvo se o juiz for parente de alguma das partes dentro do quarto grau<sup>112</sup>.

Para evitar delongas nos feitos de que se pode levar espórtulas é determinado que o regedor ou presidente do tribunal, assim que o feito seja concluso, nomeie logo os desembargadores que irão julgar com o juiz do feito<sup>113</sup>. Com o mesmo desiderato, desta feita na contagem das custas, a «*Reformaçam da Justiça*» manda guardar a ordenação relativa às dúvidas dos julgadores remetidas aos contadores antes de proferirem sentença, de modo a que os julgadores apenas cometam ao contadores aquilo que pertence ao seu ofício<sup>114</sup>.

Nas causas cíveis, os libelos não devem ser recebidos sem neles se declarar a quantia certa dos frutos, rendimentos ou interesses pedidos<sup>115</sup>. Face «*ao muito dano e opressão que meus vassalos recebem pelas muitas querelas que maliciosamente se dão, mais com animo de vingança que com zelo de justiça e por nom passar assim na verdade como nelas declaram*», a «*Reformaçam*» prevê também que se deixe de prender apenas com base em

109 LRJ, tít. 16. Cfr. O.F., III, tít. 20, §46.

110 LRJ, tít. 14. Cfr. O.F., III, tít. 88, pr.

111 LRJ, tít. 19. Cfr. O.F., III, tít. 21, §24.

112 LRJ, tít. 15. Limitado pela Lei de 16 de Setembro de 1586, incorporada nas O.F., III, tít. 21, §18.

113 LRJ, tít. 20.

114 LRJ, tít. 22. Cfr. O.F., III, tít. 66, §5.

115 LRJ, tít. 21. Cfr. O.F., III, tít. 20, §5.

querelas, devendo os julgadores tirar informação sumária antes de prender o querelado<sup>116</sup>.

Várias sugestões finais da Junta da Justiça em matéria processual são introduzidas na «*Reformaçam da Justiça*»<sup>117</sup>. Assim, nos feitos crimes, os que forem julgados pelo mesmo delito devem ser julgados, em processos distintos, pelo mesmo juiz (e não por juízes diferentes)<sup>118</sup>. A «*Reformaçam*» estabelece também que todas as testemunhas que forem inquiridas, quer em feitos cíveis quer crimes, devem declarar as suas idades<sup>119</sup>. É ainda determinada a suspensão da arrecadação da dízima das sentenças na pendência de recurso<sup>120</sup>.

#### D. Reforma criminal

Por fim, em sede de reforma criminal, a «*Reformaçam da Justiça*» introduz alterações que visam a simplificação do processo de libertação de presos, a punição efectiva dos malfeitores, bem como maior austeridade na sociedade portuguesa. Prosseguindo a desejada «*inteireza*» na reforma da justiça, merece destaque o alargamento do âmbito subjectivo de aplicação de crimes de desobediência à justiça.

No que diz respeito ao processo de libertação de presos –num período em que a prisão é sobretudo uma medida preventiva, enquanto o preso aguarda julgamento–, Vázquez recordava que os presos não eram visitados mais do que três vezes ao ano «*y asi se olbidan muchos annos en las carçeles*», sugerindo a realização de visitas semanais<sup>121</sup>. Assim, para garantir brevidade no despacho e soltura dos presos, a «*Reformaçam da Justiça*» estabelece a obrigatoriedade, por parte do regedor da Casa da Suplicação e do presidente da Relação do Porto, de realização de audiências gerais nas cadeias, pelo menos uma vez por mês, para despachar as causas dos presos com justiça e brevidade, principalmente nos casos leves<sup>122</sup>. A «*Reformaçam*» estabelece também regras sobre o correr da folha<sup>123</sup> para maior brevidade no despacho

116 LRJ, tít. 39. Cfr. O.F., V, tít. 117, §12.

117 SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», cit., doc. 3, p. 81.

118 LRJ, tít. 17. Cfr. O.F., V, tít. 125, §11.

119 LRJ, tít. 49. Cfr. O.F., I, tít. 86, pr.

120 LRJ, tít. 25. Cfr. O.F., I, tít. 20, §5.

121 *Advertencias*, f. 6.

122 LRJ, tít. 44. Cfr. O.F., I, tít. 1, §30.

123 Os presos por feitos crimes não eram soltos sem primeiro se examinar o livro dos culpados («*correr a folha*») para confirmar se havia algum crime em aberto.

dos presos, determinando quem o pode fazer e como se deve fazer substituir em caso de ausência, para não retardar o processo, estabelecendo também –sob proposta da Junta da Justiça<sup>124</sup>– o dever dos julgadores fiscalizarem o cumprimento do regimento do correr das folhas<sup>125</sup>.

Na previsão de crimes e sua punição em concreto, a «*Reformaçam da Justiça*» ocupa-se da moralização dos costumes, procurando impor maior austeridade e disciplina na sociedade portuguesa.

Nas Cortes de Tomar de 1581, atendendo aos «*grandes excessivos e demasiados gastos, que as pessoas teem na multidão dos criados, & grande desordem dos trajos*», o corpo eclesiástico pedira que se mandasse dar execução às pragáticas<sup>126</sup> sobre esta matéria<sup>127</sup>. Assim, a «*Reformaçam*» estabelece novas restrições em matéria de vestuário, proibindo o uso de brocado, tela de ouro ou prata, esmaltado, dourado ou prateado e peças de seda<sup>128</sup>, assim como em matéria de criados, mandando cumprir o alvará de 22 de Novembro de 1566<sup>129</sup>.

Outro delito que importa reprimir de forma mais intensa é a blasfémia, «*tão grave delito e tanto contra a honra de Deus*». Filipe apercebera-se que em Portugal havia «*mucha desorden aqui en blasfémias y juramentos y paresceme que es este el primer capitulo que se havia de poner pues começando por lo que toca al servicio de Dios el alumbrara para que en todo lo demas se acierte*»<sup>130</sup>. A Junta da Justiça dedicará particular atenção à matéria<sup>131</sup>. Assim, a «*Reformaçam da Justiça*» aumenta as penas fixadas para os abusos de linguagem, tornando objecto de pergunta concreta nas devassas ordinárias

124 SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», cit., doc. 3, p. 80.

125 LRJ, tít. 42 e 43. Cfr. O.F., I, tít. 56, §§4 e 5 e V, tít. 125, §5 e 7.

126 Legislação contra abusos públicos e gerais.

127 *Patente das merces, graças e priuilegios de que el rei Dom Philippe nosso senhor fez merce a estes seus Regnos e a diante vai outra Patente das respostas das Cortes de Tomar*, cit., capítulo XIII do Estado Eclesiástico.

128 LRJ, tít. 37. Alterado pela lei de 4 de Outubro de 1588, que levanta a proibição do esmaltado a requerimento dos ourives do ouro (vid. FIGUEIREDO, J. A., *Synopsis chronologica de subsidios ainda os mais raros para a historia e estudo critico da legislação portugueza*, cit., p. 244).

129 LRJ, tít. 38.

130 SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», cit., doc. 2, p. 78.

131 SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», cit., doc. 4, p. 82.

anuais<sup>132</sup>. Do ponto de vista sistemático, o crime passará para segundo lugar no elenco do Livro V das Ordenações<sup>133</sup>. Como nas casas de jogo se costumam cometer as culpas de blasfémia, a «*Reformaçam*» determina que se tire juntamente devassa dos que dão tabulagem<sup>134</sup> e das pessoas em cujas casas «*se joga continuamente e dinheiro grosso*»<sup>135</sup>.

Em matéria de punições, a «*Reformaçam*» proíbe a condenação de mulheres em degredo para os lugares de África (isto é, para as praças marroquinas)<sup>136</sup> e a condenação em degredo para o Brasil por menos de cinco anos<sup>137</sup>. Os presos só podem ser enviados às galés depois de condenados por sentença da maior alçada<sup>138</sup>. A «*Reformaçam*» estabelece que quando alguma pessoa pedir alvará de fiança para ir cumprir degredo, deve apresentar primeiro certidão autêntica pela qual se comprove ser ele mesmo o condenado<sup>139</sup>. Os capitães dos lugares de África são proibidos de concederem licença a degredados para poderem vir ao reino durante o tempo do seu degredo<sup>140</sup>.

Como a finalidade da tortura (tratos ou tormentos) é saber a verdade, a «*Reformaçam da Justiça*» determina, por sugestão da Junta da Justiça<sup>141</sup> – recuperando uma proposta de Vázquez –, que os tratos sejam dados com o rigor que convém, não devendo o julgador consentir que mais pessoas estejam presentes para além dele próprio, do escrivão e do algoz<sup>142</sup>. Vázquez assinalara que se os tormentos fossem levanos o culpado não confessaria. Por outro lado, a presença de outras pessoas durante os tormentos apenas servia para incentivar o réu a não confessar, impedindo o efeito pretendido<sup>143</sup>.

132 LRJ, tít. 35. Cfr. O.F., V, tít. 2, pr. e §§1, 3, 5 e 6.

133 Nas Ordenações Manuelinas correspondia ao tít. 34 do Livro V.

134 Os jogos que se jogavam em tabuleiro com peças de jogo (*tábulas*), como o gamão ou damas, não estavam proibidos, ao contrário dos jogos de cartas ou dados, para que “os homens tenham em que se desenfadarem” (O.M., V, tít. 48, §3). O que se proibia era “*dar tavolagem*”, isto é, ter casas de jogo onde se cobrava para aí jogar.

135 LRJ, tít. 36. Cfr. O.F., V, tít. 82, §4.

136 LRJ, tít. 45. Cfr. O.F., V, tít. 140, §2.

137 LRJ, tít. 46. Cfr. O.F., V, tít. 140, §1.

138 LRJ, tít. 51. Cfr. O.F., V, tít. 142, §1.

139 LRJ, tít. 47. Cfr. O.F., V, tít. 132, §7.

140 LRJ, tít. 48. Cfr. O.F., II, tít. 47, §4 e V, tít. 143, §1.

141 SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», cit., doc. 3, p. 81.

142 LRJ, tít. 50. Cfr. O.F. V, tít. 133, §2.

143 *Advertencias*, f. 8v.

Outro ponto muito importante da reforma diz respeito à justiça por parte dos poderosos. Vázquez critica a familiaridade com que os reis portugueses tratavam os fidalgos e senhores, «*com que pierden respecto alas Reales personas quanto mas a los mandamientos de Justicia de sus ministros*», sendo crucial demonstrar que a justiça deve correr livre com devida execução igualmente com grandes e pequenos, dando ânimo aos julgadores e «*freno a los naturales*»<sup>144</sup>.

Uma vez que o acolhimento e protecção a malfeitores por parte de poderosos impedia que aqueles fossem castigados «*como suas culpas e excessos merecem para o que cumpre serem presos com brevidade e diligência*», a «*Reformaçam da Justiça*» autoriza as justiças a entrar livremente em casa de qualquer pessoa, independentemente da sua qualidade, condição e preeminência, sempre que tenha informação certa e bastante de que algum delinquente está aí acolhido, sob pena de quem o impedir ser suspenso das suas mercês<sup>145</sup>. A «*Reformaçam*» estabelece também que qualquer pessoa, independentemente do seu estado, condição ou preeminência, que não consentir que alcaide, meirinho ou escrivão entre em sua casa para fazer execução ou penhora incorre nas penas postas aos que desobedecem ou resistem às justiças<sup>146</sup>. Por fim, optando por não acolher a criação das *hermandades* em Portugal, a «*Reformaçam*» determina que se deve guardar a ordenação dos quadrilheiros<sup>147</sup>, de modo a permitir a prisão e castigo de malfeitores<sup>148</sup>.

### III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluída a reforma da justiça, no Verão de 1582, Filipe prepara o regresso a Madrid, que seria atrasado pela morte do príncipe D. Diego (1575-1582) em Novembro de 1582. Após o juramento de seu filho Filipe (1578-1621), a 26 de Janeiro de 1583, o rei deixa Portugal a cargo do cunhado, o arquiduque Alberto (1559-1629) e parte de Lisboa em 11 de Fevereiro de 1583. No séquito real, tendo sido nomeados para o novo Conselho de Portugal, seguem Moura e o doutor Pedro Barbosa, que tinham participado activamente na reforma da

144 *Advertencias*, ff. 2v e ss.

145 LRJ, tít. 40. Cfr. O.F., I, tít. 73, §7 e V, tít. 104, §3 (vid. SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica», cit., doc. 3, pp. 79-80).

146 LRJ, tít. 29. Cfr. O.F., V, tít. 49, §4.

147 Oficiais de justiça nomeados pelas câmaras para prenderem malfeitores.

148 LRJ, tít. 41. Cfr. O.F., I, tít. 73, §7.

justiça. O conde de Portalegre regressará a Portugal como membro do Conselho de Governadores após a partida do arquiduque Alberto (1593-1600) e Moura também regressará como vice-rei (1600-1603 e 1608-1612). Pelos serviços em Portugal, Vázquez será nomeado Presidente do Conselho da Fazenda (1584) e depois Presidente do Conselho de Castela (1592).

A reforma da justiça não estava, todavia, terminada. Em 1581 Vázquez fizera notar que «*en el cuerpo del derecho desto Reyno ay leyes confusas otras que no se guardan, derogadas por no uso y muchas expressamente corregidas y algunas desnecessárias com que los jueces dan algunas vezes sentencias contrarias que causa desauthoridad en la justicia y perjuzio y escandalo a las partes*». Seria, portanto, conveniente que o rei mandasse rever a compilação (que se podia reduzir a um só volume, na opinião de Vázquez)<sup>149</sup>. O trabalho de revisão, levado a cabo por letrados portugueses, apenas ficaria concluído em 1595. A Lei da «*Reformaçam da Justiça*» seria quase totalmente integrada no texto das novas Ordenações do Reino, garantindo um efeito duradouro das medidas aprovadas no Verão de 1582.

Nesse sentido, a Lei da «*Reformaçam da Justiça*» constituiu uma pré-reforma do corpo do direito nacional, visando dar resposta a problemas concretos da justiça portuguesa, sem com isso se pretender demolir o edifício judicial português. A sua abordagem é cirúrgica, apresentando remédios específicos para «*pôr a justiça no seu lugar*».

Os problemas da justiça portuguesa eram, porém, mais graves e persistentes do que se esperava e a falta da justiça durante o período filipino constituirá um dos fundamentos para a recuperação da independência nacional<sup>150</sup>.

#### IV. BIBLIOGRAFIA E FONTES

Bibliografia:

ANDRÉ, C., «Retórica e política no ocaso do império: António Pinheiro de Porto de Mós, humanista e orador da coroa» in SOARES, N. e LÓPEZ MOREDA, S. (ed.), *Génesis e Consolidação da Ideia de Europa*, vol. IV, Coimbra, 2009, pp. 393-413.

ANSELMO, A., *Bibliografia das obras impressas em Portugal no século XVI*, Lisboa (oficinas gráficas da Biblioteca Nacional), 1926.

BARRIENTOS GRANDON, J., «Luis de Molina y Morales (c. 1520-1581) y el “Código Civil

149 *Advertencias*, ff. 10 e 10v.

150 Vid. OLIVEIRA, A., *Poder e oposição política em Portugal no período filipino (1580-1640)*, Lisboa, (Difel), 1991, pp. 27-38.

- de Chile”» in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 39, 2012, pp. 535-543.
- BOUZA ÁLVAREZ, F., *Portugal en la Monarquía Hispánica (1580-1640): Felipe II, las Cortes de Tomar y la génesis del Portugal Católico*, Madrid (Universidade Complutense de Madrid, Facultad de Geografía e História), 1987.
- BOUZA ÁLVAREZ, F., «Corte es decepción: Don Juan de Silva, Conde de Portalegre» in MARTÍNEZ MILLÁN, J. (dir.), *La corte de Felipe II*, Madrid, Alianza, 1994, pp. 451-502.
- BOUZA ÁLVAREZ, F., *D. Filipe I*, Lisboa (Círculo de Leitores), 2005.
- BUCETA, E., «Relación de la junta convocada por Felipe II el 24 de febrero de 1579 para tratar de su pretensión a la corona de Portugal» in *Boletín de la Real Academia de la Historia*, tomo 98, cuaderno II, 1931, pp. 655-664.
- DANVILA, A., *D. Cristobal de Moura, Primer Marqués de Castel Rodrigo (1538-1613)*, Madrid (Academia de la Historia), 1900.
- EZQUERRA REVILLA, I., «La distribución de la gracia durante la anexión de Portugal: Rodrigo Vázquez de Arce (1578-1583)» in FERNÁNDEZ ALBALADEJO, P., PINTO CRESPO, V., MARTÍNEZ MILLÁN, J. (ed.), *Política, Religión e Inquisición en la España Moderna*, Madrid, 1996, pp. 267-286.
- EZQUERRA REVILLA, I., *Justicia y gobierno en el siglo XVI: el Consejo Real de Castilla durante el reinado de Felipe II (1556-1598)*, Madrid (Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Filosofía y Letras), 1999.
- GRAES, I., «D. António Pinheiro: um testemunho jurídico-político na corte quinhentista portuguesa» in *Cuadernos de Historia del Derecho*, vol. 15, 2008, pp. 345-382.
- MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, S., «D. Cristóvão de Moura e a Casa dos Marqueses de Castelo Rodrigo: proposta de investigação e linhas de análise sobre a figura do grande privado de D. Filipe I» in MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, S. (ed.), *Governo, Política e representações do poder no Portugal Habsburgo e nos seus territórios ultramarinos (1581-1640)*, Lisboa, CHAM, 2011, pp. 69-96.
- MARTÍNEZ MILLÁN, J., CARLOS MORALES, C. (ed.), *Felipe II, 1527-1598: la configuración de la monarquía hispana*, Valladolid (Junta de Castilla y León), 1998.
- OLIVEIRA, A., *Poder e oposição política em Portugal no período filipino (1580-1640)*, Lisboa (Difel), 1991.
- POLÓNIA, A., *D. Henrique*, Lisboa (Círculo de Leitores), 2005.
- RUBIO, J., *Felipe II de España, Rey de Portugal*, Madrid (Cultura Española), 1939.
- SCHWARTZ, S., *Sovereignty and Society in Colonial Brazil - the High Court of Bahia and its Judges, 1609-1751*, Berkeley (University of California Press), 1973.
- SERRÃO, J. V., *História de Portugal [1495-1580]*, Lisboa (Verbo), 2001.
- SILVA, F. R., *O Porto e o seu Termo (1580-1640). OS Homens, as Instituições e o Poder*, vol. 2, Porto (Arquivo Histórico da Câmara Municipal do Porto), 1988.
- SILVA, F. R., «Tradição e inovação na administração da justiça em Portugal nos primeiros tempos da União Ibérica» in *Revista de História*, 10, 1990, pp. 67-86.
- SOARES, P. R., *Memorial de Pedro Roiz Soares*, Coimbra (Universidade de Coimbra), 1953.



VALLADARES, R., *A conquista de Lisboa: violência militar e comunidade política em Portugal (1578-1583)*, Lisboa, Texto, 2010.

VELOSO, J. Q., *A Perda da Independência, vol. I, o Reinado do Cardeal D. Henrique*, Lisboa (Empresa Nacional de Publicidade), 1946.

Fontes:

*Colección de documentos inéditos para la historia de España*, tomo VI, Madrid (Imprensa de la viúda de Calero), 1845.

FIGUEIREDO, J. A., *Synopsis chronologica de subsidios ainda os mais raros para a historia e estudo critico da legislação portugueza*, tomo 2, Lisboa (na Oficina da Academia Real das Ciências de Lisboa), 1790.

GACHARD, M., «Notice d'un manuscrit de la Bibliothèque de la ville de Metz renfermant la correspondance de Philippe II avec don Cristoval de Moura, relative à la succession et à la conquête du royaume de Portugal» in *Compte-rendu des séances de la commission royale d'histoire*, 2.<sup>a</sup> série, tomo 10, 1869, pp. 143-150.

GUERREIRO, A., *Das festas que se fizeram na cidade de Lisboa, na entrada del Rey D. Philippe primeiro de Portugal*, Lisboa (em casa de Francisco Correia), 1581.

HERRERA Y TORDESILLAS, A., *Historia de Portugal y conquista de las Islas de los Açores en los años 1582 y 1583*, Madrid (em casa de Pedro Madrigal), 1591.

*Patente das mercês, graças e priuilegios de que el rei Dom Philippe nosso senhor fez merce a estes seus Regnos e a diante vai outra Patente das respostas das Cortes de Tomar*, Lisboa (por António Ribeiro), 1583.

RIBEIRO, J. P., *Additamentos e retoques à synopse chronologica*, Lisboa (na tipografia da Academia Real das Ciências de Lisboa), 1829.

VELAZQUEZ, I., *La entrada que en el Reino de Portugal hizo la S. C. R. M. de Don Philippe invictissimo Rey de las Españas segundo deste nombre, primero de Portugal, assi con su Real presencia como con el exercito de su felice campo*, Lisboa (?) (por Manuel de Lira), 1583.



## EL OFICIO DE SECRETARIO EN LA DOCTRINA JURÍDICA DE LA EDAD MODERNA

Marina Rojo Gallego-Burín<sup>1</sup>

**Resumen:** En los siglos XVI y XVII menudean los libros dedicados a los oficios del entramado político de los Austrias. En este artículo hemos analizado el tratamiento que ha recibido el oficio de secretario por parte de la doctrina jurídico-política de estos siglos. Para ello, primero hemos partido de la definición del vocablo de secretario y a continuación estudiamos la evolución que ha experimentado esta institución a lo largo de la Edad Moderna. Francisco Bermúdez de Pedraza, uno de los tratadistas políticos más sobresalientes de esta época, confiesa que es el primero en dedicar una obra al oficio de secretario. Sin embargo, es preciso referirse a tratados anteriores como el de Fadrique Furió Ceriol o Bartolomé Felipe. Además, comentamos otros textos de interés que se escribieron posteriormente como una reivindicación, cuando el cargo de secretario había perdido parte de la preeminente posición que había gozado en el pasado.

**Palabras clave:** oficio, secretario, literatura jurídico-política, Edad Moderna.

**Abstract:** In the sixteenth and seventeenth centuries books dedicated to the political offices of the Austrias were frequent. This article analyzes how the office of secretary was described in the legal-political treatises of these centuries. Departing from the definition of the term «secretary», I have studied the evolution that this institution has experienced throughout the early modern age. Francisco Bermúdez de Pedraza, one of the most important political writers of this era, announces that he is the first to dedicate a book to the office of secretary. However, it is necessary to refer to previous treaties such as those of Fadrique Furió Ceriol or Bartolomé Felipe. In addition, I have commented on other similar texts which were subsequently written as vindication, when the position of secretary had lost part of its pre-eminent position.

**Key words:** offices, secretary, legal-political doctrine, Early Modern Age.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL OFICIO DE SECRETARIO REGIO: PRECISIONES CONCEPTUALES; III. EL OFICIO DE SECRETARIO EN LA LITERATURA CASTELLANA DE LA MODERNIDAD; IV. CONCLUSIÓN; V. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES, 1. Fuentes impresas (edad moderna), 2. Recopilaciones, 3. Referencias bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho por la Universidad de Granada, España. Correo electrónico: marogabu@ugr.es

## I. INTRODUCCIÓN

En opinión de José Antonio Maravall, barroco «es un concepto histórico» que se desarrolló en los tres primeros cuartos del siglo XVII, y con especial intensidad de 1605 a 1650<sup>2</sup>. En definitiva, se trata de un concepto que abarcó todos los ámbitos de la cultura e intelectualidad, entre ellos la Jurisprudencia, el arte y la literatura. Un rasgo propio de este movimiento y del siglo XVII es el elevado número de tratados que se llevaron a la imprenta. Los tratados de esta época comparten aspectos comunes<sup>3</sup>, tanto de edición y apariencia formal, como de temáticas. En cuanto al modo de redacción, suelen singularizarse por la abundancia de adjetivos, escritos también bajo el espíritu del barroquismo literario en los que abundan las metáforas, analogías, tópicos y *exemplos*. Las portadas habitualmente se ilustran con estampas encuadrables en este Barroco artístico. Es preciso tener en cuenta ciertas premisas, en primer lugar que nos vamos a referir al marco de la Monarquía católica, un sistema tradicional, que se sustentaba en tres concepciones: el Derecho es un conglomerado de normas declarativas que se deducen de los mandamientos religiosos; en segundo lugar la diversidad y pluralidad jurisdiccional imperante, y la imperante técnica del método del caso, el casuismo jurídico<sup>4</sup>. Téngase en cuenta que fue a mediados del siglo XVI cuando surgió un género literario nuevo, que se ocupa del estudio de las instituciones, así como de las condiciones y las facultades deseables en aquéllos que las encarnaban. Son tiempos en los que proliferan las obras referidas a secretarios, privados o embajadores<sup>5</sup>. Por ello, pretendemos prestar nuestra atención a la literatura jurídico-política, que actuó como una fuerza galvanizadora de la época y constituye una fuente primaria para el estudio de la época. No podemos olvidar que, como ha reseñado Beck Varela, los tratados de esta temática son tanto «el vehículo o la fuente *par excellence* de los cambios en el pensamiento jurídico», como

---

2 MARAVALL, J. A., *La cultura del Barroco*, Editorial Ariel, Barcelona, 1983, p. 24.

3 Vid., MARAVALL, J. A., *La teoría española del Estado en el siglo XVII*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944, pp. 20 y ss.; ROJO GALLEGO-BURÍN, M., «La literatura jurídico-política castellana y portuguesa de los siglos XVI y XVII», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 33 (2016), pp. 233-249.

4 GARRIGA ACOSTA, C., «Gobierno y justicia: el Gobierno de la justicia», *Cuadernos de derecho judicial*, 7 (2008), pp. 45-113, *maxime* p. 49.

5 MARAVALL, J. A., *Estado moderno y mentalidad social (Siglos XV a XVII)*, II, Madrid (Ediciones de la Revista Occidente), 1972, p. 456.

el «soporte físico donde dejan sus huellas lectores y censores»<sup>6</sup>. De toda esa pléyade de obras que se dieron a la imprenta queremos poner nuestra atención en los dedicados a una temática concreta: el oficio de secretario, con la pretensión de plantearnos el motivo por el que los autores se referían a esta institución, y qué pretendían con ello.

## II. EL OFICIO DE SECRETARIO REGIO: PRECISIONES CONCEPTUALES

Ante todo, es necesario hacer unas precisiones terminológicas y conceptuales. Respecto al significado lingüístico del vocablo *secretario*, el *Tesoro de la lengua castellana* de Sebastián de Covarrubias lo define como «oficio de mucha confianza cerca de los Reyes, y sus Consejos, en todos los tribunales, y entre señores particulares. Secretaria, el oficio de secretario»<sup>7</sup>. Es decir, lingüísticamente este oficio es definido como un alto cargo del entramado del poder regio. Por tanto, el secretario era el custodio de secretos, una persona digna de confianza, lo que podía suponer una variada tipología de secretarios: desde secretarios privados, de señores o eclesiásticos, a altos dignatarios de la Monarquía<sup>8</sup>. En este trabajo pretendemos abordar preferentemente el secretario como figura próxima al soberano. Para José Antonio Escudero «el título de Secretario del Rey [...] constituye un presupuesto institucional sobre el que se levantan distintas posibilidades, de las cuales las más importantes serán el trabajo junto al Rey, a modo de Secretario personal, y la inserción en los Consejos, piezas fundamentales del gobierno de España durante los siglos XVI y XVII»<sup>9</sup>. Quienes recibían el título de secretarios del Rey solían

6 BECK VARELA L., *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, p. 33.

7 DE COBARRUVIAS OROZCO, S., *Tesoro de la lengua castellana, o española. Compuesto por el licenciado Don..., Capellan de su Majestad, Mastrescuela y Canonigo de la santa Iglesia de Cuenca, y Consultor del santo Oficio de la Inquisición. Dirigido a la Majestad Católica del Rey Don Felipe III, nuestro señor*, con privilegio, Madrid (por Luis Sanchez, impresor del Rey N.S.), Año del Señor 1611, f. 24v.

8 PELORSON, J. M., *Los Letrados, juristas castellanos bajo Felipe III. Investigaciones sobre su puesto en la sociedad, la cultura y el Estado*, traducción de Marciano Villanueva Salas, Valladolid (Junta de Castilla y León, Consejería de Cultura y Turismo), 2008, p. 83.

9 ESCUDERO, J. A., *Los Secretarios de Estado y del Despacho*, Madrid (Estudios de Historia de la Administración, Instituto de Estudios Administrativos), 1969, I, p. 4. Vid.

desempeñar las secretarías de los Consejos, o bien despachar directamente con el monarca, aunque existían también secretarios que ostentaban un título meramente honorífico<sup>10</sup>. Dejando a un margen los honoríficos, era posible diferenciar entre secretarios sinodales, con ejercicio en Consejos y Juntas, y secretarios privados del monarca<sup>11</sup>.

Durante el reinado de los Reyes Católicos se fueron configurando las funciones del secretario, hasta alcanzar un equilibrio entre la autoridad regia y la intervención del oficial en las tareas de gobierno. Sería bajo el reinado de Carlos I, cuando Francisco de los Cobos obtiene el nombramiento de secretario de Estado (1529), y de esta forma en su persona confluye la doble condición de secretario personal del rey y de secretario del Consejo de Estado<sup>12</sup>. A partir de entonces, el secretario de Estado adquiere una relevancia superior a la de los secretarios de los demás Consejos. Desde que en 1573, el hábil Mateo Vázquez se convirtiera en secretario personal de Felipe II, los secretarios privados eclipsan la íntima relación de confianza que mantenían los secretarios de Estado con el monarca.

En el reinado de Felipe III, la figura del secretario es desplazada por la del valido, privado o favorito. El valido se convierte en la figura que gobierna en lugar del rey o, al menos, le ayuda en la tarea, asume las competencias de algunos oficiales y órganos, y llega a alcanzar el control total del gobierno. En el privado se conjugan dos requisitos: el antiguo, de amistad con el monarca, y el moderno, de primer ministro; de esta forma se aúnan lo personal y lo institucional<sup>13</sup>.

---

asimismo BARRIOS PINTADO, F., *La Gobernación de la Monarquía de España. Consejos, Juntas y Secretarios de la Administración de Corte (1556-1700)*, Madrid (Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Fundación Rafael del Pino), 2015, p. 579.

10 ESCUDERO, J.A., *Los Secretarios* cit., II, p. 325.

11 Vid. BARRIOS PINTADO, F., *La Gobernación* cit., p. 579.

12 ESCUDERO, J. A., *Los Secretarios* cit., I, p. 84, y TOMÁS Y VALIENTE, F., *Los validos en la monarquía española del siglo XVII. Estudio institucional* (1ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963), Madrid (Siglo Veintiuno de España Editores), 1990, p. 41.

13 DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., «Desde Carlos V a la Paz de los Pirineos, 1517-1660», en THOMAS, H. y PARRY, J.H. (Dir.), *Historia de España IV*, Barcelona (Grijalbo), 1974, p.20.

### III. EL OFICIO DE SECRETARIO EN LA LITERATURA CASTELLANA DE LA MODERNIDAD

Desde el comienzo de la Edad Moderna la Corte se convierte en el lugar donde aparecen diferentes modelos de comportamiento. El paradigma de ello es la literatura italiana seiscientista, destinada a la formación y educación del cortesano, con *Il libro del cortegiano* de Baltasar de Castiglione a la cabeza<sup>14</sup>. Pero no sólo en Italia, en Castilla son también numerosos los tratados que se dan a la imprenta para abordar esta problemática. Esta institución aparece tanto en la literatura destinada al divertimento, como en la literatura jurídico-política. Respecto a la primera podría citarse la obra de Tirso de Molina, *El Vergonzoso en Palacio*, en la que el secretario se considera omnipresente. Ello responde a las características de las comedias de los años 1610-1616, entendibles en el ambiente de la Corte de Felipe III<sup>15</sup>.

Como ya hemos afirmado, son tiempos en los que menudean las obras referidas a secretarios, privados o embajadores<sup>16</sup>. Ahora bien, la búsqueda de literatura concerniente a este tema no debe limitarse a textos referidos expresamente a la figura del secretario. Es indispensable examinar también los que se refieren a criados, consejeros, privados o validos. Lo esencial no es tanto la denominación del oficio, como el hecho de ser personas próximas al rey. Como advierte García Marín, la manera de referirse a ellos varía según el tratadista, e incluso puede suscitar cierta confusión, pero ésta sólo es superficial, en definitiva «todos ellos se refieren a una misma realidad»<sup>17</sup>. Nótese que la Corte tiene una naturaleza «familiar», antes que cualquier otra cosa, es un modelo propio de organización, similar a lo que sería un poder doméstico. El príncipe hace las veces de *paterfamilias* y por ello, los oficios de la «casa», de la Corte dependen de su criterio, lo cual tiene un corolario inmediato y es el que se sitúa por encima del mérito, el arbitrio del monarca, la fidelidad y

14 HESPANHA, Antonio M., *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1993, p. 178.

15 REDONDO, A. «Las diversas caras y estrategias del poder en “El Vergonzoso en Palacio” de Tirso de Molina», PROFETI, M.G. y REDONDO A., *Représentation, écriture et pouvoir en Espagne à l' époque de Philippe III (1598-1621)*, *Colloque International (Florence, 14-15 septembre 1998)*, Firenze (Publications de la Sorbonne, Università di Firenze), 1999, pp. 137-152, *maxime* p. 141.

16 MARAVALL, J. A., *Estado moderno* cit., II, p. 456.

17 GARCÍA MARÍN, J., *La burocracia castellana bajo los Austrias*, Sevilla (Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla), 1976, pp. 86-87.

el valimiento. Como señala Hespanha, en este plano sobresale de un modo extraordinario el secretario, los *servi domestici* romano<sup>18</sup>.

Podríamos comenzar refiriéndonos a Francisco Bermúdez de Pedraza (1576-1655)<sup>19</sup>, el segundo tratadista político más importante de la Edad Moderna, tras Castillo de Bovadilla, que dedicó a la figura del secretario real varios de sus escritos<sup>20</sup>. *El Secretario del rey*<sup>21</sup> se ha convertido en una obra de referencia para el estudio de la política de la monarquía de los Austrias. Bermúdez de Pedraza ofrece su propia definición del oficio, el secretario es «la guarda de sus secretos [del Rey]»<sup>22</sup>, lo que constituye una definición algo más acotada y simbólica que la de Covarrubias y determina a quien va a dedicar su tratado. De la propia definición bermudiana se pone de manifiesto la razón de que en Roma fuesen conocidos indistintamente como secretarios y silenciarios y, en España, como secretarios y protonotarios. Se deduce la sacralización de la discreción y el peligro que implica la exposición pública. También se les llamó adjutores, porque ayudaban a llevar el «pesso del trabajo», y exceptores, por recibir los memoriales y devolverlos decretados<sup>23</sup>.

No obstante, nuestro punto de partida al tratar este tipo de literatura podía ser también otra obra del autor ya mencionado, *El Panegyrico legal, preemi-*

18 HESPANHA, Antonio M., *La Gracia del Derecho* cit., p.170.

19 Vid. sobre este autor: ROJO GALLEGO-BURÍN, M., *El pensamiento jurídico y político de Francisco Bermúdez de Pedraza (1576-1655)*, Madrid (Marcial Pons), 2018.

20 Vid., GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, R., «El funcionario español de la época austriaca», en *Actas del I Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1970, pp. 253- 291, y «El oficio cortesano según Bermúdez de Pedraza», en *Actualidad y perspectiva del Derecho público a fines del siglo XX: Homenaje al profesor Garrido Falla*, III, Madrid, 1992, pp. 2063-2068; y ROJO GALLEGO-BURÍN, M., «Unas alegaciones sobre mayorazgo de Francisco Bermúdez de Pedraza (1633)», *Ius fugit: Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, 17 (2011-2014), pp. 211-225.

21 BERMÚDEZ DE PEDRAZA, F., *El Secretario del Rey, a Filipe Tercero, Monarca Segundo de España*, por el Licenciado..., Auogado en sus Reales Consejos, Madrid, Año 1620 (Por Luis Sanchez Impres. del R.N.S).

22 BERMÚDEZ DE PEDRAZA, F., *El Secretario del Rey* cit., Discurso III, f. 15r.

23 BERMÚDEZ DE PEDRAZA, F., *Panegyrico legal, preeminencias de los Secretarios del Rey, deducidas de ambos derechos. Y precedencia de Luys Ortiz de Matienzo, Antonio Carnero, y don Yñigo de Aguirre, sus Secretarios, y de su Consejo en el supremo de Italia. Al fiscal nuevamente criado en el. Por el Licenciado..., Abogado de los Consejos, y Canonigo de la Santa Jglesia Apostolica Metropolitana de Granada. Dedicado a su Magestad en la junta de Justicia formada para su determinacion*. Impresso en Granada (por Antonio Renè de Lazcano, en la calle de Abenamar), Año de 1635, f. 29v.



*nencias de los Secretarios de Rey, deducidas de ambos derechos. Y precedencia de Luys Ortiz de Matienzo, Antonio Carnero, y don Yñigo de Aguirre, sus Secretarios, y de su Consejo en el supremo de Italia. Al fiscal nuevamente criado en el*<sup>24</sup>. Se trata de una alegación jurídica de este autor, con motivo de una controversia sobre precedencia de lugares y asientos suscitada en el seno del Consejo de Italia.

Bermúdez de Pedraza asevera en 1635 que «(...) escrivi el libro del Secretario del Rey, y pienso que fuy el primero que rompi la tierra (si bien Reallenga) y con prospero sucesso en ella». En otras palabras, Bermúdez de Pedraza se refiere ahí a *El Secretario del rey*, publicado en 1620, y sostiene que fue el primer tratado que se escribió sobre el oficio del secretario. Sin embargo, aunque es indudable que este tratado presenta un carácter innovador, es necesario matizar esta afirmación, dado que pueden citarse algunos precedentes, como vamos a ir comprobando.

Esa necesidad que tenía el monarca de contar con personas cercanas que le asistieran y aconsejaran había sido puesta de manifiesto por otros autores pretéritos. En el siglo XVI, ya se reflejaba en textos como los de Antonio de Guevara, Pedro de Ribadeneyra, Fadrique Furió Ceriol, Bartolomé Felipe o Marco Antonio Camos. Así lo expresaba Guevara cuando decía: «no ay hombre en el mundo tan sabio que no tenga necesidad del consejo ageno»<sup>25</sup>. Pone de relieve la complejidad de elegir a la persona más adecuada, que precisa de unas condiciones naturales: «creedme señor, y no dudeys, que el arte de gobernar, ni se vende en Paris, ni se halla en Bolonia, ni aun se aprende en Salamanca, sino que se halla con la prudencia, se defiende con la ciencia, y se conserua con la prudencia»<sup>26</sup>. En la obra de fray Antonio de Guevara también se relaciona la labor del secretario como ese custodio de secretos y se refiere metafóricamente al secreto, afirmando que el mayor relicario del príncipe era el pecho de su criado<sup>27</sup>.

A pesar de que la obra de Nicolás Maquiavelo se incluyó en los Índices de

24 BERMÚDEZ DE PEDRAZA, F., *Panegyrico legal* cit.

25 DE GUEVARA, A., *Epistolas familiares de D..., Obispo de Mondoñedo, Predicador, y Cronista, y del Consejo del Emperador, y Rey nuestro señor. Primera y segunda parte. Va todo este Epistolario al estilo y Romance de Marco Aurelio porque el autor es todo vno, y lo que en el se contiene se hallara a la buelta desta hoja*, Madrid (por la biuda de Pedro Madrigal), 1595, pp. 138-139.

26 *Ibidem*, p. 139.

27 DE GUEVARA, A., *Aviso de privados, y doctrina de Cortesanos*, Valladolid, 1539. Hemos utilizado la edición de 1612, Barcelona (por Hieronymo Margarit), f. 208v.

libros prohibidos por la Inquisición, sus ideas fueron ampliamente conocidas y combatidas. A lo largo de los siglos XVI y XVII, principalmente los jesuitas difundieron el pensamiento antimachiavelista<sup>28</sup>, caracterizado por la defensa de la cristiandad tanto del príncipe como del reino. Los jesuitas también se ocuparon y preocuparon de los servidores del rey: es el caso de Pedro de Ribadeneira<sup>29</sup>, que dedica el Capítulo XXIII<sup>30</sup>, de su *Tratado de la religion y virtudes que debe tener el Principe Christiano*, a la necesidad de consejo que tiene el príncipe. Según Ribadeneira, todo consejero debía adornarse de virtudes como la prudencia, la amistad o la benevolencia, siendo la primera de ellas la más destacada<sup>31</sup>.

En Amberes en 1559, se publica *El Concejo y consejeros del Principe*, del valenciano Fadrique Furió Ceriol<sup>32</sup>, un tratado que no vería la luz en la Península Ibérica hasta el siglo XVIII, de la mano de la imprenta de Andrés Sotos. Este discurso estaba destinado a ser el primer libro del quinto tratado de los ocho que el autor proyectaba publicar, obra monumental donde se expondría la organización de la Monarquía. Pero aquel ambicioso proyecto quedó frustrado y sólo contamos con el texto dedicado a los consejos y consejeros. Para autores como Marcel Bataillon es una obra descriptiva de la Monarquía de Felipe II, para otros, como Mechoulan, constituye una dura crítica tanto a la organización como a la ideología político-religiosa del momento<sup>33</sup>. Henry Mechoulan al referirse a Furió Ceriol y reseñar el carácter innovador y único del autor asevera «él es Furió Ceriol y con eso tiene bastante»<sup>34</sup>.

---

28 Vid. sobre este asunto: FORTE, J.M., y LÓPEZ ÁLVAREZ, P. (eds.), *Maquiavelo y España. Maquiavelismo y antimachiavelismo en la cultura española de los siglos XVI y XVII*, Madrid (Biblioteca Nueva) 2008; ESTEVÃO DOS REIS, J., «Religião e política: o pensamento antimachiavelista espanhol dos séculos XVI e XVII», *Revista Brasileira de Historia das Religiões*, 17 (2013), pp. 75-89; HOWARD, K.D., *The Reception of Machiavelli in Early Modern Spain*, UK (Támesis) 2014.

29 RIBADENEYRA, P., *Tratado de la religion y virtudes que debe tener el Principe Christiano, para gobernar y conservar sus Estados. Contra lo que Nicolas Maquiavelo y los Politicos deste tiempo enseñan*, Madrid (en la imprenta de P. Madrigal), 1595.

30 DE GUEVARA, A., *Aviso de privados* cit., pp. 326 y ss.

31 *Ibid.*, pp. 332 y ss.

32 FURIÓ CERIOL, F., *El Concejo y consejeros del Príncipe*, Amberes (en casa de la Biuda de Martin Nucio), 1559.

33 *Ibidem*, pp. 49 y ss.

34 MECHOULAN, H., «Introducción» a FURIÓ CERIOL, F., *Concejo y consejeros de principe*, Madrid (Nacional), 1978, p. 51.

Hay que partir de que la idea de príncipe de Ceriol cuenta, como es lógico, con rasgos medievales. Tal y como ha estudiado Sevilla Andrés, el príncipe de Furió Ceriol es «el hombre que se ha de salvar ejerciendo su oficio; no es un buen Príncipe quien olvida los cuidados de su reino para consagrarse a una vida retirada de lo religioso, ni quien se olvida de la virtud, que es la mejor de las prendas del soberano»<sup>35</sup>. Según el tratadista, un buen príncipe era «aquel, que puede por si solo tomar consejo, i aprovecharse del ageno, i ambos a dos consejos el suio i el ageno (segun los negocios, personas, lugares i tiempos) guiarlos i llevarlos gloriosamente hasta el cabo»<sup>36</sup>. De ahí la relevancia de determinar los parámetros a considerar para elegir a la persona que ocupara un lugar próximo al soberano. El tratado de Furió aborda sucesivamente los consejos con los que debía contar el Príncipe, las calidades que precisan los consejeros —quince del alma<sup>37</sup> y cinco del cuerpo<sup>38</sup> (capítulos II y III)—, y la elección del consejero. Pues como afirma Risco, la idea subyacente es cómo según el carácter de las personas es posible deducir sus cualidades políticas e incluso dirigir las. Pero teniendo en cuenta que aunque el Príncipe necesite de un consejo, dicho consejo tiene como finalidad ejecutar los deseos del soberano<sup>39</sup>.

*Tratado del Consejo y de los Consejeros de los príncipes*<sup>40</sup>, es un libro compuesto por el portugués Bartolomé Felipe, profesor en las Universidades de

---

35 SEVILLA ANDRÉS, D., «Introducción» a FURIO CERIOL, F., *Concejo y consejeros de príncipe*, Valencia (Institución Alfonso El Magnánimo. Diputación Provincial de Valencia), 1952, p. 51.

36 FURIÓ CERIOL, F., *El Concejo y consejeros del Príncipe* cit., Prólogo.

37 En cuanto al alma, entre otras, recomendaba que el consejero fuera de «alto y raro ingenio»; que sepa «las artes de bien hablar»; que «sepa muchas lenguas»; que sea «grande historiador»; que «sepa bien i perfetamente el fin, la materia, el como, quando i hasta quanto se estienda cada virtud»; «que sea politico», «haver andado i visto muchas tierras»; «que sepa las fuerças i poder de su Principe, de sus aliados, de sus enemigos i vezinos», «que no solamente ame el bien publico, pero que en procurarlo, se olvide de su propio provecho i reputacion»; «que sepa curar todo el cuerpo del principado, i no que curando una parte, desampare otra», que «sea justo y bueno», «manso y afable» y «fuerte».

38 Respecto de las del cuerpo, determinaba que era adecuado que «ni tenga menos de treinta años, ni passe de los sesenta», «sanguino, o colerico», «que sea de mediano talle en altor i grossura», «natural proporción» y que «sea bien carado, i de buenas gracias».

39 RISCO, Antonio, «Empirismo político de Furió Ceriol», *Cahiers du monde hispanique et luso-brésilien*, 29 (1977), pp. 123-155, maxime p. 143.

40 FELIPPE, B., *Tractado del Consejo y de los Consejeros de los príncipes*, Coimbra (casa de Antonio de Mariz, impresor de la Universidad), 1584.

Lisboa, Salamanca y Coímbra que se refiere también a esa persona próxima al monarca. El *Tratado del Consejo* es calificado por Quevedo de «doctísimo libro»<sup>41</sup>, fue publicado en Coímbra, en 1584. Como discípulo de Furió, Felipe aborda la misma temática de este, el Consejo y los consejeros. Pero a lo largo de sus diecisiete discursos plantea otras cuestiones, como la sucesión en el reino de Portugal, manifestando su adhesión a que Felipe II sucediera en el reino, pues a él le correspondía conforme a Derecho<sup>42</sup>. Felipe titula su tercer discurso *De la necesidad que los Principes tienen de servirse de consejeros que libremente les digan lo que entienden que es útil a la Republica*. Un estudioso de la obra, Santos López, sistematiza el contenido del libro en tres cuestiones: en primer lugar, el hecho de que esta obra contribuyó a difundir el pensamiento de Furió Ceriol; en segundo lugar, el carácter «realista y liberal» de las ideas del autor, en contraposición a las imperantes, de carácter «mesiánico y providencialistas»; por último, el libro es una de las aportaciones que realizó el reino de Portugal cuando se hallaba integrado en la Monarquía<sup>43</sup>.

En 1592, Marco Antonio de Camos, maestro y prior del monasterio de San Agustín, publica en Barcelona *Microcosmia y Gobierno Universal del Hombre christiano, para todos los estados y qualquiera de ellos*<sup>44</sup>. La dedicatoria va dirigida a Antonio de Cardona, duque de Sessa y Soma, y embajador de España en Roma. A diferencia de las demás, la obra adopta la forma del diálogo, un género muy común en la época. El tratado, dividido en tres partes, reproduce las conversaciones entre tres personajes: Turritano, Benavente y Valdeiglesia. La primera parte se dirige principalmente a quienes conforman la *res publica*: abogados, fiscales y consejeros. En la segunda se abordan cuestiones diversas relacionadas con la economía, los mercaderes, los labradores, los pobres o las viudas. Y en la última parte se tratan, entre otras, cuestiones religiosas. A lo largo de estas pláticas se abordan asuntos referentes a los criados del Rey, encuadrables en diferentes géneros, como aquéllos referentes a

---

41 FRANCISCO DE QUEVEDO, *La política de Dios, capítulo XXI*, edición utilizada: *Obras de D. Francisco de Quevedo Villegas*, Madrid (por D. Joachin Ibarra), 1752, vol. III, p. 237.

42 FELIPPE, B., *Tratado del Consejo* cit., f.10v.

43 SANTOS LÓPEZ, M., «El pensamiento realista y liberal de Bartolomé Felipe, el fiel discípulo de Fadrique Furió», en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 56 (2006), pp. 5-24, maxime p. 16.

44 DE CAMOS, M. A., *Microcosmia y Gobierno Universal del Hombre christiano, para todos los estados y qualquiera de ellos*, en el Monasterio de Sancto Agustin, Barcelona (por Pablo Malo), 1592.

los negocios del monarca, sus estados y su casa. Dentro de esta categoría se incluye, entre otros, a los Consejos, sus presidentes y los secretarios, especialmente el de cámara, al que equipara con un «guardajoyas», pues en él residen «los mas altos y mas preciados tesoros que el Rey tiene que son sus secretos: en el sacramento y guarda de los quales consiste mucha parte del buen estado y gobierno del honor y reputacion del Rey y de sus Reynos»<sup>45</sup>.

Ya en el siglo XVII, y bajo el reinado de Felipe III, debe destacarse la obra de Gabriel Pérez del Barrio Angulo, secretario del marqués de los Vélez y alcaide de la fortaleza de su villa de Librilla<sup>46</sup>. En 1613, Pérez del Barrio publica *Direccion de Secretarios de Señores, y las materias, cuydados, y obligaciones que les tocan, con las virtudes de que se han de preciar, estilo, y orden del despacho y expediente, manejo de papeles de ministros, formularios de cartas, prouisiones de oficios, y vn compendio en razon de acrecentar estado, y hazienda, oficio de Contador, y otras curiosidades que se declaran en la primera hoja*<sup>47</sup>. La *Direccion* es considerada uno de los primeros manuales destinados a la formación de los secretarios de la época<sup>48</sup>. A pesar de no ser muy conocida en la actualidad, en su momento alcanzó un gran éxito editorial, pues fue reeditada en tres ocasiones, 1622, 1635 y 1645.

El tratado de Pérez del Barrio resulta especialmente interesante por diversas razones. Ya desde los primeros folios se aprecia su valor, pues cuenta con dedicatorias de grandes escritores auriseculares, como Lope de Vega, Vicente Espinel, Pedro Soto de Rojas e, incluso, Miguel de Cervantes. La primera edición (1613), va dirigida a Juan Andrés Hurtado de Mendoza, V marqués de Cañete, y la segunda (1622), a Antonio de Aróstegui.

45 DE CAMOS, M. A., *Microcosmia* cit., p. 119.

46 Sabemos también que fue secretario de los condes de Oropesa y ayo del marqués de Flores de Ávila.

47 PÉREZ DEL BARRIO ANGULO, G., *Direccion de Secretarios de Señores, y las materias, cuydados, y obligaciones que les tocan, con las virtudes de que se han de preciar, estilo, y orden del despacho y expediente, manejo de papeles de ministros, formularios de cartas, prouisiones de oficios, y vn compendio en razon de acrecentar estado, y hazienda, oficio de Contador, y otras curiosidades que se declaran en la primera hoja. Por...*, *Secretario del Marques de los Velez, y Alcayde de la Fortaleza de su villa de Librilla. Dirigido al Marques de Cañete don Iuan Andres Hurtado de Mendoza*. Madrid (Alfonso Martin de Balboa), 1613.

48 SERRANO SÁNCHEZ, C., «Cartas al Papa: modelos epistolares en los manuales de correspondencia de los siglos XVI-XVII», en *Via Spiritus. Revista de História da Espiritualidade e do Sentimento Religioso*, 18, Oporto, pp. 159-182, maxime p. 163.

Pérez del Barrio sigue el ejemplo de Castillo de Bovadilla, quien se había referido a los secretarios de señores en su *Politica para corregidores*. Parafraseando a Juan de Platea, Castillo de Bobadilla enumera entre los magistrados de Roma «los secretarios del secreto, que llaman Chanciller del sello, y tras estos los Secretarios Registradores, y despues los Secretarios de los negocios contenciosos»<sup>49</sup>. Por otra parte, denuncia que la actividad de los jueces señoriales se veía sometida a las injerencias de los secretarios. Los abusos de los secretarios señoriales, probablemente derivados de la falta de regulación del cargo, pudieron impulsar a Pérez del Barrio a redactar su tratado: «Viendo que por estar el oficio de secretario de señores, tan desnudo de estilo, orden, ni forma, se le atreue tanto la ignorancia, por no saber las muchas materias, y cuydados, cargas y obligaciones que le tocan, y que le han sido ingratos [...] Vengo á ser el que pone las primeras piedras en tan gran edificio, conforme a nuestro estilo»<sup>50</sup>.

Pérez del Barrio alude a la necesidad de diferenciar entre los distintos secretarios. Afirma la existencia de una variada tipología de ellos, que se diferenciaban por la «diversidad de papeles e inclinaciones»<sup>51</sup>: había secretarios lisonjeros, virtuosos y venales. Por otra parte, existían «oficios que tienen usurpado el nombre y título de Secretario»<sup>52</sup>; el uso del vocablo *secretario* se había vulgarizado, aplicándolo en ocasiones a oficios a los que no correspondía, de suerte que hasta los sacristanes (meros escribanos de cofradías) se hacían llamar secretarios. Tales personas se atribuían la dignidad de secretario porque el género y ejercicio de su ocupación era el «de pluma». Pérez del Barrio atribuye el origen de aquella confusión a la Pragmática de cortesías

---

49 CASTILLO DE BOVADILLA, J., *Politica para Corregidores, y Señores de Vassallos, en tiempo de paz, y de guerra. Y para Juezes Ecclesiasticos y Seglares y de Sacas, Aduanas, y de Residencias, y sus Oficiales: y para Regidores, y Abogados, y del valor de los Corregimientos, y Gobiernos Realengos, y de las Ordenes, Autor el Licenciado..., del Consejo del Rey Don Felipe III nuestro Señor, y su Fiscal en la Real Chancilleria de Valladolid*, En Amberes, En casa de Iuan Bautista Verdussen, Impressor y Mercader de Libros, 1704 (1ª ed., Madrid, 1597), edición facsímil, con Estudio preliminar por González Alonso, B., Madrid (Instituto de Estudios de Administración Local), 1978, I, Lib. I, Cap. IX, núm. 14, p. 99.

50 PÉREZ DEL BARRIO ANGULO, G., *Direccion de Secretarios* cit., Dedicatoria a Juan Andrés Hurtado de Mendoza, V marqués de Cañete.

51 PÉREZ DEL BARRIO ANGULO, G., *Direccion de Secretarios* cit., f. 1v.

52 *Ibidem*, f. 1r.

promulgada por Felipe II<sup>53</sup>, que dio lugar a toda una discusión en torno a estas cuestiones. Según del Barrio, Secretarios del Rey eran los del Consejo de Estado, Guerra, Cámara y Mercedes, y aquellos que, anteponiendo el mandato real, refrendaban Reales Cédulas y despachos. A ellos correspondía recibir lo elaborado por los escribanos de cámara, para que lo firmase el monarca, lo refrendaran ellos y los escribanos lo remitiesen a las partes.

En la *Dirección de Secretarios* hallamos aspectos teóricos, como la enumeración de las virtudes que deben adornar al secretario, o las particularidades del oficio —hasta dieciséis—, los caminos de la privanza y sus peligros. Pero el libro aborda también cuestiones prácticas, incorpora numerosos formularios, modelos para que los secretarios los sigan a la hora de redactar cartas y otros documentos, e incluso se refiere a cuestiones ortográficas.

En la edición de 1645, Pérez del Barrio vuelve a resaltar la grandeza del secretario, pues es una figura que todos buscan: reyes, príncipes, señores y ministros; este secretario y consejero «es tan importante Ministro, que con su ayuda se lleva el peso de los mayores cuidados, en accidentes, y ocasiones, cargos, y oficios del gobierno civiles, y militares, cuidados, y desvelos de la razón de estado, despacho, y expediente de los negocios, y sus correspondencias, tan necesarias, y forçosas, que las tengo por el principal movimiento, acción y observancia de su dirección y el mejor modo de navegar al puerto de los buenos sucesos»<sup>54</sup>. Asimismo incluye quince «Avisos graves y superiores que el Secretario Consejero debe dar à su Señor, para su gobierno, Casa, y Estados»<sup>55</sup>, recomendaciones para los secretarios y los señores. El libro se cierra de un modo distinto al habitual, con una despedida a «las amistades,

---

53 Felipe II promulgó dos Pragmáticas sobre cortesías: *Premática, en que se da la orden y forma que se ha de tener y guardar, en los tratamientos y cortesías de palabra y por escrito: y en traer coroneles, y ponellos en qualquier partes y lugares*, por Pedro Madrigal, Madrid, 1586; y *Premática en que se manda guardar la de los tratamientos y cortesías, y se acrecientan las penas contra los transgresores de lo en ella, y en esta contenido: y que se proceda de oficio no aviendo denunciador, o no prosiguiendo la causa: y la justicia que no lo hiziere y tuviere cuidado de executar lo, pague de sus bienes las penas que avian de pagar los condenados, y sea suspendido el oficio por dos años*, por Pedro Madrigal, Madrid, 1594. En ambas se dice lo mismo respecto a los secretarios: «Que en las refrendatas de todas las cartas, cedulas y provisiones nuestras, pongan nuestros secretarios: del Rey nuestro Señor, en lugar de su Magestad: y en las refrendatas de los nuestros escrivanos de camara se haga lo mismo».

54 PÉREZ DEL BARRIO ANGULO, G., *Secretario y Consejero de Señores* cit., f. 2r.

55 *Ibidem*, f. 34v.

negocios y pretensiones Cortesanas, y sus navegaciones, y con ochenta y seis años de desengaños se retira»<sup>56</sup>, y dirigiéndole otro escrito a su hijo, también secretario.

Dos años después de la publicación del libro de Pérez del Barrio, en 1615, el franciscano e «intelectual de la oposición a Lerma»<sup>57</sup>, Fray Juan de Santa María, publica, en Madrid, *Tratado de Republica, y policia christiana. Para Reyes y Príncipes: y para los que en el gobierno tienen sus vezes*<sup>58</sup>. Esta obra encontró una buena acogida: en 1617 volvió a publicarse en Barcelona, en 1619, en Valencia y, más tarde, en Lisboa y Nápoles. Tomás y Valiente define el *Tratado de Republica* como «un libro claro y bien escrito, con maneras sencillas y poco contaminadas aún del farragoso artificio del barroco»<sup>59</sup>. Maravall, por su parte, destaca que Santa María es el autor político que mantiene una postura más extrema, pues sostiene que el monarca que no respeta las decisiones adoptadas por el Consejo se adentra en la tiranía<sup>60</sup>.

Santa María denuncia que quienes ocupaban oficios públicos lo hacían por vanidad, codicia, intereses crematísticos, avidez de poder o deseo de lograr inmunidad. El franciscano resalta la necesidad de que el monarca escoja a las personas más virtuosas: «ministros trabajadores a su Republica. Ministros de confiança, de zelo, y de virtud conocida, que les quadre el nombre de consejeros, y no de palabreros»<sup>61</sup>. Como Pérez del Barrio, Santa María pone de manifiesto que, por aquel entonces, el término secretario había perdido su verdadero significado, lo cual había provocado que se adjudicara aquel título «por lisonja de litigantes», «a los que ni guardan secreto, ni tratan negocios que le requieran». Por ello reprueba el uso impropio del término, pues no se debe otorgar «la honra, y el titulo a quien no le viene de oficio»<sup>62</sup>. El autor dedica diversos capítulos de su obra a la elección de las personas que debían ocupar los oficios de la Monarquía, y a las cualidades que debían ostentar para ejercer tales cargos.

---

56 *Ibid.*, f. 290v.

57 FEROS, A., *El Duque de Lerma. Realeza y privanza en la España de Felipe III*, Madrid (Marcial Pons), 2002, p.425.

58 SANTA MARÍA, J. DE, *Tratado de Republica, y policia christiana. Para Reyes y Príncipes: y para los que en el gobierno tienen sus vezes*, Barcelona (por Geronymo Margarit y a su costa), 1617.

59 TOMÁS Y VALIENTE, F., *Los validos* cit., p. 143.

60 MARAVALL, J. A., *La teoría* cit., p. 288.

61 SANTA MARÍA, J. DE, *Tratado de Republica*, cit., f. 37 v.

62 *Ibidem*, f. 178 r.



Santa María se pregunta si los Reyes debían o no tener privados. El franciscano empieza por afirmar que se trata de una cuestión compleja, puesto que privado es un «amigo particular»<sup>63</sup>. Pero la amistad debe entablarse entre iguales, de suerte que no podía surgir entre el Rey y sus vasallos o criados. No obstante —puntualiza— cuando se trata de personas virtuosas, prudentes y eruditas, la desigualdad llega a desaparecer, «porque la virtud tiene esa excelencia, que del polvo de la tierra levanta, y engrandece a los hombres de tal manera, que se igualen, y tengan asiento al lado de los grandes Principes»<sup>64</sup>. Santa María sostiene que los privados pueden tener orígenes diferentes, pues existen dos tipos de amistad y de amor<sup>65</sup>. Hay un *amor amicitiae* y un *amor concupiscentiae*; el primero se caracteriza por ser un sentimiento sincero y, el segundo, por ser interesado. Por otra parte, el autor alerta de un peligro: la privanza corrompe, conforme la relación entre el monarca y el privado se hace más estrecha.

Otra cuestión tratada es la conveniencia de que el Rey cuente con uno o más privados. Si se define el privado como la persona que trabaja, alerta al monarca de lo que es necesario para el reino y procura siempre alcanzar el bien común de la Monarquía, resulta evidente la conveniencia de que el monarca disponga de más de uno. Ello beneficia tanto al rey, que así cuenta con más colaboradores, como a los privados, que ante la existencia de competencia, desplegarán una mayor diligencia en sus tareas. De un modo tácito, Santa María parece disentir del régimen del valimiento, llegando a aconsejar al monarca que se desaliente con aquellos que le recomiendan lo contrario, pues ello solo verifica el anhelo de ser dueño «absoluto de su voluntad»<sup>66</sup>.

Los últimos capítulos del *Tratado de Republica* se ocupan de la relación Rey-privado. Allí Santa María postula que a determinados oficios, como los de justicia, no accedan familiares y allegados de los privados, pues ello causa un grave daño al bien público (advírtase que, por entonces, los oficios eran desempeñados por personas afines al Duque de Lerma). Supuesto distinto es el de los oficios que no afectaban al gobierno ni a la justicia, como los de gracia. Tales oficios sí eran susceptibles de ser concedidos a aquellas personas, porque eran de escasa relevancia.

63 *Ibid.*, f. 206r.

64 *Ibid.*, f. 208v.

65 Sobre el papel del amor y de la amistad en la política: ELLIOTT, J.H., «La Corte de los Habsburgos españoles: ¿una institución singular?», *España y su mundo*, Madrid (Alianza), 1991, pp. 179-200; MARTÍNEZ MILLÁN, J., «La Corte de la Monarquía hispana», *Studia Historica. Edad Moderna*, 28 (2006), pp. 27-61.

66 SANTA MARÍA, J. DE, *Tratado de Republica*, cit., f. 214v.

La publicación del tratado de Santa María, una dura crítica al Duque de Lerma y a sus partidarios, tuvo repercusiones prácticas<sup>67</sup>. Novoa llega a culpar al franciscano de la caída del valido<sup>68</sup>. Tras veinte años como el hombre más poderoso de la Monarquía, Lerma marcha al exilio. Ello se refleja en la literatura política, atenta a las ideas de las distintas facciones del momento. La preocupación por las consecuencias de la caída de Lerma se extendió por toda la Monarquía, siendo publicados varios tratados relevantes en Castilla, Valencia y Portugal.

En 1617, Juan de Madariaga, monje cartujo de Portacoeli, publica en Valencia *Del Senado y de su Príncipe*<sup>69</sup>. Este tratado, descrito por Cánovas del Castillo como «raro y excelente»<sup>70</sup>, se compone de cuarenta y cuatro capítulos, donde, a diferencia de las obras examinadas anteriormente, Madariaga no se refiere a secretarios, privados o validos, sino al Senado y los senadores. Según Rivero Rodríguez, dicho tratado «resume las ideas principales de la modulación senatorial de los consejos»<sup>71</sup>. Madariaga presenta al Rey como un sujeto poseedor de tres virtudes: potestad, sabiduría y justicia. La primera virtud sólo se halla en el soberano, a diferencia de las otras dos, que pueden encontrarse en otros hombres, aquéllos que necesita el monarca para el gobierno. Rey y consejeros conforman el Senado, y los segundos reciben del monarca parte de su potestad. Madariaga previene al monarca contra los malos consejeros, dedicando un capítulo a las sanciones que debían imponerse a los malos consejeros. Al Rey corresponde decidir cuál es el mejor parecer ofrecido por los senadores cuando le aconsejan. De ahí que el autor expon-

---

67 Felipe III pasó el verano de 1618 en El Escorial, leyendo el tratado de Santa María, asistido por las orientaciones del propio autor. De hecho, se considera al franciscano «ideólogo oficial». Vid. WILLIAMS, P., «El favorito del rey: Francisco Gómez de Sandoval y Rojas, V marqués de Denia y I duque de Lerma», en MARTÍNEZ MILLÁN, J. y VISCEGLIA, M. A. (Dirs.), *La monarquía de Felipe III: La Casa del Rey*, Madrid (Fundación Mapfre, Instituto de cultura), 2008, pp.185-260, *maxime* pp. 429 y ss.

68 DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., *La sociedad española del siglo XVII*, Granada (Universidad de Granada), 1992, II, p. 197.

69 MADARIAGA, J. DE, *Del Senado y de su Príncipe*, Valencia (imprensa de Felipe Mey), 1617.

70 CÁNOVAS DEL CASTILLO, A., «De las ideas políticas de los españoles durante la Casa de Austria», en *Revista de España*, tipografía de Gregorio Estrada, Madrid, IV (1868), pp. 498-570, *maxime* p. 554.

71 RIVERO RODRÍGUEZ, M., *La edad de oro de los virreyes. El virreinato de la Monarquía Hispánica durante los siglos XVI y XVII*, Madrid (Akal), 2011, p. 127.

ga las condiciones que deben reunir los senadores. Insiste en el rechazo a la venalidad de los oficios. Y sostiene que para ejercer cargos como el de gobernador o de regidor, no era preciso ser letrado, bastando con ser «hombre de capa y espada»<sup>72</sup>, pues preferir siempre a los letrados para oficios de gobierno causaría un gran descontento.

También en 1617 se publica *Excelencias de San Juan Bautista*, de Gregorio López Madera<sup>73</sup>, alcalde de Casa y Corte, corregidor de Toledo (y antiguo fiscal de la Chancillería de Granada). Según Bermejo Cabrero, se trata de una obra «extensa y amazotada, de difícil lectura, configurada a modo de glosa o explicación de textos de la Sagrada Escritura»<sup>74</sup>. Las *Excelencias* abordan la institución del secretario del Rey valiéndose de textos bíblicos. San Juan Bautista es identificado alegóricamente como «Secretario de Dios y el mayor de los Secretarios»<sup>75</sup>, identificación que Salustiano de Dios califica de «esperpento». Al margen de su contenido religioso, las *Excelencias* ponen de relieve la grandeza del oficio de secretario: «le pertenece mas que a todos, por su oficio consultarle a boca, y encomendársele los mayores secretos del Reyno». El cargo queda caracterizado por tres notas: ser constituido por el monarca, recibir un título de nombramiento y despachar con el Rey.

En 1618 y en Lisboa, Juan Fernández Abarca, contador del Rey, de la artillería del reino de Portugal, publica *Discurso de las partes y calidades con que se forma un buen secretario. Con catorze capitulos, que debe guardar para su entereza. Con una recapitulacion de el numero que ay de cartas misivas para su ejercicio. Y de los generos que son y las que tocan a cada uno. Y un tratado, de las partes que an de tener los criados, que an de servir en*

72 MADARIAGA, J. DE, *Del Senado* cit., p. 277

73 LÓPEZ MADERA, G., *Excelencias de San Juan Bautista*, Toledo (imprensa de Bernardino de Guzmán), 1617. La alegoría de San Juan Bautista es un recurso literario ya utilizado por Lope de Vega en un auto histórico, político y religioso, escrito con motivo de las nupcias de Felipe III y su hermana Isabel Clara Eugenia, *Bodas entre el Alma y el Amor divino*, que incorporó al final del libro II de la novela bizantina *El peregrino en su patria*. En este auto, San Juan Bautista personifica a Lerma. De ahí que Feros considere que la obra «trata de legitimar la existencia del favorito sacralizando su rol». (FEROS, A., *El Duque de Lerma* cit., pp. 193-194). Vid. LOPE DE VEGA Y CARPIO, F., *El peregrino en su patria*, Barcelona (en casa de Sebastian de Cormellas), 1605, f. 94.

74 BERMEJO CABRERO, J. L., «Estudio preliminar» a LÓPEZ MADERA, G., *Excelencias de la Monarquía y Reino de España*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1999, p. 24.

75 LÓPEZ MADERA, G., *Excelencias* cit., f. 57v.

*las casas de los señores*<sup>76</sup>. Principia el tratado especificando las excelencias que se precisan para ser un buen secretario: entre otras, gozar de entendimiento, ser leído en historias humanas y divinas, conocer el latín, ser persona experimentada en esas labores. De ahí la conveniencia de que el secretario no fuera muy joven, a no ser que gozara de un talento extraordinario. Fernández Abarca pondera la necesidad de que el secretario «como caudillo fiel, refiera lo que passa, y sepa significar la demostracion de la intencion, con que cada uno ha propuesto y hablado, y procurar inclinar la de su Principe a lo mejor y mas conveniente». El buen secretario debía ser «un segundo confessor, esencial y confidente ministro».

Una vez caracterizada la figura del secretario, el autor detalla el modo en que debe comportarse y ejercer su labor, la forma de tratar con los súbditos, de despachar y la forma de las audiencias. La segunda parte del libro contiene formularios, de forma similar a la *Direccion de Secretarios* de Pérez del Barrio: modelos de cartas, de textos de carácter judicial o narrativo. El *Discurso* concluye exponiendo las cualidades que deben reunir los criados de las casas de los señores, tales como el camarero, el caballero o el contador.

De nuevo debemos referirnos al libro de Bermúdez de Pedraza, *El Secretario del rey*. Este tratado ve la luz cuando la institución de los secretarios del monarca ha perdido la posición preeminente que hasta entonces había ostentado. Bermúdez vindica la figura del secretario, al tiempo que formula una crítica encubierta a los validos<sup>77</sup>. Al socaire de la controversia, Bermúdez pergeña una monografía sobre el oficio de secretario, ponderando su grandeza y preeminencias. Se propone demostrar la grandeza del oficio de los secretarios, su necesidad, la prudente elección de su persona, la eminencia de su ingenio, la fidelidad del secreto, y los privilegios concedidos a los secretarios. En definitiva, se pone de manifiesto la pretensión de los autores de reivindicar la figura de los secretarios. Es el caso de Bermúdez de Pedraza, que al enaltecer aquellas instituciones, parece oscurecer la figura del valido, que se había convertido en el *alter ego* del Rey, interponiéndose entre los Consejos y los secretarios de Estado, que eran el lazo de unión entre el Consejo y el monarca.

---

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ ABARCA, J., *Discurso de las partes y calidades con que se forma un buen secretario. Con catorze capitulos, que debe guardar para su entereza. Con una recapitulacion de el numero que ay de cartas misivas para su ejercicio. Y de los generos que son y las que tocan a cada uno. Y un tratado, de las partes que an de tener los criados, que an de servir en las casas de los señores*, Lisboa (por Pedro Craesbeeck), 1618.

<sup>77</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., *Los validos* cit., p. 130.

En 1637, Bermúdez de Pedraza vuelve a publicar esta obra<sup>78</sup>. Esta nueva edición de su libro, impresa en Granada, aparece dividida en dos partes, denominadas Controversias. La primera Controversia es *El Secretario del Rey* propiamente dicho y, la segunda, el *Panegyrico legal*, titulado ahora *Segunda Controversia*. Por Luis Ortiz de Matienço, Antonio Carnero, don Iñigo de Aguirre, del Consejo de su Magestad, y sus Secretarios en el supremo de Italia. Con el Licenciado Ivan Ruyz de Laguna Fiscal del dicho Consejo. Sobre la precedencia de asientos en el.

Bermúdez de Pedraza sustituye el prólogo dirigido al Rey de la primera edición por un prólogo al lector, donde narra las vicisitudes del libro, originado «de competencias grandes de ministros del Rey, con Secretarios». El jurista granadino expresa que a sus desvelos «deuen los Secretarios los primeros realces de su honor», pues antes de la publicación del libro, el oficio de secretario «andaua tan informe, que no era conocido por lo que es: no se auian quilatado los grados de su valor en España». Sin embargo, un consejero de Castilla le había pronosticado que, aunque el libro era bueno, pasaría «por la comun desdicha de lo que se haze por muchos, que lo agradecen pocos». La experiencia había confirmado el pronóstico del consejero: «serui liberalmente a los Secretarios con el, y se mesuraron algunos, como si fuera mi libro tributo de su fortuna»; no obstante, «otros con humanidad Christiana hizieron mas aprecio del; ocasionando con honras y fauores esta segunda edicion». Aunque desengañado, Pedraza finaliza el prólogo afirmando: «por todos me he desuelado segunda vez, por todos he trabajado y costeadado esta segunda impression»<sup>79</sup>. Al margen de estas cuestiones, es importante reseñar que la mencionada segunda edición de *El Secretario del Rey* (1637) registra un acontecimiento capital en la historia de la organización del poder regio: la aparición de la Secretaría del Despacho Universal, oficio ejercido por primera vez por Antonio de Aróstegui, mecenas de Bermúdez de Pedraza.

Con la intención de poner de manifiesto la grandeza del oficio de secretario del príncipe, Pedraza pondera la estimación del cargo, inmune a las contingencias impuestas por la diversidad de tiempos y lugares. En otras palabras,

78 BERMÚDEZ DE PEDRAZA, F., *El Secretario del Rei, escrito a Felipo Quarto, Tercero Monarca de España*. Por Don Francisco Bermudez de Pedraça Canonigo y Tesorero de la Santa Iglesia Apostolica de Granada. En gracia Don Geronimo de Villanueua Comendador de Villafranca en la orden de Calatraua, del Consejo de su magestad en los de guerra, y Aragon, secretario de estado de la parte de España, y Protonotario de la corona de Aragon (por Andres Santiago Palomino), En Granada año de 1637.

79 Vid. Francisco BERMÚDEZ DE PEDRAZA, *El Secretario del Rei* cit. (1637), Letor.

la estimación del oficio de secretario era intemporal y universal. Bermúdez remonta la existencia del secretario a los tiempos bíblicos, para luego exponer la preeminencia del oficio en las distintas sociedades históricas, mencionando a célebres secretarios.

Al hilo del relato histórico, Bermúdez intercala oportunos avisos sobre los peligros de la privanza, en otras palabras, del valimiento: parafraseando a Tácito y a Séneca, advierte que «no ay segura privança, si es demasiada, porque toda demasia es vicio, lo vicioso violento, y lo violento està naturalmente sugeto a caerse»<sup>80</sup>; y también, que «la fortuna que con rostro apacible leuanta al priuado, lo dexa caer sin culpa suya en el mayor daño de la vida, y testimonio bien antiguo de la grandeza del Secretario del Principe igual a la Real»<sup>81</sup>.

Dada la naturaleza del oficio de secretario, Bermúdez sostiene que el ministro o consejero del príncipe, se encontraba obligado a guardar el secreto de lo que trataba o comunicaba con el rey. A tales efectos, el jurista granadino cita una ley de *Partidas*, que consideraba traidor al mal consejero<sup>82</sup>, y una disposición recopilada (ley 21 de las Cortes de Toledo de 1480) por la que se obligaba a los miembros del Consejo Real a jurar la observancia del secreto, quedando al arbitrio del rey la pena del transgresor<sup>83</sup>. Bermúdez de Pedraza acude también a la doctrina, y en particular al jurista italiano Paris de Puteo (Paride del Pozzo), quien en su *Tractatus de formatione libelli in syndicatu*, equiparaba la revelación del secreto debido por oficio y juramento al delito de lesa majestad en primer grado, siempre que la revelación provocase odio o enemistad entre el Rey y sus amigos, o daño público, en que irían implícitas penas de infamia, perjurio y falsedad<sup>84</sup>.

---

80 *Ibidem*, Discurso II, f. 7v.

81 *Ibid.*, Discurso II, f. 8r.

82 P 2.9.5, *Quales deuen ser los consejeros del Rey*: «E quando tales los fallare, deue los amar, e fiar se mucho en ellos, e fazer les algo, de manera, que ellos lo amen mucho, e ayan sabor, de aconsejarle lo mejor siempre. E quien de otra guisa lo fiziesse, faria traycion conocida, por que meresceria pena, segund el mal que viniessen, del consejo que le ouiesse dado».

83 NR 2.4.5: «Ordenamos que cada vno dellos jure que conseje bien y verdaderamente, segun su entendimiento, y consciencia: y que por aficion y prouecho particular suyo propio, ni de otra persona, ni por odio, no aconsejarà, saluo lo que pareciere ser justo. Y que assimismo juren, que no descubriràn los votos, y deliberaciones del Consejo, y lo que fuere acordado que sea secreto, saluo con personas diputadas del dicho Consejo. Y si alguno se perjurarre haziendo lo contrario, que sea priuado del dicho Consejo, y Nos les demos la pena, segun que nuestra merced fuere».

84 Aquí se advierten divergencias entre Bermúdez y Bartolomé Felipe, a quien el

Bermúdez enumera las conductas que implicaban violación de secreto: revelar las acciones secretas del príncipe o de su Consejo, así como los votos, consultas o resoluciones del Consejo. Dichas acciones impedían la administración de la justicia, avisando al negociante, impidiendo el castigo, pervertiendo el orden, defraudando la ley, indignando al amigo y aprestando al enemigo. Se trata de un grave delito para el cual no se podía imaginar pena adecuada. Por eso, «con suma prudencia la ley Real permitió el castigo al arbitrio del Príncipe»<sup>85</sup>, sin fijar pena legal.

En 1681, aparece el tratado de Gabriel José de la Gasca y Espinosa, *Manual de avisos para el perfecto cortesano*<sup>86</sup>, donde son citadas varias de las obras ya mencionadas. Dicho tratado se refiere también al oficio de secretario, que define como la voz de su dueño<sup>87</sup>. Al igual que Pérez del Barrio, asevera que eran muchos los oficios que comprendía esa denominación de Secretario: «entre los demas tambien dan este apellido à los que por ocupación se emplean en el despacho de las cartas misiuas, de los Principes, Señores, o Ministros». Según el autor, la función que tenían en común era la de «formar los Memoriales, Relaciones de servicios, y Consultas que se hazen para presentarse à su majestad, y en sus Magistrados (negocio graue, y de puridad)». De esta función, el autor deduce dos tipos diferentes de correspondencias: cortesanas, políticas y judiciales<sup>88</sup>.

---

jurista granadino sigue en otras cuestiones. Pues si bien Felipe afirma que son perjurios aquellos que revelan lo que el rey les comunica, y con ello violan las leyes, existe un caso en el que no se comete tal delito a pesar de haber una revelación, y es cuando exista un perjuicio para la república, es decir, cuando se descubra lo que es contrario a lo que «Dios manda», y si aquello es «notariamente contra el bien publico». Supuesto que Bermúdez de Pedraza no contempla. Vid. FELIPPE, Bartolomé, *Tratado del Consejo* cit., f. 62r. En el extremo opuesto, Santa María afirma que quien revele el secreto sería perjuro, infame, pecaría mortalmente, lo cual le obligaría a resarcir todos los daños, quedando inhabilitado para ejercer el oficio. Vid. DE SANTA MARÍA, Juan, *Tratado de Republica* cit., f. 179r.

85 BERMÚDEZ DE PEDRAZA, Francisco, *El Secretario del Rey* cit., Discurso VI, f. 59v.

86 GASCA Y ESPINOSA, G. J. DE LA, *Manual de avisos para el perfecto cortesano. Reducido a un politico Secretario de Principes, Embaxadores, ù de grandes Ministros, à cuyo cargo es el despacho de las cartas missiuas, y dilatación de sus Decretos; y tambien la formalidad de cómo se deben estender los de las Consultas, que se hazen à su Majestad, para presentarse en sus Magistrados; Y asimismo la modestia con que se deben reformar los memoriales, o relaciones de servicios, que inmediateamente se le dãn al Rey. Dirigido al Excelentísimo señor Duque de sexto*, Madrid (por Roque Rico de Miranda), 1681.

87 *Ibidem*, p. 88.

88 GASCA Y ESPINOSA, G. J. DE LA, *Manual de avisos para el perfecto cortesano* cit., pp. 4 y 5.

## IV. CONCLUSIÓN

El análisis anterior nos hace comprobar la abundante literatura que fue dada a la estampa en la modernidad, teniendo como tema central en sus obras las personas próximas al soberano. Toda la bibliografía mencionada hasta ahora nos hace cuestionarnos ¿cuál era la pretensión de estos tratadistas refiriéndose a los servidores del rey? En primer lugar, es preciso destacar que en la temática de estos tratados se aprecia un predominio de literatura jurídica y política, y aunque se perciba cierto cariz crítico, sus autores manifiestan su adhesión al Rey y a la Monarquía y legitiman el sistema. Una de sus características más importantes es su finalidad. Tienen como propósito actuar como un revulsivo, de suerte que sus destinatarios —el monarca, los consejeros, los ministros, los súbditos— realicen las reformas que proponen en ellos. En definitiva, su principal objetivo es la educación política, al tiempo que pretenden ensalzar la figura del rey, la Monarquía y su círculo más próximo. Es indudable que tienen una finalidad pedagógica, se tratan de instrucciones, indicaciones de los méritos, cualidades y demás condiciones que deben ostentar las personas más cercanas al monarca. Por último, es necesario advertir que nos hemos referido a un periodo histórico-político en el que el valido había obtenido el favor y el poder del soberano. La doctrina, al establecer el marco teórico ideal en el que deberían desarrollarse las instituciones de los Austrias, formulaba una crítica encubierta a la situación imperante y mostraba su parecer contrario a la realidad acuciante.

## V. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

### 1. Fuentes impresas (edad moderna)

BERMÚDEZ DE PEDRAZA, F., *El Secretario del Rey, a Filipe Tercero, Monarca Segundo de España, por el Licenciado...*, *Auogado en sus Reales Consejos*, Madrid, Año 1620. (Por Luis Sanchez Impres. del R.N.S).

BERMÚDEZ DE PEDRAZA, F., *Panegyrico legal, preeminencias de los Secretarios del Rey, deducidas de ambos derechos. Y precedencia de Luys Ortiz de Matienzo, Antonio Carnero, y don Yñigo de Aguirre, sus Secretarios, y de su Consejo en el supremo de Italia. Al fiscal nuevamente criado en el. Por el Licenciado...*, *Abogado de los Consejos, y Canonigo de la Santa Jglesia Apostolica Metropolitana de Granada. Dedicado a su Magestad en la junta de Justicia formada para su determinacion*. Impreso en Granada (por Antonio Renè de Lazcano, en la calle de Abenamar), Año de 1635.

BERMÚDEZ DE PEDRAZA, F., *El Secretario del Rei, escrito a Felipo Quarto, Terçero*



- Monarca de España. Por Don Francisco Bermudez de Pedraça Canonigo y Tesorero de la Santa Iglesia Apostolica de Granada. En gracia Don Geronimo de Villanueva Comendador de Villafranca en la orden de Calatraua, del Consejo de su magestad en los de guerra, y Aragon, secretario de estado de la parte de España, y Protonotario de la corona de Aragon* (por Andres Santiago Palomino), En Granada año de 1637.
- CASTILLO DE BOVADILLA, J., *Politica para Corregidores, y Señores de Vassallos, en tiempo de paz, y de guerra. Y para Juezes Ecclesiasticos y Seglares y de Sacas, Aduanas, y de Residencias, y sus Oficiales: y para Regidores, y Abogados, y del valor de los Corregimientos, y Gobiernos Realengos, y de las Ordenes, Autor el Licenciado..., del Consejo del Rey Don Felipe III nuestro Señor, y su Fiscal en la Real Chancilleria de Valladolid*, En Amberes, En casa de Iuan Bautista Verdussen, Impressor y Mercader de Libros, 1704 (1ª ed., Madrid, 1597), edición facsímil, con Estudio preliminar por González Alonso, B., Madrid (Instituto de Estudios de Administración Local), 1978.
- COBARRUVIAS OROZCO, S. DE, *Tesoro de la lengua castellana, o española. Compuesto por el licenciado Don..., Capellan de su Majestad, Mastrescuela y Canonigo de la santa Iglesia de Cuenca, y Consultor del santo Oficio de la Inquisición. Dirigido a la Majestad Catolica del Rey Don Felipe III, nuestro señor, con privilegio, Madrid* (por Luis Sanchez, impresor del Rey N.S.), Año del Señor 1611.
- DE CAMOS, M. A., *Microcosmia y Gobierno Universal del Hombre christiano, para todos los estados y qualquiera de ellos*, en el Monasterio de Sancto Agustin, Barcelona (por Pablo Malo), 1592.
- DE GUEVARA, A., *Aviso de privados, y doctrina de Cortesanos*, Valladolid, 1539. Hemos utilizado la edición de 1612, Barcelona (por Hieronymo Margarit).
- DE GUEVARA, A., *Epistolas familiares de D..., Obispo de Mondoñedo, Predicador, y Cronista, y del Consejo del Emperador, y Rey nuestro señor. Primera y segunda parte. Va todo este Epistolario al estilo y Romance de Marco Aurelio porque el autor es todo uno, y lo que en el se contiene se hallara a la buelta desta hoja*, Madrid (por la biuda de Pedro Madrigal), 1595.
- FELIPPE, B., *Tractado del Consejo y de los Consejeros de los principes*, Coimbra (casa de Antonio de Mariz, impresor de la Universidad), 1584.
- FERNÁNDEZ ABARCA, J., *Discurso de las partes y calidades con que se forma un buen secretario. Con catorze capitulos, que debe guardar para su entereza. Con una recapitulacion de el numero que ay de cartas misivas para su ejercicio. Y de los generos que son y las que tocan a cada uno. Y un tratado, de las partes que an de tener los criados, que an de servir en las casas de los señores*, Lisboa (por Pedro Craesbeeck), 1618.
- FURIÓ CERIOL, F., *El Concejo y consejeros del Príncipe*, Amberes (en casa de la Biuda de Martin Nucio), 1559.
- GASCA Y ESPINOSA, G. J. DE LA, *Manual de avisos para el perfecto cortesano. Reducido a un político Secretario de Principes, Embaxadores, ù de grandes Ministros, à cuyo cargo es el despacho de las cartas missiuas, y dilatación de sus Decretos; y tambien la formalidad de cómo se deben estender los de las Consultas, que se hazen à su Majestad, para presentarse en sus Magistrados; Y asimismo la modestia con que se*

*deben reformar los memoriales, o relaciones de servicios, que inmediatamente se le dan al Rey. Dirigido al Excelentísimo señor Duque de sexto*, Madrid (por Roque Rico de Miranda), 1681.

LOPE DE VEGA Y CARPIO, F., *El peregrino en su patria*, Barcelona (en casa de Sebastian de Cormellas), 1605.

LÓPEZ MADERA, G., *Excelencias de San Juan Bautista*, Toledo (imprensa de Bernardino de Guzmán), 1617.

MADARIAGA, J. DE, *Del Senado y de su Príncipe*, Valencia (imprensa de Felipe Mey), 1617.

PÉREZ DEL BARRIO ANGULO, G., *Dirección de Secretarios de Señores, y las materias, cuyados, y obligaciones que les tocan, con las virtudes de que se han de preciar, estilo, y orden del despacho y expediente, manejo de papeles de ministros, formularios de cartas, prouisiones de oficios, y vn compendio en razon de acrecentar estado, y hazienda, oficio de Contador, y otras curiosidades que se declaran en la primera hoja. Por..., Secretario del Marques de los Velez, y Alcayde de la Fortaleza de su villa de Librilla. Dirigido al Marques de Cañete don Iuan Andres Hurtado de Mendoça*. Madrid (Alfonso Martin de Balboa), 1613.

QUEVEDO, F. DE, *La política de Dios, capítulo XXI*, edición utilizada: *Obras de D. Francisco de Quevedo Villegas*, Madrid (por D. Joachin Ibarra), 1752.

RIBADENEYRA, P., *Tratado de la religion y virtudes que debe tener el Príncipe Christiano, para gobernar y conservar sus Estados. Contra lo que Nicolas Maquiavelo y los Politicos deste tiempo enseñan*, Madrid (en la emprenta de P. Madrigal), 1595.

SANTA MARÍA, J. DE, *Tratado de Republica, y policia christiana. Para Reyes y Principes: y para los que en el gobierno tienen sus vezes*, Barcelona (por Geronymo Margarit y a su costa), 1617.

## 2. Recopilaciones

*Premática en que se manda guardar la de los tratamientos y cortesías, y se acrecientan las penas contra los transgresores de lo en ella, y en esta contenido: y que se proceda de oficio no aviendo denunciador, o no prosiguiendo la causa: y la justicia que no lo hiziere y tuviere cuidado de executar lo, pague de sus bienes las penas que avian de pagar los condenados, y sea suspendido el oficio por dos años*, por Pedro Madrigal, Madrid, 1594.

*Premática, en que se da la orden y forma que se ha de tener y guardar, en los tratamientos y cortesias de palabra y por escrito: y en traer coroneles, y ponellos en qualquier partes y lugares*, por Pedro Madrigal, Madrid, 1586.

*Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nueuamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad*. Impreso en Salamanca Por Andrea de Portonaris, Impressor de su Magestad. Año MDLV, ed. facsímil, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 1985.

*Recopilacion de las Leyes destos Reynos, hecha por mandado de la Magestad Catolica*

*del Rey don Felipe Segundo nuestro señor; que se ha mandado imprimir, con las leyes que despues de la ultiima impresion se han publicado, por la Magestad Catolica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro señor, Año 1640, En Madrid (Por Catalina de Barrio y Angulo. Y Diego Diaz de la Carrera).*

### 3. Referencias bibliográficas

- BARRIOS PINTADO, F., *La Gobernación de la Monarquía de España. Consejos, Juntas y Secretarios de la administración de corte (1556-1700)*, Madrid (Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Fundación Rafael del Pino), 2015.
- BERMEJO CABRERO, J. L., «Estudio preliminar» a LÓPEZ MADERA, G., *Excelencias de la Monarquía y Reino de España*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1999.
- BECK VARELA L., *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013
- CÁNOVAS DEL CASTILLO, A., «De las ideas políticas de los españoles durante la Casa de Austria», en *Revista de España*, tipografía de Gregorio Estrada, Madrid, IV (1868), pp. 498-570.
- CARDIM, P., *Cortes e cultura política no Portugal do antigo regime (Cosmos História)*, Lisboa (Edições Cosmos), 1998.
- DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., «Desde Carlos V a la Paz de los Pirineos, 1517-1660», en THOMAS, H. y PARRY, J.H. (Dir.), *Historia de España IV*, Barcelona (Grijalbo), 1974.
- DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., *La sociedad española del siglo XVII*, Granada (Universidad de Granada), 1992.
- ELLIOTT, J.H., «La Corte de los Habsburgos españoles: ¿una institución singular?», *España y su mundo*, Madrid (Alianza), 1991, pp. 179-200.
- ESCUADERO, J. A., *Los Secretarios de Estado y del Despacho* (Madrid), Estudios de Historia de la Administración, Instituto de Estudios Administrativos, I, 1969.
- ESTEVÃO DOS REIS, J., «Religião e política: o pensamento antimachiavelista espanhol dos séculos XVI e XVII», *Revista Brasileira de Historia das Religiões*, 17 (2013), pp. 75-89.
- FEROS, A., *El Duque de Lerma. Realeza y privanza en la España de Felipe III*, Madrid (Marcial Pons), 2002.
- FORTE, J.M., y LÓPEZ ÁLVAREZ, P. (Edts), *Maquiavelo y España. Maquiavelismo y antimachiavelismo en la cultura española de los siglos XVI y XVII*, Madrid (Biblioteca Nueva) 2008.
- GARCÍA MARÍN, J., *La burocracia castellana bajo los Austrias*, Sevilla (Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla), 1976.
- GARRIGA ACOSTA, C., «Gobierno y justicia: el Gobierno de la justicia», *Cuadernos de derecho judicial*, 7 (2008), pp. 45-113.
- GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, R., «El funcionario español de la época austriaca», en *Actas del I Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1970, pp. 253-291.

- GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, R., «El oficio cortesano según Bermúdez de Pedraza», en *Actualidad y perspectiva del Derecho público a fines del siglo XX: Homenaje al profesor Garrido Falla*, III, Madrid, 1992, pp. 2063-2068.
- HESPANHA, A. M., *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1993.
- HOWARD, K.D., *The Reception of Machiavelli in Early Modern Spain*, UK (Támesis) 2014.
- MARAVALL, J. A., *Estado moderno y mentalidad social (Siglos XV a XVII)*, II, Madrid (Ediciones de la Revista Occidente), 1972.
- MARAVALL, J. A., *La teoría española del Estado en el siglo XVII*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944.
- MARTÍNEZ MILLÁN, J., «La Corte de la Monarquía hispana», *Studia Historica. Edad Moderna*, 28 (2006), pp. 27-61.
- MARTÍNEZ ROBLES, M., *Los oficiales de las Secretarías de la Corte bajo los Austrias y los Borbones 1517-1812*, Madrid (Instituto Nacional de Administración Pública), 1987.
- MECHOULAN, H., «Introducción» a FURIO CERIOL, F., *Concejo y consejeros de príncipe*, Madrid (Nacional), 1978.
- PELORSON, J. M., *Los Letrados, juristas castellanos bajo Felipe III. Investigaciones sobre su puesto en la sociedad, la cultura y el Estado*, traducción de Marciano Villanueva Salas, Valladolid (Junta de Castilla y León, Consejería de Cultura y Turismo), 2008.
- REDONDO, A. «Las diversas caras y estrategias del poder en “El Vergonzoso en Palacio” de Tirso de Molina», PROFETI, M.G. y REDONDO A., *Représentation, écriture et pouvoir en Espagne à l' époque de Philippe III (1598-1621)*, *Colloque International (Florence, 14-15 septembre 1998)*, Firenze, (Publications de la Sorbonne, Università di Firenze), 1999, pp. 137-152.
- RISCO, A., «Empirismo político de Furió Ceriol», *Cahiers du monde hispanique et luso-brésilien*, 29 (1977), pp. 123-155.
- RIVERO RODRÍGUEZ, M., *La edad de oro de los virreyes. El virreinato de la Monarquía Hispánica durante los siglos XVI y XVII*, Madrid (Akal), 2011.
- ROJO GALLEGO-BURÍN, M., «Unas alegaciones sobre mayorazgo de Francisco Bermúdez de Pedraza (1633)», *Ivs fugit: Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, 17 (2011-2014), pp. 211-225.
- ROJO GALLEGO-BURÍN, M., «La literatura jurídico-política castellana y portuguesa de los siglos XVI y XVII», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 33 (2016), pp. 233-249.
- ROJO GALLEGO-BURÍN, M., *El pensamiento jurídico y político de Francisco Bermúdez de Pedraza (1576-1655)*, Madrid (Marcial Pons), 2018.
- SANTOS LÓPEZ, M., «El pensamiento realista y liberal de Bartolomé Felipe, el fiel discípulo de Fadrique Furió», en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 56 (2006), pp. 5-24.
- SERRANO SÁNCHEZ, C., «Cartas al Papa: modelos epistolares en los manuales de corres-

- pondencia de los siglos XVI-XVII», en *Via Spiritus. Revista de História da Espiritualidade e do Sentimento Religioso*, 18, Oporto, pp. 159-182.
- SEVILLA ANDRÉS, D., «Introducción» a FURIO CERIOL, F., *Concejo y consejeros de príncipe*, Valencia (Institución Alfonso El Magnánimo. Diputación Provincial de Valencia), 1952.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *Los validos en la monarquía española del siglo XVII. Estudio institucional* (1ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963), Madrid (Siglo Veintiuno de España Editores), 1990.
- WILLIAMS, P., «El favorito del rey: Francisco Gómez de Sandoval y Rojas, V marqués de Denia y I duque de Lerma», en MARTÍNEZ MILLÁN, J. y VISCEGLIA, M. A. (dirs.), *La monarquía de Felipe III: La Casa del Rey*, Madrid (Fundación Mapfre, Instituto de cultura), 2008, pp.185-260.



# NOTAS SOBRE LA REFORMA MUNICIPAL CAROLINA EN SEVILLA: LA REPRESENTACIÓN DEL COMÚN

María del Mar Tizón Ferrer<sup>1</sup>

**Resumen:** Se ofrece una reflexión inicial en torno al calado de las transformaciones que se produjeron en la representación del común en Sevilla a partir de las reformas municipales introducidas en 1766. Sobre la base esencial del estudio de fuentes documentales de la época, se exponen las principales novedades introducidas en materia de representación, elección de cargos y dinámicas municipales, así como aspectos de la problemática institucional y competencial que generaron.

**Palabras clave:** Reforma municipal, Carlos III, representación, diputados, síndicos, Sevilla.

**Abstract:** This paper offers a first approach to the significance of the transformations that occurred in the representation of the people of Seville since the municipal reforms introduced in 1766. On the essential basis of the study of documentary sources of this period, the main novelties introduced in the representation, election of the new officers and the municipal dynamics are explained as well as the institutional and competence conflicts that were generated.

**Keywords:** Municipal reform, Charles III, representation, deputies, syndics, Seville.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. LA REFORMA MUNICIPAL CAROLINA: ELECTIVIDAD Y REPRESENTACION DEL COMUN. II. IMPLANTACION DE LA REFORMA EN EL GOBIERNO MUNICIPAL DE SEVILLA. III. RECAPITULACION. IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. V. FUENTES.

## I. INTRODUCCION. LA REFORMA MUNICIPAL CAROLINA: ELECTIVIDAD Y REPRESENTACION DEL COMUN

A pesar de la breve vigencia de la reforma municipal carolina, ésta tendrá una decisiva influencia no sólo en el progresivo desmontaje del viejo régimen municipal sino en el sistema electoral implantado durante el proceso constituyente gaditano<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Profesora Ayudante Doctora interina de Historia del Derecho y de las Instituciones, Universidad de Sevilla. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Tradición y Constitución: problemas constituyentes de la España Contemporánea» (DER2014-56291-C3-2-P), dirigido por los profesores Jesús Vallejo y Sebastián Martín y concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (años 2015-2018).

<sup>2</sup> F. J. CAMPESE GALLEGO se hace eco del valor del régimen electoral de la reforma

La reforma, operada principalmente a través de dos célebres disposiciones dictadas por el Consejo de Castilla en 1766 -el Auto acordado de 5 de mayo y la Instrucción de 26 de junio-<sup>3</sup>, introduce unos cargos electivos en los ayuntamientos: los diputados del común y el síndico personero<sup>4</sup>.

El sujeto activo que elegirá a los nuevos cargos aparece identificado en el Auto acordado como «el común»<sup>5</sup>. En alguna ocasión, la norma parece emplear el término «público» como sinónimo, aunque más habitualmente utiliza esta última expresión para referirse al interés general del vecindario<sup>6</sup>. El concepto de «común» aludía a la comunidad de vecinos. No sólo se desprende de la normativa sino de la cultura jurídica contextual. Sin embargo, no puede realizarse una interpretación universalista de la vecindad, pues la

---

carolina como precedente próximo del establecido en la Constitución de Cádiz. *La Representación del Común en el Ayuntamiento de Sevilla (1766-1808)*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 60 (nota al pie núm. 29) y 63 (nota al pie núm. 38). Más concretamente y con posterioridad, se ha resaltado que la Instrucción de 26 de junio de 1766 sirvió de inspiración a la comisión redactora del Reglamento de 1º de enero de 1810 o Instrucción para la elección de diputados a Cortes. Vid. LORENTE, M., PORTILLO, J. M<sup>a</sup> (dirs.), *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*. Colección «Bicentenario de las Cortes de Cádiz», Congreso de los Diputados, 2011, pp. 294-296.

3 Vid. Auto acordado de 5 de mayo de 1766, Madrid, disponible en <<http://www.mcu.es/archivos/lhe/servlets/VisorServlet.jsp?cod=003259>>, e Instrucción de 26 de junio de 1766, Madrid, disponible en <<http://www.mcu.es/archivos/lhe/servlets/VisorServlet.jsp?cod=003262>>.

4 Respecto a la cuestión terminológica de los nuevos cargos electivos, el Auto acordado de 5 de mayo y la Instrucción de 26 de junio de 1766, utilizan para la primera figura indistintamente las denominaciones de Diputados (Auto acordado: en su título y en el capítulo 5; Instrucción: en su título y en los capítulos VII, X, XIII, XIV) o Diputados del Común (Auto acordado: capítulos 6, 8; Instrucción: capítulo III, y probablemente también se les está aplicando tal calificativo en los capítulos V y XVI). En cuanto a la segunda figura, el Auto acordado utiliza en su título la denominación de «Síndico Personero», pero más tarde también la de «Procurador síndico Personero del Público» (capítulo 7) o «Síndico del Común» (capítulo 8). Por su parte, la Instrucción lo denomina «Personero del Común» (en su título y en los capítulos V y XVI), o simplemente «Personero» (capítulos III, VII, X y XIII).

5 Auto acordado de 5 de mayo de 1766, caps. 5 y 7.

6 Encontramos ambos usos de los términos «común» y «público» en el cap. 7 del Auto acordado, e identificado este último con el interés general del vecindario, en el cap. 8. El jurista M. SERRANO Y BELEZAR emplea ambos términos como sinónimos en *Discurso político-legal para instrucción de los Diputados, y Personeros del Común de los Reynos de España*, Imprenta de Francisco Burguete, Valencia, 1790, p. 11.



condición de vecino continuaba vinculada al género masculino y a los cabezas de familia<sup>7</sup>.

La Instrucción utiliza el término «pueblo» para referirse al sujeto activo del voto: «La Eleccion se debe ejecutar por todo el Pueblo dividido en Párroquias o Barrios, entrando con voto activo todos los Vecinos seculares y contribuyentes»<sup>8</sup>. La norma identifica al «pueblo» con el vecindario, auténtico sujeto activo en el primer grado de la elección<sup>9</sup>. En una fase ulterior, se produce una restricción del sujeto que finalmente procede a la elección de las nuevas figuras, y que la Instrucción denomina comisarios-electores<sup>10</sup>. Por tanto, en el desarrollo del régimen electoral que introduce la reforma carolina en el gobierno municipal, el voto activo se desdobra gradualmente en vecindario y electores<sup>11</sup>.

El Auto acordado configuraba a los diputados del común como unos oficiales con competencias en materia de abastos municipales, con la finalidad expresada en la norma de favorecer la libertad de comercio, en particular en dicho ámbito, para lo que contaban con voto en el ayuntamiento<sup>12</sup>. Por su parte, el procurador síndico personero del público aparecía con la función genérica de «pedir y proponer todo lo que convenga al Público»<sup>13</sup>. Para ello, se le dotaba de voz en el ayuntamiento, pero no de voto<sup>14</sup>. Los conflictos de los

---

7 En este sentido, alude a dicha restricción de la condición de vecino, M. SERRANO Y BELEZAR, *Discurso político-legal*, cit., p. 13. Vid. también, CAMPESE GALLEGO, F. J., *La Representación del Común*, cit., pp. 61-62.

8 Instrucción de 26 de mayo de 1766, cap. I.

9 La identificación pueblo-vecindario se deduce en el capítulo IV de la Instrucción.

10 Instrucción de 26 de mayo de 1766, caps. II, III, IV, VI.

11 Instrucción de 26 de mayo de 1766, cap. IV.

12 Vid. el Cuaderno de providencias de la Ciudad (de Sevilla), dadas en 1766, sobre el cumplimiento de una Orden del Real y Supremo Consejo de Castilla declarando las facultades que debían tener los caballeros diputados y síndico personero del común, el 12 de septiembre de 1766. El Consejo prescribe que «al personero se le deban facilitar de oficio cuantas noticias y documentos pida para su instrucción y para promover el beneficio público y proponer las reglas más convenientes a facilitar el libre comercio de abastos y quitar las indebidas imposiciones con arreglo al Auto acordado». AMS, sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 77/24.

13 Vid. Real Provisión de 20 de septiembre de 1784, mandando citar especialmente al síndico personero del público, para los actos de interés del común, como formación de padrones de nobles, sorteos y quintas. AMS, sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 280/78.

14 Auto acordado de 5 de mayo de 1766, cap. 7.

nuevos cargos con los ayuntamientos habrían de resolverse en la Audiencias y Chancillerías, habiéndose de consultar las dudas al Consejo de Castilla<sup>15</sup>.

La Instrucción diseñó un sufragio anual indirecto en dos grados o fases si bien, como es sabido, el Consejo posteriormente convirtió a las diputaciones en bianuales<sup>16</sup>. En el primer grado, la elección la realizaba el «pueblo», como ha quedado expuesto, es decir, el vecindario dividido en parroquias o barrios. Se dispuso que tuvieran voto activo todos los vecinos seculares y contribuyentes, que elegían a los comisarios-electores<sup>17</sup>. Estos requisitos del sufragio activo remitían a la concepción de vecindad en primer lugar<sup>18</sup> y, adicionalmente, a la exclusión del estado eclesiástico y de todos aquellos que quedaban fuera de la consideración de «contribuyentes», como los pobres, mendigos o incapacitados<sup>19</sup>.

El sistema electoral introducido daba entrada al estado llano o burguesía en la base electoral y en el ayuntamiento, dejando de ser un coto privado de la nobleza<sup>20</sup>. Ello se pone de manifiesto en cuanto a los elegibles, cuando la Instrucción aclara que: «No necesita distinción de estados ninguno de estos

---

15 Auto acordado de 5 de mayo de 1766, cap. 8.

16 Real Provisión de 31 de enero de 1769, Novísima Recopilación, libro VII, título XVIII, ley IV. Por regla general, se prohibía la reelección en dichos oficios. Vid. SERRANO Y BELEZAR, *Discurso político-legal*, cit., pp. 35-36.

17 Instrucción de 26 de junio de 1766, cap. I.

18 SERRANO Y BELEZAR advierte que la Instrucción se refiere a un concepto amplio de vecino en cuanto al arraigo del vecindamiento en una población, «pues basta que se halle establecido en ella con ánimo de mantenerse en aquel domicilio», vid. *Discurso político-legal*, cit., p. 16.

19 SERRANO Y BELEZAR, en su clásico Tratado sobre Diputados y Personeros del Común, realiza importantes precisiones cuando explica la regulación contenida en la Instrucción en relación a la elección de dichos cargos. Particularmente, respecto a las exclusiones en el voto activo, el jurista detalla, por un lado, las referidas a los eclesiásticos, vid. *Discurso político-legal*, cit., pp. 13-15. De otro, menciona otras exclusiones, como la de los militares de tropa viva, por no tener domicilio ni vecindad fija (ibid., p. 15), los pupilos y menores «a no ser que estos tuviesen la administración de sus bienes, por requerirse maduro juicio para el acierto del asunto, en tanto interesa al Público» (ibid., pp. 15-16). El jurista infiere que, por ello, «no pueden concurrir tampoco los Locos, Furiosos, Mendigos y Pródigos; y lo mismo digo de los Mudos y Ciegos de nacimiento, ni de cualquier otro incapacitado del correspondiente tino» (ibid., p. 16).

20 Vid. GUILLAMÓN ÁLVAREZ, F. J., «Campomanes y las reformas en el régimen local: diputados y personeros del común», Cuadernos de Investigación histórica, 1977, pp. 122-123.

encargos, porque pueden recaer promiscuamente en los Nobles y Plebeyos, por ser enteramente dependientes del concepto público»<sup>21</sup>. La función de garantizar el interés «público» presidía la actuación de estos oficiales y se supraordenaba a la de cualquier interés particular o estamental.

En el segundo grado se restringía la base electoral, dado que la elección de diputados y síndico correspondía a los comisarios-electores, cuya cuantía total dependía del número de parroquias<sup>22</sup>. En efecto, la parroquia adquirió una importancia central en el régimen electoral introducido por la reforma<sup>23</sup>.

Tras resultar electos, diputados y personero habían de realizar un juramento en el ayuntamiento, en el que se vuelve a aludir al «bien común»<sup>24</sup>. El concepto de «bien común» o «beneficio público»<sup>25</sup>, sin distinción formal de estados, aparece como criterio inspirador de la reforma. El bien común queda vinculado a la función representativa del «común» o «público» que tienen los nuevos cargos.

Se regularon unas incompatibilidades y prohibiciones que iban dirigidas a preservar la imparcialidad de estos oficiales en el ejercicio de sus funciones, de protegerles de influencias externas y, en definitiva, de cualquier interés en conflicto con el interés del común. Señaladamente, se pretendía garantizar su desvinculación del ayuntamiento, certificándose la incompatibilidad de estos cargos con la condición de regidor, y en general, con cualquier miembro del consistorio<sup>26</sup>. Desde el punto de vista protocolario, tomaban asiento después de los regidores si bien quedaban iguales en el tratamiento por considerarse que todos representaban al común<sup>27</sup>.

Las elecciones de diputados y personero debieron suscitar muchas dudas

---

21 Instrucción de 26 de junio de 1766, cap. IX.

22 Instrucción de 26 de junio de 1766, cap. II.

23 CAMPESE GALLEGOS, F. J., *La Representación del Común*, cit., pp. 59-60, 64-65.

24 Instrucción de 26 de junio de 1766, cap. VII.

25 El Consejo de Castilla alude expresamente al «beneficio público» como uno de los fines que ha de perseguir el personero. Vid. Cuaderno de providencias de la Ciudad (de Sevilla), dadas en 1766, sobre el cumplimiento de orden del Real y Supremo Consejo de Castilla, declarando las facultades que debían tener los caballeros diputados y síndico personero del común. 12 de septiembre de 1766. AMS, Sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 77/24. M. SERRANO Y BELEZAR, destaca dicha función de promoción del «beneficio público» de los nuevos cargos municipales, en *Discurso político-legal*, cit., pp. 10-11.

26 Instrucción de 26 de junio de 1766, cap. VIII.

27 Instrucción de 26 de junio de 1766, caps. IX (asiento), y XII (tratamiento).

en su implantación. El análisis de algunas de las resoluciones del Consejo de Castilla resolviendo dudas planteadas en relación con la elección de los nuevos cargos, permite extraer algunas conclusiones significativas. Podemos destacar una resolución de 22 de septiembre de 1766, en la que el Consejo de Castilla aclara una serie de dudas sobre la elección de Diputados o Personeros del Común, planteadas por la villa de Cáceres<sup>28</sup>. Resulta relevante el hecho de que el Consejo estime que el voto tenía que ser emitido en secreto al escribano del ayuntamiento y en presencia del juez, a fin de preservar la libertad de los votantes<sup>29</sup>. El escribano tenía el deber de no revelar el secreto bajo pena de privación del oficio. Asimismo, se explicitaba que quedaban excluidos del voto, tanto activo como pasivo, los regidores del ayuntamiento, sus criados y en general, los dependientes asalariados del ayuntamiento. De esta manera, se perseguía evitar manipulaciones, influencias o presiones procedentes del Consistorio. En caso de enfermedad o ausencia de los comisarios-electores, se arbitró la posibilidad de que pudieran enviar su voto por escrito, cerrado y firmado, si bien con sujeción a ciertos límites: se advertía que no se aceptarían abusos en las excusas de asistencia y que no podrían votar de esta forma más de la quinta parte de los electores.

El Consejo añadió una aclaración fundamental que aparece como una de las claves del nuevo sistema electoral: «Que los Vecinos Nobles deben tener en su Parroquia el Voto igual al del Estado general sin diferencia». La reforma evidenciaba una quiebra en el orden privilegiado y estamental del Antiguo Régimen y síntomas incipientes de un proceso de metamorfosis en el concepto de representación que, no obstante, continuaba siendo de carácter corporativo<sup>30</sup>.

## II. IMPLANTACION DE LA REFORMA EN EL GOBIERNO MUNICIPAL DE SEVILLA.

A finales de junio de 1766, el teniente del asistente dictaba Auto para llevar a cabo la elección de los nuevos cargos. Las elecciones tendrían lugar en las

---

28 Resolución del Consejo de 22 de septiembre de 1766, decidiendo varias dudas sobre la elección de Diputados o Personeros del Común a propuesta de la Villa de Cáceres, disponible en <<http://www.mcu.es/archivos/lhe/servlets/VisorServlet.jsp?cod=003272>>

29 Sin embargo, en la ciudad de Valencia desde 1768 por resolución del Real Acuerdo, la votación era verbal y pública. Vid. M<sup>a</sup> P. HERNANDO SERRA, «Las elecciones de Síndico Personero y Diputados del común en la ciudad de Valencia a principios del siglo XIX», *Saitabi* 51-52 (2001-2002), p. 414.

30 CAMPESE GALLEGO, incide en el carácter corporativo de la reforma en *La Representación del Común*, cit., pp. 64-65.

iglesias de las respectivas parroquias y serían presididas por los tenientes del asistente<sup>31</sup>. Por sus características y número de parroquias, a Sevilla le correspondió cuatro diputados del común y un síndico personero<sup>32</sup>.

Desde el principio, se produjeron continuos conflictos y recursos a la Audiencia y al Consejo de Castilla<sup>33</sup>. El propio Consejo ordenará a los capitulares sevillanos que procedan de buena fe con los diputados y personeros del común para evitar recursos<sup>34</sup>. Los capitulares sevillanos presenciaron indignados cómo la Audiencia se convertía en árbitro de los conflictos entre dichos oficios y el Cabildo<sup>35</sup>.

Los enfrentamientos se produjeron principalmente con los jurados y con los fieles ejecutores. Originariamente, los jurados de las colaciones eran los representantes de los intereses vecinales ante la oligarquía urbana dirigente<sup>36</sup>. Tradicionalmente, eran elegidos con carácter vitalicio o hasta la ancian-

---

31 Vid. MÁRQUEZ REDONDO, A. G., *El Ayuntamiento de Sevilla en el siglo XVIII*, Tomo I, Sevilla (Ayuntamiento de Sevilla), 2010.p. 524.

32 J. GUICHOT, nos proporciona los nombres de los cuatro diputados del común y el Síndico que fueron elegidos en Sevilla, por 348 electores, en las primeras elecciones de 4 de agosto de 1766, en *Historia del Excmo. Ayuntamiento de la Muy Noble, Muy leal, Muy Heróica e Invicta Ciudad de Sevilla*. Sevilla, vol., III, 1896, pp. 109-110. También AGUILAR PIÑAL, F., en *Historia de Sevilla. Siglo XVIII*, 3ª ed., Universidad de Sevilla, 1989, p. 52.

33 La conflictividad en torno a las nuevas figuras debió ser elevada con carácter general. V. gr., En el caso de la ciudad de Valencia, M<sup>a</sup> P. HERNANDO SERRA destaca las impugnaciones de las elecciones de diputados y personeros ante el Real Acuerdo a principios del siglo XIX, en «Las elecciones de Síndico Personero y Diputados del común», cit., pp. 414-418. E.. PASCUAL RAMOS aporta algunos casos en relación al Ayuntamiento de Palma, y el papel crucial de la Real Audiencia, en «Los diputados del común y el síndico personero del Ayuntamiento de Palma (1766-1808)», *Cuadernos de Ilustración y Romanticismo, Revista Digital del Grupo de Estudios del Siglo XVIII*, Universidad de Cádiz, núm. 21 (2015), pp. 254-255.

34 Orden del Supremo Consejo de Castilla en 1778, AMS, sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 77/30.

35 Vid. MÁRQUEZ REDONDO, A. G., *El Ayuntamiento de Sevilla*, cit., p. 529.

36 M. SERRANO Y BELEZAR menciona a los Jurados de Castilla entre los predecesores de la pública Diputación y Personería, en tanto que depositarios de la confianza del Común o Público para la protección de sus intereses generales, en *Discurso político-legal*, cit., p. 11. Para obtener una visión general del papel de los jurados del Concejo sevillano en época bajomedieval, vid. CLAVERO, B., *Sevilla, Concejo y Audiencia: invitación a sus Ordenanzas de Justicia*, Estudio introductorio de las *Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla*, 1603, ed. facs. (Guadalquivir S.L. Edic.) 1995, pp. 57 y 59. GARCÍA FERNÁNDEZ, M., *El reino de Sevilla en tiempos de Alfonso XI (1312-1350)*, en *Historia*, Serie 1a, n<sup>o</sup> 34,

nidad, si ésta era incapacitante para el ejercicio del oficio, por los vecinos de cada barrio o colación entre los «hombres buenos» de su colación respectiva<sup>37</sup>, si bien con algún paréntesis en que fueron nombrados por el rey, como ocurrió bajo el reinado de Alfonso XI<sup>38</sup>. Dicha elección vecinal les convirtió en los defensores del común frente a los abusos de oficiales y magistrados urbanos<sup>39</sup>. La normativa les reconoció una función representativa del común, pues habían de actuar como vehículos transmisores de los agravios y perjuicios causados a los vecinos tanto ante el Cabildo como ante el rey<sup>40</sup>, llegándoles a calificar como «Procuradores del pueblo»<sup>41</sup>. En las Ordenanzas municipales modernas quedó perfilado el régimen jurídico de los jurados. No se les reconoció expresamente la capacidad de votar en el Consistorio<sup>42</sup>, aunque debían estar presentes en todo caso en el Cabildo cuando se hubieren de aprobar impuestos o elegir procuradores a Cortes<sup>43</sup>.

---

Sevilla (Diputación Provincial), 1989, pp. 131, 138 y 139. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M., «Los municipios andaluces en la Baja Edad Media», en *Archivo Hispalense* (2ª época), tomo LXIX, enero-abril, núm. 210, Sevilla, 1986, pp. 80-81. KIRSCHBERG SCHENCK, D., FERNÁNDEZ GÓMEZ, M., *El Concejo de Sevilla en la Edad Media (1248-1454). Organización Institucional y Fuentes Documentales*, Tomos I y II, Sevilla (Ayuntamiento de Sevilla), 2002, Tomo I, pp. 241-255. FERNÁNDEZ GÓMEZ, M., «Los jurados y el derecho concejil sevillano», en AA. VV., *El libro de los privilegios de los jurados de Sevilla*, Fernández Gómez, M., Ostos Salcedo, P. (coordinadores), Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 2010, pp. 67-88. ÁLVAREZ JUSUÉ, A., «La justicia sevillana desde Alfonso XI hasta la Audiencia de Grados», *Archivo Hispalense* (2ª época), tomo XIX, núm. 60, Sevilla, 1953, pp. 24-27.

37 M. GARCÍA FERNÁNDEZ realiza un análisis del complejo término de «hombre bueno» en los concejos bajomedievales castellanos, específicamente de su evolución hasta el siglo XIV en Andalucía y Reino de Sevilla, y expone el debate historiográfico más representativo en torno a su delimitación, en *El reino de Sevilla*, pp. 133-136. Con particular referencia a Sevilla, cfr. KIRSCHBERG SCHENCK, D., *El Concejo de Sevilla*, cit., Tomo I, pp. 28-32.

38 Vid. Ordenamiento de Alfonso XI de 29 de octubre de 1327, Sevilla, en FERNÁNDEZ GÓMEZ, M., *El Concejo de Sevilla*, cit., Tomo II, doc. 4, preámbulo, pp. 76-77.

39 GARCÍA FERNÁNDEZ, M., *El reino de Sevilla*, cit., pp. 131, 138. Los jurados aparecen configurados con la función de garantes de los intereses del común desde fechas muy tempranas. Así se desprende de una Recopilación de costumbres y ordenanzas concejiles de Sevilla pertenecientes al reinado de Alfonso X, que ha sido fechada en 1254, en FERNÁNDEZ GÓMEZ, M., *El Concejo de Sevilla*, cit., Tomo II, doc. 1, p. 27, pp. 33-34.

40 *Ordenanzas de Sevilla, 1527* (reimpr. 1632), *Título De los Iurados*, f. 15 v.

41 *Ordenanzas de Sevilla, 1527* (reimpr. 1632), *Título De los Iurados*, f. 17 r.

42 Vid. CLAVERO, B., *Sevilla, Concejo y Audiencia*, cit., p. 57.

43 *Ordenanzas de Sevilla, 1527* (reimpr. 1632), *Título De los Iurados*, f. 16 r.

Los jurados tenían confiada una función clave de control, con el subsiguiente deber de información a la Corona, de la actividad gubernativa y judicial del Cabildo y de oficiales con competencias judiciales (alcaldes mayores y alcalde de la justicia), además de otros oficiales como los fieles ejecutores y los alguaciles<sup>44</sup>. Para el desempeño imparcial de su oficio, se regularon las necesarias incompatibilidades con el oficio de escribano público del concejo, ya que en cierto modo los jurados daban fe de lo que ocurría en el Cabildo, y con el de veinticuatro<sup>45</sup>.

En caso de fallecimiento o vacancia en el oficio, se requería que el nuevo jurado fuera elegido entre los vecinos de su colación por mayoría de los que se juntaren, debiendo escogerse «un hombre bueno, y de buena vida y fama, que no sea del estado de los pecheros»<sup>46</sup>, requisitos que apuntaban hacia la habitual condición noble del elegible<sup>47</sup>. En el momento de la reforma, el oficio se encontraba patrimonializado, bajo el poder de los veinticuatro y la corrupción era habitual<sup>48</sup>.

Por su parte, a los diputados del común se les había atribuido en gran medida las competencias que tradicionalmente tenían los jurados, si bien con mayor énfasis en materia de abastos<sup>49</sup>. Habían heredado además la función de fiscalización de los regidores y la condición de agentes del rey en los ayuntamientos. Los jurados los rechazaron pues consideraban que eran innecesarios por ejercer las mismas funciones que ellos<sup>50</sup>. El conflicto se escenificó en el plano protocolario respecto al asiento en el Cabildo. Los jurados protesta-

44 *Ordenanzas de Sevilla*, 1527 (reimpr. 1632), *Título De los Jurados*, f. 17 r.

45 *Ordenanzas de Sevilla*, 1527 (reimpr. 1632), *Título De los Jurados*, f. 16 v.

46 *Ordenanzas de Sevilla*, 1527 (reimpr. 1632), *Título De los Jurados*, ff. 15 r.- 15 v.

47 Vid. CAMPESE GALLEGO, F. J., *La Representación del Común*, p. 71.

48 Vid. AGUILAR PIÑAL, F., *Historia de Sevilla. Siglo XVIII*, cit., p. 53. CAMPESE GALLEGO, F. J., *La Representación del Común*, cit., pp. 71, 97-98.

49 Vid. MÁRQUEZ REDONDO, A. G., *El Ayuntamiento de Sevilla*, cit., Tomo I, 2010, p. 524. Así se desprende de la declaración que hace el Consejo de Castilla en atención a lo representado por los Diputados y Personero de la ciudad en cuanto a las facultades de los primeros en las plazas y mercados: «los Diputados tienen la misma facultad que veinticuatro y Jurados, en las calles, Plazas, Plazuelas, tiendas, almacenes, Panaderías, Tabernas, sitios, y puestos para reconocer la bondad, calidad, precio, peso y medida de los géneros comestibles (...)», en el Cuaderno de providencias de la Ciudad dadas en 1766, sobre el cumplimiento de orden del Real y Supremo Consejo de Castilla, declarando las facultades que debían tener los caballeros diputados y síndico personero del común. 12 de septiembre de 1766. AMS, Sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 77/24.

50 Vid. MÁRQUEZ REDONDO, A. G., *El Ayuntamiento de Sevilla*, cit., p. 524.

rían con indignación al comprobar cómo los nuevos cargos les precedían en el asiento<sup>51</sup>.

Por lo que respecta a los fieles ejecutores, su juzgado se encontraba por entonces igualmente controlado por los capitulares sevillanos<sup>52</sup>. La figura de los fieles ejecutores se había perfilado desde su origen como un oficio municipal de nombramiento regio y carácter vitalicio, con competencias de control sobre la ejecución de los ordenamientos reales y ordenanzas municipales de Sevilla, con la obligación de dar cuenta al rey y al Cabildo de todo abuso y de cualquier infracción por incumplimiento. También les correspondía la de inspección de la justicia, amén de competencias de policía y guarda de la ciudad, y otras de carácter económico. Con relación a sus funciones económicas, destacó el control de los pesos y medidas y, en general, la vigilancia de las actividades mercantiles de Sevilla<sup>53</sup>. La normativa estableció su actuación colegiada, dotándoles de jurisdicción en el ámbito de determinadas competencias<sup>54</sup>. El nombramiento de los fieles ejecutores debía recaer en determinadas categorías municipales, en cuya virtud, según las Ordenanzas modernas de la ciudad, quedaron distribuidos de la siguiente manera: dos de los veinticuatro, dos de los jurados y dos de los ciudadanos, con la obligada presencia de un teniente de Asistente<sup>55</sup>.

Los síndicos personeros denunciarían la escasa transparencia y las irregu-

---

51 Testimonio de un acuerdo de la Audiencia señalando el sitio que deben ocupar en juntas y otros actos, los jurados, diputados del común y personero: 1766. AMS, Sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 205/19. Por su parte, E. PASCUAL RAMOS describe los conflictos entre los representantes del común y los regidores en el plano protocolario en el caso de Palma, en «Los diputados del común y el síndico personero», cit., pp. 260-261.

52 MÁRQUEZ REDONDO, A. G., *El Ayuntamiento de Sevilla*, cit., p. 521. F. AGUILAR PIÑAL relata cómo los fieles ejecutores ninguneaban a los diputados del común en la inspección de los abastos. Vid. *Historia de Sevilla. Siglo XVIII*, p. 61.

53 GARCÍA FERNÁNDEZ, M., *El reino de Sevilla en tiempos de Alfonso XI*, cit., p. 139.

54 Debían de sentenciar sumariamente y no podían poner Promotor. Vid. GUICHOT, J., *Historia del Excmo. Ayuntamiento*, cit., vol., I, p. 104. Nicolás TENORIO Y CERERO cree que el procedimiento que seguían era probablemente oral, en *Visitas que Enrique III hizo a Sevilla los años 1396 y 1402 y reformas que implantó en el gobierno de la ciudad*, Varios de Sevilla, vol. 5, tratado 4º, Sevilla, 1924 p. 21. Destaca su condición de jueces sobre los propios y arbitrios. Vid. GUICHOT, J., *ibíd.*

55 Ordenanzas de Sevilla, 1527 (reimpr. 1632), Título De los Fieles executores, ff. 46 v. Parece que en el siglo XVIII el juzgado de los fieles ejecutores presenta variaciones en su composición, destacando el incremento del número de veinticuatro, que pasa a ser de tres. Vid. AGUILAR PIÑAL, F., *Historia de Sevilla. Siglo XVIII*, p. 59.



laridades cometidas por los fieles ejecutores<sup>56</sup>. Precisamente, la inserción de las nuevas figuras electivas en el Ayuntamiento iba dirigida también a la fiscalización del juzgado de los fieles ejecutores. Más aún, en la documentación se expresa la pretensión de equiparar las facultades de los diputados del común con la de estos oficiales municipales<sup>57</sup>.

La Audiencia de Sevilla no sólo se posicionó junto a los cargos de reciente creación, encontrando en ellos un nuevo instrumento de confrontación con el Consistorio hispalense, sino que asumió un papel de primer orden en la definición del estatuto de los oficios introducidos por la reforma<sup>58</sup>. En este sentido, un recurso presentado por los diputados del común ante la Audiencia de Sevilla motivó que ésta dictara un Auto en 1778 en el que decretó que estos pudieran votar en todos los Cabildos y Juntas<sup>59</sup>. Dicha decisión de la Audiencia sería avalada por una Real Provisión del Consejo de Castilla<sup>60</sup>.

De manera que, en virtud de una resolución de la Audiencia de Sevilla, los diputados del común de Sevilla gozaron del privilegio inusual del voto universal en todas las reuniones capitulares. Como ha sido puesto de manifiesto, el reconocimiento del voto universal implicaba la incongruencia de convertir a los diputados del común en miembros de pleno derecho del Ayuntamiento, equiparándolos con los capitulares. Se trataba de una medida de protección y fortalecimiento del nuevo oficio ante la actitud hostil del Consistorio<sup>61</sup>.

---

56 Vid. MÁRQUEZ REDONDO, A. G., *El Ayuntamiento de Sevilla*, cit., pp. 525-526.

57 Expediente formado en 1792 a consecuencia de proposición hecha por el señor síndico personero sobre que a los señores diputados del común se les nombrasen escribanos y alguaciles para que usasen de las facultades como fieles ejecutores. AMS, Sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 77/37.

58 En el mismo sentido, vid. M<sup>a</sup> P. HERNANDO SERRA, «Las elecciones de Síndico Personero y Diputados del común», cit., pp. 414-418, en relación a la actuación de la Audiencia de Valencia en materia electoral. Igualmente E. PASCUAL RAMOS alude a la mencionada tarea definitoria de la Audiencia de Mallorca, en «Los diputados del común y el síndico personero», cit., pp. 253-254.

59 Providencias del Real Acuerdo en 1778, en que se mandaba asistiesen a todos los cabildos los señores diputados del común, votando en ellos y en las juntas, a consecuencia de la Real provisión que citaban, en cuyo expediente se halla la provisión que obtuvieron dichos diputados en 1782, obedecida por el referido Real acuerdo y esta ciudad. AMS, sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 77/31. El Consejo de Castilla había reconocido a los diputados del común el voto en las Juntas de propios y arbitrios desde 1767. AMS, sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 72/12.

60 Vid. MÁRQUEZ REDONDO, A. G., «El Ayuntamiento de Sevilla», cit., p. 532.

61 Vid. MÁRQUEZ REDONDO, A. G., «El Ayuntamiento de Sevilla», cit., ibíd.

Por otro lado, la Audiencia denunciará ante el Consejo abusos e irregularidades cometidos en la elección de diputados y personero<sup>62</sup>. Concretamente, las reiteradas dilaciones en las elecciones que, argumentaba, se debía al número de electores y a que la elección recaía en personas no capacitadas. Ante esta situación, el tribunal hispalense propuso la unión de parroquias de escaso vecindario, a fin de reducir el número de electores<sup>63</sup>. En la práctica electoral, el elevado absentismo y la corrupción provocaron finalmente que la Audiencia de Sevilla ordenara la suspensión de las elecciones en 1804<sup>64</sup>.

### III. RECAPITULACION

La reforma municipal carolina introdujo en el Ayuntamiento de Sevilla unas figuras electivas que, desde el primer momento, entrarían en conflicto con la estructura oligárquica secularmente constituida en la ciudad.

Los nuevos oficios representaban al «común» o conjunto de vecinos -padres de familia, católicos y con residencia en la ciudad- y eran elegidos a través de un sufragio indirecto y gradual que tomó a la parroquia como circunscripción electoral. Su representatividad quedaba formalmente reforzada por la consecución del bien común o interés público, fin que presidía su actuación.

---

62 El papel de la Audiencia en la prevención de abusos durante el desarrollo de las elecciones de las nuevas figuras municipales se pone de manifiesto v. gr. en la copia del testimonio entregado por D. Ignacio Fernández de Cáceres, escribano de cámara, en 1778, al Sr. Asistente, y del acuerdo de la Audiencia, sobre evitar los abusos que se experimentaban en punto de la elección de diputados y personero del común. AMS, sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 77/29.

63 Vid. MÁRQUEZ REDONDO, A. G., «El Ayuntamiento de Sevilla», cit., p. 533. CAMPESE GALLEGO, F. J., *La Representación del Común*, cit., pp. 207-210.

64 Vid. MÁRQUEZ REDONDO, A. G., «El Ayuntamiento de Sevilla», cit., p. 539. CAMPESE GALLEGO, F. J., «El final de las elecciones de diputados y personeros del común en Sevilla (1803-1808)», *La Administración Municipal en la Edad Moderna*. J. M. de Bernardo Ares, J. M. y González Beltrán, J. M. (eds.) vol. 2, 1999, pp. 83-89. El mismo autor describe el papel de los alcaldes de barrio en la práctica de las elecciones y el proceso de crisis que sufrió la representación del común hasta 1808, en *La Representación del Común*, pp. 217-237. SERRANO Y BELEZAR se hace eco del absentismo generalizado en España en el proceso electoral de la Diputación y la Personería del Común así como del nombramiento habitual de sujetos inexpertos y menos idóneos para el ejercicio de dichos cargos, en *Discurso político-legal*, cit., p. 18. También hace alusión a las generales inasistencias y a la manipulación y fraude de las votaciones, GUILLAMÓN ÁLVAREZ, F. J., «Campomanes y las reformas en el régimen local», p. 127.

El sistema electoral así configurado permitía la entrada de la burguesía en el sufragio tanto activo como pasivo, convirtiéndose en precursor de la transformación del concepto mismo de representación que se operaría en el proceso constituyente gaditano. Uno de los objetivos de la reforma municipal fue el resquebrajamiento de la hegemonía de la oligarquía aristocrática local, representada en Sevilla por los regidores hispalenses que, sin embargo, no lograría conseguir.

Tradicionalmente la representación del común había pertenecido a los jurados sevillanos pero la propia dinámica de su elección, tanto respecto a los electores –«hombres buenos» de cada colación, como a los elegibles -que había hecho recaer el oficio secularmente en hidalgos-, junto a la patrimonialización de las juraderías y a su subordinación al Regimiento, habían desvirtuado dicha función representativa.

La secular confrontación entre Audiencia y Ayuntamiento encontró en la reforma más argumentos para su agravamiento. La Audiencia, avalada por la normativa general, se constituyó en árbitro de los conflictos entre los regidores y los nuevos cargos. Más allá de esta función, la Audiencia de Sevilla tuvo un papel primordial en la implantación de la reforma carolina en la ciudad. El tribunal hispalense contribuyó a la definición del estatuto jurídico de las nuevas figuras electivas, llegando a introducir relevantes modificaciones. Finalmente, proyectó, sin conseguirlo, la reforma de las elecciones cuando el sistema electoral implantado hacía aguas por la elevada abstención.

#### IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR PIÑAL, F. *Historia de Sevilla. Siglo XVIII*, (Universidad de Sevilla), Colección de bolsillo núm. 90, 3ª edición, 1989.
- ÁLVAREZ JUSUÉ, A., «La justicia sevillana desde Alfonso XI hasta la Audiencia de Grados», *Archivo Hispalense* (2ª época), tomo XIX, núm. 60, Sevilla, 1953, pp. 17-50.
- CAMPESE GALLEGU, F. J., *La representación del Común en el Ayuntamiento de Sevilla (1766-1808)*, Sevilla (Universidad de Sevilla), 2005.
- \_\_\_\_\_ «El final de las elecciones de diputados y personeros del común en Sevilla (1803-1808)», *La Administración Municipal en la Edad Moderna*. J. M. de Bernardo Ares, J. M. y González Beltrán, J. M. (eds.) vol. 2, 1999, pp. 83-89.
- CLAVERO, B., «Sevilla, Concejo y Audiencia: invitación a sus Ordenanzas de Justicia», Estudio introductorio de las *Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla*, 1603, ed. facs., (Guadalquivir S.L. Edic.) 1995, pp. 7-95.
- FERNÁNDEZ GÓMEZ, M., «Los jurados y el derecho concejil sevillano», en AA. VV., *El libro de los privilegios de los jurados de Sevilla*, Fernández Gómez, M., Ostos Salce-

- do, P. (coordinadores), Sevilla (Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones), 2010, pp. 67-88.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M., *El reino de Sevilla en tiempos de Alfonso XI (1312-1350)*, en Historia, Serie 1a, nº 34, Sevilla, (Diputación Provincial), 1989.
- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M., «Los municipios andaluces en la Baja Edad Media», en *Archivo Hispalense* (2ª época), tomo LXIX, enero-abril, núm. 210, Sevilla, 1986, pp. 63-83.
- GUICHOT Y PARODY, J., *Historia del Excmo. Ayuntamiento de la Muy Noble, Muy leal, Muy Heróica e Invicta Ciudad de Sevilla*. Sevilla, vol., III, 1896.
- GUILLAMÓN ÁLVAREZ, F. J., «Campomanes y las reformas en el régimen local: diputados y personeros del común», Cuadernos de Investigación histórica, 1977, pp. 111-135.
- HERNANDO SERRA, M<sup>a</sup> P., «Las elecciones de Síndico Personero y Diputados del común en la ciudad de Valencia a principios del siglo XIX», Saitabi 51-52 (2001-2002), pp. 401-432.
- KIRSCHBERG SCHENCK, D., FERNÁNDEZ GÓMEZ, M., *El Concejo de Sevilla en la Edad Media (1248-1454). Organización Institucional y Fuentes Documentales*, Tomos I y II, Sevilla (Ayuntamiento de Sevilla), 2002.
- LORENTE, M., PORTILLO, J. M<sup>a</sup> (dirs.), *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*. Colección «Bicentenario de las Cortes de Cádiz», (Congreso de los Diputados), 2011.
- MÁRQUEZ REDONDO, A. G., *El Ayuntamiento de Sevilla en el siglo XVIII*, Tomo I, Sevilla, (Ayuntamiento de Sevilla), 2010.
- PASCUAL RAMOS, E., «Los diputados del común y el síndico personero del Ayuntamiento de Palma (1766-1808)», Cuadernos de Ilustración y Romanticismo, Revista Digital del Grupo de Estudios del Siglo XVIII, Universidad de Cádiz, núm. 21 (2015), pp. 249-266.
- SERRANO Y BELEZAR, M., *Discurso político-legal para instrucción de los Diputados, y Personeros del Común de los Reynos de España*, Imprenta de Francisco Burguete, Valencia, 1790.
- TENORIO Y CERERO, N., *Visitas que Enrique III hizo a Sevilla los años 1396 y 1402 y reformas que implantó en el gobierno de la ciudad*, Varios de Sevilla, vol. 5, tratado 4º, Sevilla, 1924.

## V. FUENTES

- Ordenanzas de Sevilla, 1527 (reimpr.1632): Ordenanzas de Sevilla que por su original son aora nuevamente impressas, con licencia del señor Assistente, por Andrés Grande, impressor de libros. Año de mil y seyscientos y treynta y dos. Repr. facs. V. Pérez Escolano y F. Villanueva Sandino, Ayuntamiento de Sevilla, Oficina Técnica de Arquitectura e Ingeniería, Sevilla, 1975.
- Real Provisión de 31 de enero de 1769, Novísima Recopilación, libro VII, título XVIII, ley IV.
- Auto acordado de 5 de mayo de 1766, Madrid, <<http://www.mcu.es/archivos/lhe/servlets/VisorServlet.jsp?cod=003259>>

- Instrucción de 26 de junio de 1766, Madrid, <<http://www.mcu.es/archivos/lhe/servlets/VisorServlet.jsp?cod=003262>>
- Testimonio de un acuerdo de la Audiencia señalando el sitio que deben ocupar en juntas y otros actos, los jurados, diputados del común y personero: 1766. AMS, Sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 205/19.
- Cuaderno de providencias de la Ciudad (de Sevilla), dadas en 1766, sobre el cumplimiento de Orden del Real y Supremo Consejo de Castilla, declarando las facultades que debían tener los caballeros diputados y síndico personero del común. 12 de septiembre de 1766. AMS, sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 77/24.
- Resolución del Consejo de 22 de septiembre de 1766, decidiendo varias dudas sobre la elección de Diputados o Personeros del Común a propuesta de la Villa de Cáceres, disponible en <<http://www.mcu.es/archivos/lhe/servlets/VisorServlet.jsp?cod=003272>>
- El Consejo de Castilla reconoce a los diputados del común el voto en las Juntas de propios y arbitrios desde 1767. AMS, sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 72/12.
- Orden del Supremo Consejo de Castilla en 1778, AMS, sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 77/30.
- Copia del testimonio entregado por D. Ignacio Fernández de Cáceres, escribano de cámara, en 1778, al Sr. Asistente, y del acuerdo de la Audiencia, sobre evitar los abusos que se experimentaban en punto de la elección de diputados y personero del común. AMS, sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 77/29.
- Providencias del Real Acuerdo en 1778, en que se mandaba asistiesen a todos los cabildos los señores diputados del común, votando en ellos y en las juntas, a consecuencia de la Real provisión que citaban, en cuyo expediente se halla la provisión que obtuvieron dichos diputados en 1782, obedecida por el referido Real acuerdo y esta ciudad. AMS, sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 77/31.
- Real Provisión de 20 de septiembre de 1784, mandando citar especialmente al síndico personero del público, para los actos de interés del común, como formación de padrones de nobles, sorteos y quintas. AMS, sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 280/78.
- Expediente formado en 1792 a consecuencia de proposición hecha por el señor síndico personero sobre que a los señores diputados del común se les nombrasen escribanos y alguaciles para que usasen de las facultades como fieles ejecutores. AMS, Sección V, Escribanías de Cabildo del siglo XVIII, 77/37.



## UN PROGRAMA ILUSTRADO PARA LA FORMACIÓN DE JURISTAS. EL PLAN DE ESTUDIOS DE PABLO DE OLAVIDE DE 1768

Fernando Liendo Tagle<sup>1</sup>

**Resumen:** En el contexto del reformismo de la España carolina destaca, entre otros, la figura de Pablo de Olavide y Jáuregui (1725-1803), no sólo por su faceta literaria, su famoso «proceso de fe» y condena por la Inquisición, sino principalmente por su obra de gobierno. Dentro de esta faceta reformista, está su proyecto de cambio de las enseñanzas y, en particular, de los estudios de Jurisprudencia, contenido en una nueva planta de estudios que concibió para la Universidad de Sevilla, y se plasmó en un informe de 1768. Este trabajo tiene dos objetivos: exponer las tesis que Olavide concibió como necesarias para la modernización de la formación jurídica y, por otra parte, reflexionar sobre algunas de las dificultades que sus planteamientos enfrentaron, así como sugerir una valoración de su posible idoneidad. Así, presentaremos las «líneas maestras» del informe en cuanto a formación jurídica referida a Leyes (no incluimos a los Cánones), con sus dificultades y matices, resumidas en: el estudio del derecho natural racionalista, la renovación metodológica contra la escolástica, e insertar el cameralismo en la formación del jurista.

**Palabras claves:** Pablo de Olavide – Ilustración jurídica española – derecho natural racionalista – Educación jurídica S. XVIII – escolástica jurídica – cameralismo en España.

**Abstract:** In the context of the reforms during the reign of Charles III of Spain, the figure of Pablo de Olavide y Jáuregui (1725-1803) is particularly noteworthy not only due to his literary achievements, his famous trial and condemnation by the Inquisition, but also for his legacy in the area of government. His efforts to overhaul university structures, teaching practices and curricula –particularly in the field of Law– were amongst his key initiatives. These reforms were contained in a new teaching programme that Olavide conceived for the University of Seville, which was articulated in a report commissioned by Charles III in 1768. This paper has two objectives: firstly, to present Olavide's proposals in terms of how to modernise legal training and, secondly, to reflect on some of the difficulties he

---

1 Contratado predoctoral en Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad Onubense, Departamento Theodor Mommsen. Máster de Investigación por la Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo fue completado, como doctorando, en el marco en el Proyecto de Investigación «La memoria del jurista español: génesis y desarrollo de las disciplinas jurídicas (textos, programas, manuales)» (DER2014-55035-C2-1-P) dirigido por el Prof. Dr. Carlos Petit Calvo y concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad a través de la Secretaría de Estado de I+D+i. Agradezco la evaluación anónima la cual me permitió reconsiderar y aclarar puntos clave de este ensayo. Correo electrónico: fliendo@gmail.com

encountered in bringing these to fruition. This will be done by examining the principal themes that emerge from the 1768 report, including the study of rationalist natural law, the methodological renewal against scholasticism and the introduction of cameralism in legal training.

**Keywords:** Pablo de Olavide - Spanish legal Enlightenment - Rationalist Natural Law – Eighteenth-Century Legal Education - Legal Scholasticism - Cameralism in Spain.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. DERECHO NATURAL RACIONALISTA Y DE GENTES EN UN CONTEXTO PROBLEMÁTICO; III. ESCOLÁSTICA Y MÉTODO JURÍDICO; IV. POLÍTICA Y CAMERALISMO PARA EL JURISTA; V. UN ENSAYO DE INTERPRETACIÓN DE UN PLAN ILUSTRADO PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO; VI. FUENTES Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se articula en torno al plan de estudios organizado por Pablo de Olavide en 1768. No osaré ni una biografía del personaje, como tampoco un relato de la reforma ilustrada de la Universidad de Sevilla<sup>2</sup>, ni una descripción del documento. Ya existen suficientes estudios sobre el particular<sup>3</sup> y sería desaprovechar esta ocasión. Más bien lo que quisiera es compartir algunas observaciones y comentarios sobre las tesis contenidas en el plan de estudios de Jurisprudencia (en derecho civil y no en cánones, a pesar de que la formación concebida era *in utroque iure*), para recordar algunos puntos fundamentales del cultivo del derecho en una época de transición y nuevas ideas, dentro del contexto de la Ilustración española, las eventuales problemáticas que afrontaron y una valoración sobre la idoneidad del plan dentro

---

2 Permítase referir el trabajo donde ensayé una crónica: LIENDO TAGLE, F., *Pablo de Olavide y la nueva planta de los estudios*, Madrid (Universidad Carlos III), 2016. Las fuentes archivísticas utilizadas para la elaboración de esta monografía están repartidas entre el Archivo Histórico Nacional de Madrid (AHN, leg. 5477, exp. n.º 4, 5 y 6), la Biblioteca Colombina de Sevilla, Sección Capitular (BCS, leg. 57-2-17) y el Archivo Histórico de la Universidad de Sevilla (AHUS, leg. 609. Libros 944 y 964).

3 Biografías que ya se pueden considerar clásicas: DEFOURNEAUX, M., *Pablo de Olavidé ou l'Afrancesado*, Paris (Presses Universitaires de France) 1959. PERDICES DE BLAS, L., *Pablo de Olavide (1725-1803), el ilustrado*, Madrid (Universidad Complutense), 1992. Desde luego, debemos a Aguilar Piñal el primer estudio sistemático y la difusión del plan de estudios: AGUILAR PIÑAL, F., *La Universidad de Sevilla en el siglo XVIII. Estudio sobre la primera reforma universitaria moderna*, Sevilla, (Universidad,) 1969. Del mismo: *Plan de estudios para la Universidad de Sevilla*, segunda edición, Sevilla (Universidad), 1989.



de su contexto. Esto me coloca en una posición menos segura que si siguiera un relato documentado de sucesos<sup>4</sup>, pero creo que plantear estas cuestiones, más bien desde la historia del pensamiento jurídico, puede ser de mayor interés para el lector.

Olavide puede ser conocido por diversos motivos: desde por ser el blanco del «último gran proceso de la Inquisición», sus escritos literarios, su obra de gobierno en las Nuevas Poblaciones de Sierra Morena, o por la Universidad pública sevillana que actualmente lleva su nombre. También son conocidos los retratos sobre Olavide compuestos por Diderot, su primer biógrafo, como «ilustrado perseguido», las referencias que sobre él hiciera Giacomo Casanova en su viaje a la España de Carlos III, o por la inclusión de Olavide en el listado de «heterodoxos españoles» de Menéndez Pelayo<sup>5</sup>. Son tantas las aproximaciones posibles sobre este personaje, hispano nacido y formado en el Perú, y sus recorridos vitales tan novelescos como internacionales, que me limito indicar el contexto en el que el plan se redacta<sup>6</sup>. Así, el contexto es conocido por todos: después de decretar, vía Pragmática Sanción, y ejecutar la expulsión de los jesuitas de los reinos de la Monarquía, se generó un vacío tanto físico como intelectual en las enseñanzas. El Consejo de Castilla, a través de Campomanes, encargó a Olavide, recién enviado a Sevilla, que propusiera un destino a los edificios disponibles tras el extrañamiento y también que informe sobre las medidas a fin de «poner floreciente la Universidad literaria» así como todo lo «digno de atención» para tal efecto. De tal manera, después de una serie de indagaciones y consultas con expertos, se redactó un informe y se envió al Consejo de Castilla. Como se dijo, el informe no solo incumbía a la Universidad sino a todas las instituciones y edificios que quedaron vacíos tras el extrañamiento, componiendo un tipo de memoria por cada uno de los edificios pendientes de uso y destino. El Consejo, tras emitir dictámenes y

---

4 Los interesados pueden encontrar un compendio en la monografía citada *supra* (n. 1).

5 Agradezco al profesor Carlos Petit por la referencia de Giacomo Casanova sobre Olavide. Se pueden encontrar visiones tan distintas en: CASANOVA, G., *Historia de mi vida*, Barcelona (Círculo de Lectores), 1978, pp. 489 ss. MENÉNDEZ PELAYO, M., *Historia de los heterodoxos españoles*, vol. 2, Madrid (Editorial Católica, serie BAC), 1987, pp. 492 ss.

6 Para el contexto y ejecución, sintetiqué ampliamente en mi monografía (n. 1). Se pueden consultar, para más detalles: AGUILAR PIÑAL, F., *La Universidad de Sevilla en el siglo XVIII*, cit. (n. 2), o NÚÑEZ ROLDÁN, F. «La Universidad de Sevilla en el Siglo XVIII», en *La Universidad de Sevilla: 1505-2005. V Centenario*, Sevilla (Universidad), 2005, pp. 205-249.

conducir deliberaciones en su seno, resolvió aprobar el informe y disponer su aplicación. La historia de su ejecución estuvo llena de obstáculos y contratiempos de toda clase que más bien indicarían lo chocante del mismo para su contexto. Centrándose en lo relativo a la Universidad, Olavide remitió al Consejo un informe estructurado en cuatro secciones básicas: la Idea General, el Régimen de la Universidad, la sección de Rentas y financiación, y lo que, en estricto, constituye el Plan de Estudios. El último, que es el más interesante para la historia del pensamiento, se ocupa de proponer reformas a los estudios, tanto en los métodos como en los contenidos y fuentes –obras, autores, etc.– que se propone seguir en cinco disciplinas: Filosofía, Medicina, Jurisprudencia, Teología y Matemáticas. Quedémonos, pues, con el documento, que es bastante extenso y rico en contenidos.

En lo que concierne a la Jurisprudencia, que abarcaba tanto el derecho civil y el canónico, el contenido del Plan se puede clasificar y dividir en algunas categorías. Como era habitual en este tipo de escritos, el autor esbozaba un diagnóstico y realizaba propuestas, destacando, en primer lugar, aspectos generales y comunes de la enseñanza, antes de centrarse en la formación jurídica propiamente dicha. A nivel de los diagnósticos sobre educación jurídica, Olavide presenta tres elementos claves: i) un severo ataque a la Escolástica, calificándola como fuente de corrupción del conocimiento y causa de inutilidad de los estudios; ii) el descuido del derecho patrio por el predominio de la romanística; iii) la ausencia de conocimiento del derecho natural que se enseña y difunde en otras partes de Europa.

De ahí que las «líneas maestras» del plan en cuanto a formación jurídica se dirijan a remediar estos males<sup>7</sup>. Las medidas propuestas apuntan así al

---

7 El informe fue redactado, como se indicó, en 1768 y se aprobó, tras deliberaciones en la Corte, mediante Real Cédula del 22 de agosto de 1769, por la que se formalizó la aceptación del texto de Olavide, con introducción de Campomanes. Así, al ser aprobado mediante una Real Cédula, adoptó una forma jurídica, que fue la que se intentó aplicar en su oportunidad. Considero, por este motivo, importante presentar la Real Cédula que fue el instrumento jurídico y que desde la perspectiva de la historia universitaria debería considerarse como el texto relevante al constituir una fuente normativa. Desde luego, los contenidos son casi idénticos, salvo diferencias mínimas y de forma que en absoluto inciden en la sustancia del mismo y en nuestras observaciones. En lo sucesivo, cuando me refiera al «Plan» será a la versión transcrita entre las páginas 116-169 del trabajo citado en la primera nota, la sección de Jurisprudencia se encuentra entre las páginas 150-156. Dado que los fragmentos se pueden consultar fácilmente en línea, <<http://hdl.handle.net/10016/23895>> indicaré en pie de página los extremos más relevantes del Plan o los

cultivo y fijación de un derecho patrio, al estudio del derecho natural racionalista, a la renovación metodológica contra la Escolástica, e insertar, por extensión, a la ciencia de policía o el cameralismo en la formación jurídica, todo en un programa de cinco años, antes de la pasantía y la Academia de Práctica<sup>8</sup>. En este trabajo vamos a excluir al derecho canónico y al derecho patrio –tanto por razones de espacio como de especialidad– y nos centramos en el iusracionalismo, el método jurídico y la ciencia de policía como elementos fundamentales para la renovación del jurista moderno.

## II. DERECHO NATURAL RACIONALISTA Y DE GENTES EN UN CONTEXTO PROBLEMÁTICO

Olavide menciona cómo ambos derechos yacen en profundo olvido y que esto es la causa de la «decadencia de nuestra Jurisprudencia», aunque no menciona la etiqueta de iusracionalista es claro que por los autores y orientación indicada se refiere al derecho natural racionalista y no autores del derecho natural que entiende como «escolásticos». Se propone su estudio porque el derecho natural y de gentes aportan un fundamento general y son «conocimientos relativos a la Ciencia de los derechos para desempeñar dignamente» la abogacía y magistratura; también porque «son las Fuentes de las leyes y los elementos de toda la Ciencia legal». El derecho natural racionalista tendría diferentes usos que debería ser aprehendidos por el jurista porque: «les son absolutamente precisos para comprender el verdadero carácter y norma de las

---

que requieran de indicación a fin de no obligar al lector a bucear en el archivo. La ubicación documental exacta de la Real Cédula es AHN, *Consejos*, leg. 5477, exp. n.º 5 y específicamente para la Universidad Hispalense: AHUS, libro 944. Apéndice número 18.

8 La síntesis del programa, en cuanto asignaturas y autores, está en el propio informe.: «Bajo de estos principios se reduce el citado Curso de Jurisprudencia a la distribución siguiente: En el primer año se ha de estudiar el Derecho Natural y de Gentes por los *Elementos* de Heineccio. En el segundo, después de los prolegómenos de la Historia del Derecho Civil de los Romanos, los dos primeros Libros de la *Ynstituta* con el comentario de Vinnio y notas de Heineccio, explicando las Leyes concordantes del Derecho Nacional. En el tercero, los dos Libros últimos de dicha *Ynstituta* de Justiniano con el mismo comentario y explicación. En el cuarto, después de la Historia del Derecho Canónico por vía de Prolegómeno y explicación de las reglas de dicho Derecho, se estudiará la *Ynstituta Canónica* compendiada por Lancelotto. En el quinto tendrá lugar la pasantía y se hará el Estudio de la *Política* por la primera parte del barón de Bielfeld, traducida en castellano», *Plan*, cit. p. 155.

acciones humanas, las obligaciones del Hombre en el estado natural y social, el origen de los Contratos, pactos y dominio, sus efectos y consecuencias»<sup>9</sup>. Abarca tanto el perfeccionamiento del derecho, como su explicación, la provisión de un fundamento, de una disciplina y un método útiles para la formación de los juristas. Olavide se refiere con admiración a autores como Grocio y Pufendorf, pero subraya su poca difusión en el mundo hispánico: «nos atrevemos a asegurar que los más de nuestros Letrados ignoran hasta los nombres de Grocio, Puffendorf y los demás que han tratado estas materias, siendo ésta una de las principales causas de la decadencia de nuestra Jurisprudencia»<sup>10</sup>. Ahora bien, Olavide, como hombre de su tiempo, menciona el inconveniente de este iusracionalismo: sobre Grocio menciona que «trató más del Derecho Público que del Natural, reduciendo su obra principalmente a las dos supremas regalías de la Guerra y de la Paz»; sobre Pufendorf menciona que «formó una obra muy basta y dilatada que no puede enseñarse sin notas o escolios» y que conoce su traducción del latín al francés por Jean Barbeyrac, pero coloca la gran objeción a ambas obras consistente en que «se hallan éstas prohibidas en España, por estar tinturadas de la Religión de su autor, cuyo inconveniente tienen otras varias obras de escritores protestantes».

Dado cuenta el inconveniente de tener el iusracionalismo orígenes protestantes, se decanta por sugerir los *Elementos de Derecho Natural y de Gentes* de Heineccio que no presentarían tal objeción (a pesar de sus orígenes germánicos y también protestantes del autor!), aunque se trataría de una versión adecuadamente expurgada para escapar de la eventual censura. Lo mismo acontece con el célebre Vinnio. Olavide lo coloca como el mejor expositor de las instituciones romanas «del Emperador Justiniano», que debería estudiarse después de unos «prolegómenos» a tal derecho donde se aprenda un «compendio de su Historia, para que los Estudiantes se enteren del origen, fuentes, compilaciones y actual estado de este Derecho, cuya noticia les facilitará su inteligencia». Vinnio (o Vinnius) entraba en escena cuando se acudía a las Institutas para su explicar su inteligencia, previa introducción de una «Historia del Derecho Civil de los Romanos», luego de lo cual se pasaría a los textos propiamente dichos, en especial a «los dos primeros libros de la *Ynstituta*», pero siempre para Olavide «explicando las leyes concordantes del Derecho Nacional», subrayando la primacía del segundo sobre la romanística.

Ahora bien, el punto que quiero plantear es el siguiente. En 1907, el biblió-

---

9 *Plan*, cit., p. 152.

10 *Ibidem*, p. 151.

grafo Manuel Torres Campos, planteaba en la *Revista de Derecho internacional y política exterior*, un dictamen sobre el estudio del Derecho Internacional (y por extensión el iusracionalismo con toda probabilidad):

El Derecho internacional ha llamado menos la atención de los publicistas españoles que las demás ciencias jurídicas. Es de notar que mientras ha habido distinguidos escritores españoles, Vitoria, Soto, Suárez, Ayala, etc., entre los precursores de Grocio, apenas publicó éste su *Derecho de la guerra y de la paz*, son pocos los que en España dedican sus investigaciones á esta importante materia. Ni siquiera el libro de Grocio, que tanta influencia ejerció en Europa en el siglo XVII y los posteriores, y, á pesar de haber sido traducido á muchas lenguas, tiene una versión á la castellana. Debemos explicar esto por la condenación de parte de la Santa Sede, de la tendencia de Grocio, no obstante las ideas templadas de éste y su deseo de que llegaran á una reconciliación católicos y protestantes. El hecho de figurar en el Índice *de libros prohibidos* el *Derecho de la guerra y de la paz* debió contribuir á alejar á los españoles de las cuestiones que estudiaba, teniendo en cuenta las opiniones dominantes entre nosotros, en materia religiosa, con anterioridad á 1868<sup>11</sup>.

¿Podemos estar de acuerdo con Torres Campos? ¿Cuán plausible resultaba la propuesta de Olavide en torno al derecho natural? Considero que entre los elementos para una respuesta debemos tener presente dos elementos centrales: i) el fundamento en el que descansa este planteamiento teórico como reflexión general sobre la existencia y base del derecho; ii) las restricciones en la circulación de ideas y libros, si bien podrían tener porosidades, pienso que no permitían elevar a un grado de oficialidad a unos textos iusracionalistas sin que se haya establecido cultural, jurídica y abiertamente ciertos grados de libertad religiosa y de conciencia (no al menos sin una severa supresión de las licencias y el censor –*nihil obstat quominus imprimatur*–). Pasemos al desarrollo de esta argumentación.

Primero, ¿por qué Olavide se decanta por promover a unos autores protestantes y rechaza a otros para la enseñanza? Tanto en el caso de Vinnio y de Heineccio se trata de autores ampliamente leídos en el espacio latino católico, pero expurgados para no hacerlos chocantes con el credo religioso. De hecho, tenemos el ejemplo de Joaquín Marín y Mendoza (1727-1782) quien realizó una edición del manual de Heineccius *Elementa Juris Naturae et Gentium, castigationibus ex Catholicorum doctrina* en 1776 y fue nada menos que el titular de la cátedra de derecho natural que se creó en los Reales Estudios de San Isidro en Madrid y a quien debemos un muy útil opúsculo titulado

11 TORRES CAMPOS, M. «Tratadistas españoles de Derecho internacional: Riquelme y Ferrater», *Revista de Derecho internacional y política exterior*, vol. 3, 1907, pp. 1-2.

*Historia del derecho natural y de gentes*<sup>12</sup>. Es decir, fueron autores reescritos debidamente (o lo contrario) para limpiarlos de cualquier proposición que pareciese herética<sup>13</sup>.

Es por todos conocidos que Grocio fue un autor protestante y su obra estaba en el listado de libros prohibidos, después del Decreto del 4 febrero de 1624<sup>14</sup>. Aunque la censura de libros ha sido relativizada, tanto en su eficacia como en su naturaleza<sup>15</sup>, parece que en su momento era demasiado arriesga-

---

12 Datos y extraídos de la edición: MARÍN y MENDOZA, J., «Historia del derecho natural y de gentes» (1776), edición y nota al texto de Manuel Martínez Neira, Madrid (Universidad Carlos III), 2015.

13 Para un recorrido de estas reescrituras: BECK VARELA, L., *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013.

14 Esto puede verificarse *inter alia* en el *Index*: «Hugo Grotius, Apologeticus eorum qui Hollandiae Westfrisiaeque praefuerunt. *De Jure belli, ac pacis* libri tres. Donec corrigantur», *Index Librorum Prohibitorum. Sanctissimi Domini Nostri Pii Sexti Pontificis Maximi Jussu Editus*, Romae (Ex Typographia Rev Camera Apoftolicx Cum Summi Pontificis Privilegio), MDCCLXXXVI, p. 127. Véase también que hasta 1790 la Inquisición española, la que ya había condenado a Olavide, mantenía a Grocio en el *Index*, a pesar de cualquier juego fáctico de licencias de lectura posible: «Grotius (Hugo), J. C. Histor. Poeta, Th. incertae Sectae. I. cl. Escribió Opera Theologica, Basil. 1732, en 4. tom. Los 3 contienen *Notas sobre toda la S. Escritura*; el 4. *varios Opúsculos tocantes à Religion*. También escribió *De Jure Belli et Pacis*. 1. tom. *Et Mare liberum*, I. tom. y otras Obras corren baxo de su nombre. Lo que se permite, solo son sus *Obras Poéticas*, con expurgacion. y. en el *Expurgat.* de 1747, *verbo Delitiae a Poetar. Germanic*, pag. 357, y 550», en *Índice último de los libros prohibidos y mandados expurgar para todos los Reynos y Señorios del Católico Rey de las Españas, Don Carlos IV. Contiene en resumen todos los libros puestos en el Índice Expurgatorio del año de 1747 y en los Edictos posteriores, asta fin de Diciembre de 1789 formado y arreglado con toda claridad y diligencia por mandato del Excmo. Sr. D. Agustín Rubin de Cevallos, Inquisidor General, y Señores del Supremo Consejo de la Santa General Inquisición*, Madrid (Imprenta de Don Antonio de Sancha), MDCCXC, p. 120.

15 Sobre censura, expurgaciones y libertad en la circulación de ideas, Cf. BECK VARELA, L., «¿El Censor Ineficaz? Una lectura histórico-jurídica del Índice de libros prohibidos», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 31, 2015-I, pp.71-89. PÉREZ GODOY, F. «La idea de Estado Moderno bajo la mira confesional: Tres censuras a “*De iure naturae et gentium*” (1672) de Samuel Pufendorf», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXVIII, 2016, pp. 421-442. VIEJO YHARRASSARRY, J. «El contexto de recepción de Grocio a mediados del siglo XVII en la Monarquía Hispana», *Espacio, tiempo y forma. Serie IV, Historia moderna*, vol. 11, 1998, pp. 265-28. Para una reconstrucción de lo que era una biblioteca de obras protestantes todavía en el siglo XIX: AA. VV., *La librería secreta de Luis de Usoz (1805-1865)*, edición a cargo de Marta Vizcaino Ruiz;

do proponer a un autor como Grocio como libro de texto o libro único para la enseñanza en Universidades, recordémoslo, todavía regentadas en buena medida por la Iglesia y clérigos, que dominaban los claustros como el sevillano<sup>16</sup>. Así, considero que introducir sus obras en la enseñanza jurídica suponía un paso demasiado radical en un momento en que la presencia de la fe y de la ley divina eran predominantes en el mundo católico, incluso a pesar del reformismo ilustrado del siglo XVIII encaramado en la Corte (la que por cierto no tuvo inconvenientes con proseguir la censura previa, vía licencias y privilegios de impresión *ex ante*<sup>17</sup>) y todas las colisiones que esta ruptura significaba. De hecho, no está en juego la existencia de un derecho natural del mundo católico, largamente cultivado y enriquecido por la Escuela de Salamanca y autores posteriores, sino los fundamentos y método del mismo.

Como sabemos, el derecho natural racionalista supone una secularización del pensamiento. Sabemos que después de que las guerras de religión partieron la unidad del cristianismo, una serie de autores empezaron a buscar un derecho cuyo fundamento no dependiera de la autoridad de la fe expresada en una doctrina institucionalizada, sino de la observación de una naturaleza común, pero ello no significa que la idea de una justicia divina esté ausente en el iusracionalismo. De hecho, es un punto largamente demostrado cómo los autores iusracionalistas tienen una deuda conceptual con la Escuela de Salamanca y la Segunda Escólastica Española y especialmente con Francisco de Vitoria, cuya obra se había convertido en una referencia, y a quien Grocio emplea y cita reiteradamente<sup>18</sup>.

---

autores de los comentarios, Adelaida Caro Martín, et al., Madrid (Biblioteca Nacional de España), 2017 (disponible en línea).

16 He indicado en mi monografía previa cómo en el Archivo de la Universidad Hispalense pueden consultarse los Libros de acuerdos, claustros y actos de la Universidad, que abarcan esta etapa. Así, existen constancias sobre memorias para la dotación de cátedras, los acuerdos para obedecer las disposiciones emitidas por la Monarquía, la participación en los claustros de los colaboradores de Olavide. Los contenidos de estos claustros son de particular interés en la medida en que indican cómo se recibían las disposiciones y órdenes de la Corte, y cómo se acordaba su cumplimiento. Contrariamente a una idea que imagine que estas disposiciones se obedecían sin margen alguno de discusión, estas crónicas del claustro muestran cómo existían opiniones distintas en torno al cumplimiento. AHUS, libro 944. Apéndice número 19. AHUS, libro 964, apéndice número 22.

17 Cf. CONDE NARANJO, E., *El Argos de la Monarquía. La policía del libro en la España ilustrada (1750-1834)*, Madrid (CEPC), 2006, donde se presenta un sugerente cuadro de los entresijos de este control previo.

18 Por ejemplo, en *Mare Liberum* Grocio hizo al menos cinco citas directas de Vitoria para apoyar sus argumentos.

¿Entonces por qué un derecho natural nuevo? ¿Cuál puede ser el espacio de este conocimiento, tal vez más propio de eruditos y filósofos, que de abogados a estas alturas? ¿Y por qué instaurarlo en la universidad y sus facultades de derecho? Veámoslo por partes. Como se conoce, la primera cátedra de derecho natural se crea en Heidelberg en 1660 (de hecho, como se conoce, en su concepción moderna, el iusracionalismo se genera primero en los países protestantes y sus universidades). Esto no significa, desde luego, que en el siglo XVIII no se haya reflexionado largamente en el mundo latino católico y en sus universidades sobre el derecho natural ni propuesto, desde el espacio ibérico en particular, determinados usos para la formación del jurista. Poco tiempo después de Olavide, como se conoce, esto fue más ampliamente desarrollado en las reformas de Coimbra por el Marqués de Pombal y compañía, coincidentes con el contexto de expulsión jesuítica de la reforma olavideña y en sintonía con Verney<sup>19</sup>. Los usos teóricos del derecho natural que nos revela el texto de pie de página son de amplio interés como un programa de conocimiento: abarca tanto el perfeccionamiento del derecho, como su explicación, la provisión de un fundamento, de una disciplina y un método útiles para la formación de los juristas. El nuevo derecho natural había llegado para quedarse, aunque su introducción fue progresiva, con idas y vueltas, solapamientos y moderaciones. Puestos en un contexto algo posterior, está demostrado que ni siquiera los terremotos de la Revolución Francesa en España durante Carlos IV anularon este espacio de conocimiento, solo que fue transmutado por una «filosofía moral» y un autor católico como Juan Bautista Almici, apa-

---

19 Para tener una idea más exacta de lo que en tal ocasión el reformismo ilustrado ibérico consideraba sobre el Derecho Natural, acudimos al texto del *Compêndio* para darle un contenido con un desarrollo razonado de las motivos, por la que Junta dirigida por Pombal promovía el Derecho Natural, entre las que destacan para nosotros: i) permite la «interpretación genuina de las leyes positivas» al ser el Derecho Natural su sólida inteligencia y la «base fundamental» de la que es posible deducir las leyes civiles; ii) en los supuestos en que los hechos del caso difieran de la ley, y sea necesario solventarlo, elimina la confusión «resultante de las contrariedades de las leyes», así como favorece el empleo de la «equidad» para «moderar el rigor y temperar la dureza de la Ley conforme al espíritu de legislador». Junta de Providência Literária, *Compêndio historico do estado da Universidade de Coimbra no tempo da invasão dos denominados jesuitas e dos estragos feitos nas sciencias e nos professores, e directores que a regiam pelas maquinações, e publicações dos novos estatutos por elles fabricados*, Lisboa (regia Officina Typografica), 1772, pp. 209-244. Buena versión disponible en <<https://catalog.hathitrust.org/Record/009265693>> [consultado el 4 de enero de 2018].



reciendo esta filosofía «como un derecho natural acorde con la constitución política de la monarquía, que no tenía principios contrarios a ella»<sup>20</sup>. Había, sin duda, condiciones hostiles para esta recepción en el espacio ibérico, y una evidente tensión entre distintas concepciones del derecho natural.

Ahora bien, ¿cuál sería el contenido de este nuevo derecho natural de la razón?, ¿en qué se fundaban las doctrinas de sus autores y sobre todo en qué se diferenciaba de los planteamientos escolásticos que elaboraron concepciones de iusnaturalismo?, ¿en dónde residía su atractivo? Recordemos que estamos en un contexto en el que las guerras de religión europeas habían significado, de forma irreversible, el rompimiento de la *respublica cristiana*. Ahí donde la reforma protestante triunfó, sabemos bien, no es difícil advertir la necesidad de una fundamentación del derecho que no se constriña ni descansa en el credo católico ni la autoridad de la iglesia de Roma. Los fundamentos debían ser otros (¿y cómo no podrían serlo con las terribles guerras civiles y externas acontecidas?), aunque a la larga existan continuidades de contenidos con las raíces escolásticas (y sobre todo de la Segunda Escolástica)<sup>21</sup>. Así, conjuntamente con este intento de secularización, el derecho natural racionalista acumulaba una suerte de fundamentaciones generales en los axiomas que la razón establece sobre la naturaleza humana: esto es, el instinto de conservación, el derecho a la autodefensa frente a las agresiones, las libertades impuestas por la naturaleza. Estos axiomas podían deducirse de la observación y de la razón, y tienen un signo muy variado. Un ejemplo de esta tendencia se

---

20 MARTÍNEZ NEIRA, M., «¿Una supresión ficticia? Notas sobre la enseñanza del derecho en el reinado de Carlos IV», *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 68, 1998, p. 543. También un contexto sobre esta introducción del derecho natural: ÁLVAREZ DE MORALES, A., «La difusión del derecho natural y de gentes europeo en la universidad española de los siglos XVIII y XIX», *Doctores y escolares. II Congreso internacional de historia de las Universidades hispánicas*, 2 vols., Valencia, 1998, 1, pp. 49-60, de mismo autor, sobre las ideas de Almici «La difusión del derecho natural en el siglo XVIII: la obra de Almici», *Estudios de Historia de la Universidad española*, Madrid, 1993, pp. 159-159.

21 Sobre el ascenso del derecho natural, Michael Stolleis señala como factores esenciales que posibilitaron su incorporación en las disciplinas jurídicas: «1. [...] la revolución teórica de las ciencias naturales [...] 2. La crisis religiosa de Europa, seguida, en la época de las guerras confesionales, de la formación de nuevas iglesias y la relativización del magisterio teológico que se derivó; 3. El auge político de absolutismo y la emergencia de Estados nacionales unificados [...]». STOLLEIS, M. *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, Paris (Presses Universitaires de France), 1998. p. 405

observa en la doctrina de la ley natural de Pufendorf, que sería deducida de la observación de la naturaleza y la caracterización del hombre de *socialitas*, una constatación que hace concluir que el ser humano debe batallar contra sus tendencias al egoísmo y de amarse solo a sí mismo y dar paso, si quiere conservarse y mejorar, a la necesidad de respetar y colaborar con los demás. De ahí los principios, según los cuales «nadie sea herido y que cualquier daño padecido deba ser reparado» (porque si al agresor se le permitiera conservar la ganancia obtenida de su daño, no tendría sentido el principio de no dañar a otro injustamente), o que «todos los hombres deben honrar a los demás y tratarles como iguales», o los «deberes de ayudar a los demás en lo que esté al alcance de uno» o que «cada quien cumpla las promesas y pactos contraídos», así como sus derivaciones en la naturaleza de los derechos y potestades del soberano respecto a sus súbditos<sup>22</sup>. O tomemos como ejemplo también la doctrina, elaborada tiempo antes, de Hugo Grocio en *Mare Liberum* sobre el principio de libertad de navegación de los mares deducido en buena medida en la observación de que los vientos y el mar «no pueden convertirse en propiedad de nadie, porque la naturaleza no solo permite sino que impone su uso común», por tanto el mar es una de esas cosas (*res*) que «no es un artículo susceptible de comercio y que no puede convertirse en propiedad privada ni ser considerado como territorio de cualquier pueblo (*res communis*)»<sup>23</sup>. De ahí que postule el axioma del «derecho de las naciones» según el cual «toda nación es libre de viajar a cualquier otra nación y comerciar con ella». Grocio, al postular estas tesis, trataba de demostrar que los holandeses tenían el derecho de navegar a las Indias Orientales y entablar comercio con los pueblos que estén ahí, para lo cual tenía que desacreditar las pretensiones portuguesas de dominio exclusivo y soberanía, rechazando la autoridad de la bula papal que concedía tales derechos.

Olavide está al tanto de los avances de las escuelas iusracionalistas (y su correspondiente tendencia a la secularización), y consideraba que algunas de estas nociones debían ser incorporadas a la formación jurídica hispánica. Lo hizo incluyéndolo a modo de propuesta en el informe, que después fue

---

22 Todo esto poniendo entre paréntesis si sería aplicable la falacia naturalista de Hume, punto que no llego a disputar en un ensayo histórico. Una edición que recolecta sus escritos: PUFENDORF, S., *The Political Writings of Samuel Pufendorf*, New York (Oxford University Press), translated from Latin by Michael J. Seidler, 1994, p. 304.

23 Una edición crítica recomendable de la que recogemos lo anterior: GROTIUS H., *Mare liberum, 1609-2009*, Original Latin Text (facsimile of the first edition, 1609) and Modern English Translation, ed. and annot. by Robert Feenstra, Leiden (Brill), 2009.

aceptado. Para este momento de 1768 no se podría decir que los contenidos del derecho natural racionalista habían sido asimilados o integrados en los estudios españoles: de hecho, en otras propuestas de reforma universitaria casi simultáneas como las de Salamanca de 1771<sup>24</sup> o Valladolid<sup>25</sup> del mismo año, simplemente el derecho natural y de gentes no aparecía, a diferencia del derecho patrio o real que sí ingresa en ambos. Cuando en 1772 la Universidad de Alcalá instauró el grado en ambos Derechos, y no solo el canónico, el derecho natural, y sobre todo el racionalista, estaba totalmente ausente<sup>26</sup>. Será después, casi veinte años, cuando en 1788 Salamanca pidió la inclusión de este derecho y Valladolid lo formalizó también en 1786<sup>27</sup>. Se trató, como vemos de una incorporación gradual y que en su momento fue realizada, antes que de la mano expresa de Grocio o Pufendorf más por autores como Almici, depurador católico del iusracionalismo.

Esta adhesión se explicaría también, a nuestro juicio, por las tesis voluntaristas del nuevo derecho natural. El derecho, bajo esta concepción, no dependería sólo de las ideas de equilibrio y orden divino y natural, previo y trascendente al individuo, que sostenía el viejo derecho natural de Santo Tomás de Aquino y sus epígonos, sino que también consistía en actos de voluntad fundados en la razón, que es universal y por eso secular a la religión, que es variable. El derecho pasaría entonces a concebirse como actos de declaración de voluntad de los individuos, unilaterales y contractuales, y de los soberanos políticos sometidos a una razón universal, no dependiente de las religiones.

---

24 Vid. ADDY, G. M., *The Enlightenment in the University of Salamanca*, Durham (Duke University Press), 1966, pp. 324 a 332, páginas en las que se transcribe el plan de estudios de 1771 en lo relativo a jurisprudencia.

25 Vid. TORREMOCHA HERNÁNDEZ, M., *La enseñanza entre el inmovilismo y las reformas ilustradas*, Valladolid (Universidad), 1993, pp. 147 a 155 donde se transcribe lo mismo, y las explicaciones de la autora en pp. 74 a 75.

26 AZNAR I GARCIA, R., *Cánones y leyes en la Universidad de Alcalá durante el reinado de Carlos III*, Madrid (Dykinson), 2002. Una explicación es: «Para los claustrales de Alcalá, no era admisible que el legislador hubiera de acomodar sus preceptos a unas leyes universales inferidas del estudio racional de la naturaleza humana [...] [l]a ortodoxia católica no podía considerar a la razón humana —mermada por el pecado original— como la única fuente del conocimiento, ya que la verdadera justicia emanaba de Dios», p. 80.

27 En ambos casos la incorporación ha sido estudiada en: MARTÍNEZ NEIRA, M., «Despotismo o Ilustración. Una reflexión sobre la recepción del Almici en la España Carolina», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 66 (1996), pp. 954 á 961, donde se menciona incluso el rechazo parcial de Alcalá en 1789 al Almici.

Para resumir esta parte de la planta olavideña, debemos recordar que la idea instaurar cátedras de derecho natural, como se sabe, fue propuesta por otros autores hispánicos antes que por Olavide (v. gr. Mayans en 1767), aunque sin plenas seguridades y no de forma unánime, como otros planes ilustrados antes citados. De todas maneras, consideramos que el documento estudiado refuerza esta aspiración ilustrada, que tras décadas después calaría. Como sabemos, a la postre el derecho natural racionalista impactaría también en el *ius commune* en todo el continente europeo y contribuiría a la formación de un nuevo paradigma más «científico» del derecho oficial. El examen de todo por el «tribunal de la razón», que después acometería la empresa ilustrada, incluye las instituciones jurídicas y conduce a reformularlas o redescubrirlas de formas más sistemáticas. Sus tesis voluntaristas encajaban con los propósitos de la Ilustración jurídica y la forma cómo las monarquías que tendían al absolutismo lo emplearon para robustecer su jurisdicción y potestades. Al redescubrir la aptitud de la voluntad de los individuos para celebrar «pactos» —relevante para la formación de la ulterior «autonomía privada» del derecho privado moderno— que articulan una vida civil —subyacente en Hobbes o Pufendorf—, se confiere legitimidad a la voluntad de la autoridad que la garantiza y que vela por el bienestar de esos súbditos —«Soberano Protector», «respeto a las Reales intenciones y deliberaciones» como terminología que abunda en la documentación del informe examinado—; desplazando un derecho antiguo, más apegado a la romanística y a la trascendencia divina, se genera otro que sería conceptualmente apto para convertirse en independiente de la fe. Sin embargo, la cristalización de tales ideas en planes de estudio era harto improbable en los tiempos de Olavide, dadas las restricciones en libros e ideas que imponía el contexto. De ahí los rechazos al ingreso pleno de este iusracionalismo y sus ideas conexas, por lo que la propuesta de Olavide resultaba más que problemática, y de ahí la gradualidad con que un estudio se oficializa. Para 1768 resultaba algo chocante esta tesis, sin embargo, el transcurso de los años fue claramente en favor de esta gradual incorporación llena de expurgaciones y adaptaciones a través de autores católicos como Almici, hasta una eventual consolidación en los métodos y obras jurídicas. Es en tal clave que considero debe leerse la inclusión del derecho natural en otros planes de estudio.

Esto solo evidencia el lugar clave que tuvo el derecho natural en la formación del pensamiento jurídico moderno. Para el caso hispalense, el momento de formulación del plan de iusracionalismo parece algo prematuro, a lo que habría que sumar posición especial de Olavide en cuanto responsabilidades

públicas y posterior persecución: figuran todavía en el expediente de la causa inquisitorial las confiscaciones de los libros de su biblioteca, detectando importaciones de obras prohibidas, y la revisión de su correspondencia personal para encontrar proposiciones heréticas, en un contexto hostil<sup>28</sup>. Este matiz explica también por qué en el claustro sevillano fue más problemática este ingreso del derecho natural, respecto al cual, a pesar de ser aprobado por Real Cédula, no se llegó a dotar ni instalar la cátedra correspondiente en los años que siguieron al plan<sup>29</sup>.

### III. ESCOLÁSTICA Y MÉTODO JURÍDICO

Uno de los núcleos del Plan de Olavide fue un severo ataque a la Escolástica. La acusa de ser causa de la corrupción del razonamiento. ¿Por qué? ¿Cuál es el problema de la Escolástica? Según él:

Este Escolasticismo peca en su objeto y en su método. En su objeto porque siempre se versa en cuestiones frívolas o inútiles, pues, o son superiores al ingenio de los hombres,

---

28 Sin mencionar la severidad de su auto de fe, en estricto «autillo», en el que se condenan sus errores, según una crónica de mismo: «Negaba los mas de los Dogmas de la Religión Católica, y era furioso docmatizador de los herrores opuestos. Toleraba el desorden de los vicios, se burlaba de las practicas piadosas: negaba la suprema autoridad al Papa, la potestad à los Obispos, y casi toda la Jurisdicción Eclesiástica, y en fuerza de este horror le dió licencia à un Clerigo para confesar y celebrar en Sierra Morena [...] Afirmaba que era inútil la invocación e intercesión de los Santos, llegó à impedir su culto [...] decía eran inútiles muchas misas à los difuntos porque solo bastaba una; negaba el infierno, y no conocía otras acciones malas que el homicidio, y el hurto, y à pesar de las instancias que le hicieron los curas de Sierra Morena jamás corrigió los adulterios públicos, y amancebamientos, [...] impidió el toque de campanas». *Breve razón de la causa y sentencia, dado por el Santo y Supremo Tribunal de la Inquisición de Corte, contra D. Pablo Olavide, natural de Lima*, manuscrito en la Biblioteca Nacional de España –BNE–, MSS/12929/46; otra versión de lo sucedido en: *Breve y compendiosa de la causa y sentencia, dado por el Santo y Supremo Tribunal de la Ynquisición de Corte, contra D. Pablo Olavide*, BNE, MSS/11089, este última versión disponible en la Biblioteca Digital Hispánica de la BNE <<http://bdh.bne.es/bnearch/detalle/bdh0000038059>> [consulta 10 de enero de 2018].

29 Agradezco al evaluador anónimo esta observación para explicar tal punto. Sobre la problemática aplicación del plan de estudios, en donde mediaron disputas económicas, judiciales y conceptuales puede verse mi estudio citado en la nota 1, pp. 33-47.

o sólo son de nombre, incapaces de traer utilidad, aun quando fuese posible demostrarlas. Peca en su método porque en lugar de buscar la verdad por medios simples y Geométricos, la presume hallar por una Lógica enredada, capciosa y llena de sophismas, que obscurezen el Entendimiento, lo acostumbran a Raciocinios falsos y a desviarse de la misma verdad, contentándose con palabras y con ciertas distinciones que se llaman sutiles y son ineptas. Llegando la desgracia a tal punto que se le ha dado el nombre de agudeza a este continuado delirio de la Razón<sup>30</sup>.

Sobre su impacto en el derecho, como método de enseñanza y razonamiento, sostiene en la parte general del plan que: «No se ha contentado este mal Espíritu con viciar la Philosophía y corromper la Theología, convirtiéndolas en unas Ciencias de palabras vanas y de especulaciones fútiles». No solo se trataría de la Escolástica tradicional, auténtico sustrato de la Filosofía medieval y los estudios teológicos, sino también los juristas participaron de esta presunta corrupción pues la misma: «[...] ha contagiado a la Jurisprudencia, la que por su instituto, que no es otro que el de buscar la Razón moral de las cosas para la distribución de la Justicia, parece debía haberse preservado de aquel daño». La consecuencia sería un desconcierto conceptual: «[...] ha tenido tanta influencia en nuestros Estudios que ha enbuelto también en su confusión las materias del Derecho Civil, pues hoy no son más que cuestiones de la misma especie»<sup>31</sup>.

Para Olavide, la Escolástica se equivocaría en su método y objeto porque va más allá de lo que se puede demostrar y axiomatizar, generando un desorden y sofismas que hacen imposible en la jurisprudencia «aquel preciso enlace de principios y consecuencias que hace el fondo de los conocimientos de una Ciencia». El método escolástico de distinguir hipótesis, sostener argumentos a favor y en contra, y realizar distinciones sutiles, conducía a una incertidumbre insoportable para Olavide y una probabilística que él juzgaba como un impedimento al avance de las ciencias, incluida la Jurisprudencia. A esto se le añade la mezcla continua y poco sistemática con el derecho canónico. De ahí que su propuesta consiste dejar atrás la «dialéctica escolástica», en tanto esta deviene en discusión bizantina, y sustituir el espíritu escolástico por lo que podemos denominar «cartesiano». *Grosso modo* cuando hablamos de espíritu cartesiano nos referimos al entusiasmo por la Geometría y las ciencias naturales, como modelos de exactitud en el razonamiento; también lo escolástico se contrapondría, en demasiado gruesa medida, a lo que podemos ser el pensa-

---

30 *Plan*, cit, p. 121.

31 *Ibidem*. p. 122.

miento sistemático-deductivo y el método experimental (por más imprecisos que sean estos términos en este momento) para describir la observación de los fenómenos y la consecuente inducción o deducción de resultados mediante la experimentación, empleando desde luego nuevos instrumentos de medición, o la exactitud abstracta que nos ofrece de la Geometría.

Voy a examinar el sentido de la escolástica en el derecho erudito (o *científico*, como se la ha solido denominar), pero antes de esto, para no incurrir en afirmaciones aisladas, es preciso recordar las conexiones íntimas entre escolástica y Universidad hasta el siglo XVIII para comprender el sentido de las observaciones del plan. De hecho, una de las razones que aconseja esto es que los ataques a la Escolástica en el informe no se encuentran en la parte de Jurisprudencia, sino en la « Idea General », en la que se impugna un « espíritu escolástico » que lo domina todo<sup>32</sup>. Sobre la Universidad antigua y escolástica, si seguimos la historiografía que ha estudiado este período, Mariano Peset sugiere que « [p]ara comprender la ciencia jurídica en el setecientos español, nada mejor que visitar las aulas de sus universidades »<sup>33</sup> en tanto centros de formación y explicación de enseñanzas jurídicas. Expone que en tal fase la Universidad había estado « anclada en el saber clásico de sus orígenes », una cátedra ejercida a través de lecciones y disputas por las que el estudiante se envolvía en el aprendizaje de saberes clásicos y sus actualizaciones. En esta línea, los estudios jurídicos en la Universidad hispánica de este siglo se caracterizaron gruesamente por tener dos rasgos predominantes: por un parte, un enorme peso del *ius civile* y de los textos de la tradición romano-canónica, percibido como en *perjuicio* del estudio del derecho propio (frente a lo cual habrá una reacción casi unánime en los planes carolinos por reducir la romanística y priorizar el *ius proprium*, a diferencia del iusracionalismo antes visto), y por otra, unas formas de enseñanza y aprendizaje derivadas de la escolástica, como las *lecciones* y las *disputas* –argumentos y réplicas– académicas. Paz Alonso resume el tipo de formación que de forma general recibían los juristas en el Antiguo Régimen, explicitando su sentido de *búsqueda* y de resolución de problemas normativos, a través de las formas escolásticas implicaban un diálogo práctico como método<sup>34</sup>. Así: « La dialéctica escolástica

32 Agradezco las observaciones de la evaluación anónima que me condujo a reconsiderar y reformar este punto.

33 PESET, M. PESET, J. L., *Carlos IV y la Universidad de Salamanca*, Madrid (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), 1983, p. 318.

34 ALONSO ROMERO, M.P., *Salamanca, Escuela de Juristas. Estudios sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen*, Madrid (Universidad Carlos III), 2012.

proporcionaba el esquema metodológico del discurso docente. Fiel a su sentido aristotélico, encontraba su fundamento no en axiomas o definiciones ciertas, sino en la confrontación de opiniones probables», lo cual implicaba dar «audiencia al contrario, y por eso el diálogo era el corazón del método académico». Pero ya situados en el siglo XVIII Peset considera que la dialéctica escolástica dejó de practicarse con el rigor y agudezas de otrora y el sentido de búsqueda y adiestramiento para la resolución de conflictos jurídicos dio paso a la simple recepción y memorización de particularidades romanistas<sup>35</sup>, lo cual evidencia de alguna forma el estancamiento de los saberes y, por qué no, la decadencia percibida frente a la cual intentaron actuar las reformas carolinas.

La escolástica daba sentido entonces a toda una estructura universitaria, sus ritos, productos académicos, oposiciones y documentos. Y era necesario cambiar el modelo en general, si se quería una renovación académica profunda<sup>36</sup>. La Jurisprudencia, y sus formas de razonamiento, formaba parte de los blancos a abatir.

Ahora bien, fijado este contexto y especificadas las calificaciones, ¿qué aspecto de interés podemos decir sobre estos planteamientos de informe olavideño?

Aunque no haya unanimidad en los especialistas que pueden negar el término, podemos estar de acuerdo en que, siguiendo un relato preponderante, se entiende la escolástica como un modo de pensar, que nos evoca lo medieval, dirigido a buscar concordancia y armonía entre elementos contrarios, mediante la disputa y las distinciones. Establecer una tesis y someterla a examen y objeciones hasta encontrar una solución. Y para tal fin, usa los expedientes de definir, distinguir y subdividir los elementos de un problema<sup>37</sup>. En

---

35 Para Paz Alonso: «Todo ello condujo al deterioro y cambio de rumbo de la enseñanza del derecho, que fue dejando atrás el afán escolástico de adiestrar a los estudiantes en el arte de la resolución de conflictos jurídicos y ocupándose cada vez más de transmitirles breves tratados para su fácil memorización». ALONSO ROMERO, M.P., *Ob. cit.* p. 409.

36 Agradezco esta observación literal del evaluador que presta mayor claridad.

37 Una buena síntesis de los antecedentes medievales de las formas de razonamiento en: CARPINTERO, F. «El derecho natural laico de la edad media. Observaciones sobre su metodología y conceptos», *Persona y Derecho*, vol. 8, 1981, pp. 33 y ss, agradezco a la evaluación esta referencia. Un análisis complementario y reciente en: DEDEK, H. «The Splendour of Form: Scholastic Jurisprudence and 'Irrational Formality'», *Law and Humanities*, vol. 5, No. 2, 2011, pp. 349-383. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1992377> [consultado el 20 de diciembre de 2017].



tal sentido, respecto a las formas que la Escolástica se empleaba al estudiar las fuentes jurídicas, para la creación intelectual de juristas, se sostiene que consistía en buena medida en lo siguiente:

La investigación de la *ratio legis* se conseguía mediante los procedimientos de la dialéctica aristotélica-escolástica, en concreto a través de los recursos de la *definición*, la *división* y la *analogía* («el proceso teórico correcto para proceder es triple: define, divide y progresa mediante ejemplos», Baldo). Estos procedimientos permitirían aislar la esencia (*substantia*) de los institutos, las instituciones o figuras jurídicas más amplias en las que se encuadraban (*genera*), sus caracteres específicos en relación a otros institutos del mismo género (*differentiae*) y las analogías formales o materiales que mantenían entre sí (*similitudines*)<sup>38</sup>.

Es bien conocida la tradición escolástica acerca de los textos y los procedimientos dialécticos plasmados en las obras jurídicas. En este sentido, es interesante la conclusión de Wieacker sobre la ciencia jurídica medieval, con sus métodos de «exégesis analítica» y «formación sintética», y sus conexiones con el presente:

Realmente, los glosadores con esa forma didáctica, cuya conexión con la enseñanza medieval es ocioso repetir, han establecido el método que hasta hoy pasa por el propio de la especialidad jurídica. El resultado de ese procedimiento, inculcado e incrustado a través de muchas generaciones en todo jurista europeo fue [...] un entrenamiento en la interpretación lógica del texto, que sobrevive hasta hoy, como un escándalo para el profano inteligente, en la explanación de leyes, en el manejo de los casos y en la argumentación jurídica<sup>39</sup>.

---

38 HESPANHA, A.M., *Cultura jurídica europea: síntese de um milénio*, Coimbra (Almedina), 2012, p. 125.

39 Estos procedimientos son en detalle: «Aquí van reunidas operaciones de críticas de textos (*prolego*, con pormenorización y distinción entre variantes), analíticas (*scindo*: separar lógicamente el problema del párrafo), *casumque figuro*: ejemplificación; *do causas*: las cuatro causas aristotélicas, las llamadas *brocárdicas* y sintéticas, como la enunciación del problema en conjunto (*promitto*), la recapitulación bajo la referencia a autoridades y decisiones (*summo*) y la generalización, la formulación de reglas y analogía (*connoto*, de la que también forma parte la colaboración de *cognata* y *similia*). Cuéntense también entre ellas la solución de objeciones y controversias (*obiccio*) mediante recursos dialécticos de las *distinctiones*, *amplificationes* y *limitationes*, de cuyo concertado empleo se engendra, pues, el sistema». WIEACKER, F. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Granada (Comares), Trad. de Francisco Fernández Jardón, 2000, p. 48.

No es difícil encontrar ejemplos como la pretensión de armonizar elementos (aparentemente) contradictorios, en donde la escolástica despliega su brillo, persiste hasta hoy como una operación usual, no sólo para la comparación jurídica, sino para casi todas las operaciones en las que se deben integrar y unir normativas (elementos, materiales, proposiciones) distintas para llegar a una síntesis o conclusión. Es casi innecesario agregar que lo expresado no sólo se aplica al jurista académico, al «Derecho de los libros y las aulas», sino, por ejemplo, al concreto juzgador diario (administrativo o judicial) quien debe, al resolver un caso, examinar «cómo se ha interpretado» antes un texto o precepto normativo a casos diferentes (sin mencionar naturalmente a los abogados que han propuesto antes las «tesis» que esperan que sean acogidas por la decisión), y para ello deberá concluir cuál es el sentido y alcance de los «precedentes» o, si se prefiere para los juristas continentales, el estado de la «doctrina unificada y consolidada» por los tribunales hasta el momento (procediendo a exponer las semejanzas y diferencias entre supuestos, clasificando, corroborando, conciliando elementos aparentemente contradictorios, distinguiendo donde corresponda, y agregando proposiciones nuevas derivadas de sus premisas y distinciones). O incluso al otrora «legislador supremo del Estado» –Parlamento o Administración– quien ahora incluso debe «acomodarse a elementos previos» en su creación normativa cuando, por ejemplo, traspone una Directiva Europea, un Tratado internacional o cuando debe acomodar la legislación o reglamentos a vicios de inconstitucionalidad o legalidad (y otro etcétera). En todos estos casos se debe trabajar con elementos en aparente conflicto y el jurista contemporáneo los debe armonizar para arribar a una «conclusión aceptable». Reiteramos que no nos referimos, siquiera por insinuación, a los contenidos de las instituciones, que indudablemente evolucionan o se transmutan sino a los procedimientos conceptuales, lógicos y argumentativos de razonar, tales como los habituales recursos a la *definición*, *división*, *analogía* y *distinción*.

Por lo expuesto, las narrativas en torno a la racionalización jurídica no nos deben hacer perder de vista cómo cada tradición de pensamiento alberga «subtradiciones» en su interior<sup>40</sup>. En el caso de la Escolástica, no se

---

40 Esta idea corresponde al comparatista canadiense Patrick Glenn quien las grafica con el recurso a la idea de las *matrioshkas*: «Las tradiciones legales que han sido examinadas contienen todas subtradiciones, cualesquiera sean puramente internas o laterales. Esto parece ser otra perspectiva sobre la multiplicidad de tradiciones; ellas anidan (como

pueden hacer rupturas ni cortes radicales sino apreciar las continuidades que existen.

Lo desarrollado nos permite considerar que lo postulado por Olavide, en lo estrictamente referente a la crítica del método escolástico en el derecho, no tendría fundamento suficiente o en todo caso se debió a las «modas y estilos de la época» que pasaban por una severa impugnación de la escolástica y todo lo que podía «sonar» como medieval. La imitación del razonamiento geométrico en el derecho fue y es una empresa difícilmente realizable. A diferencia de las ciencias naturales, donde el objeto de estudio puede ser sustancialmente independiente de la mente del investigador (la química, la medicina y sus auxiliares, la física, la biología, etc.), en el derecho casi siempre nos encontramos que nuestro objeto –los *materiales* que consideramos *fuentes*– son *textos*<sup>41</sup>. Así, el trabajo del jurista devino históricamente en el «estudio de los estudios» y para tal fin la *definición*, la *distinción* y la *analogía* son los procedimientos intelectuales más comunes. Como hemos mencionado, con el tiempo estos procedimientos posibilitaron la formación y reelaboración teórica de los grandes conceptos e instituciones jurídicas en su faz contemporánea (el contrato, la propiedad, la responsabilidad *aquiliana*, la representación negocial, el testamento, la obligación, la declaración de voluntad, la prescripción) que serían el material y contenido de la codificación y de nuestra «dogmática» contemporánea<sup>42</sup>. En definitiva, los ataques a la escolástica se comprenden por los tiempos y el ánimo ilustrado de Olavide, sin embargo, no parecen muy justificados para el derecho (aunque no cabe duda que para las otras Facultades del plan sí). En todo caso, la recuperación del valor de la

---

las muñecas rusas) dentro de otra, tanto que lo mayor puede incluso ser dicho para ser compuestas de una serie de sustentadoras, complementarias, incluso recalitrantes, sub-tradiciones». GLENN, P., *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*, Oxford (Oxford University Press), 2000, pp. 323-324.

41 Lo cual, naturalmente, no quiere decir que el Derecho como un *lenguaje* no pueda ser estudiado de forma sistemática.

42 «La aspiración de los Escolásticos de un Jerusalén celestial jurídico no está lejos del ‘moderno’ ‘Cielo de los Conceptos’ formalista que [el segundo] Rudolph von Jhering ridiculizó hace un siglo [...] Conceptualizar la Escolástica como un *habitus* [Bourdieu] nos conduce hacia factores que usualmente no son tomados en cuenta en el análisis del discurso legal: lo irracional, lo subconsciente». DEDEK, H., «The Splendour of Form: Scholastic Jurisprudence», cit., p. 34. Por nuestra parte, invitamos a cualquier interesado a releer las *Relectio* de Vitoria, a fin de que concluya sus semejanzas formales con un tipo de «dictamen jurídico» actual.

tradición escolástica en la revolución jurídica moderna parece cada vez más sólida y el «derecho a sobrevivir»<sup>43</sup> que hoy le concedemos al método escolástico anterior tiene más adeptos.

#### IV. POLÍTICA Y CAMERALISMO PARA EL JURISTA

Finalmente, el último aspecto que aborda el plan de estudios es el relativo a la Política. Sobre el particular, Olavide dice que los abogados: «Igual necesidad tienen de hacer el estudio de la Política, que es el arte que enseña a gobernar los pueblos desarrollando y poniendo en ejecución los medios que los deben hacer felices y tranquilos». Para Olavide esto es importante en la medida que el jurista: «Sin estas previas nociones jamás se podrá formar idea cabal del legítimo interés del Estado y de los ciudadanos, y, por consiguiente, no se acertará a distribuir a cada uno lo que le pertenece, que es el objeto de la Jurisprudencia, ni se sabrán colocar en su debido lugar las jurisdicciones de las potestades legítimas sin sostener sus propias regalías».

Profundicemos en este punto para desentrañar a qué «política» se refiere Olavide. En el esquema de asignaturas propuestas, el lugar para el estudio de la Política se coloca al final de todos los estudios, luego de una pasantía obligatoria del estudiante bajo la supervisión e instrucción de un abogado de tribunales, y tendría un sentido de perfeccionamiento de los estudios acumulados. En palabras de Olavide: «Concluidos los cuatro años del curso de Jurisprudencia, sigue el de Pasantía, en que, según nuestro proyecto, deben continuar los estudiantes en la Universidad ocupados en los ejercicios que hemos propuesto en su lugar y aplicados a otro estudio útil que perfeccionase el todo de la Facultad». Para Olavide la Política es un estudio que completa y afina los conocimientos jurídicos adquiridos en los años anteriores y sobre todo que provee una utilidad al «bien común» a su juicio muy clara. ¿Y qué motivo argumenta para sostener que el abogado debe conocer de política? Para Olavide la Política es el estudio complementario más adecuado por la siguiente razón:

El [estudio] que destinamos a los juristas es el de la Política, porque creemos que ningún otro puede ser más conducente a constituir un Magistrado cabal y un perfecto Abogado. Esta es la Ciencia de gobernar los Estados y dirigir los negocios públicos, y como tal viene a ser el Alma de todos los Códigos y de cada Ley en particular. En este concepto es necesaria su instrucción para los Príncipes y Ministros de alta graduación, igualmente que

---

43 Debo esta última expresión a Fermín del Pino Díaz.

para los Jueces y Jurisconsultos, pues da la última perfección al estudio legal, y sin el de la Política ningún Profesor podrá ser consumado en la Jurisprudencia<sup>44</sup>.

¿Y cómo se aprende esta ciencia de gobierno? El procedimiento que propone para la adquisición de tal conocimiento consiste en la lectura de una obra que condense lo que la «Política» debía ser. Así, para tal fin: «Se prescribirá a los Estudiantes Juristas en este año de su pasantía la lectura y estudio del primer tomo de las *Instituciones políticas* del barón de Bielfeld, cuya obra preferimos a las demás de su especie, por estar escrita en forma de sistema y con tanta claridad que no necesita de más comentario ni explicación que su simple lectura». Refuerza esta recomendación el que: «Ya la Nación ha adoptado esta obra, pues se anunció en la *Gaceta* traducida a nuestro Ydioma, con lo que se facilita su uso, el que limitamos a sola la primera parte, que trata del gobierno interior del Estado, porque las demás pertenecen a negocios extranjeros y coinciden con el Derecho Público de las Naciones, que no se enseñan en las Universidades». ¿Qué nos revela el texto anterior?, ¿cuál es la concepción que Olavide tiene de la política?, Y sobre todo, ¿a qué se refiere Olavide con «Política»?

No es muy difícil inferir que lo que Olavide buscaba eran las bases de un «gobierno activo»<sup>45</sup>. Los problemas de encaje en cuanto al rol de la Política en la formación del jurista se expresan en el sentido de que el jurista no debe ser docto solamente en la interpretación del derecho sino que debe dominar otros conocimientos (incipientes estadísticas, economía y comercio, urbanística) que le permitan participar en las nuevas formas de gobierno. En tal sentido, constatamos cómo los inicios de esta «ciencia de policía» no eran solo un interés teórico de Olavide sino también una influencia directa para su obra de gobierno como Asistente de Sevilla e Intendente en la Colonización de las Nuevas Poblaciones.

La obra del autor recomendado en parte demuestra este interés. Jakob Friedrich Freiherr von Bielfeld (1711-1770), o Barón de Bielfeld, puede catalogarse gruesamente como perteneciente o continuador del cameralismo y sus albores. Su obra contiene un programa de ciencia de gobierno; no es la política en el sentido de Maquiavelo, como arte y sapiencia, sino más bien vinculada con la aparición de lo que la historiografía ha llamado «Monarquía Ad-

44 *Plan*, cit. p. 154.

45 Agradezco al profesor Carlos Petit la referencia a este concepto, lo cual me llevó a indagar este punto.

ministrativa». Bielfeld es prácticamente un desconocido en tiempos actuales. Sin embargo, en su tiempo no lo fue; a tal punto que esta relativa desatención resulta difícil de comprender ante asertos como los de algunos historiadores de la economía política que afirman esta influencia: «Es posible que el autor que más contribuyó, no a la formulación sino a la difusión del cameralismo, fue Jakob Friedrich von Bielfeld [...] se convirtió en un tipo de *bestseller* de la economía en su día»<sup>46</sup>. Bielfeld es reconocido entonces como un autor que ayudó a difundir el cameralismo; el hecho de que escribiera en francés, dadas las raíces germánicas del cameralismo, también abona en tal problemática, pero en general se señala que: «A pesar del reconocimiento de la herencia francesa en el trabajo de Bielefeld, su nacionalidad alemana sin duda desempeñó un rol en el reconocimiento efectuado por Joseph von Sonnenfels en 1763, quien sugirió que las *Institutions politiques* podrían servir como un posible manual para el establecimiento de una cátedra en ciencias camerales en Viena»<sup>47</sup>.

De tal forma Olavide no pensaba entonces en la concepción clásica del pensamiento político. Si acudimos a la obra sugerida, las *Institutions politiques*<sup>48</sup> nos encontraremos que se autodefine como una «Obra, en que se trata de la sociedad civil; de las leyes, de la policía; de la real hacienda; del comercio, y fuerzas de un estado; y en general de todo quanto pertenece al gobierno». Al ingresar a su contenido se abordan diversas temáticas, tales como un tratado de Política en general (cap. 3,) el modo de «civilizar la Nación» (cap. 4), el modo de mantener la sociedad y el buen orden (cap. 5), de la policía (caps. 5, 6 y 7), de la opulencia general del Estado (cap.10).

---

46 CUNHA, A. M. «*Polizei* and the system of public finance: tracing the impact of Cameralism in eighteenth-century Portugal», en *The dissemination of economic ideas*, Kurts, H.D., Nishikawa, T., Tribe, K., (eds.), Cheltenham (E. Elgar), 2011, pp. 65-86. También desarrollado por: YCART, B. «Jakob Bielfeld (1717–1770) and the diffusion of statistical concepts in eighteenth century Europe», *Historia Mathematica*, 7, 2014. p. 4. Disponible en: <<http://arxiv.org/abs/1410.1449>> [consulta: 1 de febrero de 2017] Como también: «Fue, como mucho, la obra y el autor cameralista más editado». LLUCH, E. «El cameralismo más allá del mundo germánico», *Revista de Economía Aplicada*, 10, vol. IV, 1996, pp.165-166.

47 Ibidem, p. 362.

48 BIELFELD, J. F., *Instituciones Políticas: Obra, en que se trata de la Sociedad Civil; de las Leyes, de la Policía; de la Real Hacienda; del Comercio, y Fuerzas de un Estado; y en general de todo quanto pertenece al Gobierno*, Madrid (Imprenta de D. Gabriel Ramírez), traducción del francés de Domingo de la Torre, 1767.

¿Pero a qué se refiere al cameralismo? ¿Cuál fue su trascendencia para los juristas del siglo XVIII? ¿Y qué tenía, plausiblemente, en mente Olavide al recomendar tal estudio para los juristas?

Como es sobradamente conocido, lo que podemos denominar como *funciones* de la Administración Pública contemporánea en el Antiguo Régimen eran realizadas por las corporaciones y gremios, que satisfacían necesidades de la colectividad (limpieza o sanidad pública, edificaciones, infraestructuras básicas, control de pesos y medidas en los mercados, etc.). A partir del siglo XVII se reclama la intervención del monarca para mejorar la eficiencia en la prestación de dichos servicios. Así, se otorgan títulos que las legitiman (licencias, facultades, etc.). No se suple a la corporación, sino se le *vigila*. Estos actos de vigilancia pueden ser la solicitud de información, la fiscalización, o la redacción de reglamentos sobre las mismas. Con el tiempo, se ven las limitaciones de los juristas, expertos en latín y en Justiniano, para realizar tales empresas técnicas. Se necesitan otro tipo de conocimientos. Con esto, surge la «ciencia de policía» al desconfiar de los juristas en su capacidad de gobernar la *polis*. Este gobierno activo precisa de datos precisos y de nociones de economía, estadística, ingeniería, mediciones, para desarrollar una actividad más eficaz. Dado que el orden público se construye, estas «leyes de policía» tienen un rol central.

Conceptualmente, se entiende que la Cameralística surge en Alemania y nos remite a ideas como el Estado de los Príncipes (*Fürstenstaat*) o el fomento de la providencia y bienestar general (*Wohlfahrt*) en el Estado. Lo más relevante, para nosotros, del cameralismo es que implica una fusión de conocimientos entre el derecho, la *oikonomía*, el urbanismo, y todo conocimiento útil en tanto medio para el gobierno dirigido desde el Estado en formación<sup>49</sup>. Como se aprecia, Pablo de Olavide piensa en esta «ciencia de

---

49 Stolleis, en un trabajo ya clásico, lo relaciona con la historia del Derecho Público: «¿Concretamente, a partir de cuándo podemos hablar de una ‘teoría de la administración’ o incluso de una ‘ciencia de la administración’? Estos son términos modernos, originados de la desagregación de la antigua ‘ciencia de la policía’, del siglo XVIII, la cual en tanto que ‘teoría científica de la política interior del antiguo Estado territorial alemán’, tiene sus raíces en la moral aristotélica aplicada al individuo (ética), al hogar (economía) y a la comunidad (política) [...] los escritos ‘estadísticos’ [...] los tratados sobre el comercio, el dinero y la recaudación de impuestos, la agricultura y la crianza, la caza y la pesca, la medicina y la política demográfica... [la buena policía] constituye al costado de la *iurisdictio*, el principal dominio para el ejercicio del poder soberano [...]». STOLLEIS, M. *Histoire du droit public en Allemagne*, cit., pp. 506-509.

gobierno» como parte de los conocimientos fundamentales que los estudiantes deben tener en cuanto ciencias «para la sociedad» cuyo fin es el dominio «de los medios más propios para hacer á una Nación respetable y a sus ciudadanos felices»<sup>50</sup>.

De esta manera se aspiró a construir una disciplina científica sobre el arte de gobierno. Como vemos, se trató de complementar y perfeccionar la intervención de las monarquías con conocimientos más sofisticados y también más «prácticos» en su incidencia en la realidad para afirmar el poder central<sup>51</sup>. El cameralismo es entonces una fase entre estas «leyes de policía» que derivarán, con las revoluciones liberales, en lo que conocemos como Derecho administrativo; esto es, cuando el Estado asume las prestaciones. Así, según la interpretación más habitual, estos fueron los prolegómenos del paradigma estatal, la ciencia de gobierno en ciernes de lo que en siglo XIX se convertirá en Administración. Se trata de afirmar el derecho oficial, cuando todavía el peso del paradigma jurisdiccional, sus fueros, jurisdicciones y costumbres de Antiguo Régimen, era considerable.

La Colonización de Sierra Morena, dirigida personalmente por Olavide en Andalucía, mediante las Nuevas Poblaciones puede ser un ejemplo de esta tendencia. Poblar, cosechar, educar, mantener el orden, en pos de un bienestar general, mediante una intervención más intensa del poder público es lo que resume tamaña empresa. Así, nada más que agregar que la instauración de un tipo de «Administración» –solo por referir a un poder central que opera bajo un plan de aspiraciones reformistas y científicistas– más intervencionista era muy repelente y chocante con el mundo jurisdiccional en el que vivía Olavide, con todos sus privilegios, jerarquías e inviolabilidades. De hecho, el proceso y condena inquisitorial de Olavide son en parte explicables por todos los resentimientos y malestar que generó su obra de gobierno. Basta leer la correspondencia y documentos de los expedientes donde se refleja tal

---

<sup>50</sup> Esto último, lo hemos encontrado documentación complementaria como el breve informe sobre *El Colegio de los Yngleses para Seminario de alta Educación* de 1768. AHN, leg. 5477, exp. n.º 4.

<sup>51</sup> Sobre la historia del fenómeno en Alemania Schiera señala: «Aún más clara y sistemática es la argumentación del fundador ‘científico’ de la cameralística académica, Georg Heinrich Zincke, que publicó en 1751-52 una imponente *Cameralisten-Bibliothek*, totalmente basada en la relación fin-medios entre la felicidad material y los instrumentos, también materiales, de los que debe disponer la autoridad», SCHIERA, P., *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid (Universidad Carlos III), traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, 2012, p. 50.



obra, para advertir cómo los sectores eclesiásticos y corporativos le tomaron mucha enemistad a Olavide por este reformismo que los amenazaba. Así, los múltiples enemigos que Olavide se granjeó (desde el clero a las aristocracias locales) y que lo llevaron a su caída, son evidencia de cómo este propósito de gobierno activo era repelente a las costumbres y fueros tradicionales. Su condena (y la «muerte social» que aparejaba) es buena prueba de los problemas que atravesaron la instauración de estas nuevas formas de gobierno activo. En definitiva, es más que plausible pensar que el ejemplo de Olavide muestra estas pretensiones de ejecutar una monarquía administrativa y que su obra pública está en sintonía con la misma. El gran proyecto de las Nuevas Poblaciones y las reformas en la ciudad de Sevilla comparten tal sentido de lo público y la relación entre poder público y sociedad. Por ello, buena parte de sus planes e ideas educativas, y en especial para los juristas, fueron dirigidas a formar a los hombres de gobierno para tal fin.

## **V. UN ENSAYO DE INTERPRETACIÓN DE UN PLAN ILUSTRADO PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO**

El plan de Olavide no fue precisamente original en sus propuestas y tuvo muchas dificultades de ser aplicado, hasta ser dejado en su práctica inoperancia. Sin embargo, fue relevante por recolectar y sistematizar tesis diversas en un solo documento e intentar aplicarlas en un contexto hostil a las mismas. En cuanto a sus propuestas sobre la enseñanza jurídica, contiene datos y sugerencias de mucho interés en la medida que procura incorporar en España lo que estaba sucediendo en otras partes de Europa. Hemos visto cómo las propuestas de Olavide discurren sobre aspectos fundamentales que forman parte de la «modernización del pensamiento jurídico». En tal sentido, sugerimos la tesis de que la propuesta contiene un programa ilustrado concebido para desentrañar los orígenes históricos, fuentes, autoridad, estado vigente, perfeccionamiento e inteligencia subyacente del derecho que era y cómo concebía que debía ser.

Si se desgranar críticamente las propuestas puede advertirse el sentido de las mismas: El derecho natural racionalista (y de gentes) como un fundamento renovado del pensamiento jurídico, circulaba ya hacía tiempo en Europa, pero el origen protestante de sus autores, las barreras religiosas de la época y los fundamentos conceptuales del iusracionalismo matizaron su interés por Grocio y Pufendorf. Esto no impide que en el razonamiento de Olavide sub-

yazca tal admiración por el derecho natural racionalista y la necesidad de su implantación en las aulas españolas, aunque con limitaciones. Los elementos anteriores están en conexión con la búsqueda y fijación de un derecho patrio que es expuesta con una contundencia que permite traslucir, a nuestro juicio, una tendencia normativa centralizadora y homogeneizadora en vísperas, colocando el propósito de reducir la influencia del *ius commune*, su naturaleza plural y probabilística, mediante leyes más ciertas y que se puedan controlar por la autoridad. En cuanto a la Escolástica y el método de los juristas, Olavide profesa también una admiración por el razonamiento geométrico y pretende dotar de esta «cientificidad al Derecho» a fin de que los juristas puedan generar razonamientos tan exactos como los de la geometría. Sin embargo, hemos visto que esta pretensión de «cientifización» se explica en el seno de una censura general a la Escolástica necesaria para la renovación de la Universidad en general, aunque no resultaba del todo aplicable al derecho y su razonamiento. Por el contrario, la continuidad de los métodos escolásticos en el pensamiento jurídico moderno y contemporáneo puede ser básicamente indisputada. Finalmente, encontramos unas interesantes reflexiones sobre el rol de la Política en la formación del jurista, las cuales apuntan en una dirección que entiende que el jurista no debe ser docto solamente en la interpretación del derecho sino que debe incorporar saberes nuevos, como la economía, urbanística o técnicas para conservar el orden público. Lo anterior se entiende dentro del propósito de que el jurista debe formar parte de las élites de gobierno que puedan conducir y posibilitar, mediante la acertada gestión de los asuntos públicos («el saber de los medios más propios para hacer pueblos felices y tranquilos»), una mayor prosperidad y engrandecimiento de la sociedad y el Estado. Estas ideas encajan perfectamente con los planteamientos del cameralismo y Olavide los recoge indirectamente por la obra recomendada del Barón de Bielfeld. Los inicios de esta «ciencia de policía» no eran solo un interés teórico de Olavide sino también fueron una influencia en su obra de gobierno como Asistente de Sevilla, Intendente de las Nuevas Poblaciones y otros encargos públicos.

En tal sentido, el documento estudiado nos brinda la oportunidad de recordar diversas ideas y movimientos de la época. Desde luego, las reformas de la educación promovidas por Carlos III, en una dirección de buscar el «adelantamiento» en la cultura, la prosperidad material de los súbditos, y cierta uniformidad normativa en las Universidades, generó el contexto adecuado para que las mismas puedan surgir e intentar oficializarse. Si somos

estrictamente rigurosos, hay que reiterar que las propuestas de Olavide no tienen una singular originalidad. Sin embargo, este mismo rigor debe reconocer que el mérito de Olavide fue haber recopilado y sistematizado conocimientos y propuestas dispersas. En tal sentido, la contribución consistió en haber hecho confluir diversas propuestas de la época y haber detectado con acierto las que resultaban de inevitable aplicación en España para la modernización de la Universidad y de las enseñanzas jurídicas. La valoración que puede realizarse entonces del plan olavideño debe considerarlo como parte de un programa de gobierno general (en las reformas carolinas) y uno propio del personaje en el que coexisten múltiples influencias, matizaciones y contextualizaciones subrayadas en este trabajo.

## VI. FUENTES Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 1. Fuentes

Manuscritos:

Archivo Histórico de la Universidad de Sevilla:

AHUS, libro n° 944

Biblioteca Nacional de España:

BNE, MSS/22012/6

BNE, MSS/12929/46

BNE, MSS/11089

Impresos:

BIELFELD, J. F., *Instituciones Políticas: Obra, en que se trata de la Sociedad Civil; de las Leyes, de la Policía; de la Real Hacienda; del Comercio, y Fuerzas de un Estado; y en general de todo quanto pertenece al Gobierno*, Madrid (Imprenta de D. Gabriel Ramírez), traducción del francés de Domingo de la Torre, 1767.

CASANOVA, G., *Historia de mi vida*, Barcelona (Círculo de Lectores), 1978.

GROTIUS H., *Mare liberum, 1609-2009*, Original Latin Text (facsimile of the first edition, 1609) and Modern English Translation, ed. and annot. by Robert Feenstra, Leiden (Brill), 2009.

INQUISICIÓN, ROMA. *Index Librorum Prohibitorum. Sanctissimi Domini Nostri Pii Sexti Pontificis Maximi Jussu Editus*, Romae (Ex Typographia Rev Camera Apoftolicx Cum Summi Pontificis Privilegio), MDCCLXXXVI.

INQUISICIÓN, MADRID. *Indice último de los libros prohibidos y mandados expurgar*

*para todos los Reynos y Señoríos del Católico Rey de las Españas, Don Carlos IV. Contiene en resumen todos los libros puestos en el Índice Expurgatorio del año de 1747 y en los Edictos posteriores, asta fin de Diciembre de 1789 formado y arreglado con toda claridad y diligencia por mandato del Excmo. Sr. D. Agustín Rubín de Cevallos, Inquisidor General, y Señores del Supremo Consejo de la Santa General Inquisición*, Madrid (Imprenta de Don Antonio de Sancha), MDCCXC.

MARÍN y MENDOZA, J., *Historia del derecho natural y de gentes* [1776], edición y nota al texto de Manuel Martínez Neira, Madrid (Universidad Carlos III), 2015.

PUFENDORF, S., *The Political Writings of Samuel Pufendorf*, New York (Oxford University Press), translated from Latin by Michael J. Seidler, 1994.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA, *Compendio historico do estado da Universidade de Coimbra no tempo da invasão dos denominados jesuitas e dos estragos feitos nas sciencias e nos professores, e directores que a regiam pelas maquinações, e publicações dos novos estatutos por elles fabricados*, Lisboa (regia Officina Typografica), 1772.

## 2. Referencias bibliográficas

AA. VV., *La librería secreta de Luis de Usóz (1805-1865)*, edición a cargo de Marta Vizcaino Ruiz; autores de los comentarios, Adelaida Caro Martín, et al., Madrid (Biblioteca Nacional de España), 2017.

ADDY, G. M., *The Enlightenment in the University of Salamanca*, Durham (Duke University Press), 1966.

AGUILAR PIÑAL, F., *La Universidad de Sevilla en el siglo XVIII. Estudio sobre la primera reforma universitaria moderna*, Sevilla, (Universidad,) 1969.

– *Plan de estudios para la Universidad de Sevilla*, segunda edición, Sevilla (Universidad), 1989.

ALONSO ROMERO, M.P., *Salamanca, Escuela de Juristas. Estudios sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen*, Madrid (Universidad Carlos III), 2012.

ÁLVAREZ DE MORALES, A., «La difusión del derecho natural y de gentes europeo en la universidad española de los siglos XVIII y XIX», *Doctores y escolares. II Congreso internacional de historia de las Universidades hispánicas*, 2 vols., Valencia (Universidad), 1998, 1, pp. 49-60.

ÁLVAREZ DE MORALES, A., «La difusión del derecho natural en el siglo XVIII: la obra de Almici», *Estudios de Historia de la Universidad española*, Madrid (Pegaso), 1993, pp. 159-159.

AZNAR I GARCIA, R., *Cánones y leyes en la Universidad de Alcalá durante el reinado de Carlos III*, Madrid (Dikinson), 2002.

BECK VARELA, L., *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013.

– «¿El Censor Ineficaz? Una lectura histórico-jurídica del Índice de libros prohibidos», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 31, 2015-I, pp.71-89.

- CARPINTERO, F. «El derecho natural laico de la edad media. Observaciones sobre su metodología y conceptos», *Persona y Derecho*, vol. 8, (1981), pp. 33-100.
- CONDE NARANJO, E., *El Argos de la Monarquía. La policía del libro en la España ilustrada (1750-1834)*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2006.
- CUNHA, A. M. «*Polizei* and the system of public finance: tracing the impact of Cameralism in eighteenth-century Portugal», en *The dissemination of economic ideas*, Kurts, H.D., Nishikawa, T., Tribe, K., (eds.), Cheltenham (E. Elgar), 2011, pp. 65-86.
- DEDEK, H. «The Splendour of Form: Scholastic Jurisprudence and ‘Irrational Formality’», *Law and Humanities*, vol. 5, No. 2, 2011, pp. 349-383.
- DEFOURNEAUX, M., *Pablo de Olavidé ou l'Afrancesado*, Paris (Presses Universitaires de France), 1959.
- GLENN, P., *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*, Oxford (Oxford University Press), 2000.
- HESPANHA, A.M., *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*, Coimbra (Almedina), 2012.
- LIENDO TAGLE, F., *Pablo de Olavide y la nueva planta de los estudios*, 1.<sup>a</sup> ed., Madrid (Universidad Carlos III), 2016.
- LLUCH, E. «El cameralismo más allá del mundo germánico», *Revista de Economía Aplicada*, 10, vol. IV, 1996, pp.163-175.
- PERDICES DE BLAS, L., *Pablo de Olavide (1725-1803), el ilustrado*, Madrid (Universidad Complutense), 1992.
- PÉREZ GODOY, F. «La idea de Estado Moderno bajo la mira confesional: Tres censuras a “*De iure naturae et gentium*” (1672) de Samuel Pufendorf», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXVIII, 2016, pp. 421-442.
- PESET, M. PESET, J.L., *Gregorio Mayans y la reforma universitaria*, Valencia (Ayuntamiento de Oliva), 1975.
- MARTÍNEZ NEIRA, M., «Despotismo o Ilustración. Una reflexión sobre la recepción del Almici en la España Carolina», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 66 (1996), pp. 951-966.
- MARTÍNEZ NEIRA, M., «¿Una supresión ficticia? Notas sobre la enseñanza del derecho en el reinado de Carlos IV», *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 68, 1998, pp. 523-544.
- MENÉNDEZ PELAYO, M., *Historia de los heterodoxos españoles*, vol.2, Madrid (Editorial Católica, serie BAC), 1987.
- NÚÑEZ ROLDÁN, F. «La Universidad de Sevilla en el Siglo XVIII», en *La Universidad de Sevilla: 1505-2005. V Centenario*, Sevilla (Universidad), 2005, pp. 205-249.
- TORRES CAMPOS, M. «Tratadistas españoles de Derecho internacional: Riquelme y Ferrater», *Revista de Derecho internacional y política exterior*, vol. 3, 1907, pp. 1-8.
- SCHIERA, P., *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid (Universidad Carlos III), traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, 2012.
- STOLLEIS, M. *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, Paris (Presses Universitaires de France), 1998.

TORREMOCHA HERNÁNDEZ, M., *La enseñanza entre el inmovilismo y las reformas ilustradas*, Valladolid (Universidad), 1993.

VIEJO YHARRASSARRY, J. «El contexto de recepción de Grocio a mediados del siglo XVII en la Monarquía Hispánica», *Espacio, tiempo y forma*. Serie IV, Historia moderna, vol. 11, 1998, pp. 265-28.

WIEACKER, F. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Granada (Comares), Trad. de Francisco Fernández Jardón, 2000.

# LA FORMACIÓN DEL JURISTA EN EL VIRREINADO DEL PERÚ EN LAS POSTRIMERÍAS DEL ANTIGUO RÉGIMEN

Carlos Tormo Camallonga<sup>1</sup>

**Resumen:** La formación universitaria del jurista limeño y el recibimiento del egresado como abogado ante la Audiencia de la ciudad, a finales del XVIII y principios del XIX, siguen los cauces habituales de la monarquía hispana. Sin embargo, y frente a otros ámbitos de la misma, son varias las notas que parecen dotar a esta realidad de ciertas especificidades: la existencia de un único grado para Leyes y Cánones, la prontitud de la reforma ilustrada en la universidad, la destacada importancia de los colegios mayores y, muy especialmente, el de San Carlos, la práctica privada, el exhaustivo y bien documentado procedimiento de habilitación, y el papel del Colegio de Abogados. Desde el análisis de estos expedientes de recibimiento, nos preguntarnos si las reformas indianas, no tanto las novohispanas como las peruanas, venían siempre precedidas por las peninsulares o bien eran simultáneas.

**Palabras clave:** Universidad de San Marcos de Lima, Colegio Convictorio de San Carlos, Leyes y Cánones, reformas ilustradas, Colegio de Abogados.

**Abstract:** University education of the jurists in Lima and reception of the graduate as a lawyer in Cort follow the usual channels of the Spanish monarchy. However, there are several specificities regarding legal education and practice in Lima: the existence of a single degree for canon and civil law; the promptness of the university enlightened reforms; the outstanding importance of the university colleges and, most especially, San Carlos; the private practice; the exhaustive and well-documented procedure of habilitation; and the role of the Bar Association. All this makes us wonder if Indian reforms, not in New Spain but in Peru, were preceded by those at the Peninsula or if they were simultaneous.

**Key words:** San Marcos University, San Carlos University College, Civil and Canon Law, Enlightened reforms, Bar Association.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL PUNTO DE PARTIDA; III. LA REFORMA EN LA UNIVERSIDAD; IV. LA REFORMA EN EL CONVICTORIO DE SAN CARLOS; V. EL REGLAMENTO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA; VI. LA FORMACIÓN PRÁCTICA; VII. CONSIDERACIONES FINALES. VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y FUENTES.

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Universidad del Departamento de Derecho Financiero e Historia del Derecho de la Universitat de València-Estudi General. Correo electrónico: ctormo@uv.es.

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho en el virreinato del Perú a fines del Antiguo Régimen era el propio de la monarquía hispana. Es algo obvio, por mucho que se hable del Derecho indiano como orden diferenciador; un término éste, el de Derecho indiano, cuestionado incluso en su propia terminología.<sup>2</sup> Como obvio resulta decir que la justicia en su praxis forense era la misma, y por mucho que, de nuevo, tuviera sus particularidades, que no eran de mayor calado que las propias de cualquier otra demarcación o sede judicial del imperio, a uno y otro lado del Atlántico. Y por lo mismo, la formación en Jurisprudencia y el acceso a la profesión de la abogacía tampoco iban a ser muy diferentes en ninguno de los dominios del rey. Aun así, y admitiendo que, dentro de este orden común, cada reino o magistratura podía disponer de según qué particularidades, en este estudio nos aproximaremos a las propias del letrado en el virreinato del Perú en los tiempos inmediatamente previos a la Independencia. Y lo haremos desde dos premisas, una que restringe y otra que amplía el ámbito territorial de nuestras consideraciones. Primeramente, y puesto que dentro del vasto territorio peruano existía o podía existir una cierta diversidad, nos centraremos en la realidad de su metrópolis, Lima, dejando para otro momento la de, por ejemplo y muy principalmente, Cuzco. Por el contrario, y en segundo lugar, veremos que algunas de las características de que hablamos —que podían ser diferentes respecto a la Península o a Nueva España— serán comunes a otras sedes judiciales y universitarias de la América meridional.

Antes que nada es necesario dejar constancia de la gran escasez documental a la que nos enfrentamos a la hora de estudiar cualquiera de estos apartados. Es una consecuencia de los lamentables avatares por los que han pasado los diferentes archivos limeños, fundamentalmente el de la Universidad, el la Audiencia y el del Colegio de Abogados.<sup>3</sup> Sin embargo —oportuna excep-

2 Sin ánimo de exhaustividad, y con la bibliografía que contiene, puede verse GARRIGA ACOSTA, C., «Sobre el Gobierno de la Justicia en Indias (siglos XVI-XVII)», *Revista de Historia del Derecho*, núm. 34, 2006, pp. 67-160.

3 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., *El Poder de las Letras. Por una historia social de las universidades de la América hispana en el periodo colonial*, 1.ª ed., México (EdicionesEyC), 2017, pp. 235 o 532; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, V., «Los grados universitarios en las Indias (siglos XVI-XIX). Problemática y fuentes», en *Universidad y sociedad: historia y pervivencias*, València (Universitat de València), 2018, pp. 251-278. ARCELÉN RELUZ, C.; MALDONADO FAVARATO, H., «El saqueo de las Bibliotecas y Archivos de Lima durante la ocupación chilena entre 1881 y 1883», *Investigaciones Sociales*, vol. 18, núm. 33, 2014, pp. 141-153.



ción—, se conservan numerosos expedientes de recibimiento de abogado ante la Audiencia de Lima, que nos aportan copiosa información a nuestros efectos. Nos remitiremos frecuentemente a ellos, pues recogen muchas referencias sobre todas estas cuestiones, y en mucha mayor medida de lo que hemos encontrado en otras audiencias. Eso sí, estamos hablando de unos legajos muy desiguales en su contenido, así como de un rigor en ocasiones cuestionable, especialmente por lo que se refiere a la información aportada por el propio graduado e interesado. Además, y puesto que la mayoría de estos expedientes son incompletos, tendremos que considerar las tesis e inferencias a las que lleguemos desde una prudente distancia. Formularemos deducciones que a menudo tendremos que sujetar a múltiples puntualizaciones, por lo que mucho de lo que digamos deberemos encuadrarlo en el campo, sino de la hipótesis, sí de una investigación todavía inconclusa. En cualquier caso, y a pesar de tanta ausencia y relatividad, el valor de estos documentos de la Audiencia es grande, pues, con todas las referidas objeciones, nos ofrecen una idea más o menos aproximada de la formación letrada limeña y peruana para las últimas décadas del XVIII y primeras del XIX, que es de cuando proceden la casi totalidad de las solicitudes de recibimiento que hemos encontrado.<sup>4</sup>

Casi en la misma medida que estos expedientes, nos valdremos también de una recopilación de textos, de muy diversa procedencia y autoría, publicados por Luis Antonio Eguiguren en 1940. Eso sí, la frecuente imprecisión con que en demasiadas ocasiones el autor recoge estos papeles, nos obliga a considerarlos desde una más que prudente distancia, como bien han aconsejado los investigadores Ella Dunbar Temple y Enrique González.<sup>5</sup> En demasiadas ocasiones, nos resulta difícil descifrar hasta qué punto estos escritos responden a una información original, o bien a una mera interpretación del autor sobre documentos diversos del Archivo General de Indias.<sup>6</sup> Aún así, y dada

---

4 Archivo Nacional del Perú, *Fondo Real Audiencia, Sección Grados de Abogados*. Puede verse una generosa e ilustrativa selección de estos expedientes en DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia del Perú. La Universidad. Libros de Posesiones de Cátedras y Actos Académicos 1789-1826. Grados de Bachilleres en Cánones y Leyes. Grados de Abogados*, Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú, tomo XIX, vols. 1<sup>o</sup>-3<sup>o</sup>, Lima, 1972-1974. Obviamos la cita completa de cada individuo que incluimos en las siguientes páginas.

5 DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia*, cit., vol. I, pp. XIII y XVII; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., *El Poder de las Letras. Por una historia social de las universidades de la América hispana en el periodo colonial*, cit., p. 273.

6 EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico de la Real y Pontificia Uni-*

la escasez de fuentes originales, nos vemos obligados a considerar y valorar también estos escritos, aunque sea con todas las reticencias posibles.

El objetivo de estas páginas, pues, es ofrecer una idea de lo que pudo ser la formación del jurista limeño y su acceso al foro en las postrimerías del Antiguo Régimen. Como decimos, lo que pretendemos plantear, en concreto, es si en este campo hubo en Lima particularidades dignas de ser destacadas dentro de la monarquía hispana, y, caso de ser así, cuáles fueron.

Ya sabemos que, durante las últimas décadas del XVIII y a modo de antecámara de lo que ocurriría con la legislación liberal, asistimos a una serie de cambios en los planes de estudios de las facultades de Derecho, que van extendiéndose por las universidades tanto peninsulares como americanas. Frente a otras universidades de ultramar, caso, por ejemplo, de la de México,<sup>7</sup> la de San Marcos de Lima parece mostrarse bien precoz, lo que creemos que fue posible, en gran parte, por la expulsión de los jesuitas en 1767, atendiendo a su marcada presencia y significativa relevancia en esta capital, mayor si cabe que en otros lugares. En la primera parte de este estudio (apartados III y IV) nos centraremos, pues, en la formación teórica, o lo que es lo mismo, en la estrechísima relación que la Universidad de San Marcos mantuvo con el Colegio Convictorio de San Carlos. En una segunda parte (apartados V y VI), nos acercaremos a la formación más bien práctica de los egresados que, en su momento, se habilitarían como abogados ante la Audiencia virreinal y, posteriormente, se recibirían en el Colegio de Abogados de Lima. La activa participación de esta corporación en el proceso formativo del letrado merece que le dediquemos una especial atención.

En cualquier caso, y queremos insistir en este punto, los expedientes de recepción ante la Audiencia serán nuestro punto de partida y referencia fun-

---

*Universidad de San Marcos y sus colegios. Crónica e Investigación*, 3 vols., Lima (Torres Aguirre), 1940.

<sup>7</sup> TORMO CAMALLONGA, C., «Nuevas aportaciones para el estudio de la ciencia y la práctica jurídicas novohispanas del siglo XVIII», en *Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 33, 2016-I, pp. 267-294, o «Las universidades de México y Lima en 1815: dos situaciones, una visita real, dos respuestas», en *Actas Congreso Internacional "Interacciones. Las universidades en el pasado y el presente de Iberoamérica"*, México (IISUE-UNAM), 2016, en prensa. En este último trabajo vemos que, frente a una significativa resistencia de la universidad mexicana, existe una actitud mayormente receptiva en la de Lima, lo que se traduce, entre otras cosas, en la aprobación para esta de un nuevo reglamento o *arreglo*, y en su fracaso para la de México. El presente artículo supone, en parte, una ampliación y complemento de este otro.

damental para todos estos apartados. Es el enfoque de estos expedientes, y no otro, el que aquí nos interesa. En definitiva, pues, a lo largo de las siguientes páginas trataremos no tanto de formular respuestas teóricas, ni mucho menos doctrinales, como de plantear cuestiones, que en el futuro puedan resolverse con mayor acierto desde el acceso, si es posible, a nuevas fuentes de información.

## II. EL PUNTO DE PARTIDA

Como en tantas otras ciudades de la América meridional, la expulsión de los jesuitas ocasionó una grave y sentida alteración en la estructura institucional responsable de la formación de la juventud. A nuestros efectos, hablamos de la referente a los estudios de Jurisprudencia en Lima, en cuanto que la enseñanza de Leyes y Cánones en esta ciudad estaba dominada por los colegios religiosos y, muy especialmente, por los jesuíticos. Por el contrario, la Universidad de San Marcos apenas se resintió de dicha expulsión, al menos en un principio. En nada le afectó el extrañamiento en tanto que sus constituciones no sufrieron alteración ninguna, y seguiría operando como hasta entonces lo había hecho, es decir, que continuará centrada, esencialmente, en la expedición de los grados académicos, tras los exámenes de rigor.<sup>8</sup> La docencia en sus aulas, si es que la había habido —y esto es muy importante—, no tenía porqué verse alterada con la expulsión de la Compañía, como sí se vio alterada en las aulas de los colegios.

Dicho todo esto de otra manera: serán precisamente los colegios los que, a través de los nuevos planes de estudios conformados tras la expulsión de la Compañía, asumirán y encabezarán la nueva política reformista universitaria, tanto en su faceta metodológica como en sus contenidos. Estamos hablando, fundamentalmente, del Real Colegio del Convictorio de San Carlos, que nacerá en 1770 con la fusión de dos colegios reales y jesuíticos anteriores, el de San Felipe y San Marcos, y el de San Martín. El Real Convictorio se convertía así en la instancia suprema de estudios de la ciudad y del virreinato, desplazando

---

8 En su solicitud de recibimiento como abogado, Mariano de Orúe y Mirones decía: “aunque en el Auto Acordado se previene que se ha de presentar título de Grado de Bachiller, pero esta Real Unibersidad nunca ha usado dar otro sino una sencilla certificación que ase fee para la recepción de Abogado, como lo acredita la práctica inconcusa de más de doscientos años”; DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia*, cit., III, p. 102.

a la misma Universidad aún más de lo que ya lo estaba. Eso sí, insistimos en que el Estudio General mantendría el privilegio de la concesión de los grados, lo cual tampoco era un asunto menor.

La resistencia que frente a los cambios académicos de Carlos III se aprecia en otros estudios generales, peninsulares y americanos, no la veremos en Lima; más bien se observa una pronta evolución muy acorde a las pretensiones reales. Mientras que en la Península, y no digamos en México, la reforma de los estudios jurídicos avanzaba lenta y accidentalmente, los estudios limeños superiores asumieron bien temprano la actualización de las disciplinas, en cuanto a la relevancia dada, por ejemplo, a los derechos natural y real frente a la histórica omnipresencia del romano, que pasará a estar no ya en claro retroceso, sino incluso marginación. Es una de las conclusiones avanzadas que se extraen de una primera lectura de la documentación que hemos podido consultar. No obstante, y por poco que profundicemos, podremos apreciar que esta tendencia de cambio, sorprendente en algunos extremos por su contundencia, no es tan nítida ni unidireccional como parece; al menos, no se materializa en la práctica de manera tan inequívoca. Veámoslo.

En 1771, y pretendiendo el virrey Manuel de Amat y Junyent borrar los que se consideraban perniciosos efectos de la enseñanza de la Compañía de Jesús, se fijaban —nuevos— autores y manuales para el estudio en la Universidad. Hasta entonces, la suprema casa de estudios se regía por las constituciones de 1735, que para Prima de Leyes y de Cánones fijaban horarios diferentes, “porque los oyentes puedan oyr la una y la otra lección” (artículo IV del título VI). En este sentido, y esto debemos remarcarlo, el itinerario académico resultaba ser uno solo y único para el escolar, el omnipresente del Derecho común. Aunque reiteradamente se hablase de ambos estudios o facultades, Leyes y Cánones, como diferenciadas, ni la Audiencia, ni el graduado, ni siquiera la propia Universidad, los presentaban como separados en ningún momento.<sup>9</sup>

Esta simbiosis de facultades también era propia de los profesores. Desde finales del XVII el acceso a las cátedras nos muestra una notable miscelánea de opciones para los aspirantes, que, si bien también la hemos encontrado en tantas otras universidades, en Lima se nos antoja mucho más acusada. Así por ejemplo, por orden del virrey y muy al margen de la letra de las constituciones, se tenían que votar todas las cátedras tomando como referencia

---

<sup>9</sup> *Constituciones y Ordenanzas antiguas, añadidas y modernas, de la Real Universidad y Estudio General de San Marcos de la ciudad de los Reyes del Perú, en la misma Ciudad de los Reyes, Imprenta Real, por Felix Saldaña y Flores, 1735, fols. 20 ss.*

una sola lección, siendo la misma para todos los catedráticos, y tanto para ocupar las cátedras de Cánones como las de Leyes, obviando que la oposición de cada cátedra tuviera que picarse, según la normativa de la Universidad, en su libro correspondiente. Tan solo se salvaba de esta práctica unificadora la cátedra de Instituta —que, eso sí, no es poca cosa—, que sí debía proveerse individualmente.<sup>10</sup>

Volviendo a los estudiantes, en cualquier documento que hemos visto para cualquiera de ellos, y, en concreto, en cualquier apartado del expediente de recibimiento como abogado ante la Audiencia, se habla indistintamente del grado en Jurisprudencia, en Derecho, en ambos Derechos, en Leyes y Cánones, o en solo una facultad, bien en Leyes o, muy mayoritariamente, en Cánones. Igualmente, en las peticiones que los estudiantes presentaban para examinarse de bachilleres en la Universidad, en todo momento se hablaba, y exclusivamente, de la facultad de Cánones, a pesar de que los certificados de cursos que aquellos aportaban eran, muy mayoritariamente, de Leyes. Es una situación que la misma universidad tenía por “enormísimo vicio”.<sup>11</sup> Hemos visto, además, que tanto antes como después de las reformas ilustradas, unos escolares realizaban en la Universidad un único y conjunto examen de grado sobre Instituta y Decretales, mientras que otros realizaban dos, uno para cada materia. En esta línea, pues, hay una ausencia lógica y absoluta de la fórmula, tan habitual en tantos otros lugares, del *in utroque iure* o similares.

En verdad, el título sexto de las constituciones de San Marcos, de 1735, parece permitir un único grado con ambos estudios, cosa que se trasladaba al libro de matrículas que se conserva de mitad de siglo, y en el que, a pesar de llevar por título *Grados de Bachiller en Cánones*, los escolares aparecen inscritos en cátedras tanto de una facultad como de otra.<sup>12</sup> Las constituciones

10 EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. I, pp. 903 ss.

11 Se ha apuntado la relación de esta escenario con la obtención del grado de doctor en Cánones; EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, pp. 224.

12 Hablamos de individuos procedentes de los colegios de San Martín, de Santo Toribio y, al menos oficialmente, de manteístas. Caso, por ejemplo, de Miguel de Villa y Canal, colegial de San Martín, que certifica la asistencia a Prima y Vísperas de Cánones, Prima y Vísperas de Leyes, Decreto, Código, Instituta y Digesto Viejo entre los años 1748 y 1752. Tomás López Domingo, de Santo Toribio, certifica la asistencia a las mismas cátedras entre los años 1746 y 1750. Lo propio hace el manteísta José de Vargas, con cátedras cursadas entre los años 1748 y 1852. Es muy habitual que todos los certificados —que pueden ser más de 20 y librados por hasta 9 profesores distintos—, sean firmados un mismo y único día. VALCÁRCEL, C. D., *El Libro 16º. de Grados de Bachiller en Cánones (1753-1759)*,

III y IV del título VI nos pueden ofrecer más información sobre esta cuestión en tanto que establecen que, de no haber suficientes legistas matriculados, en Prima de Leyes se explicarían Cánones “en materia legal, porque la otra Cátedra de Prima de Cánones ha de leer materias mere canónicas”. Luis Antonio Eguiguren, que calificaba de vicioso el hecho de graduarse de ambos Derechos sin los estudios que se requerían en tantas otras universidades, expresaba esta situación de tal manera que no dejaba opción a la duda:

No se sabe con relación a qué constitución de este título [4<sup>o</sup>] se pide que revivan los grados simples de Derecho Civil o de Leyes, que de tiempo inmemorial no los hai; graduándose todos en Cánones y llamándose Doctores in utroque por la precontinencia de los Cánones a las Leyes. No se sabe si podrá lograrse la reviviscencia de dichos Grados por medio del arbitrio que se propone de la rebaxa de su precio y uso del voto en Cánones, que le dan las Constituciones. Si de algún modo se pudiera probabilizar su logro sería desterrando el monstruoso abuso de graduar en Cánones desde tiempo inmemorial a quienes solo estudiaron y dieron exámenes en sus Colegios de los quatro Libros de las Instituciones o Principios del Derecho Civil del Emperador Justiniano, sin que jamás hubiesen saludado la más breve suma de unas Instituciones del Derecho Canónico; reduciéndose todo el examen para el Grado a una Questión de Cánones que les prepara el Presidente para el acto público, y a una lección de 24 horas sobre las Decretales que también les hace el que les preside.<sup>13</sup>

De esta manera, pues, si en la Península hubo intentos en el siglo XVIII de unificar ambas facultades, que tan solo alcanzaron a las universidades de Sevilla, Alcalá de Henares y Granada, esta unificación parece que se había conseguido en Lima mucho antes, si es que, y esto cabe destacarlo, en algún momento estuvieron separadas.<sup>14</sup> Y todo indica que esta situación también era la propia de otras universidades del sur del continente, caso de la de San Felipe de Santiago de Chile, fundada por real cédula de 1738. Es algo que nunca veremos, sin embargo, en las universidades de la América más sep-

---

Lima (Universidad Nacional Mayor de San Marcos), 1950. Sin embargo, no podemos extraer ninguna conclusión del único libro de matrículas que se conserva, para los años 1792-1805, y que más bien parece un mero borrador, demasiado incompleto; *Colección Documental de la Independencia*, cit., vol. 1, pp. 391-406.

13 Hasta el mismo claustro de la Universidad hacía saber al virrey, en 1787, la conveniencia de dicha separación de grados; EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, pp. 224 y 265.

14 AZNAR GARCIA, R., *Cánones y Leyes en la Universidad de Alcalá durante el reinado de Carlos III*, Madrid (Dykinson), 2002. Otra cosa es la posterior integración, plenamente liberal, de Cánones en Leyes.

tentrional, como México o Guadalajara.<sup>15</sup> Para Rodríguez de Mendoza, y en palabras de Eguiguren:

En la América meridional jamás se ha visto un curso reglado de Cánones de donde proviene que en otros colegios, así como en los antiguos de San Felipe y San Martín reunidos hoy en el de San Carlos, no se estudian ni se estudiaban los Cánones, recibiendo los jesuitas, por un increíble trastorno de cosas, los grados mayores y menores en Facultad que no habían saludado, abuzo deplorable que debe desterrarse para siempre.<sup>16</sup>

Por otra parte, queda claro también que a las Indias no se extendió la real orden de 16 de enero de 1773 —*Novísima Recopilación* 8, 8, 14— por la que se impedía recibir como abogado a los solo bachilleres en Cánones.<sup>17</sup> No olvidemos tampoco que, por el poder de la Iglesia en los territorios americanos, Cánones tenía, frente a Leyes, mucho mayor predicamento en todas sus universidades, de ahí el hecho de intitular el grado preferiblemente en Cánones. Por ello nos extraña que en Lima los estudios de jurisprudencia se cursaran fundamentalmente en las cátedras de Leyes. Lo bien cierto es que la documentación de que disponemos —insistimos en que es escasa, sesgada y en ocasiones aparentemente contradictoria—, no nos permite todavía formular una explicación convincente sobre estas referencias, cosa que conectamos con la siguiente pregunta.

### III. LA REFORMA EN LA UNIVERSIDAD

Aunque ya se hacía en otras universidades, resulta significativo que se fijaran materias y autores en la de Lima, y más en concreto para Jurisprudencia. Así se hizo en 1771, de la mano del referido virrey reformista Amat y Junyent. La pretensión era no hacer depender la docencia, como hasta entonces ocurría, de la voluntad y ni mucho menos del arbitrio del catedrático de turno —de ahí la preferencia por los compendios—, y ello en el caso de que se estuviese impartiendo docencia. Además, los nuevos tiempos reclamaban una mayor fiscalización sobre las doctrinas que se enseñaban. Este nuevo plan de estudios para Derecho, que se seguía desarrollando a lo largo de cinco cursos,

15 SALINAS ARANEDA, C., «Los textos utilizados en la enseñanza del Derecho Canónico en Chile indiano», *Anuario de Historia de la Iglesia*, núm. 9, 2000, pp. 215-234.

16 EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, pp. 342.

17 TORMO CAMALLONGA, C., *El Colegio de Abogados de Valencia. Entre el Antiguo Régimen y el Liberalismo*, Valencia (Universitat de València), 2004, p. 269.

se aprobaba con carácter provisional, en la medida en que concluyesen las reformas de las universidades peninsulares. Esta era su estructura:

- *Prolegómenos del Derecho en general y Elementos del Derecho Natural y de Gentes*, de Heinecio.

- *Historia del Derecho Civil o de los Romanos*, de Gotofredo, e *Instituciones de Justiano*, con las Notas de Heinecio.

- *Sintagma de las Antigüedades Romanas*, de Heinecio.

- *Suma del Derecho Canónico*, de Canisio.

- *Historia del Derecho Español, público y privado, con noción de las Indias, e Instituciones criminales*.

Era una clara apuesta por el Derecho real,<sup>18</sup> aunque no se concretara autor alguno, así como por el Derecho natural. Si el primero se estaba generalizando en los nuevos planes de las universidades peninsulares, el Natural solo se había incluido en las de Granada y Valencia.<sup>19</sup> Son dos grandes innovaciones,

---

18 Sobre el estudio de los derecho real y romano puede verse, PESET REIG, M., «Derecho romano y Derecho real en las universidades del siglo XVIII», *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 45, 1975, pp. 273-340. Del mismo autor, y en concreto para Valencia, *Las viejas facultades de Leyes y Cánones del Estudi General de València*, Valencia (Facultat de Dret-Universitat de València), 2006. Para la universidad de Salamanca destacan diversos estudios en donde se indaga en el efectivo aprendizaje del Derecho patrio en las cátedras del *Corpus Iuris Civilis*, así como en las diferentes lecturas públicas y extraordinarias; véase, entre otras publicaciones de esta autora, ALONSO ROMERO, M<sup>a</sup> P., «Del “amor” a las leyes patrias y su “verdadera inteligencia”: a propósito del trato con el Derecho regio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos», en *AHDE*, vol. 67, núm. 1, 1997, pp. 529-549, o «Anotaciones sobre las reformas de los estudios jurídicos en la Universidad de Salamanca durante el siglo XVIII», en *Universidad y sociedad: historia y pervivencias*, Valencia (Universitat de València), 2018, pp. 45-62. Para Valladolid véase TORREMOCHA HERNÁNDEZ, M., «La formación de los letrados en el Antiguo Régimen», en *Arqueologia do Estado. I Jornadas sobre formas de organização e exercicio dos poderes na Europa de sul, séc. XIII-XVIII*, Lisboa, 1988, pp. 509-536. Respecto a otras universidades de la Corona de Aragón, puede verse, para Zaragoza, BALTAR RODRÍGUEZ, J. F., «Las facultades de Leyes y Cánones de la Universidad de Zaragoza en los siglos XVII y XVIII», *Estudios Históricos sobre la Universidad de Zaragoza*, Zaragoza (Institución Fernando el Católico), 2010, y para Barcelona y Mallorca, entre otras muchas publicaciones de RAMIS BARCELÓ, R., «La Facultad de Leyes y Cánones de la Universidad de Barcelona a comienzos del siglo XVIII», en *AHDE*, vol. 86, 2016, pp. 385-408, o «Graduados en Leyes y Cánones en la Universidad Luliana y Literaria de Mallorca (1694-1830)», en *e-SLegal History Review*, núm. 16, 2013, pp. 1-62.

19 VALCÁRCEL, C. D., «Reforma de San Marcos en la Época de Amat», *Documentos*



que afectarían de diferente manera a cada universidad, y las dos juntas en el caso de la Universidad de San Marcos.<sup>20</sup> A la de México, sin embargo, no le llegó ninguno de estos cambios.<sup>21</sup>

Lo cierto es que esta reforma ilustrada de 1771 surtió muy escasos efectos en San Marcos, bien por la oposición del claustro, bien por la falta de recursos, hasta el punto de que, para los estudios de Derecho en concreto, no parece que se observe ningún cambio en el currículo estudiantil.<sup>22</sup> La Universi-

---

*para la Historia de la Educación en el Perú*, núm. 2, 1955. VALLE RONDÓN, F., «Ilustración, Modernidad y reformas educativas borbónicas: consideraciones a partir de los planes de estudio del Real Colegio de San Carlos de Lima», *Revista Electrónica da Anphlac*, núm. 2, 2002, pp. 57-76; «Teología, Filosofía y Derecho en el Perú del XVIII: dos reformas ilustradas en el Colegio de San Carlos de Lima (1771-1787)», *Revista Teológica Limense*, núm. 3, 2006, pp. 337-382. La primera cátedra de Derecho Natural en la Península aparece con la fundación de los Reales Estudios de San Isidro en Madrid, en 1771; PEIRÓ ARROYO, I., *Ignacio de Asso. Ciencia y diplomacia en la Europa de la Ilustración*, Zaragoza (Prensas de la Universidad de Zaragoza), 2014, pp. 69 ss. Véase, pues, la proximidad temporal de San Isidro con la reforma limeña. Otra cosa fue la pronta supresión de esta cátedra; MARTÍNEZ NEIRA, M., «¿Una supresión ficticia? Notas sobre la enseñanza en el reinado de Carlos IV», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 68, 1998, pp. 523-544, o TORMO CAMALLONGA, C., «Vigencia y aplicación del plan Blasco en Valencia», en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, núm. 2, 1999, pp. 185-216.

20 En este punto las reformas de Valencia y Lima guardan una gran similitud. En cuanto al Derecho real, en 1780 el virrey Manuel de Guirior insistirá en la vía reformista, nombrando catedrático de Vísperas de Leyes al también renovador José Barquijano y Carrillo, con la precisión de que “ha de acompañar su enseñanza con la de Derecho Patrio, advirtiendo a sus discípulos muy especial y señaladamente la disconformidad que interviene entre estas Leyes y las Romanas, conforme al nuevo Plan de Estudios que se ha mediado con arreglo a lo dispuesto en las Universidades de Salamanca y Alcalá”; EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. I, p. 911, y vol. III, p. 37. Sobre el estudio de estos autores en las universidades hispanas véase BECK VARELA, L., *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Madrid (Tirant lo Blanch), 2013.

21 Lo que parece que explica, al menos en parte, el interés del monarca por la fundación de la universidad de Guadalajara; TORMO CAMALLONGA, C., «Sobre una eventual primacía de los estudios legistas en la Universidad de México, en el tránsito de los Austrias a los Borbones», en *Actas XI Congreso Nacional de Historia del Derecho en México*, Guanajuato (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM), 2014, en prensa.

22 Tenemos constancia, por ejemplo, de que en los años ochenta se cubrían las cátedras según “ordenaban las Constituciones”, siendo para Leyes (Jurisprudencia según el texto) las de Digesto Viejo, Instituta, Código, Vísperas (Digesto Nuevo) y Prima (Inforcia-

dad no pasaba por sus mejores momentos, y el virrey Amat, apodado el *Asno* o *Dragón de Oro*, contaba con fuertes detractores. Es más, todo indica que dejaron de impartirse las clases durante años, si es que —e insistimos—, en algún momento se impartieron de manera íntegra o, al menos, regularmente. La cuestión es que a principios de los ochenta el virrey Agustín de Jáuregui solicitaba del rector la redacción de un nuevo plan de estudios, a lo que se le contestaba con que ya estaba redactado desde tiempo atrás y remitido para su aprobación real.<sup>23</sup>

Sin embargo, esta misma renovación de 1771 sí fue asumida como propia por el Colegio del Convictorio, en donde, además, y según se ha sostenido tradicionalmente por la historiografía, resultó eficaz. No obstante, tal vez sería más prudente afirmar que, de ser así y en todo caso, resultó eficaz solo de manera parcial.<sup>24</sup> Efectivamente, este colegio, en donde desde siempre se habían dictado las lecciones, impartió en sus aulas, y en castellano, estas nuevas disciplinas. Eso sí, se hizo con algunas modificaciones: las *Instituciones* de Heinecio se substituyeron por la obra de Vinnius, y más tarde por la de Kees, mientras que las *Instituciones* de Canisio se substituyeron por la obra de Valensis. No parece que fueran cambios menores, especialmente el reemplazo de Henecio por Vinnius, pero el no disponer de los libros de claustros ni de información paralela de primera mano, nos priva de conocer los últimos motivos, y si hubo discusión al respecto entre los catedráticos.

En 1783 hubo un nuevo intento de reforma en la Universidad, instado como hemos apuntado por el virrey, y dirigido por el rector José Baquíjano y Carrillo, reformista enfrentado al sector más reaccionario. Pero parece que también fracasó, lo que explica el informe de la Audiencia al monarca, de 1785, en donde se decía que resultaba más satisfactorio que los estudiantes se educaran exclusivamente en los colegios, con el argumento de que, por la

---

to), y para Cánones las de Vísperas (Decretales), Decreto y Prima (Decretales). Véase en EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, pp. 148 y 192.

23 EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, pp. 28 ss., 51 ss. y 140 ss. En este año los colegiales seguían sin asistir a las aulas de la Universidad. En este mismo volumen pueden leerse tanto loanzas como muy duras críticas contra Amat y Junyent (pp. 205 ss.).

24 Fernando Salazar y Carrillo, graduado de bachiller en Leyes y Cánones, se instruyó, según sus palabras, “en las Instituciones de Justiniano, de las cuales pasé al Estudio del derecho Canónico en las materias principales”, sin referencia alguna a los derechos natural o real. DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia*, cit., III, p. 266.

rectitud con la que allí se les trataba y por el más estrecho seguimiento que sobre ellos se tenía, obtenían mejores resultados en sus estudios. Se estaba apoyando, en concreto, al Colegio de San Carlos, del que se destacaba también su plan de estudios, y el aprendizaje en obras y en métodos más actualizados que los de San Marcos, porque “no se exigirá de los escolares el servil trabajo de la memoria al pie de la letra, sino una lectura detenida y reflexionada, de lo que darán razón todas las noches a la hora de sus conferencias”.<sup>25</sup> Además, se estaba asumiendo y, de alguna manera también defendiendo, que se siguiera sin impartir las lecciones en las aulas de la Universidad.

Ciertamente, en la sociedad limeña había un gran consenso sobre la idea de que de las lecciones debían ocuparse los colegios, y no la Universidad, algo nada extraño por otra parte, y que no solo ocurría en el continente americano —en la Península ya no era así—. Desde tiempo inmemorial en los colegios solo se impartían cursos, limitándose en muchos casos la Universidad al control formal de las matrículas y, lo que es más importante, al examen y expedición de títulos: es de lo que se obtenía gran parte de los honorarios.<sup>26</sup> Este juego de equilibrios explica que el mismo rector de San Marcos no escatimara elogios a las materias del nuevo plan de estudios para el Convictorio de San Carlos —que vamos a ver a continuación—, como tampoco para sus maestros o *pasantes*. Eso sí, todas las autoridades hacían saber que, en cualquier caso, los catedráticos desempeñaban muchos más cometidos en la Universidad al margen de las lecciones, como eran las funciones o disertaciones públicas, la redacción de *quaestiones* para las tentativas de los estudiantes, o los exámenes de grado, no así el de curso, que se realizaba en los colegios y por sus respectivos maestros.<sup>27</sup>

Si se tenía asumido que de las clases debían ocuparse los colegios, igualmente se tenía asumido, a finales del XVIII, que éste ya no era un plantea-

---

25 EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, pp. 214 ss. y 341.

26 En el único libro de grados que se conserva de la Universidad de San Marcos, de mediados de siglo, las peticiones de los estudiantes presentadas ante el secretario para certificar los cursos ofrecen un mismo e invariable —también sospechoso— orden de cátedras: Prima y Vísperas de Cánones, Prima y Vísperas de Leyes, Decreto, Código, Instituta y Digesto Viejo.

27 Son continuas las expresiones “no dictando los catedráticos en la Universidad”, o “los catedráticos no dictan diariamente en las aulas de la Universidad, como previenen las constituciones, y como acaso se practica hasta ahora en las de España”; EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, pp. 212 ss. y p. 227 para lo último dicho.

miento sencillo de defender ante las autoridades de la Península. Porque ni siquiera creemos, como en algún momento se ha apuntado, que a las aulas de la Universidad asistieran, aunque fueran pocos, los estudiantes de Santo Toribio o los manteístas de los colegios de regulares, ya que todo indica que, al menos estos últimos, se costeaban las lecciones por sí mismos. Y en este sentido debemos entender la figura del “bachiller de pupilos”, que recogen las mismas constituciones de la Universidad. Se trata de un graduado mayor de veinticinco años que, previa autorización y control permanente del rector, estaba al cargo de uno o varios estudiantes, casi siempre manteístas. Además de velar por su alojamiento y sustento, por su práctica religiosa y buenas costumbres, cuidaba de que repasaran de día y de noche las lecciones escuchadas en el día. Y, aunque algunas fuentes indican que esta figura había caído en desuso —tal vez eran menos los manteístas—, a finales de la centuria la docencia para ellos todavía discurría fuera de las aulas universitarias.<sup>28</sup>

En cualquier caso, y como bien supone Eguiguren, el temor a que en la Corte pensasen que los catedráticos de la Universidad de San Marcos no cumplieran con sus obligaciones, empujaba al rector a remitir reiterados informes que, en opinión de aquél, no eran más que un mero disfraz con más que discutibles visos de credibilidad. Año tras año, y además de exponer “ficticiamente” otras tantas cuestiones como horarios o vestiduras, el rector remitía a las autoridades, entre ellas el Director General de Estudios, las materias que debía leer cada uno de los catedráticos. Es más, en enero de ese mismo año 1785, así como en los años siguientes, el rector disponía acerca de las mismas cátedras que las existentes antes de la reforma de 1771. Lo mismo decimos de las cátedras que salían a oposición incluso ya entrado el nuevo siglo. Se opositaba a ellas como si verdaderamente se impartiese la enseñanza, ganando las cátedras los colegiales del Convictorio.

Respecto a las cátedras, nos queda por determinar en toda su extensión el significado de Digesto Viejo como “propia” —como aparece en la documentación— del Real Convictorio. Se ocupaba siempre por colegiales maestros del Convictorio, mientras que del resto de cátedras se dice que son “propias” de la Universidad y, por ende, no tenían porqué ocuparse por estos colegiales o maestros. Además, la Universidad no corría con los salarios de aquella, porque, sin duda, estamos ante una cuestión de dotación económica.<sup>29</sup>

---

28 EGUIGUREN, L. A, *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit. vol. II, p. 416, y II, p. 221.

29 Caso, por ejemplo, de Instituta, Código, Digesto Viejo, Decreto o Víspera de Cán-

En cualquier caso y recapitulando este apartado, todo redundaba en la idea de que el plan de estudios de 1771 había fracasado en la Universidad. Es más, lo mismo diríamos para el nuevo plan del Real Convictorio —que veremos a continuación— en sus efectos sobre aquella. El plan de reforma que el visitador real, Joaquín de Pezuel, propone a la Universidad en 1816 resulta muy esclarecedor a todo este respecto, pues exigía el cumplimiento estricto de sus constituciones. El primer artículo era toda una declaración de principios: “Todos los catedráticos que no tengan un legítimo impedimento concurrirán diariamente a la Escuela a las horas que para la enseñanza de cada cátedra se señalen por el Claustro”. El artículo sexto tampoco se quedaba atrás cuando, “respecto a no tener las cátedras autores asignados para su enseñanza, y estar justamente prohibida la dictadura”, ordenaba que el claustro adoptase lo conveniente hasta que el monarca decidiese lo oportuno.<sup>30</sup> Parece quedar claro que, a las puertas de la Independencia, la Universidad de San Marcos seguía sin impartir docencia reglada.

#### IV. LA REFORMA EN EL CONVICTORIO DE SAN CARLOS

En 1787, el virrey Teodoro de Croix solicitó del rector del Convictorio Carolino, el reformista Toribio Rodríguez de Mendoza, una nueva modernización de los estudios que profundizase aún más en las innovaciones de 1771, puesto que tenía a estas como demasiado moderadas o eclécticas. Se quería avanzar en el camino del regalismo ya iniciado, con una nueva metodología, contenidos y textos, para lo que el virrey contaba con la firme adhesión de Mendoza.<sup>31</sup>

---

nes, en 1802 y años siguientes; EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, pp. 781 y ss. En la página 383 se dice que la cátedra de Digesto Viejo no debía salario en tiempos en que se ocupaba por los colegiales de San Felipe.

30 EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, pp. 998 ss.

31 VARGAS UGARTE, L., *El Real Convictorio carolino y sus dos luminaires*, Lima (Milla Batres), 1970, pp. 68 ss. Según los expedientes de recibimiento de abogado de Juan Antonio Távora o de Manuel Herrera y Oricáin, este plan es aprobado por real cédula de 2 de noviembre. Pero resulta confuso. Eguiguren recoge una solicitud del rector del Convictorio dirigida al de la Universidad, en noviembre de 1788, para que instase ante su claustro la substitución de la cátedra de Digesto viejo por otra de *Partidas*, lo que, en su opinión, sería la primera cátedra universitaria de la Monarquía con este contenido. Aunque Eguiguren no queja claro si la cátedra de Digesto viejo era la del Colegio o de la Universidad, nos inclinamos porque era de esta última, pues, como veremos, era precisamente el Con-

El resultado fue un plan que la historiografía siempre ha tenido por exitoso, hasta el punto de que su aplicación parece que se adentró en los años de la República, cuando el Convictorio pasó a llamarse de Bolívar.<sup>32</sup> De hecho, algunas referencias nos hablan de que ya en 1788 la misma Universidad solicitó real aprobación para incorporarlo a sus propios Estatutos. Es decir, que los estudios previstos en un plan inicialmente pensado para la Universidad, el de 1771, solo se impartieron en el Real Convictorio, cuyo siguiente plan, de 1788, pretendió extenderse a la Universidad; un camino de ida y vuelta. Lo cierto es que en el ámbito de la educación superior se tiene a esta como la reforma limeña ilustrada por excelencia y, en este caso sí, *aplicada*, cosa que, sin embargo, creemos que también debemos relativizar.

Efectivamente, y de nuevo, son más dudas que certezas lo que este plan de estudios de 1788 nos suscita, empezando por la fecha definitiva de la aprobación real para el propio Convictorio, pues todavía a mediados de los años noventa el rector Mendoza instaba, una y otra vez, la gracia del monarca.<sup>33</sup> Tampoco sabemos en qué medida se aprobó y ejecutó, si en su totalidad o solamente en algunas partes, y, aunque contamos con expedientes de habilitación en la Audiencia que nos hacen pensar que sí se aplicó, otras referencias nos lo cuestionan. A día de hoy, y por lo que a estas páginas respecta, ni siquiera podemos concluir sobre el contenido exacto de los estudios jurídicos; la información con que contamos, además de dispersa e incompleta nos resulta, como decimos, encontrada. Es bien probable que conviviera con el anterior plan, tanto en materias como en autores, pues una cosa serían las cátedras que oficialmente se proveyeron, y otra los cursos y materias que realmente se impartieron.<sup>34</sup> Si las circunstancias por las que en los siguientes años atravesó tanto la Península como el Perú no iban a ser las mejores para emprender nuevas aventuras, las arcas del Colegio tampoco se encontraban como hubiese sido de desear; todo ello un escenario perfecto para la distracción en el cumplimiento.

De entrada, para iniciarse en los estudios de Derecho con el nuevo plan

---

victorio el que la sufragaba. EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, pp. 243 y 296.

<sup>32</sup> Eso sí, la situación del Convictorio fue realmente penosa a principios del XIX; VARGAS UGARTE, L., *El Real Convictorio carolino y sus dos luminaires*, cit, pp. 29 ss.

<sup>33</sup> EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit. vol. III, p. 326, y VARGAS UGARTE, R., *El Real Convictorio carolino y sus dos luminaires*, cit., pp. 21 ss.

<sup>34</sup> DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia*, cit., vol. III, p. 525.

del Convictorio, sería necesario contar con Filosofía. Hasta entonces los escolares solían disponer de sus cursos, aunque no tanto de su grado, en muchas ocasiones por motivos económicos. Así es que, los estudios de bachiller, innovadores donde los hubiese en algunos apartados, se dividirían en cinco cursos, distribuidos en tres grandes bloques.

I. En primer lugar se estudiaría el Derecho natural durante un año, en latín y por los *Prolegómenos*, ahora sí, de Heinecio. Aunque se aportaban muchas justificaciones para esta elección, se dejaba bien claro que la decisiva era el haber sido un autor adoptado ya en la corte, puesto que, de lo contrario y en ello se insistía, se hubiera elegido, por su naturaleza española, los *Principios del orden esencial de la naturaleza*, de Antonio Javier Pérez López. Para compensar, el manual de Heinecio se debía apuntar con las notas de la edición de Joaquín Marín de 1776. No obstante y según se induce de algunas habilitaciones, este curso de Derecho natural no fue siempre necesario, entre otras cosas porque algunos graduados, cuando lo tenían, reducían los cuatro años de práctica a tres. Además, son muchas las ocasiones en que se habla de una carrera de Jurisprudencia con una duración de diez años, contando los seis de prácticas que después veremos.<sup>35</sup>

II. En un segundo bloque encontramos el Derecho civil español, que era al que mayor atención se le prestaba. Se estudiaría el *Compendio del Derecho público y común de España de las Siete Partidas*, de Vicente Vizcaíno Pérez, apoyado por los comentarios de Gregorio López; se prefería a las *Instituciones* de Jordán de Asso y Miguel de Manuel por no contener estas Derecho

---

35 En 1818 Manuel Herrera y Oricáin alega, en su expediente de incorporación, “que por real cédula de 2 de noviembre de 1787, se ha mandado que el año de asistencia a la cátedra Derecho Natural y de Gentes, valga por uno de los de práctica, de suerte que puedan recibirse los que lo han estudiado por solos tres años”. Según sus palabras: “Los Estatutos del Ylustre Colegio exigen para la incorporación dos años del estudio del Derecho Indiano, para que de ese modo se cumplan los diez años de estudios mayores que exigen nuestras leyes para recibirse de Abogado; es decir, los quatro del estudio del Derecho civil, quatro de práctica y dos después de recibidos del estudio del Derecho Indiano. Yo tengo los diez años que exigen nuestras leyes y son a más de los quatro del Derecho civil, cinco de práctica y uno del curso del Derecho Natural y de Gentes, y me hayo en estado de ser incorporado en el Ylustre Colegio por estas razones”. DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia*, cit., vol. III, p. 380. El Reglamento Provisional para los Tribunales de Justicia en los Departamentos Libres del Perú (sección 6ª, art. 134), de 10 de abril de 1822, sí establecía la obligatoriedad del estudio del Derecho Natural y de Gentes, además del Civil y el Canónico, lo que era de exigencia rigurosa por la Audiencia.

público. En consonancia con la acérrima defensa del Derecho nacional, se excluye, muy enfáticamente y de manera absoluta, el Derecho romano. De materializarse esta supresión, estaríamos ante una verdadera novedad en el mundo hispano, y de muy gran calado. La información que los expedientes nos ofrecen al respecto no nos permite reafirmarnos de manera concluyente en esta decisión, aunque tampoco excluirla.

III. El tercer bloque sería el del Derecho canónico, con otros dos años y las *Instituciones* del civilista y regalista Lorenzo Selvaggio, en su edición de 1784. Pero seguimos moviéndonos en el campo de las incertezas, ya que en noviembre de 1794 el rector Mendoza solicita —según dice, de nuevo—, la creación de una cátedra de Historia y Disciplina Eclesiástica, común a Teología y Cánones, en la que poder estudiar al Selvaggio, como se hacía —y así lo remarcaba insistentemente—, en las más importantes universidades de España.<sup>36</sup>

Tomando en cuenta esta estructura tripartita, vamos a indagar ahora en un informe que sobre este plan redactó en 1788 el Director General de Estudios y Visitador de la Universidad y Colegios, José de Rezabal y Ugarte.<sup>37</sup> Siendo que era un personaje que debía guiarse por el mismo regalismo que inspiraba a Mendoza, entendemos que mostrara su general apoyo al plan, aunque con algunas reticencias o discrepancias, que es lo que más nos interesa aquí.

Ugarte apreciaba el valor que se daba a los compendios, a modo de *elementos*. Entendía que a través de estos resúmenes se podían estudiar los principios básicos que permitieran una comprensión de la totalidad de la materia, frente a los anteriores volúmenes inabarcables, que obligaban a limitarse a sólo unos extractos. Apoyaba, además, que junto con las lecciones ordinarias el aprendizaje se sustentara también sobre otras prácticas: las conferencias públicas que debían tener cada 15 días; las, al menos, cuatro disertaciones que debían componer al año, sobre asuntos propuestos por el rector; y las cuatro lecturas en que debían ejercitarse, sobre puntos sorteados 48 horas antes. Todo esto estaba muy en consonancia con otros estudios generales.<sup>38</sup>

---

36 Hablaba de las universidades de Salamanca, Alcalá, Santiago, Granada, Osma, Orihuela y Valencia, bajo el nombre indistintamente de Disciplina, Historia, Concilios o Antigüedades Eclesiásticas; EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, p. 338.

37 EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, pp. 305 ss.

38 TORMO CAMALLONGA, C., “No solo burocracia; cursos y matrículas en la Universidad colonial de México”, en *Matrículas y Lecciones*, 2 vols., Valencia (Universitat de València), 2012, II vol., pp. 449-474; y “*En la parte que se pueda*; norma y práctica en los grados de bachiller en Derecho en la Universidad de México”, en *Poderes y Educación*



En cuanto al Derecho Natural y de Gentes, Ugarte aconsejaba que, en defecto de Heinecio —siempre, insistía, por la edición de Joaquín Marín—, se optase por Tadeo Warenko, pues “sobre ser su obra sumamente ortodoxa” para las universidades católicas, tiene el mérito de impugnar “los sistemas de los Protestantes y Libertinos”.<sup>39</sup> Más que un curso de Derecho, Ugarte lo consideraba como un estudio preparatorio, pero igualmente imprescindible para entrar en Leyes y Cánones, de la misma manera que el curso de Filosofía.

Respecto al Derecho romano se mostraba, sin embargo, muy escéptico. Desde el reconocimiento de que la compilación romana resultaba del todo “indigesta” para los escolares, Ugarte podía admitir que fuera necesaria su reducción, pero en ningún caso su exclusión. La relevancia de esta propuesta de supresión nos obliga, en opinión del que escribe, a transcribir las palabras del visitador:

Yo conozco mal y apetezco el remedio, pero no puedo conformarme con el que adoptan los autores del Plan, que se reduce a proscribir desde luego absolutamente el Derecho Romano de las Escuelas. Las disposiciones de nuestra legislación no conspiran a su total exterminio, sino a que se tenga por accesorio o preparatorio al de nuestras leyes prácticas, que son las que únicamente tienen fuerza ejecutiva.

Y seguía diciendo:

Aunque se intenta convencer que el espíritu de las repetidas órdenes emanadas por nuestros monarcas ha sido dirigido a desterrar enteramente la jurisprudencia romana de las escuelas, estoy persuadido a que las interpretaciones que les adoptan los autores del plan son algo violentas y opuestas a su genuino sentido, pues solo se limitan en mi concepto a dar la justa preferencia que se merece nuestra legislación, que es la que verdaderamente debe seguirse en la decisión de las causas.<sup>40</sup>

Ugarte aducía, pues, que tanto el Consejo Real como el mismo monarca, a pesar de ser los mayormente instigadores e interesados en estas reformas, habían prescrito, por su conveniencia, el estudio del Derecho romano como previo a las leyes patrias en los nuevos planes de estudios de Salamanca, Alcalá y Valencia, de la misma manera que se practicaba —argüía— en los planes

---

*Superior en el Mundo Hispánico*, Ciudad de México (IISUE-UNAM), 1ª ed., 2016, pp. 101-138.

39 EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, p. 314.

40 EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, pp. 315 y 316, respectivamente.

de estudios del resto de Europa.<sup>41</sup> La realidad no podía ser diferente, por lo tanto, para Lima. Mediante una larga y argumentada disertación, el visitador alegaba que una medida como esta solamente podía adoptarse desde la existencia de un moderno código español, a imitación de los que ya existían en otras naciones europeas, puesto que incluso el de *Las Partidas* había quedado desfasado. Es lo mismo que ya hemos visto en tantas otras ocasiones.

Se recomendaba, en definitiva, mantener el estudio del Derecho romano, y, además, en dos o tres años —no quedaba claro—. En el primero se aprendería Historia por Carlos Martini, e Instituciones por Vinio hasta el título *De legatis*, con las correcciones de Sala y una especial advertencia sobre las discrepancias o coincidencias con el Derecho patrio. En el segundo, el resto de las Instituciones, y para el tercero se recomendaba editar un cuaderno con las explicaciones del título *De regulis juris*, con lo oportuno al respecto de Código y Digesto y algunos axiomas de Bermúdez de Pedraza.

En cuanto al estudio del Derecho Canónico, el visitador lo consideraba instrumental, al tiempo que necesario para abordar con éxito el Derecho real, mostrándose aquí conforme con la elección de Selvaggio. En la línea regalista del momento, hacía especial hincapié en la independencia de la soberanía en lo temporal, en los caracteres y márgenes de ambas potestades, así como en el ejercicio de la protección real en los recursos de la fuerza y retención de bulas.<sup>42</sup>

Tras el Canónico, Ugarte consideraba que el colegial ya estaba preparado para adentrarse en el estudio del Derecho real. Aquí optaba, sin embargo, por los doctores Asso y Manuel, al tener su manual por más sencillo para los estudiantes que el de Vizcaíno Pérez. Un manual que, además, aconsejaba apuntalar con la introducción histórica de la Temis Hispana de Juan Lucas Cortés, en cuanto que también incluía la carta de Gregorio Mayans a José Berní y Catalá.<sup>43</sup> Lo verdaderamente significativo es que Ugarte reducía el estudio del Derecho real a solo un año, que, eso sí, debía completarse y complementarse con conferencias sobre los Comentarios de Antonio Gómez, así como con la posterior asistencia a una *Academia de Derecho Español e Índico* que el monarca oportunamente erigiría.<sup>44</sup>

41 VARGAS UGARTE, R., *El Real Convictorio carolino y sus dos luminares*, cit., p. 16.

42 EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, p. 319.

43 TORMO CAMALLONGA, C., «Berní y Catalá, el Derecho común y las universidades», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, núm. 3, 2000, pp. 279-316.

44 Al hablar Ugarte de aprobar esta academia “bajo las reglas establecidas en otras de

En definitiva, pues, el informe del visitador Ugarte era toda una objeción al reformismo propuesto por el Colegio de San Carlos y que, sin embargo, había sido muy bien recibido por las autoridades limeñas, sin duda por el prestigio que el Convictorio tuvo desde el primer momento. De hecho, y respecto a esto último, la mayoría de recibidos ante la Audiencia se presentaban como colegiales carolinos.<sup>45</sup> Es más, el nuevo plan empezó a aplicarse incluso sin la correspondiente autorización regia, y por mucho que en ocasiones fuera tildado de revolucionario. Creemos que esta era una acusación fundada, más

---

igual instituto”, tal vez se estaba refiriendo a la Academia de Jurisprudencia Índica que, con el auspicio de José de Gálvez, se había fundado poco antes en Granada, con el objetivo de formar a los futuros cargos y funcionarios de la administración de ultramar; MARILUZ URQUIJO, J. M<sup>a</sup>, «Una Academia de Derecho Indiano bajo Carlos III», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, núm. 7, 1955-1956, pp. 83-92; FUENTES BAJO, M<sup>a</sup> D., «Algunos datos sobre el granadino Sánchez del Águila y su Academia de Derecho Índico», en *Actas de las I Jornadas de Andalucía y América*, Sevilla, 1981, pp. 197-212.

45 De los pocos estudiantes que, más allá del grado, aportan el currículo académico con cada uno de los cursos, tal vez el caso más ilustrativo a nuestros efectos, y excepcional por sus detalles, es el de Manuel Villarán y Barrena, que afirma haber obtenido el grado de bachiller en Cánones por la Universidad de San Marcos el 17 de septiembre de 1789. Procedente del Seminario de Trujillo, “en que había cursado otras facultades mayores”, se traslada al Convictorio de San Carlos en 1786, “con el objeto de evacuar en pocos días los exámenes de las Instituciones”. De sus palabras, así como de otros indicios, se entrevé que la aplicación del plan de estudios de 1787 fue inmediata. En el expediente que aportaba ante la Audiencia, los cursos y exámenes aprobados en el Convictorio eran —por este orden, y tal como aparecen escritos—: Historial del Derecho natural; los ocho capítulos primeros del Derecho natural, por los Elementos de Heineccio; los siete capítulos restantes del Derecho natural; Derecho de gentes; Historia del Derecho romano y español; primer examen de las Leyes de Partidas, por el compendio de Vizcaíno Pérez, mandados estudiar por decreto del virrey Teodoro Croix; segundo examen de las Leyes de Partidas; tercer examen del Derecho de Partidas; cuarto y último examen del Derecho de Partidas; primer examen de práctica; segundo y último examen de práctica; Historia del Derecho canónico, por Carlos Berardi; Primer libro de Cánones, por Vicente Gravina; Segundo libro de Cánones; y Tercer libro de Cánones. El primer examen fue aprobado el 7 de diciembre de 1786 y el último el 10 de septiembre de 1789. Finalmente, picó y salió aprobado el 19 de diciembre de este año en las Siete Partidas, y el 24 del mismo mes en las Decretales. En el día 25 “se le crió Maestro del número de este Real Colegio en Leyes y Cánones”, y el 28 de abril de 1790 leyó en la Universidad en la oposición a la cátedra de Digesto Viejo del Colegio. Véase en DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia*, cit., vol. III, pp. 525-527. Como podemos apreciar, la presencia del Derecho romano resulta verdaderamente testimonial, en el currículo del graduado a bachiller.

que nada, en la rapidez con que acometió la renovación de los estudios, con una clara voluntad de asumir unos principios ilustrados que tanto costaron implantar en otros colegios y universidades, de Perú y de otros reinos. Así al menos se manifestaba en 1791 Barquijano y Carrillo, que comparaba este plan con lo que se estudiaba en las dos universidades castellanas de referencia.<sup>46</sup>

Lo cierto es que, como hemos apuntado, eran muchas las instancias que recomendaban que el plan del Convictorio fuera de aplicación también en la Universidad, lo que redundaba en ese carácter primordial de los colegios limeños; en realidad, el de San Carlos, cuyos estudiantes parece quedar claro que no asistían a las lecciones de la Universidad. Ciertamente es que, desde esta concepción de las cosas, no tenía sentido que se impartiesen. La interacción entre la Universidad y el Convictorio era absoluta, asumida y coordinada ya desde antes que este colegio substituyera a los de San Felipe y San Martín. Véase, por ejemplo, los privilegios de los individuos de San Felipe en las tasas de grado, o el acceso a las cátedras de San Marcos por los colegiales carolinos, que bien podrían ser catedráticos de los dos centros al mismo tiempo.<sup>47</sup> Es tal la simbiosis, que a menudo es muy difícil saber de cuál de las dos instituciones se está hablando en cada documento, si es que no se las trataba como a una sola.

Las relaciones de la Universidad con el colegio de Santo Toribio, sin embargo, no parece que fueran tan fluidas. Según las constituciones internas de este colegio, que no parece que sufrieran alteración alguna con todas las reformas de las que estamos hablando, sus individuos debían asistir diariamente a las lecciones de la Universidad. Pero, como no parece que estas se impartiese, el Colegio tuvo que costear a sus propios catedráticos, condicionados no por

---

46 ESPINOZA RUIZ, G. A., «La reforma de la educación superior en Lima: el caso del Real Convictorio de San Carlos», en *El Perú en el siglo XVIII. La Era Borbónica*, Lima (Scarlett O'Phelan Godoy), 2015, pp. 205-244. GUIBOVICH PÉREZ, P., «La educación en el Perú colonial: fuentes e historiografía», *Histórica*, vol. XVII, núm. 2, 1993, pp. 271-296.

47 EGUIGUREN, L. A., *La Universidad Nacional Mayor de San Carlos. IVº Centenario de la fundación de la Universidad Real y Pontificia y de su vigorosa continuidad histórica. 12 de mayo de 1551-12 de mayo de 1951*, Lima (Universidad de San Marcos), 1951, pp. 75 ss. Véase el acceso en 1788 a la cátedra de Digesto Viejo por Mariano Martínez de Herrera, maestro y domiciliado en el Convictorio, lo que presenta como uno de sus mayores méritos. El mismo rector del Colegio, Rodríguez de Mendoza, postula en 1800 a su discípulo, el vicerector, Carlos Pedemonte, para que le substituyese en la cátedra de Artes de San Marcos. Y así podemos ver infinidad de ejemplos. EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, pp. 296, 774, 874.

su plan de estudios, que en realidad no tenían, sino por la composición del alumnado, que podía variar cada año. Y todo indica que lo que estudiaban eran solo las leyes romanas, al menos antes de las reformas, examinando cada año a sus propios estudiantes.<sup>48</sup> Tenemos noticias de que en el tardío año de 1813 el colegio de Santo Toribio intenta elaborar un propio plan de estudios, para su aprobación por el monarca y hasta que las Cortes aprobasen el correspondiente, de acuerdo con los artículos 360 y 370 de la Constitución de Cádiz. Con esta intención se hablaba de un maestro de Cánones y Disciplina Eclesiástica, y de “asignar al Colegio dos o más Cátedras de las de la Universidad, como tiene el Convictorio de San Carlos”.<sup>49</sup> Vemos, pues, que su dependencia de la Universidad —incluso ante el Convictorio— era también, si no absoluta, sí estrechísima. Desgraciadamente, hoy por hoy no podemos decir más al respecto.

Finalmente, y al margen de los colegios, encontramos a los estudiantes manteístas, respecto a los que no estamos en condiciones de asegurar nada, más allá de que fueran escasos y de trayectoria escolar difusa, a lo que añadimos lo ya dicho sobre los “bachilleres de pupilos”.

## V. EL REGLAMENTO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

En la medida en que nos lo permiten los expedientes de recepción de abogados, para los estudios de grado en Leyes y Cánones se puede hablar, hasta la aprobación del plan del rector Rodríguez Mendoza de 1787, de una clara

---

48 Manuel de Arce obtiene el grado bachiller en la facultad de Cánones, en agosto de 1780, “haviendo concluido el estudio de los quatro libros de las Ynstituciones Civiles de Justiniano” en el Colegio del Seminario de Santo Toribio, aunque solo certificaba los exámenes del primer libro, en febrero de 1778, de la primera parte del segundo, en junio, de la segunda, en enero de 1779, y del tercer libro, en octubre. Eso sí, él mismo reconocía que le faltaban seis meses para completar el grado, que dice haber obtenido, insistimos, en Cánones. Mateo Yramategui Carbonera obtuvo, en octubre de 1782, el grado de Leyes según sus palabras, y de Cánones según las del secretario certificante, después de examinarse de los cuatro libros de “Leyes”: en mayo de 1781 se examinó del primer libro, en agosto de la primera parte del libro segundo, en noviembre de la segunda, en marzo de 1782 del tercer libro, y en septiembre del cuarto. Juan Manuel de Campoblanco, maestro de Teología en 1812 y graduado de Cánones en mayo de 1815, aprueba también cuatro cursos de Leyes, uno para cada libro de la Instituta, sorprendiendo, en fecha tan tardía, la brevedad en los tiempos: el 4 de febrero de 1813, el 27 de septiembre, el 14 de diciembre de 1813, y el 28 de noviembre de 1814. Véase en DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia*, cit., vol. I, p. 483, y vol. III, p. 456.

49 EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. I, p. 1032-1033.

preeminencia de los *Quatro Libros de las Ynstituciones del Emperador*, a los que, en ocasiones, se le adjuntaban las *Decretales*.<sup>50</sup> Con la reforma de Mendoza parece que llegan las modificaciones en el currículo de cada uno de los egresados; unos cambios que, en sus líneas generales, se mantendrán cuando el Convictorio pasará a ser, de nuevo de San Martín, y de Bolívar en tiempos ya de la República, en que se aprecia una insistencia todavía mayor en el estudio del Derecho Natural y de Gentes. Esta nueva realidad tendrá un sustento fundamental en el *Reglamento Provisorio de los Tribunales de Justicia en los Departamentos Libres del Perú*, de 10 de abril de 1822, en donde se subraya el estudio cumplido de los tres derechos, y muy especialmente del Natural y de Gentes. Y es aquí en donde nos surgen nuevas incógnitas que, por situarse fuera ya del período de nuestro estudio, tan solo exponaremos brevemente.

Es cierto que con el nuevo siglo —tal vez con la crisis por la que pasó el Colegio del Convictorio, en que parece que se suspendieron las clases—, ya no

---

50 La recopilación de Dunbar Temple nos ofrece algún que otro ejemplo, siempre de graduados en San Marcos. Juan José Manrique, que se presenta con el grado de bachiller en Leyes y Cánones, de 28 de abril de 1780, estudió y se examinó en San Carlos de los siguientes cursos: primer libro de Instituta, el 20 de diciembre de 1777; primera parte del segundo libro, el 3 de octubre de 1778; segunda parte del segundo libro, el 22 de julio de 1779; tercer libro, el 18 de diciembre del mismo año; y cuarto, el 11 de marzo de 1780. Entendemos que, más que para recibirse de pasante, una posible intención de aspirar a alguna cátedra bien de Leyes o de Cánones explicaría los exámenes por separado, picando puntos de Digesto y de Decretales, respectivamente. Respecto a estas últimas, el 30 de octubre se examina de los libros 1º, 2º y 3º, el 10 de abril de 1781 del libro 4º, y el 4 de agosto del libro 5º. Reparemos en que la obtención del grado, también en Cánones, es anterior al primer examen en esta facultad. Otro ejemplo es el de Juan Antonio Taboada, también colegial del Convictorio. Bachiller en Leyes y Cánones el 21 de junio de 1788, aprueba, desde octubre de 1785 a mayo de 1788, los mismos cinco cursos anteriores de Instituta; y “en el mismo año [1788] y siguiente continuó hasta concluir los elementos del Derecho canónico por Vicente Gravina, dando los exámenes respectivos. En 1790 leyó por espacio de una ora sobre la Instituta e igualmente sobre las Decretales, y fue recibido pasante en Leyes y Cánones”. En realidad, se trata del itinerario heredado del Colegio de San Martín. Lo vemos con Buenaventura de Tagle Isasaga: desde 18 de febrero de 1764 a 25 de julio de 1765 se examina de los cinco mismos cursos y libros de la Instituta. En este mismo día “se dio de pasante en este Real Colegio y fue nombrado examinador en la facultad de Leyes”, mientras que el día 29 del mismo julio fue aprobado de 5º de Decretales. El 26 de agosto de 1766 se graduó de Cánones, el 28 del mismo mes lee sobre el libro 1º de las Decretales, y el día 29 obtiene los grados de licenciado y doctor en Cánones. Poco después, se disuelve la Compañía.

vemos que se aporte el certificado del expediente, con cada uno de los cursos detallados, sino que el secretario del Colegio se limita a acreditar el estudio de los “Derechos Natural y de Gentes, Civil y Canónico”, sin referencia alguna a materias concretas, fechas o exámenes.<sup>51</sup> En ocasiones, en el título expedido por la universidad solo se hacía constar haber estudiado “Derecho Civil y Canónico”, con lo que el egresado, para poder recibirse de abogado, tenía que solicitar del Convictorio el libramiento del oportuno certificado para solo el Derecho natural y de gentes, algo especialmente exigido en el artículo 134, sección sexta, del referido *Reglamento Provisorio*.<sup>52</sup>

Por otra parte, de los habituales dos años naturales de estudios, en los expedientes más antiguos que hemos consultado del siglo XVIII, pasamos a los cuatro en el momento de aprobarse el Reglamento de 1822. Es un cambio que nos presenta muchas incógnitas —que intentaremos despejar en futuros estudios— en la medida en que los expedientes de incorporación muestran una realidad harto compleja y diversa, en ocasiones, incluso, aparentemente contradictoria. En cualquier caso, parece observarse una cierta secuencia o tendencia temporal y temática.

Finalmente, y sobre si con todas estas reformas, o intentos de reforma, la Universidad mantuvo un mismo y único grado de bachiller en Leyes y Cánones, o bien pasó a diferenciarlos, nada se dice, más allá de que las facultades continuaron presentándose como separadas y la Universidad siguió expidiendo un único título.<sup>53</sup> En todo caso el cambio debía partir de la misma

51 Manuel Herrera Oricáin, bachiller en 1814, y que hemos visto en notas anteriores; Pedro Antonio de la Torre, bachiller, en 1819; o Bartolomé Herrera, en 1827. Véanse todos ellos y otros en DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia*, cit.

52 Caso de Manuel Antonio Valdizán, bachiller en 1814, que tuvo que acreditar en 1822 el estudio del Derecho natural y de gentes para poder examinarse ante la Junta particular del Colegio de Abogados. Gabino Uribe Villegas, graduado el 16 de septiembre de 1816, en su petición para recibirse de abogado ante la Audiencia en 1825, decía “admitido a práctica en el año de 1818, en que estaba estancado el estudio del Derecho Natural y de Gentes, y aun no regía la disposición del Reglamento, no me comprende lo establecido en él”. A Francisco Orueta, en 1826, y después de obtener el grado de bachiller en San Marcos el año anterior, la Audiencia de Lima le comunica, que solamente le señalaría estudio en el que poder realizar la pasantía después de presentar certificado, “acreditando haver estudiado completamente el derecho natural y de gentes”. Orueta presenta en su lugar una tabla impresa del acto público con el que obtuvo la aprobación correspondiente.

53 Según sus propias palabras de marzo de 1822, Gerónimo Agüero, “después de haber estudiado en el referido Colegio el Derecho Natural y de Gentes, el Civil y Canónico, obtuve en los dos últimos el Grado de Bachiller [en 1816], y últimamente los de Licenciado

Universidad, que confería los grados, o incluso del Real Acuerdo, en tanto que habilitaba a los egresados como abogados. Pero ello solo ocurriría, en su caso, con las reformas liberales; eso sí, por no estar separadas las facultades no tendrían que enfrentarse a la conflictiva integración que hemos visto en otros lugares.<sup>54</sup>

## VI. LA FORMACIÓN PRÁCTICA

La formación práctica del jurista limeño no quedaba al margen de este contexto de cambio o evolución que, desde nuestra perspectiva, se nos antoja permanente a la vez que endeble e inseguro. Pero, como venimos diciendo, y frente a lo que tenemos estudiado para otras sedes universitarias y judiciales, más reticentes a las innovaciones, la realidad limeña se presenta más receptiva. A tenor —siempre— de los expedientes de habilitación, el proceso formativo del estudiante peruano nos muestra, frente a otras ciudades de la monarquía, una mayor propensión o celeridad en favor de esa transformación mayormente realista o práctica que se pretende desde la metrópolis. Hablamos en este punto de la formación estrictamente forense del ya bachiller en Leyes y Cánones. Tras los cursos en las aulas, en el proceso instructivo del futuro abogado resulta especialmente significativa la intervención, no solo de la Real Audiencia, sino también, y más aún si cabe, del Colegio de Abogados de la ciudad para cuando este se funda, y que elevará hasta diez los años de formación total del abogado. Veámoslo.

Por auto de la Audiencia de 20 de diciembre de 1781, se estableció —o restableció— la duración de la pasantía en esos cuatro años tan comunes a tantas otras sedes judiciales. Se trata de un período que, en todo caso, debía iniciarse tras la obtención del grado de bachiller. Hasta entonces, y no sabemos exactamente el porqué, parece ser que solo se exigían dos años —cosa que matizaremos después—, y aún así con una gran condescendencia en su cumplimiento.<sup>55</sup> Como era norma, la práctica privada se llevaba a cabo en el

---

y Doctor”. Como también hemos visto para otros egresados, los dos grados mayores eran igualmente únicos para Leyes y Cánones.

54 TORMO CAMALLONGA, C., «Los estudios y los estudiantes de Jurisprudencia y Teología tras la unificación de las facultades de Leyes y Cánones», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, núm. 8, 2005, pp. 359-437.

55 Ejemplo entre muchos del dudoso cumplimiento de la normativa, o bien de la inexactitud de la documentación de que disponemos, es el caso de Lorenzo de la Puente y Carrillo. Graduado de bachiller en Cánones el 12 de septiembre de 1778, dice haber



despacho de un abogado ya recibido y, frente a otras audiencias, hemos visto que en Lima se iniciaba solo previa autorización del Real Acuerdo, a petición del interesado. Solo a partir de esta fecha —no de la fecha del grado ni del apunte en los libros del abogado director— empezaba el cómputo del período, aunque el pasante ya estuviese practicando con anterioridad. Con tanto rigor se buscaba evitar las habituales manipulaciones de fechas, tan generalizadas en todas las audiencias.<sup>56</sup> Cosa diferente, eso sí, eran las dispensas de tiempo, nada extrañas ni en Lima ni en cualquier otro tribunal, y por cualquier motivo de cualquier índole.<sup>57</sup>

En la petición de inicio de la práctica, el pasante proponía despacho particular en donde realizarla, que, hasta donde sabemos, la Audiencia siempre aceptaba. También cabía que el pasante solicitase que fuese el mismo tribunal el que lo designase. No sabemos si por parte del despacho en cuestión existía la obligación de aceptar al pasante propuesto, pero llama la atención la acentuada repetición de abogados directores. O bien no eran muchos los bufetes abiertos en la ciudad, o no todos ellos estaban dispuestos a aceptar pasantes. Cabe pensar también que algunos estuviesen especialmente preparados e incluso interesados en ello. El caso es que un simple repaso de datos nos ofrece despachos con un elevado número de aprendices simultáneos, manteniéndose en todo momento, a lo largo de muchos años, bien nutridos de futuros abogados.

Según la orden referida de diciembre de 1781, después de la pasantía y antes del examen de recibimiento en la Audiencia, el graduado debía superar una prueba de jurisprudencia teórica y práctica ante cuatro abogados anti-

---

“cursado la práctica el tiempo que previene la ley, sobradamente”, para lo que presenta un certificado de haber practicado en estudio por el término de cuatro años. Este certificado es expedido el 17 del mismo mes de septiembre, es decir, solo cinco días más tarde. Finalmente, es examinado y recibido en la Audiencia el 22 del mismo septiembre de 1778. DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia*, cit., vol. III, p. 183.

56 TORMO CAMALLONGA, C., *El Colegio de Abogados de Valencia*, cit., p. 204.

57 A José Ignacio Moreno se le dispensa uno de los cuatro primeros años de prácticas por un curso del que se había examinado en el Convictorio en 1789, y que era de Jurisprudencia patria, tanto teórica como práctica, sobre las *Partidas*. Si —en palabras de Moreno— la pasantía resultaba oportunamente prescriptiva ante la ausencia absoluta de estudio del Derecho real para la obtención del grado de bachiller, dicho año de teoría real y práctica forense venía a colmar parte de esa carencia. DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia*, cit., vol. II, p. 589. TORMO CAMALLONGA, C., “No solo burocracia; cursos y matrículas en la Universidad colonial de México”, cit., II vol., pp. 449-474

guos que le acreditasen estar preparado para dicho examen. Hasta este año no parece que existiera este supuesto filtro. Tampoco podemos asegurar a fecha de hoy que fuera una única evaluación ante los cuatro abogados, o bien cuatro pruebas individuales en los despachos respectivos, para firmar después todos ellos una única y misma acreditación. En cualquier caso, y como ya hemos visto que ocurría en otras sedes judiciales, no debió primar un rigor extremo, en la medida en que, por petición del interesado, era habitual que se expediese el certificado mucho antes de cumplirse los cuatro años; con este reconocimiento, además, se podía justificar mejor la dispensa de tiempo que después se solicitaba de la Audiencia para examinarse.<sup>58</sup> La acreditación se libraba, pues, antes que la Audiencia validase todos los requisitos.

Con la fundación del Colegio de Abogados, esta prueba o reconocimiento pasaría a celebrarse ante su junta particular —que, es interesante, se reunía en los mismos locales de la Universidad— y, ahora sí, solo después de ordenarlo la Audiencia al presentar el graduado su petición de recibimiento. A esta prueba también asistían, para su mejor preparación a modo de ensayo, los graduados en prácticas, entendiéndose por estos no solo los que todavía no habían sido recibidos, sino igualmente los que cursaban los otros dos años de prácticas previos a la colegiación, de los que después hablaremos. A los mismos efectos de adiestramiento, los graduados en prácticas también acudían al examen de recibimiento de sus colegas ante la Audiencia.<sup>59</sup>

El Colegio de Abogados de Lima, como ya hemos apuntado, vino a modificar sustancialmente la formación práctica de los abogados. De entrada, resulta infrecuente —si es que se da en otro lugar—, que la real cédula de Carlos IV de 31 de julio de 1804, por la que se aprobó su erección, no contuviese su propia regulación. Para su redacción el cabildo municipal tuvo que nombrar una comisión de letrados, con el encargo de tener como referencia la normativa de

---

58 Según real cédula de 19 de octubre de 1768, las audiencias podían dispensar uno de estos cuatro años si hubiese motivo que, a su entender, fuese aceptado por el monarca; *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias*, Madrid, 1843 (libro 2, título 24, ley 1).

59 Daniel Bellido Diego-Madrado nos ofrece una buena exposición de este proceso en Zaragoza; véase *Los abogados y sus corporaciones. Historia del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (s. XII-1838)*, Zaragoza (edit. Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza), 2013. En el caso de Barcelona, sin Colegio de Abogados, similares funciones las asumía una academia de jurisprudencia teórico-práctica; véase Tomàs de Montagut i Estragués y Elena Roselló i Chérigny, *La abogacía de Barcelona: diálogo con la historia*, Barcelona (Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona), 2014.

Madrid y México.<sup>60</sup> Finalmente, las constituciones del Colegio se aprobaron por la Audiencia de la ciudad el 18 de febrero de 1808, lo que se confirmó por el virrey el 23 de marzo.

Siguiendo lo que en estos momentos ya se había dispuesto para otros colegios hispanos, las mismas constituciones recogían para el de Lima un *numerus clausus* de individuos, que aquí se concretaba en 60.<sup>61</sup> Tratándose de la capital del virreinato nos parece, de entrada, un número ciertamente bajo. De hecho, en 1810, el mismo Colegio de Abogados —todo indica que a iniciativa de un grupo tanto de letrados ya en ejercicio como de pasantes— presenta ante la Audiencia una propuesta de reinterpretación de la norma, más flexible en favor de los aspirantes, que evitase las nefastas consecuencias, según los solicitantes, de su rigurosa aplicación, dado que los colegiados en esos momentos superaban los 160. Dicha propuesta, que contaba con el respaldo del fiscal de la Audiencia, se basaba, fundamentalmente, en aceptar como baja el fallecimiento de cualquiera de los sesenta matriculados más antiguos, sin esperar a la consecución de aquella cifra tan reducida. Desgraciadamente, no conocemos cómo se resolvió finalmente la cuestión.<sup>62</sup>

Las constituciones del Colegio de Lima le asignaban el control de otros dos años de práctica posteriores al recibimiento. Este es un tema que también creemos novedoso y, por lo mismo, merecedor de una especial atención. Sin estos dos años no se podía ser individuo del Colegio ni, por lo tanto, ejercer en la capital. Es un período que, frente a los cuatro años anteriores, se destinaba muy específicamente al estudio del Derecho ya no real, sino indiano en

---

60 DE LA TORRE SILVA, R., «La fundación del Ilustre Colegio de Abogados de Lima», *Historia*, núm. 13, 2011, pp. 102-119. La expulsión de los jesuitas resulta de nuevo fundamental en el proceso de constitución del Colegio de Abogados de Lima. Aunque la corporación de letrados no estaba constituida como tal, los abogados limeños actuaban como hermandad ya desde 1726, compartiendo dependencias de la Compañía junto con la Corporación de los Nobles. En 1777, el visitador José Antonio de Areche impulsó la fundación del Colegio como uno de los instrumentos en la mejora de la administración de justicia, si bien, los continuos conflictos que mantuvo con el virrey Manuel de Guirior retrasaron la obtención de su definitiva aprobación. AROSEMENA GARLAND, G., *El Colegio de Abogados de Lima y sus decanos*, Lima (Sigraf), 1977.

61 TORMO CAMALLONGA, C., *El Colegio de Abogados de Valencia*, cit., pp. 48 ss.

62 Se proponía también “se contemple haver vacante en la hipotecis de faltar dos de los 160 que componen la actual matrícula”; véase con ocasión del expediente de recibimiento de abogado de José María Galdeano Mendoza en 1810; DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia*, cit., vol. II, pp. 296 ss.

concreto. En cualquier caso, esta nueva o —llamémosle— *segunda* pasantía, creemos que ya era conocida desde tiempo atrás. Efectivamente, en algunos expedientes de recibimiento de los últimos años del XVIII, se habla de una providencia de la Audiencia limeña de 23 de agosto de 1794, por la que se recuperaba una “práctica antigua”, en virtud de la cual, y para abogar ante cualquier tribunal se requerían, “por punto general”, dos años más de práctica después del recibimiento, tras los cuales, acreditados con el oportuno certificado del abogado director, cabía pedir licencia a la Audiencia para ejercer.<sup>63</sup>

Dadas estas referencias, tal vez la exigencia de solo dos años de práctica exigidos con anterioridad al auto de la Audiencia de 20 de diciembre de 1781, computaban únicamente para el recibimiento, exigiéndose estos otros dos posteriores para el ejercicio, lo que suponía, en cualquier caso, un total de cuatro años, como en cualquier otro lugar de la monarquía. Sin embargo, con la fundación del Colegio de Abogados, y en la línea de las nuevas pretensiones reales, se alargaba el período formativo teórico-práctico hasta llegar a los diez años. Un resultado muy acorde con otras sedes universitarias y judiciales, solo que con una particular distribución en su estructura.

Lo cierto es que nada sabemos sobre esa “práctica antigua” posterior a la habilitación; ni hasta qué punto buscaba procurar una mejora en la formación forense del ya recibido —¿podemos hablar de abogado como tal?—, ni en qué medida su recuperación pretendía, en la línea de los *numerus clausus*, alargar el período formativo para reducir la supuesta prole y exceso de ejercientes.

Esto último es algo que conectaría con las reales órdenes del Marqués de Caballero de 1802, para el caso de las universidades y audiencias de la Península.<sup>64</sup> Es una opción que parece más acorde con la política borbónica del momento, pues recordemos que la estrategia de reducción efectiva de abogados se inició ya con la real orden de 30 de septiembre de 1794, dirigida al Colegio de Madrid y extendida inmediatamente al resto de las más importantes sedes judiciales. Esta escasa diferencia en días para las dos ciudades, esta verdade-

---

63 DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia*, cit., vol. I, p. 519, y vol II, p. 543.

64 Puede verse, como buen punto de partida, PESET REIG, M., «La enseñanza del Derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 38, 1968, pp. 229-375; «La recepción de las órdenes del Marqués de Caballero de 1802 en la Universidad de Valencia. Exceso de abogados y reforma en los planes de estudio de leyes», *Saitabi*, núm. 19, 1969, pp. 229-375, o «La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 1971, pp. 297-337.

ra coincidencia de fechas —23 de agosto y 30 de septiembre del mismo año 1794—, nos abre el interrogante de si era meramente fruto de la casualidad, o es que las autoridades limeñas, conscientes de las nuevas intenciones de monarca, se adelantaron en el tiempo. Es otra duda que deberemos despejar, pero lo cierto es que, desde la fundación del Colegio de Abogados de Lima la formación jurídica llegará a ser de diez años, los mismos que se formalizaron con el plan de estudios para las universidades peninsulares del Marqués de Caballero de 1807, y con la destacada diferencia, eso sí, de que en la capital del Perú tenía un mayor peso la práctica forense.<sup>65</sup> Sea como fuere, son planteamientos sobre los que todavía no disponemos de información suficiente que nos permita concluir.

Otro tema dentro del proceso de formación práctica de los egresados universitarios, y del que solo vamos a aportar algunas pinceladas, es el de las academias de jurisprudencia teórico-práctica.<sup>66</sup> En Lima, y tal vez por el contenido del plan de estudios de 1787, parece que estas instituciones de enseñanza no se creyeron tan necesarias; al menos, no tenemos conocimiento de que se constituyese ninguna con anterioridad a la fundada en el seno del Colegio de Abogados. Eso sí, en la misma línea de lo visto en el párrafo anterior, esta academia del Colegio tuvo una relevancia bien destacada, en tanto que la asistencia a sus cursos era exigencia insalvable para poder presentarse al examen de recibimiento; unos cursos, además, con una duración de hasta seis años. A diferencia de otras academias, como la de Santa Bárbara o la de San Isidro de Madrid, no substituían ni convalidaban años de pasantía, ni mucho

---

65 Véanse, por ejemplo, los expedientes de Francisco Javier Mariátegui, en 1817, o Manuel Herrera y Oricáin, en 1818. Este último había estudiado un año de Derecho Natural y de Gentes, que según él valía por uno de práctica, más los derechos Civil y Canónico, “para que de ese modo se cumplan los diez años de estudios mayores que exigen nuestras leyes para recibirse de abogado”. DUNBAR TEMPLE., E., *Colección Documental de la Independencia*, cit., vol. II, p. 380.

66 Dentro de la heterogeneidad de estas instituciones, puede verse TORREMOCHA HERNÁNDEZ, M., «La formación de los letrados en el Antiguo Régimen», cit., pp. 515 ss., y, especialmente para Indias, ROCA, C. A., «Las academias teórico-prácticas de jurisprudencia en el siglo XIX», en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. X, 1998, pp. 717 y ss., MAYAGOITIA Y HAGELSTEIN, A., «Notas sobre pasantía y pasantes en la ciudad de México a fines del período virreinal», en *Ars Iuris*, núm. 34, 2005, pp. 297-409, o TORMO CAMALLONGA, C., «La abogacía en transición: continuidad y cambios del virreinato al México independiente», en *Estudios de Historia Novohispana*, vol. 45, julio-diciembre 2011, pp. 81-122.

menos de teoría, aunque fuera de Derecho real, sino que eran de asistencia simultánea e ineludible —al menos cuatro de ellos—. Si acaso, y dentro de la enorme diversidad de situaciones documentadas, sí hemos visto la dispensa de un año por el curso de Derecho natural.

Según las constituciones del Colegio, la asistencia a la Academia, que obviamente era necesaria para ingresar en aquél, no solo era obligatoria para los pasantes del primer período, sino también para los de la *segunda* pasantía. Pero, como en todos los tramos del recibimiento, también aquí tendríamos que hablar de las dispensas, que las hubo, y numerosas. Era mucho más habitual, eso sí, para los primeros cuatro años que para los dos siguientes. En todo caso, la pasantía era concedida por la Audiencia previo informe del Colegio, que, por lo que nos consta, siempre era positivo.<sup>67</sup>

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

Estudiar la formación del letrado limeño y peruano en su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX, mediando las reformas ilustradas, pasa, ante el páramo de fondos documentales de que adolecemos, por la reconstrucción de un escenario a partir de múltiples datos sectoriales, en ocasiones de cuestionada fiabilidad. La disgregación de los mismos, además, se torna, en muchas ocasiones, en información parcial y sesgada. Desde los numerosos expedientes de recibimiento de abogado de que disponemos, con sus paradojas y en ocasiones aparentes contradicciones, estamos obligados, por lo tanto, a ser muy cautos a la hora de formular tesis concluyentes. Aún así, y a expensas de mejor hilvanar todos estos documentos, y los que en algún momento esperamos encontrar, podemos llegar a ciertas consideraciones, más o menos generales, que, sin ser del todo definitivas, sí podemos considerar medianamente certeras.

Estas conclusiones pasan por la consideración de tres premisas básicas. En primer lugar, el cierre de los colegios jesuitas tras la expulsión de la

---

67 En 1818 uno de los muchos directores de conferencias, y en esos momentos catedrático de Código de la Universidad, Justo de Figueroa, redactó un cuaderno de trabajo para los alumnos, que intitulaba como *Lógica de la Jurisprudencia Práctica*; EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico*, cit., vol. III, pp. 1012 ss. Se ha dicho en alguna ocasión, y por otra parte, que la academia limeña se erigió a imitación de otra tenida por muy exitosa en aquellos momentos, como era la Academia Carolina de Chuquisaca. THIBAUD, C., *La Academia Carolina y la independencia de América. Los abogados de Chuquisaca (1776-1809)*, Sucre (Charcas), 2010, p. 28.

Compañía. Muchas de las consideraciones y reflexiones que a este respecto hemos expuesto, creemos que son perfectamente extensivas a otras universidades —también audiencias— de la América meridional, frente a la realidad de la Nueva España y, sobre todo, de la España europea, en donde los colegios jesuitas no tenían la misma relevancia en el proceso de formación universitaria. Creemos que son precisamente las graves consecuencias del extrañamiento de los jesuitas lo que permitió en el virreinato del Perú una mayor y más rápida reforma universitaria, en la línea programada por el realismo ilustrado. En segundo lugar, debemos cuestionar si, como tantas veces se ha dicho, la reforma ilustrada de los planes de estudios en Leyes y Cánones tuvo su inicio, siempre y en todo momento, en las universidades peninsulares, para trasladarse después a las americanas. Y, en tercer lugar, debemos asumir que cualquier estudio sobre esta materia, y especialmente en este ámbito territorial tan falto de documentación, pasa, en gran medida, por indagar en el casuismo de cada uno de los individuos que pasó por la Universidad, se habilitó como abogado ante la Real Audiencia, e ingresó en el Colegio de Abogados.

Desde estas tres consideraciones, la formación en Derecho puertas afuera de la Universidad de San Marcos —limitada esta a poco más que a la concesión de grados académicos—, tenía un gran predicamento en el Perú; mucho mayor que en otros territorios. Es cierto que en Leyes y Cánones los colegios también fueron importantes en otras tantas demarcaciones de la Monarquía, caso de Nueva España, pero igualmente es cierto que lo eran, especialmente, para los estudiantes no residentes en la capital. Además, la universidad de México nunca dejó de impartir docencia en sus aulas, y su claustro en todo momento mostró una gran desconfianza hacia los colegios. Mientras, y para los colegios peninsulares, podemos hablar de una franca decadencia, cuando no irrelevancia.<sup>68</sup> En Lima, sin embargo, todavía encontramos a finales del

---

68 Por decreto de 22 de febrero de 1718 se negaba validez para graduarse en las universidades a los cursos recibidos en colegios regentados por órdenes religiosas; véase PALAO GIL, J., «Relaciones entre los jesuitas y las universidades de la Corona de Aragón en la Edad Moderna», en *Permanencia y cambio. Universidades hispánicas 1551-2001*, 2 vols., México (CESU-UNAM), 2005, vol. 1, pp. 465-482. A este efecto puede verse bibliografía citada en este mismo artículo sobre las universidades de este territorio. Para Alcalá de Henares véase AZNAR GARCIA, R., *Cánones y Leyes en la Universidad de Alcalá durante el reinado de Carlos III*, Madrid (Universidad Carlos III-Dykinson), 2002. El caso de Nueva España puede estudiarse en HIDALGO PEGO, M., *Reformismo borbónico y educación. El Colegio de San Ildefonso y sus colegiales (1768-1816)*, México (IISUE-UNAM),

XVIII una conexión entre la universidad y los colegios bien fluida, aceptada, consentida e incluso respaldada por las autoridades virreinales.

Aunque no podemos concluir que en la capital del virreinato existiera una relación del todo armónica entre todas las instituciones dedicadas a la formación de los juristas —además de la universidad y los colegios, la Audiencia y más tarde también el Colegio de abogados—, la intercomunicación de sus cargos era absoluta, mayor de la que hemos visto en otros lugares. Así, los catedráticos, que alternaban entre la Universidad y el Convictorio de San Carlos, eran los mismos magistrados de la Audiencia, mientras que los exámenes del Colegio de Abogados se realizaban en las aulas de San Marcos. La expulsión de los jesuitas había permitido esta reconfiguración de relaciones o, tal vez, su intensificación.

Indiscutiblemente, tendríamos que profundizar en el estudio de las principales figuras implicadas en todo este proceso de reforma: los virreyes Manuel de Amat y Junyent, y Teodoro de Croix, así como los catedráticos reformistas, muy especialmente Toribio Rodríguez de Mendoza y José Barquijano y Carrillo. Como, indiscutiblemente, también tendríamos que hablar de los nuevos manuales de Derecho real, amén, y por ejemplo, de los ya clásicos Vinius e Heineccio para el Derecho natural. Pero todo esto, que excede las pretensiones de este trabajo, lo dejamos para más adelante.

Otra idea que nos sorprende, desde las referencias para la Península y Nueva España, es la existencia en San Marcos de un único grado en Jurisprudencia o de Derecho Civil y Canónico, en donde, a pesar de la preferente nomenclatura a favor de Cánones, los estudios impartidos eran muy mayoritariamente legistas, o al menos, y lógicamente, sobre la Instituta.<sup>69</sup> Para esta cuestión, así como para otras relacionadas con la interacción entre ambas facultades, podemos aventurar una situación similar —pero no igual— en las universidades de la América meridional, como Cuzco, Huamanga, Chuquisaca, Bogotá, Santiago de Chile y Córdoba de Tucumán.<sup>70</sup>

---

2010, y TORRES DOMÍNGUEZ, R, *Colegios y colegiales palafoxianos de Puebla en el siglo XVIII*, México (IISUE-UNAM), 2008.

69 Véase expediente de recibimiento de Fernando Máximo López Aldana, estudiante en las universidades de Santa Fe y Quito; DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia*, cit., vol. II, pp. 448 ss. En los colegios de Puebla de los Ángeles, en Nueva España, solo se estudiaba en una cátedra de Cánones por la mañana y en otra de Leyes por la tarde, para después graduarse en la Universidad de México. Hasta lo que sabemos, se optaba por uno de los dos grados, muy mayoritariamente por Cánones. Para este último punto pueden verse los trabajos de Mónica Hidalgo Pego.

70 Pedro Antonio Fernández de Córdoba estudia cuatro cursos de Instituta en Char-



Igualmente nos sorprende, cosa que también debe ser objeto de un examen más exhaustivo, la nueva actitud de San Marcos y del Convictorio Carolino hacia el estudio del Derecho romano, mucho más adversa de lo que hemos apreciado en cualquier otro Estudio General.

Finalmente, hemos observado, en cuanto a la práctica o pasantía privada —tanto la habitual y anterior al recibimiento de abogado como la que, sorprendentemente, se realiza con posterioridad—, una supervisión por parte de las autoridades mucho mayor que en la Península o México. Y, como también hemos visto en otras audiencias del continente meridional, caso de Chuquisaca-Charcas, la asistencia a las academias de jurisprudencia práctica en ningún caso resultaba complementaria a la pasantía, ni mucho menos convalidable, sino siempre simultánea y, por supuesto, obligatoria.

En definitiva, dos son las consideraciones básicas a las que podemos llegar a través de este estudio. La primera es que, a pesar de todas las particularidades limeñas, que las hay, existe una misma pretensión a ambos lados del Atlántico. La segunda es que, según se muestra en los expedientes de recibimiento de abogados, la reforma o renovación ilustrada se materializa en Lima más temprana —aunque no tan rápida— y posiblemente menos conflictiva que en otras muchas sedes judiciales y universitarias.

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y FUENTES

### FUENTES

Archivo Nacional del Perú, *Fondo Real Audiencia, Sección Grados de Abogados*, 1648-1820.

*Constituciones y Ordenanzas antiguas, añadidas y modernas, de la Real Universidad y Estudio General de San Marcos de la ciudad de los Reyes del Perú, en la misma Ciudad de los Reyes*, Imprenta Real, por Felix Saldaña y Flores, 1735.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO ROMERO, M<sup>a</sup> P., «Del “amor” a las leyes patrias y su “verdadera inteligencia”»: a propósito del trato con el Derecho regio en la Universidad de Salamanca durante los

---

cas, para obtener el grado de bachiller y convertirse en pasante de Cánones y Leyes; DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia*, cit., vol. II, p. 220. Véase bibliografía sobre estas universidades en GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., *El Poder de las Letras. Por una historia social de las universidades*, cit.

- siglos modernos», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 67, vol. 1, 1997, pp. 529-549.
- «Anotaciones sobre las reformas de los estudios jurídicos en la Universidad de Salamanca durante el siglo XVIII», en *Universidad y sociedad: historia y pervivencias*, Valencia (Universitat de València), 2018, pp. 45-62.
- ARCELÉN RELUZ, C.; MALDONADO FAVARATO, H., “El saqueo de las Bibliotecas y Archivos de Lima durante la ocupación chilena entre 1881 y 1883”, *Investigaciones Sociales*, vol. 18, núm. 33, 2014, pp. 141-153.
- AROSEMENA GARLAND, G., *El Colegio de Abogados de Lima y sus decanos*, Lima (Sigraf), 1977.
- AZNAR GARCIA, R., *Cánones y Leyes en la Universidad de Alcalá durante el reinado de Carlos III*, (Universidad Carlos III-Dykinson), 2002.
- BALTAR RODRÍGUEZ, J. F., “Las facultades de Leyes y Cánones de la Universidad de Zaragoza en los siglos XVII y XVIII”, en *Estudios Históricos sobre la Universidad de Zaragoza*, Zaragoza (Institución Fernando el Católico), 2010.
- BECK VARELA, L., *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Madrid (Tirant lo Blanch), 2013.
- BELLIDO DIEGO-MADRAZO D., *Los abogados y sus corporaciones. Historia del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (s. XII-1838)*, Zaragoza (Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza), 2013.
- DE LA TORRE SILVA, R., «La fundación del Ilustre Colegio de Abogados de Lima», *Historia*, núm. 13, 2011, pp. 102-119.
- DUNBAR TEMPLE, E., *Colección Documental de la Independencia del Perú. La Universidad. Libros de Posesiones de Cátedras y Actos Académicos 1789-1826. Grados de Bachilleres en Cánones y Leyes. Grados de Abogados*, Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú, tomo XIX, vols. 1<sup>o</sup>-3<sup>o</sup>, Lima, 1972-1974.
- EGUIGUREN, L. A., *Diccionario Histórico-Cronológico de la Real y Pontificia Universidad de San Marcos y sus colegios. Crónica e Investigación*, 3 vols., Lima (Torres Aguirre), 1940.
- *La Universidad Nacional Mayor de San Carlos. IV<sup>o</sup> Centenario de la fundación de la Universidad Real y Pontificia y de su vigorosa continuidad histórica. 12 de mayo de 1551-12 de mayo de 1951*, Lima (Universidad de San Marcos), 1951.
- ESPINOZA RUIZ, G. A., «La reforma de la educación superior en Lima: el caso del Real Convictorio de San Carlos», en *El Perú en el siglo XVIII. La Era Borbónica*, Lima (Scarlett O’Phelan Godoy), 2015, pp. 205-244.
- FUENTES BAJO, M<sup>a</sup> D., «Algunos datos sobre el granadino Sánchez del Águila y su Academia de Derecho Índico», en *Actas de las I Jornadas de Andalucía y América*, Sevilla, 1981, pp. 197-212.
- GARRIGA ACOSTA, C., «Sobre el Gobierno de la Justicia en Indias (siglos XVI-XVII)», *Revista de Historia del Derecho*, núm. 34, 2006, pp. 67-160.

- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., *El Poder de las Letras. Por una historia social de las universidades de la América hispana en el periodo colonial*, 1.ª ed., México (Ediciones de Educación y Cultura), 2017.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, V., «Los grados universitarios en las Indias (siglos XVI-XIX). Problemática y fuentes», en *Universidad y sociedad: historia y pervivencias*, València (Universitat de València), 2018, pp. 251-278.
- GUIBOVICH PÉREZ, P., «La educación en el Perú colonial: fuentes e historiografía», *Histórica*, vol. XVII, núm. 2, 1993, pp. 271-296.
- HIDALGO PEGO, M., *Reformismo borbónico y educación. El Colegio de San Ildefonso y sus colegiales (1768-1816)*, México (IISUE-UNAM), 2010.
- MARILUZ URQUIJO, J. M.ª, «Una Academia de Derecho Indiano bajo Carlos III», *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, núm. 7, 1955-1956, pp. 83-92.
- MARTÍNEZ NEIRA, M., «¿Una supresión ficticia? Notas sobre la enseñanza en el reinado de Carlos IV», *AHDE*, núm. 68, 1998, pp. 523-544.
- MAYAGOITIA Y HAGELSTEIN, A., «Notas sobre pasantía y pasantes en la ciudad de México a fines del período virreinal», *Ars Iuris*, núm. 34, 2005, pp. 297-409.
- MONTAGUT I ESTRAGUÉS, T. y ROSELLÓ I CHÉRIGNY, E., *La abogacía de Barcelona: diálogo con la historia*, Barcelona (Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona), 2014.
- PALAO GIL, J., «Relaciones entre los jesuitas y las universidades de la Corona de Aragón en la Edad Moderna», en *Permanencia y cambio. Universidades hispánicas 1551-2001*, 2 vols., México (CESU-UNAM), 2005, vol. 1, pp. 465-482.
- PEIRÓ ARROYO, I., *Ignacio de Asso. Ciencia y diplomacia en la Europa de la Ilustración*, Zaragoza (Prensas de la Universidad de Zaragoza), 2014.
- PESET REIG, M., «La enseñanza del Derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)», *AHDE*, núm. 38, 1968, pp. 229-375.
- «La recepción de las órdenes del Marqués de Caballero de 1802 en la Universidad de Valencia. Exceso de abogados y reforma en los planes de estudio de leyes», *Saitabi*, núm. 19, 1969, pp. 229-375.
- «La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 1971, pp. 297-337.
- «Derecho romano y Derecho real en las universidades del siglo XVIII», *AHDE*, núm. 45, 1975, pp. 273-340.
- *Las viejas facultades de Leyes y Cánones del Estudi General de València*, Valencia (Facultat de Dret-Universitat de València), 2006.
- RAMIS BARCELÓ, R., «Graduados en Leyes y Cánones en la Universidad Luliana y Literaria de Mallorca (1694-1830)», en *e-SLegal History Review*, núm. 16, 2013, pp. 1-62.
- «La Facultad de Leyes y Cánones de la Universidad de Barcelona a comienzos del siglo XVIII», *AHDE*, núm. 86, 2016, pp. 385-408.
- ROCA, C. A., «Las academias teórico-prácticas de jurisprudencia en el siglo XIX», en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. X, 1998, pp. 717-752.
- SALINAS ARANEDA, C., «Los textos utilizados en la enseñanza del Derecho Canónico en Chile indiano», *Anuario de Historia de la Iglesia*, núm. 9, 2000, pp. 215-234.

- THIBAUD, C., *La Academia Carolina y la independencia de América. Los abogados de Chuquisaca (1776-1809)*, Sucre (Charcas), 2010.
- TORMO CAMALLONGA, C., «Vigencia y aplicación del plan Blasco en Valencia», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, núm. 2, 1999, pp. 185-216.
- «Berní y Catalá, el Derecho común y las universidades», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, núm. 3, 2000, pp. 279-316.
  - *El Colegio de Abogados de Valencia. Entre el Antiguo Régimen y el Liberalismo*, Valencia (Universitat de València), 2004.
  - «La abogacía en transición: continuidad y cambios del virreinato al México independiente», *Estudios de Historia Novohispana*, vol. 45, julio-diciembre 2011, pp. 81-122.
  - «No solo burocracia; cursos y matrículas en la Universidad colonial de México», en *Matrículas y Lecciones*, 2 vols., Valencia (Universitat de València), 2012, II vol., pp. 449-474.
  - «En la parte que se pueda; norma y práctica en los grados de bachiller en Derecho en la Universidad de México», en *Poderes y Educación Superior en el Mundo Hispánico*, Ciudad de México (IISUE-UNAM), 1ª ed., 2016, pp. 101-138.
  - «Nuevas aportaciones para el estudio de la ciencia y la práctica jurídicas novohispanas del siglo XVIII», *Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 33, 2016-I, pp. 267-294.
  - «Las universidades de México y Lima en 1815: dos situaciones, una visita real, dos respuestas», en *Actas Congreso Internacional "Interacciones. Las universidades en el pasado y el presente de Iberoamérica"*, México (IISUE-UNAM), 2016 (en prensa).
- TORREMOCHA HERNÁNDEZ, M., «La formación de los letrados en el Antiguo Régimen», en *Arqueologia do Estado. I Jornadas sobre formas de organização e exercicio dos poderes na Europa de sul, séc. XIII-XVIII*, Lisboa, 1988, pp. 509-536.
- TORRES DOMÍNGUEZ, R., *Colegios y colegiales palafoxianos de Puebla en el siglo XVIII*, México (IISUE-UNAM), 2008.
- VALCÁRCEL, C. D., *El Libro 16º. de Grados de Bachiller en Cánones (1753-1759)*, Lima (Universidad Nacional Mayor de San Marcos), 1950.
- «Reforma de San Marcos en la Época de Amat», *Documentos para la Historia de la Educación en el Perú*, núm. 2, 1955.
  - «Sobre una eventual primacía de los estudios legistas en la Universidad de México, en el tránsito de los Austrias a los Borbones», en *Actas XI Congreso Nacional de Historia del Derecho en México*, Guanajuato (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM), 2014 (en prensa).
  - «Los estudios y los estudiantes de Jurisprudencia y Teología tras la unificación de las facultades de Leyes y Cánones», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, núm. 8, 2005, pp. 359-437.
- VALLE RONDÓN, F., «Ilustración, Modernidad y reformas educativas borbónicas: consideraciones a partir de los planes de estudio del Real Colegio de San Carlos de Lima», *Revista Electrónica da Anphlac*, núm. 2, 2002, pp. 57-76.

- «Teología, Filosofía y Derecho en el Perú del XVIII: dos reformas ilustradas en el Colegio de San Carlos de Lima (1771-1787)», *Revista Teológica Limense*, núm. 3, 2006, pp. 337-382.

VARGAS UGARTE, L., *El Real Convictorio carolino y sus dos luminaires*, Lima (Milla Batres), 1970.



# PROPIEDAD MODERNA Y ALTERIDAD INDÍGENA EN BRASIL (1755-1862)

Camilla de Freitas Macedo<sup>1</sup>

**Resumen:** La Ley de Tierras de 1850 se conoce como la precursora de la propiedad moderna en Brasil. Simultáneamente a este proceso, la alteridad indígena venía siendo utilizada desde el periodo pombalino como mecanismo de limitación de la propiedad indígena. Comprender la existencia de modelos diferenciados de propiedad durante el siglo XIX pasa por destacar las relaciones existentes entre políticas de mano de obra y políticas de tierra, así como entre raza y cultura, entendiendo que más allá de los modelos de sociabilidad “civilizada”, la cultura occidental también definía la forma ideal de ocupación de la tierra.

**Palabras-clave:** políticas indigenistas, propiedad moderna, civilización.

**Abstract:** The “Law of Lands” of 1850 is known as the legislative precedent of modern real property in Brazil. Simultaneously to that process, since the period of the marquis de Pombal indigenous’ alterity had been an element for the limitation of indigenous peoples’ property. The existence and meaning of different models of real property during the 19<sup>th</sup> century must be explained throughout the relation between handwork and land occupation policies, as far as between race and culture. Those spaces of intersection show that beyond the models of civilized sociability, occidental culture stated also the ideal way of land occupation.

**Keywords:** indigenist policies, modern property, civilization.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL DIRECTORIO COMO PUNTO DE INFLEXIÓN; 1. La política de tierras en el Directorio de los Indios; III. EL *REGULAMENTO DAS MIS-SÕES* COMO CONTINUACIÓN; 1. Política de mano de obra y política de tierras; 2. Raza y cultura; IV. CONSIDERACIONES FINALES; V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS; VI. FUENTES.

## I. INTRODUCCIÓN

Las últimas décadas del siglo XX, marcadas por un momento de crisis de los modelos de Estados-nación especialmente intensificada por la caída de la

---

<sup>1</sup> Contratada predoctoral en la Universidad del País Vasco. Becaria del Gobierno Vasco. Proyecto de investigación HICOES VI (DER2014-56291-C3-2-P). Contacto: camilla.defreitas@ehu.eus. Una versión en portugués de este texto se publicará en la obra titulada “Os índios e as justiças na América Colonial”, coordinada por Pedro Cardim y Maria Leônia Resende (en prensa, editorial Almedina).

Unión Soviética y, más recientemente, por los resultados cada vez más perceptibles de la globalización, abrieron la puerta a un momento de revisión en la historiografía relativa al siglo XIX. El proceso de formación de los Estados modernos adquirió desde entonces cierto protagonismo en la historiografía política, que empezó a evitar paulatinamente los momentos simbólicos de ruptura (especialmente, las revoluciones occidentales y sus respectivas fechas emblemáticas), optando por enfocar en los procesos históricos como objeto de estudio propiamente. En otras palabras, dejando de entender los procesos como caminos para pensarlos como resultados con entidad propia. Conectando la historia social y económica con la historia cultural y política, los momentos de ruptura, aunque no siempre privados de este calificativo, fueron dotados de mayor historicidad, concebidos por lo tanto como parte de unas relaciones y tensiones específicas. El estudio de los procesos históricos, desde esta perspectiva, se caracteriza por tratar de relacionar las tensiones entre diferentes actores, lo que llevó, en muchos casos, a ampliar el espectro de análisis, consolidando categorías como *historia transnacional*, *macro-historia* o *historia global*<sup>2</sup>.

El proceso de formación de los Estados-nación también se convirtió en objeto de interés de la historiografía brasileña durante el mismo periodo. Era este, por ejemplo, el presupuesto de partida de una obra colectiva todavía significativa, que buscaba, en palabras del organizador, dislocar “o eixo da perquirição para a esfera das tensões, contradições e conflitos que perpassavam a simultânea moldagem” del Estado y de la nación<sup>3</sup>. El Estado, la nación y la ciudadanía se convirtieron, consecuentemente, en tres ejes temáticos fundamentales de la historiografía sobre el Imperio de Brasil. En esta constante búsqueda de rupturas y continuidades entre la colonia y el Imperio brasileño, o entre el régimen tradicional y el constitucional, el recurso a la cultura como llave metodológica viene conquistando cierto espacio en el estudio de la historia política y jurídica, porque permite entender los procesos como un solapamiento de proyectos, o un agregado, muchas veces conflictivo, de perspectivas. La historiadora Andrea Slemian destaca que el llamado *cultural turn* ofreció nuevas preguntas a los investigadores interesados en el proceso de construcción de la nación. La autora lamentaba recientemente la escasez

---

2 DUVE, T. «Global Legal History: A Methodological Approach», *Oxford Handbooks Online*, 2017.

3 JANCSÓ, F. N. I. *Brasil: formação do Estado e da Nação*. São Paulo- Ijuí (Hucitec; Unijuí; Fapesp), 2003, p. 15.



de trabajos que discutan el fenómeno estatal especialmente en el contexto ibérico, resaltando la necesidad de estudios que, precisamente aceptando la lógica de rupturas y continuidades culturales, aborden los mecanismos de construcción estatal con la debida consideración de la “imperialidade dos poderes domésticos, estes provenientes de uma longa tradição e marcados pela força das esferas privadas de coerção”<sup>4</sup>.

Aprovechando esta idea, proponemos utilizar la noción de la *domesticidad* como punto de partida para comprender la formación del Estado brasileño, entendiendo que invita a observar las situaciones aparentemente atípicas para encontrar toda una esfera de continuidades entre derecho tradicional y derecho moderno. En otras palabras, inspirados por la idea de que los presupuestos atípicos pueden servir para explicar realidades “excepcionalmente normales”, en expresión de Edoardo Grendi, se propone analizar el espacio de convergencia entre una problemática central del siglo XIX – la relativa a la configuración de la propiedad privada – y la determinación del estatus jurídico de sujetos atípicos, a saber, los indígenas brasileños. Para ello, consideraremos especialmente la noción de *domesticidad del derecho* resaltada por Bartolomé Clavero, cuyos provocativos estudios sobre el estatuto jurídico indígena durante el constitucionalismo muestran la permanencia de una cultura jurídica heredera del ordenamiento tradicional, que tenía a la familia cristiana como modelo natural e inviolable de poder<sup>5</sup>. Según sugieren sus trabajos, el advenimiento de la igualdad jurídica como dimensión propia del primer constitucionalismo fue acompañado por la adaptación de una tradición jurídica heredada, y muy fundamentada en los valores cristianos, en pro del mantenimiento de la estratificación social tal y como era conocida precisamente por el mundo de tradición cristiana. Parafraseando a este autor, en-

---

4 Los poderes domésticos identificados por Slemian para el periodo imperial son principalmente los poderes provinciales. Por esta razón, a lo largo de este texto usaré como fuente los discursos e informes oficiales presentados anualmente por los presidentes provinciales en las aberturas de sesión legislativa. En SLEMIAN, A. «À espreita do Estado: reflexões sobre sua formação a partir das Independências na América», *Almanack*, núm. 13, 2016, pp. 44-55.

5 En su balance historiográfico sobre los estudios indigenistas en la historia del derecho, Thomas Duve resalta el valor del trabajo de Bartolomé Clavero principalmente por abarcar la complejidad de la determinación del estatus jurídico de los indígenas en el ordenamiento jurídico colonial y constitucional. En DUVE, T. «Indigenous Rights in Latin America: A Legal Historical Perspective», *Max Planck Institute for European Legal History Research paper series*, vol. 2, 2017, p. 10.

tendemos que el estado de domesticidad derivaba de la extensión regular de la familia patriarcal y, como tal, la mujer, el hijo no emancipado, el esclavo, el criado de servir, el vagabundo, o el indígena, por ejemplo, estaban todos ellos sometidos al poder doméstico. Entendidos como categorías sociales, todas eran ramificaciones de una concepción pre-constitucional en la cual la familia patriarcal era el punto de partida, el núcleo básico y definidor de las relaciones sociales y, como veremos, también jurídicas<sup>6</sup>.

## II. EL DIRECTORIO COMO PUNTO DE INFLEXIÓN

Volviendo, entonces, a la historia de los procesos como punto de partida metodológico, y sin perder de vista la perspectiva final del poder doméstico como elemento articulador entre el colonialismo y el constitucionalismo, este es el momento de concretar el punto de arranque de esta propuesta. Si pensamos en los sometidos al poder doméstico durante el siglo XIX brasileño, encontramos los esclavos como protagonistas indiscutibles, seguidos de las mujeres, los criados de servir, y los indígenas. Por otro lado, como dicho, el siglo XIX se caracteriza por el advenimiento de la propiedad moderna, entendida como posesión y dominio plenos sobre las cosas, especialmente la tierra. Aunque la ruptura definitiva entre propiedad y uso efectivo de la tierra en la legislación brasileña solamente tuviesen lugar a principios del siglo XX<sup>7</sup>, la Ley de Tierras de 1850<sup>8</sup> fue sin duda la responsable por plantar la semilla de una noción de propiedad que solamente aceptaba las relaciones de mercado como vínculos válidos entre el hombre y la tierra<sup>9</sup>.

Entre una noción y otra, es decir, entre poder doméstico y propiedad plena, queda un espacio de intersección confuso cuando el primero sirve como limitación para el segundo. Es decir, cuando la sumisión a tutela de cualquier sujeto de derechos sirve para configurar un tipo de propiedad distinta de aquella concebida por la ley de 1850. Es el caso de los indígenas que, como

---

6 CLAVERO, B. «¿Naciones Imperiales o Imperios sin Fronteras? (a propósito de “La nación imperial” de Josep Fradera)», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 45, núm. 1, 2016, pp. 553-617.

7 VARELA, L. B. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro (Renovar), 2005.

8 BRASIL, *Lei 601, de 18 de setembro de 1850*.

9 BOTH DA SILVA, M. A. «Lei de Terras de 1850: lições sobre os efeitos e os resultados de não se condenar “uma quinta parte da atual população agrícola”», *Revista Brasileira de História*, vol. 35, núm. 70, 2015, pp. 87-107.

veremos, no se consideraban sujetos válidos para la aplicación de esta noción mercantil de la propiedad. Teniendo en cuenta algunos principios jurídicos debatidos desde el periodo colonial, el ejercicio de la tutela estatal sobre los indígenas servía como impedimento a la invasión de las tierras ocupadas por los aborígenes, pero también dificultaba que fueran encuadrados en la categoría de propietarios plenos de la tierra.

La tutela estatal (en oposición, en este caso, a la religiosa) sobre los indígenas encuentra sus fundamentos todavía en el periodo colonial, específicamente en el *Directorio dos Índios*, aprobado por el Marqués de Pombal en 1757 para el territorio de Grão-Pará y Maranhão, y cuya aplicación fue extendida al resto de los territorios de Brasil en 1758. Si hablamos de políticas indigenistas, las reformas del marqués de Pombal marcan indudablemente el inicio de un nuevo proceso, a saber, la conversión de la *misión evangelizadora* en una más secular *misión civilizatoria*<sup>10</sup>.

La primera de las regulaciones aprobadas sobre la materia fue la Ley de 6 de junio de 1755, conocida como la Ley de las Libertades. Este documento enumeraba hasta ocho leyes previas que declaraban la libertad de los indígenas, reafirmando en su contenido la última de ellas, de 1 de abril de 1680, que prohibía el cautiverio de cualquier indígena y limitaba las excepciones a las guerras autorizadas por el rey, en cuyo caso los indios serían prisioneros de guerra bajo la tutela del Gobernador, que los podría repartir a las aldeas de indios católicos. Uno de los resultados que esa reafirmación de la libertad de los indios traía en este caso era el debilitamiento del poder de los jesuitas sobre los mismos. Sin embargo, la aprobación del Directorio de los Indios poco tiempo después indicaba, más que la emancipación de esos indígenas, la su-

---

10 El cambio desde una misión evangelizadora hacia una misión civilizatoria es la nota más destacada del Directorio de los Indios, que en este sentido no habría significado un cambio drástico en la política indigenista en sí misma, sino en la relación entre la Iglesia y la Corona. En otras palabras, y especialmente con la expulsión de los jesuitas de los territorios bajo el dominio de la Corona, las políticas pombalinas representan de forma inequívoca el camino hacia la secularización de las instituciones políticas. Francisco CANCELA hace un pequeño repaso de la bibliografía que incide en esta idea en «Recepção e Tradução do Directorio dos Índios na Capitania da Bahia: Uma Análise do Parecer do Conselho Ultramarino da Bahia (1759)». *XXVII Simpósio Nacional de História. Conhecimento histórico e diálogo social*. Natal (ANPUH), 2013, p.2. Más reciente, y corroborando esta misma idea, es el texto de DE ALMEIDA, M.R.C. «Portuguese Indigenous Policy and Indigenous Politics in the Age of Enlightenment: Assimilationist Ideals and the Preservation of Native Identities», en TRICOIRE, D. *Enlightened Colonialism*, Cambridge (Palgrave Macmillan, Cham), 2017, 73-92.

brogación del Estado en la posición de tutor, hasta entonces ocupada por los religiosos. Así es que la aplicación del Directorio de los Indios, aprobado un poco más tarde que la llamada Ley de las Libertades de 1755, mencionaba esta ley como la que abolió la administración temporal que los regulares ejercitaban sobre los Indios de las Aldeas del Estado (art.1)<sup>11</sup>. Tomando esta falta de administración como precedente, el Directorio sometía los nativos a la tutela de directores seculares sobre la base de que, siendo los indígenas miserables, rústicos e ignorantes, no sería apropiado dar un salto de un extremo a otro – a saber, del cautiverio a la más absoluta libertad. Para mediar este proceso, se creaba la figura del director secular como supervisor de la civilización<sup>12</sup>.

Según el texto del Directorio, el objetivo principal de estas políticas era el “sólido establecimiento do Estado” (art. 16). Los medios defendidos para su consecución eran la implantación entre los indígenas de la agricultura comercial, es decir, una agricultura que tuviera como finalidad no solo la mera subsistencia, sino que se basase en la lógica de los excedentes destinados al comercio. Esta política situaba la población indígena como brazos trabajadores que servirían a los habitantes del Estado y los ayudarían en la recogida de frutos y la extracción de drogas de las florestas (arts. 16; 22-25). Y en este intento de consolidación del Estado, la política indigenista pombalina empezó precisamente a articular el ejercicio público de la tutela indígena como una extensión de los brazos estatales en detrimento de los brazos eclesiásticos. El proyecto civilizacional se convirtió, de esta manera, en la bandera de la tutela estatal, y ocupación de la tierra, en una clara metáfora de la asimilación<sup>13</sup>.

Si por un lado la reafirmación de la libertad indígena pretendía limitar la utilización de su mano de obra por los jesuitas<sup>14</sup>, también se hizo necesario acabar con el dominio jesuita sobre las tierras. Para ello, se intentó forta-

---

11 «Directorio, que se deve observar nas Povoações dos Indios do Pará, e Maranhão em quanto sua Magestade não mandar o contrário». En SILVA, A.D. *Collecção da Legislação Portuguesa: desde a última compilação das Ordenações. Legislação de 1750 a 1762*. Lisboa (Typografia Maigrense), 1830, pp. 507-530.

12 MAXWELL, K. *Pombal: Paradox of the Enlightenment*. Cambridge (Cambridge University Press), 1995, p. 59.

13 LYRIO SANTOS, F. «A “civilização dos índios” no século XVIII: da legislação pombalina ao “Plano” de Domingos Barreto», *Revista de História*, núm. 170, 2014, pp. 233-260.

14 En palabras de Heloísa BELLOTO, a “intenção do Diretório era muito mais no sentido do afastamento da Companhia de Jesus do que no de uma menor sujeição dos nativos ao trabalho forçado”. En BELLOTO, H. L. «Política indigenista no Brasil Colonial (1570-1757)», *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, núm. 29, 1988, p. 59.

lecer una vez más el control real sobre la delimitación de la propiedad, por ejemplo mediante el diploma de 1753 que establecía la obligación de medir y demarcar las tierras concedidas antes de obtener la confirmación real. En un afán de ordenación del ejercicio del poder en materia territorial, económica y política, la reducción de intermediarios entre el rey y los agricultores se presentaba como una posibilidad de control del comercio, que en el territorio de Maranhão y Grão-Pará estaba siendo explotado de manera sofisticada por los ignacianos. Márcia Menendes Motta cita en este sentido dos resoluciones de 1753 que determinaban que “as terras dadas de sesmarias em que houvesse colonos cultivando o solo e pagando foro aos sesmeiros deveriam ser dadas [em sesmarias] aos reais cultivadores”<sup>15</sup>. Se eliminaba de esta manera la intermediación señorial de los titulares de sesmarias, especialmente cuando estos eran jesuitas, “por não ser dadas as terras de sesmaria senão para que os sesmeiros as cultivem, e não para que as repartam...”<sup>16</sup>. Conviene considerar que el modelo de sesmarias, cuando implantado en el territorio brasileño, no siempre caracterizó la propiedad de pequeños agricultores, sino la de los grandes terratenientes. Esto conlleva que la insistencia en exigir el cultivo de la tierra por parte de los *sesmeiros* no se trataba de una exigencia de cultivo individual y directo sobre la tierra, sino de un ejercicio de agricultura comercial, en detrimento del mero aforamiento de tierras. Como cuenta Laura Beck Varela, fue el modelo de producción para la exportación el que llevó a que el criterio para la concesión de sesmarias fuera la capacidad de producción de los *sesmeiros*, capacidad que en muchos casos era medida por el número de esclavos en posesión – con lo cual podríamos afirmar que la capacidad de producción se equiparaba a la capacidad de explotación del trabajo ajeno<sup>17</sup>.

Consecuentemente, la regulación contenida en el Directorio, en lo relativo a las tierras indígenas, estaba estrictamente relacionada con la política de mano de obra. Al entender la *cultura* o cultivo de la tierra como una obligación natural de sus ocupantes, una política civilizatoria basada en la inculcación de costumbres relacionadas con la agricultura comercial puede también, sin dificultades, ser traducida en una política de tierras, ya que el acceso efectivo a las tierras quedaba condicionado por el cultivo sobre las mismas.

---

15 MOTTA, M. M. M. *Nas fronteiras do poder. Conflitos de terras e direito agrário no Brasil de meados do século XIX*. Rio de Janeiro (Vício de leitura & Arquivo Público do estado do Rio de Janeiro), 1998, p. 12.

16 VARELA, L. B. *Das sesmarias à propriedade moderna...*, p. 99.

17 *Idem*, p. 82.

## 1. La política de tierras en el Directorio de los Indios

La mayor parte de la política de tierras contenida en el Directorio se refiere a la donación de tierras a indígenas particulares para su cultivo. Sobre las aldeas, tradicionalmente administradas por religiosos y con una concepción en general común del uso de la tierra, solamente se reafirma la orden de 1755 de que las aldeas más grandes fueran convertidas en Villas, y que las más pequeñas fuesen administradas por sus respectivos principales, quienes tendrían jurisdicción sobre el territorio (art. 2). Eso implicó en algunos casos que las Cámaras Municipales pasasen a administrar esos territorios antes aldeados, sirviendo como fuente de conflicto entre las Cámaras Municipales y el gobierno Imperial durante el siglo XIX<sup>18</sup>.

Refiriéndose al territorio de los Pueblos, el Directorio reafirmaba el dominio indígena como un señorío primario y natural (art. 80), en la misma línea que los reconocimientos hechos en la Carta Regia de 30 de junio de 1609, en la Ley de 1 de abril de 1680 y en la ya mencionada Ley de 6 de junio de 1755, que incidían en el dominio natural indígena sobre las tierras. Sin embargo, en el caso del Directorio el reconocimiento se hace en forma de excepción en un artículo que validaba la concesión de tierras indígenas a los moradores blancos para que estos cultivasen las tierras, siempre que “sem prejuizo do direito dos índios”. Esta fórmula, o sus variantes, no presentaban ninguna novedad con respecto a reconocimientos anteriores, ni con la tradición ibérica sobre las tierras de indios. La Ley IX de la *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias*, recopilada durante el reinado de Carlos V de España, mandaba que “las estancias y tierras que se dieren a los españoles, sean sin perjuicio de los indios, y que las dadas en su perjuicio y agravio, se vuelvan á quien de dere-

---

18 Según afirmaba el presidente de la provincia de Bahia en 1852: “As terras doadas aos Indios passarão [sic] a constituir renda ordinaria das Camaras quando as Aldeas forao elevadas a Villas. Pela Lei de 1º de Outubro de 1828 deixarao as Camaras de ser compostas de Indios; e pelo Regulamento de 24 de Julho de 1845 foi incumbido aos Directores o arrendamento das terras dos Indios, que sobrassem das que elles cultivam. Parece pois que tem cessado a causa pela qual essas terras constituíam patrimonio das Camaras, hoje compostas de Brasileiros que não são indígenas, devendo ficar isenta desta condição a primordial doação das terras feita aos Indios”. En *Falla que recitou o presidente da provincia da Bahia, o desembargador conselheiro Francisco Gonçalves Martins, n’abertura da Assembléa Legislativa da mesma provincia no 1. de março de 1852*. Bahia (Typ. Const. de Vicente Ribeiro Moreira), 1852, p. 2.

cho pertenezca”<sup>19</sup>. El Alvará de 1 de abril de 1680, revalidado por la Ley de 6 de junio de 1755<sup>20</sup>, establecía que

para que os ditos Gentios que assim descerem e os mais que ha de presente, melhor se conservem nas Aldeas, Hei por bem, que sejam senhores de suas fazendas, como o são no sertão, sem lhe poderem ser tomadas nem sobre ellas se lhes fazer molestia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assignará aos que descerem do Sertão lugares convenientes para nelles lavrarem, e cultivarem.

El señorío sobre las tierras era reconocido a los indios con la finalidad de que se conservasen en las aldeas. El fragmento citado del Alvará de 1680 prosi-gue, estableciendo que fuesen concedidos *lugares adecuados para el cultivo* a los indios que abandonasen las florestas. Estos indios *descidos*

não poderão ser mudados dos ditos logares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro ou tributo algum das ditas terras, ainda que estejam dadas em sesmaria a pessoas particulares porque na concessão destas se reserva sempre o prejuizo de terceiro, e muito mais se entende e quero se entenda ser reservado o prejuizo, e direito dos Indios primarios e naturaes Senhores dellas.

La garantía del dominio primario y natural de los indios sobre la tierra se apoyaba en la doctrina de la protección de los derechos de terceros, lo que, por deducción, colocaba el derecho indígena en una posición privilegiada con respecto a las tierras; a fin de cuentas, la protección de los derechos de terceros era un principio consolidado, que solamente podría ser vulnerado por el rey en casos limitados, normalmente sobre la base de una justa causa o atendiendo a razones de utilidad pública. El dominio indígena se garantiza como derecho natural, resultante de su posición previa sobre las tierras.

---

19 Una de las cuestiones sobre las que la historiografía relativa al Antiguo Régimen viene insistiendo es sobre la existencia de una cultura jurídica común en este periodo que, bajo el nombre de *ius commune*, agrupaba una serie de principios de derecho compartidos para toda Europa. Es esta por ejemplo la premisa que justifica el título del ya conocido manual de Antonio Manuel HESPANHA, *Cultura jurídica europeia: síntese de um milenio* (2012). Más allá de esta consideración genérica, Maria Helena FLEXOR también escribió sobre la influencia de la doctrina jurídica española en las decisiones del Conselho Ultramarino en el siglo XVIII, así como referencias a la *Política Indiana*, de Juan Solórzano Pereyra, hechas por el marqués de Pombal. En «O Diretório dos Índios do Grão-Pará e Maranhão e o Direito Indiano», *Politeia - Hist. e Soc.*, vol. 2, núm. 1, 2002, pp. 167-183.

20 SILVA, A.D. *Collecção da Legislação Portuguesa...*, pp. 369-376.

Al pensar en derecho natural, no obstante, quizás convenga considerar la clara distinción doctrinal entre derecho natural y derecho positivo<sup>21</sup>. En el ámbito de la definición sobre la propiedad, la doctrina franciscana había utilizado el concepto de dominio natural desde muy pronto en el contexto del debate sobre la pobreza para afirmar que no existe propiedad en ausencia de *animus dominandi*. De esta manera, el dominio natural sería simplemente la facultad de tomar las cosas para su propio sustento, sin que eso tradujera una relación de propiedad. Con este artificio interpretativo, los franciscanos pudieron justificar el dominio que ejercían sobre las cosas sin contrariar el voto de pobreza. Más tarde, la segunda escolástica española también se ocupó del concepto de dominio, aportando doctrinas de especial incidencia en la invasión ibérica de las Américas. Fue así como, recuperando el argumento de los instintos naturales de conservación (*ius necessitatis*), Francisco de Vitoria distinguió el dominio natural del dominio civil, entendiendo que el primero de ellos estaba más relacionado con el momento hipotético del estado de inocencia, y consistía en la facultad de uso de las cosas, y no en la apropiación de las mismas con exclusión del resto de la comunidad<sup>22</sup>. Para Domingo de Soto, el derecho natural también respondía a los instintos, y se contraponía al derecho de gentes, que era resultado del raciocinio. También para este dominicano el estadio inicial de la propiedad era la propiedad común (*communis omnium possessio*), y la apropiación privada de las cosas era resultado del derecho humano, y no del derecho natural divino<sup>23</sup>.

El reconocimiento genérico del señorío natural indígena no parecía ser mucho más, entonces, que un derecho de uso de la tierra, lo que no valía como un reconocimiento de derecho con capacidad de acción atribuida. Así como en el caso del perjuicio de terceros, el único recurso jurídico válido sería la excepción en juicio, que podría servir para paralizar otros contratos sobre las mismas cosas. Situación distinta es aquella donde eran cedidas tierras a los indígenas en particular. En este caso, esos títulos de tierras convertían su derecho en materia de derecho positivo, y por lo tanto, ya sería posible hablar también de acciones directas para limitar el acceso de otras personas al es-

---

21 La ley de 1 de abril de 1680 por ejemplo considera esa distinción y, si por un lado reconoce la “liberdade aquellas a quem a comunicou a natureza, e que por Direito natural, e positivo são verdadeiramente livres”, por otro lado admite que las “justas razones de Derecho” podrían exceptuar la prohibición del cautiverio de indígenas.

22 MEGÍAS QUIRÓS, J. J. *Derecho natural y propiedad en la Historia. Una relación inestable*, Cádiz (Universidad de Cádiz), 1994, pp. 181-186.

23 *Idem*, pp. 216-219.



pacio concedido. La ley de 1680, por ejemplo, cuando regula la concesión de tierras a los indios *descidos*, establece que estas no les podrían ser tomadas y ni se les podría hacer molestia<sup>24</sup>. En la revalidación de la ley en 1755, se reafirma el “inteiro domínio, e pacífica posse das terras, que se lhes adjudicassem”. Por otro lado, esta misma ley reafirmaba el fundamento de la evangelización, aunque ya mostrando señales de su sustitución por la misión civilizatoria, al afirmar que este primer fin no se conseguiría salvo por el medio de se civilizar a los indios, exhortándolos y animándolos a cultivar las tierras dentro de un modelo de producción de excedentes, de forma que la comunicación con los vecinos para la conmutación de bienes fortaleciera el comercio. El crecimiento de la agricultura comercial es un elemento clave para entender la política económica de Pombal para las colonias, pues la agricultura y el comercio fueron las apuestas del marqués para resolver el problema de la decadencia económica experimentada desde el final del siglo anterior, cuando la corona tuvo que celebrar tratados comerciales desventajosos, especialmente el Tratado de Methuen (1703) con la corona británica, para recuperar la soberanía sobre los dominios de ultramar una vez finalizada la Unión Ibérica.

John Locke, uno de los autores de referencia del marqués de Pombal, vendría a afirmar que el fundamento de la ley natural no es un resultado de los instintos, sino de la reflexión del ser humano sobre su lugar en el universo. Por lo tanto, aunque el instinto de conservación no podría ser negado a los seres humanos, este solamente sería válido como fundamento si justificase actos direccionados a preservar la vida *en sociedad*<sup>25</sup>. En esta visión tan marcada por la vida social, Locke concebía la transformación humana sobre las cosas como justificativa válida para la propiedad solamente cuando esa transformación tuviese como resultado una *mejora* de las cosas, lo que se traducía en su utilidad y, consecuentemente, en su entrada al comercio. Para Eva Bo-

---

24 PERRONE-MOISÉS, B. «Terras indígenas na legislação colonial», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 95, 2000, pp. 107-120. Es esta también la ponderación que hace Rodrigo Marchini, quien llama la atención al hecho de que la regulación de 1680 visaba sobre todo proteger a los indios aliados. A su criterio, “essas proteções existiram para a conversão religiosa e a convenção de alianças com os índios contra invasões de outros Estados europeus. Fora dessas funções, o índio que resistisse não tinha as suas terras garantidas”. En MARCHINI, R.S.M. “*A Proteção Constitucional Das Terras Indígenas Brasileiras no Período Republicano: Evolução E Estagnação.*” Dissertação de Mestrado (Universidade de São Paulo), 2011, p. 89.

25 BUCKLE, S. *Natural law and the theory of property: Grotius to Hume*. Oxford (Clarendon Press), 1991, p. 144.

tella, el sujeto del concepto lockeano de propiedad era antes un soberano que un individuo<sup>26</sup>. Y, además, debería tratarse primordialmente de un soberano con capacidad comercial, argumento que sirvió para justificar la expansión inglesa sobre dominios previamente hispanos, dada la mayor capacidad comercial del imperio británico. Simultáneamente, legitimaba el imperio británico en las Américas, debido al carácter menos comercial de las comunidades indígenas norteamericanas<sup>27</sup>. Esta última era también la pretensión en el caso brasileño, donde se consolidó la idea de que los indígenas habitantes del territorio brasileño eran dispersos, faltos de poder e inconstantes.

En el Directorio pombalino las menciones al derecho natural se entrecruzan con la noción corporativa de la sociedad, según la cual las partes deberían contribuir para el buen funcionamiento del cuerpo (art. 60). Así, dada la alegada ineptitud comercial de los indios (art. 20), el papel asignado a los mismos en la sociedad era el de *operarios para a fábrica das Lavouras*, papel que se fundamentaba en las premisas del derecho natural (art. 60). Es necesario considerar que una vez que la noción de decadencia y las ideas reformistas se habían instalado en la doctrina jurídica portuguesa desde finales del siglo XVII y a lo largo de todo el XVIII, una parte significativa de los memorialistas del final del siglo XVIII se centró, efectivamente, en la cuestión agraria como materia urgente para el rescate de las finanzas portuguesas<sup>28</sup>. Y en este sentido la reforma agraria y el monopolio comercial fueron las premisas defendidas por el marqués de Pombal para hacer efectivo este rescate. El Directorio, pese a reconocer el señorío natural indígena y reafirmar la inalienabilidad de sus tierras, lo hacía en el contexto de una regulación que aceptaba el aforamiento de las tierras indígenas. En su puesta en práctica, el Directorio ofreció un instrumento legislativo adicional para la disputa por la ocupación de las tierras indígenas, que ya se venía evidenciando durante el siglo XVIII<sup>29</sup>.

---

26 BOTELLA ORDINAS, E. «Locke e as legitimações britânicas de domínio», em MARTÍN MARCOS, D., IÑURRITEGUI, J.M. and CARDIM, P. (orgs.). *Repensar a Identidade. O Mundo Ibérico nas Margens da Crise de Consciência Europeia*. Lisboa (Centro de História d'Aquém e d'Além-Mar), 2015, p. 242.

27 *Idem*, p. 233.

28 MOTTA, M. M. M. *Direito à terra no Brasil. A gestão do conflito (1795-1824)*. Ed. Joana Monteleone. São Paulo (Alameda), 2012.

29 Algunos estudios de caso ilustran esa realidad: sobre la población indígena a los márgenes del río Tocantins, ver APOLINÁRIO, J. R. «Povos Timbira, Territorialização e a construção de Práticas Políticas nos cenários coloniais», *Revista de História*, núm.

Francisco Cancela cuenta sobre las reticencias del *Conselho Ultramarino* de Bahía con respecto a su aplicación. El *Conselho Ultramarino* se instaló durante un breve periodo de tiempo en el territorio bahiano, y entre otras actividades, emitió en 1759 un Parecer sobre la conveniencia de extender la aplicación del Directorio de los Indios, inicialmente pensado para las provincias de Pará y Maranhão, al resto de los territorios brasileños. El estudio realizado por Cancela sobre el Parecer del *Conselho* deja claro que los consejeros no eran ajenos a los conflictos inherentes a la cuestión de tierras en Brasil. En la mencionada consulta los ministros alteraron, suspendieron y vetaron una parte significativa del Directorio al reflexionar sobre su funcionalidad para todo el territorio brasileño. El mayor cambio introducido por el Directorio, es decir, las propuestas de civilización indígena basadas en la educación secular, la imposición de la lengua portuguesa y del diezmo a Dios, de las prácticas comerciales, y, en fin, la reforma de las costumbres indígenas, fueron también las propuestas mejor aceptadas por los consejeros, pues ninguno de los artículos relativos a estos temas fueron vetados. Los preceptos aprobados contenían en su mayoría disposiciones generales sobre las causas para la falta de civilización de los indígenas y los fundamentos de una sociedad basada en la agricultura y el comercio. Por otro lado, los artículos vetados estaban relacionados con el modelo de utilización de la mano de obra indígena (*descimentos* e repartición) y la cuestión de las tierras indígenas. El artículo 80 del Directorio, que reconocía a los indígenas como señores naturales de las tierras y permitía el aforamiento de las mismas fue suspendido. Fue también muy debatido y finalmente vetado el artículo 19, que ordenaba la redistribución de las tierras en aquellos casos en los que una mala distribución perjudicase a los indígenas de forma que no tuviesen dónde cultivar. El argumento dado por los consejeros para vetar dicho artículo fue el de los indios, al ser “insaciáveis da largueza delas [de las tierras], se não contentarão sem incomodarem e prejudicarem aos seus vizinhos”. El perjuicio de terceros, en la práctica, acababa siendo el perjuicio de particulares que presumiblemente harían un uso más adecuado de las tierras coloniales.

---

168, 2013, pp. 224-270; para el territorio de Minas Gerais, LAMAS, F.G., *Conflitos Agrários Em Minas Gerais: O Processo de Conquista da Terra na Área Central da Zona da Mata (1767-1820)*, Niterói, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia Curso de Pós-Graduação em História Social da Universidade Federal Fluminense (Tese de doutorado), 2013; para Bahía, CANCELA, F. *Recepção e Tradução do Diretório...*; para Espírito Santo, MOREIRA, V. M. L. «Terra, estratégias e direitos indígenas», *Tempos Históricos*, vol. 18, 2014, pp. 30-47.

Si observamos la regulación histórica de las sesmarias veremos que el fundamento del cultivo fue la nota más característica del modelo de propiedad en vigor en Brasil durante todo el periodo colonial y en buena parte del siglo XIX. Fue, no obstante, en el texto del Directorio donde el cultivo, vinculado a una idea de civilización como estado ideal de sociabilidad, quedó explícitamente vinculado, también, a la raza<sup>30</sup> (art. 11).

### III. EL REGULAMENTO DAS MISSÕES COMO CONTINUACIÓN

Como ya vimos, la aplicación del Directorio no fue homogénea, ni considerada exitosa en muchas partes del territorio brasileño. Ante las denuncias de abusos por parte de los Directores, la reina doña María I firmó la Carta Regia de 12 de mayo de 1798, que abolía y extinguía la aplicación del Directorio de los Indios. La Carta, sin embargo, iba dirigida al Gobernador y Capitán General del Estado de Pará, hecho que llevó algunas historiadoras recientes a sugerir que la Carta no tenía el objetivo de revocar el Directorio en todas localidades que componían la América portuguesa, sino solamente en el territorio de Pará<sup>31</sup>. Esas historiadoras se apoyan en el hecho de que identificaron la aplicación del Directorio durante el siglo XIX en varios territorios de Brasil. Es el caso por ejemplo de Larissa Biato de Azevedo, quien constató la vigencia del Directorio en el territorio de São Paulo todavía en la década de 1830<sup>32</sup>. Es también la línea defendida por Fátima Martins Lopes, quien mostró la vigencia del Directorio en la capitania de Rio Grande do Norte hasta 1845<sup>33</sup>. En Ceará, esa regulación fue oficialmente restablecida en 1843, después de que el presidente de la provincia había afirmado en 1840 que su abolición fue resul-

---

30 En el artículo 11 del Directorio, se recomienda que los indios tuvieran apellidos semejantes a los de los blancos, “por ser moralmente certo, que tendo eles os mesmos Apelidos, e Sobrenomes, de que usam os *Branços, e as mais Pessoas que se acham civilizadas*, cuidarão em procurar os meios lícitos, e virtuosos de viverem, e se tratarem à sua imitação” (destaque mío).

31 AZEVEDO, L.B.d., *Concepções sobre a Questão Indígena: Província de São Paulo (1822-1834)*. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas - Unesp (Dissertação de Mestrado), Franca, 2015, p. 12.

32 *Idem*, pp. 97-98.

33 LOPES, F. *Em nome da liberdade: as vilas de índios no Rio Grande do Norte sob o Diretório pombalino no século XVIII*. Programa de Pós-Graduação em História do Norte-Nordeste, Departamento de História, Universidade Federal de Pernambuco (Tese de doutorado), 2005.

tado de la aprobación de la Constitución de 1824 (y no como consecuencia de la Carta Regia de finales del siglo precedente)<sup>34</sup>. En el Rio de Janeiro, el texto del Directorio fue usado como parámetro interpretativo del posterior Regulamento das Missões (1845)<sup>35</sup>. Incluso en territorios colindantes con la capitania del Pará, Juciene Ricarte Apolinário cita una petición hecha en 1821 por el Secretario de Estado de los Negocios del Reino a los diputados de la Corte de Lisboa, en la cual consideraba el Directorio como una parte de la legislación vigente a ser especialmente considerada en la ponderación de las peticiones de los pueblos Timbira situados en los márgenes del rio Tocantins<sup>36</sup>. Para Manuela Carneiro da Cunha, desde la Carta de 1798 y hasta la posterior aprobación del Regulamento das Missões en 1845, parecía haber un vacío legal en lo relativo a la política indigenista que fue cubierto con la aplicación oficiosa del Directorio<sup>37</sup>. No obstante, interpretaciones posteriores sugieren que esa aplicación del Directorio, más que oficiosa, derivaba y explicitaba la pluralidad de fuentes normativas durante el siglo XIX brasileño<sup>38</sup>.

En sintonía con esa apreciación de Patricia Sampaio, consideramos que, más que un vacío legal, lo que existía era un formato acumulativo de la ciencia jurídica que posibilitaba la aplicación de varios cuerpos normativos teniendo como principio fundamental el orden social. Al leer la legislación emitida durante el periodo colonial, y también durante buena parte del periodo imperial, es importante considerar la naturaleza agregativa de la conformación del derecho en el ordenamiento tradicional. En ese ordenamiento, que precede la lógica de los códigos de inspiración napoleónica, la ley no tenía, por sí misma, la potencialidad de obligar. Para ser elevada a la categoría de Derecho, es decir, de norma considerada preceptiva por sus destinatarios, la legislación emitida por el reino tendría que interactuar de manera intensa con otras reglas con vocación de obligar, tales como las opiniones y glosas de los doctores y las costumbres. El fundamento último, como insisten los autores de la

---

34 *Relatorio que apresentou o exm. senhor doutor Francisco de Sousa Martins, presidente da provincia do Ceará, na occasião da abertura d'Assemblea Legislativa Provincial no dia 1º de agosto de 1840*. Ceará (Typ. Constitucional), 1840.

35 CUNHA, M. C. D. *Legislação indigenista no século XIX*. São Paulo (Edusp), 1992, p. 11.

36 APOLINÁRIO, J. R. , *Povos Timbira, Territorialização...*, pp. 264-265.

37 CUNHA, *Legislação indigenista ...*, p. 11

38 SAMPAIO, P. M. «Política Indigenista no Brasil Imperial», en GRINBERG, K.; SALLES, R. *O Brasil Imperial (1808-1889)*. Rio de Janeiro (Civilização brasileira), 2009, p. 185

línea historiográfica que se ha citado en alguna ocasión como “historia crítica del derecho”<sup>39</sup>, era que el Derecho en el Antiguo Régimen se entendía como una derivación directa de la voluntad divina, que colocaba todas las cosas en el mundo por un propósito determinado. Esta lógica limitaba las posibilidades de que las disposiciones legales pretendiesen modificar la realidad social, puesto que todo lo que fuese visto como antinatural podría ser considerado como contrario al orden establecido. Si el ordenamiento era algo indisponible para los hombres, todas estas fuentes normativas eran, por lo tanto, interpretadas teniendo como objetivo principal la coherencia con el propósito atribuido a cada sujeto en el orden divinamente dado. En otras palabras, el carácter tradicional del Derecho en el Antiguo Régimen está marcado por una mayor vinculación con el orden que con las leyes, y de esta manera las decisiones judiciales estaban mucho más comprometidas con el mantenimiento del orden social que con el cumplimiento estricto y acrítico de los objetivos políticos expresados en la ley.

Esta idea había empezado a cambiar con la influencia de la ilustración en la práctica política, y por esta razón la segunda mitad del siglo XVIII se entiende como el inicio de un proceso diferenciado. En ese momento el discurso de la centralidad del ser humano llegó finalmente al ámbito político, instalando la idea de que es posible y legítimo tratar de modificar conscientemente la realidad humana. Aun así, como en todos los procesos, el cambio de modelo fundacional no fue automático, lo que caracterizó el siglo XIX como un periodo de yuxtaposición entre antiguas y nuevas formas de entender el derecho<sup>40</sup>.

La disposición derogatoria contenida en la ley que extendió el Directorio a todo el territorio de Brasil (1758) muestra ese escenario de tensión entre el respeto tradicional a las costumbres y la tendencia a la administrativización del poder característica del reformismo pombalino. Se dispone que, entre otras normas, las costumbres y estilos contrarios al Directorio quedaban derogados a este efecto, pero seguidamente se remarca que esas otras fuentes del derecho permanecen “aliás sempre em seu vigor”. A la luz de estas consideraciones, no sorprende la suspensión o el veto de varios artículos del Directorio por parte del *Conselho Ultramarino* en Bahía, pues los argumentos presentados por los consejeros estaban relacionados precisamente con

---

39 Sobre esta línea historiográfica, ver GARRIGA, C., «¿La cuestión es saber quién manda? Historia política, historia del derecho y “punto de vista”», *PolHis*, 2012.

40 GARRIGA, C.; SLEMIAN, A. «Em trajes brasileiros: Justiça e Constituição na América Ibérica (c. 1750-1850)», *Revista de História*, núm. 169, 2013, p. 18.

la conveniencia o la preocupación por el mantenimiento del orden social. La “costumbre observada en las aldeas” fue, por ejemplo, también el criterio usado por el mismo tribunal para no dividir las tierras de la recién creada villa indígena de Abrantes, optando, contrariamente, por atender la petición de los indios y mantener la posesión en común<sup>41</sup>. De esta manera se evitaba el conflicto social y los consejeros cumplían mejor con la finalidad tradicional del ejercicio jurisdiccional, que era la de dar a cada uno lo que le corresponde según el orden establecido.

Y por la misma lógica que algunos de los preceptos del Directorio pudieron ser exceptuados durante su periodo de vigencia, asimismo otros muchos siguieron siendo aplicados aun después de su derogación en 1798, sin excesiva contradicción jurídica<sup>42</sup>. Así lo explicaba D. Fernando José de Portugal, Vice-Rey y Capitán General de Mar y Tierra del Estado de Brasil (1800-1805), en sus comentarios al *Regimento que trouxe Roque da Costa Barreto (1677)*:

O que suposto, sou de parecer que no nôvo Regimento se ordene ao Vice-Rei haja de proteger aos índios como se recomenda nestes dois capítulos 4º e 5º, não permitindo que se lhes façam hostilidades, nem procurando; conquistá-los com força, e violência, mas usando de meios brandos e suaves, observando o Diretório naquilo que fôr aplicável, não obstante achar-se derogado por esta Carta Régia<sup>43</sup>.

La ejecución de este Regimiento llevado en 1677 con los comentarios del Vice-Rey fue reconocida por el *Conselho Ultramarino* en 1804. En esta última provisión, de 10 de abril, son apuntadas las modificaciones y alteraciones que adecuaban el Regimiento dado más de un siglo antes al momento que se vivía en los inicios del siglo XIX. Más tarde, en 1822, una decisión imperial mandaba extinguir la Directoria de los Indios (lo que podría apuntar que seguía vigente hasta entonces) y que se activase la Ley de 4 de abril de 1755, a la

---

41 LYRIO SANTOS, F. *Da catequese à civilização. Colonização e povos indígenas na Bahia*. Cruz das Almas - Bahia (Editora UFRB), 2014, p. 104.

42 Con carácter ejemplificativo de la ausencia de contradicción en supuestos similares, se puede citar el estudio que Márcia Motta realiza sobre el Alvará de 3 de mayo de 1795, relativo a la donación de tierras en sesmarias. Ella constata que, pese a haber sido suspendidos en diciembre de 1796 en función “dos embaraços e inconvenientes que podem resultar da [sua] imediata execução”, los preceptos del Alvará fueron aplicados hasta 1822 para la concesión de sesmarias. En MOTTA, M. M. M. *Direito à terra no Brasil...*, p. 98.

43 MENDONÇA, M. C. D. *Raízes da formação administrativa do Brasil*. Rio de Janeiro (Inst. Histórico e Geográfico Brasileiro, Conselho Fed. de Cultura), 1972, vol. 2, p. 751.

cual me he referido antes como la *Lei das Liberdades*<sup>44</sup>. Según el presidente de la provincia de Ceará en 1840, en aquella provincia fue el juramento de la Constitución en 1824 lo que acarreó la abolición del Directorio de los Indios, “porque a Lei devia ser igual para todos os Cidadãos Brasileiros; em cujo número com rasão se comprehendem os Indios; mas esta intelligencia, nem foi razoavel, nem conveniente ao paiz”<sup>45</sup>.

En definitiva el texto del Directorio, más allá de ser un referente directo de las políticas indigenistas del siglo XIX, fue usado como referencia en la elaboración e interpretación de la normativa aprobada durante el mismo periodo. Teniendo estos factores en mente, resta destacar algunos elementos de convergencia entre el Directorio y el Reglamento de las Misiones de 1845.

## 1. Política de mano de obra y política de tierras

Probablemente una de las afirmaciones que más se han discutido en la historiografía indigenista sobre el siglo XIX sea la afirmación de la antropóloga Manuela Carneiro da Cunha de que “[a] ‘questão indígena’, no século XIX, deixou de ser uma questão de mão-de-obra, para se converter essencialmente numa questão de terras”<sup>46</sup>. La autora asevera que esa no es una particularidad de la cuestión indígena, ya que el siglo XIX, en general, se caracteriza por un especial interés en la cuestión de la propiedad privada<sup>47</sup>. Como ya se ha visto, la ley de tierras que se aprobó en 1850 sirvió fuertemente como recurso para la privatización de tierras indígenas y tierras de uso común. Por detrás de esa política de tierras estaba sin duda una política de mano de obra. El modelo de explotación agraria que se estableció en Brasil dependía de la disponibilidad de mano de obra a bajo coste, y la presión internacional sobre la abolición de la esclavitud obligaba a pensar en nuevas formas de explotación del trabajo<sup>48</sup>. Como reconoce la propia Carneiro da Cunha, “A política de terras não é, portanto, a rigor, independente de uma política de trabalho”. Y es que el discurso

44 SAMPAIO, P. M. «Política Indigenista no Brasil...», p. 184.

45 *Relatorio que apresentou o exm. senhor doutor Francisco de Sousa Martins, presidente desta provincia, na occasião da abertura d’Assemblea Legislativa Provincial no dia 1.o de agosto de 1840*. Ceará (Typ. Constitucional), 1840, p. 12.

46 CUNHA, M. C. D. *Legislação indigenista ...*, p. 4.

47 *Idem*, p. 15

48 Laura Beck VARELA cita una consulta en la cual el Consejo de Estado concluyó que la profusión de donaciones de tierras contribuía para la dificultad de obtener trabajadores libres. En VARELA, L. B. *Das sesmarias à propriedade moderna...*, p. 133.



sobre la propiedad durante el XIX es tan abarcadora y estructural que acaba por reunir en su estela incluso el debate jurídico sobre la libertad personal, a la cual se llega a aplicar, por ejemplo, la noción de posesión<sup>49</sup>.

Así como se hacía en el Directorio, también en el *Regulamento das Missões* podemos encontrar la idea de los indígenas como trabajadores rurales. No obstante, en el caso del Reglamento veremos que la idea de los indios como agricultores está articulada de forma conexas con la presencia sobre la tierra. En el *Regulamento de 1845* están diferenciados más claramente los dos regímenes de tierras indígenas en el Imperio: (A) en primer lugar, las tierras de las aldeas, que deberían ser demarcadas, sin posibilidad de expansión para el caso de aldeas preexistentes (art. 1º.11). En las tierras de las aldeas el cultivo en común debería ser incentivado, y cuando no hubieran indios suficientes para hacerlo, las tierras podrían ser arrendadas por tres años (art. 1º. 12 y 13), tal y como se establecía también en el Directorio. Por otro lado, si la aldea ya estaba en un estado avanzado de cultivo, solamente podrían ser arrendadas tierras para vivienda, pero no para el cultivo (art. 1º.14).

(B) En segundo lugar, también se prevé una política de tierras para indios particulares que “tenham um bom comportamento, e apresentem um modo de vida industrial, principalmente de agricultura” (art. 1º.3). El *Regulamento* preveía que fuesen demarcadas tierras separadamente para que estos indios tuviesen sus granjas. Jurídicamente, les era reconocido el usufructo de la tierras, aunque con la posibilidad de adquirir por un régimen de prescripción especialmente regulado, lo que implica que también se les reconocía posesión. Según el Reglamento, esos poseedores podrían adquirir las tierras después de doce años, no interrumpidos, de buena cultura, entendida ésta como sinónimo de cultivo, al final de los cuales podrían obtener carta de sesmaria. La viuda del concesionario, o subsidiariamente sus hijos, podrían subrogarse en la posición del poseedor en caso de fallecimiento del beneficiario. En este caso, tendrían que continuar cultivando la tierra durante el doble del tiempo que faltase para completar la prescripción adquisitiva, con un límite máximo de ocho años, y de quince para los casos de acumulación de posesiones (art. 1º.15).

Tanto en el caso de las tierras de las aldeas como en las tierras cedidas

---

49 DIAS PAES, M. A. «Rui Barbosa a posse de direitos e a ‘tradição viva’ do direito da escravidão», en FLORES, A. D. J. *Temas de História do Direito: O Direito como Instrumento de Controle Político, Econômico e Social na Primeira República e na Era Vargas*. Porto Alegre (Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul), 2017.

en usufructo, se entiende que el propietario de las mismas es el Estado. Eso quedó claro, por ejemplo, con la decisión 92 de octubre de 1850, donde el Ministerio del Imperio mandaba secuestrar e incorporar las tierras de los Indios de Ceará a los Bienes propios Nacionales, ya que, estando los indios en esta provincia todos “confundidos en la masa general de la población”, las tierras ya no servían al fin para el que fueron originalmente destinadas<sup>50</sup>. Con carácter más general, el Reglamento de 30 de octubre de 1854, que acompañó la Ley de Tierras, aclaró en su artículo 75 que las tierras distribuidas a los indígenas eran entregadas en usufructo, y que la propiedad plena solamente tendría lugar cuando el Gobierno Imperial así lo autorizase en virtud de su estado de civilización. Aunque este fuese el esfuerzo desde el Gobierno imperial, conviene considerar también el hecho de que en muchos territorios había un candente conflicto de jurisdicciones, especialmente entre la imperial y la municipal, en disputa por la titularidad de las tierras de las aldeas<sup>51</sup>. Lo que no se entiende, en ningún caso, es que las tierras de uso común, es decir, las tierras de las aldeas, fuesen de propiedad común de los aldeados. Fuera la administración imperial o municipal, esas tierras se entendían bajo el dominio del poder público. La idea de que las tierras concedidas a los indios pertenecían a la Corona no era ni siquiera nueva. El Consejo Ultramarino, por ejemplo, ya había considerado en 1797 que ciertas tierras pedidas en sesmaria no estaban devolutas ya que, al haber sido dadas a los indios, “não poderia ser expedida por sesmaria, mas apenas por forma de mercê de bens e terras que já estão no domínio da Coroa”<sup>52</sup>.

Para el caso de los indios particulares, por otra parte, el acceso a la propiedad de las tierras era en principio menos complicado, siempre que su relación con la tierra fuera relativamente acorde con los moldes de la sociedad hegemónica. En Ceará, por ejemplo, de 145 posesiones legalizadas en 1863, 120 eran de indios que recibieron, además, préstamos del Estado para suplir

50 CUNHA, M. C. D. *Legislação indigenista...*, pp. 213-214.

51 DE ALMEIDA, M. R. C., «Os índios na história do Brasil no século XIX: da invisibilidade ao protagonismo», *Revista História Hoje*, vol. 1, núm. 2, 2013, pp. 34-35; ALMEIDA, M. R. C; MOREIRA, V.M.L., «Índios, Moradores e Câmaras Municipais: etnicidade e conflitos agrários no Rio de Janeiro e no Espírito Santo (séculos XVIII e XIX)», *Mundo Agrario*, vol. 13, núm. 25, 2012. Para el territorio de Ceará, la Decisión 92 de 21 de octubre de 1850 deja claro ese conflicto al tratar de reprimir “a oposição que tem encontrado mesmo da parte das Justiças territoriais que insistem em reter debaixo de sua jurisdição as referidas terras”. En CUNHA, M. C. D. *Legislação indigenista...*, p. 214.

52 AHU-RIO – 0017, cx. 167, doc. 12453.

su pobreza<sup>53</sup>. En 1862, la Diretoria das Terras Públicas e Colonização envió avisos a los presidentes de las provincias de São Paulo, Pernambuco, Paraíba y Sergipe para que extinguiesen los aldeamentos y repartieran las tierras a las familias residentes, con la condición de efectiva residencia y cultivo durante cinco años para la adquisición de la propiedad plena<sup>54</sup>.

La exigencia de cultivo en los procesos de adquisición, concesión o legitimación de tierras no era una exclusividad de la cesión de tierras a individuos indígenas, sino que era un resultado de la tradición sesmarial que se desarrolló en el territorio brasileño. En esa tradición la apropiación de hecho permaneció durante mucho tiempo como una de las principales formas de adquisición de tierras, y los indígenas no fueron necesariamente excluidos de los procesos de legitimación de posesión. Por otro lado, ni siquiera el cambio de paradoja de un fundamento de cultivo hacia el fundamento mercantil de la propiedad trajo consigo una discriminación exclusivamente por razón de raza. Durante el siglo XIX otros grupos de población, especialmente los colonos europeos financiados por el Estado brasileño también recibieron tierras para el cultivo sin título inmediato de propiedad, respondiendo a la idea de que la adquisición de la propiedad plena debería acompañar un lento proceso de adaptación local y de adquisición de los valores propietarios. Aun así es cierto que, en líneas generales, al establecer la compra como única forma de adquisición de tierras devolutas, la Ley de Tierras aprobada algunos años después del Reglamento de las Misiones adoptaba la teoría de la colonización sistemática de Wakefield, al menos en lo relativo a un objetivo último de controlar el acceso a la tierra para limitar la proliferación de individuos propietarios, de forma que hubiera siempre un reminiscente de mano de obra disponible para trabajar la tierras de unos pocos detentores del capital<sup>55</sup>. Y,

---

53 *Relatório apresentado á Assembléa Legislativa Provincial do Ceará pelo excellentissimo senhor dr. José Bento da Cunha Figueiredo Junior, por ocasião da instalação da mesma Assembléa no dia 9 de outubro de 1863*. Ceará (Typ. Cearense), 1863, p. 19.

54 Aviso do Ministério de Agricultura, Commercio e Obras Públicas de 19/05/1862 enviado à Província de São Paulo e, em termos similares, a Pernambuco, Paraíba e Sergipe. En CUNHA, M. C. D. *Legislação indígenista...*, pp. 258-259.

55 Wakefield proponía la fijación de un precio mínimo (*sufficient price*) como medida esencial para limitar el acceso a la tierra. La aplicación de sus propuestas en el contexto brasileño fue una adopción adaptada, pues no existía en Brasil un mercado libre capaz, por sí solo, de limitar el acceso a la tierra, máxime cuando gran parte de los propietarios también se valían de prácticas de ocupación como la apropiación de hecho. Por esta razón, los límites propuestos por el gabinete brasileño se valían de medidas coercitivas, como la pro-

en conexión con esa ponderación, cabe considerar que la mano de obra indígena se propuso, tanto en la época del Directorio (art. 61) como ya en el siglo XIX, como alternativa a la utilización del trabajo esclavo<sup>56</sup> y, al menos en el discurso político, también como alternativa a los colonos extranjeros en las ocasiones en las que estos no daban los resultados esperados<sup>57</sup>.

Y es en esta esfera donde la exigencia de cultivo para la adquisición de la propiedad resaltaba la idea de que los indígenas no estaban preparados para ser propietarios en sentido estricto, pues muchos de ellos, según cuentan algunas de las autoridades provinciales, “colhem somente quanto basta para o seu sustento”<sup>58</sup>. En este sentido, la exigencia de cultivo ya no estaba conectada con la idea tradicional de que una tierra no cultivada no estaba cumpliendo con su función en el orden divino de las cosas, sino con la noción de la reforma de las costumbres: la civilización. Así, concluía el *bacharel* Manoel Lourenço da Silveira, después de examinar el estado de los indios en Alagoas (1862):

Se mais sérias e bem combinadas providencias, como convier adoptar-se, se tomarem para aperfeiçoar-lhes o espirito e os regularizar; se não continuar a incúria a que tem sido abandonados, se obterá infallivelmente, segundo creio, o duplo resultado de se poder contar com os bons serviços dos índios aqui, e discriminadas as terras que defendem como sua propriedade, haverá sobras que, ora improductivas, poderão ser vendidas com apro-

---

hibición de que los inmigrantes adquiriesen antes de un tiempo determinado, el endeudamiento de estos, y la imposición de multas e incluso de penas de privación de libertad para el incumplimiento de esas premisas. OSORIO SILVA, L. *Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850*. Campinas (Unicamp), 2008, pp. 111-121; y PRIETO, G. F. T. «Sob o império da grilagem. Os fundamentos da absolutização da propriedade privada capitalista da terra no Brasil (1822-1850)», *Terra Brasilis (Nova Série)*, vol. 8, 2017, pp. 10-11.

56 *Relatorio que á Assembléa Provincial da provincia de Minas Geraes, apresentou na sessão ordinaria de 1851 o doutor José Ricardo de Sá Rego, presidente da mesma provincia*. Ouro-Preto (Typ. Social), 1851, p. 25.

57 *Falla com que o exm. sr. commendador Antonio Candido da Cruz Machado abriu a 1.a sessão da vigesima legislatura da Assembléa Legislativa Provincial da Bahia no dia 1.o de março de 1874*. Bahia, Typ. do Correio da Bahia, 1874, p. 109.

58 *Relatorio que o exm. presidente da provincia do Espirito Santo, o bacharel José Bonifacio Nascentes d’Azambuja, dirigiu a Assembléa Legislativa da mesma provincia na sessão ordinaria de 24 de maio de 1852*. Victoria (Typ. Capitaniense de P.A. de Azevedo), 1852, p. 36; y *Falla recitada na abertura da Assembléa Legislativa da Bahia pelo presidente da provincia, o conselheiro e senador do imperio Herculano Ferreira Penna, em 10 de abril de 1860*. Bahia (Typ. de Antonio Olavo da França Guerra), 1860, p. 33.

veitamento para as rendas do estado, visto como no geral plantão em pequena escala ou, para melhor dizer, apenas os legumes que chegam malmente á sua subsistência<sup>59</sup>.

## 2. Raza y cultura

Como se ha visto, durante el siglo XIX se intensificó la exigencia del cultivo como elemento caracterizador de la propiedad efectiva, lo que nos lleva a otra de las relaciones a ser consideradas para entender cómo se configuró jurídicamente la relación de los indígenas con la tierra. La insistencia del Directorio en los modelos de educación para el alcance de la civilidad por parte de los indígenas relacionaba, como ya se ha mencionado, la raza blanca con las costumbres ideales de cultivo y de comportamiento social. Eso se reflejó en medidas como el incentivo a los matrimonios entre blancos e indios y el aforamiento de las tierras indígenas a los blancos. Se entendía que de esa forma los indígenas tratarían de vivir a imitación de las personas civilizadas, lo que les llevaría a cumplir adecuadamente con su papel en la sociedad.

Si volvemos a los inicios de la colonización en el siglo XVI, nos encontraremos con que el proceso de incorporación jurídica de los territorios colonizados por las coronas ibéricas no implicó un cuestionamiento antropológico para la cultura jurídica europea, que simplemente trató de asimilar la población aborígen a los *status* jurídicos ya conocidos por los europeos. Concretamente, el estatus más habitualmente asignado a los indígenas era el de los rústicos europeos, seguido de los *status* de miserables y menores<sup>60</sup>.

Un pequeño repaso conceptual es ilustrativo de esa realidad. Aunque el término *aldeas* sirvió en Brasil para designar los espacios ocupados por indígenas domesticados, ese no fue un término creado *ad hoc* para definir las particularidades del espacio indígena. Según definió Raphael Bluteau, *aldeia* es la

Povoação menor que lugar. Querem alguns, que Aldeia se derive do verbo Grego Aldamen, que val o mesmo que Augmentar, acrescentar, etc. E nas Aldeas (como de ordinário

---

59 *Falla dirigida á Assembléa Legislativa das Alagoas, pelo presidente da provincia, Antonio Alves de Souza Carvalho, na abertura da 1.a sessão ordinaria da 14.a legislatura a 13 de junho de 1862.* Maceió (Typ. do Diario do Commercio), 1862, pp. 22-24, y S1-1-19. Sobre este relatório, ver SILVA, I.B.P.d. «O Relatório provincial de 1863 e a expropriação das terras indígenas», em J. P. D. OLIVEIRA. *A Presença Indígena no Nordeste*. Rio de Janeiro (Contra Capa), 2011, 327-346.

60 CLAVERO, B. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México (Siglo Veintiuno Editores), 1994, pp. 11-19.

estão em terras lavradas) crião os rústicos o gado, semeão as terras, & cultivandoas acrescentão para os senhores dellas os paens, os legumes & otros frutos da terra<sup>61</sup>.

Las fiestas de los aldeados son citadas como fiestas paganas, con sacrificios que “antiguamente” hacían los gentíos a “Seres”. Aunque escribió esa acepción en 1728, Bluteau no diferenciaba el uso específico de las *aldeas* en el territorio brasileño, donde el término ya venía siendo usado desde el inicio de la colonización. Solamente en el posterior *Diccionario da lingua portuguesa* (1789), Antonio Moraes Silva añadió a una definición consonante a la de Bluteau la precisión de que “no Brasil, *Aldeyas de Indios*, são as povoações dos domesticados, e que descem dos Sertões”<sup>62</sup>. Efectivamente, tanto en Europa como en Brasil, el espacio de los rústicos era entendido como un espacio rural, sin jurisdicción sobre sí, e ignorante del derecho oficial. Jurídicamente, el estatuto de rusticidad confería ciertas ventajas, como la presunción de buena fe en los contratos celebrados por rústicos, o la posibilidad de rescindir contratos de venta hechos con lesión. Precisamente por la presunción de ignorancia del derecho reconocido como válido, los jueces letrados podían actuar sumariamente y a su arbitrio, entendiendo que era preferible, en el caso de los rústicos, basarse en el sentido inmanente de la justicia (*ex aequo et bono*) antes que en la estricta aplicación del derecho (*ex apicibus iuris*)<sup>63</sup>.

Los otros dos *status* que, según Bartolomé Clavero, se combinaban con la rusticidad para conformar el *status de etnia* en la América colonial eran los de personas *miserables* y *menores*. Para el caso de los miserables, Manuel Álvares Pegas entendía que entraban en esa categoría, en general, “aqueles cuja natureza nos move a compadecermos em virtude da injustiça que a sorte lhes fez”<sup>64</sup>. La principal consecuencia jurídica de la miseria era el privilegio de foro – es decir, la posibilidad de atraer los pleitos a la jurisdicción que más les conviniese. Clavero destaca que la miseria indígena no era tanto económica como espiritual, pues ese estatus personal se aplicaba, entre otros, a los con-

61 BLUTEAU, R. *Vocabulario portuguez & latino: aulico, anatomico, architectonico ...* Coimbra (Collegio das Artes da Companhia de Jesus), 1728, p. 229.

62 SILVA, A.d.M. *Diccionario da lingua portuguesa composto pelo padre D. Rafael Bluteau, reformado, e accrescentado por Antonio de Moraes Silva natural do Rio de Janeiro. Vol. 1.* Lisboa (Officina de Simão Thaddeo Ferreira), 1789.

63 HESPANHA, A. M., *Imbecillitas. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades do Antigo Regime.* São Paulo (Annablume), 2010.

64 HESPANHA, A. M. *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750. Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes.* Lisboa (Createspace), 2015, p. 241.

versos al cristianismo que no acababan de asimilar la religión. En un contexto jurídico-social que giraba en torno al concepto de familia cristiana, tenían la consideración de miserables todos aquellos que no contaban con familia, en este sentido estricto; aquí entraban también las viudas, los huérfanos, necesitados todos ellos de “*una tutela especial política o eclesiástica al faltar la familiar*”<sup>65</sup>.

Y aquí entraban también los indígenas, porque su miseria, en este caso espiritual, derivaba de la falta de capacidad de autogobierno (es decir, de la falta de dominio sobre sí – *dominium sui* –, lo que implica la necesidad de sumisión a un *pater familias* ajeno). En esta línea, la minoridad es el último de los estatus que componen la posición indígena en la sociedad colonial. “Como as crianças constituem um padrão – e uma metáfora – para avaliar outras situações de humanidade diminuída, o que se diz das crianças diz-se, por extensão, dos rústicos, dos nativos, dos dementes e dos velhos”<sup>66</sup>. Adoptando la lógica medieval que encontraba en la familia el primer cuerpo social, y, por lo tanto, el único constitutivamente natural, el estado de minoridad se definía no en términos de edad, sino de filiación. El *pater* era el primer gobernante, con poder sobre la mujer, descendientes, y también sobre los siervos.

La estructura de los estatutos de rusticidad, minoría y miseria respondía a la lógica del *ius commune*, donde las personas eran vistas en función del papel que eran, se entendía, naturalmente llamados a cumplir. En este sentido, el Directorio partía de una serie de presunciones de raza que seguían identificando el indígena como rústico, miserable y menor. Sin embargo, simultáneamente el Directorio trataba de instituir la igualdad de los indígenas en la condición genérica de vasallos de la Corona, lo que les habilitaría para obtener cargos y puestos honoríficos similares que, en última instancia, los convertirían en personas tan civilizadas como los blancos. El principal giro del Directorio fue, por lo tanto, que, en lugar de naturalizar los estatutos tradicionales, los atribuía a la falta de educación y de orientación adecuada. Como consecuencia, las medidas de adoctrinamiento eran propuestas como posibilidades de ascensión social, lo que rompería, en principio, con la lógica de los estatutos personales naturalmente dados para introducir la idea de movilidad social en función del grado de civilización. Se trataba de la introducción de un nuevo horizonte de expectativas, una nueva temporalidad que tuvo inicio

---

65 CLAVERO, B. «La edad larga del derecho entre Europa y Ultramar», *Historia. Instituciones. Documentos.*, núm. 25, 1998, p. 141.

66 HESPANHA, A. M. *Imbecillitas. As bem-aventuranças da inferioridade...*

durante el periodo ilustrado, y acabó siendo dotada de matizaciones durante el siglo XIX. De esta forma, la introducción del concepto de civilización implicó la conversión de la cuestión de raza en una cuestión, ya no de estatutos personales inmóviles o predeterminados, sino que en una problemática relacionada con una forma ideal de existencia y convivencia. Paradójicamente, la introducción de la idea de civilización como un proceso, es decir, algo a ser construido circunstancialmente, fue acompañado de una asimilación racial que, especialmente en el espacio colonial, acababa por relacionar las razas con formas esenciales de existencia.

Esa asimilación entre raza y civilización ideal, marcada por la agricultura y comercio, permanecerá en etapas posteriores al pombalismo. Domingos Vandeli, por ejemplo, al tocar en el tema de la crisis de la agricultura en Brasil a finales del siglo XVIII, consideró que una de sus mayores causas era la utilización de mano de obra esclava pues esta impedía la presencia de labradores blancos<sup>67</sup>. También para Francisco de Sousa Coutinho, un asiduo crítico del Directorio, los indígenas deberían tener providencias particulares relativas a su posesión de la tierra, debido a su rusticidad e ignorancia<sup>68</sup>.

Con la irrupción del constitucionalismo moderno en los territorios ibéricos, si las cartas constitucionales en alguna ocasión pudieron ser interpretadas como una igualación al estatus jurídico entre indígenas domesticados y blancos, esa igualación fue rápidamente debatida y acotada a la vista de lo que el poder político consideraba como inconveniente. Según argumentaba José Bonifácio en sus conocidos “*Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Brasil*”:

Segundo nossas leis, os indígenas deveriam gozar dos privilégios da raça europeia; mas este benefício vem sendo ilusório porque a pobreza em que se encontram, a ignorância por falta de educação e estímulos, e as vexações contínuas dos brancos os tornam tão abjetos e desprezíveis como os negros<sup>69</sup>.

En términos de estatuto jurídico, Mariana Armond Dias Paes cuenta que ya en la segunda mitad del siglo XIX era impensable para la doctrina jurídica brasileña la idea de que pudiesen existir hombres que no podían adquirir

---

67 Em suas Memórias sobre o a agricultura deste reino e suas conquistas (1789), segundo conta Márcia MOTTA, *Direito à terra no Brasil...*, 2012, p. 41.

68 *Idem*, p. 118.

69 CALDEIRA, J. (org.), *José Bonifácio de Andrada e Silva*, São Paulo (Editora 34), 2002, p. 189.



derechos. Esa idea implicaría admitir la existencia de hombres que no eran personas, y como tal se reputaba incompatible con el ideario civilizacional posterior a la Revolución Francesa. Para categorizar, entonces, esos sujetos que, pese a poseer capacidad jurídica eran sometidos a una serie de limitaciones jurídicas, la doctrina de derecho civil brasileña adoptó la llamada teoría de las capacidades. Esa teoría, especialmente definida por Teixeira de Freitas en su proyecto de Código Civil, diferenciaba entre la capacidad de hecho y la capacidad de derecho. La capacidad de derecho era reconocida a todas las personas, pues todas eran potencialmente titulares de derechos. Sin embargo, prosigue el autor, aunque todos los hombres tuviesen capacidad de derecho, la existencia de *incapacidades notorias de hecho* servía para medir la aptitud de las personas para ejercer los derechos de los cuales eran titulares, de manera que podían existir personas que, teniendo personalidad jurídica, eran incapaces o relativamente capaces de hecho. La incapacidad de hecho, prosigue Dias Paes, siempre podía ser suplida por la representación<sup>70</sup>.

Y era exactamente esta la vía que venía siendo impulsada por la política imperial a partir del periodo regente. En 1831 fue derogada la *Carta Regia* de 1808 que había autorizado las prácticas de guerra justa. En su lugar, se declaraba la ilegalidad de la esclavización o servidumbre indígena, sometiendo sus bienes a la tutela de los Jueces de Huérfanos, estando estos también encargados de depositar los indios donde tuviesen salarios y aprendiesen oficios fabriles. La tutela de los jueces de huérfanos, como remarcará algún presidente provincial, se limitaba en general a los bienes de los indígenas, lo que acababa por no responder totalmente a los objetivos de adoctrinamiento que respondían al ideal civilizacional del siglo XIX<sup>71</sup>. En respuesta a esa necesidad, había sido aprobado el Reglamento de 1845, que sometía los indígenas de forma más generalizada a la tutela de los Directores de Aldeas y Directores Generales de Indios. En sus vísperas, afirmara el presidente de la provincia de Ceará:

Ha muito que se reconheço que estes filhos da natureza privados da intelligencia vigorosa, da actividade emprehendedora, do espirito providente, que tanto distinguem aos

70 DIAS PAES, Mariana Armond. *Sujeitos da História, Sujeitos de Direitos: Personalidade Jurídica no Brasil Escravista (1860-1888)*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Dissertação de mestrado), 2014, pp. 47-48.

71 *Discurso recitado pelo ex.mo senhor brigadeiro José Joaquim Coelho, presidente e commandante das armas da provincia do Ceará, na abertura da Assembléa Legislativa Provincial, no dia 10 de setembro de 1841*. Pernambuco (Typ. de Santos & Companhia), 1842, p. 18.

homens de raça Européa, precisavão d'uma constante proteção, para attingirem, quando não todos, pelo menos alguns dos fins da humanidade<sup>72</sup>.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

Después de este breve recorrido sobre la posición indígena en relación con la propiedad durante el largo siglo XIX, se hace preciso reivindicar la presencia indígena en los estudios sobre la construcción del Estado. La cuestión indígena ofrece un rico espacio para este análisis porque, al situarse en una zona difusa de las definiciones clásicas de la ciudadanía, libertad y propiedad, define el perfil de aquellos que, precisamente en nombre de la “falta de luces”, quedaban sometidos a un poder mucho más atado a las nociones de domesticidad y administración que a las propias del léxico constitucional de entonces.

Entender los vaivenes del dominio indígena sobre la tierra implica, en otras palabras, comprender los límites del concepto moderno de propiedad, y a dimensionar la relación de ese concepto con una concepción cultural de dominio sobre la tierra. El antagonismo entre la noción de propiedad plena y la intensificación de la exigencia de cultivo para la adquisición de propiedad por indígenas particulares muestra algunos de los mecanismos indirectos del asimilacionismo propio del siglo XIX. Nos muestra, igualmente, que la dirección indicada por Bartolomé Clavero en el sentido de la permanencia del colonialismo durante el siglo XIX queda patente cuando observamos su relación con los sometidos al poder doméstico. En este sentido, sirven de ilustración las palabras del jurista brasileño Perdigão Malheiro, que en la segunda mitad del siglo XIX concluía a respecto del estatuto de los indígenas que

Conviria que os Índios, durante certo período, tivessem Juizes privativos para suas causas civeis e crimes, atenta a sua rusticidade e ignorância, os seus usos e costumes, a sua educação; e mesmo, que tivessem legislação à parte, que os regesse nesse período; o processo principalmente devera ser modificado, brevidade e favores; decidir-se mais ex aequo et bono, e em forma paternal, do que pelo rigor do Direito<sup>73</sup>.

---

72 *Idem*.

73 PERDIGÃO MALHEIRO, A. M. *A escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social, Parte 2 - Índios*. Rio de Janeiro (Typographia Nacional), 1867, p. 181.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APOLINÁRIO, J. R. «Povos Timbira, Territorialização e a construção de Práticas Políticas nos cenários coloniais», *Revista de História*, núm. 168, 2013, pp. 224-270.
- AZEVEDO, L.B.d. *Concepções sobre a Questão Indígena: Província de São Paulo (1822-1834)*. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas - Unesp (Dissertação de Mestrado), Franca, 2015.
- BELLOTO, H. L. «Política indigenista no Brasil Colonial (1570-1757)», *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, núm. 29, 1988, pp. 49-60.
- BOTELLA ORDINAS, E. «Locke e as legitimações britânicas de domínio», en D. MARTÍN MARCOS, J.; IÑURRITEGUI, M.; CARDIM, P. (orgs.). *Repensar a Identidade. O Mundo Ibérico Nas Margens Da Crise De Consciência Europeia*. Lisboa (Centro de História d'Aquém e d'Além-Mar), 2015, 223-243.
- BOTH DA SILVA, M.A. «Lei de Terras de 1850: lições sobre os efeitos e os resultados de não se condenar “uma quinta parte da atual população agrícola”», *Revista Brasileira de História*, vol. 35, núm. 70, 2015, pp. 87-107.
- BUCKLE, S. *Natural law and the theory of property: Grotius to Hume*. Oxford (Clarendon Press), 1991.
- CANCELA, F. «Recepção E Tradução do Diretório Dos Índios Na Capitania Da Bahia: Uma Análise do Parecer do Conselho Ultramarino Da Bahia (1759) ». *XXVII Simpósio Nacional de História. Conhecimento histórico e diálogo social*. Natal: ANPUH , 2013.
- CLAVERO, B. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México (Siglo Veintiuno Editores), 1994.
- \_\_\_\_\_. «La edad larga del derecho entre Europa y Ultramares», *Historia. Instituciones. Documentos.*, núm. 25, 1998, pp. 135-150.
- \_\_\_\_\_. «¿Naciones Imperiales o Imperios sin Fronteras? (a propósito de “La nación imperial” de Josep Fradera)», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 45, núm. 1, 2016, pp. 553-617.
- CUNHA, M. C. D. *Legislação indigenista no século XIX*. São Paulo (Edusp), 1992.
- DE ALMEIDA, M.R.C. , «Os índios na história do Brasil no século XIX: da invisibilidade ao protagonismo», *Revista História Hoje*, vol. 1, núm. 2, 2013, pp. 21-39.
- \_\_\_\_\_. «Portuguese Indigenous Policy and Indigenous Politics in the Age of Enlightenment: Assimilationist Ideals and the Preservation of Native Identities», en TRICOIRE, D. *Enlightened Colonialism*. (Palgrave Macmillan, Cham), 2017, 73-92.
- DE ALMEIDA, M.R.C.; MOREIRA, V. M. L. «Índios, Moradores e Câmaras Municipais: Etnicidade e conflitos agrários no Rio de Janeiro e no Espírito Santo (séculos XVIII e XIX)», *Mundo Agrario: Revista de estudios rurales*, vol. 13, núm. 25, 2012.
- DIAS PAES, M. A. *Sujeitos da História, sujeitos de direitos: personalidade jurídica no Brasil escravista (1860-1888)*. Dissertação de Mestrado (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), 2014.
- DUVE, T. «Global Legal History: A Methodological Approach», *Oxford Handbooks Online*, , 2017.

- \_\_\_\_\_. «Indigenous Rights in Latin America: A Legal Historical Perspective», *Max Planck Institute for European Legal History Research paper series*, vol. 2, 2017.
- FERES JÚNIOR, J. «Brasil», en J. FERNÁNDES SEBASTIÁN (dir.). *Diccionario Político y Social del Mundo Iberoamericano. Introducción. Vol. 2 - Civilización*. Madrid (Universidad del País Vasco; Iberconceptos; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2014, 123-139.
- FLEXOR, M. H. O. «O Diretório dos Índios do Grão-Pará e Maranhão e o Direito Indiano», *Politeia - Hist. e Soc.*, vol. 2, núm. 1, 2002, pp. 167-183.
- GARRIGA, C.; SLEMIAN, A. «Em trajes brasileiros: Justiça e Constituição na América Ibérica (C. 1750-1850)», *Revista de História*, núm. 169, 2013, pp. 181-221.
- GARRIGA, C. «¿La cuestión es saber quién manda? Historia política, historia del derecho y “punto de vista”», *PolHis*, 2012.
- HESPANHA, A. M. *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750 Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes*. Lisboa (Createspace), 2015.
- \_\_\_\_\_. *Imbecillitas. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades do Antigo Regime*. São Paulo (Annablume), 2010.
- JANCSÓ, F. N. I. *Brasil: formação do Estado e da Nação*. São Paulo- Ijuí (Hucitec; Unijuí; Fapesp), 2003.
- LAMAS, F.G. *Conflitos Agrários em Minas Gerais: o Processo de Conquista da terra na área central da zona da mata (1767-1820)*, Niterói, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia Curso de Pós-Graduação em História Social da Universidade Federal Fluminense (Tese de doutorado), 2013.
- LOPES, F. *Em Nome da Liberdade: As vilas de Índios no Rio Grande do Norte Sob o Diretório Pombalino no século XVIII*. Recife, Programa de Pós-Graduação em História do Norte-Nordeste, Departamento de História, Universidade Federal de Pernambuco (Tese de doutorado), 2005.
- LYRIO SANTOS, F. *Da catequese à civilização. Colonização e povos indígenas na Bahia*. Cruz das Almas - Bahia (Editora UFRB), 2014.
- \_\_\_\_\_. «A “civilização dos índios” no século XVIII: da legislação pombalina ao “Plano” de Domingos Barreto», *Revista de História*, núm. 170, 2014, pp. 233-260.
- MARCHINI, R.S.M. *A Proteção Constitucional Das Terras Indígenas Brasileiras no Período Republicano: Evolução E Estagnação*. Dissertação de Mestrado (Universidade de São Paulo), 2011
- MAXWELL, K. *Pombal: paradox of the enlightenment*. Cambridge (Cambridge University Press), 1995.
- MEGÍAS QUIRÓS, J. J. *Derecho natural y propiedad en la Historia. Una relación inestable*. Cádiz (Universidad de Cádiz), 1994.
- MENDONÇA, M. C. D. *Raízes da formação administrativa do Brasil*. Rio de Janeiro (Inst. Histórico e Geográfico Brasileiro, Conselho Fed. de Cultura), 1972.
- MOREIRA, V. M. L. «Terra, estratégias e direitos indígenas», *Tempos Históricos*, vol. 18, 2014, pp. 30-47.
- \_\_\_\_\_. «Terras indígenas do Espírito Santo sob o Regime Territorial de 1850», *Revista*

- Brasileira de História*, vol. 22, núm. 43, 2002, pp. 153-169.
- MOTTA, M. M. M. *Direito à terra no Brasil. A gestão do conflito (1795-1824)*. Ed. Joana Monteleone. São Paulo (Alameda), 2012.
- \_\_\_\_\_. *Nas fronteiras do poder. Conflitos de terras e direito agrário no Brasil de meados do século XIX*. Rio de Janeiro (Vício de leitura & Arquivo Público do estado do Rio de Janeiro), 1998.
- OSORIO SILVA, L. *Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850*. Campinas (Unicamp), 2008.
- SAMPAIO, P. M. «Política Indigenista no Brasil Imperial», em K. GRINBERG; SALES R. (orgs.). *O Brasil Imperial (1808-1889)*. Rio de Janeiro (Civilização brasileira), 2009, 175-206.
- SLEMIAN, A. «À espreita do Estado: reflexões sobre sua formação a partir das Independências na América», *Almanack*, núm. 13, 2016, pp. 44-55.
- VARELA, L. B. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro (Renovar), 2005.
- WILDE, G. «La agencia indígena y el giro hacia lo global», *Historia Critica*, núm. 69, 2018, pp. 99-114.

## VI. FUENTES

- Arquivo Histórico Ultramarino (AHU-RIO) – 0017, cj. 167, doc. 12453.
- BLUTEAU, R. *Vocabulario portuguez & latino: aulico, anatomico, architectonico ...* Coimbra (Collegio das Artes da Companhia de Jesus), 1728.
- BRASIL, *Lei 601, de 18 de setembro de 1850*. Texto disponible en [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim601.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim601.htm)
- CALDEIRA, J. (org.), *José Bonifácio de Andrada e Silva*, São Paulo (Editora 34), 2002.
- Discurso recitado pelo ex.mo senhor brigadeiro José Joaquim Coelho, presidente e comandante das armas da provincia do Ceará, na abertura da Assembléa Legislativa Provincial, no dia 10 de setembro de 1841*. Pernambuco, (Typ. de Santos & Companhia), 1842. Disponible en <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/170/>
- Falla que recitou o presidente da provincia da Bahia, o desembargador conselheiro Francisco Gonçalves Martins, n'abertura da Assembléa Legislativa da mesma provincia no 1. de março de 1852*. Bahia (Typ. Const. de Vicente Ribeiro Moreira), 1852. Disponible en <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/115>
- Falla recitada na abertura da Assembléa Legislativa da Bahia pelo presidente da provincia, o conselheiro e senador do imperio Herculano Ferreira Penna, em 10 de abril de 1860*. Bahia (Typ. de Antonio Olavo da França Guerra), 1860. Disponible en <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/123>
- Falla dirigida á Assembléa Legislativa das Alagoas, pelo presidente da provincia, Antonio Alves de Souza Carvalho, na abertura da 1.a sessão ordinaria da 14.a legislatura a 13 de junho de 1862*. Maceió (Typ. do Diario do Commercio), 1862. Disponible en <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/28/>

- Falla com que o exm. sr. commendador Antonio Candido da Cruz Machado abriu a 1.a sessão da vigésima legislatura da Assembléa Legislativa Provincial da Bahia no dia 1.º de março de 1874.* Bahia (Typ. do Correio da Bahia), 1874. Disponível em <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/146>
- PERDIGÃO MALHEIRO, A. M. *A escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social, Parte 2 - Índios.* Rio de Janeiro (Typographia Nacional), 1867.
- Relatorio que apresentou o exm. senhor doutor Francisco de Sousa Martins, presidente desta provincia, na ocasião da abertura d'Assemblea Legislativa Provincial no dia 1.º de agosto de 1840.* Ceará (Typ. Constitucional), 1840. Disponível em <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/169>
- Relatorio que á Assembléa Provincial da provincia de Minas Geraes, apresentou na sessão ordinaria de 1851 o doutor José Ricardo de Sá Rego, presidente da mesma provincia.* Ouro-Preto (Typ. Social), 1851. Disponível em <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/455>
- Relatorio que o exm. presidente da provincia do Espirito Santo, o bacharel José Bonifacio Nascentes d'Azambuja, dirigiu a Assembléa Legislativa da mesma provincia na sessão ordinaria de 24 de maio de 1852.* Victoria (Typ. Capitaniense de P.A. de Azere-do), 1852. Disponível em <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/237>
- Relatorio apresentado á Assembléa Legislativa Provincial do Ceará pelo excellentissimo senhor dr. José Bento da Cunha Figueiredo Junior, por ocasião da installação da mesma Assembléa no dia 9 de outubro de 1863.* Ceará (Typ. Cearense), 1863. Disponível em <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/190>
- SILVA, A.D. *Collecção da Legislação Portuguesa: desde a última compilação das Ordenações. Legislação de 1750 a 1762.* Lisboa (Typografia Maignense), 1830. Disponível em [http://www.governodosoutros.ics.ul.pt/?menu=consulta&id\\_partes=105&id\\_normas=29741&acao=ver&pagina=1](http://www.governodosoutros.ics.ul.pt/?menu=consulta&id_partes=105&id_normas=29741&acao=ver&pagina=1)
- SILVA, A.D.M. *Diccionario da lingua portugueza composto pelo padre D. Rafael Bluteau, reformado, e accrescentado por Antonio de Moraes Silva natural do Rio de Janeiro.* Lisboa (Officina de Simão Thaddeo Ferreira), 1789.

# DIREITO, POLÍTICA E SOCIEDADE: AS NOVAS CONQUISTAS DE GOA DURANTE O PERISMO. OS CONTRIBUTOS DE NERY XAVIER E CLÁUDIO LAGRANGE

Luís Pedroso de Lima Cabral de Oliveira<sup>1</sup>  
João Pedro Caleira<sup>2</sup>

**Resumo:** As Novas Conquistas permanecem até hoje, não obstante a sua extensão e originalidade, uma das parcelas mais inexploradas pelos estudiosos de Goa, designadamente ao nível da história jurídica. Numa altura em que o CEDIS-FDUNL dá os primeiros passos no estudo da aplicação do direito naquele território, é tempo de refletir sobre três das obras clássicas que lhe foram dedicadas na década de 1840. Se é certo que hoje é impossível estudar as Novas Conquistas sem tomar em consideração os contributos de Nery Xavier e Lagrange, será também verdade que os não podemos entender plenamente fora do contexto em que foram compostos – isto é, do perismo?

**Palavras-chave:** Goa, direito, Novas Conquistas, perismo

**Abstract:** The New Conquests remains until today one of the most unexplored issues of Goa's history. Legal history is no exception. Now that the CEDIS-FDUNL is focusing on the study of the application of law in those territories, it seems important to ponder on three classics of the 1840's, written by Filipe Nery Xavier and Cláudio Lagrange Monteiro de Barbuda. Without Xavier's and Lagrange's works it would be almost impossible to study the New Conquests under Portuguese rule; nevertheless, can we truly understand the scope of their studies ignoring the contribution of the *perismo*?

**Key-words:** Goa (India), law, New Conquests, *perismo*

**SUMARIO:** I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS; II. ENTRE A *COLLECÇÃO DE BANDOS* E O *GABINETE LITTERARIO*: O CONTRIBUTO DE NERY XAVIER PARA O CONHECIMENTO DAS NOVAS CONQUISTAS SOB A ÉGIDE DO PERISMO; III. REVISITANDO POMBAL E AS NOVAS CONQUISTAS NOS TEMPOS DO PERISMO: O CONTRIBUTO DE LAGRANGE; IV. UMA CONCLUSÃO PARCIALMENTE EM ABERTO. V. BIBLIOGRAFIA E FONTES.

---

1 Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Professor na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria; investigador do CEDIS, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. E-mail: lcabral-deoliveira@gmail.com.

2 Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigador do CEDIS, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. E-mail: jpcaleira@hotmail.com.

## I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Na década de 1840 surgiram três textos que vieram a assumir considerável importância quer para um maior conhecimento dos territórios que praticamente desde a sua anexação ficaram conhecidos por Novas Conquistas<sup>3</sup>, quer na construção da imagem e do discurso oficiais relativos àquela parcela de Goa.

Referimo-nos, por um lado, a dois trabalhos de Filipe Nery Xavier (1801-1875), burocrata e historiador goês pertencente à elite das famílias brâmanes católicas locais<sup>4</sup> – o primeiro volume da *Collecção de bandos, e outras diferentes providencias que servem de leis regulamentares para o Governo Economico e Judicial das provincias denominadas das Novas Conquistas, Precedida da Noção da sua Conquista e divisão de cada huma dellas* (1840); e o final do longo *Estado da India. Noção historica de Goa*, artigo dado ao prelo em sucessivos números do seu periódico administrativo-jurídico-político-histórico-social *O Gabinete Litterario das Fontainhas* (1848).

---

3 Ou, mais raramente, Nova Conquista. O território de Goa foi a partir das últimas décadas do século XVIII composto por dois grandes blocos: o núcleo central das Velhas Conquistas (Bardez, Ilhas de Tissuary e Salsete), sob administração portuguesa desde o século XVI; e as Novas Conquistas, sucessivamente agregadas ao longo do século XVIII. Muito mais vastas mas francamente menos povoadas, a sua divisão administrativa sofreu várias alterações desde então. Em 1890, na carta geográfica de José Frederico de Assa Castello-Branco, anotava-se: “comprehendem as provincias de Pernem, Bicholim ou Batagrama, Satari, Pondá ou Antruz, Embarbacem, Cacorá, Chandrovadi, Balli, Astragar e Canacona”. Para uma primeira e sucinta abordagem, consultar FERREIRA, J., “Novas Conquistas (Goa)”, in Serrão, J.V.; Motta, M.; Miranda, S.M. (dir.) *e-Dicionário da Terra e do Território no Império Português*. Lisboa: CEHC-IUL. (ISSN: 2183-1408). Doi:10.15847/cehc.edittip.2014v092.

4 Podem encontrar-se detalhadas notas biobibliográficas de Nery Xavier em COSTA, A.M. da, *Dicionário de Literatura Goesa*, Macau (Instituto Cultural de Macau/Fundação Oriente), 1997, vol. III, pp. 348 a 356; NERY XAVIER, F., *Bosquejo Historico das commnidades das aldeas dos concelhos das Ilhas, Salsete e Bardez* (facsimile da ed. de 1903), vol. I, Goa (L&L), 2012, pp. 1 a 61; XAVIER, F. J. (atrib.), *A familia “Xavier” oriunda de Loutolim concelho de Salsete. Breve resenha dos serviços prestados pela família Xavier na Secretaria Geral do Governo do Estado da India, fóra d’ella, no Reino e nas provincias de Moçambique e Angola desde 1744 até 1892, seguida de apontamentos genealógicos*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1893, pp. 9 a 17; SILVA, I.F., *Diccionario Bibliographico Portuguez*, Tomo II, Lisboa (Imprensa Nacional), 1859, p. 302; e VICENTE DE ABREU, M., *Noção de alguns filhos distinctos da India Portuguesa que se illustraram fora da patria*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1874, pp. 161 a 173.



Por outro lado, temos em mente a edição, profusamente comentada e anotada, das *Instruções com que ElRei D. José I mandou passar ao Estado da Índia O Governador, e Capitão General, e o Arcebispo Primaz do Oriente no anno de 1774* levada ao prelo em 1841 por Cláudio Lagrange Monteiro de Barbuda<sup>5</sup>.

Ou seja, dois volumes logo nos alvares da década e um já mais perto do seu ocaso. Entre eles, note-se, Nery Xavier ainda se votou, se bem que em termos mais sucintos, a um aspeto em particular da administração jurídica e fiscal daqueles domínios: o *Desenvolvimento da natureza dos bens dos dessaiados das Novas Conquistas e o direito que a Fazenda Publica tem a eles*<sup>6</sup>. Esse estudo serviu desde logo para o confirmar como um dos primeiros grandes especialistas em matérias das Novas Conquistas sob administração portuguesa – aura que veio a ser assaz reforçada nos anos seguintes graças à edição do segundo tomo da *Collecção de bandos*<sup>7</sup>, aos trabalhos que dedicou aos códigos dos usos e costumes (incluindo os de Damão e Diu)<sup>8</sup>, à colaboração

---

5 A vida de Lagrange acha-se detalhadamente descrita no obituário que lhe foi dedicado na “Revista Universal Lisbonense – AA, “Necrologio Militar: Claudio Lagrange Monteiro de Barbuda”, *Revista Universal Lisbonense*, série 3ª, vol. 4, núm. 36, pp. 437 e 438.

6 NERY XAVIER, F., *Desenvolvimento da natureza dos bens dos dessaiados das Novas Conquistas e o direito que a Fazenda Publica tem a eles*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1845.

7 NERY XAVIER, F., *Collecção de bandos, e outras diferentes providencias que servem de leis regulamentares para o Governo Economico e Judicial das Provincias denominadas das Novas Conquistas*, vol. II, Pangim (Imprensa Nacional), 1850. No ano seguinte, atendendo certamente às dificuldades sentidas pelos aplicadores de uma tão vasta e díspar mole de diplomas, deu ao prelo um *Reportorio geral ou indice alfabético das diferentes providencias, resoluções, usos e costumes, que se acham coligidos em dous volumes, e servem de leis regulamentares para o governo administrativo, economico, e judicial das provincias denominadas das Novas Conquistas*.

8 NERY XAVIER, F., *Codigo dos usos e costumes dos habitantes das Novas Conquistas em portuguez e marata*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1854; id., *Codigo dos usos e costumes dos habitantes não christãos de Damão*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1854; id., *Codigo dos usos e costumes dos habitantes não christãos de Diu*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1854. Poucos meses depois, deu ao prelo outro trabalho de sistematização – NERY XAVIER, F., *Reportorio ou indice alphabetico do código dos usos e costumes dos habitantes das Novas Conquistas e do regulamento sobre a forma de processo que se deve seguir nas causas das mesmas Novas Conquistas*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1855. Houve uma segunda edição, corrigida e bastante aumentada, da primeira das obras citadas em 1861. No mesmo ano saiu mais um título dedicado à matéria – NERY XAVIER,

prestada nas iniciativas da comissão das matas animadas por Lopes Mendes, às considerações que publicou sobre a sociedade patriótica dos baldios e a uma série de episódios de natureza histórica<sup>9</sup> e política<sup>10</sup>.

Foquemo-nos assim nos autores das obras citadas: Lagrange e Nery Xavier. O que une estes dois homens, pertencentes à mesma geração mas vindos de mundos diferentes? Nery Xavier sempre viveu em Goa, onde se destacou, num universo de profunda estratificação social, no seio das elites naturais católicas. Lagrange, antigo militar reinol (isto é, português de origem europeia) convertido em secretário do governo geral, passou apenas cerca de quatro anos na capital do antigo Estado da Índia.

Há, desde logo, motivos de aproximação mais ou menos evidentes. Para começar, é plausível que o facto de serem praticamente da mesma idade tenha contribuído para a criação de afinidades.

Em paralelo, trabalhavam na mesma repartição, sendo que a prestação de Nery Xavier na secretaria, a crer em todos os seus biógrafos (mesmo em trabalhos pouco complacentes com as elites naturais católicas<sup>11</sup>) e em vários testemunhos da época, se destacava quando comparada com a dos colegas. E julgamos ser provável que se, por um lado, o metódico Lagrange quisesse de facto conhecer o funcionamento das Novas Conquistas – cuja administração levantava inúmeras dissensões e impasses recorrentes, boa parte dos quais devido à dispersão de diplomas, usos e costumes –, talvez também não desdenhasse deixar a sua passagem pela secretaria associada à sistematização daquele encapelado mar de providências, bandos e leis. Nery Xavier, pelo profundo conhecimento que tinha da repartição onde trabalhava há uma quinzena de anos<sup>12</sup>, era certamente o melhor apoio para levar avante tal em-

---

F., *Additamento ao código dos usos e costumes dos habitantes das Novas Conquistas, contendo as providencias sobre a sucessão, herança e partilha dos gentios das Velhas Conquistas, Ilhas, Salsete e Bardez*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1861.

9 *Apontamentos de salientes levantamentos e correrias que tiveram lugar em Satary desde 1746 até 1845*, em 1852; *Descrição da cobra giboia de Goa, que existia nas matas de Embarbagem das Novas Conquistas*, em 1865; *Noticia da conquista d'Alorna*, em 1868; *Noticia da conquista de Pondá em 1763*, no mesmo ano; *Descrição da conquista da fortaleza de Piro, denominada Pil-goddo e depois Sadassiva-godd*, em 1869.

10 *Analise da carta de Dipu ou Dipagi Ranes, chefe da rebelião de Satary*, em 1852.

11 A título de exemplo, DINIZ D'AYALLA, F., *Goa antiga e moderna* (reedição do original de 1888), Lisboa (Ésquilo), 2011, pp. 29 e 30.

12 “Mal entrou na secretaria-geral, consagrou-se ao estudo da sua engrenagem, captando desde logo a estima e apreço dos seus superiores, que viram nele um funcionário

presa. A esta particularidade havia que juntar outras duas: a profunda ligação familiar de Nery à secretaria, na qual vários dos seus antepassados se tinham destacado<sup>13</sup> e o facto de os Xavier serem originários de Loutolim – um baluarte das elites brâmanes católicas ocidentalizadas localizado em Salsete mas a dois passos das Novas Conquistas. Não surpreende assim que seja em Loutolim, nos seus casarões magníficos, que se acham sediadas duas das famílias que, geração após geração, assumirão um papel determinante na administração das Novas Conquistas: os Figueiredo e os Miranda<sup>14</sup>.

Parece igualmente digno de nota o facto de ambos serem indivíduos que, a par da vida profissional, se dedicaram ao cultivo das letras, tendo também por isso merecido a consideração quer das elites goesas ocidentalizadas quer dos poderes públicos. Nery Xavier, apesar de sobretudo se ter dedicado a temas históricos, jurídico-administrativos, políticos ou estatísticos, estará sempre ligado ao já citado *O Gabinete Litterario das Fontainhas*. Lagrange, por seu turno, foi importante na introdução do periodismo literário em Goa, cinco anos antes do surgimento do *Gabinete*<sup>15</sup>, e ocupa um lugar deveras honroso na sistematização de Jacinto Caetano Barreto Miranda, um dos mais conhecidos intelectuais pertencentes às elites naturais católicas de oitocentos:

“O primeiro periodico litterario que definitivamente se fundou em Goa, foi o *Encyclopedico*, cujo redactor foi Claudio Lagrange Monteiro de Barbuda, conhecido não só como secretario, mas como um dos mais distinctos nas letras, que de Portugal têm vindo ás paragens da Índia [...].

Seja por este jornal, seja por varias outras publicações, o nome de Lagrange está associado á historia do nosso desenvolvimento intellectual; e o seu estilo de escrever não

---

hábil e zeloso, sendo, por isso, nomeado official supranumerário em Janeiro de 1824” – COSTA, A.M. da, *Dicionário de Literatura Goesa*, cit., vol. III, p. 349.

13 XAVIER, F. J. (atrib.), *A familia “Xavier” oriunda de Loutolim concelho de Salsete*, cit.. Veja-se também VICENTE DE ABREU, M., “Apontamentos para o catalogo dos Officiaes Maiores da Secretaria do Governo Geral do Estado da India”, *O Chronista de Tissuary*, nº 9 (1866), pp. 238 a 244.

14 CARITA, H., *Palácios de Goa. Modelos e Tipologias de Arquitectura Civil Indo-Portuguesa*, 2ª edição, Lisboa (Quetzal), 1996, pp. 86 a 89 e 194 a 197; e RIBEIRO, T., *Jornadas. Segunda Parte: Entre Palmeiras (De Pangim a Salsete e Pondá)*, Coimbra (Livraria Central de José Diogo Pires), 1874, pp. 35 a 53.

15 DEVI, V. e SEABRA, M. de, *A Literatura Indo-Portuguesa*, Lisboa (Junta de Investigações do Ultramar), 1971, p. 141 e 145. No mesmo sentido, e neste ponto ancorando-se em Helder Garmes, cf. PASSOS, J., *Literatura goesa em português nos séculos XIX e XX. Perspetivas pós-coloniais e revisão crítica*, Edições Húmus (VN de Famalicão), 2012, pp. 70 a 72.

só hade ser memorado como conciso e correcto, mas por ter profundamente influido nas locuções dos nossos escriptores, acrisolando o gosto em muitas manifestações do seu pensamento”<sup>16</sup>.

Note-se que esta homenagem ao Lagrange *literato* (adiante veremos que o tratamento dado ao Lagrange *político* é bem diverso) assume particular relevância na medida em que os *Quadros* de Barreto Miranda podem ser considerados como uma das fontes principais para uma visão *perista* – ou pelo menos moldada ao ângulo das elites naturais católicas – da história de Goa.

Uma última nota: certos autores, como o acima referido Frederico Diniz d’Ayalla, consideram Nery Xavier um discípulo particularmente talentoso de Cunha Rivara<sup>17</sup>. Este entendimento – que para mais pode resultar numa, intencional ou não, subalternização do historiador goês, o qual, a assim ser, só teria escrito o que escreveu graças à presença tutelar daquele intelectual português em Goa – parece-nos contudo pouco sustentável em certos aspectos. Na verdade, quando Rivara desembarcou em Goa, no ano de 1855<sup>18</sup>, já Nery produzira parte considerável da sua obra<sup>19</sup>. Deste modo, cremos ser admissível equacionar que, de entre os secretários gerais com que trabalhou, a influência de Lagrange foi mais decisiva para o robustecimento do interesse de Nery para as matérias de natureza histórica e jurídico-administrativa do que a ação tardia de Rivara.

Mas, para além de todas estas condições proporcionadoras de uma aproximação entre os dois homens, cremos que um dos esteios que mais fortemente os uniu foi a camaradagem política. Se o enquadramento político assume um papel da maior relevância em todas as épocas, é certo que em determinadas alturas se torna particularmente importante. É esse o caso de Goa nos primeiros anos da instauração do liberalismo constitucional.

Para o compreender, é preciso porém conhecer os principais grupos que

---

16 BARRETO MIRANDA, J.C., “Quadro XVII. O Jornalismo”, *Quadros Historicos de Goa: tentativa historica. Caderneta II*, Margão (Tipografia do Ultramar), 1864, pp. 110 e 111.

17 DINIZ D’AYALLA, F., *Goa antiga e moderna*, cit., 30.

18 VICENTE DE ABREU, M., “Catalogo dos Secretarios do Estado da India Portugueza”, *O Chronista de Tissuary*, nº 7 (1866), p. 186. Em sentido idêntico, mas com muito maiores desenvolvimentos, id., “Noção de alguns filhos distinctos da India Portugueza que se illustraram fora da Patria”, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1874, pp. 82 a 161.

19 Também neste sentido, DEVI, V. e SEABRA, M. de, *A Literatura Indo-Portuguesa*, cit., p. 153.

compunham a sociedade goesa de então e o cenário político da capital do Estado da Índia nesses anos.

Começemos pelas elites locais. É desde logo habitual distinguir entre as que são católicas e as não-católicas, designadamente as hindus. É nestas últimas que se encontram os *dessais* e *sardessais* das Novas Conquistas, bem como o rei de Sunda. Voltando-nos para o universo católico, importa considerar os *reinóis*, os *descendentes* e os *naturais*<sup>20</sup>. Antes de prosseguir, importa explicar que este é, na essência, o esquema consagrado por autores clássicos como Manuel Felicíssimo Lousada de Araújo e Azevedo nas *Memorias* que deu prelo nos *Annaes Maritimos e Coloniaes* (1842) ou, mais importante ainda, Filipe Nery Xavier no já nosso conhecido (ei-lo que volta!) *O Gabinete Litterario das Fontainhas* (1846).

A identificação dos diferentes grupos é facilitada por em Goa, mesmo entre os católicos, vigorar o sistema de castas. *Reinóis* são os europeus vindos de Portugal (o reino) para desempenho de uma comissão ou preenchimento de um lugar na administração civil, judicial ou religiosa na Índia. Lagrange integra este núcleo e, tal como a maioria dos *reinóis* – posto que houvesse alguns que se fixassem em Goa, muitas vezes por se aliarem a famílias descendentes – a sua passagem pelo subcontinente foi relativamente curta. *Descendentes* são aqueles que, tendo nascido em Goa ou noutros territórios do Estado, eram considerados filhos ou netos de portugueses – o que implicaria que nas suas veias não corresse sangue indiano, apesar de alguns *reinóis* os considerarem já muito orientalizados nos hábitos, maneira de falar e semblante.

Finalmente, as *elites naturais católicas*, a que Nery Xavier pertencia, correspondem às principais famílias de origem goesa que, ao aderirem ao ca-

---

<sup>20</sup> MÁRTIRES LOPES, M. J., *Goa Setecentista: Tradição e Modernidade (1750-1800)*, 2ª edição, Lisboa (CEPCEP/UCP), 1999, pp. 98 a 122; THOMAZ, L.F.F.R., *De Ceuta a Timor*, 2ª edição, Miraflares (Difel), 1998, pp. 245 a 289; MÁRTIRES LOPES, M. J.; LOPES MATOS, P., “Naturais, reinóis e luso-descendentes: a socialização conseguida”, in MÁRTIRES LOPES, M. J. (coord.), *Nova História da Expansão Portuguesa. O Império Oriental (1660-1820)*, Volume V-Tomo 1, Lisboa (Editorial Estampa), 2006, pp. 15 a 70; PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, L. e CARMO COSTA, P., “Na Dobragem do Meio Milénio: Elites e Genealogia na ‘Oriental Lisboa’”, *Raízes & Memórias*, 27 (2010), pp. 55 a 112 e PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, L., “Elites coloniais (Goa)”, in Serrão, J.V.; Motta, M.; Miranda, S.M. (dir.) *e-Dicionário da Terra e do Território no Império Português*, Lisboa: CEHC-IUL, Doi: 10.15847/cehc.edittip.2016v005.

tolicismo, enveredaram por um esforço gradual de ocidentalização através de um processo original que lhes permitiu (i) a conservação de alguns traços importantes de épocas anteriores, como o sistema de castas<sup>21</sup>, e (ii) a articulação de privilégios herdados de regimes passados (designadamente o sistema das gancarias e o regime do mundcarato), com apanágios da nobreza política e civil portuguesa, nomeadamente cartas de brasão de armas e de familiar do Santo Ofício, ou propriedades vinculadas em morgados e capelas. Neste universo, há que distinguir entre as famílias brâmanes e as chardó, as quais mantinham relações não raro tensas, desde logo por cada grupo defender a sua primazia face ao outro. A participação das elites naturais católicas na máquina judicial, burocrática e religiosa do Estado da Índia é determinante pelo menos desde o século XVIII – o que explica as medidas pombalinas a que em breve nos referiremos. O seu ascendente acentuar-se-á ainda mais a partir do liberalismo constitucional, e do perismo que então floresceu, não só no Estado como também em Lisboa e Coimbra. Ambos ciosos da sua nobreza e prerrogativas, naturais e descendentes competiam constantemente, de forma mais ou menos evidente e agressiva.

Tais rivalidades não eram de todo desconhecidas em Portugal. Para além dos ecos que regularmente vinham de Goa, elas sentiam-se nos discursos e posturas dos goeses que passavam por Lisboa ou Coimbra (pense-se, a título de exemplo, no abade de Faria, que Alexandre Dumas imortalizou em *O Conde de Monte Cristo*<sup>22</sup>, ou nos Pinto de Candolim e seus apaniguados) ou na publicação de textos (os mais afamados, destacando-se como veementes manifestos das duas principais castas católicas, serão a *Aureola dos Índios, e nobiliarchia bracmana*, do padre António João de Frias, e o *Promptuario das diffiniçoens indicas*, do sacerdote chardó Leonardo Pais, editados em Lisboa respetivamente em 1702 e 1713<sup>23</sup>). Num plano já mais jurídico, são

21 THOMAZ, L.F.F.R., *De Ceuta a Timor*, cit., pp. 253 e 258.

22 A título meramente exemplificativo, e por se tratar de obra de um autor goês, cf. SANTANA RODRIGUES, *O Abade Faria. A vida e obra do misterioso personagem do romance "O Conde de Monte Cristo"*, Lisboa (Empresa Contemporânea de Edições), 1946.

23 Para maiores desenvolvimentos sobre os autores, cf. COSTA, A.M. da, *Dicionário de Literatura Goesa*, cit., vol. I, pp. 425 e 426 e vol. III, pp. 23 a 25; BARRETO MIRANDA, J.C., "Quadro XVI. Escriutores do seculo 17.<sup>o</sup> e 18.<sup>o</sup>", *Quadros Historicos de Goa: tentativa historica. Caderneta II*, Margão (Tipografia do Ultramar), 1864, pp. 90 a 92, 93 e 94; DEVI, V. e SEABRA, M. de, *A Literatura Indo-Portuguesa*, cit., pp. 113 a 129. Para um estudo crítico e atual destes textos, BARRETO XAVIER, A., *A invenção de Goa, poder imperial e conversões culturais nos séculos XVI e XVII*, Lisboa (ICS), 2008, pp. 417 a 440.

afloradas em diversos diplomas emitidos ao longo dos séculos e – o que aqui nos interessa particularmente – objeto da maior atenção durante as reformas que o marquês de Pombal gizou para o Estado da Índia<sup>24</sup>.

Há, naturalmente, diferentes modos de encarar as reformas pombalinas. Tendo em vista a promoção das elites naturais católicas de Goa – que o ministro de D. José parece ter efetivamente desejado, sendo tais propósitos ativamente passados à prática, por vezes com *nuances* e adaptações que merecem estudo detalhado –, é usual reparti-las em dois blocos.

Por um lado, o alvará de 2 de abril de 1761 e suas repercussões nas Velhas Conquistas, onde se concentravam as elites naturais católicas. Alguns dos excertos deste diploma que visava estabelecer que “os christãos da India Portugueza são tudo iguaes aos portuguezes” foram abundantemente citados desde então. Mesmo que, na prática e num primeiro momento, os frutos do diploma possam ter ficado aquém do pretendido, a força simbólica que encerra é imensa e perdurou. Nos tempos da instauração do liberalismo constitucional, o alvará de 1761 era já tido como lei potencialmente libertadora de opressões e injustiças. Procurando dar respostas aos antigos e recorrentes anseios, queixas e ambições das elites naturais católicas, o legislador pombalino não só trouxe a problemática para o mais alto nível oficial como abriu portas. Sem Pombal, depressa convertido, pelas próprias, num dos paladinos das elites naturais católicas, o perismo teria sido forçosamente diferente.

Por outro lado, o ano de 1774 é determinante num período em que se ensaiaram novamente mudanças profundas nas dinâmicas goesas. Em 1774 não só foi promulgado um pacote legislativo com pretensões a reformular praticamente toda administração local (no que se inclui também a esfera de influência direta da Igreja católica), mas também toma posse o governador D. José Pedro da Câmara. Alguns meses depois, já no ano seguinte, será a vez de D. Francisco da Assunção e Brito passar a encabeçar a arquidiocese. Um e outro, ao ocuparem os lugares cimeiros da administração civil e eclesiástica do Estado, receberão detalhadas *Instruções* contendo as principais linhas pelas quais se deveriam reger os seus governos, que lhe são endereçadas por Pombal.

---

24 Para uma análise destas reformas, veja-se MÁRTIRES LOPES, M. J., *Goa Setecentista: Tradição e Modernidade (1750-1800)*, cit.; SOUZA, C. d', *Legal System in Goa. Vol. I – Judicial Institutions (1510-1982)*, Panaji (New Age Printers), 1994, e PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, L., “Do reformismo jurídico pombalino em Goa”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº 79 (2003), pp. 627 a 680 (e bibliografia aí indicada).

Estas recomendações constituem assim um complemento (que se pretendia eficaz) aos diplomas legais dimanados de Lisboa, bem como uma garantia suplementar da sua aplicação efetiva. Ou seja, caberia ao duo Câmara-Assunção e Brito dar uma série de passos decisivos no sentido da consolidação das mesmas, mas agora dispondo de uma série de mecanismos suplementares e diretrizes mais específicas.

No que diz respeito à legislação acima referida, cremos que importa desde logo operar uma distinção entre a *lei dando nova forma ao governo da Índia* (15 de janeiro de 1774) – mediante a qual se desmantelam as estruturas judiciais, políticas, administrativas, comerciais e até, de certa forma, religiosas do Estado – e os diplomas (parte dos quais anteriores a 1774, como expressamente se explica na lei acima referida) que reorganizam essas mesmas áreas. Referimo-nos, concretamente, à carta régia de 10 de abril de 1769, ao novo regimento da Alfândega promulgado a 20 de janeiro de 1774; ao alvará de 13 de julho de 1773, graças ao qual se reformula o arsenal da marinha /ribeira das naus; e aos alvarás de 15 de janeiro de 1774 onde se regula o funcionamento da câmara de Goa e se estabelece “nova organização aos Governos Civil, Político e Economico” do Estado.

Quanto às *Instruções* – as que aqui mais nos interessam –, a sua análise é geralmente feita a partir da edição devida a Lagrange. Lagrange assume assim um papel de grande relevo na compreensão destas disposições pombalinas: quer pela transcrição e ordenação das mesmas, quer pelos comentários com que as anotou profusamente – e que o leitor, com maior ou menor atenção, dificilmente deixará de percorrer.

Atenta a estruturação das elites goesas da época, há que fazer uma rápida incursão pelo cenário político em que estas se moviam durante os primeiros anos do liberalismo constitucional.

Após a deposição do governador conde do Rio Pardo, conotado com o ideário absolutista – orquestrada por um movimento em que se destacavam desembargadores reinóis, parte das forças militares do Estado e um médico brâmane católico, Bernardo Peres da Silva –, o poder é ocupado por uma junta provisional de governo, constituída em 1821 e que será substituída poucos meses depois por uma segunda junta. Peres, nesta altura, ainda exerce o seu poder nos bastidores, capitalizando apoios sobretudo entre as elites naturais católicas. A situação mudará radicalmente em janeiro de 1822, na eleição dos primeiros deputados que deveriam rumar a Lisboa para aí representarem o Estado da Índia. Goa está efervescente, o momento é considerado de grande



importância, sendo que os ânimos ainda se exaltam mais com o resultado surpreendente obtido: os escolhidos são Bernardo Peres da Silva e Constâncio Roque da Costa, dois membros das elites naturais católicas, e o reinol e físico-mor António José de Lima Leitão. Os peristas, ao ver seu caudilho guindado para a primeira linha da política goesa e com possibilidade de influir nos destinos do país, protagonizam assim uma primeira grande entrada em cena, criando fricções e receios ao mesmo tempo que se gera um enorme entusiasmo. Peres voltará a ser eleito em 1827, após uma eleição dura, que lhe valerá a inimizade profunda do governador D. Manuel de Portugal e Castro e do desembargador chanceler da Relação Manuel Felicíssimo Lousada de Araújo e Azevedo (que cedo se tornará um dos mais destacados antiperistas) – para, tal como lhe sucedera cinco anos antes, encontrar as cortes encerradas pelas forças absolutistas. Desta feita optará pelo exílio, primeiro em Inglaterra e depois no Brasil, e é no Rio de Janeiro que virá a publicar uma obra onde exporá as linhas mestras do seu pensamento político, as quais se tornarão nas traves mestras do perismo: *O dialogo entre um doutor em philosophia, e um portuguez da India, na cidade de Lisboa sobre a Constituição Politica do Reino de Portugal, suas vantagens e meios de mante-la*, impresso em 1832. As Novas Conquistas não serão esquecidas nessa obra. Numa das partes mais significativas da mesma, o *sonho do Indio*, lê-se:

“Apareceo-me o Genio tutelar de Portugal, que transportando-me sobre a alta montanha de Chandarnate me mostrou a minha Patria, tal qual eu desejava que fosse: vi as immensas, e ferteis campinas de Goa particularmente as das chamadas novas conquistas, plantadas de Cafeseiros, algodoeiros, larangeiras, canaviaes, pimenteiras, milho grosso, e fino, (que servem de alimento de excellente nutrição na Africa, e grande parte d’Europa) plantas de batatas, que nutrem toda a Irlanda, e grande parte de Inglaterra &c. e um Povo immenso occupado em varios trabalhos mostrando no seo semblante signaes de contentamento. Vi terras d’antes inhabitadas, cobertas de casas; aldeas, que, por um indesculpavel deleixo [sic] e criminosa indolencia se achavão desertas, povoadas de muitos moradores, como em tempos da sua florescia, sem que se vissem a roda de suas moradas, pantanos, nem varzeas, que tornavão insalubre a atmosphaera, pelos mortíferos miasmas que exalvãõ. Vi edificios com inscrições, que dizião – Casa de educação para meninos – outra – Casa de educação para meninas – Collegios de educação – Escolas Publicas, em que se ensina as Bellas Letras e as Artes – Escolas de Primeiras Letras – Casa em que se fabrica assucar – Casa de fição do algodão &c. – Vi as mulheres todas vestidas á Europea, com alinho, e simplicidade, sem que nenhuma trouxesse paló, fotta de galão tisso &c., nem bajus d’ouro, ou prata, nem essas grossas cadeas de ouro ao pescoço, nem joias na cabeça, braços e pés, que fazião sepultar immensos Capitaes. A familiaridade, com que viviãõ indicava existir entre as familias nem a lembrança de antigos prejuizos de Bracmanes,

Charadoz, Sudros, Mestiços, Canarins. Este estado encantador, que demonstrava o aumento da civilização physica, e moral de meos conterraneos, me parecia incrível, avista de seus prejuizos e erros da educação, que eu conhecia: e mais incredulo do que S. Thomé, eu nem cria o que via”<sup>25</sup>.

Em 1834, D. Pedro IV nomeia-o prefeito do Estado da Índia. Trata-se de uma atitude sem precedentes: um brâmane católico, pertencente às elites naturais, ocupará o mais alto cargo governamental em Goa. Os peristas rejubilam perante esta segunda vitória, quase impensável antes de 1820; considera-se que a política gizada por Pombal nas décadas de 1760 e 1770, aliada a séculos de persistência, começa a produzir frutos de importância cada vez maior. Peres manterá as rédeas do poder de 14 de janeiro a 1 de fevereiro de 1835, altura em que será deposto por uma sublevação orquestrada pelos seus rivais. Após algumas semanas de indeterminação, o prefeito e um punhado dos mais influentes peristas abandonam Goa e exilam-se primeiro em Bombaim, a expensas do seu correligionário Rogério de Faria, julgando conseguir obter ajuda do governo britânico. Baldadas tais expetativas, instalam-se em Damão, onde Peres continua a desempenhar funções de prefeito. Entretanto, em Goa, o poder é assumido por um governo provisional composto por anti-peristas. Consequentemente, e até 1837, com a chegada do governador-geral barão de Sabroso (que publicará uma amnistia régia permitindo inúmeros regressos) o governo do já muito diminuto Estado da Índia permanecerá repartido em dois blocos: a junta em Goa e, por outro lado, Damão e Diu sob alçada do prefeito e dos peristas. A chegada de Sabroso representa igualmente o lento retomar do funcionamento da máquina administrativa do Estado, o que implicava a regularização dos processos eleitorais. Após a suspensão do funcionamento das cortes ditada pelo setembrismo, os deputados indianos reaparecem em Lisboa: Peres foi eleito sucessivamente em 1838, 1839 e 1842, ou seja, até à data da sua morte<sup>26</sup>. A passagem do antigo prefeito pelos

---

25 Transcrito em PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, L., *A consagração dos naturais: direito(s) e elites naturais católicas em Goa (1780-1880)*, Anexo III, pp. 31 e 32. Nesse trabalho leva-se a cabo uma análise detalhada do *Dialogo*, sobretudo entre as pp. 175 e 219. Nesta sede recomenda-se também a leitura de ATAÍDE LOBO, S.M.C., *O desassossego goês: cultura e política em Goa do liberalismo ao Acto Colonial*. Tese apresentada para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Doutor em História e Teoria das Ideias na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2013, pp. 7 a 18.

26 Estes acontecimentos foram detalhadamente descritos por um historiador per-

bancos parlamentares (i) deu origem a uma longa e bastante regular série de deputados provindos das elites naturais católicas, a qual pode ser traçada até meados do século XX, (ii) garantiu a sua representação junto do poder central e (iii) permitiu que, nas muitas intervenções que fez, Peres fosse densificando o seu pensamento político. Foi, assim, importante para o robustecimento do ideário perista, que permaneceu após a morte do seu criador.

Importa definir, em traços largos, o perismo. É possível entendê-lo como sendo uma forma de organização constitucional que (i) privilegia as elites naturais católicas ao atribuir funções relevantes a conselhos e magistraturas periféricas por elas domináveis, enquanto as promove através da representação parlamentar, em Lisboa; (ii) desvaloriza os poderes centrais e a magistratura letrada; (iii) insiste na divisão de poderes como forma de os repartir por vários centros periféricos; e (iv) assenta num sistema de fontes e ensino do direito fundado numa forte base local, hegemonzado pela prática dos tribunais locais, pelo ascendente dos advogados provisionários<sup>27</sup> e por uma proposta de organização judicial descentralizadora que enfatiza o júri<sup>28</sup>.

---

tencentente às elites naturais católicas: VICENTE DE ABREU, M., *Relação das alterações políticas de Goa desde Setembro de 1821 até 18 de Outubro de 1822*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1862; id., *O governo do vice-rei conde do Rio Pardo no Estado da Índia Portuguesa. Desde 1816 até 1821. Memoria historica*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1869.

27 Grande parte dos operadores jurídicos de Goa pertenciam às elites naturais católicas, sendo habilitados localmente através da frequência das diversas escolas de direito que se espalhavam pelas Velhas Conquistas, de um estágio junto de um profissional do foro mais experiente e de um exame público. É esta a origem dos chamados advogados *provisionários*. Ver por todos, PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, L., “Quem sabe o que é um advogado? – A resposta de Luís Manuel Júlio Frederico Gonçalves às tentativas de reforma dos *provisionários* goeses em 1869”, *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, 52 (2015), pp. 207-229.

28 Para uma teorização do perismo enquanto corrente política de inspiração liberal-constitucional, cf. PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, L., *A consagração dos naturais: direito(s) e elites naturais católicas em Goa (1780-1880)*. Dissertação com vista à obtenção de grau de Doutor em Direito na especialidade de História do Direito na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2014 e id., “‘Emancipate your colonies!’ Reações de Bernardo Peres da Silva ao anticolonialismo de Bentham”, in AAVV, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, vol. I, Lisboa (Universidade Católica Editora), 2013, pp. 497 a 531. Há obras clássicas favoráveis e contrárias ao perismo. Para uma leitura positiva do mesmo, veja-se a título de exemplo o trabalho de um membro das elites naturais católicas: BRUTO DA COSTA, A.A., *Goa sob a dominação portuguesa: o que era, o que chegou a ser, o que hoje é, e para onde marcha*.

Que afinidades políticas existiam então entre ambos os autores a que nos vimos referindo? Nery era perista, pelo que consequentemente pedrista, isto é, abraçara com entusiasmo a causa do liberalismo constitucional; Lagrange, mesmo não sendo assumidamente perista, era um resoluto partidário dos ventos liberais – como aliás se espelha na fidelidade demonstrada quando da vilafrancada, conforme se relata na nota biográfica da “Revista Universal Lisbonense” *supra* citada. Numa época em que, politicamente, o Estado da Índia se dividia em duas fações profundamente antagónicas (peristas liberais, por um lado; absolutistas ou constitucionalistas muito moderados, por outro), compreende-se que os dois autores a que nos referimos militassem no mesmo partido.

Compreendido o contexto, podemos voltar a nossa atenção para as obras de Nery Xavier e Lagrange acima referidas – e de que forma(s) elas contribuíram para o desenhar de um quadro a partir do qual foram pensadas as Novas Conquistas desde então.

## **II. ENTRE A COLLECÇÃO DE BANDOS E O GABINETE LITTERARIO: O CONTRIBUTO DE NERY XAVIER PARA O CONHECIMENTO DAS NOVAS CONQUISTAS SOB A ÉGIDE DO PERISMO**

Qual o papel desempenhado pelas duas aludidas obras de Nery Xavier no desenvolvimento das Novas Conquistas?

Na primeira delas, a *Collecção de Bandos*, o historiador goês apresentou pela primeira (e cremos que única) vez uma proposta de sistematização da já então gigantesca e desordenada mole composta pela legislação avulsa que, durante décadas, vinha sendo promulgada para aquelas províncias. Desde decretos a bandos, ordenou diplomas das mais diversas proveniências seguindo sobretudo um critério cronológico – e fez preceder tudo por uma nota de natureza histórico-jurídico-administrativa, à qual juntou dados de natureza estatística que tão caros eram a Lagrange:

“Novas Conquistas, propriamente ditas, para distinguir das três Comarcas do Estado, a das Ilhas de Goa, a de Salcete, e a de Bardez, são compostas de sete Provincias, e huma Jurisdicção; e são: a Provincia de Pondà (Antruz), as cinco de Zambaulim (Pachamal), a de Canacona (Ad-

---

*Narração estribada sobre testemunhos autorizados e totalmente insuspeitos, acompanhada de algumas reflexões. 2ª edição, correcta e notavelmente aumentada, tornando-se historia de Goa desde a sua conquista até hoje*, Margão (Tipografia do Ultramar), 1897. No sentido contrário, as considerações feitas por um membro das elites descendentes em 1888: DINIZ D’AYALLA, F., *Goa antiga e moderna*, cit..

vota) e a Jurisdição de Cabo de Rama, conquistadas verdadeiramente em 1. de Junho de 1763 com a posse do Castello – Mordangoro –, e expulsão da tropa de seu Dominante (o Marata), cuja aquisição foi confirmada pela cessão, que dellas fez o Rei de Sundem, Savai Bassava Linga, seu legitimo Senhor, e finalmente reconquistadas em 8 de Maio de 1795.

O edital de 5 de Julho, e Bandos de 6 d'Agosto, e 12 de Setembro de 1763, garantindo aos Povos daquellas Provincias os seus usos, e estilos, que lhes mantinha o referido Rei Sunda, antes de passarem á dominação do referido Marata, e as posteriores Disposições Organicas, para o Governo civil, e económico, forma o Codigo de suas Leis consuetudinarias, e peculiares.

Para segundo ellas se lhes administrar a justiça foi acordado hum Juiz privativo, com a denominação de – Juiz Intendente das Novas Conquistas –, e para as arrecadações dos foros, hum Exactor com titulo de – Parpotecar –.

O primeiro dos mencionados Logares foi extinto em 1769, e commettidas as suas funções ao Parpotecar, com abolição tambem deste Emprego, foi restabelecido o de Juiz Intendente, o qual foi novamente suprimido por Officio da extincta Preferitura, e instaurado por Portaria do Governo Provisional, finalmente cassado na data de 15 de Dezembro de 1837, em execução do Artigo 3.º do Decreto de 7 de Dezembro precedente; e creado por Portaria da Junta da Fazenda o Logar de Administrador, ou Encarregado Fiscal para a arrecadação dos foros de nove Provincias, e huma Jurisdição; e para os da decima (Satary) dos Sar-Dessais, que administra a Fazenda, hum Administrador.

As Provincias de Bicholim (Batagrama), de Sanquelim, ou Satary (setenta Aldêas) conquistadas em 25 de Agosto de 1781 e a de Pernem aos 25 de Maio de 1783, todas três inclusive a parte da de Pernem, que não comprehendia na conquista, foram cedidas ao estado pelo Sar-Dessai Quema Saunto Bounsulò, seu Dominante.

Prometteu-se tambem a estas Provincias a conservação dos seus usos, e estilos, e mais pedidos pelos Bandos de 25 de Agosto, e 15 de Setembro de 1781, e effectivamente se espedio Portaria de Juiz Intendente destas três Provincias ao das outras sete já mencionadas, o que se observou constantemente ate 1804; e na Portaria de 11 de Janeiro do anno seguinte se omitio aquella distincção, ou differença, e uniformizou-se neste anno, entre ellas o systema administrativo e judiciário, quer por convir á politica adoptar aquella medida, ou por que participavam as segundas da religião, usos e estilos das primeiras, o que assim continuou até á total abolição do Logar de Juiz Intendente, conforme a letra do supracitado Decreto, e segundo a sua disposição; as dez Provincias, e huma Jurisdição, de que se trata, ficaram reunidas na Administração de Justiça, ou no contencioso, ás supreferidas três comarcas do Estado, pela maneira seguinte: à das Ilhas de Goa as Provincias que ficam a Lest; á de Bardez, as situadas ao Norte; e á de Salcete finalmente as que ficam ao Sul, conservando-se-lhes porém os seus usos, e costumes; por tanto todas as suas Causas civis se decidem por louvação, ou por deferimento, como dispoem as Providencias de 23 de Dezembro de 1766, com recurso á Relação do Estado, só no effeito devolutivo, nos termos do Assento de 13 de Agosto de 1785, e as crimes pelo voto das Camaras Geraes de Pondá, Pernem, e Bicholim, nos seus respectivos Districtos<sup>29</sup>.

29 NERY XAVIER, F. *Collecção de bandos, e outras differentes providencias que servem de leis regulamentares*, cit., vol.I, pp. I e II.

Este tem sido o excerto sobre o qual desde então se vem baseando a maioria dos que se debruçaram sobre o estudo das Novas Conquistas.

No entanto, uma leitura mais atenta dos diferentes diplomas reunidos por Nery Xavier levou-nos a refletir em três deles: a *Carta Regia aprovando as garantias concedidas aos habitantes das Novas Conquistas* (de 15 de janeiro de 1774); a carta régia de 4 de fevereiro do mesmo ano, que é a única não reproduzida na *Collecção*; e o *Aviso Regio dando intelligencia ao disposto na Carta Regia de 4 de Fevereiro de 1774* (o qual remonta a 16 de fevereiro de 1776).

Há três notas que importa acentuar neste passo.

Em primeiro lugar, a interligação existente entre todos os dito diplomas – apesar de tal não ser imediatamente evidente numa primeira consulta da *Collecção*: já referimos que aí, um tanto inexplicavelmente, se transcrevem apenas dois, sendo que os restantes se acham separados por um documento que nada tem a ver com o espírito que os anima<sup>30</sup>.

Em segundo, enfatizar que é perfeitamente possível – e certamente desejável – não olhar estes diplomas de forma isolada mas integrá-los no bloco das reformas pombalinas de 1774. O que levaria ao reforço de uma outra conclusão: o ministro josefino não tivera em vista apenas a introdução de alterações profundas nas Velhas Conquistas, mas em toda a Goa. Consequentemente, os projetos gizados por Pombal teriam um alcance muito mais amplo do que aparentam quando nos limitamos aos (por si só já muito relevantes) aplicáveis às Ilhas, Bardez e Salsete – e assentariam numa clara distinção, que deveria perdurar pelos tempos, entre ambos os blocos. As Novas Conquistas ficariam destinadas à função importante, mas a longo prazo redutora, de, conforme se frisa nas *Instrucções*<sup>31</sup>, “garantir a conservação da Índia Portuguesa”. E mesmo esta formulação não evidencia, ao remetê-las a um destino subalternizado, a sua exclusão do âmbito da “Índia Portuguesa”, que Lisboa parece então restringir ao pequeno núcleo das Ilhas, Bardez e Salsete? As Novas Conquistas serão Índia, e Índia administrada por Portugal – mas

---

30 Mais concretamente, umas *Condições da Renda da Alfandega de Canacona, que andara unida à do Bagibabo, e foram dirimidas, Despacho do Juiz Intendente, aos 7 de Março de 1774, pelos Dessais, Gancares, e Escrivães*.

31 MONTEIRO DE BARBUDA, *Instrucções com que El-Rei D. José I mandou passar ao Estado da Índia O Governador, e Capitão General, e o Arcebispo Primaz do Oriente, no anno de 1774. Publicadas e annotadas por [...]*, 2ª edição, Nova Goa (Tipografia Nacional), 1903, p. 30 da 1ª parte (*Instrucções ao governador-geral*). Voltaremos à análise deste excerto adiante.

poder-se-ão considerar Índia portuguesa? O propósito pombalino será apor-tuguesá-las?

Em terceiro e último lugar, Nery Xavier não introduz no excerto acima reproduzido qualquer alusão à carta régia de 15 de janeiro de 1774. Ora, que razões o levaram a ignorar o diploma pombalino, que tanta importância parece encerrar para uma inclusão das Novas Conquistas nas reestruturação ensaiada durante o reinado de D. José? Parece-nos ser impossível alegar que não se tenha apercebido da sua importância, desde logo atendendo a três motivos. Por um lado, Nery era profundo conhecedor da documentação conservada na secretaria, pelo que as considerações tecidas por Lagrange acerca dos documentos relativos a 1774 aí arquivados também certamente se lhe podem aplicar<sup>32</sup>. Por outro, era perista, e os peristas, tal como as elites naturais católicas em geral, prezavam muitíssimo o legado pombalino, que invocavam regularmente. Finalmente, Nery era muito próximo de Lagrange e, na altura em que a *Collecção de Bandos* é publicada, este já trabalhava certamente na edição das *Instrucções*, que sairá a lume alguns meses depois. Terão pois debatido entre si durante a evolução dos respetivos estudos, forçosamente, o esforço renovador de Pombal no seu todo<sup>33</sup>. Como não relacionar as alusões

---

32 “O emprego, que temos a honra de exercer no Estado da India, nos deparou a occasião de vêr e examinar a reforma deste Estado de 1774, a que acima aludimos; e desde então concebemos o projecto de a fazer conhecida do Publico, especialmente as Instrucções ao Governador, e Arcebispo, cujo original encontrámos na Secretaria do Governo, em dous volumes *infolio* de poucas paginas, decentemente encadernados, sendo todas as paginas rubricadas pelo Marquez, e o Decreto, que authoriza as Instrucções, e que adiante vai transcripto, firmado pelo Real punho de D. José” – MONTEIRO DE BARBUDA, *Instrucções com que El-Rei D. José I mandou passar ao Estado da India*, cit., pp. VI e VII.

33 Note-se que o primeiro volume da *Collecção* é dedicado a Lagrange e que a sua colaboração no projeto é assumida de forma clara na *Introdução*: “Há mais de meio seculo que as Provincias denominadas de – *Novas Conquistas* – pertencem ao Estado de Goa, e outros tantos annos há que aos Povos dellas foram solemnemente garantidos os seus antigos usos, e estillos, e costumes, sempre invocados pelos governantes, e governados, sem que precisamente se saiba em que elles consistem; resultando da falta do conhecimento destas especialidades grandes prejuizos para os Povos, ignorantes de seus próprios Direitos. – Formar huma completa Collecção de todas as Leis, Bandos, Editaes, e mais Ordens, que regulam estes usos, e que constituem a Legislação peculiar, e consuetudinaria das referidas Novas Conquistas; divulgal-a, e vulgarisal-a era certamente huma tarefa, com quanto espinhosa, muito útil e necessaria aos Legisladores, Authoridades, ao Publico em geral, e aos Habitantes daquellas Provincias em particular, para facilitar-lhes o conhecimento das Disposições Organicas, que tem parte activa nas suas transacções, e

às Novas Conquistas constantes das *Instrucções* de 10 de fevereiro com as cartas régias passadas a 15 de janeiro e 4 de fevereiro do mesmo ano? A tese do desconhecimento torna-se assim praticamente insustentável – tanto mais que Nery não só reproduz o diploma em questão (apenas lhe retirando peso não o referindo na nota explicativa inicial) como se lhe refere em obras posteriores, ainda que em termos breves<sup>34</sup>.

Vimos já que em 1832 Bernardo Peres da Silva incluíra nos propósitos elencados no seu *Dialogo* uma intensa e concertada intervenção nas Novas

---

vida civil. Cumpria preencher esta lacuna, e assim o conheceu logo nos primeiros mezes d'exercício do seu lugar, ao actual Secretario do Governo, o Sr. Claudio Lagrange Monteiro de Barbuda, a quem merecemos o particular favor de nos convidar e recommendar a execução d'hum trabalho, de certo superior ás nossas forças, mas ao qual desde então nos entregámos incessantemente para dignamente correspondermos á confiança d'hum alto Empregado do Estado, nosso Chefe, e hoje bem conhecido, e respeitado neste paiz por seu merecimento, serviços, e amôr ás nossas cousas. Por isso mesmo, e como singelo testemunho do nosso reconhecimento e elevada consideração, he que ousámos dedicar-lhe esta produção, não do nosso engenho, mas d'hum trabalho aturado, e penoso, que pôde bem imaginar-se, e de que S.S.<sup>a</sup> em parte tem sido testemunha, auxiliando-nos, por vezes, com seus conselhos. [...] E se daqui puder o Publico colher algum proveito, ao mesmo Sr. Lagrange o ficará certamente devendo; e seu nome respeitavel escudará o do Auctor, ainda desconhecido no Mundo Litterario” – NERY XAVIER, F., *Collecção de bandos, e outras diferentes providencias que servem de leis regulamentares para o Governo Economico e Judicial das Provincias denominadas das Novas Conquistas*, vol. I, cit., s/n.

34 Pensamos em dois exemplos. Por um lado, no texto de *O Gabinete Litterario das Fontainhas* a que nos temos vindo a referir: “Governo. – Assim o Administrativo como o Judicial, he consuetudinário, e peculiar, salvas as excepções, garantido pelo Edital de 5 de Junho, e Bandos de 6 d'Agosto, e 12 de Setembro de 1763 – de 25 d'Agosto, e 15 de Setembro de 1781, e confirmado pela Carta Regia de 15 de Janeiro de 1774. O Governo Administrativo he incumbido a hum Administrador Fiscal, e o Judicial esta dividido entre os tres Juizes de Direito, nos seguintes termos: as Provincias ao Leste são adjudicadas ao Circulo Judiciario das Ilhas: as do Norte, ao de Bardez; e as do Sul, ao de Salcete, conforme o art. 3 do Dec. De 7 de Dezembro de 1836” – NERY XAVIER, F., “Estado da India. Noção historica de Goa. Novas Conquistas” [2<sup>a</sup> parte], cit., 195. Por outro, no II volume da *Collecção*: “Há sete annos que se deu á luz a Collecção da Legislação peculiar ao Districto conhecido pelo nome de – Novas-Conquistas – que tendo-se reunido a este Estado em 1763, ainda hoje se governa pelos seus usos e costumes, que lhe foram garantidos em o Edital de 5 de Junho, e Bando de 6 de Agosto do mesmo anno, confirmados pela Carta Regia de 15 de Janeiro de 1774” – NERY XAVIER, F., *Collecção de bandos, e outras diferentes providencias que servem de leis regulamentares para o Governo Economico e Judicial das Provincias denominadas das Novas Conquistas*, vol. II, cit., III.



Conquistas. Mais: que essa empreitada – a qual caberia, naturalmente, em primeiro plano aos seus seguidores, isto é, maioritariamente às elites naturais católicas – deveria promover uma aproximação entre as Novas e as Velhas Conquistas. Assim sendo, neste ponto em particular, a visão homogeneizadora idealizada pelo perismo parece diferir consideravelmente do propósito pombalino consagrado nas *Instrucções* e nos diplomas de 1774, muito firmados na conservação das diferenças estruturais entre os dois blocos que formavam Goa.

Nery, brâmane católico, era um ator importante na administração do Estado da Índia e professava os ideais peristas. Quem se não ele, portanto, seria talhado para preparar e adequar (desde logo em termos jurídicos e administrativos, para já não falar em argumentos históricos) o cenário das Novas Conquistas à intervenção ativa dos seus correligionários – o que virá efetivamente a acontecer ao longo do século XIX? Isto é: não será possível encarar a *Collecção* como algo mais do que uma compilação de normas? Não representará ela uma primeira tentativa organizada de gestão perista das Novas Conquistas?

Se admitirmos esta hipótese, compreende-se melhor a escolha (ou omissão) feita por Nery. Poder-se-ia tornar incómodo reservar especial importância à carta régia de 15 de janeiro de 1774. O diploma em questão ultrapassa os magros limites de uma simples ratificação, servindo igualmente para prestar alguns esclarecimentos dos usos e costumes vigentes nos territórios em questão, nomeadamente ao nível da prática judicial. Desta forma, explica-se que, em Pondá, Zambaulim e Canácona os litígios eram tradicionalmente dirimidos de forma muito mais célere do que de acordo com os cânones ocidentais vigentes nas Velhas Conquistas e resumiam-se praticamente a processos orais. No que a causas cíveis dizia respeito, as pendências podiam ser resolvidas de dois modos: ou através de uma reunião dos gancares locais (sendo extremamente interessante, a nosso ver, a tentativa de equiparação que se ensaia entre a figura, tradicionalmente hindu, de um gancar e os vereadores e demais oficiais das câmaras portuguesas), ou mediante a nomeação, por mútuo acordo das partes, de terceiros (aos quais se dá o nome de testemunhas), cujos depoimentos são decisivos na resolução do processo. Este termina com a entrega de um consto – que, nestes casos, se assemelha menos a um recibo e mais a um sucedâneo de sentença – que é suficiente para se colocar em prática o determinado em juízo. Quanto às causas crimes, importava antes de mais distinguir as de menor gravidade, relativamente às quais se seguia

um formalismo parecido sendo o culpado em regra punido com uma pena pecuniária. Caso, porém, estivessem em causa “crimes atrozes”, o processo era mais complexo e solene e as penas cominadas muito mais duras: os des-sais e os gancares reuniam-se no que a carta régia chama, aporuguesadamente, uma “Junta de Justiça” e, caso o delito fosse dado como provado, o culpado era condenado à morte, “com as ceremonias judiciaes, que para semelhantes execuções se acham estabelecidas”. Finalmente, importa ressaltar que, na ótica do governo de Lisboa (ou seja, à época, de Pombal) a isenção e regime especial garantidos por Ega em 1763 também se ancoravam no “horror, que no espirito commum dos mesmos Povos tinham causado as extorções, delongas, e circuitos dos Escrivães, Advogados, e Juizes dos Auditorios da Capital de Goa”. Desta forma, a severa vergastada desferida por Carvalho e Melo no sistema judicial do Estado da Índia parece, afinal, abranger muito mais agentes do direito do que os desembargadores da Relação que o ministro de D. José tanto deprecia, alargando-se a demais magistrados e, também, a advogados (naturalmente, na sua maioria provisionários) e escrivães. Ora, enquanto as cadeiras da Relação eram quase invariavelmente ocupadas por reinóis, provindo deste grupo também a maioria dos que, então, desempenhavam funções judiciais nos demais tribunais das Velhas Conquistas, o grosso dos advogados e escrivães procedia das elites naturais católicas, que tanto prezavam as profissões jurídicas. O látigo de Pombal, no que à aplicação da justiça aos habitantes das Novas Conquistas diz respeito, não excluiu nenhum dos grupos, antes tratando-os com igual desagrado. Assim sendo, à luz desta determinação, como validar a intervenção ativa das elites naturais católicas naqueles territórios no contexto do perismo? Talvez reservando à carta régia de janeiro de 1774 um lugar de menor destaque na sistematização da *Collecção*?

O sucesso da iniciativa de Nery, tão animada por Lagrange, foi inegável. Desde o momento em que fez a sua aparição (e note-se a existência de uma aparente discrepância de datas: apesar de no frontispício se apor o ano de 1840, Nery sublinha mais do que uma vez no segundo volume que a impressão teve lugar dois anos depois, o que se pode dever a atrasos por parte da Tipografia Nacional de Nova Goa na publicação de um trabalho que há muito já tinha sido entregue para publicação<sup>35</sup>), a *Collecção* tornou-se no principal

---

35 O que se demonstra pelo ofício de 19 de setembro de 1840, enviado por Lagrange ao diretor da Tipografia Nacional e transcrito na *Introdução*: “Ill.m<sup>o</sup> Sr. – O Conselho do Governo Geral deste Estado me encarrega de remetter a V.S.<sup>a</sup> a inclusa = *Collecção*”

instrumento de trabalho dos que se dedicavam à administração e aplicação da justiça nas Novas Conquistas. É aliás o autor – uma vez mais apelidado de “incansavel e zeloso Empregado desta Secretaria”<sup>36</sup> por um dos sucessores de Lagrange – quem sem pejo o afirma ao introduzir o segundo volume da compilação<sup>37</sup>.

*de Bandos, Editaes, e mais Providencias, que formam a legislação peculiar das Novas Conquistas*, e recommendar-lhe que a mande imprimir à custa do Governo em bom papel; e em numero de trezentos e cincoenta exemplares, com a mais possível brevidade, para o publico ter em hum volume todas as disposições, que dizem respeito áquellas Conquistas, até aqui pouco sabidas” – NERY XAVIER, F., *Collecção de bandos, e outras diferentes providencias que servem de leis regulamentares para o Governo Economico e Judicial das Provincias denominadas das Novas Conquistas*, vol. II, cit., XIX.

36 NERY XAVIER, F., *Collecção de bandos, e outras diferentes providencias que servem de leis regulamentares para o Governo Economico e Judicial das Provincias denominadas das Novas Conquistas*, vol. II, cit., VII.

37 Nas palavras preambulares dirigidas ao governador Ferreira Pestana, o autor explica que antes da publicação do I volume os usos e costumes das Novas Conquistas “sem serem definidos de todo, e reduzidos a escripto, como cumpria; com tudo são invocados pelos seus habitantes, sem curar de os fixar, collocando dest’arte o Governo, a Relação, e os Juizes de Direito na necessidade de adoptar diversas providencias subsidiarias; para accorrer casos, que todos os dias são apresentados como omissos nos poucos anos, que em 1824 foram redigidos!”. Consequentemente, “A Collecção aludida, bem que tenha lacunas, que eram de esperar n’hum Espirito de tal ordem, que pela primeira vez sahia a publico, he com tudo sabido que desde a sua publicação tem obstado ás decisões encontradas, e inconsequentes, que d’antes eram frequentes, por deficiencia do conhecimento das especialidades, – que ella anda ja traduzida no idioma familiar aquellas Conquistas – e pelas, noticias locaes que contem, serve de Manual, não só aos Empregados daquellas Provincias, mas aos que tem nellas interesses pessoas” – NERY XAVIER, F., *Collecção de bandos, e outras diferentes providencias que servem de leis regulamentares para o Governo Economico e Judicial das Provincias denominadas das Novas Conquistas*, vol. II, cit., III e IV. Tais considerandos são reforçados na *Introduccção*: “He ocioso, certamente, sustentar com argumentos, as vantagens, que resultam da reunião de disposições legislativas, e outras Peças, e Actos Officiaes, em huma Collecção; tanto mais que ellas formam o todo de hum systema de Organização peculiar a hum Districto administrado excepcionalmente, como he o das *Novas-Conquistas*, que a pesar de 84 annos de convivência com os habitantes das Velhas-Conquistas (as 3 Comarcas de Goa, Salcete, e Bardez) ainda sanctificam os usos, e costumes da dominação do Sunda e Marata, que tanto os flagelavam: usos, que os proprios invocantes ignoram, ou fingem ignorar, quaes elles sejam, porque ainda não estão definidos de todo, á frente de documentos, e tradicções, que não seria difficil reunir para convencel-os da sua dureza! A aceitação que teve a Collecção da legislação Consuetudinaria daquele Districto, publicada em 1842, por determinação do Governo do Estado,

Em 1848, agora nas páginas de *O Gabinete Litterario das Fontainhas*, Nery Xavier retoma o tema das Novas Conquistas a propósito da sua longa (e preciosa) *Noção historica de Goa*. De um ponto de vista jurídico, ou até político, este trabalho interessa francamente menos do que os volumes da *Collecção*. Nele se procede sobretudo a considerações de ordem geográfica repartidas em dez parcelas: aspeto, montanhas, dimensões, solo, população, agricultura e produção, contribuições, conquista, divisão e subdivisões e governo. No entanto, as páginas dedicadas a estas províncias relevam, a nosso ver, pelo menos por três motivos.

Por um lado, pelo detalhe inovador com que o autor descreve o território, que permanecia ainda muito desconhecido para a maioria dos habitantes das Ilhas, Bardez e Salsete. O pioneirismo da exposição também levou a que o precedente de Nery Xavier passasse a ser tomado em conta pelos que se lhe seguiram não só no que toca a providências legislativas mas também à forma como se expunham aquelas paragens.

Por outro, há que ter em conta a extraordinária importância de *O Gabinete*, desde sempre enaltecida em Goa. Pensemos por exemplo no que Barreto Miranda anota logo em 1864, aludindo também aos trabalhos dedicados por Nery Xavier às Novas Conquistas<sup>38</sup>. Os elogios lançados a esta obra de Nery Xavier – de entre os quais é justo frisar o ter franqueado acesso das elites naturais católicas à construção da memória de Goa, de modo a puderem vê-la consagrada no “grande edificio histórico, que um dia hade ser levantado por valentes e robustas vocações” – não referem, contudo, aquele que cremos ter sido um dos principais motores da criação do seu periódico. Já houve oportunidade de demonstrar que a *Noção historica* pode também ser encarada como uma resposta das elites naturais católicas (e dos peristas em particular) às *Memorias* publicadas pelo seu rival Manuel Felicíssimo Lousada em 1842<sup>39</sup>.

Finalmente, e uma vez enquadrada nos propósitos da promoção das elites naturais católicas e do perismo, é talvez possível admitir um outro desígnio

---

subejamente demonstra a proficuidade de hum tal trabalho, e não menos a reconhecerão os interessados, encontrando com facilidade as pelas que lhes são necessarias” – id., *ibid.*, XIX e XX.

38 BARRETO MIRANDA, J.C., “Quadro XVII. O Jornalismo”, *Quadros Historicos de Goa: tentativa historica. Caderneta II*, Margão (Tipografia do Ultramar), 1864, pp. 111 a 113. Veja-se também DEVI, V. e SEABRA, M. de, *A Literatura Indo-Portuguesa*, cit., pp. 153 e 154.

39 PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, L., *A consagração dos naturais*, cit., p. 72.

da *Noção histórica de Goa* no concernente às Novas Conquistas, ao mesmo tempo que a relacionamos com a *Collecção*. Se a *Collecção* pode ser encarada como um instrumento de trabalho para os que desejavam conhecer o funcionamento jurídico-administrativo daquelas províncias – plataforma indispensável para uma intervenção concreta nas mesmas –, não constituirão as detalhadas descrições publicadas no Gabinete o complemento necessário para o conhecimento efetivo do espaço em questão? A articulação de ambos tornavam as Novas Conquistas francamente mais próximas – e acessíveis.

Será assim equacionável ver em Nery Xavier um dos primeiros e principais historiadores do perismo, bem como um divulgador da visão da Goa perista, quer através de periódicos como o *Gabinete Litterario*, quer de obras como as que dedicou às Novas Conquistas? Quem melhor do que um dos mais considerados oficiais da secretaria do governo geral poderia construir a memória e planificar o futuro de uma Goa orientada pelos preceitos do prefeito Bernardo Peres da Silva, postos em prática pelos seus correligionários em geral e pelas elites naturais católicas em particular?

Como sempre sucede nas investigações em curso, muito fica ainda por explicar. Desde logo – e essa é uma das questões a que o nosso trabalho futuro pretende dar resposta, ancorando-se nas dinâmicas jurídicas, judiciais e administrativas daqueles territórios ao longo de todo o século XIX (nomeadamente na aplicação dos sucessivos códigos de usos e costumes, cuja sequência, enquadramento, estrutura e utilização efetiva importa estudar aprofundadamente) – determinar quais foram as formas de transposição do ideal perista para as Novas Conquistas preferidas pelas elites naturais católicas. Ao assumirem um papel central na sua administração, terão optado pela via do desenvolvimento homogeneizador sustentado por Peres em *o sonho do Índio* ou, ao invés, preferiram assumir a subalternidade da Goa que existia para além de Bardez, Ilhas e Salsete, convertendo-a em campo privilegiado para reforço do ascendente de que gozavam no Estado da Índia?

### **III. REVISITANDO POMBAL E AS NOVAS CONQUISTAS NOS TEMPOS DO PERISMO: O CONTRIBUTO DE LAGRANGE**

Quando chegou a Goa, em 1839, na qualidade de secretário do governo e na companhia do novo governador barão do Candal, Lagrange era não só um oficial condecorado e com provas de lealdade à causa liberal-constitucional, mas também o candidato derrotado a um lugar no parlamento (desaire que,

a crer no seu biógrafo, parece ter ditado a nomeação para Goa). No entanto, a sorte deste “erudito” funcionário foi de pouca dura: Candal planeava com a sua ajuda “notáveis reformas legislativas, mas faleceu logo em 18 de Abril de 1840”<sup>40</sup>. Nos primeiros tempos, Lagrange terá procurado assegurar o regular funcionamento dos negócios do Estado, mas rapidamente lhe são imputadas culpas na insurreição do batalhão provisório enviado por Lisboa (26 e 27 de abril de 1842), acusação que apressou a sua exoneração. Seguiu-se um período particularmente duro, durante o qual foi investigado e levado a conselho de guerra. Assim, “[r]estaurado no credito, mas despojado do emprego, continuou a servir varias commissões de que o referido general [o conde das Antas, entretanto designado governador] o encarregou”<sup>41</sup>. E é com Antas que retorna a Lisboa em 1843.

Foi neste enquadramento tumultuoso que surgiu a edição comentada das *Instrucções* – dada ao prelo em 1841 e que também nos parece passível de ser encarada como um documento claramente favorável aos interesses das elites naturais católicas e dos peristas em particular.

Que argumentos é possível aduzir em abono desta tese?

Em primeiro lugar, na *Introdução*, entre elogios a Pombal, Lagrange destaca a reforma do Estado da Índia e, em sede desta, sublinha as medidas destinadas à promoção daquelas elites: “O dedo do gigante apparece bem visivelmente na parte diplomática relativa a naturaes”, para depois acrescentar: “Elle queria eximir os Nativos d’huma desigualdade injusta, que só as velhas ideias dos Seculos bárbaros podem cohonestar, e que he, além de vexatoria para os individuos, onerosa para a Metropole”<sup>42</sup>.

Em segundo lugar, e através dos comentários e anotações que faz às *Instrucções* propriamente ditas, procura enfatizar as medidas que eram mais interessantes às elites naturais católicas e aos propósitos do perismo, enquanto tenta justificar o insucesso das que não lhes pareciam ser tão favoráveis.

Pensemos numa ilustração. A *Instrução primeira* respeita a diversas medidas de “Reparação e segurança”, desde a agonizante cidade de Goa às Novas Conquistas. Ora, essa longa série de indicações inclui alguns passos que interessavam às elites naturais católicas. Por exemplo, a promoção dos gancares

40 SALDANHA, M.J.G. de, *História de Goa (Política e Arqueológica)*, vol. I (reimpr. da 2ª edição, de 1925), New Delhi/Madras (Asian Educational Services), 1990, 268.

41 AA, “Necrologio Militar: Claudio Lagrange Monteiro de Barbuda”, cit., 438.

42 MONTEIRO DE BARBUDA, *Instrucções com que El-Rei D. José I mandou passar ao Estado da India*, cit., pp. VII e VIII.

(quase invariavelmente pertencentes àquele grupo) a capitães e alferes das ordenanças das Velhas Conquistas<sup>43</sup>. Ou, mais ainda, a reafirmação do disposto no alvará de 1761, tão do agrado dos peristas<sup>44</sup>: ao anotar este trecho, Lagrange, no que parece ser uma tentativa de lhes ser agradável, não deixa de procurar demonstrar que em 1840 as próprias elites naturais católicas lamentam essas lutas fratricidas e imputa o ónus da sua resolução definitiva aos poderes administrativos<sup>45</sup>.

Menos atraentes teriam provavelmente sido as recomendações de fixação dos funcionários públicos na velha cidade<sup>46</sup>. As elites naturais católicas, que ocupavam parte significativa desses empregos, residiam sobretudo nas províncias de Salsete e Bardez, onde possuíam o grosso do seu património e mantinham redes de influência que certamente não desejavam abandonar<sup>47</sup>. O tempo demonstrará que a resistência passiva que ofereceram a esta medida produzirá resultados favoráveis, sobretudo depois de o centro administrativo do Estado se transladar para Pangim. Lagrange não dedica qualquer comentário à indiferença com que esta advertência foi recebida: em 1840, era apenas uma memória longínqua. Já não fará o mesmo, porém, com a extinção da Relação<sup>48</sup>. O funcionamento da máquina judiciária do Estado achava-se em boa medida garantido pelas elites naturais católicas, que consideravam muito as profissões jurídicas. Ora, a sua subsistência dependia fortemente da manutenção da centralidade de Goa no aparelho judiciário do Estado – e muito em especial da conservação da Relação e da legião de agentes que o

---

43 MONTEIRO DE BARBUDA, *Instruções com que El-Rei D. José I mandou passar ao Estado da Índia*, cit., cit., p. 10.

44 MONTEIRO DE BARBUDA, *Instruções com que El-Rei D. José I mandou passar ao Estado da Índia*, cit., cit., p. 21.

45 MONTEIRO DE BARBUDA, *Instruções com que El-Rei D. José I mandou passar ao Estado da Índia*, cit., cit., p. 61.

46 MONTEIRO DE BARBUDA, C. L., *Instruções com que El-Rei D. José mandou passar ao Estado da Índia O Governador, e Capitão General, e o Arcebispo primaz do Oriente no anno de 1774, publicadas e anotadas*, cit., p. 7.

47 CARREIRA, E. e PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, L., “Contrepoint. Existe-t-il un modèle ibérique? Les fonctionnaires de l’empire portugais au XIXe siècle”, in LOUIS, J.-P.(ed.), *L’État imperial dans ses colonies. Les administrateurs de l’empire espagnol au XIX.e siècle*, Madrid (ANR/Casa de Velásquez), 2015, pp. 253 a 268.

48 MONTEIRO DE BARBUDA, C. L., *Instruções com que El-Rei D. José mandou passar ao Estado da Índia O Governador, e Capitão General, e o Arcebispo primaz do Oriente no anno de 1774, publicadas e anotadas*, cit., pp. 8 e 9.

sistema mantinha. Desgostar-lhes-ia assim, certamente, os propósitos de “reduzir a administração de Justiça [...] levando um methodo novo para evitar Pleitos, e para abreviar aquelles, que o abuso da introdução forense tem feito inevitaveis”<sup>49</sup> – o que conduziria a uma brusca quebra da intervenção ativa “dos muitos Officiaes Forenses, dos muitos Rabulas”, quase todos provisionários. Note-se que a extinção da Relação foi de pouca dura e que os provisionários continuarão a marcar de forma indelével o cenário jurídico goês ao longo de todo o século XIX, apesar das críticas e ataques que lhes foram sucessivamente lançados, desde logo na década de 1840 pelo desembargador Manuel Felicíssimo Lousada. Fazia assim sentido, numa época em que estatuto dos provisionários e o próprio futuro da Relação novamente se discutiam, uma apologia do papel das elites naturais católicas enquanto operadores privilegiados do direito. Lagrange parece empenhar-se neste propósito, solicitando uma anotação, que taxa de “assaz illustrativa, e vingadora” ao juiz de direito da comarca de Goa, o reinol Pinto Pizarro. O magistrado português é claro: a Relação nunca deveria ter sido dissolvida e os que a serviam não podiam ser cegamente avaliados pela bitola redutora de Pombal<sup>50</sup>.

Reserve-se uma última palavra às Novas Conquistas. Contrariando, na nota 30, a tese de que esses vastos territórios serviriam em bloco só para propósitos defensivos, Lagrange enfatiza outras utilidades: “importante população, riqueza territorial, e ligações que prendem os seus habitantes aos Gentios das Velhas Conquistas; e já finalmente por seu rendimento para a Fazenda Publica, que póde, em nossa opinião, acrescer muito, proporcionando-o á despesa que faz o Estado com a Tropa, que as garante, e com os Funcionarios Publicos necessarios para seu regimen”<sup>51</sup>. Uma visão bem mais conforme ao *Dialogo* de Peres.

Destarte, enfatizando os aspetos da reforma pombalina que eram mais caros às elites naturais católicas e suavizando as eventuais críticas que aí lhes fossem apontadas, Lagrange terá certamente feito sorrir os principais peristas.

---

49 MONTEIRO DE BARBUDA, *Instrucções com que El-Rei D. José I mandou passar ao Estado da India*, cit., cit., p. 9.

50 MONTEIRO DE BARBUDA, *Instrucções com que El-Rei D. José I mandou passar ao Estado da India*, cit., cit., pp. 35 a 38.

51 MONTEIRO DE BARBUDA, *Instrucções com que El-Rei D. José I mandou passar ao Estado da India*, cit., cit., p. 71.



#### IV. UMA CONCLUSÃO PARCIALMENTE EM ABERTO

Será que, fiando-se nos elogios de Nery em 1840 (ser “bem conhecido, e respeitado neste paiz por seu merecimento, serviços, e amôr ás nossas cousas”), associados às anotações com que havia complementado as *Instruções* entretanto publicadas, Lagrange acreditou ter possibilidade de vir a ser eleito deputado pelo círculo de Goa com o apoio poderoso da facção perista? Terá assim a edição das *Instruções* também servido um propósito político – e pessoal? No momento atual da nossa investigação, mais não é possível do que levantar a hipótese.

Existe no entanto um argumento que parece robustecer tal conjectura. Lagrange, obviamente, falhou pela segunda vez a entrada em S. Bento: por sistema, as elites naturais católicas elegiam deputados que a elas pertencessem e professassem convictamente os ideais peristas. Lagrange não preenchia nenhum desses requisitos. Para mais, Peres da Silva ainda vivia, e o antigo prefeito constituía sempre a primeira escolha em quaisquer eleições para as cortes. Barreto Miranda, o historiador brâmane católico e perista que, como vimos, tão largos encômios reservou ao Lagrange *literato*, não perdoará a ousadia do Lagrange *político* – a quem, na mesma obra em que elogia a sua outra faceta, tece críticas duríssimas, dando a entender que o antigo secretário do governo geral geria afinidades consoante os interesses de cada momento<sup>52</sup>:

“A patria viveu descançada tendo por sentinelas homens tão devotados á liberdade, e deu por longo tempo severas lições de quanto valia a soberania dos seus direitos a todos quantos ousavam exigir os suffragios sem terem direito ás sympathias populares. Essa lição de severidade mereceu tambem na eleição de 1842 Claudio Lagrange Monteiro de Barbuda, secretario do governo, quando proximo a partir á metrópole desejava o mandato de confiança dos povos, a quem durante o tempo que esteve em Goa revelara sentimentos de desfavor. Procurando com ardor o diploma de deputado, e prevendo a sua derrota, quando quizesse disputar passo á candidatos já indigitados por meio da sua popularidade, não teve outro recurso senão lançar-se nos braços de uma pequena fracção, para por meio della solicitar os votos dos mais influentes do povo, que já haviam prometido os seus

---

52 BARRETO MIRANDA, J.C., “Quadro XXV. As Eleições e os Deputados”, *Quadros Historicos de Goa: tentativa historica. Caderneta III*, Margão (Tipografia do Ultramar), 1865, pp. 167 e 168. Referindo-se aos “escritores indígenas” Barreto Miranda, Vicente de Abreu e Nery Xavier (todos pertencentes à elite brâmane católica), Frederico Diniz d’Ayalla acusa o afã com que os “historiadores de Goa” tinham procurado construir “a sua história” de Goa à luz dos ideais do *perismo* e das conveniências do grupo social a que pertenciam – DINIZ D’AYALLA, F., *Goa antiga e moderna*, cit., p. 29.

serviços a outros, que gozavam entre elles de grandes sympathias. A resolução firme dos eleitores para levar em triumpho na urna caracteres que já conhecemos, desconcertou os planos de Claudio Lagrange, que para ganhar o mandato empregou esforços de que podia dispor, abjurante até idéas sobre a colonização da India, estampadas na folha official, que foram o pretexto, de que se serviram os nossos *condottieri* politicos para recusando-lhe a aura popular provar com excesso que Claudio Lagrange não errara, quando escrevera que este povo era nimiamente cioso das suas regalias constitucionais”.

Ao regressar a Lisboa, Lagrange difficilmente consideraria o período passado em Goa uma sequência de vitórias. Enfraquecido e esquecido, dedicará o pouco tempo que lhe resta até morrer a procurar compor umas memórias críticas do Estado da Índia e do que lá viveu. Conseguiu apenas dar ao prelo a primeira parte, uma curiosa descrição da sua ida para a Índia, na “Revista Universal Lisbonense” (tomo III, 1843/44, pp. 567 e ss.): a *Viagem de duas mil leguas*.

Quatro anos volvidos, em Goa, Nery Xavier fará publicar em tomo estas notas de viagem, anotando-as profusamente. O que terá motivado tal iniciativa? A proximidade entre os dois autores, pelo que se trataria de uma homenagem ao amigo falecido? Ou uma demonstração da gratidão dos peristas à colaboração de Lagrange com a sua causa – mesmo não tendo recebido o prémio que eventualmente almejava? Não é fácil apresentar uma resposta definitiva, tanto que as palavras de Nery Xavier na *Introdução*, sabiamente veladas, são suscetíveis de ser lidas em mais do que um sentido e parecem indicar que se trata não só do seu preito como também do dos peristas amigos de ambos:

“Prestar homenagem á memoria do Sr. Claudio Lagrange Monteiro de Barbuda, que foi nosso Chefe, e amigo – compraser com os desejos de pessoas da nossa amizade, que partilharam tambem a do Sr. Lagrange – e vulgarisar neste Estado, o derradeiro trabalho da sua penna no limiar da eternidade; mas ainda segura, e sobremaneira interessante, pelo seu estilo, variados assumptos, e alusões que o Autor das Notas ás Instrucções do Celebre Marquez de Pombal legou aos seus amigos”<sup>53</sup>.

Há porém duas hipóteses que nos parecem ser dignas de atenção.

Por um lado, duvidamos que as poucas considerações que Lagrange dedi-

---

53 NERY XAVIER, F., *Huma viagem de duas mil leguas, pelo Sr. C. Lagrange Monteiro de Barbuda [...] extraída da Revista Universal Lisbonense – enriquecida com varias peças – e oferecida aos patricios, e a amigos do auctor por Felipe Nery Xavier*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1848, p. III.

ca a Goa neste trabalho (o qual é sobretudo uma narrativa da viagem) tenham agradado às elites naturais católicas<sup>54</sup>. Talvez seja este um dos motivos que levou Barreto Miranda a não fazer qualquer alusão ao *Uma viagem de mil léguas*.

Por outro, a passagem de Lagrange por Goa e os trabalhos que desenvolveu em colaboração estreita com Filipe Nery Xavier moldaram de forma definitiva o modo como as Novas Conquistas passaram a ser encaradas, ao mesmo tempo que reforçaram o perismo.

Peres da Silva sonhara com o progresso das Novas Conquistas, promovido sobretudo pela iniciativa dos seus partidários. As elites naturais católicas peristas também aqui seguiriam a indicação do prefeito, se bem que moldando-a à realidade: longe dos sonhos homogeneizadores plasmados no *Dialogo*, procurarão garantir um papel determinante na gestão daquelas províncias. Ao nível da aplicação do direito, da administração civil e fiscal, da atividade religiosa, encontramolas a cada passo. E, cremos, só assim se justificam as recordações rosadas do jovem brâmane católico Júlio Gonçalves quando lá acompanhava o progenitor, o advogado provisionário (e responsável pela redação do código de usos e costumes que aí se aplicava a partir de 1880):

“Tudo conheci, porque homens, pagodes e bailadeiras eram clientes de meu pai, clientes de avença, dedicados e admiradores, e os que não o eram, eram serviçais amáveis”<sup>55</sup>.

Aqui chegados, importa perguntar, a título de fecho mas também de orientação para trabalhos futuros: será então possível compreender as Novas Conquistas a partir da base sólida e cuidadosamente construída por Nery Xavier e Lagrange excluindo o perismo? Ou, por outras palavras: não será o perismo uma chave determinante para compreender a forma como as Novas Conquistas foram encaradas ao longo de todo o século XIX?

## V. BIBLIOGRAFIA E FONTES

ATAÍDE LOBO, S.M.C., *O desassossego goês: cultura e política em Goa do liberalismo ao Acto Colonial*. Tese apresentada para cumprimento dos requisitos necessários à

54 NERY XAVIER, F., *Huma viagem de duas mil legoas, pelo Sr. C. Lagrange Monteiro de Barbuda*, cit., pp. 90 a 94.

55 Cit. em CORDEIRO, M., *Júlio Gonçalves: De Goa a Lisboa, Histórias de um percurso de vida*, Lisboa (Glaciar), 2013, p. 58.

- obtenção do grau de Doutor em História e Teoria das Ideias na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2013.
- BARRETO MIRANDA, J.C., “Quadro XVI. Escriutores do seculo 17.<sup>o</sup> e 18.<sup>o</sup>”, *Quadros Historicos de Goa: tentativa historica. Caderneta II*, Margão (Tipografia do Ultramar), 1864, pp. 88 a 102.
- BARRETO MIRANDA, J.C., “Quadro XVII. O Jornalismo”, *Quadros Historicos de Goa: tentativa historica. Caderneta II*, Margão (Tipografia do Ultramar), 1864, pp. 103 a 115.
- BARRETO MIRANDA, J.C., “Quadro XXV. As Eleições e os Deputados”, *Quadros Historicos de Goa: tentativa historica. Caderneta III*, Margão (Tipografia do Ultramar), 1865, pp. 74 a 171.
- BARRETO XAVIER, A., *A invenção de Goa, poder imperial e conversões culturais nos séculos XVI e XVII*, Lisboa (ICS), 2008.
- BRUTO DA COSTA, A.A., *Goa sob a dominação portuguesa: o que era, o que chegou a ser, o que hoje é, e para onde marcha. Narração estribada sobre testemunhos autorizados e totalmente insuspeitos, acompanhada de algumas reflexões. 2<sup>a</sup> edição, correcta e notavelmente aumentada, tornando-se historia de Goa desde a sua conquista até hoje*, Margão (Tipografia do Ultramar), 1897.
- CARITA, H., *Palácios de Goa. Modelos e Tipologias de Arquitectura Civil Indo-Portuguesa*, 2<sup>a</sup> edição, Lisboa (Quetzal), 1996.
- CARREIRA, E. e PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, L., “Contrepoint. Existe-t-il un modèle ibérique? Les fonctionnaires de l’empire portugais au XIXe siècle”, in LOUIS, J.-P.(ed.), *L’État imperial dans ses colonies. Les administrateurs de l’empire espagnol au XIX.e siècle*, Madrid (ANR/Casa de Velásquez), 2015, pp. 253 a 268.
- CORDEIRO, M., *Júlio Gonçalves: De Goa a Lisboa, Histórias de um percurso de vida*, Lisboa (Glaciar), 2013.
- COSTA, A.M. da, *Dicionário de Literatura Goesa*, Macau (Instituto Cultural de Macau/Fundação Oriente), 1997.
- DEVI, V. e SEABRA, M. de, *A Literatura Indo-Portuguesa*, Lisboa (Junta de Investigações do Ultramar), 1971.
- DINIZ D’AYALLA, F., *Goa antiga e moderna* (reedição do original de 1888), Lisboa (Ésquilo), 2011.
- FERREIRA, J., “Novas Conquistas (Goa)”, in Serrão, J.V.; Motta, M; Miranda, S.M. (dir.) *e-Dicionário da Terra e do Território no Império Português*. Lisboa: CEHC-IUL. (ISSN: 2183-1408). Doi:10.15847/cehc.edittip.2014v092
- MÁRTIRES LOPES, M. J., *Goa Setecentista: Tradição e Modernidade (1750-1800)*, 2<sup>a</sup> edição, Lisboa (CEPCEP/UCP), 1999.
- MÁRTIRES LOPES, M. J.; LOPES MATOS, P., “Naturais, reinóis e luso-descendentes: a socialização conseguida”, in MÁRTIRES LOPES, M. J. (coord.), *Nova História da Expansão Portuguesa. O Império Oriental (1660-1820)*, Volume V-Tomo 1, Lisboa (Editorial Estampa), 2006, pp. 15 a 70.
- MONTEIRO DE BARBUDA, *Instruções com que El-Rei D. José I mandou passar ao Es-*

- tado da India O Governador, e Capitão General, e o Arcebispo Primaz do Oriente, no anno de 1774. Publicadas e annotadas por [...]*, Nova Goa (Tipografia Nacional), 1841.
- MONTEIRO DE BARBUDA, *Instrucções com que El-Rei D. José I mandou passar ao Estado da India O Governador, e Capitão General, e o Arcebispo Primaz do Oriente, no anno de 1774. Publicadas e annotadas por [...]*, 2ª edição, Nova Goa (Tipografia Nacional), 1903.
- NERY XAVIER, F. *Collecção de bandos, e outras differentes providencias que servem de leis regulamentares para o Governo Economico e Judicial das provincias denominadas das Novas Conquistas, Precedida da Noção da sua Conquista e divisão de cada huma dellas*, vol. I, Pangim (Imprensa Nacional), 1840.
- NERY XAVIER, F., “Estado da India. Noção historica de Goa. Novas Conquistas” [1ª parte], *O Gabinete Litterario das Fontainhas*, vol. III, nº 9, 1848, 193-206.
- NERY XAVIER, F., “Estado da India. Noção historica de Goa. Novas Conquistas” [2ª parte], *O Gabinete Litterario das Fontainhas*, vol. III, nº 10, 1848, 218-228.
- NERY XAVIER, F., *Additamento ao código dos usos e costumes dos habitantes das Novas Conquistas, contendo as providencias sobre a sucessão, herança e partilha dos gentios das Velhas Conquistas, Ilhas, Salsete e Bardez*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1861.
- NERY XAVIER, F., *Bosquejo Historico das comunidades das aldeas dos concelhos das Ilhas, Salsete e Bardez* (facsimile da ed. de 1903), vol. I, Goa (L&L), 2012.
- NERY XAVIER, F., *Codigo dos usos e costumes dos habitantes das Novas Conquistas em portuguez e marata*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1854.
- NERY XAVIER, F., *Codigo dos usos e costumes dos habitantes não christãos de Damão*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1854.
- NERY XAVIER, F., *Codigo dos usos e costumes dos habitantes não christãos de Diu*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1854.
- NERY XAVIER, F., *Collecção de bandos, e outras differentes providencias que servem de leis regulamentares para o Governo Economico e Judicial das Provincias denominadas das Novas Conquistas*, vol. II, Pangim (Imprensa Nacional), 1850.
- NERY XAVIER, F., *Desenvolvimento da natureza dos bens dos dessaitados das Novas Conquistas e o direito que a Fazenda Publica tem a eles*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1845.
- NERY XAVIER, F., *Huma viagem de duas mil legoas, pelo Sr. C. Lagrange Monteiro de Barbuda [...] extraída da Revista Universal Lisbonense – enriquecida com varias peças – e oferecida aos patricios, e a amigos do auctor por Felipe Nery Xavier*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1848.
- NERY XAVIER, F., *Repertorio ou índice alphabetico do código dos usos e costumes dos habitantes das Novas Conquistas e do regulamento sobre a forma de processo que se deve seguir nas causas das mesmas Novas Conquistas*, Pangim (Imprensa Nacional), 1855.
- PASSOS, J., *Literatura goesa em português nos séculos XIX e XX. Perspetivas pós-coloniais e revisão crítica*, Edições Húmus (VN de Famalicão), 2012.

- PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, L. e CARMO COSTA, P., “Na Dobragem do Meio Milénio: Elites e Genealogia na ‘Oriental Lisboa’”, *Raízes & Memórias*, 27 (2010), pp. 55 a 112.
- PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, L., “‘Emancipate your colonies!’ Reações de Bernardo Peres da Silva ao anticolonialismo de Bentham”, in AAVV, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, vol. I, Lisboa (Universidade Católica Editora), 2013, pp. 497 a 531.
- PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, L., “Do reformismo jurídico pombalino em Goa”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº 79 (2003), pp. 627 a 680.
- PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, L., “Elites coloniais (Goa)”, in Serrão, J.V.; Motta, M; Miranda, S.M. (dir.) *e-Dicionário da Terra e do Território no Império Português*. Lisboa: CEHC-IUL. (ISSN: 2183-1408). Doi: 10.15847/cehc.edittip.2016v005
- PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, L., “Quem sabe o que é um advogado? – A resposta de Luís Manuel Júlio Frederico Gonçalves às tentativas de reforma dos *provisionários* goeses em 1869”, *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, 52 (2015), pp. 207-229.
- PEDROSO DE LIMA CABRAL DE OLIVEIRA, L., *A consagração dos naturais: direito(s) e elites naturais católicas em Goa (1780-1880)*. Dissertação com vista à obtenção de grau de Doutor em Direito na especialidade de História do Direito na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2014.
- RIBEIRO, T., *Jornadas. Segunda Parte: Entre Palmeiras (De Pangim a Salsete e Pondá)*, Coimbra (Livraria Central de José Diogo Pires), 1874.
- SALDANHA, M.J.G. de, *História de Goa (Política e Arqueológica)*, vol. I (reimpr. da 2ª edição, de 1925), New Delhi/Madras (Asian Educational Services), 1990.
- SANTANA RODRIGUES, *O Abade Faria. A vida e obra do misterioso personagem do romance “O Conde de Monte Cristo”*, Lisboa (Empresa Contemporânea de Edições), 1946.
- SILVA, I.F., *Diccionario Bibliographico Portuguez*, Tomo II, Lisboa (Imprensa Nacional), 1859.
- SOUZA, C. d’, *Legal System in Goa. Vol. I – Judicial Institutions (1510-1982)*, Panaji (New Age Printers), 1994.
- THOMAZ, L.F.F.R., *De Ceuta a Timor*, 2ª edição, Miraflores (Difel), 1998.
- VICENTE DE ABREU, M., “Apontamentos para o catalogo dos Officiaes Maiores da Secretaria do Governo Geral do Estado da India”, *O Chronista de Tissuary*, nº 9 (1866), pp. 238 a 244.
- VICENTE DE ABREU, M., “Catalogo dos Secretarios do Estado da India Portugueza”, *O Chronista de Tissuary*, nº 7 (1866), pp. 179 a 186.
- VICENTE DE ABREU, M., “Noção de alguns filhos distinctos da India Portugueza que se illustraram fora da Patria”, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1874.
- VICENTE DE ABREU, M., *Noção de alguns filhos distinctos da India Portugueza que se illustraram fora da patria*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1874.

VICENTE DE ABREU, M., *O governo do vice-rei conde do Rio Pardo no Estado da India Portuguesa. Desde 1816 até 1821. Memoria historica*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1869.

VICENTE DE ABREU, M., *Relação das alterações politicas de Goa desde Setembro de 1821 até 18 de Outubro de 1822*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1862

XAVIER, F. J. (atrib.), *A familia "Xavier" oriunda de Loutolim concelho de Salsete. Breve resenha dos serviços prestados pela família Xavier na Secretaria Geral do Governo do Estado da India, fóra d'ella, no Reino e nas provincias de Moçambique e Angola desde 1744 até 1892, seguida de apontamentos genealógicos*, Nova Goa (Imprensa Nacional), 1893.





# HORIZONTE NACIONAL, ESPACIO TRADICIONAL. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA NACIÓN Y EL EXTRANJERO EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

Iván Pastoriza Martínez<sup>1</sup>

**Resumen.** Este trabajo indaga la problemática del extranjero y su vinculación efectiva a la comunidad política bajo la Constitución española de 1812. Partiendo de una cultura jurídica que hunde sus raíces en la irreductible pluralidad de cuerpos locales de la Monarquía católica, presentamos una «concepción de la pertenencia» de claves radicalmente novedosas en su articulación constitucional, pero tradicionales en su construcción doctrinal y en su potencial impacto. Al estudiarlas, observaremos el cortocircuito de una moderna idea de nacionalidad y cuál es la concreta condición de «ajeno» que se otorga al extranjero.

**Palabras clave:** extranjero, nacionalidad, naturaleza, vecindad, España.

**Abstract.** This paper deals with the problem of the foreigner and its political membership under the Spanish Constitution of 1812. Starting from a legal culture that roots in the irreducible plurality of local bodies of the Catholic Monarchy, we remark a new concept of the membership over some keys that were radically innovative as for their constitutional references, but traditional regarding their doctrinal construction and its potential impact. There we observe the impossibility of a modern idea of nationality under this law, and what particular condition of “alien” this foreigner represented.

**Key words:** foreigner, nationality, naturality, neighborhood, Spain.

SUMARIO: I. EXTRANJERÍA, NACIONALIDAD Y CULTURA DEL DERECHO; II. CUERPOS, ESTADOS Y PERTENENCIAS MÚLTIPLES; 1. Una cultura del sujeto no individual; 2. Extranjería, cuerpos locales y disposiciones regias; III. LA EXTRANJERÍA BAJO LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ; 1. La redefinición constitucional de un orden transoceánico; 2. Relaciones de pertenencia en Cádiz: ausencia notable y presencias factuales; 3. ¿Quién era extranjero bajo el régimen gaditano?; A. Condición de español, privilegio de ciudadanía, limbo de extranjería; B. Entrar y salir del cuerpo nacional: arraigo, conveniencia y lealtad; IV. AJENIDAD JURÍDICA ENTRE EL ESPACIO TRADICIONAL Y EL HORIZONTE NACIONAL; V. REFERENCIAS; 1. Fuentes; 2. Referencias bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Becario del Programa Pre-doctoral de Formación de Personal Investigador No Doctor del Gobierno vasco, en el departamento de Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales e Historia del Derecho de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, bajo la dirección de Carlos Garriga. Máster en Europa y el Mundo Atlántico: Poder, cultura y sociedad (UPV/EHU). Contacto: i.pastoriza.m@gmail.com.

## I. EXTRANJERÍA, NACIONALIDAD Y CULTURA DEL DERECHO

La sombra del «extranjero», el sujeto foráneo a una comunidad, ha estado planeando sobre nosotros desde tiempos anteriores a los Estados y naciones que conocemos hoy en día. Es un concepto que pertenece al patrimonio más antiguo de la civilización occidental, y su tratamiento ha conllevado problemáticas en todas las culturas del derecho. No obstante, es cierto que tales problemas concretos han podido ser de distinto tipo y estar mediados por diferentes concepciones sobre la particularidad específica de este sujeto extraño, nacido o arraigado fuera del «demos». De este modo, se señala en tiempos recientes que la exclusión de extranjería en clave nacional es una construcción histórica propia de nuestro universo jurídico, qua arrancaría entre los siglos XVIII y XIX<sup>2</sup>.

En ese interesante parte-aguas histórico se redefinieron muchas relaciones de pertenencia propias de la cultura occidental, con consecuencias trascendentales. Entendemos por relación de pertenencia el vínculo emotivo, pero también jurídico, que nos incluye en una comunidad política mediante mecanismos normativos, en una dimensión profunda, consustancial a nuestra individualidad y a nuestro anclaje en el mundo. Estas relaciones entre sujeto y comunidad pueden ser objeto de un estudio histórico y jurídico, dada su profunda alteridad: a lo largo del tiempo, en relación a distintas concepciones sobre qué es el derecho, se han sucedido diferentes mecanismos para ligar la trama social y el poder político en un conjunto coherente. Son categorías, por tanto, que siempre son históricas, no son trasplantables de una época a otra, incluso aunque a veces compartan similitudes léxicas<sup>3</sup>.

La nacionalidad, tal como la conocemos, tiene sus orígenes en aquel perio-

---

2 GARCÍA ESTRADA, R. J., *Extranjeros, ciudadanía y membresía política a finales de la colonia y la independencia de Nueva Granada, 1750-1830*, Bogotá, D. F. (Universidad del Rosario y Universidad Andina Simón Bolívar), 2016, pp. 1-14. BABIANO, J., «La construcción de una exclusión: extranjería, emigración y ciudadanía en la España contemporánea», en PEREZ LEDESMA, M. (dir.), *De súbditos a ciudadanos. Una historia de la ciudadanía en España*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2007: pp. 695-698.

3 COSTA, P., «Nazione, diritti, Stato», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 7, 2012, pp. 45-56. El mismo Costa advierte sobre esta práctica al señalar la complejidad de la «pertenencia nacional» en los arranques constitucionales, cuando la vocación universalista de la revolución francesa la relativizó considerablemente.

do que mencionábamos previamente. Un poderoso vínculo jurídico-civil, que sujeta a cada persona al ordenamiento positivo de un Estado imaginado como comunidad nacional, y que acarrea consecuencias fundamentales en la vida de las personas, como, por ejemplo, el ejercicio de derechos políticos. En un plano político y sentimental más extenso que su contenido normativo, pero con importantes consecuencias personales, la nacionalidad evoca una dicotomía entre nacionales y extranjeros de una comunidad más o menos homogénea<sup>4</sup>. Si hoy la historiografía jurídica identifica la construcción del Estado con un siglo XIX caracterizado por la monumental acumulación del poder antes disperso a lo largo de una sociedad corporativa<sup>5</sup>, la nacionalidad puede definirse como un gran proceso de apropiación de la pertenencia por parte del Estado, que aprehendería a los individuos antes partícipes de otras relaciones de pertenencia, disolviendo estas en una concepción unitaria del vínculo político a través de la conversión de esos sujetos en ciudadanos nacionales. La nacionalidad constituiría así una herramienta agregativa y simplificadora, a requerimiento de una nueva ordenación del derecho civil y una labor de gobierno administrativo, estableciendo en el acto una radical dicotomía con el ajeno a la misma<sup>6</sup>.

Siendo este el marco de nacionalidad y extranjería que queremos evocar, hay que hacer importantes matizaciones en lo relativo al mismo para la España del siglo XIX. Como norma general, en el primer constitucionalismo hispánico que tuvo su máxima expresión en la Constitución de 1812 no se daban las condiciones de posibilidad para esa apropiación de la pertenencia. Los hitos que nos llevan a hablar de un tratamiento homogéneo para el sujeto de derecho le fueron ajenos: identificación y registro civil, codificación del derecho con una cierta equiparación de capacidades personales, condición de nacional como fuente mínima de derechos políticos con exclusión de extranjeros... Incluso en lo puramente semántico, basta una simple visita a los

---

4 ALÁEZ CORRAL, B., «Nacionalidad, ciudadanía y democracia en la configuración de la nación/pueblo», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 7, 2012, pp. 87-97.

5 GARRIGA, C., «Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen», *Istor. Revista de historia internacional*, núm. 16, 2004, pp. 1-3.

6 WEBER, E., *Peasants into Frenchmen: The Modernization of Rural France 1870-1914*, Stanford (Stanford University Press), 1976, pp. 3-22. BRUBAKER, R., *Citizenship and nationhood in France and Germany*, 2ª ed., Cambridge (Harvard University Press), 1994, pp. 5-12. SCOTT, J., *Seeing like a state. How certain schemes to improve the human condition have failed*. New Haven y Londres (Yale University Press), 1998, pp. 11-22.

diccionarios de la lengua para advertir que, en el caso de España, «nacionalidad» no significó estado civil y condición de pertenencia hasta estadios muy avanzados del siglo XIX, y la calidad de español mencionada en las constituciones remitía a categorías jurídicas del mundo preconstitucional. Esta particularidad no constituye anomalía, y es plenamente coherente con la falta de ruptura respecto del ordenamiento previo. Y es que la Constitución gaditana compartió el espacio del derecho con un orden normativo no derogado en su generalidad, permitiendo la pervivencia de un acervo de categorías y reglas interpretativas que reproducían bajo nueva forma el orden tradicional<sup>7</sup>.

Para estudiar el fértil universo de la pertenencia que supone el constitucionalismo gaditano, precisamente, la del extranjero es una problemática clave. Estudiar su concreta condición de «ajenidad» jurídica nos mostrará cómo se delimitó el perímetro de la comunidad en este primer constitucionalismo hispano. En líneas generales, nuestra propuesta al respecto es que existió una novedad en cuanto a los criterios formales de inclusión y exclusión, pero tal innovación se realizó con materiales antiguos. Aquí, como veremos, fijar el ángulo de visión en una dicotomía entre «españoles» y «extranjeros» se hace problemático, habida cuenta de que el pacto social no se fundaba aún en clave nacionalista<sup>8</sup>. Tampoco, no obstante, estableceremos la dicotomía en la clásica distinción política entre españoles y ciudadanos.

Nuestra primera aseveración es que si queremos indagar en los conceptos de la pertenencia que maneja la cultura jurídica gaditana, debemos recuperar marcos teóricos y contenidos doctrinales distintos a los que hoy utilizaríamos. Debemos movernos en la tensión resultante entre el «espacio tradicional» y un consabido «horizonte nacional», sin extrapolar hasta el mismo arranque del constitucionalismo el único mundo de la pertenencia que hemos conocido personalmente, el mundo de lo nacional como criterio totalizador de dentro y fuera de la comunidad.

Olvidemos, por tanto, todo lo que hoy sabemos sobre nacionalidad y Estado nacional, pues esa proyección de actualidad al pasado emborronará nuestra visión. Forjemos, primero, una nueva lente, una lente que no puede dejar

---

7 PASTORIZA, I., «Construyendo la comunidad política: relaciones de pertenencia en el Derecho español del siglo XIX», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 36, 2017, pp. 337-362.

8 La «nación» de la Constitución de 1812, definida como «cuerpo» supremo, se entiende mejor en clave corporativa. PORTILLO, J. M., *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*. Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2000, pp. 384-398.

de lado la forma en que los sujetos pensaron el mundo antes del advenimiento constitucional: observemos qué se entendía por sujeto en el tiempo crepuscular de la Monarquía católica, e indaguemos qué se entendería por tal cuando este enorme espacio devino «nacional» y se postuló titular de un nuevo tipo de soberanía. Estas son nuestras premisas para observar la reconfiguración de la extranjería en la cultura constitucional gaditana.

## II. CUERPOS, ESTADOS Y PERTENENCIAS MÚLTIPLES

### 1. Una cultura del sujeto no individual

En primer lugar, recuperaremos ciertas premisas y categorías del mundo tradicional que, abocadas a incidir sobre el pensamiento jurídico de los agentes del régimen gaditano, requieren nuestra comprensión. Nos movemos en un mundo de la pertenencia radicalmente ajeno al nuestro. El orden social era percibido desde un conjunto de principios religiosos y trascendentales, como manifestación de la obra divina y, por ello, indisponible para el hombre. Esa indisponibilidad incluía una división tradicional del entramado social en diversos cuerpos autónomos, capacitados para auto-administrarse, incluso en lo relativo a la decisión de quién pertenecía a los mismos y quién no. La idea de un poder político central resultaba entonces inconcebible; la unidad era mantenida en lo simbólico por referencia al «princeps», presentado como fuente originaria de la potestad de declarar el derecho, aunque no su titular en exclusiva. Este corporativismo llegaba al extremo de minimizar la substancia individual de los seres humanos, percibidos jurídicamente en función de su posición en cada uno de estos cuerpos, o sea, por su pertenencia a uno u otro «estado» o «estamento». En tales términos, una idea de «sujeto de derecho» unitario sería virtualmente imposible de intuirse o plantearse. La clave de acceso al derecho era el «estado» subjetivo, y su ausencia significaba la inexistencia jurídica<sup>9</sup>.

---

9 AGÜERO, A., «Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 6, 2006, pp. 21-32. CLAVERO, B. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, D. F. (Siglo Veintiuno Editores), 1994: p. 8 y ss. Todavía en 1796, la variedad de condiciones en que se dividía el estudio de la persona diferenciaba entre nacidos y por nacer, varones y hembras, naturales y extranjeros, nobles y plebeyos, legos y eclesiásticos, libres y esclavos; véase PÉREZ Y LÓPEZ, A. X., *Teatro de la legislación universal de Españas e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos, y decisiones no recopiladas, y alfabético de sus títulos y principales materias.*, tomo XII, Madrid (Imprenta de Ramón Ruíz), 1796, p. 401.

Nos interesa un estado de especial importancia, el de vecindad, que pautaba la pertenencia a las comunidades locales. En la adjudicación de vecindad, más que un acto normativo firme, importaban las cuestiones de consenso social, es decir, quién consideraba la propia comunidad que podía arraigar y en base a qué causas. Su origen puede hallarse en la reconquista castellana, cuando las nuevas comunidades del reino requirieron de nuevos habitantes que buscasen integrarse con efectividad. Aún los extranjeros o los no vasallos del rey podían ser vecinos, siempre que fuesen católicos, demostrasen ánimo de arraigo y, preferentemente, fuesen útiles a la comunidad. En numerosas ocasiones, esta no establecía unos requisitos definidos para considerarse en vecindad, pues la vida de los propios vecinos establecía un canon de persona aceptable y aceptada en estos pequeños cosmos, «silenciosamente, en las interacciones diarias». Los escasos registros, en manos de los curas de parroquias, no hacían sino traducir a escrito las decisiones de estas comunidades<sup>10</sup>.

En estrecha relación se hallaba la naturaleza, un vínculo de pertenencia basado en la inclinación a la lealtad presupuesta en quienes nacen o viven en una determinada comunidad. Tal fidelidad distinguía en aptitud para algunas prerrogativas como los oficios públicos y beneficios eclesiásticos. El estatus de foráneo no suponía una exclusión sistemática, pero sí la negación del ejercicio de algunas de estas potestades. La comunidad política a la que solía aludir la naturaleza era el reino, pero a veces se hablaba de naturalezas de menor radio y, por tanto, de otra serie de extranjerías<sup>11</sup>.

De hecho, cualquier intento de mediatizar estas nociones por parte del poder regio se complicaba considerablemente y el peso de los entornos locales perviviría. Aún cuando, desde el siglo XVI, se extendió una nueva concepción de la pertenencia a la monarquía basada en la idea de sujeción jurada al soberano a cambio de protección, la idea del «súbdito» no devino un ger-

---

<sup>10</sup> HERZOG, T., *Vecinos y Extranjeros: hacerse español en la Edad Moderna*, Madrid (Alianza Editorial), 2006, p. 66 y ss. Lo que definía el domicilio en un determinado lugar era el ánimo de permanecer en él, probado por el transcurso del tiempo, compraventa de posesiones, sujeción a cargas y tributos vecinales... sintetizando, por el desempeño práctico de la vida vecinal como si uno ya fuese vecino; véase SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España, ordenada por Don Juan Sala, favor de la metropolitana Iglesia de Valencia, y catedrático de prima de leyes en la Universidad de la misma ciudad*, tomo I. Valencia (Imprenta de Joseph de Orga, 1803, p. 17.

<sup>11</sup> ÁLVAREZ, J. M., *Instituciones de Derecho Real de Castilla e Indias*, tomo I, Guatemala (Imprenta de D. Ignacio Beteta), 1818, pp. 111-117. HERZOG, T., *Vecinos y Extranjeros*, ob. cit. pp.107-130.

men de estatalismo o centralización, imposible entonces, sino que reintegró y acentuó los rasgos corporativos de estas relaciones de pertenencia. El monarca pretendió prevalecer sobre esa multiplicidad de personalidades, pero no logró anular o monopolizar sus ordenamientos y categorías. La condición de vecino de aquellos cuerpos locales no fue desplazada por la de súbdito, y la división dicotómica nunca fue la de naturales del reino y extranjeros: tal división existía, pero no determinaba al sujeto y nunca fue consensuada con carácter definitivo. La última palabra la tendría cada parroquia, cada población, cada cuerpo local<sup>12</sup>.

En la edad moderna, por tanto, la comunidad de vecinos no se limitaba externamente salvo en lo relativo a su condición de católicos, que junto a la de súbditos era la que reunía a la Monarquía hispánica bajo un ideal de familia. Así, los extranjeros, siendo católicos, se acercaban con relativa facilidad. La vecindad y la naturaleza, más que categorías rígidas, eran estatus de reputación social; verdad aún más evidente en los territorios americanos, cultural y étnicamente plurales. Como naturales se incluyó desde 1492 a los indígenas del territorio americano que aceptaron plegarse a ese estatus civilizatorio de la vida cristiana, mediante la total renuncia de sus propias categorías del derecho y la encomienda a la protección de instituciones seculares y eclesiásticas<sup>13</sup>.

## 2. Extranjería, cuerpos locales y disposiciones regias

En este contexto, la condición del extranjero era una rica construcción subjetiva que funcionaba como un estado más en la multiplicidad aquí presente, sin el papel dicotómico que nosotros le atribuimos, y mediada sólo por certezas compartidas como la necesidad de bautizo y el arraigo local para dejar de serlo. Este foráneo podía representar un peligro por su diferencia de costumbre y religión, pero se valoraban las posibles innovaciones que traía a la comunidad. Por ello, las estrategias de inclusión buscaban neutralizar aquellos peligros, por ejemplo, mediante la conversión a la fe católica, la exi-

---

12 GARRIGA, C., «Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen», ob. cit., pp. 1-15. Los criterios de integración casuística y local producían una enorme confusión a las autoridades regias, ajenas a esas pequeñas comunidades, que preferirían unos criterios definidos y predecibles. SCOTT, J., *Seeing like a State*, ob. cit., p. 49.

13 CLAVERO, B., *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, ob. cit., pp. 3-20.

gencia de muestras de arraigo como el matrimonio, o sus cualidades de interés para la comunidad<sup>14</sup>.

Los cuerpos locales solían permitir la inclusión de estos extranjeros por la vía aludida del consenso social. De hecho, no estaba establecido respecto de qué comunidad se era extranjero, resultando a menudo que el foráneo era miembro de otra comunidad que pertenecía a la misma Monarquía hispánica<sup>15</sup>. Generalmente, no podían obtener empleos como las alcaldías o regimientos de ciudades y villas, no se les excusaba la ignorancia de las normas y se les imponía la vestimenta local. Por derecho de gentes, debían atender a su profesión evitando inmiscuirse en asuntos sensibles, como los religiosos, y se les vetaban a veces ciertos tipos de comercio, como el de Indias. Estas eran todas las reservas. Al margen de las mismas, el propio derecho de gentes y la equidad obligaban a acogerles y respetar su integridad, y las comunidades locales decidían finalmente quién pertenecería a las mismas, en base a sus propias consideraciones morales y utilitaristas<sup>16</sup>.

Frente a estas decisiones locales, las disposiciones regias perseguían una política variable entre la inclusión y la exclusión en base a su conveniencia casuística. En tales ocasiones, se buscaba influir en la definición local de quién pertenecía y quién no. No obstante, cuando el poder regio trataba de arrogarse estas definiciones, no podía ignorar el peso del arraigo y el resto de procedimientos y cosmovisiones locales sobre la pertenencia: sus lógicas eran plenamente operativas y nunca se pretendió modificarlas en profundidad.

Sobre todo a partir del siglo XVIII, se impondrían ciertas ideas sobre el control de los estados personales que hasta ese momento no eran prioritarias. Desde 1716 se pretendió distinguir entre «extranjeros transeúntes» y «ex-

---

14 DOU Y BASSOLS, R. L., *Instituciones del derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, vol I., Madrid (Don Benito García y Cía), 1800, pp. 187-188. VÁZQUEZ GARCÍA, F., *La invención del racismo: nacimiento de la biopolítica en España*, Madrid (Editorial Akal), 2009, pp. 105-108.

15 Es extranjero «el que es extraño de aquella tierra donde está», COVARRUBIAS, S., *Tesoro de la Lengua Castellana o Española [Madrid (Luis Sánchez), 1611]*, Madrid (Ediciones Turner), 1984 p. 568. «Bajo otra más estrecha significación entendemos también por extranjeros de una Provincia al que no es nacido en ella», JORDÁN DEL ASO Y DEL RÍO, I., MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid (Imprenta de Ramón Ruiz), 1771.

16 DOU y BASSOLS, R. L. *Instituciones del derecho público general de España*, ob. cit., pp. 187-188.



tranjeros avecindados y arraigados», equiparados estos últimos a una cierta naturaleza. Con todo, esta equiparación no era sino la confirmación regia de una integración local existente de facto. Algunas normativas como la aplicada en Madrid en 1727 daban por vecino al extranjero con privilegio de naturaleza, condición de católico, domicilio y matrimonio, bienes raíces en el pueblo o estancia de diez años, entre otros. En estos supuestos, los agentes de asimilación eran los pueblos y las parroquias locales, y los motivos de inclusión no eran estrictos, siempre que el sujeto poseyese ciertos atributos de utilidad<sup>17</sup>.

Se trataría, así mismo, de equiparar el vocablo *español* con *natural*, y se pretenderían definiciones de este que lo enfrentaban con el extranjero: si bien los mismos textos advertían que naturaleza no significa lo mismo en todos ellos, cierto discurso doctrinal rechazaba tajantemente al foráneo. Estos signos de rechazo no eran sistemáticos, sino puntuales y dependientes de intereses locales de tipo económico y gremial<sup>18</sup>. Con la legislación de Indias en la mano, se quiso interpretar que los extranjeros naturalizados en España seguirían siendo extranjeros en América. Cabe destacar que allí se prohibió la entrada de extranjeros sin licencia real, pero no se pudo sino disimular ante aquellos extranjeros que llevasen mucho tiempo en Indias, hubieran servido al rey o estuvieran arraigados y con familia. Los caracteres de arraigo y utilidad local, entonces, estaban en la mente de todos por encima de cualquier intento de expulsión: un decreto para expulsar a los extranjeros sin oficio, en 1789, debía exceptuar a los extranjeros avecindados que tuviesen domicilio de diez años, casa poblada, rentas o algún ejercicio o tráfico honesto<sup>19</sup>.

---

17 PÉREZ Y LÓPEZ, A. X., *Teatro de la legislación universal de Españas e Indias...*, ob. cit., tomo XXVII, p. 424.

18 COVARRUBIAS, S., *Tesoro de la Lengua Castellana o Española*, ob. cit., p. 284. SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España*, ob. cit., p. 18. Este intento de incidir en la concepción de la extranjería fue propio de corrientes doctrinales y voluntades políticas como las criollas en América, que pretendieron alzar una polemizada condición de naturaleza particular de las Indias dentro de este juego de poder por monopolizar las vías de acceso a las comunidades: GARRIGA, C., «Patrias criollas, plazas militares: sobre la América de Carlos IV», *Horizontes y Convergencias. Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho*, digitalizado en: <<http://horizontesy.com.ar/?p=3551>>, 2009: pp. 23-41. La problemática criolla puede interesar, con cuidado de no ver allí unos términos de identidad nacional, virtualmente imposibles entonces: CHIARAMONTE, J. C., *Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de las independencias*, Buenos Aires (Sudamericana), 2004, pp. 161-165.

19 PÉREZ Y LÓPEZ, A. X., *Teatro de la legislación universal de Españas e Indias*, ob. cit., tomo XIII, p. 493 y ss; *ibid.*, tomo XI, pp. 210-220.

Otra estrategia de intervención en las decisiones locales fue la de imponer, desde 1764, una declaración oral de libre elección de estatus para extranjeros, arrebatando tal potestad a las presunciones de arraigo de cada comunidad. Frecuentemente, se solicitaron listas a las autoridades locales y se crearon censos, como el censo de Floridablanca de 1787. De estos, constantemente se denunciaría su insuficiencia y falta de claridad: puede que las comunidades locales no tuviesen interés en clarificar estas situaciones, para así poder seguir mediándolas<sup>20</sup>. Es preciso cuestionar el éxito de algunos de estos intentos de regulación, que no pueden confundirse con el derecho de extranjería moderno, surgido desde la década de 1850. Como señalábamos, no existió aquí un aparato estatal capaz de imponer efectivamente estas normas, por lo que su ejecución en la práctica dependía de múltiples circunstancias y un solapamiento de jurisdicciones. Estos tratamientos novedosos de la extranjería, además, se superponían a la concepción tradicional aún operativa sobre la vecindad<sup>21</sup>.

El último intento remarcable en esta dirección, antes del constitucionalismo gaditano, fue una real cédula de 20 de junio de 1791 que quiso hacer frente a la indeterminación reinante en el avecindamiento de extranjeros, pues «los más quieren usar promiscuamente de los privilegios de los avecindados». Pese a su cuestionable aplicabilidad, adelantaba elementos que tendrían cierta influencia en el futuro. Se imponía la averiguación de la situación de los extranjeros mediante la matriculación de los mismos, con declaración del «ánimo» de permanecer como avecindados o súbditos, o bien ser considerados transeúntes. En el primer caso, requerían ser católicos y realizar un juramento de fidelidad a la religión y a la soberanía del rey, renunciando a todo fuero de extranjería y relación con el país de nacimiento. El juramento

---

20 *Censo español executado de orden del Rey, comunicada por el excelentísimo señor Conde de Floridablanca, primer secretario de estado y del despacho*, Madrid (Imprenta Real) 1787, p. 1 y ss. Es interesante observar censos como este, herramientas para un pretendido control de la población que no obstante atendían a la lógica intrínseca de este mundo de subjetividades plurales, con división en estamentos, oficios, cuerpos, parroquias...

21 «se forme en todos los puertos y lugares de comercio una lista de las personas extranjeras que haya en ellos, con separación de naciones... con expresión de si son transeúntes o domiciliados, reputados por vasallos de España, o entraren a ser nacionales españoles por alguna razón que les da el Derecho», PÉREZ Y LOPEZ, A. X., *Teatro de la legislación universal de Españas e Indias*, ob. cit., tomo XIII, 1796, p. 412 y ss. HERZOG, T., *Vecinos y Extranjeros*, 2006, pp. 114-130.

era incondicional y sin él no existiría vecindad ni ejercicio de la vida local, debiendo ser el extranjero, en ocasiones, expulsado del reino para evitar la vagancia y el nomadismo<sup>22</sup>.

### III. LA EXTRANJERÍA BAJO LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

#### 1. La redefinición constitucional de un orden transoceánico

«Porque el constitucionalismo advenga, el hombre no se acuesta persona de estado y se despierta sujeto de derecho»<sup>23</sup>

Desde 1808, la crisis de la Monarquía católica, producto de la desaparición de su cabeza regia, hizo visible el carácter corporativo de estas sociedades con la creación espontánea de juntas, depósitos de la soberanía ausente mientras durase la cautividad del rey<sup>24</sup>. Esta justificación tradicional ya nos adelanta que ello no supondría un cambio en la antropología política del sujeto.

La elección de la senda constituyente, dos años después, provino de la deducción de una filosofía política de las antiguas leyes de los reinos hispánicos, válida para justificar la limitación del poder monárquico y la representación política de la sociedad. La radicalidad de sus planteamientos provendría, principalmente, de pensar a cierto sujeto individual como titular de derechos y unidad de cómputo de la representación; pero más allá, no se rompía con el tracto de la tradición, ni se limaba su concepción de una multiplicidad de sujetos. La ausencia de una cláusula derogatoria en la Constitución de Cádiz, con la consiguiente supervivencia de esquemas y categorías tradicionales, ha sido destacada en varias ocasiones<sup>25</sup>. Podemos suponer que muchas normas

22 AGUIRRE, S., *Prontuario alfabético, y cronológico por orden de materias, de las instrucciones, ordenanzas, reglamentos, pragmáticas, y demás reales resoluciones no recopiladas, expedidas hasta el año de 1792*, Madrid (Oficina de Don Benito Cano), 1793, p. 141 y ss.

23 CLAVERO, B., *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, Santiago de Chile (Olejnik), 2016, p. 118.

24 PORTILLO, J. M., *Crisis atlántica: autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispana*. Madrid (Marcial Pons), 2006, pp. 53-60. DEDIEU, J-P., *Après le roi: essai sur l'effondrement de la monarchie espagnole*, Madrid (Casa de Velázquez), 2010, pp. 63-82.

25 LORENTE, M., PORTILLO, J. M., *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, Madrid (Cortes Generales), 2011, pp. 51-70. Aquellos sujetos

de extranjería y concepciones sobre lo apropiado de las mismas se entendieron plenamente operativas. Sin ir más lejos, una orden de dos de abril de 1821 resolvería dudas relativas a la capacidad del desempeño de judicatura militar por extranjeros al servicio de España: se aclaró que, para la jurisdicción militar, el artículo 250 dejaba en toda su fuerza las ordenanzas previas, las cuales, así como la Constitución, nunca prohibieron la admisión de extranjeros en el servicio<sup>26</sup>.

Ante esta evidencia, la base histórica del esquema de extranjería que planteamos para la Constitución de Cádiz es la siguiente. Un vastísimo mundo de dimensión oceánica, la Monarquía católica, arribó a una crisis sistémica en los inicios del siglo XIX, que llevaría a su reconfiguración en forma de soberanías de escala menor, sin romper con las profundas raíces jurídicas comunes a este conjunto político y cultural. La construcción del Estado, que arrancaría posteriormente para colmar el abismo dejado por la desaparición del viejo aparato monárquico y transoceánico, no pudo dejar de imaginar el orden de las normas y la sociedad desde una concepción de fuerte impronta católica y tradicional. Por ello, en lo que incumbe a la idea de qué era el derecho, este seguía obedeciendo a las lógicas de un mundo pre-nacional, aún no dividido o determinado por el principio de nacionalidad<sup>27</sup>.

Desde esta base, hallaríamos una irreductible variedad de soluciones al problema de cómo articular de nuevo la comunidad política y sus relaciones de pertenencia. Lo común a todas estas reconfiguraciones constitucionales, durante sus primeras décadas, fue un pensamiento antropológicamente católico, una fallida codificación del derecho y un peso desmedido de dispositivos locales como la vecindad. Así, uno se haría miembro de estas nuevas comunidades soberanas por una serie de rituales, presentes en los sistemas de representación y elección, que respondían a formas de pertenencia tradicionales: adecuación a modos de vida aceptados por la moral imperante, feligresía,

---

plurales sobrevivieron a la obra constituyente. El juramento de la Constitución por estos cuerpos sería necesario para completar el poder soberano de las Cortes: GARRIGA, C., LORENTE, M., *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2007, pp. 73-118.

26 *Colección de los decretos y ordenes generales expedidos por las Cortes ordinarias de los años de 1820 y 1821, en el segundo periodo de su diputación, que comprende desde 25 de febrero hasta el 30 de junio del último año...*, tomo VII, Madrid (Imprenta Real), 1821, p. 33.

27 GUERRA, F. X., *Modernidad e Independencias*, Madrid (Ediciones Mapfre), 1992, pp. 11-19. LORENTE, M., PORTILLO, J. M., *El momento gaditano*, ob. cit., pp. 13-19.

participación en ritos y actos comunitarios... No hubo, ni pudo haber, una reconceptualización profunda del individuo como sujeto nuclear de derecho<sup>28</sup>.

Y no obstante, es imposible obviar que, en un primer momento, la Monarquía católica pasó a imaginarse como «nación» católica, perdiendo por el camino porciones de su territorio y sus súbditos, que sólo más tarde acabarían constituyendo unidades soberanas y se autodenominarían como naciones. La «Nación» que ahora nos interesa, la gaditana que se referencia a sí misma en mayúscula, aprehendía territorialmente y definía constitucionalmente una nueva comunidad política. La membresía era obviamente influenciada por este trazado de nuevas fronteras de pertenencia en clave constitucional, pero su conexión con la concepción jurídica tradicional de los «estados» imposibilitaría la individualización del sujeto. Como decía Dou y Bassols, primer presidente de las Cortes gaditanas, en 1800, «las personas de un estado pueden considerarse con varios respetos y relaciones, que darán materia para muchas divisiones y subdivisiones»<sup>29</sup>. El español sería un sujeto jurídicamente relevante por participar en una nueva corporación, la nacional, cuya pertenencia pasaba por varias otras categorías. Estos cimientos de la pertenencia irán aflorando a lo largo del análisis de los textos, que abordamos a continuación.

## **2. Relaciones de pertenencia en Cádiz: ausencia notable y presencias factuales**

Lo primero que queremos constatar al estudiar la problemática de la pertenencia en la Constitución de Cádiz es la presencia de un primer nivel, que podemos definir como «textual», aquel que nos interesa por el momento. En esta textualidad, quien pertenece a la comunidad es el «español», el miem-

---

28 PORTILLO, J. M., «El tiempo histórico del primer constitucionalismo en el Atlántico hispano. Balance y perspectivas», *Almanack*, núm. 4, pp. 106-109. La intención no era recuperar de la historia una antigua constitución dispersa, sino la indisponible materia tradicional para dar forma a una constitución moderna. Véase GARRIGA, C., «Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico», *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 81, pp. 103-115.

29 DOU y BASSOLS, R. L. *Instituciones del derecho público general de España*, ob. cit., p. 84. Este tipo de obras doctrinales no han de ser infravaloradas, pues formaban un cuerpo de autoridad que definía derecho mediante «communis opinio», cuerpo que en tiempo constitucional, además de revelar preconcepciones, constituiría derecho por la falta de ruptura del tracto normativo: CLAVERO, B., *El Orden de los Poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid (Editorial Trotta), 2007, p. 277.

bro de una nación presentada como el sujeto soberano y fundamental de esta constitución. Generalmente, se ha supuesto que la nacionalidad española quedaría definida por el contenido textual de estos artículos constitucionales desde este mismo instante. Nosotros desechamos equiparar esta primera condición de español a la nacionalidad, pues la lógica interna de esta categoría no era la de nuestra nacionalidad y el propio término no atendía entonces a nuestro significado. Nacionalidad implicaba, desde el siglo XVIII, una afectación particular a determinada nación, pero no como relación de pertenencia a la misma, y a lo largo del siglo XIX primaría su sentido nacionalista como derecho de las naciones a constituir Estados soberanos. Para el caso de España, podría no existir una nacionalidad como relación de pertenencia hasta tiempos del código civil de 1889<sup>30</sup>.

Puesto que, además, se presenta más de un término de pertenencia en la Constitución —el segundo más evidente, entre otros, es el de ciudadano—, preferimos mantener la clave de una pertenencia plural en base a los estados tradicionales, estados que sobrevivieron al advenimiento constitucional engarzándose en el nuevo orden jurídico y definiendo la pertenencia<sup>31</sup>. A la pluralidad de formas de pertenecer dentro del orden gaditano hay que añadir que la posición de la persona por tradición, nacimiento o función social había de determinar sus facultades jurídicas como integrante de uno u otro estado, como veremos; que tales posiciones serían mediadas, además, por una lectura local y cultural en un segundo nivel de mayor profundidad; y que, de este modo, la inclusión o exclusión no era decidida por el poder político de ámbito nacional, aunque tal poder no renunciaría a intentar mediarlas a través de una enunciación constitucional de las formas de pertenecer. La consideración de estados no es sólo una categoría útil para nosotros; podía, de hecho, ser una categoría operativa en su tiempo. La Constitución usa conceptos como los de «clases», «condiciones» y «calidades» que evocan ese sentido tradicional y plural. Los constituyentes conocerían perfectamente las implicaciones de tales palabras en el lenguaje jurídico. Aunque se permitiesen dictar normas de buen gobierno, ideales de futuro, como el de no permitir las distintas

30 La acepción tardía en sentido de pertenencia no la encontramos hasta el citado código y algunas obras posteriores: PASTORIZA, I., «Construyendo la comunidad política: relaciones de pertenencia en el Derecho español del siglo XIX», ob. cit., pp. 337-362.

31 También se defiende esta idea en CLAVERO, B., *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, ob. cit., pp. 133-137. Carlos Petit, de manera sugerente, define la ciudadanía de la carta gaditana como un nuevo «estamento constitucional»: PETIT, C., «Negros y mulatos. Españoles de ambos hemisferios», *Historia Constitucional*, núm. 15, pp. 155-204.

clases y condiciones entre los españoles, estos constituyentes preveían la plena operatividad jurídica de los estados<sup>32</sup>.

No obstante, la constitucionalización de los estados les imprimía una lógica distinta. Solamente unos pocos se recogían en el texto constitucional, con cierto carácter agregativo; el resto se proscribían o quedaban solapados. Dos estados del primer tipo son los más llamativos a simple vista: los de español y ciudadano. El modelo constitucional hegemónico en el mundo hispano en lo relativo a la pertenencia, al menos desde la década de 1820, pareció ser el gaditano, que se permitía describir constitucionalmente las calidades de ambos sujetos, estableciendo una interrelación y un pretendido contraste entre ambos. Pero, ¿cómo se arribó a esa condición escrita y definida de español? A nuestro parecer, a partir de una vieja categoría que a veces sirvió para articular el orden social por parte del poder regio, los antiguos *naturales* de los reinos peninsulares, a los que también se llamaba naturales «de la nación» desde 1779. No fue una cuestión meramente lingüística: las bases de la construcción doctrinal de los gentilicios nacionales, también a lo largo de América, fueron las de la naturaleza, tal como lo entendió la propia doctrina<sup>33</sup>. Los gentilicios de naturaleza, simplemente, se renombraron con vinculación gramatical directa a las naciones imaginadas.

Este sujeto colectivo, la «nación», sería la nueva corporación suprema a la que quedaban vinculados tales naturales. Los sujetos se describían como miembros de ella puesto que eran miembros a través de ella, por ello los estados de español y ciudadano se regulaban únicamente después de definir la propia nación. Ese carácter absorbente de un cuerpo nacional que buscaba apropiarse de las tramas jurídicas de su territorio era también el de estos

---

32 SALAS, R., *Lecciones de Derecho público constitucional para las escuelas de España*, tomo II, Madrid (Imprenta de D. Fermín Villalpando), 1821, p. 50. A estas alturas, persona podía seguir siendo «el hombre considerado en su estado» (ÁLVAREZ, J. M., *Instituciones de Derecho Real de Castilla e Indias*, ob. cit., p. 23), y en 1840, la doctrina aún hablaba de «estados civiles» para las viejas distinciones entre libres y esclavos, nobles y plebeyos, eclesiásticos y legos... ESCRICHE, J., *Elementos del Derecho patrio*, 2ª ed., Madrid (Calleja e Hijos), 1840, pp. 17-20.

33 CORNEJO, A., *Diccionario histórico y forense del Derecho Real de España*, Madrid (Impreso por D. Joachin Ibarra), 1779, pp. 448-450. SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España*, ob. cit., p. 18. Posteriormente se diría del natural que «por mejor decir», es «español», anteponiéndolo al extranjero, que era quien no se hallaba en tal calidad (ESCRICHE, J. *Elementos del Derecho Patria*, ob. cit., p. 21). Hay más evidencias de este deslizamiento lingüístico, mencionadas en nuestro citado trabajo.

estados constitucionales, que excluían explícitamente el uso de otros. Las Cortes de Cádiz renegarían de algunas otras denominaciones para referirse a los individuos de la nación en la misma legislación que prohibió otras postestades jurisdiccionales o los estados nobiliarios. En la misma línea, el código criminal de 1822 impuso entre sus penas más severas la indignidad de esa «naturaleza constitucional» de español, equivalente a la infamia social, la expulsión del territorio o la muerte civil. En la figuración de estas categorías absorbentes, a pesar de su condición todavía plural, está una de las claves de la aún primeriza construcción nacional<sup>34</sup>.

Hablábamos hasta ahora de textualidad constitucional, de la textualidad de un proyecto político de pertenencia que quería ser absorbente. No obstante, existía una relación dialéctica con un segundo nivel, un nivel subyacente a los enunciados de la Constitución. La naturaleza no arribó sola al texto gaditano. Una lógica de vecindad atravesaba el texto por doquier, con un papel fundamental en las definiciones de naturaleza y ciudadanía. Los cuerpos locales, que jugaron un rol determinante en la crisis de la Monarquía, nunca renunciaron a su poder y su legitimidad en los planos simbólicos y jurídicos<sup>35</sup>. El proceso electoral buscaría lograr la representación de estos vecinos, padres de familia, los sujetos realmente relevantes para esta sociedad y este ordenamiento. En cada municipio se daba la apreciación subjetiva del merecimiento de derechos y cumplimiento de obligaciones que constituían las condiciones de español y ciudadano, por parte de la propia población local y el cura párroco, figura clave en el procedimiento electoral, entre otros. La comunidad vecinal se erigía así en fuente de derechos políticos, a través de la notoriedad social supuesta a la condición de vecino; una vía de acceso, entonces, que no era definida constitucionalmente<sup>36</sup>.

---

34 *Colección de los decretos y ordenes*, ob. cit., tomo IV, pp. 10-11. Para América, desde 1810 ya se había tratado de equiparar a sus habitantes como naturales de igual condición. Lo mismo acontecía con la alteridad de los indígenas americanos, que solo podían ser llamados españoles y veían su particularismo jurídico eliminado al existir ya solo un cuerpo soberano posible (*Colección de los decretos y ordenes*, ob. cit., tomo I, pp. 72-73).

35 ANNINO, A. «Soberanías en lucha», en ANNINO, A., GUERRA, F. X., *Inventando la nación. Iberoamérica. Siglo XIX*, México, D. F. (Fondo de Cultura Económica), 2003, pp. 169-170. Algunos enunciados legislativos sobre la imposibilidad de atribuirse la soberanía por parte de otros cuerpos buscaban desarticular la soberanía municipal existente en el momento revolucionario: PORTILLO, J. M., *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*, México, D. F. (El Colegio de México), 2016: p. 78.

36 Valga aquí con remitir a CLAVERO, B., *Sujeto de derecho entre estado, género y*



Quienes no se atenían a este canon de vecindad quedaban radicalmente fuera del orden político, como los desarraigados, los vagabundos, las comunidades nómadas romaníes o indígenas americanas... su carácter estaba presente, de igual modo, a la hora de naturalizar a personas de origen extranjero: la aptitud económica o profesional para ser considerado merecedor de naturalización debía ir acompañada de un arraigo efectivo en población, o de una manifiesta voluntad de domiciliarse, sin las cuales esas aptitudes no eran tales pues no lo eran para la nación española, sino acaso para aquella otra nación de donde el transeúnte proviniera y en la cual aún arraigaba. A efectos de constituir pertenencia, esta vecindad y las formas de consenso local pesaron tanto como cualquier definición del legislador<sup>37</sup>.

El constituyente aceptó la lógica de vecindad como base de su nueva construcción, pero no fue partidario de una amplia arbitrariedad. Le interesó, ciertamente, incidir en quién pertenecía y quién no, mediante la definición certera del natural y del ciudadano con sus atributos. Frente a ello, tradicionalmente, las normas al respecto eran imprecisas y las definiciones eran mayoritariamente locales. Por supuesto que los criterios de la Constitución seguían dependiendo de aquella aplicación práctica en la comunidad local que mencionábamos previamente, pero esa mínima definición constitucional de deseo enunciativo pudo ser, a nuestro juicio, la forma de intervención entendida como más viable y conveniente entonces, a la cual el constitucionalismo no quiso renunciar. En tal sentido hablamos de una «localización de la pertenencia», pues esta se decidía en función de las constelaciones cognitivas y axiológicas de los agentes locales.

Otra lógica profunda subyacía por debajo de los estados explicitados en el texto, la del catolicismo. Un legado de siglos de tradición cristiana entró a definir en sus propias claves este proceso constitucional de inclusión política y agregación de sujetos. La vinculación política de la Constitución se activó mediante un juramento religioso de la misma por parte de todos los naturales y las múltiples corporaciones que así quedaban vinculadas a la nación. La naturaleza religiosa de este juramento supuso una serie de límites intrínsecos a la capacidad constituyente y performativa de este orden jurídico, marcado por

---

*cultura*, ob. cit., pp. 118-139; LORENTE, M., PORTILLO, J. M., *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, ob. cit., pp. 293-303.

<sup>37</sup> En 1840, se definía al vecino aún como quien «habita en algún lugar, tenido por tal según la común estimación del pueblo». ESCRICHE, J. *Elementos del Derecho Patria*, ob. cit., p. 9.

una fuerte antropología cristiana. En términos de pertenencia, entonces, hay que hablar también de pertenencia católica<sup>38</sup>. Para la condición de naturaleza española se requería ser católico, apostólico y romano, y el que apostatase de la religión católica perdía incluso la condición de español, la cual se podía recobrar al volver al seno de la Iglesia<sup>39</sup>. Incluso, la mínima consideración de humanidad por parte del derecho, la de aquellos que no tenían persona como era el caso de los esclavos, fue la de «almas». Ello implicaba la necesidad de bautizo, la condición de católico, para existir en este orden jurídico.

Una última lógica que subyace a todo este ordenamiento y su concreta definición de un sujeto relevante es la de la paternidad. A veces por silencio, otras veces por expresa sanción legal, el régimen gaditano permitió una concepción tradicional de la «familia» como pequeño señorío del padre sobre varios estados de sujeción —mujer, descendientes, sirvientes, esclavos...—. Se preservaba y entronizaba así un poder no reglado, no escrito, jurídicamente exento, que llegaba a definir la pertenencia y el acceso a derechos y libertades<sup>40</sup>. En tal sentido, se ponía en tela de juicio la mera condición de sujetos para estos subalternos, pues accedían a naturaleza, extranjería y otros estados a través de la condición del propio padre de familia. Las mujeres, de acuerdo con la doctrina jurídica, constituían un estado imposibilitado para la vida civil, y la esposa seguiría la condición del marido en lo relativo a su condición de española o extranjera durante el tiempo que durase el matrimonio. Sin el mismo, se hacía de la condición del otro hombre a quien debía estar sujeta, el progenitor. La naturalización de extranjeros, al concederse, comprendía de hecho al marido junto a su mujer e hijos conjuntamente por transmitir este su condición a la familia<sup>41</sup>.

---

38 ALONSO, G., *La nación en capilla. Ciudadanía católica y cuestión religiosa en España. 1793-1874*, Granada (Comares Historia) 2014, pp. 9-45.

39 Decreto CCLI del 13 de abril de 1813, en *Colección de los decretos y ordenes*, ob. cit., tomo IV, pp. 50-53; y artículo 223 del Código criminal de 1822, en *Colección de los decretos y ordenes*, ob. cit., tomo IX, pp. 211-383.

40 Se ha definido esta situación como un «establecimiento solapado de poder indiviso» que actuaba como un poder más, a la sombra de los predicados «tres poderes». CLAVERO, B. *El Orden de los Poderes*, ob. cit. pp. 140-145.

41 Artículos 309 a 320 del proyecto español de Código civil de 1821, en PESET, M., «Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821», *Anuario de derecho civil*, núm. 28, pp. 58-86. La regulación fue novedosa en cuanto al formato de codificación, con pocas novedades de contenido. Bastaría compararla con las normativas de matrimonios de FEBRERO, J., *Librería de escribanos e instrucción jurídica theorico práctica de Prin-*

### 3. ¿Quién era extranjero bajo el régimen gaditano?

#### A. Condición de español, privilegio de ciudadanía, limbo de extranjería

Teniendo presentes estos mimbres, estos dos niveles del texto gaditano, se enriquece y se dificulta considerablemente la ubicación del extranjero en esta cosmovisión del sujeto. Se ha hablado en la sociología política de la invención de la ciudadanía moderna como un cambio sustancial que supuso, entre otras novedades, la separación radical entre el nacional y el extranjero<sup>42</sup>. Con lo visto hasta ahora, debemos discrepar de esta lectura al menos para el caso del primer constitucionalismo hispano: en una sociedad donde la pertenencia se construía en base a la vecindad y la condición de católico, donde se votaba mediante el registro eclesiástico de cada parroquia y muchos de los caracteres que incluían y excluían eran formas de prestigio social de tipo local, es lógico que no podamos hablar aún de una separación radical en base a atributos de nación. Si la determinación era local y en buena medida ajena al Estado, podría existir gran movilidad en el paso de la condición de extranjero a la condición de natural, en base a criterios culturales y morales que sorteaban lo geográfico. La condición de foráneo no suponía una dificultad mayor para arraigar; no era, en tal sentido, dicotómica. No debemos caer en la teleología de creer que el extranjero era, como hoy, el «outsider» por antonomasia. Basta recordar que en ciertos estadios de la revolución francesa fueron ciudadanos también los extranjeros que participaron del acontecimiento revolucionario, por mor de una concepción de los «derechos del hombre» de fuerte espíritu universalista. La disputa, por tanto, podía seguir totalmente abierta<sup>43</sup>.

En el régimen constitucional español de 1812 no hubo una definición de quién era extranjero; solo en base a las definiciones constitucionales de naturaleza y ciudadanía podemos interpretar la previsión constitucional al respecto. Los españoles lo eran, según su artículo quinto, por nacimiento en territorio y avendamiento en pueblo de un amplio dominio que cubría «ambos hemisferios», así como sus hijos por relación paterno-filial. Esta fórmula combinada de *ius soli* y *ius sanguinis* es la que marcaría la diferencia entre

---

*cipantes. Parte segunda*, libro III, tomo I, Madrid (Oficina de la Viuda e Hijo de Marín), 1790, p. 38 y ss., de parecidos casi textuales.

42 BRUBAKER, R., *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, ob. cit, pp. 65-68.

43 WAHNICH, S., *L'impossible citoyen: L'étranger dans le discours de la Révolution française*, Paris (Editions Albin Michel), 1997, pp. 7-19.

extranjería y condición de español, primera puerta de acceso a derechos para este texto constitucional<sup>44</sup>. Sin nacimiento, las Cortes podían otorgarle carta de naturaleza, o bien podía ser directamente reconocido como español por el ejercicio de diez años de vecindad. Existía, pues, un acceso dual, por dispensa institucional o arraigo práctico que la suplía, que reproducía esa tensión entre unas comunidades locales que querían seguir decidiendo quién era miembro de las mismas y un poder soberano que buscaba en los extranjeros cualidades como la utilidad o la lealtad; cualidades que no obstante eran verificadas en la percepción de situaciones locales.

Sin embargo, tal fórmula binaria no marcó todavía los límites de exclusión política, porque esos españoles, de hecho, no eran iguales en derechos. Para gozar de ciudadanía en el constitucionalismo gaditano, los derechos políticos no iban ligados a una capacidad censitaria o económica, sino más bien a una situación moral y religiosa que dibujaba unas exclusiones fuertemente determinadas a efectos antropológicos. Se excluía de la ciudadanía al aquejado de un impedimento moral relativo a las «buenas costumbres» de la religión católica, y la misma descalificación moral estaba en el origen de otras importantes discriminaciones como la de los afro-descendientes en España, que salvo grandes méritos a la nación serían moralmente inhábiles por el estigma de la cercana esclavitud. Las constituciones hispanoamericanas mencionaron otros defectos que quizás también impidiesen el voto en las realidades locales españolas, como ser calificado de vago, ebrio, jugador o divorciado, loco, furioso, demente... o cualquier otro modo de vida que implicase incumplir un papel en la estructura social, laboral y familiar de la comunidad. También se excluía a aquellos sujetos considerados «salvajes» por estar absolutamente fuera del canon cristiano de civilización, como las comunidades indígenas no convertidas al catolicismo o que pervivían en sus modos de vida tradicionales. Se rechazaban otros estigmas como la falta de autonomía, personificada en los sirvientes domésticos —los trabajadores por cuenta ajena— y otras situaciones consideradas degradantes. Sabemos que la

---

44 La manumisión de la esclavitud también equivalía a un nacimiento civil: DOU y BASSOLS, R. L. *Instituciones del derecho público general de España...*, ob. cit., pp. 121-123. Los primeros debates de extranjería en torno a las futuras Cortes reconocieron a todo extranjero la posibilidad de radicarse con la mera condición de ser católico. Radicarse, igual que circular entre naciones, era un derecho de origen natural. *Instrucciones para la Constitución fundamental de la Monarquía española y su gobierno, de que ha de tratarse en las próximas Cortes Generales de la Nación, dadas por el M. I. Ayuntamiento de la M. N y L. Ciudad de Guatemala*, Guatemala (Imprenta de la Junta Superior), 1811.

valoración de estas calidades acontecía localmente, por la opinión mayoritaria o más influyente de la comunidad, con decisiones arbitrarias, interpretaciones libres o coacciones, denegándose a veces el voto por motivos locales el mismo día de elección<sup>45</sup>.

Frente a estas exclusiones morales o culturales, solo los motivos de utilidad a la nación podían justificar la intervención del poder soberano para otorgar una carta de ciudadanía, contemplada en los artículos 21 y 22, bajo unos términos muy concretos de utilidad social. Lo mismo es aplicable, generalmente, a los extranjeros: al igual que quienes ya eran españoles, una vez lograda tal condición, debían estar casados con española, traer o fijar en España alguna invención o industria apreciable, hacerse propietarios, establecer comercio con capital propio y considerable o haber realizado servicios señalados por el bien y defensa de la nación. Igualmente, los hijos legítimos de extranjeros domiciliados debían haber nacido en España y nunca haber salido de ella sin licencia del gobierno, hallándose avecindados en algún pueblo a los veintiún años, ejerciendo profesión, oficio o industria útil. Unos motivos de utilidad que no distaban de los que exigía tradicionalmente el poder regio. Los requisitos censitarios o de propiedad, entonces, no afectaban mayoritariamente a la definición de ciudadanía salvo para incluir a los extranjeros «útiles», primando otra clase de exclusiones que dibujaban una determinada concepción del individuo, de impronta fuertemente cultural, tanto para españoles como para extranjeros.

Pero la ciudadanía extranjera nunca sería igual a la del natural por nacimiento. Ningún extranjero podría ser diputado en Cortes (artículo 96), regente del reino (193), secretario de despacho (223) o del consejo de Estado (231); la desconfianza del extranjero en lo público existía en los concretos cargos de altas responsabilidades nacionales, como ya ocurría antes en esas poblaciones donde no podían ejercer alcaldía o regimiento. Aunque existía una movilidad relativamente sencilla del extranjero al natural, aunque constituían estados interrelacionados en sentido tradicional, eran estados fuertes y bien diferenciados, que seguían actuando como remanente tras la concesión de ciudadanía. En términos prácticos, además, el sufragio pasivo estaba «vacunado» de cualquier agente extraño a esta cultura, no sólo para los extranjeros, en un sistema de voto indirecto por grados de representación.

---

45 LORENTE, M., PORTILLO, J. M., *El momento gaditano*, ob. cit., pp. 175-182. Este fenómeno ya lo anunciaban explícitamente algunos contemporáneos: SALAS, R., *Lecciones de derecho público constitucional*, ob. cit., tomo II, pp. 62-64.

En la parroquia, probablemente, se votaba en voz alta y no hacía falta estar alfabetizado, pero en niveles superiores los procedimientos requerían el manejo de documentos escritos y podían existir condicionantes de renta. Estas cualidades especiales se requerían también para diversos oficios públicos en los que mediaba la vecindad, bien explícitamente o a través de la naturaleza influida por aquella. Así, este sistema procuraba una representación de los «buenos padres de familia» de cada pueblo, dibujando una importante frontera en torno a una concepción ajena a nacionalidad. No era la fiscalidad, la propiedad, la edad, la renta, ni siquiera la condición étnica lo que identificaba al nuevo ciudadano. Era el goce del respeto de la comunidad en base al modo de vida ejercitado<sup>46</sup>.

Hasta tal punto hay que cuestionar la importancia de la extranjería que, para el acceso a ciudadanía, el estado de liberto de raíces africanas suponía mayores trabas que el del extranjero: se supuso incapaz *per se* de ejercer derechos políticos al que por cualquier línea fuera «habido» o siquiera simplemente «reputado», sin especificar más y abriendo la puerta a una amplia arbitrariedad local, como originario de África. La única manera de quebrar esta exclusión era demostrar la inexistencia de estigma mediante un comportamiento virtuoso, materializado en una carta de ciudadanía que sólo otorgaban las Cortes por servicios a la patria, talento, aplicación y conducta junto con matrimonio, vecindamiento y profesión, oficio o industria útil con capital propio. Se exigían así todas las condiciones que eran habituales en el extranjero, estando el afro-descendiente en una condición más desventajosa que aquel<sup>47</sup>.

---

46 ANNINO, A., «Pueblos, liberalismo y nación en México», en ANNINO, A., GUERRA, F. X., *Inventando la nación*, ob. cit., 2003, 399-405.

47 Ya anteriormente, la prohibición de matrimonios entre castas desde 1783 se aplicaba a «mulatos, negros e individuos de castas y semejantes, tenidos y reputados públicamente como tales, exceptuando a los que sirvan de oficiales en la milicia o se distingan por su reputación y buenas costumbres y servicios». El acceso a ciudadanía mediante méritos para los afro-descendientes tiene, así, importantes antecedentes. ÁLVAREZ, J. M., *Instituciones de Derecho Real de España, por el doctor D. Jose María Álvarez. Adicionadas con varios apéndices, párrafos, &a*, Buenos Aires (Imprenta del Estado), 1834, p. 60. Por otro lado, Carlos Petit explica que el trámite de petición de ciudadanía aseguraba el mantenimiento de las jerarquías de tipo racial: PETIT, C., «Negros y mulatos. Españoles de ambos hemisferios», ob. cit., 174-177.

*B. Entrar y salir del cuerpo nacional: arraigo, conveniencia y lealtad*

Justamente como uno de estos estados y clases cuya definición ahora se arrogaba la nación soberana es como el extranjero sería extraño o ajeno, en las ocasiones en que así convenía. En la labor legislativa de las Cortes de Cádiz se promulgaron algunos decretos de expulsión de extranjeros sospechosos como medida extraordinaria en tiempos de guerra<sup>48</sup>, al tiempo que otras muchas disposiciones no tuvieron problema en incluirles de manera remarcable, siempre en aquella lógica de atributos de utilidad para el cuerpo político, que era ahora la nación soberana. Así, un decreto del cuatro de enero de 1812 concedía a los defensores de la patria, fuesen españoles o no, la propiedad particular de terrenos en los que fijar residencia y lograr vecindad. De igual modo, el veinte de septiembre de 1820 se expidió una real orden denegando el desembarco en tierras de ultramar tanto a naturales como a extranjeros de cualquier calidad y condición que no poseyeran real permiso o pasaporte del respectivo gobierno extranjero, visado del embajador, ministro o cónsul de Su Majestad<sup>49</sup>.

En 1822, se aprobaba una normativa de establecimiento de extranjeros en nuevas poblaciones de ultramar que recogía un avecindamiento por iniciativa propia a declarar ante el ayuntamiento constitucional, asentándose en el libro de censos con su nombre y los de su familia. Desde tal fecha, teniéndosele por vecino a él y a su entero núcleo familiar por extensión, podían ejercer las prerrogativas de tal y comenzaba a correr el plazo para gozar de la condición de español. En cuestión de poblamientos nuevos, todo español y todo extranjero aún antes de avecindarse podía capitular una carta de población ante la diputación provincial<sup>50</sup>. Se apreciaba, por tanto, cierta inclusividad cuando así convenía, como en la promoción de asentamientos. La lógica siempre atendía a la utilidad material del extranjero y su familia para la nación.

El insigne jurista Ramón de Salas expresaba en sus *Lecciones de derecho público constitucional* una postura favorable a la naturalización de extranjeros, llegando a catalogar como excesivos los tiempos de vecindad e incluso la

---

48 CASTRO, A., *Cortes de Cádiz. Complementos de las sesiones verificadas en la isla de León y en Cádiz. Extractos de las discusiones, datos, noticias, documentos y discursos publicados en periódicos y folletos de la época*, tomo III, Madrid (Imprenta de Prudencio Pérez de Velasco), 1913, p. 368.

49 *Colección de los decretos y ordenes*, ob. cit., tomo III, pp. 174-178.

50 Decreto IV, de 7 marzo de 1822; *Colección de los decretos y ordenes*, ob. cit., tomo IX, p. 19.

conveniencia de la confesionalidad del Estado. La mano de obra extranjera y las innovaciones que acarreaban los convertían, para él, en agentes de progreso para la nación. Al mismo tiempo, Salas asumía que ese tiempo de vecindad habría de incrementarse cuando fuese necesario, defendiendo la condición del extranjero como estado subjetivo a disposición de la nación soberana, fuera del control de los cuerpos locales. Y cuando criticaba la necesidad de matrimonio con mujer española, se reafirmaba en un supuesto de mínimos: este requisito debería poder suplirse cuando fijasen en España alguna invención o industria apreciable. He ahí el límite, la mínima condición para poder pertenecer, incluso para alguien partidario de los extranjeros: el carácter de interés para la nación. Esa era la lógica, tan similar a la de utilidad en la pequeña comunidad o corporación como supuesto de apreciación positiva en la misma<sup>51</sup>.

Tan importante como esa utilidad era la aceptación del nuevo marco nacional de la comunidad, el respeto a la constitución y las leyes soberanas. La negativa a jurar incondicionalmente la Constitución de Cádiz, tal como debían hacer localmente los españoles y las diversas corporaciones de la sociedad en casos que superan la jura de un cargo o un oficio, cortocircuitaba la inclusión en el cuerpo nacional. Casos como el del obispo de Orense, en 1812, atestiguaron que la negación del juramento podía suponer la expulsión del territorio, previa pérdida de la condición de español<sup>52</sup>. Además de ser otro ejemplo de la fluida movilidad entre los estados de extranjero y español en ambas direcciones, constatamos la importancia del carácter de lealtad a la comunidad y la aceptación de su jurisdicción soberana. De hecho, uno se consideraba «voluntariamente extrañado» por no obedecer los «soberanos decretos» de las Cortes<sup>53</sup>.

Un buen ejemplo, ajeno al orden gaditano, sobre estas particulares concepciones de la lealtad política y la extranjería en el constitucionalismo hispano del siglo XIX es el famoso caso de la expulsión de los españoles en el

51 SALAS, R., *Lecciones de derecho público constitucional*, ob. cit., pp. 24-35.

52 GARRIGA, C., LORENTE, M., *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, ob. cit., pp. 113-117. Como ha señalado Carlos Garriga, la imposición del «juramento» como mecanismo de consentimiento expreso había sido definida como atributo esencial de la soberanía regia sobre los súbditos. Al modo tradicional, ese juramento, incondicional, no reparaba en voluntades individuales y se imponía sobre la corporación. GARRIGA, C., «Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico», *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 81, p. 139.

53 Orden de 17 de octubre de 1813, en *Colección de los decretos y ordenes*, ob. cit., tomo V, p. 5.



México independiente. Allí, el Plan de Iguala incluyó como naturales a los españoles bajo juramento de respetar y defender la independencia; no obstante, años después, la negativa de España a reconocer la independencia de México incidiría en cuestionamientos locales de la «lealtad» de esos españoles y su arraigo. En todo caso, en la misma lógica aquí glosada, el gobierno mexicano debía exceptuar de la expulsión a españoles casados y arraigados con familia, así como a los españoles «leales» que hubiesen realizado servicios a la independencia o acreditado afección a la patria, y a los hijos de españoles que, al margen de consideraciones paternas, demostrasen tal conducta y a la vez profesasen ciencia, arte o industria útil. Mientras tanto, los españoles solteros y sin domicilio conocido debían ser expulsados de manera incondicional por su «peligrosidad». La consideración de una deslealtad colectiva sólo podría seguir mediando, en todo caso, mientras la nación española no reconociese la independencia de México. Arraigo, sujeción y lealtad a la nación libre y soberana, nuevamente, eran los términos en que se planteaba la expulsión, y no la condición perjudicialmente extranjera de esos españoles<sup>54</sup>.

En la doctrina de estos tiempos, de hecho, se pueden observar retazos de un debate en torno a la capacidad del poder soberano para regular la extranjería, condición que es personal y, por tanto, cuestión hasta entonces perteneciente al orden natural y trascendente, ajena a cualquier poder político. Algunos autores sostenían que el legislador podía dar leyes relativas a extranjeros en exclusiva, atendiendo a diferentes principios jurídicos que justificaban también expulsiones y aprehensiones judiciales, mientras otros lo negaban<sup>55</sup>. En tal sentido, el régimen de Cádiz brindó varios ejemplos de afirmación de la sujeción de los extranjeros a su jurisdicción. Normas sectoriales, como un

---

54 SIMS, H., *La expulsión de los españoles de México (1821-1828)*, México, D. F. (Fondo de Cultura Económica), 1985, pp. 13-30. DUBLÁN, M., LOZANO, J. M., *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, tomo II, México, D. F. (Imprenta del Comercio), 1876, pp. 47 y 490. En los tumultuosos años del proceso neogranadino, esa supeditación de la naturaleza a la lealtad política, incluyendo pérdidas y adquisiciones condicionadas en tales términos, afectó a la concepción de los españoles como ciudadanos o extranjeros. GARCÍA ESTRADA, R. J., *Extranjeros, ciudadanía y membresía política a finales de la colonia*, ob. cit., pp. 76-91

55 Un extracto de estas discusiones eruditas en TAPIA, E., *Febrero mejicano: ó sea la librería de Jueces, Abogados y Escribanos que refundida, ordenada bajo nuevo método, adicionada con varios tratados y con el título de Febrero novísimo; dio a la luz D. Eugenio de Tapia*, tomo I, México, D. F. (Imprenta de Galván), 1834, p. 79.

decreto español de pasaportes en 1821, se permitían afirmar la sujeción a la jurisdicción civil ordinaria al abolir fueros particulares, y aún el código penal de 1822 vinculaba en sus penas y en su protección a todo español y extranjero por igual<sup>56</sup>. Esa «disposición de humanidad» que pretendía el nuevo constitucionalismo<sup>57</sup> no solamente quería vincular a través de la pertenencia al cuerpo nacional; operaba un criterio de territorialidad, que buscaba aprehender a todas las tramas y subjetividades jurídicas presentes en el territorio de la nación soberana. Esto, que hoy aceptamos como un principio jurídico natural, no se remonta al origen de los tiempos. Un buen ejemplo es el amplio apoyo de la doctrina francesa a un criterio de sujeción judicial para los súbditos de cada nación en cualquier territorio, aún discutido en la década del treinta por el jurista mexicano Manuel de la Peña<sup>58</sup>.

Hubo un último intento de disposición del estado de extranjero por parte de la nación, o la primigenia «comunidad de naciones», que no se debe desdeñar. Un derecho esencial y tan ampliamente recogido en el primer constitucionalismo hispano como el asilo político de extranjeros, quedaba a disposición de los tratados suscritos con otras naciones soberanas en lo que respectaba a sus propios naturales. Estas disposiciones afectarían a grupos y comunidades concretas de extranjeros. El decreto de 28 de septiembre de 1820 reconocía a los extranjeros un asilo seguro e inviolable en el territorio español para sus personas y propiedades, con tal de que respetasen la Constitución política de la Monarquía y sus leyes. Ello, sin perjuicio de los tratados con otras potencias, sin quedar en ellos comprendidas las opiniones políticas, que no serían perseguidas si los afectados no eran reos de alguno de los delitos expresados en el tratado. Por tanto, en tales textos podían quedar incluidas las figuras delictivas que llevarían a la inviabilidad del derecho de asilo para el concreto caso, pudiendo graduar el estatus jurídico de grupos y comunidades completas de extranjeros respecto al resto de sujetos en general, y los extranjeros restantes en particular; esta realidad fue ampliada con

---

56 Decreto II, de 14 de marzo de 1821, en *Colección de los decretos y ordenes...*, ob. cit., tomo VII, p. 3; y artículo décimo de la Ley del Código penal, véase en *ibid.*, tomo IX, pp. 211-383.

57 CLAVERO, B., *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, ob. cit., pp. 60-71.

58 PEÑA, M., *Lecciones de práctica forense mexicana, escritas a beneficio de la academia nacional de Derecho público y privado de México*, tomo III, México (Imprenta a cargo de Juan Ojeda), 1839, pp. 1-51. Sobre la ruptura en la nueva concepción del territorio, LORENTE, M., *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Madrid (Ediciones UAM), 2010, pp. 27-42.

el código criminal de 1822, que reconocía la viabilidad de la ponderación de tipos delictivos en esa clase de tratados<sup>59</sup>.

#### IV. AJENIDAD JURÍDICA ENTRE EL ESPACIO TRADICIONAL Y EL HORIZONTE NACIONAL

En definitiva, y aunque ignorásemos la absoluta capacidad de contención que suponía el peso del entorno local anteriormente descrito, solamente esta utilización inclusiva y excluyente del extranjero por parte del poder soberano ya lo conectaba con la compleja construcción multiforme que conoció el derecho tradicional. Ello contrasta con las tajantes definiciones de dentro-fuera que comenzarían a idearse en las décadas futuras, con regulaciones extensas del estatus del extranjero y una concepción dicotómica de la condición nacional. Fue una realidad, además, extrapolable a los constitucionalismos coetáneos en Hispanoamérica, salvando las particularidades regionales, producto de quererse los requisitos de vecindad y naturaleza a disposición de cada cámara constituyente.

Esa definición era la que suponía que, aunque para el extranjero pudiese ser relativamente fácil lograr la naturalización en base a su adaptación cultural, la diferencia entre «estados» fuese palpable, por ejemplo, a efecto de derechos políticos. Los estados constitucionales no eran realidades naturales, igual que los estados tradicionales no lo fueron, pues también eran creaciones políticas y doctrinales; no obstante, una de sus novedosas características era su condición escrita en texto constitucional, con una intención figurativa y performativa que, además, quedaba a disposición de cada cámara legislativa. Por ello, no permanecieron inalterados en ninguna región iberoamericana, e irían variando con el tiempo. Es de esta manera como, a nuestro parecer, avanzado el siglo, una nueva lógica nacional plantearía un contenido de mayor peso excluyente que justificaba el reforzamiento de estos constructos de pertenencia y la mayor capacidad creativa del Estado nacional sobre los mismos. Sólo en ese momento podríamos hablar del extranjero como dicotomía cardinal que desplaza la anterior dualidad entre «derechos del hombre» y «derechos del ciudadano» por una nueva polarización entre «derechos de los nacionales» y «derechos de los extranjeros»<sup>60</sup>. Los hitos que llevaron a esta

59 *Colección de los decretos y ordenes...*, ob. cit., tomo VI, p. 152; y artículo 133 de la Ley de Código penal, en *ibid.*, tomo IX, pp. 211-383.

60 Símil inspirado en PEREZ LEDESMA, M., *De súbditos a ciudadanos. Una historia*

construcción se relacionan con normativas civiles y procesos de codificación, donde las definiciones de pertenencia como la extranjería hallarían una regulación extensa y abstraída del orden constitucional para constituir parte de un derecho civil que se pretendió más sistemático, sustentado en instrumentos que permitían al Estado una mayor identificación y control, como el registro civil. Ese proceso de «nacionalización» del contrato social cegó y eliminó la extrema diversidad del primer momento, y difuminó la historia del pasado que aquí tratamos de reconstruir.

Volviendo, por tanto, a ese primer momento de construcción multiforme de los estatus constitucionales, lo que el extranjero fue para la cultura jurídica doceañista no es lo que hoy supone para nuestro Derecho. Constituyó uno de esos estados, calidades, clases o condiciones, plurales, diversas, relacionadas entre sí y usadas repetidamente como mecanismos de diferenciación de las capacidades jurídicas y políticas. Como estado en el orden jurídico gaditano, se relacionó con el resto de ellos: el de español, el de ciudadano, el de sirviente doméstico, el de deudor quebrado, los estados de eclesiástico y militar, y otros que aparecían en el texto constitucional. En todo caso, el extranjero no era un «outsider», un extraño al sistema de pertenencia en oposición radical al mismo y sus categorías; como hemos dicho, entraba en el juego como una categoría más, en relación al natural y perfectamente asimilable al mismo mediante dos vertientes análogas<sup>61</sup>.

Por supuesto que había «outsiders», extraños a la construcción de la pertenencia, pero no se definían por su condición de extranjería. Lo que los caracterizaba era su condición de extraños a la nación. Esto no es una reiteración en absoluto, puesto que hasta aquí hemos definido el muy preciso tipo de individuo que la nación consideraba integrante de sí misma. El verdadero extraño, el ajeno, era el que no se vincula por vecindad a ningún municipio, como los individuos desarraigados y los grupos nómadas; también aquel que no practicaba la religión católica o, del mismo modo, el que no se

---

*de la ciudadanía en España*, ob. cit., pp. 35 y ss. Un caso particularmente patente desde la Constitución española de 1845, que permitió diferenciar los contenidos de la condición de naturaleza por nacimiento o adquisición posterior, y de ahí en adelante en la legislación subsiguiente y las próximas constituciones. ALÁEZ CORRAL, B., «Nacionalidad y ciudadanía: Una aproximación histórico-funcional», *Historia Constitucional*, núm. 6, 2005, p. 63.

61 En estos textos, no suponía contradicción usar expresiones como «Es también ciudadano el extranjero que gozando ya de los derechos de español...» (art. 19) puesto que se podía poseer condición de extranjería y naturaleza al mismo tiempo, eran estados de la persona y no concepciones jurídicas dicotómicas.

plegaba a los cánones civilizatorios europeos que definían las cualidades de un sujeto excelente, como ocurría con los indios bárbaros y se suponía a los afro-descendientes; o el que no poseía la autonomía que confería ser un individuo emancipado de cualquier forma de sujeción; la que no era varón de nacimiento, y no se relacionaba por paternidad o matrimonio con un varón que se adaptase a tales condiciones; o el que, mediando alguna de las anteriores condiciones, no poseía unos criterios de patrimonio o utilidad pública que interesasen a la nación y supliesen las fallas aludidas. En definitiva, todo lo que quedase fuera del cuerpo nacional imaginado, entre otros supuestos imposibles de especificar aquí dada la infinita riqueza que los contextos locales podían dibujar en cuanto a interpretaciones y comprensiones de estas claves de pertenencia.

La ajenidad, por tanto, no se daba en clave de extranjería o nacionalidad. Lo que realmente observaba este primer constitucionalismo hispano cuando miraba a los individuos era una subjetividad excelente, centrada en la pequeña cantidad de sujetos relevantes en cada pequeña comunidad que conformaba este mundo, mediados por criterio derivados de una profunda antropología católica. Un vasto océano de pequeñas comunidades a las que buscaba aprehender en un nuevo orden constitucional, como recomposición de un ideal de civilización de la Monarquía católica ahora fragmentado. Los nuevos vínculos de pertenencia a la corporación nacional de la naturaleza o la ciudadanía se proyectaban sobre dichas comunidades, cuya influencia era aún imposible de ignorar para unas soberanías débiles. Eran dos vías de acceso al nuevo orden jurídico desplegadas por la Constitución, por las que se quiso que discurriese la pertenencia para canalizar, y no suplantar, unas realidades subyacentes, tangibles, que operaban a nivel local.

Este era un patrón que se mantendría en el primer constitucionalismo hispano. Las expulsiones de españoles en el México independiente remitían en sus argumentos a la construcción de la nación libre y soberana, a la lealtad a la misma, y no a la condición extranjera de esos españoles como dicotomía que impidiese su arraigo efectivo. En otros momentos, y en otras latitudes, se asimiló sin problema a los extranjeros fieles.

En una metáfora atribuida a Max Weber, aunque no debemos desdeñar el peso de las realidades materiales sobre el constructo jurídico-político, las categorías culturales actúan como los guardagujas de las vías por las que transitan esos intereses fácticos<sup>62</sup>. Y el derecho, como vasto fenómeno social

---

62 BRUBAKER, R., *Citizenship and nationhood in France and Germany*, ob. cit., pp. 17-21.

e instrumento de gobierno, tiene una espectacular capacidad para crear y difundir categorías de este tipo. Los legisladores gaditanos, educados en el único derecho conocido, hallarían muy difícil imaginar cualquier pertenencia subjetiva que no pasase por la población, la parroquia y el hogar familiar, viejos poderes que dificultaron considerablemente la conceptualización de un mundo diferente. Aún las novedades radicalmente liberales, como la ciudadanía y el ejercicio de derechos políticos, se dieron en el marco de materiales y categorías tradicionales que aún incidían, cuya progresiva desaparición está aún por estudiar.

Si queremos conocer la historia de los extranjeros y los naturales, los desarraigados y los vecinos, la historia de los individuos, en suma, «la más importante y la menos atendida»<sup>63</sup>, hemos de continuar construyendo esta mirada, prestando atención a las particulares coordenadas del sujeto para esta cultura; sin extender al pasado las claves que nosotros, en nuestra histórica e irrepetible condición de ciudadanos de un marco estatal y nacional, entendemos como naturales al razonar las cuestiones de la pertenencia y el derecho. Sobre esta problemática, el constitucionalismo gaditano nos demuestra que, en efecto, siempre habrá mucho que replantearse y estudiar.

## V. REFERENCIAS

### 1. Fuentes

- AGUIRRE, S., *Prontuario alfabético, y cronológico por orden de materias, de las instrucciones, ordenanzas, reglamentos, pragmáticas, y demás reales resoluciones no recopiladas, expedidas hasta el año de 1792*, Madrid (Oficina de Don Benito Cano), 1793.
- ÁLVAREZ, J. M., *Instituciones de Derecho Real de Castilla e Indias*, tomo I, Guatemala (Imprenta de D. Ignacio Beteta), 1818.
- *Instituciones de Derecho Real de España, por el doctor D. Jose María Álvarez. Adicionadas con varios apéndices, párrafos, &a*, Buenos Aires (Imprenta del Estado), 1834.
- CASTRO, A., *Cortes de Cádiz. Complementos de las sesiones verificadas en la isla de León y en Cádiz. Extractos de las discusiones, datos, noticias, documentos y discursos publicados en periódicos y folletos de la época*, tomo III, Madrid (Imprenta de Prudencio Pérez de Velasco), 1913.
- Censo español executado de orden del Rey, comunicada por el excelentísimo señor Conde de Floridablanca, primer secretario de estado y del despacho*, Madrid (Imprenta Real), 1787.

---

63 CLAVERO, B., *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, ob. cit., p. 64.

- Colección de los decretos y ordenes generales expedidos por las Cortes ordinarias de los años de 1820 y 1821, en el segundo periodo de su diputación, que comprende desde 25 de febrero hasta el 30 de junio del último año (...)*. Tomos I, III, IV, V, VI, VII, IX. Madrid (Imprenta Real), 1811-1822.
- CORNEJO, A., *Diccionario histórico y forense del Derecho Real de España*, Madrid (Impreso por D. Joachin Ibarra), 1779.
- COVARRUBIAS, S., *Tesoro de la Lengua Castellana o Española [Madrid (Luis Sánchez), 1611]*, Madrid (Ediciones Turner), 1984.
- DOU Y BASSOLS, R. L., *Instituciones del derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, vol I., Madrid (Don Benito García y Cía), 1800.
- DUBLÁN, M., LOZANO, J. M., *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, tomo II, México, D. F. (Imprenta del Comercio), 1876.
- ESCRICHE, J., *Elementos del Derecho patrio*, 2ª ed., Madrid (Calleja e Hijos), 1840.
- FEBRERO, J., *Librería de escribanos e instrucción jurídica theorico práctica de Principantes. Parte segunda*, libro III, tomo I, Madrid (Oficina de la Viuda e Hijo de Marín), 1790.
- Instrucciones para la Constitución fundamental de la Monarquía española y su gobierno, de que ha de tratarse en las próximas Cortes Generales de la Nación, dadas por el M. I. Ayuntamiento de la M. N y L. Ciudad de Guatemala*, Guatemala (Imprenta de la Junta Superior), 1811.
- JORDÁN DEL ASO Y DEL RÍO, I., MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid (Imprenta de Ramón Ruíz), 1771.
- PEÑA, M., *Lecciones de práctica forense mexicana, escritas a beneficio de la academia nacional de Derecho público y privado de México*, tomo III, México (Imprenta a cargo de Juan Ojeda), 1839.
- PÉREZ Y LÓPEZ, A. X., *Teatro de la legislación universal de Españas e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos, y decisiones no recopiladas, y alfabético de sus títulos y principales materias*. Tomos XI, XII, XIII y XXVII. Madrid (Imprenta de Ramón Ruíz), 1796-1797.
- SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España, ordenada por Don Juan Sala, favor de la metropolitana Iglesia de Valencia, y catedrático de prima de leyes en la Universidad de la misma ciudad*, tomo I. Valencia (Imprenta de Joseph de Orga, 1803.
- SALAS, R., *Lecciones de Derecho público constitucional para las escuelas de España*, tomo II, Madrid (Imprenta de D. Fermín Villalpando), 1821.
- TAPIA, E., *Febrero mejicano: ó sea la librería de Jueces, Abogados y Escribanos que refundida, ordenada bajo nuevo método, adicionada con varios tratados y con el título de Febrero novísimo; dio a la luz D. Eugenio de Tapia*, tomo I, México, D. F. (Imprenta de Galván), 1834.

## 2. Referencias bibliográficas

- AGÜERO, A., «Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 6 (2006), pp. 21-58.
- ALÁEZ CORRAL, B., «Nacionalidad y ciudadanía: Una aproximación histórico-funcional», *Historia Constitucional*, núm. 6 (2005), pp. 29-75.
- «Nacionalidad, ciudadanía y democracia en la configuración de la nación/pueblo», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 7 (2012), pp. 87-129.
- ALONSO, G., *La nación en capilla. Ciudadanía católica y cuestión religiosa en España. 1793-1874*, Granada (Comares Historia) 2014.
- ANNINO, A., GUERRA, F. X., *Inventando la nación. Iberoamérica. Siglo XIX*, México, D. F. (Fondo de Cultura Económica), 2003.
- BABIANO, J., «La construcción de una exclusión: extranjería, emigración y ciudadanía en la España contemporánea», en PEREZ LEDESMA, M. (dir.), *De súbditos a ciudadanos. Una historia de la ciudadanía en España*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2007 (pp. 695-716).
- BRUBAKER, R., *Citizenship and nationhood in France and Germany*, 2ª ed., Cambridge (Harvard University Press), 1994, pp. 5-12.
- CHIARAMONTE, J. C., *Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de las independencias*, Buenos Aires (Sudamericana), 2004.
- CLAVERO, B. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, D. F. (Siglo Veintiuno Editores), 1994.
- *El Orden de los Poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid (Editorial Trotta), 2007.
- *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, Santiago de Chile (Olejnik), 2016.
- COSTA P., *Ciudadanía*, Madrid (Marcial Pons), 2006.
- «Nazione, diritti, Stato», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 7 (2012), pp. 31-85.
- DEDIEU, J-P., *Après le roi: essai sur l'effondrement de la monarchie espagnole*, Madrid (Casa de Velázquez), 2010.
- GARCÍA ESTRADA, R. J., *Extranjeros, ciudadanía y membresía política a finales de la colonia y la independencia de Nueva Granada, 1750-1830*, Bogota, D. F. (Univesidad del Rosario y Universidad Andina Simón Bolívar), 2016.
- GARRIGA, C., «Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen», *Istor. Revista de historia internacional*, núm. 16 (2004). Digitalizado en: <<[http://www.istor.cide.edu/archivos/num\\_16/dossier1.pdf](http://www.istor.cide.edu/archivos/num_16/dossier1.pdf)>>
- «Patrias criollas, plazas militares: sobre la América de Carlos IV», *Horizontes y Convergencias. Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho*, digitalizado en: <<http://horizontesyc.com.ar/?p=3551>>, 2009.
- «Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico», *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 81 (2011), pp. 99-162.



- GARRIGA, C., LORENTE, M., *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2007.
- GUERRA, F. X., *Modernidad e Independencias*, Madrid (Ediciones Mapfre), 1992.
- HERZOG, T., *Vecinos y Extranjeros: hacerse español en la Edad Moderna*, Madrid (Alianza Editorial), 2006.
- LORENTE, M., *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Madrid (Ediciones UAM), 2010.
- LORENTE, M., PORTILLO, J. M., *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, Madrid (Congreso de los Diputados), 2011.
- PASTORIZA, I., «Construyendo la comunidad política: relaciones de pertenencia en el Derecho español del siglo XIX», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 36 (2017), pp. 337-362.
- PESET, M., «Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821», *Anuario de derecho civil*, núm. 28 (1975), pp. 29-100.
- PETIT, C., «Negros y mulatos. Españoles de ambos hemisferios», *Historia Constitucional*, núm. 15 (2014), pp. 155-204.
- PORTILLO, J. M., *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*. Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2000.
- *Crisis atlántica: autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispana*. Madrid (Marcial Pons), 2006.
- «El tiempo histórico del primer constitucionalismo en el Atlántico hispano. Balance y perspectivas», *Almanack*, núm. 4 (2012), pp. 101-112.
- *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*, México, D. F. (El Colegio de México), 2016.
- SCOTT, J., *Seeing like a state. How certain schemes to improve the human condition have failed*. New Haven y Londres (Yale University Press), 1998.
- SIMS, H., *La expulsión de los españoles de México (1821-1828)*, México, D. F. (Fondo de Cultura Económica), 1985.
- VÁZQUEZ GARCÍA, F., *La invención del racismo: nacimiento de la biopolítica en España*, Madrid (Editorial Akal), 2009.
- WAHNICH, S., *L'impossible citoyen: L'étranger dans le discours de la Révolution française*, Paris (Editions Albin Michel), 1997.
- WEBER, E., *Peasants into Frenchmen: The Modernization of Rural France 1870-1914*, Stanford (Stanford University Press), 1976.



## LA DISOLUCIÓN DE LOS CONSEJOS: ENTRE QUIEBRAS, CONFUSIONES Y CONTINUIDAD (1834-1836)

Antonio Manuel Luque Reina<sup>1</sup>

**Resumen:** El objeto central de este estudio es una llamada a la reinterpretación de un momento clave para la cancelación de un aparato institucional de gobierno y la emergencia de otro. En primer lugar, se plantean varias dudas a la lectura que tradicionalmente se ha dado a algunas de las medidas que siguieron a la muerte de Fernando VII. La disolución de los antiguos consejos y su relación con la separación y deslinde de atribuciones gubernativas y judiciales ocupan el eje de esa fase de la reflexión. En segundo lugar, se presenta al *Consejo Real de España e Indias* como institución idónea para razonar el proceso de quiebra, cancelación y emergencia de estructuras de gobierno esenciales para la imaginación del Estado liberal español.

**Palabras clave:** consejos supremos, consultivo, separación de poderes, administración, división provincial.

**Abstract:** This paper challenges the traditional commonplaces regarding the end of the so-called *polisinodial regime*. Based on the Councils, a sort of collegiate bodies, which formed the governance structures of the Spanish Catholic Monarchy, the *polisinodial* regime apparently collapsed due to the most important political reforms following the death of king *Fernando VII*. In this paper, I will first examine how legal historiography has understood these political reforms and their actual impact on the dissolution of the former Councils. Second, I will show the role played by the *Consejo Real de España e Indias* in this process of disintegration of the ancient *polisinodia* and the emergence of the new Spanish Administration.

**Key words:** King's Councils, Polisinodial regime, Rule of Law, Administrative Law, Spanish Administration.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; 1. 1834 como punto de arranque; 2. ¿Vacío historiográfico? Cuestión de perspectivas; II. EL CONFUSO DISCURSO EN TORNO AL FIN DE LA CONFUSIÓN; 1. La confusión en el deslinde; 2. La confusión en el reparto de atribuciones; 3. ¿Gubernativo y/o consultivo? La confusión en la categorización de las atribuciones; III.

---

<sup>1</sup> Investigador en formación –contratado pre-doctoral– (Programa de doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas), Área de Historia del Derecho, Departamento de Derecho Privado, Social y Económico, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid; correo: antonio.luque@uam.es . Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Tradición y Constitución: Problemas constituyentes de la España contemporánea» (DER-2014-56291-C3-1-P), concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (2015-2018).

EL CONSEJO REAL DE ESPAÑA E INDIAS ENTRE TRANSICIÓN, CANCELACIÓN E INAGURACIÓN; 1. La disolución y transición desde el nuevo consejo; A. Una presidencia entre dos consejos; B. Heredero y guardián de los fondos; C. Bloqueo comunicativo: clave interpretativa de las confusiones consultivas; 2. Observatorio privilegiado de la cancelación e inauguración; IV. RECAPITULACIÓN FINAL; V. BIBLIOGRAFÍA; VI. FUENTES.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. 1834 como punto de arranque

*La reforma de la Administración central, Los primeros pasos del Estado constitucional, La invención de las provincias*; todas son propuestas que desde diferentes perspectivas disciplinares coinciden en apuntar hacia la importancia de un momento clave para la caída definitiva del aparato de gobierno de una Monarquía y los ¿primeros pasos? de otro aparato estructural de gobierno<sup>2</sup>.

Y no es para menos, ya que, a juzgar por las fuentes primarias de más fácil acceso, nos encontramos ante un momento de singular relevancia:

«Mis Secretarios del Despacho os darán también conocimiento de las reformas practicadas en varios ramos de la administración: la división del territorio, la separación y deslinde entre la parte administrativa y la judicial, la supresión de antiguos consejos [...] y otras mejoras que se están preparando, os mostrarán mi solícito anhelo, y ofrecen ya a la nación las más lisonjeras esperanzas»<sup>3</sup>.

---

2 Las referencias corresponden con: SÁNCHEZ BELLA, I., «La reforma de la administración central en 1834», *Actas del III Simposio de Historia de la Administración*, Madrid (IEA), 1974; NIETO, A., *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Barcelona (Ariel), 1996; BURGUEÑO, J., *La invención de las provincias*, Madrid (Catarata), 2011. Estos que presento, tan heterogéneos en profundidad y alcance, solo son una muestra simbólica de la gran cantidad de estudios que desde diversas perspectivas disciplinares han tenido como punto de arranque o de señalada importancia la fecha de 1834. El primero es un trabajo clásico de referencia en la historiografía jurídica española. El segundo es una obra también muy referenciada entre la historiografía jurídica y no jurídica, puesto que podría decirse que es el único intento de retrato completo del «Estado» durante la Regencia de María Cristina. El tercero es una obra más actual, adaptación a un formato más divulgativo de su muy famosa: BURGUEÑO, J., *Geografía política de la España constitucional la división provincial*, Madrid (CEPC), 1996.

3 Fragmento del discurso de la Corona en la sesión regia de apertura e instalación de

«División del territorio», «separación y deslinde entre la parte administrativa y la judicial», «supresión de antiguos consejos»; a simple vista podríamos aventurar que las fuentes se nos presentan tan claras y la historiografía se presume tan abundante que no cabría hoy preocuparse por una quiebra-reforma estudiada tan de sobra. Sin embargo, un acercamiento un poco más pausado –y que sigue algunas llamadas de atención<sup>4</sup>– nos puede llevar a adoptar otra opinión con respecto a esta historiografía y esas fuentes. A intentar formar esa nueva opinión –o al menos a hacernos dudar sobre la ya formada– se dirigen las siguientes líneas. Para ello, se torna necesario plantear los interrogantes, en primer lugar, que nos ayuden a encontrar las cuestiones sobre las que reflexionar, a continuación.

## 2. ¿Vacío historiográfico? Cuestión de perspectivas

Qué duda cabe de que las medidas emprendidas por los primeros Gobiernos tras la muerte de Fernando VII han acaparado la atención de muchos especialistas desde diferentes campos disciplinares. La muerte del último monarca «absoluto», seguida muy de cerca por medidas como las anunciadas, ha brindado tradicionalmente a la historiografía uno de esos *momentos* idóneos sobre los que trazar los siempre útiles muros de delimitación que marcan con fines explicativos las transiciones entre épocas o paradigmas. Para el caso hispánico peninsular, el de 1834 ha sido presentado de forma simultánea como punto de no retorno al Antiguo Régimen y como puerta de entrada definitiva al Estado liberal decimonónico. Dos identidades distintas para un mismo momento que ayudan a señalar un posible desdoble «competencial» a partir de él.

En efecto, al calor del «reparto cronológico» que las medidas parecen destilar, la historiografía jurídica clásica y la disciplina administrativista se repartieron durante buena parte de la segunda mitad siglo XX el estudio de la «historia de la Administración» situando como barrera, entre otras, las

---

las Cortes Generales del Reino, el 24 de julio de 1834, apéndice al documento n.º 3, p.2 en <[http://www.congreso.es/est\\_sesiones/](http://www.congreso.es/est_sesiones/)>. [Consultado el 8/01/2018].

4 LORENTE SARIÑENA, M., «La supresión de los Consejos y la creación del Real de España e Indias (Elementos para una discusión)», en TORRES AGUILAR, M. (coord.), *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Vol. 2, Córdoba, 2008, pp. 1103-1104 y MARTÍNEZ PÉREZ, F., «Continuidad y discontinuidad de la historiografía jurídica en España» en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 38, 2016, p. 99.

efemérides mencionadas<sup>5</sup>. Este *acuerdo tácito* permitió que se generara un relato historiográfico mayoritario en el que, a la ausencia de presupuestos propios por parte de ambas disciplinas en la otra mitad competencial, se le unía la previa concepción unitaria de la Administración, plasmándose así la división cronológica de una misma realidad temática. De esa forma, atender a la vida entre sus últimos estertores de los altos cuerpos que nacidos y madurados en tiempos medievales y modernos vinieron a morir a la primavera de 1834 correspondía a los historiadores del derecho mientras que reflexionar sobre la división provincial –manifestación sustancial de la dinámica expansiva ministerial– y la separación y deslinde de atribuciones caía del lado de los administrativistas, empeñados con una mayor intensidad en la reconstrucción –o construcción– de los orígenes de su disciplina<sup>6</sup>.

Varias son las consecuencias que entrelazadas podemos extraer de esta propuesta de lectura, si convenimos mínimamente en lo acertado de su presupuesto. En primer lugar, la unidad de ese objeto temático, la *Administración*, ha contribuido a sepultar la falta de puesta en conexión entre las medidas, ofreciendo una imagen de continuidad que no ha dejado ver la separación radical que se ha venido produciendo entre circunstancias hijas del «mismo» proceso reformador. No hay más que apreciar cómo se ha explicado la última etapa de vida de los consejos y su quiebra definitiva para comprender que el razonamiento generalizado se contentaba con entenderlos como profundamente incompatibles con la nueva estructura estatal que se inauguraba, sin plantearse –ya no el porqué de esa incompatibilidad– sino el cómo de la transformación<sup>7</sup>. Así las cosas, relegados los consejos al caduco mundo

---

5 Para una explicación algo más pormenorizada del *reparto*: MARTÍNEZ PÉREZ, F., «La historiografía de las instituciones administrativas en España (siglos XIX-XX)» en *Istor* 16, 2004, pp. 91-112; concretamente pp. 91-93.

6 No representa una novedad reparar aquí en que esa búsqueda de sus orígenes disciplinares excedía los fines estrictamente historiográficos (para un repaso relativamente reciente de esos aspectos entre muchos otros: LORENTE SARIÑENA, M., «Después de *Hispania*: Algunas reflexiones sobre la historiografía jurídica en España (1989-2013)», Sordi, B. (ed.) *Storia e Diritto. Esperienze a confronto. Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni fiorentini*, Milán (Giuffrè) 2013, pp. 81-120). Más allá de esa cuestión de sobra conocida, no está de más resaltar que, para lo que en el presente acercamiento nos importa, donde reside el interés del mismo es en apuntar hacia las carencias que se derivan de que se haya cubierto un momento que se pretende tan fundamental de la historia de la construcción estatal con base en estas pautas y visiones.

7 DE DIOS, S., «Líneas fundamentales de la evolución histórica del Consejo Real»,

que con ellos se cancelaba, ¿qué incidencia podría revelar su estudio sobre la formación del Estado liberal que echaba a andar? Y todavía más allá, ¿qué relación podrían guardar con medidas tan «sistematizadoras» como las de división provincial o refuerzo ministerial?<sup>8</sup> Y es que con levantar acta de su defunción le valía al investigador que al otro lado del muro se disponía presto a reconstruir la estatalidad sobre el solar recién derruido<sup>9</sup>.

---

en *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, Diputación de Salamanca, 1986; PUYOL MONTERO, J. M., *El Consejo Real de Castilla en el reinado de Fernando VII*, Madrid (Editorial de la Universidad Complutense de Madrid), 1992; CABRERA BOSCH, M. I., *El Consejo Real de Castilla y la ley*, Madrid (CSIC), 1993; PINO ABAD, M., *El recurso de suplicación en Castilla: expresión de la gracia regia*, Madrid (Marcial Pons), 2006; son solo algunos de los autores que, llevando sus estudios hasta la quiebra, comparten esta visión del proceso, aceptando el diagnóstico *administrativista* de las consecuencias de la misma. No obstante, para despejar cualquier tipo de crítica ventajista sobre sus trabajos, cabe añadir que ninguno de los citados tuvo como objeto principal de su investigación abordar el momento de definitiva quiebra y, por tanto, en ningún momento ofrecieron una reflexión en profundidad de la misma.

8 No se puede dejar de llamar la atención sobre el contraste entre la suerte de punto de nacimiento de los Ministerios «modernos» que se ha dado a esta fecha y la realmente poca atención que se ha prestado al estudio en profundidad de su funcionamiento y práctica institucional. Esto se comprueba cuando, repasando la más reciente historiografía sobre el Ministerio de Fomento, Interior o Gobernación –hijo predilecto de la historiografía en esta refundación estructural–, se constata que las referencias a los estudios sobre los mismos son los clásicos: SUÁREZ VERDAGUER, F., «La creación del Ministerio del Interior», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 19, 1948-1949, pp. 15-56; GARIJO AYESTARÁN, M. J., *El Ministerio de la Gobernación (Materiales para un estudio de su evolución histórica hasta 1937)*, Madrid, 1977; GUAITA, A., «La competencia del Ministerio de Fomento, 1832-1931», *Actas del IV Simposio de Historia de la Administración*, Alcalá de Henares (Madrid), 1983, pp. 349-400; y *El Ministerio de Fomento (1832-1931)*, Madrid, 1984. En cuanto a la historiografía más reciente –sin ser tampoco recentísima– se trata de: SANTANA MOLINA, M., *Orígenes, antecedentes y evolución del Ministerio de Fomento*, Alicante, 2002; PÉREZ NÚÑEZ, J., «El primer Ministerio de Fomento y sus delegados, 1832-1834. Otra perspectiva desde el caso de Madrid» en *Hispania*, LXIV/2, 217, 2004, pp. 637-688, «Del Ministerio del Interior al de la Gobernación. El gobernador civil de Madrid en tiempo del Estatuto Real (1834-1836)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 77, 2007, pp. 255-375, y la monografía *Entre el Ministerio de Fomento y el de la Gobernación: Los delegados gubernativos de Madrid en la transición a la Monarquía constitucional, 1832-1836*, Madrid (UAM Dykinson), 2011; o PÉREZ JUAN, J. A., *El Ministerio de Comercio, Instrucción y Obras Públicas, 1847-1851*, Madrid (INAP), 2008.

9 Sobre el extremo de la presencia de los consejos y su disolución en las obras de algunos administrativistas me detendré algo más pormenorizadamente más adelante.

Como ya se puede ir intuyendo, una parte importante de esta relectura pasa inexcusablemente por no contentarse con este diagnóstico compartido, lo que, volviendo a las consecuencias entrelazadas, puede desplegarse a partir de la pregunta sobre el cómo de la transición/transformación<sup>10</sup>; me explico: a mi juicio, la falta de reflexión sobre los modos y formas de disolución y transmutación es lo que más decididamente ha contribuido a dejar separadas dos dinámicas «reformistas» por lo demás fuertemente vinculadas. Evidenciar esa incongruencia será precisamente uno de los principales objetivos del presente trabajo, a lo que seguirá la presentación de unas primeras claves

---

10 Esta es una pregunta muy concreta, y poco o nada estudiada, enmarcada en un cuadro más general de interpretaciones sobre cómo se cancelaron definitivamente los instrumentos de gobierno jurisdiccional y ganaron vigor los dispositivos de control no jurisdiccional. Para el primero de los extremos planteados, GARRIGA ACOSTA, C., «Gobierno y Justicia: El Gobierno de la Justicia», LORENTE SARIÑENA, M. (coord.) *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2009, pp. 45-111, ofrece una explicativa síntesis, muy útil para lo que aquí interesa, sobre las categorías de «gobierno jurisdiccional» y los «límites y posibilidades» del proceso de estatalización y administrativización de la monarquía aún en el siglo XVIII. Con toda coherencia y para lo atinente al segundo interrogante, GARRIGA ACOSTA, C. y LORENTE SARIÑENA, M., «Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845): Una propuesta de revisión», PORTILLO VALDÉS, J. M. (ed. lit.) e IÑURRITEGUI RODRÍGUEZ, J. M. (ed. lit.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, Madrid, CEPC, 1998, pp. 215-272, ya nos habían ayudado años antes a no caer en una pre-datación de la autonomía administrativa no jurisdiccionalizada. Ese cuadro general al que me refería todavía podría ser ampliado de nuevo atendiendo a dos variables distintas. Si lo que ampliamos es la cronología, para el caso español cabría remontarse al final de la década de los setenta del siglo XX para encontrar así las primeras formulaciones decididamente no estatales ni legalistas de una Monarquía jurisdiccional en crisis, entre otros trabajos del mismo autor: CLAVERO, B., «Institución Política y derecho: acerca del concepto historiográfico de “Estado moderno”», *Revista de Estudios Políticos*, 19, 1981, pp. 43-57. Si lo que dilatamos es el ámbito territorial de objeto y autor, habría que completar el triángulo italo-hispano-luso con algunas referencias obligadas y por todos conocidas. Valga como corolario de estas perspectivas para el caso portugués: HESPANHA, A. M., *Visperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Madrid (Taurus), 1989; «Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução», en CLAVERO, B., GROSSI, P., TOMÁS Y VALIENTE, F. (eds.), *Hispania: entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano (Giuffrè), 1990, pp. 135-204; y *Guiando a mão invisível. Direito, Estado e lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra (Almedina), 2004. Y para el caso italiano, la especialmente relevante a nuestros efectos: MANNORI, L., y SORDI, B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari (Laterza), 2001.



explicativas del proceso de transformación apoyándonos en un observador privilegiado –el Consejo Real de España e Indias– que nos ayudará en la fase propositiva. Antes de eso, parece todavía recomendable seguir introduciendo elementos de duda en este paisaje de *confusiones*. Veamos si somos capaces de extraer algo en claro de un discurso que en apariencia eso pretendía.

## II. EL CONFUSO DISCURSO EN TORNO AL FIN DE LA CONFUSIÓN

### 1. La confusión en el deslinde

Seis reales decretos fueron dados el 24 de marzo de 1834 al presidente del Consejo de Ministros, Martínez de la Rosa, conteniendo «el arreglo de los tribunales supremos de la nación, con las atribuciones y demás que le correspond[ían]»<sup>11</sup>. En la «exposición de motivos» que los precedía, la Reina Gobernadora daba muestras del punto de insostenibilidad al que había llegado la situación, en sus propias palabras, por el mantenimiento de «la viciosa organización que [...] t[enían] los cuerpos principales del Estado». Para revertir esta situación y permitir que «las mismas reformas que se est[aba]n planteando, y que de tantas esperanzas se promet[ía] ya la nación [lleg[ara]n a madurez», se hacía necesaria «la armonía y correspondencia entre las diferentes partes del sistema administrativo». Primordial para ello era el deslinde «de atribuciones judiciales y administrativas en los mismos cuerpos y autoridades» y a ese fin, concluía la reina madre, respondían los reales decretos.

Las referencias a lo que estos decretos habían significado abundaron en los debates que inauguraron ese verano las cortes bajo el recién promulgado Estatuto Real<sup>12</sup>. El mismo Martínez de la Rosa, valorando lo vicioso de la antigua administración y relacionándolo con «la necesidad de la división de poderes para principiar a reformarla», señalaba entre las principales medidas tomadas a ese respecto la de «la abolición de los antiguos Consejos que la

11 Así vienen encabezados en la *Colección de las leyes, reales decretos, ordenes, reglamentos, circulares y resoluciones generales espedidas sobre todos los ramos de la administración y gobierno del estado*, Tomo preliminar, Madrid (Imprenta del Castellano), 1840, pp.306-311. El resto de referencias literales utilizadas en el mismo párrafo provienen de la exposición de motivos que se localiza en el mismo texto.

12 Para el relato más completo de la conocida historia política de este breve periodo, sigue siendo a día de hoy inexcusable: VILLARROYA, J. T., *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, Madrid (IEP), 1968.

entorpecían». Los secretarios del despacho, continuaba el de Estado, estaban «íntimamente persuadidos [de] que desde la cúspide de la antigua administración, desde el Consejo de Castilla que era su clave, hasta el último ayuntamiento, tenía necesidad de reformarse»<sup>13</sup>. Por su parte, el secretario de Estado y del despacho de lo Interior, Moscoso de Altamira, en su Memoria de presentación del ramo ante las cortes de 14 de agosto, tras hacer un recorrido por la *confusión* en sus funciones de las autoridades del «Gobierno precedente», introducía las claves del nuevo gobierno interior, destacando que «en vano aspirar[ían] a ello ni aun después de bien aclaradas y deslindadas las atribuciones de ayuntamientos, alcaldes, consejos de provincia y gobernadores civiles, si no se demarca[ba]n las que correspond[ía]n a las autoridades gubernativas y administrativas, y las que [eran] propias de las judiciales»<sup>14</sup>.

Ante estas conocidas fuentes, siempre en el plano del discurso político –ya sea encabezando un Decreto o ante las Cortes<sup>15</sup>–, se puede decir que el relato mayoritario no ha resistido la tentación de presentar este momento y estas medidas como fundantes de la separación del binomio gubernativo/contentioso, apuntando a la implantación definitiva del principio de separación de poderes.

---

13 Todas las citas de Martínez de la Rosa escogidas en este párrafo provienen del Diario de sesiones de las Cortes, en adelante DSC, legislatura 1834-1835, documento n.º 10, p. 2, disponible en: <[http://www.congreso.es/est\\_sesiones/](http://www.congreso.es/est_sesiones/)> [Consultado el 8/01/2018].

14 Con respecto al «Gobierno precedente» la vaguedad y lejanía con la que trazaban sus funciones coadyuvaba a transmitir la idea del gran arreglo que suponían las nuevas medidas: «Las funciones de las principales autoridades del Estado no estaban tan bien circunscritas y determinadas como era necesario; y así las facultades que delegaba el Rey en las autoridades intermedias inducían a duda en muchos casos, y unas mismas acordaban providencias gubernativas al mismo tiempo que sentenciaban causas, publicaban bandos militares a la par que autos de buen gobierno, y hubo tiempos en que el Presidente del Consejo de Castilla, reasumiendo funciones propias del Gobierno y de la administración, decidía de la suerte de los bienes del Estado, y disponía igualmente de los propios de los pueblos», en DSC, legislatura 1834-1835, apéndice al documento n.º 17, p. 1 y ss., disponible en <[http://www.congreso.es/est\\_sesiones/](http://www.congreso.es/est_sesiones/)> [Consultado el 8/01/2018].

15 Para esta concepción mayoritaria de la historia de la Administración, estas fuentes políticas y dudosamente normativas constituyen la principal herramienta de trabajo en su reconstrucción disciplinar. Alejandro Nieto es especialmente claro a este respecto: «El diario de sesiones se convierte así en el Tratado de Derecho Público (político y administrativo) y de ciencia de la administración más importante de esta época», en NIETO, A., *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, cit., p. 7.

Frente a esta versión ampliamente difundida, ya hay quien ha llamado la atención sobre la *acrítica* reproducción y valoración de este discurso político<sup>16</sup>. Y se ha hecho apuntando a dos flancos diferentes del relato. Por un lado, para la generalidad del discurso creado en torno a las convenciones historiográficas de Administración y Justicia –levantadas sobre el binomio gubernativo/contencioso–, se ha respondido desde el mismo plano señalando una versión alternativa del proceso de administrativización de la Monarquía jurisdiccional<sup>17</sup>. Por otro lado, y para este concreto hito transicional, hay quien ha rebajado la gravedad del discurso político para señalar la «lógica tramitativa» de reordenación de antiguos expedientes en nuevas instituciones que podría estar detrás del arreglo<sup>18</sup>. Más allá del argumento en sí, lo que nos tiene que interesar de esta maniobra es el cómo apunta hacia otra manera –quizá *la* manera– de tratar de dar respuesta a lo que hubo detrás de las famosas medidas. Solo preguntándose por lo que supusieron las reformas a nivel de efectivo funcionamiento de los diferentes cuerpos e individuos implicados, se podrá aventurar un diagnóstico aproximado de lo que subyacía a las conocidas proclamas de separación y deslinde. Y solo después de un estudio sobre base archivística que comprenda esta problemática como objeto de estudio autónomo y busque ponderar alteraciones y continuidad, se podrán construir las convenciones –propias en este caso– que nos brinden las claves explicativas que ayuden a descifrar qué significaba, o mejor, para qué se utilizaba el discurso político por todos conocido.

---

16 Me refiero, a grandes rasgos, a la obra del grupo HICOES (HIstoria CONstitucional de España), esta puede verse condensada para estas temáticas en la mayoría de los capítulos del ya citado LORENTE SARIÑENA, M. (coord.) *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, 2009.

17 La propuesta de versión alternativa puede encontrarse en la obra colectiva ya reseñada, especialmente en MARTÍNEZ PÉREZ, F., «De la pluralidad de fueros al fuero de la administración» en LORENTE SARIÑENA, Marta (coord.) *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, cit., pp. 223-265. También es muy claro exponente de este planteamiento, sobre todo en su muy explicativo capítulo tercero: SOLLA SASTRE, M. J., «La construcción del espacio de la justicia del fuero común (1845-1850)», *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España (1834-1870)*, Madrid (Congreso de los Diputados), 2011, pp. 231-335.

18 LORENTE SARIÑENA, M., «La supresión de los Consejos y la creación del Real de España e Indias (Elementos para una discusión)», cit., p. 1108.

## 2. La confusión en el reparto de atribuciones

Para lo que ahora importa, no cabe duda de que independientemente del significado que subyace tras las medidas enunciadas en los famosos Reales decretos de 1834, lo cierto es que en virtud de los mismos el diseño institucional de la Monarquía quedaba considerablemente alterado: por el primero se suspendía el Consejo de Estado<sup>19</sup>; por el segundo se suprimían el de Castilla y el de Indias y en su lugar se instituía el Tribunal Supremo de España e Indias; por el tercero se suprimía el Consejo Supremo de Guerra y en su lugar se instituía el Tribunal Supremo de Guerra y Marina y de *extrangería*; por el cuarto decreto se suprimía el Consejo Supremo de Hacienda y en su lugar se instituía el Tribunal Supremo de Hacienda; por el quinto se encargaba al Secretario del despacho de Gracia y Justicia que proyectara la nueva planta y organización del Consejo de Órdenes; y por el sexto se instituía un Consejo Real de España e Indias.

Para Nieto –exponente más cualificado de la lectura administrativista de estas medidas–, la clave de la reforma se encontraba, principalmente, en la creación del Tribunal Supremo «en cuanto que significaba la definitiva separación de las competencias administrativas y judiciales, cuya confusión solo iba a continuar ahora en el modesto nivel de los alcaldes» y, de forma algo más subsidiaria, «en la del Consejo Real como órgano consultivo técnico»<sup>20</sup>.

19 Este había sido sustituido por el de Gobierno en virtud de la décimo segunda cláusula del testamento de Fernando VII (Archivo Histórico Nacional -en adelante AHN-, Estado, leg. 2828, segunda parte, primer documento).

20 NIETO, A., *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, cit., p. 209. El caso de Nieto no se diferencia especialmente del de otros administrativistas en cuanto al enfoque que le da a las consecuencias de la disolución e instauración del nuevo consejo, pero es innegable que le dedica un lugar algo más central en su reconstrucción. Por el contrario, en la que puede ser la otra gran obra de los administrativistas en la década de los noventa del siglo pasado, la disolución de los consejos ocupaba un lugar mucho más reservado: FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Madrid (Civitas), 1998. En la p. 111, en nota al pie 138, se mencionan los consejos suprimidos –destacando que «retenían competencias tanto gubernativas cuanto contenciosas»– y los Tribunales Supremos instituidos en su lugar para las atribuciones «contenciosas». Todavía menor es la presencia que le podemos rastrear a las medidas de alteración institucional, comprendidas en su conjunto, en otra de las obras que han funcionado como obligada referencia de la lectura administrativista a la que me vengo refiriendo: en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la génesis del derecho administra-*

Sin necesidad de entrar en otra valoración sobre base historiográfica de las medidas en cuestión, atender al detalle literal de las fuentes que rodearon su aprobación nos puede servir, al menos, para poner en duda la sencillez del relato, dando así un paso más en el nivel de *confusión* en el discurso. Esta complejidad no gira esta vez en torno a las diferentes perspectivas en cuanto a la interpretación de un discurso político, sino más bien en torno a la ausencia de problematización sobre las diferentes posturas que, con respecto a las medidas, se revelan de la observación de algunos matices de las fuentes.

En ese sentido, contribuye a profundizar en la lectura percatarse de que la alteración que la disolución de los consejos –e institución de uno nuevo– planteaba no fue recibida como algo pacífico, ni se interpretó de forma unívoca, en todos los foros en que se referenciaron las medidas. Si, por un lado, de la versión ofrecida por los «reformistas» no cabe extraer una consecuencia muy distinta de la retenida por la historiografía mayoritaria, en el paso de los decretos para su aprobación por el Consejo de Gobierno, sí podemos apreciar más claramente una interpretación diferente de la transición<sup>21</sup>.

---

*tivo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla (Instituto García Oviedo), 1973, p. 134, se halla la única referencia a los «cuatro Reales Decretos de 14 de marzo de 1834» –y no seis de 24 de marzo– «que suprimieron el Consejo de Estado, los Consejos de Castilla y de Indias (instituyendo en su lugar un Tribunal Supremo de España e Indias) y el Consejo de Hacienda». Entiendo que no está de más, no obstante la referencia anterior, aclarar aquí que la misma no va dirigida a evidenciar algo que, por otra parte, el propio autor tuvo el reparo de expresar en el prólogo a la reedición publicada en Madrid por Iustel en el más cercano 2006: «Es ocioso señalar que este libro no podría calificarse sin violencia de ensayo histórico». No, lo que se busca, como en ocasiones anteriores, es resaltar la insuficiencia de la historiografía para cubrir de forma solvente espacios que, requiriendo de alguna interpretación, han motivado que se lleven a cabo reediciones como la señalada en las que ni el propio autor acababa de tener claro la pertinencia de las mismas: «Algunos autores se interrogarán por las razones que justifican el que un ensayo que vio la luz hace la friolera de treinta y tres años vuelva a ver hoy la luz. Yo también me lo pregunté cuando los responsables de esta joven editorial me lo sugirieron, y las razones que se me dieron siguen aún sin convencerme por completo».

21 El estudio más completo y descriptivo de la vida institucional de este alto cuerpo sigue siendo: MONTANOS FERRÍN, E., «El consejo de gobierno (1833-1836)» en *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, Vol. 2, 1996, pp. 267-318. A mi juicio el papel que este consejo jugó a lo largo de sus tres años de vida institucional tiene todavía hoy mucho que revelarnos. En un sentido similar a lo que ha ocurrido con el Consejo Real de España e Indias, la poca incidencia que le podemos rastrear a su desempeño tras su disolución ha hecho que no se haya valorado su entidad para el momento justo de su existen-

La separación de atribuciones que se pretendía realizar se anunciaba a su paso por el Consejo de Gobierno de una forma sustancialmente distinta a lo que hemos podido intuir por el momento. En la sesión ordinaria del Consejo de Gobierno del 28 de febrero de 1834 «se dio cuenta de un oficio del Sr. Secretario del Despacho de Estado, acompañando una exposición del Ministerio de SM, con seis proyectos de Decretos para la supresión del Consejo de Estado durante la minoría de la Reyna, supresión de los Consejos de Castilla<sup>22</sup>, Guerra y Hacienda, y erección de tribunales Supremos de España e Indias, Guerra y Marina, y Hacienda, *y creación de un Consejo Real de España e Indias para todos los negocios gubernativos*»<sup>23</sup>. La misma lectura parece que cabría extraer de lo recogido en la sesión del 4 de marzo, cuando afrontaba el consejo el difícil dictamen estando «[c]onforme [...] con el principio de que es conveniente separar la parte judicial de la gubernativa» y aprobando «[...] los seis proyectos de Decreto [...] [que] comprenden la reforma de los Consejos actuales, *y la creación de uno nuevo, en el que se refunden las atribuciones gubernativas, que correspondían a los antiguos* [...]»<sup>24</sup>.

No es difícil advertir que al papel que el flamante consejo tenía reservado en la renovación institucional se le daba más presencia ante los consejeros que estaban llamados a practicarse esa suerte de harakiri estructural que en foros como el Estamento de Procuradores. En ese sentido, tampoco hace falta reproducir aquí, por lo conocido, el famoso fragmento del voto particular de

---

cia. No en vano, este consejo fue considerado como el «primero y preferente de todos los consejos del Reyno» y tuvo, y no solo sobre el papel, opinión cualificada en los «negocios arduos y señaladamente los que causen providencias generales y transcendentales al bien común de los vasallos», según disponía el propio real decreto de su convocatoria de 4 de octubre de 1833 (AHN, Estado, leg. 2828, segunda parte, documento primero).

22 El Consejo de Gobierno ya se había pronunciado, entre las sesiones ordinarias de los días 11 y 18 de febrero, sobre la nueva planta que se pretendía dar al Consejo de Castilla por parte del Secretario de Estado de Gracia y Justicia, Nicolás M. Garely. Buena parte del articulado de este proyecto de reforma se incluyó después en el segundo decreto del 24 de marzo (AHN, Estado, leg. 906, documentos 46 y 48).

23 AHN, Estado, leg. 906. La Real orden que contiene el oficio de Martínez de la Rosa es del día 27 de marzo. La cursiva es mía.

24 AHN, Estado, leg. 2828, segunda parte. La cursiva es mía. La *dificultad* del dictamen viene expresamente recogida en las actas del Consejo, pues el mismo, vista «la importancia de este negocio», «acordó se difiriese su contestación para otra sesión, a fin de que en el entretanto pudiesen los Sres. Consejeros tomar un conocimiento profundo de los diferentes particulares que comprehende este espediente» (AHN, Estado, leg. 2828, segunda parte).

uno de los consejeros, Francisco Javier Caro –a la sazón consejero y camarista del Supremo Consejo de Indias–, al que se adhirió enteramente José María Puig, quien había sido Decano y Gobernador interino del Consejo de Castilla apenas dos años antes. El contradictorio fragmento, que mostraba la irrelevancia de la *vis* gubernativa de los consejos al tiempo que se oponía a su desaparición, encuentra para nosotros su coherencia si lo interpretamos como la otra cara del discurso reformista. De esta forma, a las diferentes memorias que durante la década ominosa reclamaron la desaparición de la *vis* gubernativa del Consejo como medida inevitable –junto a la de creación de un Ministerio del Interior– para mejorar la deplorable situación de los pueblos, se le puede oponer esta argumentación que para salvaguardar las viejas instituciones negaba su incidencia práctica en los asuntos de gobierno político y económico del reino. Ambas son fundamentaciones que nos señalan hacia un mismo diagnóstico parcial, el cual, por otro lado, es de todo menos revolucionario: las viejas instituciones aún ocupaban un espacio y tenían unas posibilidades de reforzamiento que hacían que sus detractores/defensores las concibieran como principal obstáculo/vía de salvación de sus proyectos político-jurídicos<sup>25</sup>.

### **3. ¿Gubernativo y/o consultivo? La confusión en la categorización de las atribuciones**

El tercero de los focos de confusión que conspiran para complejizar el discurso levantado sobre el objeto de estudio tiene que ver, a grandes rasgos, con la determinación de la *naturaleza consultiva* del nuevo consejo. De forma contraria a lo que pudiera parecer, la calificación de las atribuciones a desempeñar por el mismo no acabó de estar clara ni una vez comenzada su andadura.

Así las cosas, al desafío de historiar a qué se estaban refiriendo las fuentes cuando deslindaban la atribución gubernativa de la contenciosa y si había un entendimiento común del deslinde, se une ahora el de valorar hasta qué punto la función consultiva estaba comprendida o no en la primera; y no solo eso,

---

25 Esta tensión entre posturas que he simplificado con fines explicativos puede seguirse especialmente bien en el apartado que dedicaba Puyol Montero en su tesis a estas temáticas: PUYOL MONTERO, J. M., «La Administración y el Consejo. Proyectos de reforma. Paulatina pérdida de competencias del Consejo Real», *El Consejo Real de Castilla en el Reinado de Fernando VII*, cit., pp. 434-464.

pues desde el relato mayoritario se ha llegado a diferenciar entre naturalezas consultivas, quedando localizado el nuevo consejo –justo tras el cisma que marca la trasmutación– en la vertiente moderna<sup>26</sup>.

El relato historiográfico mayoritario, a su paso por el estudio de la posición y función del Consejo Real de España e Indias, ha tenido como referencia obligada el artículo de Arvizu<sup>27</sup>. Y no es para menos, pues se trata del único estudio de la planta institucional del consejo hasta la fecha<sup>28</sup>. Completo para dar cuenta de la *normativa* relacionada con su instauración –desde el sexto decreto de 24 de marzo hasta los dos reglamentos que en el mismo se dieron–, su carácter meramente descriptivo y falta de problematización ha contribuido a simplificar y relegar la incidencia del consejo al discreto plano que ha venido ocupando<sup>29</sup>.

Sin entrar en mayores profundidades de análisis institucional, podemos convenir que fue precisamente en torno a la redacción de los reglamentos de

---

26 Esta categorización de naturaleza consultiva moderna se ve especialmente clara en LOSA CONTRERAS, C., «La administración consultiva en los inicios del Estado liberal. El funcionamiento del Consejo Real de España e Indias. Sección Interior (1834-1836)», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 7, Madrid, 2000, pp. 457-470.

27 ARVIZU Y GARRALAGA, F., «El Consejo Real de España e Indias (1834-1836)», en *Actas del III Simposio de la Administración*, Alcalá de Henares (Madrid), IEA, 1974, pp. 382-408.

28 Eso sí, al tiempo de su puesta en funcionamiento y con ausencias –para lo que aquí nos interesa– fundamentales. No hay más que atender a los términos con los que despachaba la naturaleza del consejo: «De todo lo dicho se deduce que, respecto al Consejo Real de España e Indias, no cabe hablar, por lo que a competencias se refiere, de la clásica división en legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, ya que se trata de un órgano asesor» (ARVIZU Y GARRALAGA, F., «El Consejo Real de España e Indias (1834-1836)», cit., pp. 398-399).

29 A ese trabajo se contraponen, desde otra perspectiva y con otras miras, el último acercamiento por parte de la historiografía jurídica del que tengo constancia, el de Lorente en 2008 que ya ha sido citado. En sus *Elementos para la discusión* podemos encontrar fundamentos para sostener las diferencias que en la interpretación de las atribuciones existían entre las diferentes secciones en que estuvo dividido el consejo. La autora realizó un recorrido por las proposiciones de algunas de las secciones del consejo suscitando de ese modo mi curiosidad por algunos de los extremos que señaló. Fruto de sus consejos fue la investigación que llevé a cabo en el Archivo General de Simancas (en adelante AGS) entre julio y agosto de 2016. Por ese motivo las citas a las fuentes que siguen provienen directamente de la documentación consultada en los legajos. Agradezco asimismo a Javier Barrientos las sabias indicaciones que me confió para el estudio del fondo en que están insertos los legajos indicados, el propio del Consejo Real de España e Indias (en adelante, para referirme al fondo, CRE).



gobierno del consejo y sus secciones, de 9 de mayo y 20 de diciembre de 1834, donde más ilustrativas se volvieron las discrepancias en el entendimiento del papel del consejo. Contenidos en una carpeta localizada en lo que fue el archivo de la Secretaría General del consejo, diversos informes de las secciones que lo conformaban (Estado, Hacienda, Gracia y Justicia, Guerra, Marina, Interior e Indias) arrojaban visiones distintas de las mejoras que sobre el primer reglamento de gobierno se debían practicar<sup>30</sup>. La simple contraposición de lo que las secciones de Interior e Indias entendían como atribuciones propias del consejo y sus secciones se revelaba de lo más sintomático para desterrar la idea de lo pacífico del entendimiento de la naturaleza consultiva.

Con esta supuesta certidumbre sobre el lugar del consejo en el nuevo organigrama estructural se pronunciaba la sección de Interior:

«El consejo y sus secciones como cuerpo consultivo se ocupa de los negocios administrativos, bien sean gubernativos, o contencioso-gubernativos. En ellos el Consejo es el tribunal consultivo: el gobierno es el tribunal supremo. Entiende también por vía de consulta en las competencias de las autoridades Gubernativas entre sí; y de las autoridades gubernativas, judiciales, de hacienda, de guerra y aun de Estado unas con otras. La suprema decisión en estos negocios pertenece al Gobierno»<sup>31</sup>.

---

30 Solo hace falta echar un vistazo a las preocupaciones de los señores ministros que Arvizu clasificó en función de su propia lectura de la materia de la que trataban –personal, orden interno en general, dictámenes, votaciones, protocolo y presupuesto– para ser conscientes de lo mal que resisten el calificativo de *moderno* la mayor parte de las proposiciones que las secciones registraron como mejoras para el funcionamiento de la institución, ARVIZU Y GARRALAGA, F., «El Consejo Real de España e Indias (1834-1836)», cit., pp.391-395. La poca atención que presto en este trabajo al análisis institucional del consejo y sus secciones proviene, como ya se ha dicho, de que para lo que aquí interesa, basta con los trabajos de Arvizu, Losa y Lorente.

31 En el AGS, CRE, leg. 2 bis, dentro de la segunda carpetilla donde se encuentran las «Observaciones de las secciones sobre el Reglamento actual del Consejo Real», aguardan estas proposiciones sobre las atribuciones del consejo. Todo parece indicar que esta parte de las observaciones corresponden al ministro Banquero. Aún más tajante en las mismas exposiciones es el ministro decano, Juan Álvarez Guerra, que, a la definición del consejo como tribunal, añadía su esquema del sistema administrativo: «El Consejo es un tribunal de Justicia, lo mismo que el supremo de este nombre. Solamente varían en el modo y en las causas. Los tribunales ordinarios tienen establecidos sus trámites y sus procedimientos [...] En los de Gobierno no hay trámites ni plazos; solamente se atiende a dar al espediente toda la instrucción necesaria para poder resolverlos con acierto. // En los primeros hay jueces de partido, Audiencias, tribunal supremo: En los segundos hay Ayuntamientos, Gobernadores Civiles, Consejo Real si el negocio lo requiere, y Gobierno Supremo. // Los

No hay más que atender, en contraste, a la literalidad del artículo 11 del reglamento de 9 de mayo, tradicionalmente considerado como irrefutable demostración de la separación de atribuciones, para, al menos, dudar de la certeza de lo que contencioso y gubernativo significaban:

«Desde el punto en que cualquiera negocio llegue a tomar carácter contencioso pasará al Tribunal a que corresponda, puesto que el Consejo solo puede ocuparse de asuntos gubernativos»<sup>32</sup>.

Con otras «preocupaciones» y, desde luego, otras perspectivas, la sección de Indias participaba de esta «puesta en común» sin acabar de comprender –o aceptar– lo que estaba llamada a cumplir. No ya solo porque entendiera *confuso* el encargo recibido por el consejo, sino porque no parecía descartar que en el marco institucional en el que se iba a desenvolver cupieran variaciones considerables:

«deseosa de corresponder a los fines que el Gobierno se propuso en su institución entendiende [...] se debe especificar en un apéndice al mismo reglamento del Consejo sus peculiares atribuciones y facultades, las cuales variarán según que varíe la índole y atribuciones del mismo Consejo»<sup>33</sup>.

Independientemente de la plausible variación sustancial en «la índole y atribuciones» encomendadas, la sección consideraba que, al menos, «todos los negocios que eran del privativo conocimiento de la Sala de gobierno del extinguido Consejo [del Supremo Consejo de Indias] parec[ía] que deb[ía] n serlo [...] de la Sección de Indias». Y eso que la misma, «como puramente consultiva[,] no podr[ía] ejercer otras funciones que *las absolutamente necesarias* para proporcionarse *los medios* de dar con acierto sus pareceres en los negocios que se le consulten»<sup>34</sup>. Pero ¿qué comprendía para la sección «las absolutamente necesarias»? O mejor, ¿cuáles eran esos medios? Desde lue-

---

primeros tratan de los negocios civiles y criminales: los segundos de los gubernativos, y de los contencioso-gubernativos, o de administración de justicia gubernativa entre partes: y en ellas el gobierno frecuentemente es parte».

32 Existen numerosas copias del Reglamento de funcionamiento interno del Consejo Real de España e Indias de 9 de mayo de 1834 en muchos de los legajos del fondo propio del consejo en el AGS.

33 AGS, CRE, leg. 2 bis. Estas observaciones provienen en el caso de la sección de Indias de su exposición manuscrita de 25 de junio de 1834.

34 AGS, CRE, leg. 2 bis. La cursiva es mía.

go, entre las primeras estaban las de «tener autoridad para pedir informes y documentos, y cuanto crea conveniente, a todas las autoridades y personas de cualesquiera clase que sean tanto en la península como en Ultramar comunicando al efecto directamente por su Secretaria los oficios correspondientes», además de «[...] est[ar] autorizada para proponer al Gobierno cuanto juzgue útil y conveniente a la prosperidad y fomento de aquellas provincias, formando los expedientes que estime necesarios [...] y puestos en estado de resolución los remitirá a la Secretaría a que correspondan»<sup>35</sup>. De esta forma, la sección, señalándonos *los medios* que consideraba imprescindibles para llevar a cabo las funciones que entendía *absolutamente necesarias*, nos arrojaba una pista que se me antoja capital para poder articular más adelante, aun en este plano discursivo, una propuesta de lectura diferente. La sección, mostrando una versión de la práctica consultiva que, si algo nos sugiere, es que debía ser muy apegada a lo que hasta entonces había estado desarrollando, se afanaba en seguir disponiendo de las vías y la capacidad de comunicación directa con los diferentes cuerpos y autoridades.

De acuerdo con esa visión, no es de extrañar que la sección concluyera su informe mostrando que dentro de su concepción de naturaleza consultiva del consejo –contando con esas funciones y esos medios– cabía una interpretación en la que se considerara al mismo «como cuerpo a quien se le conf[ería] además una gran parte de la ejecución de las Consultas que envi[aba] al Gobierno»<sup>36</sup>.

---

35 AGS, CRE, leg. 2 bis. No solo demandaba mayor capacidad de decisión y ejercicio en la resolución de expedientes, también entendía que «[e]n todos los negocios en que el Consejo de Indias acostumbraba expedir Cédulas, títulos y cartas para aquellas provincias, parece que podr[ía] continuar haciéndolo la Sección [...]».

36 AGS, CRE, leg. 2 bis. Hasta donde sabemos, no dejó la sección de Indias de plantear problemas similares durante buena parte de la vida del consejo. De la mano de Martínez Navas se puede hacer un seguimiento muy completo y descriptivo de sus demandas y pronunciamientos que, desde luego, resulta bastante útil para ir dando forma a la idea que hemos apuntado: MARTÍNEZ NAVAS, I., *El Gobierno de las islas de ultramar. Consejos, juntas y comisiones consultivas en el siglo XIX*, Madrid (Universidad de La Rioja- Dykinson), 2007. Especialmente en su capítulo tercero «La sección de Indias del Consejo Real y las Juntas y comisiones auxiliares en las secretarías del despacho», pp. 77-98, gran trabajo de estudio y reconstrucción de fuentes archivísticas que, sin embargo, la lleva a sostener una visión sobre la actuación de la sección que dista mucho de lo que he tratado de reflejar aquí, ya que esta autora llega a calificar a la sección de «cautelosa» a la hora de delimitar su ámbito de actuación.

No innovamos mucho si aseveramos, recapitulando ya en esta primera fase expositiva, que tratar de encontrar un sentido unívoco y simple a realidades tan amplias y complejas como «lo consultivo» nos lleva irremediamente a un plano de generalidades que aportan poco al que se asoma a este tipo de escenarios<sup>37</sup>. Si, por el contrario, en vez de conformarnos con la convención ajena nos preguntamos por lo que estaba detrás de la interpretación que cada uno de los actores que hemos presentado dio a la naturaleza consultiva, estaremos más cerca de comprender en qué consistió efectivamente la práctica consultiva que nos interesa. Y no solo eso, pues estos entendimientos propios, además, nos arrojan importantes pistas, como la comunicativa en este último caso, que nos pueden ayudar a explicarnos aspectos muy relevantes de la alteración institucional que buscamos desentrañar.

### III. EL CONSEJO REAL DE ESPAÑA E INDIAS ENTRE TRANSICIÓN, CANCELACIÓN E INAGURACIÓN

A muy grandes rasgos, la principal pregunta a la que buscaría responder mi investigación –la que se interroga por lo que está detrás del «fin de la confusión» y el estado de cosas que inaugura– podría ser conjurada mediante la acotación que supone recoger algunos planteamientos que hemos ido dejando sueltos en los apartados anteriores. Atender al momento de reformas como objeto de estudio en sí, primera idea clave, nos ha revelado un considerable déficit historiográfico. Constatar, tras esto, lo poco que nos decían del momento las convenciones historiográficas levantadas sobre el discurso político nos ha conducido a recelar del mismo y entender como necesaria la construcción de unas propias a partir del cruce de ese discurso con la efectiva práctica institucional. La diversidad de pareceres en torno a las consecuencias de las medidas de disolución e institución de nuevos cuerpos nos ha llevado a conceptualizar las mismas a partir de una tensión plural complejizando el estudio. Y, por último, detectar por dónde podrían ir las claves que hicieron efectiva esa alteración institucional nos ha hecho darle valor al papel que el Consejo Real de España e Indias puede jugar en la explicación de esta revolución no revolucionaria. Veamos ahora un poco más detalladas esas condiciones de posibilidad.

---

<sup>37</sup> LORENTE SARIÑENA, M., «La supresión de los Consejos y la creación del Real de España e Indias (Elementos para una discusión)», cit., p.119.

## 1. La disolución y transición desde el nuevo consejo

El estudio en profundidad del Consejo Real de España e Indias puede ayudarnos a completar el entendimiento de la disolución y transición que es foco de interés. En primer lugar, porque tirando del hilo del rol desempeñado por su Presidencia en sus primeros meses de existencia, adelanto que nos explicaremos algunos extremos de las medidas no del todo conocidos hasta ahora. En segundo lugar, porque clarificando la herencia recibida por la institución en términos archivísticos, de medios y fondos, tendremos más cerca el dimensionar de forma más aproximada la alteración institucional en diversos sentidos. Y en tercer y último lugar, porque analizando el ámbito comunicativo del nuevo consejo, podremos acertar a proponer una explicación orientativa de la conocida confusión consultiva.

### A. Una Presidencia entre dos consejos

Por Moreno Pastor sabemos que el 2 de abril de 1834, esto es, una semana después de la promulgación de los famosos decretos, el flamante presidente del Tribunal Supremo de España e Indias, José Hevia y Noriega, prestaba el debido «Juramento» en manos del Presidente del *Consejo Real de España e Indias*, Duque de Bailén<sup>38</sup>. Más allá de las dudas sobre preeminencia institucional de uno u otro cuerpo que tal actuación nos puede despertar, me interesa traer a colación la «anécdota» para señalar el importante papel que el Duque Presidente tuvo que desempeñar en la gestión de la disolución y posterior recolocación institucional<sup>39</sup>. Ahondando un poco más en la confirmación de estas percepciones, otra noticia, que en esta ocasión nos aporta Álvarez-Coca, parece reforzar la idea de la Presidencia entre consejos como tuteladora del trasvase. Según la investigación de esta archivera, la Secretaría de la Presidencia del suprimido Consejo de Castilla sobrevivió ocho meses a esta institución, solapándose durante la mayor parte de ese tiempo, año

38 MORENO PASTOR, L., *Los orígenes del Tribunal Supremo (1812-1838)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 186 y pp. 191-192. En nota al pie número 430 transcribe el contenido de la real orden que por vía del Secretario de Gracia y Justicia, Nicolás María Garely, se comunicaba al Duque Presidente informándolo de que debía tomar Juramento al recién nombrado, por decreto del mismo día, Presidente del Tribunal Supremo de España e Indias.

39 «Duque Presidente» es la forma de nombrar al presidente del consejo, General Castaños, las más de las ocasiones en las minutas elaboradas en las secretarías de las secciones del consejo. Me permito llamarlo de ese modo.

yo, con el desempeño que la secretaría general del Consejo Real de España e Indias –como oficina análoga a esa secretaría en el nuevo consejo– llevó a cabo en los titubeantes primeros pasos de la institución<sup>40</sup>. Si unimos esta línea argumentativa a la importancia que ya vimos que se le daba a la presencia con fines comunicativos de las instituciones, concluiremos que el *Presidente entre consejos* se nos revela –y, sobre todo, la información que de sus comunicaciones podemos extraer<sup>41</sup>– como un actor político-jurídico fundamental para la comprensión de buena parte de las medidas de reestructuración que tuvieron lugar durante ese periodo<sup>42</sup>.

### B. Heredero y guardián de los fondos

Del estudio de la “herencia recibida”, en una clave de lectura archivística, se pueden sacar múltiples consecuencias que nos ayuden a completar la reconstrucción del *momento*. No cabe en este trabajo sumergirse en unas profundidades de análisis a las que, por otro lado, ya han llegado algunos

---

40 En ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, M. J., «La Cámara de Castilla: Secretaría de Gracia y Justicia. Problemas archivísticos e investigación histórica» en SCHOLZ, J.-M. (coord.) *El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main (Klostermann), 1992, p. 22, se encuentra la referencia al real decreto de 19 de noviembre de 1834 que «ven[ía] a suprimir la Secretaría de la Presidencia del extinguido Consejo de Castilla, cuyos papeles se pasar[ía]n al archivo general del Consejo Real de España e Indias».

41 Esta importancia comunicativa, sobre la que volveremos más adelante, es puesta de manifiesto especialmente bien por esta autora cuando llama la atención sobre la importancia del estudio de los registros de la secretaría de la Presidencia del Consejo Real. Y no es para menos, puesto que era esta oficina la que daba sustento a la comunicación del Consejo con el Monarca y por la que pasaban las consultas que se le elevaban y las reales órdenes que se recibían. En ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, M. J., «La Cámara de Castilla: Secretaría de Gracia y Justicia. Problemas archivísticos e investigación histórica», cit., p. 11.

42 Y todo eso sin entrar a valorar específicamente la dimensión «personal» de la Presidencia. En ese plano, es interesante observar la vinculación familiar que el Duque Presidente guardaba con el Marqués de las Amarillas (tío y sobrino), cuestión que Sánchez Bella (SÁNCHEZ BELLA, I., “La reforma de la administración central en 1834”, cit., pp. 665-667) ponía de manifiesto a partir de la reproducción de la descripción que de ambos hacía Javier de Burgos en sus famosos *Anales del Reinado de Doña Isabel II*, Tomo I, Madrid, 1850. De ese retrato, y aunque Sánchez Bella no lo hiciera, se podía deducir el importante papel que el Marqués de las Amarillas jugó en el decisivo paso de los seis famosos decretos de 24 de marzo por el Consejo de Gobierno.

especialistas<sup>43</sup>. Con destacar algunas cuestiones sustanciales estimo que será bastante para cumplir con nuestro objeto. En este sentido, de las importantes pistas que Álvarez-Coca daba al describir el itinerario seguido por algunos de los fondos de la Cámara de Castilla hasta su llegada al AHN, a nosotros nos interesa el punto en que señalaba que el nuevo consejo se hizo cargo del «archivo del suprimido Consejo de Castilla, con todos los papeles e índices que existían en el mismo, igualmente que los enseres, muebles y dinero que a él correspond[ía]n»<sup>44</sup>. Si además de eso consideramos las conclusiones a las que Puyol llegó a la hora de estudiar el archivo del Consejo Real de Castilla<sup>45</sup> y lo que ya he podido comprobar a través del estudio de expedientes tramitados por el nuevo consejo<sup>46</sup>, convendremos en concluir valorando los grandes

---

43 Además de los ya citados ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, M. J., «La Cámara de Castilla: Secretaría de Gracia y Justicia. Problemas archivísticos e investigación histórica», y PUYOL MONTERO, J. M., *El Consejo Real de Castilla en el reinado de Fernando VII*, cit., pp. 1112-1132; MARTÍNEZ BARA, J. A., «Vicisitudes del Archivo del Consejo de Castilla en los siglos XVIII y XIX», *Actas del III Simposio de Historia de la Administración*, Alcalá de Henares (Madrid), IEA, 1974, pp. 357-382 y PUYOL MONTERO, J. M., «El archivo como instrumento de acción del Consejo Real de Castilla, Notas históricas sobre el Archivo del Consejo Real de Castilla en el siglo XIX», *Homenaje al Profesor Alfonso García Gallo*, Vol. 2, 1996, pp. 521-548.

44 ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, M. J., «La Cámara de Castilla: Secretaría de Gracia y Justicia. Problemas archivísticos e investigación histórica», cit., p. 22. La autora encontraba la real orden comunicada por Secretaría de Estado y del Despacho de Estado en 28 de abril de 1834 en AHN, Consejos, leg. 17.704.

45 PUYOL MONTERO, J. M., *El Consejo Real de Castilla en el reinado de Fernando VII*, cit., p. 1130. Sostiene Puyol que el archivo de la nueva institución «se nutrió especialmente con los documentos del Archivo General del Consejo y del Archivo del Consejo de Hacienda». Por otro lado, también pone de manifiesto algo a lo que ya apuntaba Álvarez-Coca, los archivos de las escribanías de gobierno y cámara del Consejo Real, por la naturaleza enajenada y separada físicamente de estas oficinas con respecto al propio Consejo, no se podían considerar integradas en esas referencias generales al archivo del Consejo. Con más razón si tenemos en cuenta que de quien pasaron a depender tras la supresión del Consejo de Castilla fue del Tribunal Supremo de España e Indias (PUYOL MONTERO, J. M., *El Consejo Real de Castilla en el reinado de Fernando VII*, cit., pp. 1131-1132).

46 En un expediente tramitado por la sección de Indias del Consejo Real de España e Indias entre septiembre y octubre de 1835, he comprobado cómo se solicitaba de la sección de Indias que dispusiera la remisión de ciertos documentos que estaban «en la Contaduría general de Indias al tiempo de su extinción». Todo el expediente a su paso por la secretaría general del consejo en Archivo General de Indias (en adelante AGI), Indiferente general, leg. 3132. Sobre la llamativa localización de documentos provenientes del archivo

efectos explicativos que guarda una institución con un papel tan central en el complejo mundo archivístico polisindial en su definitivo derrumbe.

### C. Bloqueo comunicativo: clave interpretativa de las confusiones consultivas

Si, como ya sabemos, algo caracteriza a los estudios que se han acercado a dar cuenta de los últimos años de funcionamiento de los antiguos consejos –para lo que aquí me interesa, especialmente del de Castilla– es la conclusión de franca decadencia institucional que sus autores extraen, sobre todo, teniendo como referente otras etapas de mayor esplendor<sup>47</sup>. Y si bien es verdad que todo apunta a lo acertado de su diagnóstico para lo relativo a la acción y posición de los consejos examinados en clave comparada, tengo para mí que las tan mencionadas disolución y separación tuvieron mucho que ver con un proyecto de desarticulación o desactivación de unos cuerpos que, en la cultura jurídica en la que aún se movían, todavía podían reclamar para sí mayor protagonismo del que efectivamente disfrutaban<sup>48</sup>.

---

del Consejo Real de España e Indias en el AGI trataré de dar cuenta en otro trabajo ahora mismo en elaboración y que se apoya en las pistas más recientes para seguir el fondo en el que se encontró esa documentación del Consejo: ÁLVAREZ CASADO, M., «Lo no indiano del Archivo General de Indias», ROJAS GARCÍA, R. (coord.) *Archivo General de Indias. El valor del documento y la escritura en el gobierno de América*, Madrid (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte), 2016, pp. 251-260.

47 Me refiero a los ya citados, DE DIOS, S., «Líneas fundamentales de la evolución histórica del Consejo Real», en *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, cit., pp. XVI-XCV; PUYOL MONTERO, J. M., *El Consejo Real de Castilla en el reinado de Fernando VII*, cit., pp. 384-514 y CABRERA BOSCH, M. I., *El Consejo Real de Castilla y la ley*, cit., pp. 79-106 y 165-178.

48 No hay más que atender a la consulta del Consejo de Castilla de 28 de febrero de 1825 que Puyol recoge para formarse una idea de los *conflictos* que estos cuerpos podían llegar a plantear a las Secretarías: «Este Tribunal es el Supremo de toda la Nación, es el más antiguo, es verdaderamente el Consejo del Rey, *el único centro en que se tratan y deciden las materias universales de Justicia, Gobierno, estado y Guerra. Es el alma del gobierno del Rey, fuente de sus resoluciones y el origen de la jurisdicción real ordinaria*, de la que han dimanado y dimanarán las demás jurisdicciones privilegiadas, incluso la que ejerce el Consejo de las Órdenes, siempre se ha compuesto de preladados, ricos-hombres, caballeros y letrados, los más ilustres del Reino; siempre ha sido y es el último término a que estos aspiran y como a tal han ascendido siempre y ascienden en el día los Ministros de los demás consejos, por ser el Supremo de todos ellos, y el que supone más méritos y dignidad en sus ministros. Por esta razón todos han solicitado ansiosamente disfrutar de sus honores y antigüedad», la cursiva es mía, se trata de un fragmento de consulta localiza-



Así las cosas, cuando la disolución trajo consigo la institución de un nuevo consejo para hacerse cargo de los asuntos *gubernativos* de los antiguos, este llevó aparejado un diseño específico que le imposibilitaría el granjearse o reclamar para sí el lugar que habían ocupado –y habrían podido «volver» a ocupar– los antiguos. Lo que, dicho de otro modo, nos lleva a señalar que parte del fin de la confusión se aseguró por medio del diseño de una nueva institución con unos caracteres que buscaban evitar problemas que les eran bien conocidos. Y es que parece que no valía con la novación institucional y la consiguiente pérdida de la posición de preminencia estructural para deserrar los fantasmas –muy vivos en ese momento de contienda civil– y así garantizar el «éxito» de la operación.

El fin del gobierno de la confusión, por tanto, tuvo mucho que ver –y esta es mi hipótesis– con la implantación de un «heredero para los asuntos gubernativos» al que se le había sometido a una serie de «bloqueos comunicativos»<sup>49</sup>. Aun a riesgo de simplificar en demasía la cuestión, podemos diferenciar a muy grandes rasgos en dos los planos o niveles en los que el antiguo Consejo de Castilla (vuelvo a ejemplificar valiéndome de esta institución) se comunicaba. En el nivel superior localizo las comunicaciones que el consejo –a través de su presidente– establecía con el monarca bien por vía directa (me refiero a la consulta de los viernes<sup>50</sup>), bien a través de la Secretaría de Estado y del Despacho correspondiente, siendo esta la opción más común. En el segundo plano o nivel inferior, he considerado la gran mayoría de las relaciones del consejo con la multiplicidad de autoridades, corporaciones y particulares con

---

do en AHN, Consejos, Consultas de Oficio del Consejo de Castilla, leg. 6089, transcrito por PUYOL MONTERO, J. M., *El Consejo Real de Castilla en el reinado de Fernando VII*, cit., pp. 516-517. Aunque del fragmento, debido a su contexto específico, se intuya con mayor claridad la voluntad de imponerse sobre otros consejos que sobre las propias secretarías del despacho, valga su cita para que tengamos presente la legitimación histórico-jurídica que el consejo podía llegar a desplegar.

49 A la hora de formular la propuesta del «bloqueo comunicativo» no me refiero a las especiales atribuciones que por medio del Real decreto de 29 de mayo de 1834 desempeñó la sección de Gracia y Justicia del Consejo Real de España e Indias. Hasta donde sabemos, todo parece indicar que esta sección continuó llevando a cabo labores de expedición y comunicación de títulos de Judicaturas, Prebendas eclesiásticas, Escribanos, Notarios, etc.

50 Por lo contenido en el AHN, Consejos, consultas de oficio del Consejo de Castilla, leg. 6111, sabemos que esas consultas llegaron al año de 1834 en que fue suprimido el Consejo, más concretamente hasta el viernes 14 de marzo. Agradezco la referencia del legajo a Fernando Martínez.

los que este cuerpo podía interactuar. Esa heterogeneidad de relaciones se puede clasificar, volviendo a simplificar mucho, en dos grandes modalidades: aquellas relaciones en las que por medio de publicación y envío se buscaba el cumplimiento, conocimiento e incluso ejecución de una determinada resolución y aquellas otras «de ingreso» que se establecían con las autoridades y, sobre todo, particulares que por medio de petición residenciada en la oficina de la escribanía de gobierno y las de cámara buscaban una resolución del consejo con la que ver garantizados sus intereses.

Habiendo trazado ese arriesgado mapa comunicativo, estamos en condiciones de retomar la hipótesis que empezábamos introduciendo: el diseño dado al nuevo consejo desactivó los dos niveles de comunicación, dejándonos diversas consecuencias sobre las que reflexionar. Para acercarnos a ellas, es preciso que invirtamos ahora el orden en el examen de los niveles, conectando para eso con la pista que ya nos había dado la sección de Indias apartados más arriba<sup>51</sup>. El bloqueo de los canales comunicativos del consejo, para con las diversas autoridades y particulares, nos devuelve la consecuencia lógica, en primer lugar, de la pérdida de relevancia institucional que les intuíamos a los ministros de Indias. En segundo lugar, la siguiente consecuencia que extraemos en este plano nos permite reinterpretar el nivel superior de comunicación. Si las autoridades y particulares no podían dirigirse con sus dudas y peticiones al consejo, en el mismo no se podían formar expedientes que, ascendiendo llegado el caso a resolución de SM por medio de consulta, generaran un posible conflicto con otras medidas adoptadas en el seno de las Secretarías del Despacho<sup>52</sup>.

---

51 La insistencia que hemos visto que mostraba la sección de Indias para seguir comunicándose con diferentes autoridades ultramarinas resulta muy sintomática para ilustrar la importancia que tenía la posibilidad de comunicación directa con diversas autoridades. Ya se ha apuntado que esta insistencia no cesó durante la mayor parte de la vida institucional del consejo. De hecho, la sección llegó a comunicar en los primeros meses de funcionamiento del consejo «diferentes reales decretos de nombramiento de intendentes, contadores y otros destinos de Indias, para la expedición de títulos», además de «[...]reales confirmaciones, cuyos despachos interinos venían arreglados a las leyes y órdenes de la materia». Estas actuaciones motivaron que por Real orden del 31 de octubre de 1834 desde la secretaría de Gracia y Justicia se la conminara a «[...] atenerse al carácter y atribuciones que se le habían señalado en el Real decreto de 24 de marzo» (MARTÍNEZ NAVAS, I., *El Gobierno de las islas de ultramar. Consejos, juntas y comisiones consultivas en el siglo XIX*, cit., p. 82; esta autora extrae las citas de las comunicaciones de la sección de: AGS, CRE, leg. 21).

52 Me parece que alumbra especialmente bien este tipo de *confusión* que se buscaba

Como ya se puede ir intuyendo, la solución ensayada para poner fin a esta vertiente de la *confusión* fue la de remitir al consejo, por medio de la Secretaría de Estado correspondiente, un expediente ya elaborado en una oficina ministerial, para que en el mismo se consultara lo que se estimara conveniente para dar resolución al asunto. Esta vía de consulta, que a efectos prácticos de elaboración del propio dictamen tuvo muy pocas alteraciones, no conllevaba «problemas de confusión» ya que la Secretaría de Estado no le perdía el pulso al negocio en ningún momento<sup>53</sup>.

---

erradicar el conflicto institucional que, por extralimitación de jurisdicción del Consejo de Castilla en materia de subasta de abastos, se originó entre este y la Secretaria de Estado y del Despacho de Hacienda. Si bien no es un caso en el que se diera una solución gubernativa por el consejo, la reacción en defensa de jurisdicción por cauces gubernativos del Ministerio de Hacienda nos permite hacernos una idea de en qué consistían esas confusiones. Agradezco a Fernando Martínez tanto la localización del legajo como la propia transcripción del extracto que fragmentado reproduzco a continuación: «Con motivo de la solicitud que se hizo por Eugenio Paredes, vecino de Colmenar Viejo el 11 de noviembre de 1829 [...] se instruyó el oportuno expediente en el Consejo, por la escribanía de Cámara de mi cargo; y en su vista, y de lo que expuso el Sr. Fiscal, accedió este Supremo tribunal a la pretensión de Paredes entendiéndose *sin perjuicio de la Real Resolución que pudiese recaer en el caso de que por el Ayuntamiento de dicha villa se hubiese hecho alguna consulta a S.M. por el Ministerio de Hacienda relativa al propio asunto*, según lo tenía manifestado en la exposición que remitió con fecha de 3 de diciembre de 1830 y para cumplimiento de lo mandado por el Consejo se expidieron las correspondientes provisiones. // En este estado, y *habiéndose resuelto por S.M. a consulta del de Hacienda la reclamación del Ayuntamiento de Colmenar se comunicó por el Ministerio de aquel ramo al de Gracia y Justicia y por este al Excmo. Sr. Decano Gobernador* en 27 de mayo de 1831 una Real orden para inteligencia de este Supremo tribunal y fines consiguientes por la que entre otras cosas se dignó declarar el Rey N.S. que el Consejo Real se había traslimitado en su jurisdicción por haber expedido las indicadas provisiones, atribuyéndose el conocimiento de las subastas de los puestos públicos de carne y aceyte, quando de cualquier recurso que se hubiese entablado, debió inhibirse y proveer que los interesados acudiesen a donde competía y hecha presente al Consejo, con lo que posteriormente han manifestado los Sres. Fiscales; se ha servido mandar se unan el referido expediente, el que se formó y causó la ley 19, tit 17, lib 7 NoR con todas las demás Reales órdenes y resoluciones comunicadas después al consejo sobre materia de abastos, verificándose igual unión de todos los demás expedientes que se han seguido en el particular»; las cursivas son mías, el extracto de secretaría se encuentra en AHN, Consejos, leg. 3953, y constituye la comunicación fechada en julio de 1831 que el escribano de cámara Manuel Eugenio Sánchez de Escariche remitió al escribano de gobierno Manuel Abad cumpliendo con la real orden de 27 de mayo de 1831 que el mismo extracto menciona.

53 Consecuencia colateral de esta vía de traslado de expedientes era la de que el asun-

Vistas así las cosas, no es de extrañar, conectando con el siguiente ámbito de estudio que me interesa bosquejar, que a nada que la actuación del consejo, generalmente en secciones, fuera eficiente y continuada, el mismo generaría con sus resoluciones un fondo sustantivo de gran interés para la reconstrucción del estado de cosas que subyacía en este conflictivo marco de reparto de atribuciones gubernativas y emergencia de «Administración».

## 2. Observatorio privilegiado de cancelación e inauguración

En este punto del trabajo va ya quedando claro que buena parte del entendimiento de lo que el momento supuso pasaba por atender a la alteración institucional y a la dinámica expansiva de los Ministerios –sobre todo del de Fomento, Interior o Gobernación<sup>54</sup>– como envés y revés de un mismo proceso. Consecuencia de la primera circunstancia e incluido, para lo que aquí nos interesa, en los mecanismos de desarrollo de los segundos, el estudio de algunos perfiles del funcionamiento del nuevo consejo se nos revela de lo más

---

to no se podía «volver» contencioso a su paso por el nuevo consejo, puesto que, en la secretaría y secciones del mismo, no se personaban los interesados para alegar derechos. De esto también deriva el hecho de que fueran los propios ministros-consejeros los que calificaran de contenciosos los negocios a raíz del entendimiento que hacían de los expedientes que se les presentaban para dictaminar. Entre otros ejemplos que he encontrado, vale para ilustrar este extremo la solución que dieron al expediente «Sobre demolición del molino harinero de Garfias en la huerta de dicha ciudad [Murcia], solicitada por D<sup>a</sup> Teresa Miño y Patusi, i remitida por D. Blas Gambin» fechado en 12 de mayo de 1835. En esa ocasión se buscaba que el dictamen fuera de las secciones conjuntas de lo Interior y Gracia y Justicia. La segunda sección se pronunciaba en estos términos sobre el previo informe de la primera: «halla mui sólidas e incontestables las razones y doctrinas que se sientan en su citado dictamen para demostrar que este negocio es por su naturaleza contencioso bajo cualquier punto de vista que quiera considerársele, correspondiendo por lo mismo su decisión a los tribunales [...]»; todo el expediente a su paso por la sección de lo Interior del consejo en AGI, Indiferente general, leg. 3133.

54 No por más veces reproducidos dejan de tener interés algunos de los puntos que ya en 1826 Javier de Burgos situaba como primordiales para «sacar a España de sus males», sobre todo si los tomamos a la luz de esta relación entre alteración institucional y expansión ministerial. Como recogía Sánchez Bella, una de las principales dificultades que Burgos encontraba a la hora de proyectar un Ministerio de lo Interior estaba en el hecho de que su establecimiento «coarta o destruye las facultades que dan nuestras leyes al Consejo Real en materia de gobierno o de administración» (SÁNCHEZ BELLA, I., «La reforma de la administración central en 1834», cit., p. 661).

enriquecedor de cara a abordar los elementos definitorios del cambio de paradigma que estaba en marcha.

En ese sentido, no nos debe extrañar que la inauguración de una andadura estructural reformista, pero de caracteres tan poco revolucionarios<sup>55</sup>, requiriera del desempeño de instrumentos que se ocuparan de disciplinar una realidad tan heterogénea de particulares, autoridades y corporaciones territoriales y no territoriales aún poseedoras de diversos derechos y privilegios propios de un mundo que distaba mucho del que se reflejaba en el discurso político<sup>56</sup>.

---

55 La característica no radicalmente rupturista del ¿nuevo? régimen político fue fácilmente apreciable desde los primeros compases en el Estamento de Procuradores. Especialmente claro a ese respecto fue Martínez de la Rosa en una de sus primeras intervenciones en las recién inauguradas cortes: «No parece sino que se trata de constituir una nación nueva, recién formada; mas no es ese el caso en que estamos, sino en el de reformar los abusos introducidos por el tiempo y los hombres en las leyes de una monarquía antigua, de una nación que a ellas debió en otro tiempo su prosperidad y su gloria», [DSC, legislatura 1834-1835, documento N° 11, p. 3, en <[http://www.congreso.es/est\\_sesiones/](http://www.congreso.es/est_sesiones/)> (Consultado el 8/01/10)].

56 En la reducción de semejante panoplia de cuerpos, derechos e intereses, el gobierno de la regencia necesitaba de algo más que la formulación del principio de unidad de acción, constantemente referenciado, por otro lado, en el marco discursivo que rodeó la exposición *política* de las medidas reformistas. El contraste entre ese discurso importado –de raíces francesas posrevolucionarias– y la existencia y persistencia, contenidos en los ramos ministeriales, de múltiples cuerpos intermedios, autónomos y dotados con una jurisdicción especial o privativa es lo que nos puede dar algo parecido a lo que había detrás de la imagen de «Administración» que se estaba tratando de introducir. Para el punto de partida escéptico con respecto a la homogeneidad y subordinación de las corporaciones territoriales, no deja de ser recomendable el ya clásico: CLAVERO, B., «Tutela administrativa o Diálogos con Tocqueville», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 24, 1995, pp. 419-468. La llamada de atención con respecto a la multiplicidad de cuerpos intermedios y autónomos de nuevo en MARTÍNEZ PÉREZ, F., «De la pluralidad de fueros al fuero de la administración» en LORENTE SARIÑENA, M. (coord.) *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, cit., p. 239-247. Llamadas de atención que, no me resisto a apuntar esta elucubración, pueden llegar incluso a intuirse tímidamente en la última obra del tantas veces citado en este trabajo como administrativista de referencia: NIETO, A., «Organización administrativa del Estado», *Mendizábal. Apogeo y crisis del progresismo civil. Historia política de las cortes constituyentes de 1836-1837*, Barcelona (Ariel), 2011, p. 584: «Forzoso es reconocer que la historia de la España oficial (que es la que mejor conocemos) dista mucho de la de la España real».

Un buen ejemplo de ese papel desempeñado por el consejo en el cambio de lectura institucional, lo encontramos en el desarrollo del dictamen dado por la sección de lo Interior al conflicto trabado entre el consulado de Santander y el de Burgos a resultas de la obligación de contribución al sostenimiento del segundo contenida en la cédula de erección del primero<sup>57</sup>. La sección, condecorada de que «por fin» un conflicto que llevaba tanto tiempo formado pudiera recibir el arreglo que le correspondía, enunciaba en los términos que siguen su idoneidad para solucionar el desaguado:

«Por fin el ilustrado Gobierno de SM ha dado a este negocio su propio sesgo enviándole al examen del Consejo Real, instituido expresamente para deducir de los principios de Justicia universal, y del bien combinado movimiento de las facultades del poder del Estado, lo que conviene conservar o alterar en las leyes y disposiciones gubernativas, que ya existen o que van a formarse [...]».

Para el caso concreto que estaba analizando, la *evidente* confusión –a ojos de la sección– traía causa de una deficiente comprensión que el tribunal de Burgos hacía de los principios que tenían que guiar las cuestiones de administración:

«[El consulado de] Burgos cayó en el torpe error de creer que aquella antigua posesión le daba un derecho eterno a conservar el beneficio para sí solo; error harto común entre nosotros, donde los cuerpos instituidos para desempeñar funciones de administración pública, se convierten en dueños de la institución misma, y pleitean por mantenerse en el goce de tal abuso cual si fuera cuestión de mío y tuyo entre particulares».

A nadie se le escapa que, por más que la sección hiciera tales esfuerzos argumentativos sobre lo equivocado de la pretensión de la corporación burgalesa, quien parecía estar «innovando» en la interpretación de la cuestión –con respecto al orden de cosas dado– era esta misma, sobre todo, por el propio bagaje jurisdiccional que el negocio poseía:

---

<sup>57</sup> Reconstruyo el asunto a partir de la documentación que del paso del expediente por el consejo se hallaba en la secretaría general del mismo. Esta parte del negocio de la que tomo las referencias se encontraba entre los papeles correspondientes a los negocios remitidos por el Ministerio de lo Interior para conocimiento y resolución por parte del consejo. El expediente pasó en primer lugar a la sección de Hacienda y, tras esta, a la de lo Interior. Del informe de esta segunda he extraído los fragmentos que reproduzco a continuación. Todo en AGS, CRE, leg. 2.

«Esta cuestión a todas luces administrativa, en que ni por asomo se integraría disputa alguna de derecho privado, dio sin embargo origen a multiplicados recursos, fallos y sentencias en el Consejo de Hacienda, que si bien reunía en sí funciones gubernativas y judiciales, insistió siempre en ejercer el rigor de tribunal, nunca llamando la atención de SM a la equidad administrativa que era la revocación de lo decretado en 1785, como reclamaba el consulado de Santander en justas exposiciones nunca atendidas».

Si nos vale el ejemplo traído para ilustrarnos sobre parte del cometido del nuevo consejo, estaremos en condiciones de concluir este apartado resaltando que el mismo se convirtió –vía reclamaciones, dudas y controversias que por medio de las Secretarías le iban llegando– en actor protagonista de las tensiones surgidas entre la acción política reformadora y la reacción de diferentes corporaciones, autoridades y particulares<sup>58</sup>. Como encargado, entre otros cometidos, de elaborar el dictamen resolutorio de la petición que, si contaba con el visto bueno de S.M., se insertaba en la Real orden, desempeñó un ejercicio de fundamentación jurídica orientado en muchos de los casos a la cancelación de todo tipo de prácticas, oficios, derechos, gracias y demás prerrogativas que con motivo de aquellas medidas se estaba tratando de llevar a cabo.

#### IV. RECAPITULACIÓN FINAL

Varios son los elementos, como hemos podido ir observando y ya para concluir, que conspiran para que la puesta en diálogo de dos ámbitos de estudio –aparentemente separados por una fuerte cesura– se nos revele como una buena medida de lo que del mundo jurisdiccional que se cancelaba tenían los «nuevos» proyectos que emergían.

En primer lugar, relacionar las diferentes reformas que inauguraban este momento, ya fueran de clausura (disolución de los consejos), apertura (di-

---

<sup>58</sup> La articulación gubernativo-territorial que tenía a los subdelegados de Fomento, Jefes Políticos o Gobernadores civiles a la cabeza de un poco explorado, aunque ya en marcha, ámbito material distaba mucho de ocupar el lugar de relevancia que había profetizado un ilustre Secretario de Estado de Hacienda pocos años antes: «Un ministerio tal que todos los demás no serán al lado suyo sino lo que realmente deben ser, es decir, unos subsidiarios suyos»; la cita proviene de la «Minuta de una exposición dirigida a S.M. el Rey por su Ministro de Hacienda Don Luis López Ballesteros en 10 de octubre de 1830, proponiendo la creación de un Ministerio del Interior y algunas importantes mejoras de Hacienda» en Archivo General de Palacio (en adelante AGP), REINADOS, Fernando VII, caja 5, expediente 3.

visión provincial) o indeterminadas (instauración de un nuevo consejo y separación y deslinde de atribuciones), nos ha ayudado a sortear esas rígidas divisiones disciplinares y plantear algunas dudas a las convenciones historiográficas que, siendo mayoritariamente compartidas, han funcionado como elemento interpretativo básico del periodo.

Una vez deconstruido el pacto, hemos estado en condiciones de identificar discursos políticos renovadores y no tanto, grandes alteraciones estructurales, permanencias documentales e incluso personales y diferentes prácticas institucionales con las que hemos apuntado, desde la presentación del nuevo consejo como observatorio idóneo para practicar la conexión, hacia la concepción de los poco más de tres años que mediaron entre la muerte del último rey «absoluto» y las primeras constituyentes peninsulares como objeto de estudio clave para comprender el asentamiento de las bases del Estado liberal español.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CASADO, M., «Lo no indiano del Archivo General de Indias», ROJAS GARCÍA, R. (coord.) *Archivo General de Indias. El valor del documento y la escritura en el gobierno de América*, Madrid (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte), 2016, pp. 251-260.
- ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, M. J., «La Cámara de Castilla: Secretaría de Gracia y Justicia. Problemas archivísticos e investigación histórica», SCHOLZ, J.-M. (coord.) *El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main (Klostermann), 1992, pp. 1-32.
- ARVIZU Y GARRALAGA, F., «El Consejo Real de España e Indias (1834-1836)», *Actas del III Simposio de Historia de la Administración*, Alcalá de Henares (Madrid) (IEA), 1974, pp. 382-408.
- BURGUEÑO, J., *Geografía política de la España constitucional la division provincial*, Madrid (CEPC), 1996.
- BURGUEÑO, J., *La invención de las provincias*, Madrid (Catarata), 2011.
- CABRERA BOSCH, M. I., *El Consejo Real de Castilla y la ley*, Madrid (CSIC), 1993.
- CLAVERO, B., «Institución Política y derecho: acerca del concepto historiográfico de “Estado moderno”», *Revista de Estudios Políticos*, 19, 1981, pp. 43-57.
- CLAVERO, B., «Tutela administrativa o Diálogos con Tocqueville», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 24, 1995, pp. 419-468.
- DE DIOS, S., *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, Salamanca (Diputación de Salamanca), 1986.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Madrid (Civitas), 1998.



- GARIJO AYESTARÁN, M. J., *El Ministerio de la Gobernación (Materiales para un estudio de su evolución histórica hasta 1937)*, Madrid, 1977.
- GARRIGA ACOSTA, C., y LORENTE SARIÑENA, M., «Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845): Una propuesta de revisión», PORTILLO VALDÉS, J. M.; IÑURRITEGUI RODRÍGUEZ, J. M. (eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, Madrid (CEPC), 1998, pp. 215-272.
- GARRIGA ACOSTA, C., «Gobierno y Justicia: El Gobierno de la Justicia», LORENTE SARIÑENA, Marta (coord.), *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2009, pp. 45-111
- GUAITA, A., «La competencia del Ministerio de Fomento, 1832-1931», *Actas del IV Simposio de Historia de la Administración*, Madrid (INAP), 1983, pp. 349-400.
- GUAITA, A., *El Ministerio de Fomento (1832-1931)*, Madrid (Instituto de Estudios de Administración Local), 1984.
- HESPANHA, A. M., *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Madrid (Taurus), 1989.
- HESPANHA, A. M., «Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução», en CLAVERO, B., GROSSI, P., TOMÁS Y VALIENTE, F. (eds.), *Hispania: entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano (Giuffrè), 1990, pp. 135-204.
- HESPANHA, A. M., *Guiando a mão invisível. Direito, Estado e lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra (Almedina), 2004.
- LORENTE SARIÑENA, M., «La supresión de los Consejos y la creación del Real de España e Indias (Elementos para una discusión)», TORRES AGUILAR, M. (coord.), *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Vol. 2, Córdoba (Diputación/Universidad de Córdoba), 2008, pp. 1101-1128.
- LORENTE SARIÑENA, M. (coord.), *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2009.
- LORENTE SARIÑENA, M., «Después de *Hispania*: Algunas reflexiones sobre la historiografía jurídica en España (1989-2013)», SORDI, B. (ed.), *Storia e Diritto. Esperienze a confronto. Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni fiorentini*, Milán (Giuffrè), 2013, pp. 81-120
- LOSA CONTRERAS, C., «La administración consultiva en los inicios del Estado liberal. El funcionamiento del Consejo Real de España e Indias. Sección Interior (1834-1836)», *Cuadernos de Historia del Derecho*, 7, Madrid, 2000, pp. 457-470.
- MANNORI, L., SORDI, B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari (Laterza), 2001.
- MARTÍNEZ BARRA, J. A., «Vicisitudes del Archivo del Consejo de Castilla en los siglos XVIII y XIX», *Actas del III Simposio de Historia de la Administración*, Alcalá de Henares (Madrid) (IEA), 1974, pp. 357-382
- MARTÍNEZ NAVAS, I., *El Gobierno de las islas de ultramar. Consejos, juntas y comisiones consultivas en el siglo XIX*, Madrid (Universidad de La Rioja-Dykinson), 2007.
- MARTÍNEZ PÉREZ, F., «La historiografía de las instituciones administrativas en España (siglos XIX-XX)», *Istor*, 16, 2004, pp. 91-112.
- MARTÍNEZ PÉREZ, F., «De la pluralidad de fueros al fuero de la administración», LO-

- RENTE SARIÑENA, M. (coord.), *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2009, pp. 223-265.
- MARTÍNEZ PÉREZ, F., «Continuidad y discontinuidad de la historiografía jurídica en España», *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 38, 2016.
- MONTANOS FERRÍN, E., «El consejo de gobierno (1833-1836)», *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, Vol. 2, Madrid (Universidad Complutense), 1996, pp. 267-318.
- MORENO PASTOR, L., *Los orígenes del Tribunal Supremo (1812-1838)*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1989.
- NIETO, A., *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Barcelona (Ariel), 1996.
- NIETO, A., *Mendizábal. Apogeo y crisis del progresismo civil. Historia política de las cortes constituyentes de 1836-1837*, Barcelona (Ariel), 2011.
- PÉREZ JUAN, J. A., *El Ministerio de Comercio, Instrucción y Obras Públicas, 1847-1851*, Madrid (INAP), 2008.
- PÉREZ NÚÑEZ, J., «El primer Ministerio de Fomento y sus delegados, 1832-1834. Otra perspectiva desde el caso de Madrid», *Hispania*, LXIV/2, 217, 2004, pp. 637-688.
- PÉREZ NÚÑEZ, J., «Del Ministerio del Interior al de la Gobernación. El gobernador civil de Madrid en tiempo del Estatuto Real (1834-1836)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 77, 2007, pp. 255-375.
- PÉREZ NÚÑEZ, J., *Entre el Ministerio de Fomento y el de la Gobernación: Los delegados gubernativos de Madrid en la transición a la Monarquía constitucional, 1832-1836*, Madrid (UAM Dykinson), 2011.
- PINO ABAD, M., *El recurso de suplicación en Castilla: expresión de la gracia regia*, Madrid (Marcial Pons), 2006.
- PUYOL MONTERO, J. M., *El Consejo Real de Castilla en el reinado de Fernando VII*, Madrid (Editorial de la Universidad Complutense de Madrid), 1992.
- PUYOL MONTERO, J. M., «El archivo como instrumento de acción del Consejo Real de Castilla, Notas históricas sobre el Archivo del Consejo Real de Castilla en el siglo XIX», *Homenaje al Profesor Alfonso García Gallo*, Vol. 2, Madrid (Universidad Complutense), 1996, pp. 521-548.
- SÁNCHEZ BELLA, I., «La reforma de la administración central en 1834», *Actas del III Simposio de Historia de la Administración*, Alcalá de Henares (Madrid) (IEA), 1974.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla (Instituto García Oviedo), 1973.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Madrid (Iustel), 2006.
- SANTANA MOLINA, M., *Orígenes, antecedentes y evolución del Ministerio de Fomento*, Alicante (Universidad), 2002.
- SOLLA SASTRE, M. J., *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España (1834-1870)*, Madrid (Congreso de los Diputados), 2011.

SUÁREZ VERDAGUER, F., «La creación del Ministerio del Interior», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 19, 1948-1949, pp. 15-56.

VILLARROYA, J. T., *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, Madrid (IEP), 1968.

## VI. FUENTES

Archivo General de Indias:

AGI, Indiferente general, leg. 3132.

AGI, Indiferente general, leg. 3133.

Archivo General de Simancas:

AGS, CRE, leg. 2.

AGS, CRE, leg. 2 bis.

AGS, CREI, leg. 21.

Archivo General de Palacio:

AGP, REINADOS, Fernando VII, caja 5, expediente 3.

Archivo Histórico Nacional:

AHN, Consejos, leg. 3953.

AHN, Consejos, leg. 6111.

AHN, Consejos, leg. 6089.

AHN, Estado, leg. 906.

AHN, Estado, leg. 2828.



## JUSTICIA LEGAL Y DERECHO JUDICIAL: LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA EN LA FORMACIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA ISABELINA

Blanca Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso<sup>1</sup>

**Resumen:** Durante el reinado de Isabel II se adoptó formalmente un modelo legalista de inspiración francesa. La introducción legal de determinadas instituciones procesales y las reformas orgánicas realizadas en la administración de Justicia no estuvieron acompañadas de un desarrollo equivalente en el derecho sustantivo, sobre todo en materia civil. Ante esta insuficiencia del Derecho y gracias a la regulación de los recursos de nulidad en 1838 y de casación civil en 1855, la jurisprudencia del Tribunal Supremo va a desempeñar un papel fundamental en la delimitación y construcción de los conceptos y categorías jurídicas liberales, frente al desarrollado por el legislador y por los juristas teóricos. En este estudio se pretende hacer una primera aproximación a la progresiva implantación de la motivación y la publicidad de las sentencias. Ambos principios estaban orientados al control de la actividad de los jueces y a la defensa de la ley, pero también contribuyeron a la creación de una jurisprudencia determinante en la formación de la ciencia jurídica decimonónica en España.

**Palabras clave:** Tribunal Supremo, Jurisprudencia, Recurso de casación, Motivación de las sentencias, Publicidad de las sentencias.

**Abstract:** During the reign of Isabel II, a French-inspired legalistic model was formally adopted. The legal introduction of certain procedural institutions and the organic reforms carried out in the administration of Justice were not accompanied by an equivalent development in substantive law, especially civil law. Faced with this inadequacy of law and thanks to the regulation of appeals for annulment in 1838 and civil cassation in 1855, the judicial jurisprudence of the Supreme Court will play a fundamental role in the delimitation and construction of liberal concepts and legal categories, as opposed to developed by the legislator and by the theoretical jurists. This study intends to make a first approach to the progressive implementation of grounds and publicity of judgements. Both principles were aimed at controlling the activity of judges and the defense of the Law, but also contributed to the creation of a determining jurisprudence in the formation of nineteenth-century legal science in Spain.

**Key words:** Spanish High Court, Judicial jurisprudence, Cassation, Grounds of the judgment, Publicity of the judgement.

---

<sup>1</sup> Profesora Propia Adjunta de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid-ICADE (Área de Historia del Derecho y de las Instituciones). Correo electrónico: bssgm@icade.comillas.edu.

SUMARIO: I. UNA PRIMERA REFLEXIÓN: EL ESTADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN ESPAÑA A MEDIADOS DEL SIGLO XIX. II. LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS Y LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EN LA ESPAÑA ISABELINA. 1. Aproximación formal al principio de motivación de las sentencias en la legislación española de mediados del Ochocientos. 2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia durante el reinado de Isabel II: interpretando leyes y creando doctrina legal. III. SENTENCIAS PÚBLICAS Y SENTENCIAS PUBLICADAS: LA DOBLE DIMENSIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS. 1. Publicidad de las actuaciones judiciales en general; 2. Publicidad entendida como derecho de acceso de los ciudadanos a la documentación judicial; 3. Publicidad entendida como obligación de difusión por medios impresos de determinadas resoluciones judiciales. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y FUENTES.

## **I. UNA PRIMERA REFLEXIÓN: EL ESTADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO A MEDIADOS DEL SIGLO XIX**

En los últimos años, el siglo XIX está siendo objeto de una especial atención por parte de la historiografía jurídica en su conjunto, que se ha dado cuenta de que, a pesar de la relativa cercanía temporal de esta centuria, es una gran desconocida. Tradicionalmente el estudio de la Historia jurídica del siglo XIX en los países del *Civil Law* ha dedicado su atención a los Códigos y las Constituciones, evocando la famosa compilación de artículos de Tomás y Valiente<sup>2</sup>. Precisamente este autor fue el que abanderó un avance fundamental en la historiografía jurídica española del último tercio del pasado siglo XX, al reivindicar el estudio de nuestra Historia constitucional como parte integrante de la Historia del Derecho, remarcando la importancia del estudio contextualizado y no meramente técnico de nuestras Constituciones. Desde esta perspectiva, son varias y muy interesantes las investigaciones que se han centrado en la puesta en planta del aparato institucional del Estado liberal en España, en particular todo lo relativo a la administración de Justicia. Desde que en 1992 SCHOLZ publicase «El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España»<sup>3</sup>, se han producido interesantes avances al respecto en relación al complicado proceso de transición entre el Antiguo Régimen y el nuevo orden liberal<sup>4</sup>, aunque aún quedan algunas

<sup>2</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., *Códigos y constituciones, 1808-1978*. Madrid (Alianza), 1989.

<sup>3</sup> SCHOLZ, J.-M., *El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*. Frankfurt am Main (Vittorio Klostermann), 1992.

<sup>4</sup> Destacan, en este sentido, los trabajos de los miembros del grupo HICOES, especialmente los de MARTÍNEZ PÉREZ, F., *Entre confianza y responsabilidad: la justicia*

lagunas determinantes relativas no tanto a la organización institucional o su regulación, sino al ejercicio práctico de la Justicia y sus consecuencias, sobre todo en relación a la determinación de la influencia que tuvieron las resoluciones judiciales –en especial, las del Tribunal Supremo– en la construcción de los conceptos y categorías jurídicas liberales, esto es, en la formación de la ciencia jurídica isabelina.

Históricamente el término «jurisprudencia» se identifica con cualquier tipo de ciencia del Derecho, independientemente de su origen doctrinal o judicial. En el Antiguo Régimen, tal y como afirma Margarita Serna Vallejo, «la ley, la costumbre y la jurisprudencia convivían (...) sin perjuicio de que una u otra fuente tuviera una presencia mayor en función de las épocas, los territorios o el conjunto normativo a aplicar». A partir de la Revolución francesa, en los países que más adelante se entenderían incluidos en el sistema continental, la ley se convirtió formalmente «en la fuente principal de los ordenamientos jurídicos, en detrimento de las demás fuentes con las que históricamente había coexistido»<sup>5</sup>. No obstante, una cosa es cómo se describe un modelo y otra cómo se implantó en la práctica. Tal y como apuntaba Coing, el «Derecho moderno» –entendiendo por tal el que surge tras las Revoluciones liberales– se originó a través de «la codificación general, la legislación particular que soluciona un problema determinado de la sociedad y, finalmente, las decisiones de los tribunales»<sup>6</sup>. Es decir, Códigos y leyes, pero también las resoluciones judiciales. Y es aquí donde el análisis de la jurisprudencia decimonónica en España adquiere una especial relevancia.

Probablemente los estudios sobre legislación decimonónica española se han quedado anclados en aproximaciones excesivamente formales<sup>7</sup>, limitándonos

---

*del primer constitucionalismo español (1810-1823)*. Madrid (CEPC), 1999; y SOLLA SASTRE, J., *La discreta práctica de la disciplina: La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*. Madrid (Congreso de los Diputados), 2011. Entre los trabajos colectivos resultan especialmente interesante LORENTE SARIÑENA, M., (coord.) *De la justicia de jueces a la justicia de leyes: hacia la España de 1870*. Madrid (CGPJ), 2007. Y, más recientemente, la compilación documental con interesantes estudios introductorios de LORENTE SARIÑENA, M.; MARTÍNEZ PÉREZ, F. y SOLLA SASTRE, J., *Historia legal de la Justicia en España (1810-1978)*. Madrid (Iustel), 2012.

5 SERNA VALLEJO, M., «La codificación civil española y las fuentes del derecho», *Anuario de Historia del Derecho*, Vol. 82, 2012, pp. 11-36, vid. pp. 11-12.

6 COING, H., «Historia del Derecho y Dogmática jurídica», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 6, 1981, pp. 245-257, vid. p. 247.

7 En este sentido, aún a día de hoy, sigue siendo un referente la obra de LASSO GAI-

a hacer una Historia meramente normativa que dista mucho de ser satisfactoria. Nos centramos fundamentalmente en el análisis de los Códigos, entendidos como sistematizaciones jurídicas con vocación de exclusividad en la materia que regulan, los cuales no constituyen un reflejo absoluto de la realidad del Derecho decimonónico, sino uno más de los elementos para su comprensión.

Sin lugar a dudas, de todos los Códigos el más importante era el Civil. Tal y como afirmaba Carlos Petit en su magnífico artículo *El Código inexistente*, el Código civil era la «ley de leyes»<sup>8</sup>, y el nuestro no vio la luz hasta 1889. Ciertamente, la Codificación civil en España encontró muchas resistencias y su plena puesta en práctica fue bastante tardía, lo que llevó a que jurídicamente nuestro Ochocientos estuviera marcado por una continua sensación de provisionalidad que desembocó en un éxito relativo. A diferencia de lo que sucedió en otros países de nuestro entorno, el Código civil español no logró dotar de unidad a la legislación civil en España, admitiendo un sistema de apéndices territoriales que implicaba la quiebra de dicho principio.

Pero si realmente pretendemos profundizar un poco en el proceso de formación de nuestro Código civil, tendríamos que adentrarnos en una reflexión más amplia sobre el estado de la ciencia jurídica en la España decimonónica. Es frecuente afirmar que el siglo XIX trajo consigo la pérdida de la cultura jurídica europea común –la cultura del *Ius Commune*– en los países del sistema continental. Aunque la Codificación en España trató de romper formalmente con dicha cultura, siguió usando sus fuentes, produciéndose de esta forma –sobre todo en el ámbito civil– una relectura en clave nacional y liberal de esa cultura jurídica europea<sup>9</sup>. En este sentido, el Código civil español se inspiró en gran parte en el *Code* napoleónico, pero también en el Derecho histórico castellano, siendo ambas fuentes a su vez relecturas en distintos momentos del Derecho romano-justiniano, eje fundamental del *Ius Commune*.

Por otra parte, siempre se ha dicho que nuestros juristas decimonónicos se inspiraron con escasa originalidad en la doctrina extranjera y no llegaron a estar a la altura de lo que se hacía en los países de nuestro entorno. En efecto, el perfil de los encargados de formar nuestros Códigos no se corresponde con

---

TE, J.F., *Crónica de la Codificación española*. 6 tomos. Madrid (Ministerio de Justicia-Comisión General de Codificación), 1970.

8 PETIT CALVO, C., «El código inexistente: Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», *Historia Contemporánea*, 12, 1995, pp. 49-90, vid. p. 50.

9 Cfr. HESPANHA, A. M., *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Madrid (Tecnos), 2002, vid. pp. 25-26 y 43.



la idílica imagen del funcionario que dedica prácticamente todo su tiempo a la formación de leyes, como en el caso francés; ni con la del académico sesudo que reflexiona sobre conceptos abstractos y categorías jurídicas, como en el caso alemán. Dejando a un lado la influencia que pudieron tener los vaivenes políticos de la época, lo cierto es que la ciencia sobre la que se construyeron los Códigos españoles no pudo ser excesivamente novedosa, puesto que nuestros codificadores no pudieron dedicarse en exclusiva al estudio del Derecho, al verse obligados a dar prioridad a sus otros deberes y compromisos como políticos, funcionarios, jueces o abogados, relegando de esta forma sus investigaciones jurídicas a espacios de tiempo marginales<sup>10</sup>. Ahora bien, uno de los objetivos de esta investigación es tratar de poner de manifiesto que la ciencia jurídica española decimonónica, aun siendo un modelo derivado de las Escuelas clásicas del sistema continental, como la francesa (Escuela de la Exégesis) o la alemana (Escuela Histórica del Derecho), tiene ciertas peculiaridades que, si no nos permiten proclamar su autonomía, como mínimo nos dejan apreciar un carácter algo menos dependiente de lo que pensamos. Reducir el caso español a mera y pobre copia de los métodos preponderantes en Europa es injusto y nos impide entender en su verdadera dimensión el sistema continental en su conjunto.

Una de estas peculiaridades más destacadas la encontramos en el consabido carácter historicista del modelo constitucional liberal español. A diferencia del modelo francés, en España no hay una ruptura formal con el pasado, sino todo lo contrario: la esencia de la Nación española está en su Historia. Por lo tanto, podríamos decir que, a pesar de su vocación legalista de inspiración francesa, el sistema jurídico español decimonónico coincide más con la impronta historicista de corte germánico, pero también anglosajón. En este sentido, Clavero, en su conocido artículo *La gran dificultad*, afirma, tomando como referencia el testimonio del jurista Fermín Hernández Iglesias, que «España, Alemania, Inglaterra y Estados Unidos de América son pueblos cuya legislación tiene carácter eminentemente histórico, pudiendo convenirles en la materia civil, con antelación, un derecho común de existencia doctrinal»<sup>11</sup>.

---

10 Cfr. SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ-MAMPASO, B., *Las comisiones de Códigos durante el reinado de Isabel II (1843-1869)*. Madrid (Congreso de los Diputados), 2010, pp. 402-404.

11 CLAVERO, B., «La gran dificultad. Frustración de una ciencia del Derecho en la España el siglo XIX», *Ius Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*, 12, 1984, pp. 91-115, vid. p. 94.

Ahora bien, el problema que se plantea en el caso del Estado liberal español es el encaje de esa tradición historicista sin la asistencia de una sólida ciencia del Derecho a nivel doctrinal. La materialización de este objetivo a nivel jurídico no se pudo articular teóricamente, sino que se produjo en un nivel más práctico y cotidiano, a través de las decisiones judiciales; esto es, a través de la jurisprudencia.

A pesar de que los principios legalistas, propios de los ordenamientos de los países que se entienden incluidos en el sistema continental, relegaban a los jueces a un segundo plano, como meros intérpretes de la voluntad del legislador, parece que el papel desempeñado por las resoluciones judiciales de los altos tribunales en el proceso de formación de las instituciones liberales continentales fue más relevante de lo que habitualmente se piensa, tal y como quedó demostrado en el número monográfico que los *Quaderni Fiorentini* dedicaron en 2011 a los «Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento». Este volumen supuso para Pietro Costa no tanto la culminación del estudio de la historia del derecho jurisprudencial en los países del sistema continental durante los siglos XIX y XX, sino «un episodio de un proceso en pleno desarrollo»<sup>12</sup>. Según el autor, el foco de atención para el análisis de una cuestión tan compleja como el derecho jurisprudencial debe centrarse en determinar la interacción entre los tres elementos integrantes de los ordenamientos liberales: legislación, doctrina y jurisprudencia<sup>13</sup>.

Así, en el modelo legicéntrico o legalista, que se identifica con Francia, la ley adopta un papel absolutamente preminente frente a los demás componentes del ordenamiento, confiriendo «a las relaciones sociales de un completo marco normativo» y minimizando el papel tanto de jueces como juristas al hacer de «la interpretación-aplicación de la ley una actividad, si no automática, ciertamente predeterminada de forma rígida por el texto normativo». En cambio, el modelo sofocrático o historicista, propio de los países de lengua alemana, se centra en la doctrina, basando el fundamento de este orden jurídico en «el desarrollo continuo y orgánico de un pueblo que encuentra en los *doctores iuris* la expresión principal y más auténtica de su espíritu, de su identidad cultural». Por último, en el modelo jurisprudencial, propio

---

12 Costa, P., «Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un “castello dei destini incrociati”?», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Vol. 40, Número 1, 2011, pp. 1-17, vid. p. 17. Informo al lector que he optado por traducir las referencias que he tomado de esta obra para no romper el discurso.

13 *Ibid.*, p. 3.

de los países anglosajones, la jurisprudencia es «la espina dorsal de los ordenamientos del *common law*». A pesar de la preponderancia de alguno de los elementos en cada modelo, en la práctica se producía un cierto equilibrio «variable y discutible, pero difícilmente reducible al absoluto dominio de uno de ellos». No obstante, tal y como afirma el propio Costa apoyándose en Marta Lorente, en España nos enfrentamos a un supuesto distinto porque en este país «la jurisprudencia está llamada a desempeñar un papel absolutamente protagonista durante un largo espacio temporal», lo que hace del caso español un fenómeno «tan interesante como difícil de abordar, dada la desproporción existente entre los diversos componentes del ordenamiento»<sup>14</sup>.

En nuestro país, el discurso legalista es predominante, pero existen sólidos indicios acerca del origen judicial de gran parte de ciencia jurídica española en el siglo XIX. En primer lugar, porque muchos de los miembros de las comisiones que crearon los Códigos a lo largo del siglo XIX tuvieron una estrecha relación con la administración de Justicia, en especial con el Tribunal Supremo. Pensemos, por ejemplo, en Florencio García Goyena, autor del famoso proyecto de Código civil unitario de 1851, que ocupó diversos cargos relacionados con la administración de Justicia isabelina. En segundo lugar, porque las publicaciones de la época, tanto oficiales (*Gaceta de Madrid* o *Colección legislativa*) como particulares (*El Derecho Moderno* o la *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*), siempre incluían como uno de sus contenidos más relevantes la jurisprudencia del Tribunal Supremo. También ésta desempeñaba un importante papel en los análisis doctrinales de los conceptos y categorías jurídicas de la época. Si consultamos el famoso *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* de Joaquín Escriche o el no menos destacado *Diccionario de la Administración Española* de Marcelo Martínez Alcubilla, muy usados por los juristas de la época y posteriores, los conceptos jurídicos en ellos contenidos se analizaban a la luz de las normas, pero sobre todo de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Consejo de Estado. En esta misma línea, la *Jurisprudencia civil de España* de Manuel Ortiz de Zúñiga, un auténtico proyecto del Código civil comentado, fue construido en base a las resoluciones emitidas por el Tribunal Supremo a lo largo del reinado de Isabel II<sup>15</sup>. Incluso, el propio legislador confería cierta autoridad a la jurisprudencia y le reconocía de alguna forma su papel en la formación de los conceptos y categorías jurídicas de la época. Así, en las

14 Cfr. *Ibid.*, pp. 3-5 y 7.

15 Madrid (Imp. de J. Rodríguez), 1869 (2 volúmenes).

disposiciones adicionales al texto original del Código Civil de 1889 se establecía que los tribunales tenían que elevar una memoria anual al Ministerio de Gracia y Justicia en la que señalarían «las deficiencias y dudas que hayan encontrado al aplicar este Código» y «las cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos u omisiones del Código que han dado ocasión a las dudas del Tribunal», información que se pasaría a la Comisión General de Codificación para que en un plazo de diez años éste órgano consultivo planteara las reformas necesarias en el Código. Es decir, que el legislador dejó en manos de los tribunales las posibles modificaciones que pudiera necesitar el Código tras sus primeros años de vigencia. Todos estos indicios llevan a pensar que si en algún lugar de España se cultivó una especie de ciencia del Derecho fue precisamente en las más altas instancias de la administración de Justicia porque lo que a nivel técnico o político no se podía plantear, a nivel práctico se tenía que resolver.

Para corroborar o descartar plenamente esta hipótesis, debemos analizar en perspectiva el conjunto de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo a lo largo del siglo XIX. Esta jurisprudencia a la que hacemos referencia tiene como punto de partida el Real decreto de 4 de noviembre de 1838, en el que aparece el recurso de nulidad como antecedente inmediato del recurso de casación en materia civil, que no se regulará explícitamente hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855 (en adelante, LEC 1855). En ambas disposiciones se empiezan a sentar las bases de los principios de motivación y publicidad de las sentencias en el ámbito civil, aunque su total implantación no será inmediata. Además de la nomofilaxis o defensa de la ley, la función principal de ambos principios, en relación a cualquier resolución dictada por un órgano judicial, es la de servir de medio de control de la actividad de un juez sometido a la ley, configurándose, en consecuencia, como una garantía para las partes en el proceso. Pero en el caso concreto del Tribunal Supremo español, sus sentencias, dictadas a la luz de ambos principios, no sólo contribuyeron a la formación de jurisprudencia en un sentido formal, sino también a la creación de nuevos conceptos y categorías jurídicas y a la delimitación de los ya existentes. En este sentido, nuestro Alto Tribunal a mediados del Ochocientos no podía limitarse a ser un mero intérprete de un sistema legal aún en construcción.

Recordemos que durante gran parte del siglo XIX tan pronto se invocaba una norma legal de reciente aprobación como las Partidas. Por tanto, fueron los jueces, sobre todo los de las más altas instancias judiciales, los que, con sus

decisiones motivadas, introdujeron los correctivos que un sistema en formación necesitaba. De esta forma, contribuyeron, en primer lugar, a desmantelar las instituciones históricas incompatibles con el régimen liberal, como por ejemplo la efectiva desarticulación del Régimen señorial; en segundo lugar, a determinar las instituciones históricas cuyo uso aún era viable en el régimen liberal, adaptando la legislación histórica a las concretas necesidades de regulación ante la ausencia o deficiencia de una nueva normativa específica, como es el caso evidente del Derecho civil; y en tercer y último lugar, a guiar la puesta en planta de nuevas instituciones con una regulación insuficiente, generando una casuística que contribuyó a su delimitación y consolidación, como sucedió con el Derecho procesal o el administrativo. Además, para que estas resoluciones pudieran realmente tener una trascendencia y contribuir en alguna medida a la formación jurídica de la sociedad en general y de los agentes jurídicos en particular, era absolutamente necesario que gozaran de cierta difusión, garantizada a través del principio de publicidad de las sentencias.

El problema es que, para determinar el origen jurisprudencial de ciertas categorías jurídicas, los investigadores que nos acercamos al periodo isabelino carecemos de herramientas adecuadas que nos permitan realizar un estudio sistemático de la jurisprudencia histórica publicada<sup>16</sup>. No se trata de un problema de localización de fuentes, ya que las mismas pueden encontrarse en diversas bibliotecas o incluso publicadas on-line, sino más bien de un problema de gestión de la información. No debemos olvidar que el acceso a la información no sólo se basa en el principio de disponibilidad, sino también en la capacidad de recuperar dicha información de forma eficaz. Estamos en un momento en el que el estado de la tecnología nos permite crear herramientas adecuadas sobre la base de un profundo conocimiento del periodo y del material que pretendemos analizar, facilitando investigaciones histórico-jurídicas impensables hace tan sólo un par de décadas. De esta forma, se logrará un gran avance en el conocimiento y la comprensión de nuestra Historia del Derecho más reciente y de la formación de las instituciones jurídicas liberales. Ya en los años 70 Helmut Coing afirmaba que las fuentes del pasado son «los fundamentos de la Historia del Derecho, de tal manera que su compilación, ordenación y puesta a punto para su estudio constituyen el primer paso ne-

---

16 Algunos autores se han enfrentado a esta cuestión de forma sectorial como, por ejemplo, PUENTE EGIDO, J., *Derecho internacional privado: doctrina legal del Tribunal Supremo 1841-1977*. Barcelona (Editorial Universitaria), 1981. Reeditado por Dykinson en 1988.

cesario para la construcción de la disciplina. Por eso no se debería discutir sobre su necesidad»<sup>17</sup>. Y más recientemente, en referencia concreta al derecho jurisprudencial, Pietro Costa afirmaba que a pesar de que el estudio de la historia de la jurisprudencia es un campo, a día de hoy, ampliamente cultivado, «la cantidad de datos y la complejidad de los problemas son tales, que las zonas desconocidas son todavía, en su conjunto, más numerosas que las áreas exploradas»<sup>18</sup>.

Sin esta organización de fuentes será difícil determinar cómo, desde la administración de Justicia liberal y sus procedimientos, cuya regulación legal iba un paso por delante de la del derecho sustantivo, se pudo contribuir a la formación de una ciencia jurídica. Por ello, a lo largo de las siguientes páginas lo único que se pretende es hacer una primera aproximación a la progresiva implantación en la España isabelina de los principios de motivación y publicidad de las sentencias, como presupuestos para empezar a delimitar el auténtico papel que llegó a desempeñar la jurisprudencia en el orden jurídico decimonónico.

## II. LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS Y LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EN LA ESPAÑA ISABELINA

En los sistemas legalistas la obligación de motivar las sentencias está relacionada con el sometimiento de los jueces a la ley, la cual se erige como la fuente de creación del Derecho por excelencia. Dentro de este esquema, la función judicial se limita a la estricta interpretación de los principios legales, con el objetivo de no incurrir en responsabilidad. En el caso de las resoluciones emitidas por el Tribunal Supremo, la motivación de las sentencias cumple, además, una función nomofiláctica o de defensa de la ley.

Durante el reinado de Isabel II, la regulación de este principio respondía a esta lógica. Sin embargo, en la práctica, nos encontramos con frecuencia que no existía una ley aplicable o que ésta adolecía de falta de certeza o claridad, por lo que los jueces en su mayoría prescindían de la motivación, manteniendo el arbitrio propio del Antiguo Régimen. Los que se aventuraban a motivar

---

<sup>17</sup> COING, H., *Las Tareas del Historiador del Derecho (Reflexiones metodológicas)*. Traducción de Antonio Merchán. Sevilla (Publicaciones de la Universidad de Sevilla), 1977, p.31.

<sup>18</sup> COSTA, P., «Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un “castello dei destini incrociati”?», cit., p. 2.

sus sentencias se enfrentaban frecuentemente a la incertidumbre normativa, debido a las lagunas existentes en el ordenamiento. Por ello, aquellos que tímidamente comenzaron a motivar sus sentencias realizaron una tarea de delimitación y concreción de conceptos y categorías jurídicas más cercana a la creación que a la interpretación, independientemente de la calidad técnica de sus fundamentaciones. En esta tarea, el Tribunal Supremo tuvo un papel decisivo, gracias a los diferentes recursos –fundamentalmente los de nulidad y casación– que se fueron estableciendo a lo largo del periodo

Desde esta perspectiva, es conveniente hacer una primera delimitación sobre la construcción legal de este principio durante el periodo isabelino, para más adelante reflexionar sobre el papel que tuvo la jurisprudencia dentro de la ciencia jurídica decimonónica.

### **1. Aproximación formal al principio de motivación de las sentencias en la legislación española de mediados del Ochocientos**

La obligación «para todos los jueces y tribunales de fundar los fallos civiles y criminales, expresando la ‘ley, práctica o doctrina’ en que se apoyaran» se planteó a comienzos del reinado de Isabel II entre las primeras medidas de la tan ansiada reforma de la administración de Justicia, estando presente en todos los proyectos de organización de los tribunales<sup>19</sup>. La más reciente historiografía ha valorado de distinta forma la inclusión de la motivación de las sentencias como principio en la administración de Justicia decimonónica. Algunos autores, como Braulio Díaz Sampetro, entienden que «la necesidad de motivación surgió inicialmente como necesidad de protección de una garantía procesal exclusivamente hacia el administrado»<sup>20</sup>; otros, como Marta Lorente y Carlos Garriga, defienden que «la fundamentación de las sentencias era un principio que afectaba, *fundamentalmente*, al disciplinamiento de la administración de justicia»<sup>21</sup>. En este mismo sentido, Julia Solla afirma que «poco o nada se relacionó la motivación en esos primeros momentos con la protección de los derechos de los justiciables ni de la ley que en teoría los

19 Solla Sastre, J., *La discreta práctica de la disciplina: La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, cit., vid. pp. 39 y 385.

20 Díaz Sampetro, B., «La publicidad de las sentencias: una doble equivalencia de garantía jurídica», *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*. Núm. 5, 2007, pp. 59-85, vid. p. 85.

21 Garriga, C. y Lorente, M., «El juez y la ley: La motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)», cit., p. 124.

recogía, cuya observancia los garantizaba. Antes bien, la sentencia motivada se asoció en primera instancia con la protección de quienes la dictaban»<sup>22</sup>. Sin entrar en este debate sobre su consideración como garantía procesal o como principio rector de la organización administrativa, lo cierto es que su introducción legal sentaría las bases para la creación de una jurisprudencia judicial, como veremos más adelante.

La motivación de las resoluciones judiciales fue estableciéndose con carácter general y de forma progresiva en las distintas jurisdicciones. En primer lugar, llegó a la jurisdicción mercantil, mediante el art. 1213 del Código de Comercio de 1829, que establecía que «Los tribunales de comercio fundarán todas las sentencias definitivas e interlocutorias que pronuncien en causas de mayor cuantía. Los fundamentos se reducirán a establecer la cuestión de derecho o de hecho sobre el que recae la sentencia, y hacer referencia de las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras exposiciones». En segundo lugar, fue el turno de la jurisdicción penal, estableciendo el art. 1 de la ley provisional para la aplicación de las disposiciones del Código penal de 1848 que «Los tribunales y jueces fundarán las sentencias definitivas exponiendo clara y concisamente el hecho, y citando el artículo o artículos del Código penal de que se haga aplicación». Por último, llegaría a la jurisdicción civil. Ciertamente esta obligación se había incluido ya en el Real decreto de 4 de noviembre de 1838. En el art. 17 se indicaba que en la sentencia se debería hacer «expresa declaración de si há o no lugar al recurso, exponiéndose los fundamentos legales del fallo», pero sólo en relación a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en recurso de nulidad. No obstante, esta obligación no tendrá carácter general en el ámbito civil hasta la famosa Instrucción del Marqués de Gerona de 1853, que en su artículo 68 establecía que «Los tribunales y jueces fundarán siempre las sentencias definitivas y las interlocutorias de igual clase, cuando así lo reputen conveniente esponiendo con claridad y concisión las cuestiones de hecho y de derecho, y citando las leyes ó doctrina legal en que se apoyen». Finalmente, el art. 333 de la LEC 1855 establecía que «Las sentencias definitivas de todo artículo, y las de los pleitos, serán fundadas», recogiendo a continuación las reglas que habrían de tenerse en cuenta en la redacción de las sentencias.

Los autores de la época, sobre todo a finales del periodo isabelino, mostraron una gran preocupación por la forma en que se estaba llevando a cabo el

---

<sup>22</sup> SOLLA SASTRE, J., *La discreta práctica de la disciplina: La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, cit., p. 388.



establecimiento de este principio<sup>23</sup>, constituyendo su foco principal de atención en base a qué podían motivar los jueces sus sentencias. Desde las instancias políticas la suerte de la motivación se ligó a la realización de la codificación: «si ésta nos se perfeccionaba, aquella no cabía»<sup>24</sup>. En efecto, el estado de la legislación hacía que la tarea principal de los jueces a la hora de motivar sus sentencias fuese, más que la de interpretar una norma oscura, la de localizar la ley aplicable, si es que existía<sup>25</sup>. En este sentido, «Al juez, pues, le tocaba no sólo consultar el voluminoso y disperso ‘derecho patrio’ así como la nueva normativa de origen constitucional, sino también rebuscar en los archivos para asegurarse de la fidelidad del primero para poder conjugarlo con la segunda»<sup>26</sup>.

A todo esto, se unía la resistencia de los jueces a motivar sus decisiones, debida a la inercia de anteriores prácticas propias de un modelo jurisdiccional «que concentraba la garantía (de la justicia) en la persona –y no en la decisión– del juez»<sup>27</sup>. Así, como bien afirma Marta Lorente, «La imposibilidad de implantar la obligación de motivar las sentencias no estaba ligada sólo a la confusión, incoherencia y contradicción de leyes y doctrinas, sino fundamentalmente al rechazo a la entrada de la publicidad en el foro siendo así que los primeros interesados en el mantenimiento de la opacidad fueron sin duda los integrantes del aparato de justicia»<sup>28</sup>.

---

23 Destacan, fundamentalmente, los trabajos de ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., «Fundamentación de las sentencias», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Vol. 14, Núm. 29, 1866, pp. 113-126; y ARRIETA, L., «Observaciones acerca de la exposición de motivos en las sentencias judiciales y sobre otras cuestiones con ella relacionadas», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Vol. 15, Núm. 30, 1867, pp. 97-115.

24 GARRIGA, C. y LORENTE, M., «El juez y la ley: La motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)», cit., p. 123 y LORENTE SARIÑENA, M., «La Doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin código (1808-1889)», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 40, Núm. 1, 2011, pp. 135-175, vid. p. 155.

25 Cfr. LORENTE SARIÑENA, M., «La Doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin código (1808-1889)», cit., p. 148; y SOLLA SASTRE, J., *La discreta práctica de la disciplina: La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, cit., p. 398.

26 LORENTE SARIÑENA, M., «La Doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin código (1808-1889)», cit., p. 148.

27 GARRIGA, C. y LORENTE, M., «El juez y la ley: La motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)», cit., p. 105.

28 LORENTE SARIÑENA, M., «La Doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin código (1808-1889)», cit., p. 156.

Precisamente estas inercias se pusieron de manifiesto a la hora de discutir sobre la obligación de motivación de las sentencias por parte del Tribunal Supremo, que sería consagrada por el art. 1058 de la LEC. Los que vinculaban principalmente la motivación con el principio de responsabilidad entendían que no era necesario que el Alto Tribunal motivase sus decisiones al no tener un superior jerárquico ante el que responder; en cambio, los que daban prioridad a su función uniformadora del derecho, entendían que esta motivación era absolutamente necesaria para la creación de la jurisprudencia, asociando su responsabilidad a la exposición de su trabajo a través de la publicidad de las sentencias<sup>29</sup>.

No obstante, dejando a un margen estos debates, el Tribunal Supremo tenía el mismo problema que los órganos judiciales inferiores a la hora de motivar o fundamentar sus sentencias: una mala técnica jurídica. Francisco de Cárdenas denunció insistentemente en su revista *El Derecho Moderno* «el descuido que se nota en la redaccion de las sentencias que pronuncia el tribunal supremo de justicia en los recursos de nulidad». El contenido de las sentencias debía «manifestarse con la claridad y precision necesarias para que los jueces, los jurisconsultos y el público comprendan á primera vista la cuestion de derecho decidida, y teniendo en cuenta que lo único que se publica es la sentencia, y que por ella y no por los autos, que nadie ve mas que los interesados, ha de juzgarse de la justicia y acierto de la decision y ha de conocerse el caso litigioso decidido. Si las sentencias que aparecen en la Gaceta no bastan para tomar este conocimiento y formar aquel juicio, la publicidad que la ley les manda dar es completamente ilusoria». Por ello, solicitaba a los magistrados del Tribunal Supremo que «ó sea siempre uno de sus individuos quien redacte sus fallos, ó que vigile á los relatores ó funcionarios encargados hoy de hacerlo, á fin de que los funde con mas esmero, correccion y exactitud»<sup>30</sup>.

Las autoridades gubernativas eran plenamente conscientes de ese problema, por lo que Manuel de Seijas Lozano dictó como ministro de Gracia y Justicia una Real orden de 17 de enero de 1857, relativa a la necesidad de fundamentación de las resoluciones o fallos sobre competencias en materia

---

29 Cfr. SOLLA SASTRE, J., *La discreta práctica de la disciplina: La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, cit., pp. 394-395.

30 CÁRDENAS, F., «Observaciones sobre el modo con que suelen fundarse las sentencias del Tribunal Supremo con recursos de nulidad», *El Derecho Moderno*. Tomo 7, 1849, pp. 236-250, vid. p. 236, 238 y 239.

civil o criminal dictados por el Tribunal Supremo de Justicia<sup>31</sup>, afirmando en dicha disposición que «Una de las necesidades más apremiantes de la administración de justicia es la de fijar y uniformar la jurisprudencia, complemento esencial de toda legislación bien ordenada».

A través de estas disposiciones podemos concluir que, a mediados del siglo XIX, la motivación de las sentencias estaba íntimamente vinculada al principio de publicidad, y que su objetivo principal era el de tratar de uniformar la jurisprudencia conforme a la ley y, ante la ausencia de ésta, a la llamada doctrina legal.

## **2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia durante el reinado de Isabel II: interpretando leyes y creando doctrina legal**

En los países en los que rige el modelo legalista el término «jurisprudencia» se entiende como el conjunto uniforme de sentencias, fallos o resoluciones emitidos por autoridades gubernativas y judiciales, que forman doctrina en relación a un punto de derecho controvertido o sobre la inteligencia y aplicación de las leyes. En consecuencia y a pesar de que existe un intenso debate doctrinal al respecto, la jurisprudencia en los países del sistema continental no crea derecho, sino que se limita a interpretarlo.

No obstante, este planteamiento no encaja en un periodo de transición como fue el reinado de Isabel II, en el que asistimos al desmantelamiento de un orden jurisdiccional y a la progresiva implantación de un orden legal. En este contexto, ante la insuficiencia del ordenamiento y las inercias de épocas anteriores, los jueces inferiores mantuvieron una forma de administrar justicia más cercana al arbitrio que al sometimiento a la ley. Por este motivo, el Tribunal Supremo tuvo que erigirse como árbitro de una situación, si no caótica, al menos bastante compleja. El establecimiento de los recursos de nulidad primero, y de casación civil después, permitió la progresiva implantación de una cultura legal, cuyos objetivos eran la defensa de la ley y el control de la acción de los jueces inferiores. No obstante, un efecto no buscado de la implantación progresiva de estos nuevos recursos fue la creación de una suerte de derecho jurisprudencial. Independientemente de su calidad técnica, la labor desarrollada por el Tribunal Supremo durante esta época fue más allá del tratar de dotar de uniformidad al Derecho, al permitir integrar el nuevo ordenamiento liberal con las fuentes jurídicas tradicionales y completar

---

31 GM 18/01/1857.

las lagunas normativas existentes a través de lo que se vino a conocer como «doctrina legal».

Si dejamos de lado aspectos puramente procedimentales de estos recursos y nos centramos en la delimitación de este término, podremos empezar a determinar en qué medida la jurisprudencia isabelina y posterior pudo contribuir a la formación de los conceptos y categorías jurídicas de la España liberal. Guiarán nuestros pasos tres destacados juristas decimonónicos vinculados al Tribunal Supremo y miembros de las comisiones de Códigos en distintos momentos: Joaquín Francisco Pacheco (1808-1865), Vicente Hernández de la Rúa (1806-1890) y José María Manresa (1818-1905). Sus comentarios acerca de las disposiciones que vamos a analizar nos ilustrarán sobre la comprensión de dicho término en la época.

Tal y como apunta Marta Lorente, la expresión «doctrina legal» aparece por primera vez en el Real decreto de 4 de noviembre de 1838<sup>32</sup>, por el que se establecía el recurso de nulidad como antecedente del recurso de casación en materia civil<sup>33</sup>. Impulsado por el entonces ministro de Gracia y Justicia, Domingo María Ruiz de la Vega, este tipo de recursos sólo podían interponerse en determinados supuestos que hacían referencia tanto al fondo como a la forma de la sentencia recurrida. Su objeto no era «tanto hacer que se reparen determinadas faltas» o «que se enmienden particulares injusticias, cuanto el conseguir que todos los tribunales de la nación sustancien de la misma suerte, y apliquen las leyes en el mismo sentido». Es decir, que lo que se perseguía con la introducción de los recursos de nulidad era «la uniformidad de la jurisprudencia, así sustantiva, como práctica»<sup>34</sup>. En su art. 3.º se establecía que habría lugar a dicho recurso contra las sentencias de revista de las Reales Audiencias y del Tribunal especial de Guerra y Marina, en lo que no fueran conformes con las sentencias de vista «si fueren contrarias a ley clara y terminante». Pero un poco más adelante, en el art. 7.º, se añadía que al interponerse el recurso de nulidad, debía citarse «la ley ó doctrina legal infringida».

En relación a la expresión «ley clara y terminante», Hernández de la Rúa creía que si se hacía una interpretación estricta, «rara vez podía promoverse

32 GM 06/11/1838.

33 LORENTE SARIÑENA, M., «La Doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin código (1808-1889)», cit., p. 141.

34 PACHECO, J. F., *Comentario al Decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad*. 4.ª edición. Madrid (Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, a cargo de S. Compagni), 1850, vid. p. 29. Este comentario se publicó por primera vez en 1843 en los números del *Boletín de Jurisprudencia*.

con buen éxito el recurso» porque si realmente la ley tenía dicha característica, la interpretación no sería necesaria<sup>35</sup>. En el mismo sentido, Manresa añadía que en esos casos, más que el recurso de casación, «debería entablarse el de responsabilidad». En realidad, en «la práctica no se estimaba literalmente tal calificación, y se admitía el recurso siempre que se citaba como infringida una ley, sin atender á si era ó no clara y terminante»<sup>36</sup>, lo cual resultaba imposible debido a que «el estado de nuestros códigos no produce esa claridad y expresión terminante en los mismos insertas»<sup>37</sup>. Era necesario, por tanto, concretar qué se tenía que infringir para plantear el recurso de nulidad. Joaquín Francisco Pacheco nos ilustra al respecto, afirmando que bastaba con que se produjese una infracción de derecho, no de ley. Veamos cómo justifica este argumento a continuación:

«En efecto, nuestra legislación y casi todas las legislaciones modernas carecen de resolución explícita para muchos casos, los cuales sin embargo al derecho corresponden, y por reglas de derecho deben decidirse. El hecho es que existen ciertas doctrinas recibidas universalmente como principios, ciertos dogmas de jurisprudencia consignados en todos los escritores, ciertas prácticas observadas por todos los tribunales; por cuyos medios, como si fueran leyes, y aún á veces más que siendo leyes, se deciden gran cantidad de negocios. Estos negocios, puede decirse que de derecho son: y sin embargo, también se puede afirmar que respecto de ellos no cabe infracción de ley, porque verdaderamente no hay ley, ley escrita en los códigos, ley verdaderamente tal, que los decida».<sup>38</sup>

Entonces, si realmente no siempre existía una ley aplicable, ¿conforme a qué se resolvían este tipo de recursos? Pacheco entendía que «la mayor parte de los puntos disputados en el foro, no se deciden por leyes expresas, sino por doctrinas de derecho», consecuencia directa o remota de las mismas leyes pero también fruto de las reflexiones teóricas de los estudiosos del derecho y de la práctica constante de los tribunales:

35 HERNANDEZ DE LA RÚA, V., *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Madrid (Imprenta del Boletín de Jurisprudencia) Vol. 4, 1856, pp. 216-217.

36 MANRESA NAVARRO, J. M., MIGUEL RUBERT, I. y REUS, J., *Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación; con los formularios correspondientes a todos los juicios y un repertorio alfabético de las voces comprendidas en la misma*. 6 volúmenes. Madrid (Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia). Vol. 4, 1856-1869, p. 383.

37 HERNÁNDEZ DE LA RÚA, V., *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, cit., pp. 216-217.

38 PACHECO, J. F., *Comentario al Decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad*, cit., p. 29.

«La ley y la doctrina legal no son una misma cosa: aquella está en los códigos, y la segunda en los comentadores y en la práctica. Una y otra resumen lo que se llama el derecho»<sup>39</sup>.

Para el autor, toda la legislación, tanto la histórica como la nueva, y toda la doctrina, tanto la teórica como la práctica, es Derecho, por lo que frente a toda sentencia que infrinja o viole este conglomerado jurídico se puede interponer recurso de nulidad.

Entre los más de 15 años transcurridos entre el Real decreto de 1838 y la promulgación de la LEC 1855 se fue delimitando el alcance de todos estos conceptos. Resultan especialmente ilustrativas dos disposiciones que se dictaron en este periodo de transición. Así, el artículo 96 del Real decreto de 20 de junio de 1852, sobre jurisdicción de Hacienda y represión de los delitos de contrabando y defraudación, establecía que el recurso de casación en estos casos tendría lugar «cuando el fallo definitivo dictado en apelación fuese contrario a la ley»<sup>40</sup>. A pesar de las dificultades propias de la puesta en planta de cualquier disposición, en este supuesto era más sencillo concretar a qué ley se refería porque estaba incluida en el propio Real decreto. Por el contrario, en la administración de Justicia de las provincias de Ultramar, reformada mediante la Real cédula de 30 de enero de 1855, el estado de la legislación era aún más confuso que en la Península, por lo que la redacción era muy clara al respecto, admitiendo directamente el recurso de casación «por violacion de ley expresa ó de una doctrina legal recibida á falta de ley por la jurisprudencia de los Tribunales, relativa al fondo ó sustancia de la cuestión resuelta por el fallo que se pretenda anular», teniendo que motivarse «en el hecho y en el derecho» todos los fallos del Tribunal Supremo<sup>41</sup>.

La famosa Instrucción del Marqués de Gerona de 30 de septiembre de 1853, sobre el procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción Ordinaria (en adelante, Instrucción del Marqués de Gerona de 1853), no innovó demasiado respecto al Real decreto de 1838, estableciendo en su art. 71 que habría lugar al recurso de nulidad «por violacion de ley clara y determinante»<sup>42</sup>.

En cambio, nuestra primera Ley de enjuiciamiento civil sí que introdujo

---

39 Idem.

40 A. G., *Observaciones acerca del Real Decreto de 20 de Junio de 1852, sobre Jurisdicción de Hacienda y represión de los delitos de contrabando y defraudación*. Madrid (Imprenta que fue de Operarios, a cargo de D. F. R. del Castillo), 1853.

41 Vid. arts. 194 y 219 (GM 09/03/1855).

42 GM 04/10/1853.

varias reformas, suprimiendo el recurso de nulidad y sustituyéndolo por el de casación<sup>43</sup>, con el objetivo fundamental de uniformar la jurisprudencia. A estos efectos habría que distinguir el interés público del interés de las partes. El primero, que era el «objeto preferente de estos recursos», perseguía «mantener en toda su pureza la ley, y fijar su verdadera inteligencia para que sirva de regla en los demás casos que requieran su aplicacion»; mientras que el segundo lo que buscaba era «demostrar que ha sido violada, ó interpretada y aplicada erróneamente la ley en la decision de la contienda, y á obtener la reparacion de la injusticia causada con tal motivo»<sup>44</sup>. El art. 1012 establecía que «El recurso de casación puede fundarse: en que la sentencia sea contra Ley ó contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales».

Como puede apreciarse, el legislador de 1855 cambió la expresión «doctrina legal» por la de «doctrina admitida por los tribunales», excluyendo de esta forma la doctrina de los «comentadores», que decía Pacheco. Hernández de la Rúa se resistía a esta opción. Para él, una sentencia también podía ser contraria a la ley cuando no fuera conforme a la interpretación doctrinal que se hiciese de dicha ley, independientemente de que la misma procediera de los «espositores del Derecho» o de los tribunales, «porque aquellos explican é interpretan la ley teóricamente, y estos la interpretan prácticamente al dictar su sentencia». Ahora bien, para que esa «doctrina de los espositores» pudiera invocarse era necesario que hubiese sido admitida por los Tribunales<sup>45</sup>. Manresa, por su parte, ni siquiera menciona los comentarios de los autores, entendiendo que para poder hablar de doctrina legal, ésta tiene que derivarse «mas ó menos directamente de la ley, ó de los principios y reglas del derecho, y que se halle generalmente recibida, ó autorizada» por los tribunales, o más bien, por el Tribunal Supremo de Justicia<sup>46</sup>. En este sentido, Marta Lorente concluye:

43 Vid. arts. 1010-1102 LEC 1855.

44 MANRESA NAVARRO, J. M. et al., *Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicacion; con los formularios correspondientes a todos los juicios y un repertorio alfabético de las voces comprendidas en la misma*, cit., p. 383.

45 HERNÁNDEZ DE LA RÚA, V., *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, cit., pp. 220-221.

46 Cfr. MANRESA NAVARRO, J. M. et al., *Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicacion; con los formularios correspondientes a todos los juicios y un repertorio alfabético de las voces comprendidas en la misma*, cit., pp. 383-385.

«La Ley de Enjuiciamiento de 1855 marcó un antes y un después en el tema que nos ocupa. A pesar de que esta norma diferenció la doctrina legal respecto de la admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, el propio Tribunal supremo se encargó de limitar el ámbito de la doctrina legal en un doble sentido: en primer lugar, el Tribunal entendió que no bastaba citar como doctrina 'la consignada en una obra, aunque sea de texto, cualquier que fuese el mérito científico de ella, ni las opiniones de autores que han escrito sobre cuestiones de derecho', y, en segundo, consideró que sólo su jurisprudencia, y no la de los demás cuerpos judiciales, podía portar el título de doctrina legal»<sup>47</sup>.

Ciertamente, la doctrina legal concebida en estos términos desempeñaría un papel fundamental en la España de mediados del siglo XIX, ante la insuficiencia del orden legal, en el que, a la ausencia de un Código civil, se sumaba un ordenamiento en el que convivían sin reparos textos legales de origen medieval con nuevas disposiciones, entre las que se encontraban tanto las leyes parlamentarias como las normas ejecutivas, que gozaban de la misma autoridad al no existir un principio de jerarquía normativa.

Puede parecer que el Tribunal Supremo supo aprovechar este complejo estado de las cosas, equiparando en exclusiva sus decisiones a la ley y atribuyendo a su palabra la fuerza de un Código inexistente, a la espera de que mejorase el estado de la legislación. Pero, lamentablemente, este monopolio doctrinal del Tribunal Supremo no fue el resultado de un proyecto premeditado orientado al establecimiento de un derecho jurisprudencial de inspiración anglosajona, sino más bien una reacción ante la inercia de la práctica jurisdiccional anterior y una medida de transición hasta que pudiera establecerse de forma definitiva el soñado orden legal. En este sentido, «ante la ausencia de alternativa (un derecho legal), no había otra opción que mantener lo existente (un derecho jurisprudencial)», por lo que el Tribunal Supremo se limitó a ser «un órgano que debía ocupar uno de los huecos creados por la destrucción de parte del aparato institucional procedente del Antiguo Régimen»<sup>48</sup>.

---

47 LORENTE, M., «La Doctrina legal y el silenciamento de los juristas en una España sin código (1808-1889)», cit., p. 171.

48 GARRIGA, C. y LORENTE, M., «El juez y la ley: La motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)», cit., pp. 130 y 132.



### III. SENTENCIAS PÚBLICAS Y SENTENCIAS PUBLICADAS: LA DOBLE DIMENSIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS

La publicidad de las resoluciones judiciales tiene su fundamento en el principio de publicidad de todas las actuaciones judiciales, que en relación a la documentación judicial tiene dos dimensiones: por un lado, el derecho de acceso a la documentación relativa a las actuaciones judiciales, tanto para las partes interesadas como para el conjunto de la sociedad, y por el otro, la obligatoriedad de publicación/difusión de algunas resoluciones judiciales (las del Tribunal Supremo).

Este principio y sus dos dimensiones están íntimamente vinculados con el de motivación de las sentencias, hasta tal punto que el uno no se entiende sin el otro. Su común objetivo general es el control de la acción de los jueces, por eso las sentencias tienen que ser públicas. Pero el caso que nos ocupa va más allá y las sentencias motivadas por el Tribunal Supremo tenían que ser, además, publicadas. Ante la ausencia de una ley clara y cierta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sirvió de guía a los jueces, para evitar incurrir con sus decisiones en la tan temida responsabilidad; pero además llegó a erigirse como el referente en la formación de todos los actores jurídicos, convirtiéndose en el elemento más destacado de la ciencia jurídica decimonónica en España. En este sentido, un jurista de la época, cuya identidad desconocemos y que respondía a las siglas de A. G., hizo un perfecto diagnóstico de la situación en aquel momento:

«Creados los recursos de casacion con el único fin, ó por lo menos principal, de interpretar el rigorismo de las leyes atenuándole, y de uniformar la jurisprudencia, sin la publicacion de los fallos por el medio que se promulgan las leyes, ni seria fácil conseguir el segundo objeto, ni tendrían los tribunales inferiores un testo autorizado á que atenerse»<sup>49</sup>.

#### 1. Publicidad de las actuaciones judiciales en general

El principio de publicidad de las actuaciones judiciales en general –lo que en la época se llamaba la «publicidad de los juicios» o «de los asuntos judiciales»– se consagró legalmente primero en el ámbito penal. Así, el artículo 302 de la Constitución de Cádiz establecía que el proceso criminal debía de

<sup>49</sup> A. G., *Observaciones acerca del Real Decreto de 20 de Junio de 1852, sobre Jurisdicción de Hacienda y represión de los delitos de contrabando y defraudación*, cit., p. 254.

ser público desde que se tomaba la confesión (testimonio) al reo, principio que se mantuvo en las Constituciones de 1837 y 1845<sup>50</sup>, si bien las discusiones parlamentarias de estos preceptos no dieron demasiadas pistas en torno al fundamento de este principio.

El famoso artículo 10 del Reglamento provisional para la administración de Justicia, publicado el 26 de septiembre de 1835 (en adelante, Reglamento de 1835), nos aporta un poco más de información al respecto al establecer que:

«Desde la confesion en adelante será público el proceso, y ninguna pieza, documento ni actuacion en él se podrá nunca reservar á las partes. Todas las providencias y demas actos en el plenario, inclusa principalmente la celebracion del juicio, serán siempre en audiencia pública, excepto aquellas causas en que la decencia exija que se vean á puerta cerrada; pero en unas y otras podrán siempre asistir los interesados y sus defensores, si quisieren».

De la redacción de este precepto se infiere que la publicidad de las actuaciones judiciales se erige como una especie de garantía procesal cuyos destinatarios principales son las partes, si bien de forma subsidiaria también supone un beneficio para el conjunto de la sociedad, al implicar que la acción del juez es susceptible de ser vigilada. Esta doble naturaleza del principio implica que la garantía procesal para las partes no puede limitarse, pero la función social de esta publicidad sí, al admitirse excepciones en las causas en las que la decencia – concepto jurídico susceptible de múltiples interpretaciones en la época – lo exigiera.

Como hemos dicho, la consagración constitucional del principio de publicidad de las actuaciones judiciales en el periodo que nos ocupa sólo se produjo en relación a la materia penal, pero legalmente ya aparece recogido de forma tácita en el ámbito mercantil en la Ley de enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio de 1830<sup>51</sup>, y de forma expresa en el ámbito civil con la LEC 1855, que en su art. 41 establecía que:

---

50 «Los juicios en materias criminales serán públicos, en la forma que determinen las leyes» (art. 65 CE1837 y art. 68 CE1845).

51 Así, el art. 82, párrafo 3º, establece que «Las sentencias definitivas se pronunciarán y publicarán dentro de los diez días siguientes á la audiencia en que se hubiere acabado la vista de los autos», y el art. 83 establece que «Los jueces podrán después de visto el negocio en audiencia pública (...)».

«El despacho ordinario de los negocios y las vistas de los pleitos serán públicos, tanto en los Juzgados de primera instancia como en los Tribunales Superiores y Supremo.

Esceptúanse los casos en que, á juicio del Tribunal ó Juzgado, convenga sean secretos estos actos por respeto á las buenas costumbres».

Vemos que, en estos casos, el principio no se articula como garantía procesal para las partes, sino como instrumento de control a la acción del juez. Ya quedó sentado en el apartado anterior la importancia de la motivación de cara a la responsabilidad judicial, pero dicha motivación no tendría ningún sentido si se substraiese del control no sólo de las autoridades judiciales jerárquicamente superiores, sino también del potencial control de la sociedad. Por eso, los sectores progresistas, defendían el principio de publicidad de los asuntos judiciales –sobre todo de los penales– como «la iniciación de la conciencia pública en la obra de la justicia», añadiendo que «publicidad y opinión pública son dos elementos de una misma cosa, que se completan, por así decirlo, y que negado el uno, el otro desaparece»<sup>52</sup>.

## **2. Publicidad entendida como derecho de acceso de los ciudadanos a la documentación judicial**

Todas las reflexiones anteriores nos dan paso a la primera de las dimensiones del principio de publicidad de las actuaciones judiciales relacionada con la documentación judicial, que es la que hace referencia al derecho de acceso a la misma de los ciudadanos allí donde se encuentre. Quizás hablar de derecho sea para algunos aventurado, teniendo en cuenta el periodo que estamos analizando. Pero, en mi opinión, nos encontramos ante un derecho –o si se prefiere, un principio rector de la función administrativa– porque, en primer lugar, a pesar de no tener un reconocimiento constitucional, sí que tiene un reconocimiento «legal»; y en segundo lugar, porque se establecen –o, mejor dicho, tratan de establecerse– una serie de medidas por parte del Estado tendentes a garantizarlo.

Nuevamente, el núcleo de este derecho es dotar a las partes de una garantía procesal, al legitimarlas para acceder a la documentación relativa a un proceso cuando, por ejemplo, quieran plantear un recurso<sup>53</sup>. Pero también nos encontramos –y esta es quizás su vertiente más interesante– ante

---

<sup>52</sup> ROMERO GIRÓN, V., «Publicidad de los asuntos judiciales», *La Escuela del Derecho: Revista jurídica*, Volumen 1, 1863, pp. 331-346, vid. pp. 334-335.

<sup>53</sup> Vid. art. 69 del Reglamento de 1835.

un principio rector de la organización judicial, cuyo punto de partida es, en primera instancia, el art. 14 del Reglamento de 1835, que establecía que:

«Fenecida cualquiera causa civil ó criminal, si alguien pidiere que á su costa se le dé testimonio de ella, ó del memorial ajustado para imprimirlo, ó para otro uso, estará obligado á mandarlo así el juez ó tribunal respectivo».

Queda de esta forma reconocida la posibilidad de acceder a dicha documentación no sólo a las partes, sino a cualquier interesado en pleitos ya fenecidos. Para permitir el acceso a la documentación judicial es un presupuesto el deber de custodia de la documentación generada, por lo que fue necesario introducir ciertas disposiciones en el Reglamento del Supremo Tribunal de España e Indias<sup>54</sup> y en las Ordenanzas para todas las Audiencias de la Península e Islas adyacentes<sup>55</sup>, ambos de 1835, así como en el Reglamento de los juzgados de primera instancia del Reino de 1844<sup>56</sup>. Ahora bien, el establecimiento de unas reglas generales no llegaría hasta que Luis Mayans, ministro de Gracia y Justicia en uno de los muchos Gobiernos que presidió el General Narváez, dictó la Real orden de 2 de diciembre de 1845 sobre reconocimiento y saca de copias de causas, pleitos y otros documentos de los archivos judiciales<sup>57</sup>. Esta disposición representa para la documentación judicial lo que para los documentos históricos que se encontraban en los archivos del Reino había supuesto la Real orden circular de 20 de abril de 1844. Al parecer durante largo tiempo

---

54 El art. 78 del Real decreto de 17 de octubre de 1835 establece, en relación a los escribanos de cámara, que «También cada uno de ellos custodiará los papeles de su respectiva Escribanía, formando de todo el correspondiente índice» (GM 29/10/1836).

55 El art. 121 del Real decreto de 9 de diciembre de 1835 establece que «Como encargados del archivo de la audiencia respectiva, el cual estará en un departamento del edificio de la misma, cerrado y guardado con toda seguridad, cuidarán los secretarios de custodiar, en el debido orden é integridad, y con todo aseo, los procesos y demas papeles que deban existir en él; de los cuales no podrán dar certificación ninguna sin orden de la audiencia ó de alguna de sus salas, y de todos deberán formar los correspondientes índices» (GM 25/01/1836).

56 El art. 47 de dicho Reglamento, aprobado por Real decreto 1 de mayo de 1844, establece que «Interin no se establezcan archivos públicos para la custodia de las causas y pleitos fenecidos, continuarán como hasta aquí conservándose en los oficios de los respectivos escribanos». (GM 03/03/1844).

57 Publicado en la CL, tomo 35, p. 587 (versión consultada en MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. *Diccionario de la Administración Española, peninsular y Ultramar*. 2ª edición. Madrid (Imp. de A. Peñuelas), Tomo I, 1869, pp. 465-466).

se habían dirigido a la Reina varias exposiciones para que en los tribunales y archivos dependientes del Ministerio de Gracia y Justicia se permitiera reconocer y sacar copias de causas y otros documentos judiciales posteriores a la publicación del Reglamento provisional para la administración de Justicia. En cambio, el acceso a los expedientes anteriores a esa fecha, a los relativos a asuntos gubernativo-judiciales y a los correspondientes a la jurisdicción voluntaria estaría supeditado a la decisión del juez. En cualquier caso, el objetivo de la disposición era «dar toda la latitud posible al principio de publicidad de los juicios». Toda una declaración de principios que debía ser concretada.

Dos años después, Lorenzo Arrazola estableció las bases para la organización común y uniforme de los archivos dependientes del ministerio de Gracia y Justicia a través de la creación de una Junta superior directiva mediante un Real Decreto y una Real orden, de 5 y 6 de noviembre de 1847 respectivamente<sup>58</sup>. Los tipos de archivos a los que se hacía referencia en la exposición de motivos del Real decreto eran, además de los generales del Ministerio, los notariales y los judiciales, incluyendo tanto los que estaban en la Corte como los que no. Las mayores críticas que se hace respecto a todos ellos se centran en su lamentable estado en general: «La falta de celo y diligencia con que se ha mirado en España durante siglos enteros un punto de interés tan grave para la buena gobernación del país, para la firmeza de la propiedad y el reposo y quietud de las familias, y para los usos literarios y científicos». Es decir, que para el ministro el mal estado de estos archivos impedía la buena gobernabilidad del Estado, no permitía garantizar adecuadamente los derechos de las personas y, en última instancia, paralizaba cualquier tipo de estudio que quisiera hacerse al respecto. Así, uno de los objetivos de la reforma era el de favorecer la investigación en todos los archivos que dependiesen del Ministerio, poniendo la riqueza que encerraban «en disposición de ser conocida y utilizada (...) por el público y los sabios», aunque también pretendía evitar «la inseguridad y el fraude», sobre todo en el caso de los archivos judiciales.

La normativa posterior se centró en la forma de llevar a cabo la anhelada reforma, dejando de lado toda declaración de principios. De esta manera, la junta a la que se hacía referencia en las anteriores disposiciones fue sustituida por la Dirección general de los archivos de España y Ultramar dependientes del Ministerio de Gracia y Justicia mediante un Real decreto de 1 de diciembre de 1848, encomendándose a Pedro Sáinz de Andino que la encabezase<sup>59</sup>.

---

58 GM 06/11/1847 y 07/11/1847.

59 GM 02/12/1848.

Su funcionamiento sería regulado mediante un reglamento aprobado por el Real decreto de 25 de mayo de 1849<sup>60</sup>, el cual sería modificado por Real decreto de 10 de junio de 1851<sup>61</sup>. Esta dirección emitió a los pocos meses de su creación, el 3 de julio de 1849, una serie de circulares en las que se dictaban las disposiciones necesarias para reunir información sobre el estado de los archivos públicos dependientes del Ministerio de Gracia y Justicia existentes en las provincias españolas<sup>62</sup>.

Todas estas disposiciones se centran en la regulación del departamento encargado de la reorganización de los archivos dependientes del Ministerio de Gracia y Justicia, incluidos los judiciales, pero no vuelven a invocar los fundamentos de tal decisión. No será hasta un Real decreto de 4 de julio de 1851<sup>63</sup>, siendo ministro Ventura González Romero, en el que se vuelva a mencionar la necesidad de la sociedad de acceso a los fondos de estos archivos «en vista de diferentes reclamaciones en solicitud de que se faciliten copias ó certificaciones fehacientes» de dichos documentos. Reconocía el Real decreto que la falta de determinación de «una manera exacta por qué personas deben ser autorizadas tales certificaciones, ni la forma y modo de su extensión» había dado y daba «continuamente lugar á dudas en materias en que están interesadas muchas familias y el Estado mismo», por lo que era hora de tratar de afrontar esta cuestión. Más allá del alcance concreto de estas disposiciones, lo cierto es que no siempre se hizo un uso adecuado de estas informaciones. En 1863 Manuel Ortiz de Zúñiga, destacado jurista del moderantismo, afirmaba que una de las grandes conquistas que, junto a la libertad de imprenta, se había alcanzado en el siglo XIX había sido la publicidad de los juicios, pero se lamentaba de lo siguiente:

«(...) vemos con sentimiento, que personas que parecen profesores de derecho, pues escriben en periódicos jurídicos, confunden lastimosamente *la publicidad de los juicios*, en el sentido técnico de estas palabras, con la publicación de todo cuanto pasa dentro de los mismos juicios, del exámen de los hechos y circunstancias objeto de las indagaciones judiciales, y de la apreciación que cada cual intenta hacer á su modo, para deducir las consecuencias ciertas ó equivocadas que les plazca»<sup>64</sup>.

---

60 GM 26/05/1849.

61 GM 12/06/1851.

62 GM 07/07/1849.

63 GM 06/07/1851.

64 ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., «Publicidad de los asuntos judiciales», *La Escuela del Derecho: Revista jurídica*, Volumen 1, 1863, pp. 197-234, vid. p. 202.

Y, en este sentido, concluía:

«(...) no podemos convenir en esa publicidad que hemos censurado, y que quiere darse por medio de la imprenta a los asuntos judiciales, no sólo mientras estén pendientes de juicio, sino aun después de terminados, pues solamente en este último caso puede ser lícito publicar copias íntegras de los procesos ó documentos completos sacados de ellos, y eso con autorización de los tribunales»<sup>65</sup>.

### **3. Publicidad entendida como obligación de difusión por medios impresos de determinadas resoluciones judiciales**

La obligatoriedad de publicación de determinadas resoluciones judiciales es la segunda de las dimensiones del principio de publicidad de las actuaciones judiciales relacionada con la documentación judicial. La difusión en sus exactos términos a través de medios impresos, tanto públicos como privados, sólo se estableció en relación a las sentencias del Tribunal Supremo, con el objeto de ser conocidas por el conjunto de la sociedad. El resto de las sentencias tenían carácter público, pero su publicación no era obligatoria, aunque algunos autores defendieron que dicha medida debería haberse extendido a las Audiencias porque «la publicidad es la mejor garantía de la justicia»<sup>66</sup>.

En cualquier caso, las razones en favor de la publicidad de las sentencias del Tribunal Supremo se identifican con los argumentos ya empleados para la motivación: por un lado, para reforzar su función como creadora de jurisprudencia durante el periodo isabelino; y por el otro, como mecanismo de responsabilidad, al no tener superior jerárquico. Manuel Ortiz de Zúñiga describe estas funciones a la perfección en su *Tratado de práctica forense*, afirmando que la publicación de las sentencias del Tribunal Supremo servía en primera instancia para «ofrecer a todos los que [ejercían] la judicatura el sentido que el primer Tribunal de la nación [atribuía] á las leyes», aunque también tenía «por objeto secundario el de la censura de los magistrados»<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Ibid., p. 234.

<sup>66</sup> Cfr. MANRESA NAVARRO, J. M. et al., *Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicacion; con los formularios correspondientes a todos los juicios y un repertorio alfabético de las voces comprendidas en la misma*, cit., Vol. 1, p. 213.

<sup>67</sup> Apud SOLLA SASTRE, J., *La discreta práctica de la disciplina: La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, cit., p. 402.

A diferencia de la publicidad normativa, que ha sido objeto de una mayor atención historiográfica<sup>68</sup>, la publicación de las sentencias normalmente ha sido tratada de forma marginal. El presupuesto necesario para que una y otra pudieran darse era la existencia de una «estructura institucional que (hiciera) posible su formulación y su comunicación»<sup>69</sup>. No obstante, junto al dispositivo oficial, surgieron iniciativas particulares que contribuyeron en gran medida a la difusión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Gaceta de Madrid se había erigido como el «Boletín oficial nacional» mediante la Real orden de 2 de junio de 1837, con el objetivo fundamental de hacer circular las leyes, decretos, reales órdenes y demás disposiciones del Gobierno, siendo sus destinatarios principales los funcionarios públicos, si bien también entendía que con las mejoras introducidas «los particulares codiciaran la lectura de un papel que hasta ahora desdeñaron por su inutilidad y aridez». Es decir, que, aunque su principal destinatario fuera la Administración, no se impedía su adquisición por parte de la ciudadanía. Hasta el Real decreto de 1838 no se incluirían dentro de la *Gaceta* «los fallos del tribunal supremo relativos á los recursos de nulidad»<sup>70</sup>, aunque desconocemos el alcance real de este mandato. Pacheco, en su *Comentario* sobre el Real Decreto, afirmaba en relación a este precepto que podía parecer «poco importante a los que solo hayan visto ó vean en los recursos de nulidad un medio de reparación de injusticias privadas» porque «por ellas (las sentencias), y solo por ellas, es como se puede conseguir la uniformacion de la jurisprudencia española». De esta forma, el conjunto de sentencias publicadas se erigía como «una colección auténticamente explicatoria de puntos graves del derecho, como el Comentario mas autorizado para su genuina inteligencia é interpretación». Esto daría lugar, en primera instancia a que «los fallos se pensarán y calcularán con mas esmero, que sus fundamentos serán mejor inspirados y desempeñados, que habrá menos entrada a los malos gérmenes, ó de pasion ó de pereza, que los pueden bastardear». Además, en segunda instancia, suponía «esa formacion paulatina, pero indispensable, de una parte capital de nuestro derecho, de una norma á que habrán de atenerse en todo lo dudoso los tribunales y los jurisconsultos de la nación». En consecuencia «La razon

68 Vid. LORENTE SARIÑENA, M., *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*. Madrid (BOE-CEPC), 2001.

69 COSTA, P., «Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un “castello dei destini incrociati”?», cit., p. 9.

70 Vid. art. 23.



práctica del Tribunal Supremo, pasará de este modo á ser la razon práctica de todo el foro de la Monarquía»<sup>71</sup>.

Las resoluciones del Tribunal Supremo empezaron a publicarse en la *Gaceta de Madrid* con carácter disperso desde 1839<sup>72</sup>. En cualquier caso, a juzgar por las resoluciones efectivamente publicadas en la Gaceta de Madrid, parece que entre 1838 y 1845 no se plantearon demasiados recursos de nulidad ante el Tribunal Supremo. También pudo suceder que algunos de ellos no llegaran a publicarse, pero esta es una afirmación difícilmente comprobable debido a la importante merma en los fondos más antiguos del Archivo del Tribunal Supremo tras el incendio del Palacio de Justicia, situado sobre el antiguo Monasterio de las Salesas Reales, acaecido en 1915.

Independientemente de todo lo anterior, lo cierto es que la publicación de las resoluciones del Tribunal Supremo («los fallos dictados por ese tribunal supremo en los recursos de nulidad y en los de segunda suplicación é injusticia notoria que todavía procedan con arreglo á las leyes») estaba relegada a la parte no oficial de la Gaceta de Madrid, mezclada con la de las demás providencias judiciales, «por cuya causa ni excitan el importante interés que tienen siempre estos fallos ni reciben el carácter oficial tan propio de sentencias dictadas en último grado por el primer tribunal del reino y tan preciso para formar reglas de jurisprudencia en las materias que se deciden en los mismos recursos». En efecto, en el preámbulo a la Real Orden de 27 de mayo de 1845<sup>73</sup>, el ministro Luis Mayans ya apuntaba a la influencia que estas decisiones debían de tener en la configuración de la ciencia jurídica del momento, por lo que, «a fin de que se consiga el útil objeto que el Gobierno se propuso al expedir S. M. el Real decreto de 4 de noviembre de 1838», a partir de ese momento deberían publicarse en la parte oficial de la Gaceta de Madrid, todo lo cual se comunicó a Nicolás María Garelly, por aquel entonces presidente del Tribunal Supremo de Justicia.

Al año siguiente, mediante el Real decreto de 6 de marzo de 1846, la *Colección de Decretos* se convierte en la *Colección Legislativa de España*<sup>74</sup>. El ministro Lorenzo Arrazola ordenó que a la colección de las leyes, decretos, Rea-

---

71 PACHECO, J. F., *Comentario al Decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad*, cit., pp. 85-86.

72 La primera sentencia dictada en recurso de nulidad publicada en la Gaceta de Madrid es de 12 de agosto de 1839 (GM 17/08/1839).

73 GM 10/06/1845.

74 GM 08/03/1846.

les órdenes y reglamentos, que debía preparar la sección de Gracia y Justicia del Consejo Real, debían incorporarse las decisiones y sentencias motivadas tanto del Consejo Real como del Tribunal Supremo de Justicia, remitiendo estas altas instituciones una copia por duplicado al Ministerio de Gracia y Justicia para su inclusión.

Curiosamente en la normativa posterior hasta llegar a la LEC 1855 desaparece toda mención relacionada con la publicación de este tipo de recursos en la Colección legislativa, haciendo únicamente referencia a la publicación en la Gaceta o a la Gaceta del Gobierno<sup>75</sup>. Así se recogía en la Instrucción del Marqués de Gerona de 1853, cuya principal novedad fue extender la obligación de publicación de las sentencias no sólo a los recursos de nulidad sino también a las cuestiones de competencia<sup>76</sup>. La LEC 1855, por un lado, mantuvo la obligación de publicar ambos tipos de recursos, introduciendo una mejora respecto a la Instrucción del Marqués de Gerona, al fijar un plazo máximo para la publicación oficial de las sentencias. De esta forma, la ley establecía que en un plazo de 3 días para las cuestiones de competencia y de 5 días para los recursos de casación de cualquier clase desde que se dictase la sentencia, se «publicarán en la Gaceta de Madrid, é insertarán en la Colección legislativa»<sup>77</sup>.

Esta última redacción nos permite entender el valor de cada una de estas publicaciones oficiales. A mediados del siglo XIX la Gaceta era el órgano de publicación oficial de las sentencias, mientras que la Colección Legislativa, aun siendo una publicación oficial, hacía las veces de instrumento de difusión de la legislación y la jurisprudencia. Así, Manresa entendía que la Colección legislativa era, en teoría «el libro de las leyes y disposiciones oficiales, de igual autenticidad que aquella (la Gaceta de Madrid); pero de mas permanencia, y mas fácil de manejar por su forma». Pero para el autor la publicación, por aquel entonces, aún no reunía unas condiciones satisfactorias:

«Ni la Colección legislativa está al alcance de todas las fortunas, ni la forma, en que se publican en ella estas sentencias, es la mas á propósito para facilitar su consulta: salen además con erratas notables, unas de imprenta, y otras acaso de copia. Todos estos inconvenientes se salvarían publicándose en colección separada, con buenos índices alfabéticos

---

75 Tanto en art. 113 del Real decreto de 20 de junio de 1852 como en el art. 219 de la Real cédula de 30 de enero de 1855 de lo que se habla es de la publicación en la «Gaceta del Gobierno».

76 Art. 74, párrafo 2º, y art. 77 (GM 04/10/1853).

77 Vid. arts. 112, 1064 y 1087 LEC 1855.

de materias, autorizando la publicación el Ministerio de Gracia y Justicia para que lleve esta sanción oficial; pero bajo la inspección del propio Tribunal Supremo. Que esto es ya una necesidad, lo demuestra el que empresas particulares están prestando este importante servicio con general aceptación, á pesar de que no lleva la autenticidad que les daría la publicación oficial, y que es tan necesaria en documentos de esa clase. (...) Con todas estas sentencias, que son un precioso repertorio de jurisprudencia, puede ya formarse un grueso volumen en cada año, á pesar de no estar establecida todavía la casación en lo criminal»<sup>78</sup>.

Las autoridades tomaron buena nota de estas recomendaciones, que se reflejaron en el Real decreto de 6 de junio de 1856<sup>79</sup>. Entre las reformas que se plantearon, se estableció que en cada tomo de la Colección Legislativa de España, después de los índices cronológico y alfabético de las disposiciones normativas, «se colocarán, por separado y por orden de fechas, las decisiones y sentencias del Tribunal Supremo de Justicia y las del Contencioso-administrativo» (art. 7). No será hasta una Real orden de 1 de julio de 1860 cuando la Colección legislativa divida sus contenidos en cuatro tomos anuales: dos con las disposiciones legales dictadas a lo largo del año, uno con sentencias del Tribunal Supremo de Justicia y otro con las resoluciones del Consejo de Estado<sup>80</sup>. A partir de 1874, ante el volumen de resoluciones por el aumento de materias, dejaron de publicarse las sentencias del Tribunal Supremo en la Gaceta de Madrid, convirtiéndose la *Colección Legislativa* en la única publicación oficial en la que se recogería la jurisprudencia hasta 1985.

Además de la publicación de las sentencias del Tribunal Supremo en medios oficiales, también fue muy importante la labor desarrollada por iniciativa privada. Hemos de tener en cuenta que la interacción de la doctrina con la jurisprudencia era absolutamente fundamental, de ahí la importancia de las revistas «como instrumento capaz de favorecer la formación de una *communis opinio*»<sup>81</sup>. Esta práctica se autorizó a través del art. 12 de la Ley sobre propiedad literaria, de 10 de junio de 1847, que establecía que:

---

78 MANRESA NAVARRO, J. M. et al., *Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación; con los formularios correspondientes a todos los juicios y un repertorio alfabético de las voces comprendidas en la misma*, cit., Vol. 4, p. 431.

79 GM 08/06/1856.

80 Cfr. ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid: Imp. de Eduardo Cuesta, Tomo 2, 1875, p. 319.

81 COSTA, P. «Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un “castello dei destini incrociati”?», cit., p. 10.

«Las leyes, decretos, Reales órdenes, reglamentos y demas documentos que publique el Gobierno en la Gaceta ú otro papel oficial, podrán insertarse en los demas periódicos y en otras obras en que por su naturaleza ú objeto convenga citarlos, comentarlos, criticarlos ó copiarlos á la letra; pero nadie podrá imprimirlos en colección sin autorización expresa del mismo Gobierno»<sup>82</sup>.

A pesar de que en esta disposición no se hacía referencia concreta a sentencias, su redacción abierta hacía extensiva su aplicación, como así fue. Entre todas las publicaciones particulares que incluyeron jurisprudencia entre sus contenidos destaca, sin lugar a dudas, la importantísima colección dependiente de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, publicada entre 1860 y 1938, que sería retomada por la editorial Reus entre 1943-1965 y que está compuesta por un total de 308 volúmenes. Especialmente útil para el periodo que nos ocupa es el trabajo desarrollado por José María Pantoja, destacando sus famosos *Repertorios*, que sirven de guía para consultar la jurisprudencia incluida en la colección de la *Revista* y que recoge sentencias publicadas desde 1838 hasta 1884.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El objetivo inicial de la presente aportación era hacer una primera aproximación a la implantación progresiva de los principios de motivación y publicidad de las sentencias en la España isabelina, para poder entender el verdadero alcance de la jurisprudencia a mediados del siglo XIX.

Como principio propio de los sistemas legalistas, la obligación de motivar las sentencias persigue controlar la actividad de los jueces en defensa de la ley y uniformar su aplicación. En la práctica, sobre todo durante el periodo que nos ocupa, no siempre existía una ley aplicable o ésta no era clara ni cierta, por lo que aquellos jueces que se aventuraron a motivar sus sentencias desarrollaron una tarea más cercana a la creación que a la interpretación del Derecho. En este sentido, el Tribunal Supremo (y también el Consejo de Estado en sus múltiples denominaciones) trató de dotar de cierta coherencia a un ordenamiento en construcción, en el que convivían sin reparos las últimas disposiciones parlamentarias o ejecutivas con textos jurídicos procedentes de la Edad Media, y existían innumerables lagunas que intentaron ser cubiertas con lo que vino en llamarse «doctrina legal». Más allá de resolver los casos concretos e independientemente de su calidad, el conjunto de estas decisio-

---

82 GM 15/06/1847.

nes contribuyó a la delimitación de los conceptos y categorías jurídicas liberales. De esta forma, la jurisprudencia tuvo además un carácter que podemos definir como propedéutico, puesto que ayudó a introducir a los actores jurídicos (jueces, abogados, juristas...) en una nueva cultura jurídica.

Por eso, las sentencias del Tribunal Supremo no sólo tenían que ser públicas, sino que, además, debían estar publicadas. La difusión del contenido de las sentencias fue posible gracias a los instrumentos oficiales de publicación, como por ejemplo la *Gaceta de Madrid* o la *Colección legislativa*, pero también a las iniciativas privadas, entre las que destaca la promovida por la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*.

A la vista de todo lo anterior, la pregunta a la que debemos tratar de dar una respuesta es si realmente podemos hablar de un derecho jurisprudencial en la España decimonónica. Es evidente que el discurso institucional y, en parte, doctrinal pretendía dar al ordenamiento español del periodo una apariencia de legalidad que no era posible en una España en la que existía el recurso de casación civil sin disponer aún de un Código. Gómez de la Serna, en su introducción al *Repertorio de jurisprudencia civil* elaborado por José María Pantoja, decía lo siguiente: «no creemos en manera alguna que la autoridad de las sentencias del Tribunal Supremo, que la jurisprudencia que por ellas se fije, tengan el mismo valor, tengan la misma fuerza que las leyes»<sup>83</sup>. Curiosa afirmación dados los esfuerzos no ya oficiales, sino particulares, de dar difusión a la misma y en los que él mismo colaboraba. Más realista me parece la postura de Francisco de Cárdenas, que en su revista *El Derecho Moderno* defendió que los fallos del Tribunal Supremo de Justicia en los recursos de nulidad estaban «Destinados (...) á formar la jurisprudencia de precedentes judiciales» y debían «servir de norma en casos análogos á los ya resueltos, y ser tan estudiados por los jurisconsultos como las mismas leyes»<sup>84</sup>.

A la luz de todo lo anterior, debemos concluir que a pesar de los discursos institucionales y doctrinales, el derecho jurisprudencial desempeñó un papel si no fundamental, al menos muy importante, en el orden jurídico isabelino. Este hecho no fue el resultado de un proyecto político premeditado, sino que

83 GÓMEZ DE LA SERNA, P., «Introducción», PANTOJA, J. M., *Repertorio de la jurisprudencia civil española o Compilación completa, metódica y ordenada por orden alfabético de las diversas reglas de jurisprudencia sentadas por el Tribunal Supremo de Justicia (...)*. 2.<sup>a</sup> edición, (Madrid Imprenta de la Revista de Legislación, á cargo de Julián Morales), 1873, vid. p. XCIX.

84 CÁRDENAS, F., «Plan y objeto de esta Revista», *El Derecho Moderno*, Vol. 1, 1848, p. VI.

su relevancia fue, más bien, fruto de la casualidad y, también, de la necesidad, a la espera del triunfo de la legalidad que no acababa de llegar. Incluso, cuando esto se produjese, la jurisprudencia estaba llamada a desempeñar un papel más importante que el que cabría esperar. Así nos lo describe con lucidez Manuel Ortiz de Zúñiga:

«Hay, sin embargo, gentes de miras tan estrechas, y aún entre ellas juristas vulgares, que haciendo de la elevada ciencia del derecho una especie de arte mecánica, y del magistrado un autómatas sin criterio judicial, quisieran excusar todo trabajo intelectual a la jurisprudencia y toda interpretación racional a las leyes. Creen estos visionarios, que con la esmerada redacción de estas, no es necesario interpretarlas, sino atenerse ciegamente a su letra; y sostienen que todo lo que sea desviarse de este fácil camino, es una arbitrariedad, por medio de la cual, el juzgador se sobrepone al imperio de la ley. Pero los que se forman esta cándida ilusión, hija más bien del sentimiento que de la inteligencia, no consideran que no es dado al hombre el don de la perfección, atributo exclusivo de la Divinidad, y que por consiguiente sus obras, llámense leyes o códigos, dejan siempre un gran vacío y nunca llegan a ser perfectas»<sup>85</sup>.

A este respecto, creo que la interpretación más aproximada del papel que verdaderamente desempeñó la jurisprudencia judicial durante el reinado de Isabel II nos la aporta Víctor Covián y Junco, un magistrado del Tribunal Supremo de principios del siglo XX. Su testimonio se aleja un poco del periodo objeto de nuestro análisis, pero, en mi opinión, ese tiempo que le separa del mismo le da una perspectiva interesante sobre la cuestión. Entiende este autor que «la Jurisprudencia no puede corregir ni enmendar el Derecho claramente establecido; (...) lo demás son invasiones en el Poder legislativo». Por lo tanto, «El único límite que el juzgador encuentra –continúa el autor– es la palabra explícita de la ley: cuando la misma resulta clara, indubitada, preceptiva ó imperativa y no se presta á equívoco alguno, el intérprete debe inclinarse y obedecer; y si no lo hiciera faltaría a su deber elemental». El problema aparece «cuando el texto presenta cierta ambigüedad; cuando surgen dudas sobre su significado y alcance; cuando, puesto en relación con otro, puede en cierta medida ser contradicho, ó limitado, ó, por el contrario, ampliado, el juez tiene entonces los más extensos poderes de interpretación y crea una norma jurídica equiparada a la ley». De esta forma, «bajo el impulso de la *humana necessitas* crea un *ius novum*». La jurisprudencia judicial, «en los casos de silencio del Código», crea un «Derecho nuevo para las nuevas nece-

---

85 ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Jurisprudencia civil*, cit., Vol. 1, p. 5.

sidades, constituyendo una garantía de que sabrá conciliar los Códigos con la vida, el pasado con el presente, el rigor de la lógica con la voz de la utilidad social»<sup>86</sup>.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y FUENTES

- A. G., *Observaciones acerca del Real Decreto de 20 de Junio de 1852, sobre Jurisdicción de Hacienda y represión de los delitos de contrabando y defraudación*. Madrid (Imprenta que fue de Operarios, a cargo de D. F. R. del Castillo), 1853.
- ARRIETA, L., «Observaciones acerca de la exposición de motivos en las sentencias judiciales y sobre otras cuestiones con ella relacionadas», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Vol. 15, Núm. 30, 1867, pp. 97-115.
- CÁRDENAS, F., «Observaciones sobre el modo con que suelen fundarse las sentencias del Tribunal Supremo con recursos de nulidad», *El Derecho Moderno*. Tomo 7, 1849, pp. 236-250.
- CLAVERO, B., «La gran dificultad. Frustración de una ciencia del Derecho en la España el siglo XIX», *Ius Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*, 12, 1984, pp. 91-115.
- COING, H., *Las Tareas del Historiador del Derecho (Reflexiones metodológicas)*. Traducción de Antonio Merchán. Sevilla (Publicaciones de la Universidad de Sevilla), 1977.
- COING, H., «Historia del Derecho y Dogmática jurídica», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 6, 1981, pp. 245-257.
- COSTA, P., «Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un “castello dei destini incrociati”?», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Vol. 40, Número 1, 2011, pp. 1-17.
- COVIÁN Y JUNCO, V., «Jurisprudencia», *Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo XX, Madrid (Ed. Seix), 1919, pp. 703-712.
- DÍAZ SAMPEDRO, B., «La publicidad de las sentencias: una doble equivalencia de garantía jurídica», *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época. Núm. 5, 2007, pp. 59-85.
- ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid (Imp. de Eduardo Cuesta), 1875.
- GARRIGA, C. y LORENTE, M., «El juez y la ley: La motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, Núm. 1 (Ejemplar dedicado a: La vinculación del juez a la ley), 1997, pp. 97-144.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P., «Introducción», PANTOJA, J. M. *Repertorio de la jurisprudencia civil española o Compilación completa, metódica y ordenada por orden alfa-*

---

<sup>86</sup> Covián y Junco, V., «Jurisprudencia», *Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo XX, Madrid (Ed. Seix), 1910, pp. 703-712, vid. pp. 708 y 712.

- bético de las diversas reglas de jurisprudencia sentadas por el Tribunal Supremo de Justicia* (...). 2.<sup>a</sup> edición, Madrid (Imprenta de la Revista de Legislación, á cargo de Julián Morales), 1873.
- HERNÁNDEZ DE LA RÚA, V., *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Madrid (Imprenta del Boletín de Jurisprudencia), 5 volúmenes, 1856.
- HESPANHA, A. M., *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Madrid Tecnos, 2002.
- LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación española*. 6 tomos. Madrid (Ministerio de Justicia-Comisión General de Codificación), 1970.
- LORENTE SARIÑENA, M., *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*. Madrid (BOE-CEPC), 2001.
- LORENTE SARIÑENA, M., «La Doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin código (1808-1889)», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 40, Núm. 1, 2011, pp. 135-175.
- LORENTE SARIÑENA, M., (coord.), *De la justicia de jueces a la justicia de leyes: hacia la España de 1870*. Madrid (Consejo General del Poder Judicial), 2007.
- LORENTE SARIÑENA, M., MARTÍNEZ PÉREZ, F. y SOLLA SASTRE, J., *Historia legal de la Justicia en España (1810-1978)*. Madrid (Iustel), 2012.
- MANRESA NAVARRO, J. M., MIGUEL RUBERT, I. y REUS, J., *Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicacion; con los formularios correspondientes a todos los juicios y un repertorio alfabético de las voces comprendidas en la misma*. 6 volúmenes, Madrid (Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia), 1856-1869.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Diccionario de la Administración Española, peninsular y Ultramar*. 2.<sup>a</sup> edición, Madrid (Imp. de A. Peñuelas), 1869.
- MARTÍNEZ PÉREZ, F., *Entre confianza y responsabilidad: la justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*. Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1999.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., «Publicidad de los asuntos judiciales», *La Escuela del Derecho: Revista jurídica*, Volumen 1, 1863, pp. 197-234.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., «Fundamentación de las sentencias», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Vol. 14, Núm. 29, 1866, pp. 113-126.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Jurisprudencia civil*. Madrid (Imp. de J. Rodríguez, 2 volúmenes), 1869.
- PACHECO, J. F., *Comentario al Decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad*. 4.<sup>a</sup> edición. Madrid (Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, a cargo de S. Compagni), 1850.
- PETIT CALVO, C., «El código inexistente: Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», *Historia Contemporánea*, 12, 1005, pp. 49-90.
- PUENTE EGIDO, J., *Derecho internacional privado: doctrina legal del Tribunal Supremo 1841-1977*. Barcelona (Editorial Universitaria), 1981.



- ROMERO GIRÓN, V., «Publicidad de los asuntos judiciales», *La Escuela del Derecho: Revista jurídica*, Volumen 1, 1863, pp. 331-346.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ-MAMPASO, B., *Las comisiones de Códigos durante el reinado de Isabel II (1843-1869)*. Madrid (Congreso de los Diputados), 2010.
- SCHOLZ, J.-M., *El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*. Frankfurt am Main (Vittorio Klostermann), 1992.
- SOLLA SASTRE, J., *La discreta práctica de la disciplina: La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*. Madrid (Congreso de los Diputados), 2011.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. *Códigos y constituciones, 1808-1978*. Madrid (Alianza), 1989.



# NUEVAS ETIQUETAS DISCIPLINARES Y SUS CONTIENDAS: LAS CIENCIAS POLÍTICAS ANTE EL DERECHO EN FRANCIA (1871-1900)

Pedro Luis López Herraiz<sup>1</sup>

**Resumen:** Asumiendo que el “*moment 1900*” de la ciencia jurídica francesa no es, simplemente, el de las grandes construcciones doctrinales sino, más bien, una etapa en la que los juristas dialogan con otras disciplinas, este trabajo analiza la conformación a finales del siglo XIX de las ciencias políticas: disciplina emergente y cercana al derecho público. Lo hace a partir de las ideas de Émile Boutmy y del caso de la *École libre des sciences politiques*, institución caracterizada por tratar de combinar un estudio científico de la política con su inclinación a la preparación de los concursos de acceso a la administración. Una tensión que se expresa en su opción por un marco de historia contemporánea y en sus argumentos en el conflicto con las facultades de derecho por el control de la enseñanza de estas disciplinas. Estos argumentos condensan algunos de los elementos que han marcado la evolución y la relación disciplinar entre las ciencias políticas y el derecho público.

**Palabras clave:** ciencias políticas, derecho público, *École libre des sciences politiques*, disciplinas científicas, Boutmy

**Abstract:** Based on the idea that the “*moment 1900*” of French juridical science is not, mainly, one of great doctrines, but rather a stage when jurists dialogue with other disciplines, this work analyzes the configuration of political sciences at the end of XIX<sup>th</sup> century: an emerging discipline close to public law. The focus is on the ideas of Émile Boutmy and the case of the *École libre des sciences politiques*, an institution characterised by a contradiction between a scientific approach and its tendency to prepare the exams of access to French administration offices. This contradiction cristallizes in the option for contemporary historical studies and the arguments set out during the conflict with law faculties over the control of these disciplines. Such arguments condense some of the main elements in the evolution and the relationship between political sciences and public law during the XX<sup>th</sup> century.

**Key words:** political sciences, public law, *École libre des sciences politiques*, scientific disciplines, Boutmy

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LAS PLURALES CIENCIAS POLÍTICAS DE LA *ÉCOLE LIBRE DES SCIENCES POLITIQUES*; 1. Propósitos científicos en la fundación

---

<sup>1</sup> Profesor Ayudante en el Área de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (España). Correo electrónico: pedrol.lopez@uam.es. Este trabajo se ha realizado con el apoyo y en el marco del proyecto de investigación HICOES VI (DER2014-56291-C3-1-P).

de la ELSP; 2. Una *contradicción intrínseca*: las «ciencias políticas» como preparación para los concursos; 3. Historia contemporánea en la ELSP; III. ¿DÓNDE FORMAR AL *HOMME D'ÉTAT*? LOS ARGUMENTOS DE LA ELSP FRENTE A LAS FACULTADES DE DERECHO; 1. Breve contexto de un debate largo; 2. Institución privada: espacio natural de una formación práctica (*versus* facultades públicas); 3. Ciencias políticas como amenaza para el carácter «científico» de las facultades de derecho; 4. La utilización de las clasificaciones científicas; 5. La necesidad del método inductivo en las ciencias políticas (*versus* método deductivo de los juristas); 6. Identificar al político con el historiador para alejarlo del jurista; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Émile Boutmy, director y fundador de la *École libre des sciences politiques* de París (actual *Sciences Po*), realizaba en 1889 la siguiente afirmación polémica, aunque nada marginal, sobre la naturaleza del emergente derecho público y sus vecindades disciplinares:

«¿Qué es un curso de derecho constitucional separado de la historia de la formación progresiva del estado o de la historia parlamentaria y legislativa; un curso de derecho de gentes separado de la historia diplomática y de la historia militar; un curso de derecho administrativo separado de la historia política y económica de un país? Enseñanzas maduras y sin horizonte; solo la historia les abre salidas y perspectivas. El derecho público tiene un carácter en cierta manera enclítico; todo lo que enfatiza se remita siempre a una ciencia vecina. No tiene consistencia por sí mismo y necesita ser sostenido de una parte o de la otra. El derecho privado le ha aportado su lengua. Solo la historia puede iluminar el sentido, el alcance, el futuro de las instituciones políticas y de la ley internacional»<sup>2</sup>.

No se trataba de la afirmación excéntrica de alguien ajeno a la reordena-

---

2 [«Qu'est-ce qu'un cours de droit constitutionnel séparé soit de l'histoire de la formation progressive de l'État, soit de l'histoire parlementaire et législative; un cours de droit des gens séparé de l'histoire diplomatique et de l'histoire militaire; un cours de droit administratif sépare de l'histoire politique et économique du pays? Des enseignements murés et sans horizon; l'histoire seule leur ouvre des issues et des perspectives. Le droit public a un caractère en quelque sorte enclitique; ce qu'il a d'accent est toujours reporté sur une science voisine. Il n'a pas de consistance à lui seul et a besoin d'être soutenu d'une part ou de l'autre. Le droit privé lui a fourni sa langue. L'histoire seule peut éclairer le sens, la portée, l'avenir des institutions politiques et de la loi internationale.»] BOUTMY, E., *Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques*, París (Armand Colin), 1889, p. 17.

ción de lo que hoy denominaríamos ciencias sociales ni a las profundas reformas del sistema universitario francés de finales del siglo XIX<sup>3</sup>, sino de uno de los principales impulsores de esos cambios y el fundador de una institución que, desde 1871, venía impartiendo varios cursos de distintos campos del derecho público con anterioridad a la apertura sustantiva de las facultades de derecho a estas materias.

Como ha sido bien explicado<sup>4</sup>, el «*moment 1900*» de la ciencia jurídica francesa, es decir, el periodo que iría desde 1880 hasta el comienzo de la Primera Guerra Mundial, no es solo, como las lecturas tradicionales inauguradas en el periodo de entreguerras han querido transmitir, una «edad de oro» para la doctrina francesa, un momento en el que esta se alza indiscutidamente en las figuras de los Adhémar Esmein, Léon Duguit, Maurice Hauriou, Raymond Saleilles, etc. Por otros senderos, distintos a los de esta lectura retrospectiva, caminaba una ciencia jurídica ciertamente ambiciosa, pero, al mismo tiempo en «crisis permanente» y, en ningún caso, encerrada sobre sí misma en la construcción de una dogmática aséptica, sino atravesada por conflictos políticos y por otras disciplinas en construcción –sociología, psicología, historia institucional o ciencias políticas– con las que dialogaba y se superponía.

Hay, por tanto, camino por recorrer en el estudio de la historia de la «cultura jurídica francesa» de este periodo entendida en sentido amplio, es decir, más allá las difusas fronteras de los saberes jurídicos producidos en las facultades de derecho<sup>5</sup>. En ese sentido, la estrecha y conflictiva relación del emergente derecho público con las también emergentes ciencias políticas se configura como un interesante campo de estudio. A finales del siglo XIX en Francia ni una ni otra disciplina estaban claramente definidas ni delimitadas; de hecho, aquellos que como Boutmy se arrogaban la representación de las ciencias políticas trataban de atraer el derecho público hacia su seno. Algo parecido ocurría en sentido contrario como ilustra la creación en 1894 por Ferdinand Larnaude y el entorno de las facultades de derecho de la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*<sup>6</sup>.

3 WEISZ, G., *The emergence of Modern Universities in France, 1863-1914*, Princeton (Princeton University Press), 1983.

4 AUDREN, F., “Le «moment 1900» dans l’histoire de la science juridique française”, en Olivier Jouanjan, Élisabeth Zoller (eds.) *Le «moment 1900» des doctrines et pratiques juridiques*, París (Éditions Panthéon-Assas), 2015, pp. 55 a 74.

5 AUDREN, F.; HALPÉRIN, J.-L., *La culture juridique française. Entre mythes et réalités, XIXè - XXè siècles*, París (CNRS Éditions), 2013, pp. 7 a 14.

6 LARNAUDE, F., “Notre programme”, *Revue du droit public et de la science poli-*

En este trabajo me alejo de consideraciones *ad intra* sobre la «doctrina jurídica de los juristas» para centrarme en un análisis de la imprecisa configuración de las ciencias políticas, lo que, en último término (epígrafe IV), me permitirá plantear algunas hipótesis sobre los itinerarios emprendidos en el siglo XX por estas disciplinas y, también, por la enseñanza del derecho constitucional. Para ello, empezaré planteando una *contradicción intrínseca* (proyecto científico *versus* preparación de concursos para el acceso a la alta administración) presente en las ciencias políticas practicadas en la ELSP (epígrafe II) que me dará pie a presentar los argumentos planteados desde este espacio en el debate que tuvo lugar con los juristas de las facultades entre 1880 y 1900 sobre la adscripción institucional más adecuada para estos estudios (epígrafe III)<sup>7</sup>.

## II. LAS PLURALES CIENCIAS POLÍTICAS DE LA ÉCOLE LIBRE DES SCIENCES POLITIQUES

La acción de los fundadores de la École era pionera en algunos sentidos importantes. Las ciencias políticas (y las otras variantes terminológicas que habían ido apareciendo durante el siglo XIX francés), como discurso disciplinar emergente, no habían encontrado su espacio en el sistema universitario tradi-

---

*tique en France et à l'étranger*, vol. 1, 1894, pp. 1 a 14; LE DIVELLE, A., "La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique (1894-1914)", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2, 2011, pp. 521 a 533.

<sup>7</sup> Debe señalarse que este artículo sintetiza una serie de cuestiones que están desarrolladas con mayor extensión en mi tesis doctoral (capítulo 3) cuya lectura está prevista para diciembre de 2018. La síntesis se ha llevado a cabo, principalmente, en dos sentidos. Por un lado, he aligerado la presentación del discurso de la ELSP tanto a nivel interno (construcción plural de las ciencias políticas) como externo (en su conflicto con las facultades de Derecho). En ese sentido, las referencias a trabajos de los profesores de la École y a fuentes de los archivos de la institución son considerablemente más extensas en la tesis doctoral. Por otro lado, para evitar una presentación excesivamente básica, se ha eliminado del artículo el desarrollo de los argumentos de las facultades de derecho (principalmente de Claude Bufnoir, pero no solo) frente a lo planteado por la ELSP. A propósito de esa cuestión y respecto de la bibliografía existente, en la investigación doctoral se profundiza en la reconstrucción de las redes académicas en las que este debate institucional tuvo lugar y se complejiza una interpretación que va más allá de la solvente pero, desde mi punto de vista, algo reduccionista lectura de Pierre Favre sobre la *polémique Boutmy-Bufnoir*: FAVRE, P., *Naissances de la science politique en France. 1870-1914*, París (Fayard), 1989, pp. 86 a 90.

cional<sup>8</sup>. En este tipo de contextos, caracterizados por la vocación de una serie de estudios de convertirse en disciplina reconocida y la frustración de estas expectativas por el hermetismo del campo universitario existente, instituciones independientes, como lo era la ELSP, se configuran habitualmente como espacios de refugio e impulso para las nuevas disciplinas<sup>9</sup>. La École, pionera en este sentido de la institucionalización disciplinar de las ciencias políticas, estaba inscrita también en un movimiento general de estudio «científico» de la sociedad y la política más amplio. Por ello, no se deben identificar automáticamente las ciencias políticas de las últimas décadas del siglo XIX en Francia con los estudios que se desarrollaban en esta institución ni tampoco a la figura de su director, Boutmy<sup>10</sup>, con la de un fundador heroico sin cuya labor no existiría la disciplina<sup>11</sup>. Sin duda, estudios con pretensiones científicas sobre cuestiones políticas los había en Francia antes de la ELSP, los hubo fuera de ella durante las últimas décadas del siglo XIX y los siguió habiendo durante el siglo XX con influencias y acentos bien distintos a los de esta institución<sup>12</sup>.

## 1. Propósitos científicos en la fundación de la ELSP

Los tres manifiestos constitutivos de la École contenían una serie de elementos programáticos sustantivos que marcaron el devenir de la institución

---

8 OSBORNE, T. R., *A Grande École for the grands corps. The recruitment and training of the French administrative elite in the nineteenth century*, Nueva York (Columbia University Press), 1983; THUILLIER, G., *L'ENA avant l'ENA*, París (Presses Universitaires de France), 1983.

9 ELIAS, N., *La dynamique sociale de la conscience. Sociologie de la connaissance et des sciences*, París (La Découverte), 2016, p. 133.

10 Sobre su biografía pueden consultarse los siguientes trabajos FOVILLE, A. de, “Notice historique sur la vie et les travaux de M. Émile-Gaston Boutmy”, *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, vol. CLXXV, 1911, pp. 30 a 55; GUETARD, H., *Un réformiste libéral: Emile Boutmy (1835-1906)*, París (Thèse d'Histoire, Institut d'Études Politiques de Paris), 1991; LEBLOND, F.; LEBLOND, R. *Emile Boutmy, le père de Sciences Po*, París (Anne Carrière), 2013.

11 Si atendemos a las categorías de «lo original y lo regular» de Michel Foucault, no parece adecuado –menos en este caso–, la identificación de una disciplina con unos individuos originales y obstinados que la habrían fundado y condicionado a partir de entonces. FOUCAULT, M., *L'archéologie du savoir*, París (Gallimard) 1969, pp. 191 a 202.

12 A propósito de las distintas vías de las ciencias políticas en las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del XX véase el clásico estudio de FAVRE, P., *Naissances de la science politique en France. 1870-1914*, cit.

y las expectativas respecto de este<sup>13</sup>. En ellos se expresaba un discurso que pretendía relegitimar a las élites políticas burguesas y liberales a partir de un criterio del mérito basado en el conocimiento riguroso de los asuntos políticos y sociales proveniente de la observación y del método científico. Dejando a un lado este ingrediente elitista, me centraré en afinar la configuración de ese «método científico».

En *Quelques idées sur la création d'une faculté libre d'enseignement supérieur* (febrero de 1871), Boutmy proponía un método histórico-crítico de estudio de las creaciones humanas destinado a una «instrucción liberal superior» que aún no identificaba con las ciencias políticas sino con un marco variado y casi enciclopédico. Un programa de catorce asignaturas: «del derecho constitucional a la filología, de las investigaciones sobre la antigüedad del hombre a la historia de las instituciones militares, el campo que recorre el espíritu es inmenso: es aquel de la ciencia misma»<sup>14</sup>. Una propuesta formativa que Boutmy planteaba como provisional, pendiente de los últimos desarrollos de la ciencia y con una pretensión de sistematicidad.

Si en febrero de 1871 Boutmy aún no mentaba a las «ciencias políticas», por el contrario, en junio de ese mismo año, en el llamamiento definitivo a la fundación de la institución, hizo referencia continua al término ya desde su título: *Projet d'une Faculté libre des sciences politiques*. La etiqueta, más allá de su identificación con una serie de estudios (económicos, jurídicos, políticos e históricos) no aparece claramente definida en todo el texto, pero cumple una función: delimitar el campo que ha sido ignorado por las instituciones educativas existentes –la Sorbona y el *Collège de France*– y apropiárselo: las «ciencias políticas» no serían enseñadas en estas instituciones más que de forma incompleta y, sobre todo, errada en su método.

Frente al método dogmático, Boutmy planteó cinco caracteres (algunos de los cuales ya habían sido adelantados en el primer texto) que serían los más adecuados para el estudio de las ciencias políticas. En primer lugar, un

---

13 BOUTMY, E.; VINET, E. *Quelques idées sur la création d'une faculté libre d'enseignement supérieur*, París (Adolphe Lainé), 1871; BOUTMY, E.; VINET, E. *Projet d'une Faculté libre des sciences politiques*, París (Adolphe Lainé), 1871; TAINÉ, H., “Fondation de l'Ecole libre des Sciences politiques”, en *Derniers essais de critique et d'histoire*, 3ª edición, París (Hachette), 1903, pp. 134 a 149.

14 [«varié et presque encyclopédique [...] du droit constitutionnel à la philologie, des recherches sur l'antiquité de l'homme à l'histoire des institutions militaires, le champ que parcourt l'esprit est immense: c'est celui de la science elle-même.»] BOUTMY, E.; VINET E., *Quelques idées sur la création d'une faculté libre d'enseignement supérieur*, cit., p. 9.



estudio «rico y completo por su composición», es decir, con una tendencia expansiva que incluiría «todas las ciencias políticas con sus dependencias y sus anexos». También, «europeo o incluso universal por el marco» lo que se concretaba en un estudio comparativo que buscaba en los países extranjeros enseñanzas para la propia Francia. En tercer lugar, «contemporáneo por los temas» ya que, siendo el conocimiento inabarcable, «el hombre de Estado, el ciudadano, deben al menos conocer su tiempo». En cuarto lugar, «histórico y crítico por el método», lo que implicaba un conocimiento positivo de los hechos «rigurosamente clasificados, claramente explicados y comentados con erudición». Finalmente, «accesible por su corta duración» (dos años), con el objetivo, según el texto, de enfrentar la desastrosa situación del país. Diez cursos de los que van a desaparecer los propios de «las ciencias, las letras y las artes» para dejar más espacio a la historia contemporánea de diversas cuestiones jurídicas, políticas y económicas<sup>15</sup>.

En ese momento la combinación de una formación de élites políticas y administrativas con un estudio positivo de las «ciencias políticas» permitía a Boutmy delinear su campo institucional. El peso que se otorgaba al componente científico era del agrado de su célebre amigo Hippolyte Taine, bajo cuya firma se publicó el tercero de los manifiestos fundacionales de la institución<sup>16</sup>. Un escrito que profundizaba en la justificación de los diez cursos (antes simplemente enumerados) y que respondía a toda la construcción de una metodología histórica-crítica que Taine venía realizando desde la década de 1850<sup>17</sup>.

Así, el discurso de la ELSP buscaba configurarse como el legítimo portavoz de una disciplina, las «ciencias políticas», cuyos límites le correspondería trazar. En un primer momento, esa delimitación se hizo frente a la perspectiva dogmática (filosófica) que, según los impulsores de la École, había dominado el estudio de los asuntos políticos. Una perspectiva dogmática que aglutinaba el rechazo de la École porque se la podía situar como contraria a dos ele-

15 [«*riche et complet par la composition* [...] toutes les sciences politiques avec leurs dépendances et leurs annexes [...] *européen ou même universel par le cadre* [...] contemporaine par le sujets [...] l'homme d'État, le citoyen, doivent au moins connaître leur temps [...] *historique et critique par la méthode* [...] sévèrement groupés, clairement expliquées, savamment commentés [...] accessible para sa courte durée.»] BOUTMY, E.; VINET, E., *Projet d'une Faculté libre des sciences politiques*, cit., pp. 11 a 16.

16 TAINÉ, H., «Fondation de l'École libre des Sciences politiques», cit., pp. 134 a 149.

17 Para un estudio profundo y riguroso de los elementos metodológicos de su obra se recomienda: RICHARD, N., *Hippolyte Taine. Histoire, psychologie, littérature*, París (Garnier), 2013. Sobre su biografía: LEGER, F., *Monsieur Taine*, París (Criterion), 1993.

mentos fundacionales –y potencialmente contradictorios– de la institución que ahora desarrollaremos: (1) no eran estudios científicos porque faltos de especialización partían de nociones *a priori* para construir reflexiones abstractas con pretensiones programáticas; y (2), en consecuencia, tampoco eran prácticos para la formación de una élite política que precisamente requería del método científico de observación de la realidad para orientarse en la complejidad de los asuntos que afrontaba<sup>18</sup>. Un rechazo al enfoque de los filósofos que, como veremos en el epígrafe III, tiene sus paralelismos con el rechazo al método de los juristas de las facultades.

## **2. Una contradicción intrínseca: las «ciencias políticas» como preparación para los concursos**

Por tanto, «ciencias políticas» en plural: no se trataba de una cuestión de matiz. En realidad, lo sorprendente en 1871 hubiese sido que la *École* platease la enseñanza de una «ciencia política» en singular que no ofrecía signos de haberse configurado aún. En primer lugar, por una cuestión estratégica, la opción por el término plural parecía, seguramente, más adecuada: remitía a la sólidamente establecida –y cercana política y sociológicamente– *Académie des sciences morales et politiques* y alejaba la amenaza para las disciplinas ya establecidas y practicadas en las facultades (derecho y filosofía principalmente) de un término mucho más ambicioso como era el de la ciencia política en singular<sup>19</sup>.

En segundo lugar, al no poderse considerar la ciencia política en esta época como «ciencia normal» (es decir, establecida y con un método y un léxico compartidos por una comunidad científica)<sup>20</sup>, pero sí de una fase previa a este estadio disciplinar durante la cual crece la riqueza de los debates epistemológicos<sup>21</sup>, la *École* (en un momento en el que el sistema universitario francés

---

18 Se puede encontrar una visión panorámica del rechazo al método dogmático en la época en DESLANDRES, M., “La crise de la science politique (IV). Le problème de la méthode. La méthode dogmatique”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 15, enero-junio, 1901, pp. 395 a 427.

19 RIDEL, C., *L'enseignement de l'histoire et les historiens de L'École Libre des Sciences Politiques (1871-1914)*, París (Mémoire du DEA, Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales), 1996, p. 27.

20 KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Ciudad de México (Fondo de Cultura Económica), 1971, pp. 33 a 79.

21 *Ibid.*, p. 87.

aún no había experimentado las grandes reformas de finales de siglo) se configuraba en cierta manera como receptáculo de una gran variedad de enfoques y de objetos de estudio: historia contemporánea, estadística, etnografía, geografía, economía política, distintas ramas de lo que denominaríamos de derecho público, etc.

La tercera razón por la que la unidad y coherencia de los cursos que se pretendían construir sobre un criterio científico, decayó en favor de un aparente caos es la que más nos interesa ya que apuntaba a un nuevo criterio unificador: la enseñanza de la ELSP, que no se dejaba de identificar con las ciencias políticas, sería aquella útil para la preparación de los concursos de acceso a la alta administración francesa. La *École*, como cualquier otro establecimiento científico que debe estar atento a sus «condiciones sociales de existencia», tuvo que ajustar sus objetivos a lo que los intereses externos y la sociedad requerían<sup>22</sup>. Ténganse en cuenta los apoyos sociales detrás de la institución<sup>23</sup>: una burguesía liberal que buscaba mantener la hegemonía política, la «reproducción social» de las élites herederos y el levantamiento de Francia tras la derrota frente a Prusia en un contexto como el francés, donde el Estado y la administración ofrecían numerosos puestos de poder y dirección del país, pero cuyo acceso se decantaba irremediabilmente desde hacía tiempo hacia los concursos, un formato más acorde con los principios liberales y democráticos. En esa línea, la III República impulsó la instauración de nuevos concursos para el acceso a puestos de instituciones como el *Conseil d'État*, la *Cour de Comptes*, la *Inspection des Finances* o el cuerpo diplomático<sup>24</sup>.

---

22 [«conditions sociales d'existence».] ELIAS, N., *La dynamique sociale de la conscience. Sociologie de la connaissance et des sciences*, cit., pp. 135, 160.

23 DAMAMME, D., “Genèse sociale d'une institution scolaire: l'École libre des sciences politiques”, *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 70, noviembre, 1987, pp. 31 a 46.

24 Sobre la instauración de los concursos para el acceso a la alta administración en Francia se pueden consultar: BODIGUEL, J. L., “Political and administrative traditions and the french senior civil service”, *International Journal of Public Administration*, vol. 13, 5, 1990, pp. 707 a 740; IHL, O., “Les républiques du concours. L'identification du mérite bureaucratique en France et aux États-Unis”, en Denis-Constant Martin (ed.) *L'identité en jeux*, París (Editions Karthala), 2010, pp. 157 a 175. Sobre las estrategias profesionales para el acceso y la promoción de los altos funcionarios en este periodo así como sobre las relaciones de poder entre la alta administración y el poder político republicano es destacable (aunque preste una atención menor al rol de la ELSP) el magnífico trabajo de CHARLE, C., *Les Élités de la République, 1880-1900*, París (Fayard), 2006.

El peso de la supervivencia financiera de la institución y de su voluntad de influir en el devenir del país condicionaron, sin duda, el relativo abandono del proyecto original de una «enseñanza superior liberal» de carácter más marcadamente científico. Sin embargo, erraríamos si planteásemos de forma demasiado nítida la existencia de una ruptura entre una intención original «pura» y un devenir marcado por la necesidad y la estrategia<sup>25</sup>. Y esto por dos razones.

Por una parte, la École integraba en su génesis la pretensión de jugar un rol central en la formación de las nuevas élites. Los propios textos fundacionales, como hemos visto, así lo expresaron<sup>26</sup>. De hecho, el cambio desde «la enseñanza superior liberal» que Boutmy planteaba en el primer texto y la «enseñanza de las ciencias políticas» del segundo, indicaba una tendencia inscrita ya desde el primer momento en la ELSP: subordinar su oferta disciplinar, su proyecto científico a las necesidades –por este orden– de la institución, de las fuerzas sociales que la apoyaban y, también, del Estado francés.

Por otra parte, en el discurso de las primeras décadas de la institución se aprecia una cierta resistencia (nostálgica por momentos) frente a la posible conversión de la ELSP en un espacio de exclusiva preparación para los concursos que le privaría de su objetivo inicial de formación «desinteresada». Por poner un ejemplo: los folletos de los cursos se referían en el apartado «objetivo de la École» a que «en su conjunto, la enseñanza de la École des sciences politiques es la *coronación natural de toda educación liberal*. Su programa abarca los principales conocimientos sobre los cuales ningún hombre cultivado puede mantenerse extraño». Lo anterior antes de hacer referencia a que, efectivamente, «desde un punto de vista más especial, la École des sciences politiques se propone el mismo objetivo de la *antigua École d'administration*»<sup>27</sup>.

---

25 De una forma más matizada es lo que sugieren trabajos clásicos como DAMAMME, D., *Histoire des sciences morales et politiques et de leur enseignement. Des lumières au scientifisme*, París (Thèse Université Paris I), 1982, p. 512; FAVRE, P., *Naissances de la science politique en France. 1870-1914*, cit., pp. 37 a 42.

26 BOUTMY, E.; VINET, E., *Quelques idées sur la création d'une faculté libre d'enseignement supérieur*, cit.; BOUTMY, E.; VINET, E., *Projet d'une Faculté libre des sciences politiques*, cit.

27 [«dans son ensemble, l'enseignement de l'École des sciences politiques est le *couronnement naturel de toute éducation libérale*. Son programme embrasse les principales connaissances auxquelles aucun homme cultivé ne devrait rester étranger [...] a un point de vue plus spécial, l'École des sciences politiques se propose le même but que l'*ancienne École d'administration*».] (las cursivas son mías). Véase el *Brochure des cours 1874-1875*

Nos encontramos, desde mi punto de vista, ante lo que podría entenderse, siguiendo con algunos matices a Foucault, como una contradicción *intrínseca* en el discurso de la École (y, seguramente, en el politológico en un sentido más amplio) que determina un «*desarrollo adicional* del campo enunciativo»<sup>28</sup>. Esto supone que lo interesante no sería tanto mostrar la existencia de una tensión que tendría que resolverse en favor de uno de los polos –estudio científico o formación profesional– ni, por el contrario, considerar que es una batalla irresoluble entre ambos sino, más bien, atender a como esa contradicción *intrínseca* impulsa una extensión del discurso más allá de lo esperado, generando originales reflexiones y posicionamientos respecto de cuestiones novedosas. Una extensión del campo enunciativo que tiene distintas manifestaciones. Atenderemos principalmente a dos de ellas estrechamente relacionadas: la opción por un enfoque de historia contemporánea (II.3) y, más detenidamente, la discusión con las facultades de derecho a propósito de la adscripción institucional más adecuada para las emergentes ciencias políticas (III).

### 3. Historia contemporánea en la ELSP

Como es sabido la historia adquirió durante el siglo XIX en Francia una posición y una legitimidad crecientes en el campo intelectual que desembocaría, ya durante la III República, en la conformación de una comunidad académica profesional robusta y reconocida socialmente<sup>29</sup>. Es precisamente esta

---

consultable en los *Archives d'Histoire Contemporaine* del *Centre d'Histoire de Sciences Po* de París (en adelante *AHC*; en este caso *AHC*, 1 SP 3 dr 1 sdr a).

28 [«*développement additionnel* du champ énonciatif.»] FOUCAULT, M., *L'archéologie du savoir*, cit., pp. 203 a 213.

29 Sobre los estudios históricos franceses en general durante el siglo XIX podemos referirnos a CARBONELL, C.-O., *Histoire et historiens. Une mutation idéologique des historiens français: 1865-1885*, Toulouse (Privat) 1976; FURET, F., *L'atelier de l'histoire*, París (Flammarion), 1982, pp. 101 a 127 («La naissance de l'histoire»). Sobre la historiografía de las primeras décadas de la III República: desde una perspectiva atenta al contexto político, KEYLOR, W. R., *Academy and community. The foundation of the French historical profession*, Harvard (Harvard University Press), 1975; centrado en los cambios profundos que supusieron la profesionalización de la comunidad de los historiadores desde 1880: NOIRIEL, G., «Naissance du métier d'historien», *Genèses*, vol. 1, 1990, pp. 58 a 85. Otro trabajo más reciente discute el recurso a etiquetas simplificadoras como *méthodiques* o *positivistes* para referirse en bloque y rechazar la obra de estos historiadores situados entre el periodo romántico y la escuela de los *Annales*: NORONHA-DIVANNA, I., *Writing History in the Third Republic*, Newcastle (Cambridge Scholars Publishing), 2010.

disciplina recientemente consolidada la que permitió a la École articular una propuesta académica innovadora y conjugar creativamente la contradicción entre el polo profesional y el científico.

Boutmy compartía la típica función adscrita a la historia como disciplina que sirve para alejar al pensamiento político de los radicalismos abstractos, pero incidiendo también en otras consideraciones de carácter académico. Desde la perspectiva que expone en «Observations sur l'enseignement des sciences politiques et administratives», la historia, uno de los tres grupos de enseñanzas que formarían las ciencias políticas (junto a las ciencias administrativas y las económicas), «debe ser la parte preponderante» y «conviene que los otros grupos le tomen prestado, no precisamente su método sino su punto de vista y su marco» ya que este permite «mostrar cada ciencia en el orden vivo, en la interesante actividad de su desarrollo natural». Así, la historia permite una mejor comprensión de las ciencias políticas, pero también «constituir la unidad moral» que en un marco de formación de ciudadanos, políticos y administradores debe proceder de una «comunidad de inspiración», de «un elemento moral y sentimental» que el director de la École recomendaba buscar en la historia de Francia<sup>30</sup>. Boutmy que, en los años previos a la fundación de la ELSP ya había mostrado su alineamiento con el método histórico<sup>31</sup>, desarrolló mucho más a fondo su valoración positiva de los estudios históricos impelido por la contradicción *intrínseca* de la institución entre formación profesional y científica.

Siguiendo el compromiso fundacional de la institución de emprender un estudio de las cuestiones políticas «*contemporáneo por los temas*», los títulos de las asignaturas explícitamente históricas indicaban en la mayor parte de los casos un marco cronológico contemporáneo (con distintas terminologías: desde «la Révolution française», «1776», «1789», «Adam Smith», «Frédéric II»,

---

30 [«doit en être la partie prépondérante [...] convient que les autres groupes lui empruntent, non pas précisément sa méthode, mais son point de vue et son cadre [...] montrer chaque science dans l'ordre vivant dans l'intéressante activité de son développement naturel.»] [«constituer l'unité morale [...] communauté de l'inspiration [...] un élément moral et sentimental.»] BOUTMY, E., «Observations sur l'enseignement des sciences politiques et administratives», *Revue Internationale de l'Enseignement*, vol. 1, 1881, pp. 238 a 239.

31 En los archivos de la École (AHC, 1 SP 70) se pueden encontrar varios de los artículos de este periodo en los que valora críticamente las obras de Taine, Thomas Maculay o Jules Michelet, entre otros.

«le siècle dernier», «le Code Civil», etc.)<sup>32</sup>. A pesar, de algunas resistencias de un profesorado aun poco acostumbrado a unas enseñanzas que podían adquirir un tono excesivamente político y polémico, la École se mantuvo fiel a esta atención a los últimos desarrollos del conocimiento cuando estos eran útiles para la formación del *homme d'État*. El estudio de la historia contemporánea había llegado a la ELSP antes de que lo hiciese a las facultades de letras con un curso de historia moderna y contemporánea de impartido por Rambaud y con otro de historia de la Revolución Francesa encargado a Aulard a partir de 1881 y 1886 respectivamente (este último creado por la ciudad de París). Igualmente los *Annales de l'École libre des sciences politiques* precedieron a las publicaciones de los historiadores universitarios en la atención a las cuestiones contemporáneas desde una perspectiva histórica<sup>33</sup>.

En definitiva, la historia contemporánea de distintos objetos fue para la ELSP un punto de encuentro entre sus dos polos –el profesional y el científico–, de tal forma que legitimaba su posición en el campo de la enseñanza superior en Francia, muy competitivo por aquella época. Me centraré a continuación en el conflicto de la institución con los juristas universitarios por la competencia de la enseñanza de las «ciencias políticas» que permitió a Boutmy poner en valor este bagaje histórico de los cursos de la École y desarrollar con mayor profundidad sus reflexiones sobre los beneficios del marco histórico y sobre las divisiones disciplinares «naturales» y «científicas».

---

32 Se trata de las denominaciones del programa originario planteado por Boutmy y Vinet y, posteriormente, por Taine: BOUTMY, E.; VINET, E., *Projet d'une Faculté libre des sciences politiques*, cit., pp. 14 a 15; Taine, H., “Fondation de l'École libre des Sciences politiques” pp. 134 a 149.

33 RIDEL, C., *L'enseignement de l'histoire et les historiens de L'École Libre des Sciences Politiques (1871-1914)*, cit., pp. 87 a 96. Charles Ridel lleva a cabo un interesante estudio cuantitativo de los 751 artículos publicados en los *Annales* entre 1886 (año de fundación de la revista) y 1914 que muestra, claramente, la orientación contemporánea de las investigaciones realizadas en la École: de estos 751 solo 276 no tenían una dimensión temporal; entre los que sí la tenían un 90,2% se encuadraba en una cronología contemporánea y un 70,1% en la segunda mitad del siglo XIX (pp. 154 a 155). Habrá que esperar hasta que en 1890 la *Revue Historique* empezase a dedicar una mayor atención al periodo contemporáneo, ohasta que en 1899 se crease la *Revue d'histoire moderne et contemporaine* y la *Société* del mismo nombre. Sobre estos comienzos de los estudios de historia contemporánea en el campo universitario: GRÉARD, A., “Histoire et politique. La Revue historique face à l'histoire contemporaine (1885-1898)”, *Revue Historique*, vol. 255, 2 (518), 1976, pp. 353 a 505.

### III. ¿DÓNDE FORMAR AL *HOMME D'ÉTAT*? LOS ARGUMENTOS DE LA ELSP FRENTE A LAS FACULTADES DE DERECHO

En las últimas décadas del siglo XIX, la École –con Boutmy en primera línea– y las facultades de derecho –principalmente la de París– mantuvieron un conflicto público e intermitente ante la entrada paulatina en estas últimas de las ciencias políticas y del derecho público (etiquetas que se entrelazaban y confundían por momentos). Un conflicto en el que se disputaba la hegemonía en el campo de la enseñanza de esas disciplinas emergentes.

Para la institución se trataba de una cuestión de práctica supervivencia económica, por lo que Boutmy, hasta casi finales de siglo, dedicó la gran mayoría de sus escritos a la sustentación de argumentos que, a través de un discurso pretendidamente científico sobre las divisiones disciplinares, las jerarquías científicas y las necesidades pedagógicas para una adecuada preparación del *homme d'État*, buscaba legitimar las posiciones conquistadas por la École durante sus primeros años en la enseñanza de las plurales ciencias políticas y en la preparación para los concursos de la alta administración. Un discurso que, justamente, expresaba de forma creativa esa contradicción *intrínseca* a la que antes me refería.

Veamos brevemente, en un primer apartado, la cronología y el contexto de instituciones y espacios académicos donde este debate tenía lugar, para después, en los siguientes apartados, presentar la cuestión que realmente nos interesa: los argumentos que la ELSP desarrolló para defender sus posiciones.

#### 1. Breve contexto de un debate largo

La introducción profunda y amplia de las disciplinas de derecho público y de las ciencias políticas en las facultades se realizó entre finales de la década de 1870 y principios del siglo XX a través de varias reformas de las condiciones de acceso a los estudios jurídicos, de la licenciatura, del doctorado y de la agregación<sup>34</sup>. En apenas dos décadas la tradicional preponderancia del

---

34 Se trata de una cuestión que ha sido bien estudiada, principalmente (aunque solo para el caso parisino) por el excelente y exhaustivo estudio de Guillaume Richard, que ha trabajado con el material de archivo de la Facultad de París los debates y posicionamientos en su seno frente a las sucesivas reformas, así como el contenido de los nuevos cursos de derecho público RICHARD, G., *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, París (Thèse Université Paris Ouest Nanterre La Défense), 2013. También disponible en libro: RICHARD, G., *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième*



derecho privado y del positivismo jurídico en las facultades evolucionó hacia una convivencia con nuevas disciplinas y enfoques como el histórico o el comparado<sup>35</sup>.

Esta nueva conformación de los estudios jurídicos en las facultades fue seguida muy de cerca por Boutmy y otras figuras que le eran cercanas, con la pretensión de que los cambios no fuesen demasiado ambiciosos ni pusiesen en peligro el rol central de la École en la preparación de los concursos. Atendiendo a las fechas de las reformas emprendidas en los estudios jurídicos de las facultades, podemos situar tres momentos principales en el conflicto mencionado en los que se concentraron la gran mayoría de las intervenciones públicas de interés: un primer momento, alrededor de 1881, en el que la cuestión central planteada fue la de la posible nacionalización de la institución o, una de sus alternativas, la extensión de las ciencias políticas en la enseñanza de las facultades; un segundo momento, en 1889, impulsado por la profunda reforma de la licenciatura; y un último momento, más extendido en el tiempo (desde 1893 hasta 1896), en el que se plantearon las reformas del doctorado y de la agregación.

En otro orden de cosas, debe tenerse presente que el debate que se entabló entre representantes de las distintas instituciones no respondía a ningún tipo de deliberación ideal ya que estaba marcado por las lógicas internas de cada grupo, es decir, por la naturaleza autorreferencial de las distintas comuni-

---

*République*, París (Daloz), 2015. Para una breve síntesis del proceso: FAVRE, P., *Naisances de la science politique en France. 1870-1914*, cit., pp. 91 a 97. Sobre la emergente comunidad de profesores de derecho constitucional y el proceso de colaboración política que entablaron con las nuevas élites republicanas véase otro valioso trabajo de SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, París (Presses de Sciences Po), 2011. Por otra parte, los *décrets* y *arrêtés* relativos a estas reformas así como sus informes pertinentes se pueden consultar en BEAUCHAMP, A. M. de, *Recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur: comprenant les décisions de la jurisprudence et les avis des conseils de l'Instruction publique et du Conseil d'État* (7 volúmenes), París (Delalain) (volúmenes 3, 4 y 5 publicados en 1884, 1889 y 1898).

35 Sobre el positivismo jurídico decimonónico: HESPANHA, A. M., *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 195 a 199. Aunque, como es sabido, hay algo de mito en la concepción de un positivismo jurídico convencido y unívoco durante el siglo XIX. El mismo Antonio M. Hespanha así lo muestra para la «escuela de la exégesis»: HESPANHA, A. M., “Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos”, *Revista Forum*, vol. 2, 3, 2012, pp. 13 a 51.

dades académicas en disputa<sup>36</sup>. Por tanto, los argumentos utilizados estaban condicionados por las preocupaciones, las prácticas y los discursos internos de cada grupo. Sin embargo, esto no debe llevarnos a considerar que estaban dirigidos a un público propio ya que, ante una cuestión de trascendencia pública en la que las decisiones eran tomadas en último término por el poder político, los argumentos esgrimidos tendían a realizarse en términos universalistas: cada actor en el debate planteaba sus propuestas en aras del bien de la educación universitaria francesa<sup>37</sup>. Y aunque, efectivamente, se trataba de discursos con un objetivo estratégico, la intensidad del conflicto impulsó desarrollos novedosos bajo premisas pretendidamente científicas. Además, la idea *autorreferencial* tampoco debería exagerarse hasta llevarnos a considerar que se trataba de comunidades encerradas en sí mismas y sin conexiones entre ellas. Algunas realidades pueden esgrimirse al respecto de esto último

En primer lugar, en los espacios decisivos para la conformación de las reformas emprendidas coincidían figuras tanto de la ELSP como de las facultades de derecho (principalmente la de París). El principal espacio era la *Société de l'Enseignement supérieure* fundada en 1878, en cuya revista (la *Revue internationale de l'enseignement*) se recogieron la mayoría de las aportaciones más interesantes y desarrolladas sobre este debate. Entre sus fundadores se encontraban varias figuras de la École (profesores como Paul Janet, Alexandre Ribot, Edmond Dreyfus-Brisac y Boutmy, y administradores como Émile Beaussire, Taine y Édouard de Laboulaye) y figuras afines como Ernest Lavisse y Gabriel Monod, pero también uno de los profesores de la Facultad

---

36 Para una defensa de la aplicación de algunos elementos de las tesis luhmanianas traídas al estudio prosopográfico de los juristas: HESPANHA, A. M., “L'étude prosopographie des juristes: entre les «pratiques» et leurs «représentations»”, en Johannes-Michael Scholz (ed.) *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main (Vittorio Klostermann), 1992, pp. 93 a 101. Una de las obras de Luhmann que puede interesar en ese sentido es LUHMANN, N., *Social systems*, Stanford (Stanford University Press), 1995.

37 Al respecto, es útil atender a como conceptualiza Foucault la *individualización de formaciones discursivas* (como podrían ser en este caso, llevando la noción más allá de lo planteado por el autor, el discurso de los juristas y el de los profesores de la ELSP). Una de las vías para individualizar estos discursos provendría de una atención a sus *estrategias*, que están relacionadas con la *función* que cumplen en procesos que van más allá de ellos: en nuestro caso, el proceso sería la conformación de un campo de enseñanza superior que atendiese a las necesidades de un nuevo régimen democrático de formación política de sus élites y de la ciudadanía. Foucault, M., *L'archéologie du savoir*, cit., pp. 94 a 97.

más activos en la discusión de los argumentos de Boutmy, Claude Bufnoir<sup>38</sup>. Ciertamente esta *Société*, como se ha señalado<sup>39</sup>, mantenía estrechos lazos con la *École*, pero se trataba de una asociación dirigida a la discusión de cuestiones para la modernización de la enseñanza superior francesa, por lo que en su seno (revista, actividades, etc.) había un espacio importante también para posturas directamente contrarias a las del director de la ELSP.

En segundo lugar, la *École* y las facultades no eran comunidades ajenas ya que, más allá de la competencia que entablaron por el dominio de nuevos campos disciplinares, colaboraban y se complementaban. Así, profesores importantes de la Facultad de París impartían cursos al mismo tiempo en la ELSP<sup>40</sup>. También, este solapamiento se daba –y de una forma más intensa– a nivel del alumnado, que en su práctica totalidad provenía de los estudios jurídicos. La proporción de estudiantes que provenían de la licenciatura jurídica se situaba en torno al 90%. Un tándem informal de estudios en derecho y en la *École* que era promovido por la propia institución<sup>41</sup>. Esta evidente complementariedad de los estudios matiza el discurso celebratorio de la institución respecto de la formación de los concursos. Si bien es cierto que, entre los que

---

38 Además, entre sus miembros había numerosos profesores de derecho. Hay una lista detallada de los miembros (*bureau de la société, conseil*, miembros fundadores, donantes y adheridos a los grupos de cada ciudad) en “Liste des membres de la Société de l’Enseignement supérieur”, *Revue Internationale de l’Enseignement*, vol. 9, 1885, pp. 181 a 200. Sobre Bufnoir se puede atender a DESLANDRES, M., “M. Bufnoir”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, vol. 5, 9, 1898, pp. 554 a 570; HAKIM, N., “De l’esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIXe siècle. L’exemplarité de Claude Bufnoir”, *Droits*, vol. 47, 1, 2008, pp. 45 a 76.

39 LEVASSEUR, E., “Boutmy et l’Ecole”, *Annales des sciences politiques*, vol. 21, 1906, p. 169; VANNEUVILLE, R., *La référence anglaise à l’École libre des sciences politiques: la formation de «gentlemen» républicains (1871-1914)*, Grenoble (Thèse Université Pierre Mèndes-France / Institut d’Études Politiques de Grenoble), 1999, pp. 76 a 78. En distintos números de la *Revue Internationale de l’Enseignement* se encuentra información favorable referida a la ELSP.

40 Además de los profesores que eran agregados de la facultad, una proporción importante del profesorado de la *École* tenía estudios jurídicos y muchos de ellos eran doctores en derecho. La información de los cursos y de los profesores ha sido extraída de los anexos de VANNEUVILLE, R., *La référence anglaise à l’École libre des sciences politiques: la formation de «gentlemen» républicains (1871-1914)*, cit.

41 LAURENT, S., *L’École Libre des Sciences Politiques de 1871 à 1914*, París (Mémoire, Institut d’Études Politiques de Paris), 1991, p. 128; RICHARD, G., *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, cit., pp. 107 a 109.

superaban los concursos de la alta administración, el paso por la institución era mayoritario, este solía ir acompañado de unos estudios jurídicos previos<sup>42</sup>. En ese sentido, tanto la École como las facultades de derecho configuraban la formación fundamental para la preparación de estas pruebas. No solo entre el alto funcionariado los estudios jurídicos constituían una importantísima matriz, sino que también lo seguían siendo entre el personal político<sup>43</sup>.

En definitiva, el enfrentamiento por la hegemonía en la enseñanza de las emergentes ciencias políticas era una realidad que, sin embargo, no debe opacar una situación de colaboración y complementariedad entre ambos espacios de la enseñanza superior francesa. En todo caso, como hemos dicho, no son los pormenores de este enfrentamiento ni sus resultados lo que aquí nos interesa, sino las reflexiones que los representantes la ELSP desarrollaron para defender sus posiciones respecto de algunas cuestiones sustantivas. Un análisis de los trabajos planteados a propósito de la adscripción institucional más adecuada para las ciencias políticas muestra, si tomamos como referencia principal lo planteado por Boutmy y su entorno, cinco grupos de argumentos, sin duda entrelazados. Considero que estos planteamientos por su originalidad y por su relevancia para la configuración de los campos disciplinares en Francia merecen un análisis crítico<sup>44</sup>.

---

42 El trabajo que más ha hecho por desmontar el lugar común promovido en su tiempo por la ELSP y repetido posteriormente de forma banal por múltiples estudios es CARRÉ DE MALBERG, N., "Le recrutement des inspecteurs des finances de 1892 à 1946", *Vingt-tième Siècle. Revue d'histoire*, vol. 8, 1985, pp. 67 a 92.

43 Sobre esta preponderancia de los juristas entre las élites políticas CHARLE, C., *Les Élites de la République, 1880-1900*, cit., p. 408; y, sobre todo, GAUDEMET, Y.-H., *Les juristes et la vie politique de la IIIe République*, París (Presses Universitaires de France), 1970.

44 Existen ya algunas presentaciones con distintos enfoques de este debate o de los argumentos de la ELSP que inciden, en algunos casos, en elementos tratados con menos profundidad en este trabajo. Favre expone brevemente las posiciones de las facultades y de la ELSP, FAVRE, P., *Naissances de la science politique en France. 1870-1914*, cit., pp. 86 a 90. Richard presta especial atención a las dinámicas internas de la Facultad de Derecho de París: RICHARD, G., *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, cit. Por otra parte, Corinne Delmas incide atentamente en los efectos del enfoque histórico sobre la formación de las élites en la ELSP, pero sin prestar demasiada atención a los efectos sobre la conformación de disciplinas: DELMAS, C., "La place de l'enseignement historique dans la formation des élites politiques françaises à la fin du XIXe siècle: l'École libre des sciences politiques", *Politix*, vol. 9, 35, 1996, pp. 46 a 68.

## 2. Institución privada: espacio natural de una formación práctica (*versus* facultades públicas)

La ELSP enfatizaba en un primer momento los beneficios que, para los objetivos políticos de sus fundadores (escorados de una manera evidente hacia el liberalismo), suponía que la institución tuviese un carácter privado. Pasados los primeros años este argumento se reconfiguró ante el ascenso político de las nuevas élites republicanas despojándose de su contenido burgués y sustituyéndolo por el interés general de la sociedad francesa.

Para Boutmy, las facultades de derecho impedían el desarrollo de uno de los caracteres que la enseñanza de las «ciencias de Estado» debían revestir: un carácter práctico, es decir, de formación profesional. Su profesorado no estaba abierto —y no lo iba a estar en el futuro— a figuras ajenas a su seno, es decir, a aquellas que no hubiesen seguido los escalones de la licenciatura, el doctorado y la agregación de derecho. Las facultades excluirían así, no solo a profesionales de la administración, sino también a los expertos de aquellas disciplinas no jurídicas incluidas en las «ciencias de Estado»<sup>45</sup>. En un momento en el que la amenaza para la ELSP no provenía solo las facultades sino también de la posible fundación de una nueva *École d'Administration*, Boutmy censuraba esta última vía bajo la premisa de que seguiría el modelo del intento fallido de la II República y de la *École polytechnique*, del que construía una imagen algo estereotipada, subrayando sus desventajas para la enseñanza de las ciencias políticas: instituciones donde los estudiantes se aíslan durante dos años, con un límite de edad que excluye a los espíritus libres y que, al término de los estudios, realizan una clasificación profesional para toda la vida. En fin, una serie de características que empujaban a los estudiantes a dirigirse por el cálculo de coeficientes y no por un sano interés en la ciencia y en su formación. La alternativa a este anquilosamiento propio de las instituciones públicas sería una institución privada y abierta, como lo era su *École*, que fuese capaz de «aproximar y de mezclar una con otra todas las formas de la curiosidad científica, [...] ampliar en fin la vía y el horizonte de aquellos que serían tentados de complacerse con una actividad excesivamente especial»<sup>46</sup>.

45 BOUTMY, E., “Observations sur l’enseignement des sciences politiques et administratives”, cit., pp. 244 a 245.

46 [«rapprocher et de mêler l’une à l’autre toutes les formes de la curiosité scientifique, [...] d’élargir enfin la voie et l’horizon de ceux qui seraient tentés de se complaire dans une activité trop spéciale».] *Ibid.*, p. 247.

Este tipo de organización flexible permitiría también un seguimiento de las nuevas tendencias científicas y de los nuevos campos de estudio abiertos que se le abrían a unas ciencias políticas aun débiles en Francia. En ese sentido, las ideas de Gabriel Alix (fundador del *Institut Catholique de Paris* y profesor de la ELSP) expresadas en 1889 y repetidas en 1900 son instructivas:

«El espíritu de investigación descubre sin cesar un objeto, un aspecto nuevo, algún método novedoso. Junto a la ciencia hecha, hay otra más joven y más viva, que se busca y se prueba, la ciencia en vía de formación. Esto último es cierto sobretodo en el orden de las ciencias políticas, que se corresponden con las corrientes de ideas, con las necesidades variables de la sociedad, que siguen todos los movimientos y todas las incesantes modificaciones. [...] Solo la escuela libre está capacitada, creemos, para responder a estas exigencias. [...] Lo que le faltará principalmente a la escuela pública es el espíritu de iniciativa [...] indispensable para los programas que son constantemente puestos al día. Su reloj sonará siempre con retraso»<sup>47</sup>.

### **3. Ciencias políticas como amenaza para el carácter «científico» de las facultades de derecho**

Boutmy, en el rol de experto en cuestiones de enseñanza superior que adoptaba durante sus intervenciones en este debate, no dudó en realizar apreciaciones sobre la organización de las enseñanzas más favorable, también, a las facultades de derecho. De este modo, uno de sus alegatos recurrentes consistía en señalar el peligro que para una verdadera enseñanza científica en las facultades suponía la apertura a nuevas enseñanzas.

---

47 [«L'esprit d'investigation découvre sans cesse un objet, un aspect nouveau, quelque méthode nouvelle. A côté de la science faite, il en est une autre plus jeune et plus vive, qui se cherche et s'essaie, la science en voie de formation. Cela est vrai surtout dans l'ordre des sciences politiques, qui correspondent à des courants d'idées, aux besoins variables de la société, qui en suivent tous les mouvements et les incessantes modifications. [...] L'école libre est seule en mesure, croyons-nous, de répondre à ses exigences. [...] Ce qui manquera surtout à l'école publique, c'est l'esprit d'initiative [...] indispensable pour les programmes soient constamment tenus à jour. Son horloge sonnera toujours en retard».] ALIX, G., "De l'organisation et du rôle des sciences politiques. Rapport général fait aux Congrès des sciences politiques, 1900", *Annales des sciences politiques*, vol. 26, julio, 1901, pp. 415 a 416. En una línea similar se expresó BOUTMY, E., "Observations sur l'enseignement des sciences politiques et administratives", p. 248; "De la place des sciences économiques et sociales dans l'enseignement supérieur", *Annales de l'École libre des sciences politiques*, 1891, pp. 33 a 34. En el segundo caso recurriendo al ejemplo alemán y a su emulación en los Estados Unidos, frente a la rigidez universitaria de Francia, Italia o Bélgica.

Así, el director de la École evaluaba elogiosamente la función de los profesores de las facultades, pero les advertía contra la desnaturalización de su campo específico de estudio: «las Facultades ofrecen excelentes razones, por el interés de sus enseñanzas tradicionales, para conservar en el doctorado y en la agregación su carácter exclusiva y profundamente jurídico»<sup>48</sup>.

La tensión *enseñanza científica-formación práctica* que tanto recorrido había tenido, como hemos visto, en el seno de la institución, le llevaba aquí a considerar que las facultades, como instituciones de enseñanza superior *stricto sensu*, no podían abandonar sus obligaciones científicas<sup>49</sup>. Boutmy emplazaba en la enseñanza del derecho civil y romano la matriz científica de los estudios jurídicos, lo que le daba pie a oponerse en 1889 a la apertura de la licenciatura a los estudios de ciencias políticas y derecho público ya que, entre otras cosas, reduciría el estudio del derecho romano: «la parte más erudita de todo el sistema [...] una recopilación magistral de máximas y de fórmulas que componen el depósito más precioso del espíritu jurídico [...] el ejemplar más instructivo de un derecho vivo que ha sido transformado por la evolución lenta a través de los siglos»<sup>50</sup>. En similares términos, se pronunció en 1894 a propósito de la separación del doctorado para la creación de un nuevo título de ciencias políticas: «En suma, la división del doctorado en dos secciones, [...] tendrá como efecto la supresión de aquello que aún se mantiene como enseñanza propiamente superior en las Facultades de derecho [...]: los altos estudios de derecho privado y el estrecho, pero fuerte, método que les es propio»<sup>51</sup>.

48 [«Les Facultés donnent d'excellentes raisons, dans l'intérêt de leurs enseignements traditionnels, pour conserver au doctorat et à l'agrégation leur caractère exclusivement et profondément juridique.»] BOUTMY, E., "Lettre au directeur de la Revue sur l'institution d'une licence des sciences politiques et administratives", *Revue Internationale de l'Enseignement*, vol. 1, 1881, p. 454.

49 Ante la asamblea de la École se pronunciará en el mismo sentido: BOUTMY, E., *École Libre des Sciences Politiques. Rapport présenté à l'Assemblée Generale 22/2/1890*, París (Georges Chamerot), 1890, p. 16. (AHC, 1 SP 20 dr 1 sdr a).

50 [«la partie la plus savante de tout le système [...] un recueil magistral de maximes et de formules composant le plus précieux dépôt d'esprit juridique [...] l'exemplaire le plus instructif d'un droit vivant qui a été se transformant par évolution lente à travers les siècles.»] BOUTMY, E., *Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques*, cit., pp. 11 a 12.

51 [«En somme, la division du doctorat en deux sections [...] aura pour effet de supprimer ce qui reste encore d'enseignement proprement supérieur dans les Facultés de droit [...] des hautes études de droit privé, et par l'étroite mais forte méthode qui leur est propre.»] BOUTMY, E., "La Réforme des études de supérieures de droit", *Revue Bleue. Revue politique et*

Las «estrategias de universalización» aparecen de una forma especialmente nítida en estas últimas consideraciones sobre las facultades<sup>52</sup>. Aquí, Boutmy asume los «imperativos de universalidad cognitiva que imponen la negación de lo subjetivo, de lo personal, en beneficio de lo transpersonal y de lo objetivo; imperativos de universalidad ética que exigen la negación del egoísmo y del interés particular en favor del desinterés y de la generosidad»<sup>53</sup>.

#### 4. La utilización de las clasificaciones científicas

La definición de un campo de estudio exclusivo para las ciencias políticas en el seno de la ELSP, como hemos visto, no fue nítida ni definitiva en el periodo que nos interesa. Sin embargo, a propósito del conflicto con las facultades, Boutmy se acercaría a una definición del campo a través de una clasificación de las disciplinas que se superponían dentro de las ciencias políticas entendidas de forma extensiva.

Ya desde 1876 Boutmy percibía el recorrido que podrían tener las reflexiones sobre las clasificaciones científicas: «no hay nada [...] más fecundo y más digno de ser alentado que las especulaciones sobre los límites de las ciencias». Unos límites que, desde su punto de vista, estaban erróneamente dibujados en el sistema universitario existente<sup>54</sup>. Para este debate, la cuestión de las taxonomías del saber se perfiló de forma temprana como un importante campo de conflicto ya que, como recuerda Hespanha, «clasificar no consiste únicamente en dar nombres a objetos preexistentes para luego ordenarlos sin violar su esencia más íntima»<sup>55</sup>.

---

*littéraire*, Enero-Junio, 1894, p. 421. Se encuentran argumentos análogos a los de Boutmy en ALIX, G., “Les facultés de droit et l’enseignement des sciences politiques”, cit., p. 13.

52 BOURDIEU, P., *Méditations pascaliens*, París (Seuil), 2003, pp. 176 a 184.

53 [«impératifs d’universalité cognitive qui imposent la négation du subjectif, du personnel, au profit du transpersonnel et de l’objectif; impératifs d’universalité éthique qui demandent la négation de l’egoïsme et de l’intérêt particulier au profit du désintéressement et de la générosité».] *Ibid.*, p. 177.

54 [«rien [...] n’est plus fécond et plus digne d’être encouragé que les spéculations sur les limites des sciences».] BOUTMY, E., *Quelques observations sur la réforme de l’enseignement supérieur*, París (Germer Baillière) París, 1876, p. 26.

55 Se refiere en este caso a clasificaciones jurídicas de la actividad política, pero la reflexión es aplicable a las clasificaciones científicas. El siguiente pasaje enmarca bien las reflexiones de Boutmy: «una clasificación implica una división arbitraria de la realidad: constituye los objetos mismos de la clasificación. Más todavía: un sistema de clasificación



En 1881, respecto de la extensión de las ciencias políticas en la licenciatura de las facultades de derecho, Boutmy establecerá una triple división interna de lo que, en aquel momento, denominaba principalmente como «ciencias del Estado» (equivalente a las «ciencias políticas y administrativas») cuya característica principal sería: «que forman un orden definido de ciencias; son principalmente en su género una enciclopedia. Las materias más diferentes se encuentran en ese inmenso dominio que cubre todo aquello que las leyes y los tratados pueden reglar, todo aquello que el gobierno y la administración pueden alcanzar»<sup>56</sup>. Esta definición extensiva encajaba con la ambiciosa estrategia de una École que buscaba atraer hacia su seno campos de estudio emergentes y todo aquello que tuviese que ver con la formación del *homme d'État*.

Dentro de estas ciencias del Estado habría, para Boutmy, tres grupos principales: las ciencias históricas, las ciencias administrativas y las ciencias económicas. Las primeras debían ser la parte preponderante en el sentido de que los otros dos grupos, sin tener que asumir su método, sí debían asumir su marco, es decir, tenían que estudiarse con una perspectiva histórica<sup>57</sup>. Para el director de la ELSP, el fraccionamiento del conjunto científico de las ciencias del Estado sería desastroso, ya que estas necesitaban desarrollarse de forma coherente en un mismo espacio<sup>58</sup>.

Sería justamente este pernicioso fraccionamiento el que tendría lugar en las facultades, que solo podrían asumir el grupo administrativo de las ciencias del Estado. Boutmy dedicó en este artículo y en uno brevemente posterior un importante espacio a definir tanto las afinidades como las relaciones entre las distintas disciplinas que conformarían el conjunto de las ciencias del Estado, lo que le permitía mostrar como estas afinidades naturales serían destruidas con su asignación a las facultades de derecho<sup>59</sup>.

---

implica la previa elección de un determinado orden; es decir, implica una estrategia y una gnoseología. Lo que equivale a decir que vehicula también un sistema de valores.» HESPANHA, A. M., *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid (Centro de Estudios Políticos), 1993, p. 73.

56 [«qu'elles ne forment pas un ordre défini de sciences; elles sont plutôt dans leur genre une encyclopédie. Les matières les plus différentes se rencontrent dans cet immense domaine qui couvre tout ce que les lois et les traités peuvent régler, tout ce que le gouvernement et l'administration peuvent atteindre».] BOUTMY, E., "Observations sur l'enseignement des sciences politiques et administratives", cit., p. 237.

57 *Ibid.*, pp. 237 a 238.

58 *Ibid.*, pp. 242 a 243.

59 BOUTMY, E., "Lettre au directeur de la Revue sur l'institution d'une licence des sciences politiques et administratives", pp. 448 a 465.

Su lenguaje adoptaba en este punto una fraseología bélica para describir las intenciones de las facultades de derecho: «no se trata aquí de una modesta adición a realizar en un programa para completar y fortalecer la instrucción del jurista. Se trata de tomar abiertamente posesión de la provincia de las ciencias políticas y administrativas»<sup>60</sup>. Este rechazo al proyecto de apertura de la licenciatura de derecho entroncaba con los argumentos contrarios a un rol importante del Estado en la enseñanza de las ciencias políticas que, en este caso, oficializándolas, podría deformar la libre y natural evolución del emergente campo científico<sup>61</sup>.

Sin embargo, esta centralidad de la clasificación natural de las ciencias en la argumentación de Boutmy se disipó a finales de la década de 1880. Sin renegar completamente de la «cuestión teórica» de la *clasificación normal de las ciencias*, Boutmy afirmó que en ella buscaba simplemente cierta inspiración, pero que su «objetivo [era] llegar a una *distribución racional de los estudios*», en este caso, de los estudios políticos y jurídicos<sup>62</sup>, que debía atender a la situación actual de esa distribución y a la clasificación científica heredada para introducir en ellas las reformas posibles. Así, por ejemplo, el director de la École consideraba que los grupos científicos «político» y «jurídico», carentes de homogeneidad se solapaban respecto de gran parte de sus materias. En ese sentido, el derecho público se situaría en una posición de dependencia respecto de otras dos disciplinas, el derecho privado y la historia: la primera le había otorgado su vocabulario, mientras que la segunda permitía comprenderlo tanto científicamente como en su evolución futura<sup>63</sup>. Es decir, unas afinidades que, en aquel momento, serían favorables a una adscripción del derecho público a la historia con su correspondiente alejamiento paulatino de la doctrina privatista. De forma parecida se pronunciaba respecto de la economía política que suponiendo un buen complemento para el derecho civil se

---

60 [«Il n'est pas question ici d'une modeste addition à faire au programme pour compléter et fortifier l'instruction du juriste. Il s'agit de prendre ouvertement possession de la province des sciences politiques et administratives».] *Ibid.*, p. 454.

61 *Ibid.*, p. 457.

62 [«but est d'arriver à une *distribution rationnelle des études*».] (Las cursivas son mías). BOUTMY, E., *Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques*, cit., pp. 3 a 4. Hace una apreciación similar respecto de las ciencias económicas y sociales en BOUTMY, E., «De la place des sciences économiques et sociales dans l'enseignement supérieur», cit., pp. 31 a 32.

63 BOUTMY, E., *Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques*, cit., p. 17.

ve, sin embargo, perjudicada por su cercanía al método jurídico que impide su libre desenvolvimiento y, también, un acercamiento fructífero hacia disciplinas como la historia, la geografía, la estadística y la demografía<sup>64</sup>.

El equilibrio óptimo entre la normativa *clasificación normal de las ciencias* y la pragmática *ordenación racional de los estudios*, volverá a inclinarse hacia el primer polo en un artículo de 1894 en la *Revue Bleue* en el que, no hay duda, contradice lo dicho pocos años antes. La renovada reclamación de la clasificación *científica* de las ciencias, permitía a Boutmy criticar la división tradicional de «origen medieval» que seguiría presente en las facultades<sup>65</sup>. Estas contradicciones en su discurso no son radicales y se enmarcan en un espíritu relativamente coherente que recorre sus reflexiones al respecto durante dos décadas; sin embargo, también responden a la necesidad práctica de discutir los argumentos que los representantes de las facultades iban aportando y afrontar los nuevos desafíos que las reformas de los estudios de derecho suponían para su École.

## **5. La necesidad del método inductivo en las ciencias políticas (versus método deductivo de los juristas)**

Previamente analicé como en la ELSP se optó desde el principio por un alejamiento del método dogmático-filosófico en el estudio de las ciencias políticas. De forma análoga –indistinta incluso– se conformaba su rechazo del método jurídico basado en principios y apriorismos para el estudio del derecho público y de la economía política, es decir, de aquellas disciplinas que estaban penetrando en las facultades.

Boutmy atribuía a las facultades de derecho un método deductivo contraproducente para la enseñanza de las ciencias políticas. Un enfoque que, sin embargo, sí era el más adecuado para la formación del juez: «en un establecimiento del que salen nuestros futuros magistrados, el derecho no debe dejar de ser considerado como la razón escrita, y una educación fuerte y convencida, rica en máximas cerradas y precisas, debe proporcionar un apoyo sólido a la conciencia del juez»<sup>66</sup>. Boutmy articulaba así, al igual que lo había hecho

64 BOUTMY, E., “De la place des sciences économiques et sociales dans l’enseignement supérieur”, cit., pp. 27 a 29.

65 BOUTMY, E., “La Réforme des études de supérieures de droit”, cit., p. 423.

66 [«dans un établissement d’où sortent nos futurs magistrats, le droit ne doit pas cesser d’être considéré comme la raison écrite et qu’une éducation forte et croyante,

con la ELSP, su preocupación por el mantenimiento de las facultades como espacios científicos con su necesaria labor de preparación profesional del jurista. Esta preocupación por la rigurosidad científica en las ciencias políticas y en el derecho suponía que ambos campos tenían que trabajarse con métodos distintos:

«las ciencias del Estado, tomadas en su conjunto, tienen un método y un espíritu muy diferentes de aquellos que convienen para los estudios jurídicos y que reinan con justo título en las Facultades de derecho. Yo caracterizaría esa diferencia en una palabra: las ciencias jurídicas son esencialmente deductivas; las ciencias políticas son muy mayoritariamente experimentales e inductivas.»

Las facultades de derecho, legítimamente tomadas por el método deductivo, conformarían un espacio hostil para unas ciencias políticas que debían basarse en la observación y en la inducción<sup>67</sup>.

Lebon, en un artículo sobre el método histórico para el estudio del derecho constitucional de su maestro, Boutmy, profundizaría los argumentos. El derecho constitucional habría sido erróneamente adscrito a los juristas y no a los historiadores. Lebon desarrollaba esta idea a partir de una analogía con los estudios médicos: el método jurídico, estudiando las partes de las constituciones y clasificándolas, sería como la anatomía en medicina, mientras que el método histórico sería la fisiología que nos permite entender el característico movimiento vivo de las constituciones<sup>68</sup>. Ese enfoque histórico para

---

riche en maximes fermes et précises, doit fournir un appui solide à la conscience du juge».] BOUTMY, E., “Observations sur l’enseignement des sciences politiques et administratives”, cit., p. 243. Pierre Legrand recurre a Boutmy por su buena percepción del reduccionismo jurídico que considera que el derecho es solo la ley escrita. LEGRAND, P., “Comparer”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 48, 2 (abril-junio), 1996, pp. 287 a 288.

67 BOUTMY, E., “Lettre au directeur de la Revue sur l’institution d’une licence des sciences politiques et administratives”, cit., p. 453. Críticas similares a las facultades se encuentran en ALIX, G., “Les facultés de droit et l’enseignement des sciences politiques”, cit.; y por parte de Gabriel Monod en VV.AA., “Le meeting franco-écossais”, *Revue Internationale de l’Enseignement*, vol. 31, 1896, pp. 529 a 530.

68 LEBON, A., “Un historien constitutionnel: E. Boutmy”, *Revue Internationale de l’Enseignement*, vol. 15, 1888, p. 342. Boutmy había realizado en la *Académie des sciences morales et politiques* una intervención en el que argüía la debilidad –la práctica ausencia incluso– de los estudios de derecho constitucional en Francia durante el siglo XIX y proponía un enfoque multidisciplinar: estudio de los textos constitucionales, pero también

el estudio de las constituciones tuvo cierta influencia sobre los juristas de las facultades<sup>69</sup>.

En su justificación profesional del método de las facultades, Boutmy describió en 1889 la lógica jurídica que debían seguir el juez, el abogado o el consejero de Estado en sus funciones:

«En las tres hipótesis la operación es idéntica: se simplifica en primer lugar rápida y sumariamente la realidad; se compara después esa realidad recortada con un modelo exterior y superior que procede de un ideal fijo, aceptado, dispuesto previamente para esa confrontación. Un núcleo resistente, absoluto e incondicional sirve de punto de unión de un vigoroso campo de acción dialéctico que se distiende para atraer hacia sí las cosas; he ahí el mecanismo en perpetuo movimiento que la observación nos muestra en el cerebro del jurisconsulto. De ahí emanan la gravedad del juez, la potencia del abogado, la mano firme del sub-legislador»<sup>70</sup>.

Una lógica que difiere de la del *homme d'État* (me referiré a ello en breve) y cuya práctica estaba asegurada en las facultades de derecho, dominadas por un «grupo que hace piña en el mismo centro de todo el sistema»: «las diferentes ramas del derecho privado» que dominan al resto de ramas «por la antigüedad, la extensión, el número y el porte de los principios que las iluminan»<sup>71</sup>. La característica principal de este grupo dominante radicaría en

---

de normas de menor rango, de las prácticas constitucionales, de la historia política, de las consecuencias de la geografía, la psicología los pueblos y la economía sobre la organización de los poderes estatales, etc. BOUTMY, E., “Des précautions à prendre dans l'étude des constitutions étrangères”, *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, vol. 122, 1884, pp. 362 a 398, 484 a 504. Poco después publicaría el primero de sus trabajos sustantivos que se inscribían en esa línea: BOUTMY, E., *Le développement de la constitution et de la société en Angleterre*, París, Plon-Maresq Ainé, 1887.

69 SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, cit. (cap. 2, pp. 24 a 30).

70 [«Dans les trois hypothèses, l'opération est identique: on simplifie d'abord rapidement et sommairement la réalité; on compare ensuite cette réalité émondée à un modèle extérieur et supérieur qui n'en procède point, à un idéal fixe, accepté, disposé d'avance pour cette confrontation. Un noyau résistant d'absolu et d'inconditionnel servant de point d'attache à un vigoureux ressort dialectique, qui se détend pour saisir et ramener à lui les choses, voilà le mécanisme en perpétuel mouvement que l'observation nous découvre dans le cerveau du jurisconsulte. De là émanent la gravité du juge, la puissance de l'avocat, la sûreté de main du sous-législateur.»] BOUTMY, E., *Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques*, cit., p. 5.

71 [«groupe qui fait masse au centre même du tout le système [...] les différentes

su carácter codificado, propio del «genio» de los pueblos latinos cuyas «codificaciones eruditas han disminuido tempranamente la autoridad o el interés por el pasado, y han hecho triunfar la exégesis verbal y la apreciación práctica de una ley sobre la larga y flexible interpretación de los precedentes»<sup>72</sup>.

Para completar el cuadro, Boutmy y aquellos que defendían en este punto sus posturas, necesitaban mostrar que ni el derecho público ni la economía política eran estudios estrictamente jurídicos o afines en último término al método tradicional de los iusprivatistas. Si Lebon señalaba que el estudio del derecho constitucional estaba incompleto con la perspectiva *anatómica* jurídica, que debería ser completada por la perspectiva *fisiológica* de los historiadores, Alix señalaba que esta disciplina era, «no tanto un estudio del texto, sino un estudio del contexto político» y que el derecho administrativo más que una enseñanza jurídica, sería «el estudio de un organismo social» que si se reduce al comentario de las leyes puede ofrecer una idea errónea de la vida pública<sup>73</sup>. Además, para Boutmy, el derecho público era ajeno a la lógica de la sanción segura del derecho privado<sup>74</sup>.

En el caso de la economía política, no se trataba tanto de mostrar que no era una disciplina jurídica, algo que parecía no estar en discusión, como de señalar que su cercanía a los juristas le podía resultar pernicioso. Alix y Boutmy enfatizaron que se trataba de una disciplina que había dejado de ser deductiva y basada en principios, como en sus orígenes, para convertirse en una disciplina principalmente inductiva y cada vez más encaminada a relacionarse con disciplinas de ese tipo<sup>75</sup>. Si en la economía política se enunciaban principios, estos partían, a diferencia del método jurídico, de una observa-

---

branchés du droit privé [...] par l'ancienneté, l'étendue, la consistance, le nombre et la portée des principes qu'elles mettent en lumière».] *Ibid.*, pp. 7 a 8.

72 [«des codifications savantes ont de bonne heure diminué [...] l'autorité ou l'intérêt du passé, et fait triompher l'exégèse verbale et l'appréciation pratique d'une loi expresse sur la longue et souple interprétation des précédents».] BOUTMY, E., «De la place des sciences économiques et sociales dans l'enseignement supérieur», cit., p. 35.

73 [«moins une étude de texte que l'étude d'un milieu politique [...] l'étude d'un organisme social».] ALIX, G., «De l'organisation et du rôle des sciences politiques. Rapport général fait aux Congrès des sciences politiques, 1900», cit., pp. 411 a 412.

74 BOUTMY, E., *Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques*, cit., p. 16.

75 ALIX, G., «Les facultés de droit et l'enseignement des sciences politiques», cit., pp. 88 a 96; BOUTMY, E., «De la place des sciences économiques et sociales dans l'enseignement supérieur», cit., p. 23.

ción previa de la realidad<sup>76</sup>. Otra diferencia que dificultaba la convivencia de ambas disciplinas en un mismo espacio era su criterio definitorio: mientras que el derecho se conducía por el criterio de lo «justo», la economía política lo hacía por el criterio de lo «útil».

En definitiva, la estrategia de la ELSP se basaba en este punto en dos elementos estrechamente relacionados: caracterizar las ciencias políticas como disciplinas deductivas y construir una imagen de la enseñanza de las facultades de derecho que fuese incompatible con este método.

## 6. Identificar al político con el historiador para alejarlo del jurista

Hay un elemento argumentativo que, sin ser el último que cronológicamente Boutmy puso en liza, sí que coronaba su discurso en favor de unas ciencias políticas inductivas y con perspectiva histórica: la idea de que el estudio de la historia provee, más allá de los propios conocimientos, tanto de una actitud flexible como de una capacidad de ponderar intereses contrapuestos en situaciones complejas, dos cualidades básicas para el hombre político. Se trataba de un elemento en el que, de nuevo, Boutmy articulaba creativamente la *contradicción intrínseca* entre su proyecto científico y su proyecto de formación profesional a la que nos venimos refiriendo a lo largo de este trabajo. Boutmy extraía en este punto, en favor de su institución, el significado último y todas las posibilidades a esa *contradicción intrínseca* a las ciencias políticas tal como él las entendía.

La idea está extensamente desarrollada en *Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques* (1889), donde Boutmy dibujaba una hábil distinción entre las figuras del jurista y del político<sup>77</sup>. Ya atendimos a cuál era la lógica que, para Boutmy, debía asumir el profesional del derecho. Una explicación de esa lógica cuyo propósito es contraponerla con la lógica que debe seguir un diplomático, un ministro o un diputado, es decir, lo que aquí etiqueta indistintamente como hombre político u hombre de Estado:

<sup>76</sup> ALIX, G., “De l’organisation et du rôle des sciences politiques. Rapport général fait aux Congrès des sciences politiques, 1900”, cit., p. 411.

<sup>77</sup> Boutmy reconocía que estaba construyendo dos tipos ideales que no se encuentran de forma pura en la realidad. BOUTMY, E., *Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques*, cit., p. 18. Había enunciado brevemente esta función del estudio de la historia para el hombre de Estado unos años antes: BOUTMY, E., “Observations sur l’enseignement des sciences politiques et administratives”, cit., p. 239.

«Lo que ellos tienen que considerar no es un caso particular del que no retienen más que las condiciones puramente jurídicas, sino el total de una situación, compuesta de una suma considerable de hechos antiguos y nuevos, sociales, políticos, militares, económicos, etc., los cuales aportan la sola e imperfecta medida que se puede tener de un gran número de fuerzas materiales y morales en acción las unas al lado de las otras»<sup>78</sup>.

A diferencia del jurista, el hombre de Estado se mueve en un mundo sin un asidero claro en términos de principios con los que confrontar la realidad y, por tanto, sus conclusiones, al provenir de impresiones y del instinto, no serán definitivas.

Formulándolo nítidamente, el fundador de la ELSP sostiene que el jurista se guía por lo necesario y lo simple mientras que el hombre político lo hace por lo contingente y lo múltiple. Los reproches típicos al jurista por carecer de grandeza de espíritu y al político por carecer de principios y errar en opinión de Boutmy ya que, en cierta manera, así debe ser: el político debe ser pragmático para buscar el complejo «interés público» mientras que el jurista no puede dejar de creer en «lo absoluto» para que el edificio de la Justicia no se tambalee. Realizada esta clara distinción, el director de la École, con su habitual claridad expositiva, hila la cuestión de los perfiles profesionales con la cuestión de la organización de los estudios políticos y jurídicos señalando que cada figura necesita entornos propios para su preparación<sup>79</sup>.

Más allá de la importancia para la toma de decisiones políticas de las observaciones históricas de todo tipo (historia diplomática, parlamentaria, legislativa, industrial, comercial, financiera, militar, demográfica, etc.), la historia adquiere aquí un sentido educativo original que, afín a la tradicional consideración de su valor para suavizar las pasiones políticas, no se circunscribe a ello:

«Lo propio de la historia bien comprendida es mostrar la evidencia de la dependencia mutua de todos los elementos generales de una sociedad; de lo que se sigue que cada uno de sus elementos tiene su movimiento determinado, como en el sistema planetario, por las

---

78 [«Ce qu'ils ont à considérer, ce n'est pas un cas particulier dont ils ne retiennent que les conditions purement juridiques, c'est le *total* d'une situation, composée d'une somme considérable de *faits* anciens et nouveaux, sociaux, politiques, militaires, économiques, etc., lesquels donnent la seule et imparfaite mesure qu'on puisse avoir d'un grand nombre de *forces* matérielles et morales en action les unes à côté des autres».] BOUTMY, E., *Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques*, cit., p. 6.

79 *Ibid.*, p. 7.



atracciones y las repulsiones que los otros ejercen sobre ella, y que al aislarse del conjunto se expone a ignorar la ley de su gravitación o a ofrecer las explicaciones más decepcionantes»<sup>80</sup>.

El jurista, sin embargo, imbuido de un «*esprit de géométrie*» con el que ha desarrollado al máximo su «facultad dialéctica», había perdido este «*esprit de finesse*» propio del historiador y tan necesario para el político:

«La historia no conoce [principios] fijos ni eternos. [...] En ningún caso el historiador toma por punto de partida de sus razonamientos esos postulados absolutos o casi absolutos, respaldados o no por la roca sólida de un texto, y de los que se desciende por una pendiente única y bien regulada hasta una conclusión que comanda los hechos. Como el político, no tiene frente a él, para comenzar, más que un caos de eventos particulares que se suceden, de fuerzas en movimiento que se cruzan. Perdido entre tantos elementos concretos, no dispone de la fuerza expeditiva de la deducción para arrojar luz sobre ello e introducir un orden aparente: un hecho particular no puede servir de premisa mayor de un silogismo. Hace falta, primero, que induzca, es decir que extraiga laboriosamente, que cree de alguna manera él mismo las proposiciones generales que no le son dadas»

Un paralelismo entre el historiador y el político que Boutmy situaba también en una de las cualidades que los hacían valiosos a ambos perfiles: el instinto y la inspiración, la «parte divina» que corresponde a «los dones del hombre genial»<sup>81</sup>.

Si bien Boutmy estaba recuperando aquí una tradición de revalorización del estudio histórico respecto del jurídico para la formación de las élites polí-

---

80 [«Le propre de l'histoire bien comprise est de rendre sensible la dépendance mutuelle de tous les éléments généraux d'une société; d'où suit que chacun de ces éléments a son mouvement déterminé, comme dans le système planétaire, par les attractions ou les répulsions que les autres exercent sur lui, et, qu'à l'isoler de l'ensemble, on s'expose à ignorer la loi de sa gravitation ou à en donner les explications les plus décevantes».] *Ibid.*, p. 9.

81 [«L'histoire n'en connaît pas de fixes ni d'éternels. [...] En aucun cas, l'historien ne prend pour point de départ de ses démarches ces postulats absolus ou quasi absolus, étayés ou non par le roc solide d'un texte, et d'où l'on descend par une pente unique et bien réglée jusqu'à une conclusion qui commande aux faits. Comme le politique, il n'a devant lui, pour commencer, qu'un chaos d'événements particuliers qui se succèdent, de forces en mouvement qui se croisent. Perdu parmi tant d'éléments concrets, il n'a pas la ressource expéditive de la déduction pour y faire la lumière et y introduire un ordre apparent: un fait particulier ne peut pas servir de majeure à un syllogisme. Il faut que d'abord il induise, c'est-à-dire qu'il dégage laborieusement, qu'il crée en quelque sorte lui-même les propositions générales *qui ne lui sont pas données*».] [«la parte divina [...] les dons de l'homme de génie».] *Ibid.*, p. 10.

ticas que había recorrido todo el siglo XIX, la ágil articulación en su propuesta de reflexiones sobre la lógica política y la jurídica, sobre las características de la profesión del historiador y sobre la adscripción institucional más adecuada de las emergentes ciencias políticas en un contexto concreto de organización de la enseñanza superior francesa, convertían su propuesta en un conjunto original y efectivo en su discusión con los juristas de las facultades.

#### IV. CONCLUSIONES

Recapitaré brevemente lo dicho en este trabajo a la par que enunció algunas hipótesis sobre la impronta que estos procesos y argumentos pudieron tener en las configuraciones disciplinares del siglo XX.

En la fundación de la ELSP, proyecto que en 1871 institucionalizó la enseñanza de las ciencias políticas en Francia, convivía, por un lado, una pretensión de estudio científico (anti-dogmático, basado en la observación) y enciclopédico de todas aquellas materias relacionadas con la política y el gobierno (II.1) con, por otro lado, una motivación práctica: formar a las nuevas élites políticas y administrativas del país (II.2). Esta segunda pretensión derivó en que la institución se volcase en la preparación de los concursos que daban acceso a la alta administración del país. Algo que, sin embargo, no supuso un abandono de las motivaciones más puramente académicas. Así, la original defensa de un marco de historia contemporánea para el estudio de las plurales ciencias políticas condensaba esta *contradicción intrínseca* entre ciencia desinteresada y formación profesional (II.3).

El conflicto que tuvo lugar entre las facultades de derecho y la ELSP por el control de la enseñanza de las ciencias políticas y el derecho público (1880-1900; III.1) impulsó a esta última institución, a través principalmente de la figura de Boutmy, a desarrollar –en el marco de esa *contradicción intrínseca*– una serie de interesantes argumentos en favor de sus posiciones. En mayor o menor medida, todos ellos han seguido actuando desde entonces en la configuración de las disciplinas académicas francesas. No está al alcance de este trabajo determinar las características concretas y la profundidad de la huella de estas reflexiones en las ciencias políticas y el derecho constitucional del siglo XX en Francia, pero sí señalar algunas hipótesis al respecto.

En primer lugar, la École defendió que una institución privada era mucho más capaz que una pública para atender uno de los requerimientos de las ciencias políticas: su actualidad, es decir, la necesidad de adaptar continua-

mente su contenido a la evolución del campo político (III.2). Hoy, los *Institutes d'Études Politiques*, herederos parciales de la ELSP, siguen gozando de una autonomía mayor que las facultades lo que, en parte, se sigue explicando por esa necesaria adaptabilidad.

En segundo lugar, Boutmy incidió en el peligro que para el sólido método jurídico practicado en las facultades suponía la entrada de unas disciplinas alejadas de su eje iusprivatista (III.3); un argumento también en boga en la época por parte de los juristas contrarios a la apertura al derecho público y que, además, no suena muy diferente a algunos de los miedos intermitentes de los juristas –no solo de los franceses– durante el siglo XX.

En tercer lugar, la ELSP pretendió cobijar bajo el manto de las ciencias políticas a los estudios de economía política, de historia contemporánea y de derecho público, dibujando unos límites disciplinares que excluían su enseñanza por parte de las facultades de derecho (III.4). Esta visión de las ciencias políticas como ciencia *carrefour* marcó sus caracteres en Francia hasta después de la 2ª Guerra Mundial, cuando empezaron a desarrollarse estudios y enfoques más afines a lo que entenderíamos como «ciencia política moderna»<sup>82</sup>.

En cuarto lugar, la École rechazó utilizar un enfoque deductivo como el que, en opinión de Boutmy y su entorno, practicaban los juristas de las facultades, para el estudio de unas disciplinas que requerían, más bien, de la observación y la inducción características del método histórico (III.5). Este argumento tendría su eco y sus versiones entre los propios juristas. Además, no puede dejar de advertirse la naturaleza afín a estos planteamientos de la enseñanza del derecho constitucional practicado por la generación que empieza a despuntar en el ecuador de siglo, principalmente en los casos de Maurice Duverger y Georges Burdeau: un carácter cada vez más alejado del estudio positivo de las normas constitucionales y más atento a las instituciones políticas en una perspectiva comparada<sup>83</sup>.

---

82 FAVRE, P., “Histoire de la science politique”, en *Traité de science politique. Vol. 1. Science politique, science social. Ordre politique*, París (Presses Universitaires de France), 1985, pp. 35 a 41; MILET, M., “L'autonomisation d'une discipline. La création de l'agrégation de science politique en 1971”, *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, vol. 4, 1, 2001, pp. 95 a 116.

83 A propósito de la naturaleza ecléctica del derecho constitucional practicado durante la segunda mitad del siglo XX en Francia se podrían mentar un gran número de manuales de «Derecho constitucional e instituciones políticas» (o viceversa) que dedican solo una parte reducida al estudio de las normas constitucionales y otra mucho más consi-

En último lugar, Boutmy corona su argumentación con una idea ciertamente sugestiva: el *político* debe asemejarse más al *historiador* que afronta la comprensión de un magma de elementos contingentes de distinta naturaleza, ante los cuales no debe recurrir a principios absolutos sino a una actitud flexible que busque el equilibrio adecuado entre los intereses en liza, que al *jurista*, cuyo campo profesional (la aplicación del derecho) requiere de la creencia en máximas precisas y del recurso a silogismos (III.6). A ese respecto, parece que el planteamiento de Boutmy –al menos en lo referente al rechazo de unas élites políticas y administrativas formadas exclusivamente en materias jurídicas–, ha tenido su recorrido en Francia donde esas ciencias políticas *carrefour*, siendo relativamente débiles en el campo académico, se han configurado desde entonces como la vía clásica de acceso al poder político y administrativo. Unas élites en cuyo bagaje intelectual el derecho está presente, pero como una pieza más entre otras, alejándose, por ejemplo, del caso español.

En todo caso, como decimos, estas conclusiones más que cerrar un trabajo apuntan algunos temas a desarrollar sobre la posible impronta de estas reflexiones y debates de finales del siglo XIX sobre la configuración disciplinar de las ciencias políticas y el derecho público en el siglo XX. Aunque, mirándolo bien, quizás no habría que hablar tanto de la influencia de este periodo sobre los posteriores sino más bien comprenderlo como un momento en el que algunas de las tensiones y afinidades que siguen presentes en la relación entre

---

derable al estudio de la historia constitucional francesa, a la teoría del estado y al estudio comparado de las instituciones políticas. Podemos referirnos así a los continuamente reeditados manuales de esas dos figuras –Burdeau y Duverger– que conjugaban el estudio del derecho constitucional y de la ciencia política: BURDEAU, G., *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 7ª ed., París (Librairie générale de droit et de jurisprudence), 1969; DUVERGER, M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 13ª ed., París (Presses Universitaires de France), 1973. No será hasta finales de siglo cuando emergerá en Francia un estudio del derecho constitucional centrado principalmente en la presentación de la constitución como norma y el estudio positivo de la justicia constitucional, la división de poderes y los derechos fundamentales. En esa línea, la principal figura será Louis Favoreu, fundador de la *Revue de droit constitutionnel* en 1990. El manual dirigido por Favoreu marca explícitamente en su presentación y claramente en sus contenidos una ruptura nítida con los manuales previos de la disciplina: FAVOREU, L. (ed.), *Droit constitutionnel*, 2ª ed., París (Dalloz), 1999. En todo caso, lo que planteamos en esta nota es una panorámica muy simplificada de una evolución disciplinar más compleja y plural, que en este punto no nos interesa más que como hipótesis de las consecuencias que el periodo 1880-1900 pudo tener sobre la configuración posterior de las distintas disciplinas.

los estudios jurídicos y políticos (asumiendo que esto no son más que etiquetas convencionales) se expresaron de forma especialmente nítida, impulsadas por una reñida lucha por el dominio del campo académico y realizadas por un contexto en el que las fronteras disciplinares actuales aún no habían sido trazadas y donde, en consecuencia, se podían escuchar ideas que, aunque hoy en algunos casos suenen extravagantes, nos siguen interpelando bien por su franqueza o bien por su agudeza.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- “Liste des membres de la Société de l’Enseignement supérieur”, *Revue Internationale de l’Enseignement*, vol. 9, 1885, pp. 181-200.
- ALIX, G., “De l’organisation et du rôle des sciences politiques. Rapport général fait aux Congrès des sciences politiques, 1900”, *Annales des sciences politiques*, vol. 26, n.º julio, 1901, pp. 403-426.
- ALIX, G., “Les facultés de droit et l’enseignement des sciences politiques”, *Revue Internationale de l’Enseignement*, vol. 18, 1889, pp. 88-96.
- AUDREN, F., “Le «moment 1900» dans l’histoire de la science juridique française”, en Olivier Jouanjan, Élisabeth Zoller (eds.) *Le «moment 1900» des doctrines et pratiques juridiques*, París (Éditions Panthéon-Assas), 2015, pp. 55-74.
- AUDREN, F.; HALPÉRIN, J.-L., *La culture juridique française. Entre mythes et réalités, XIXè - XXè siècles*, París (CNRS Éditions), 2013.
- BEAUCHAMP, A. M. DE, *Recueil des lois et règlements sur l’enseignement supérieur: comprenant les décisions de la jurisprudence et les avis des conseils de l’Instruction publique et du Conseil d’État (volúmenes 3, 4 y 5)*, Delalain (París), 1884, 1889, 1898.
- BODIGUEL, J. L., “Political and administrative traditions and the french senior civil service”, *International Journal of Public Administration*, vol. 13, n.º 5, 1990, pp. 707-740.
- BOURDIEU, P., *Méditations pascaliens*, París (Seuil), 2003.
- BOUTMY, E., “De la place des sciences économiques et sociales dans l’enseignement supérieur”, *Annales de l’École libre des sciences politiques*, 1891, pp. 25-44.
- BOUTMY, E., “Des précautions à prendre dans l’étude des constitutions étrangères”, *Séances et travaux de l’Académie des sciences morales et politiques*, vol. 122, 1884, pp. 362-398, 484-504.
- BOUTMY, E., *Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques*, París (Armand Colin), 1889.
- BOUTMY, E., *École Libre des Sciences Politiques. Rapport présenté à l’Assemblée Generale 22-2-1890*, París (Georges Chamerot), 1890.
- BOUTMY, E., “La Réforme des études de supérieures de droit”, *Revue Bleue. Revue politique et littéraire*, n.º Enero-Junio, 1894, pp. 420-427.

- BOUTMY, E., *Le développement de la constitution et de la société en Angleterre*, Paris (Plon-Maresq Ainé), 1887.
- BOUTMY, E., “Lettre au directeur de la Revue sur l’institution d’une licence des sciences politiques et administratives”, *Revue Internationale de l’Enseignement*, vol. 1, 1881, pp. 448-465.
- BOUTMY, E., “Observations sur l’enseignement des sciences politiques et administratives”, *Revue Internationale de l’Enseignement*, vol. 1, 1881, pp. 237-249.
- BOUTMY, E., *Quelques observations sur la réforme de l’enseignement supérieur*, Paris (Germer Baillière), 1876.
- BOUTMY, E.; VINET, E., *Projet d’une Faculté libre des sciences politiques*, Paris (Adolphe Lainé), 1871.
- BOUTMY, E.; VINET, E., *Quelques idées sur la création d’une faculté libre d’enseignement supérieur*, Paris (Adolphe Lainé), 1871.
- BURDEAU, G., *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 7<sup>a</sup> ed., Paris (Librairie générale de droit et de jurisprudence), 1969.
- CARBONELL, C.-O., *Histoire et historiens. Une mutation idéologique des historiens français: 1865-1885*, Toulouse (Privat), 1976.
- CARRÉ DE MALBERG, N., “Le recrutement des inspecteurs des finances de 1892 à 1946”, *Vingtième Siècle. Revue d’histoire*, vol. 8, 1985, pp. 67-92.
- CHARLE, C., *Les Élités de la République, 1880-1900*, Paris (Fayard), 2006.
- DAMAMME, D., “Genèse sociale d’une institution scolaire: l’École libre des sciences politiques”, *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 70, n.º novembre, 1987, pp. 31-46.
- DAMAMME, D., *Histoire des sciences morales et politiques et de leur enseignement. Des lumières au scientifisme*, Paris (Thèse Université Paris I), 1982.
- DELMAS, C., “La place de l’enseignement historique dans la formation des élites politiques françaises à la fin du XIXe siècle: l’Ecole libre des sciences politiques”, *Politix*, vol. 9, n.º 35, 1996, pp. 43-68.
- DESLANDRES, M., “La crise de la science politique (IV). Le problème de la méthode. La méthode dogmatique.”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, vol. 15, n.º enero-junio, 1901, pp. 395-427.
- DESLANDRES, M., “M. Bufnoir”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, vol. 5, n.º 9, 1898, pp. 554-570.
- LE DIVELLEC, A., “La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique (1894-1914)”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, n.º 2, 2011, pp. 521-553.
- DUVERGER, M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 13<sup>a</sup> ed., Paris (Presses Universitaires de France), 1973.
- ELIAS, N., *La dynamique sociale de la conscience. Sociologie de la connaissance et des sciences*, Paris (La Découverte), 2016.
- FAVOREU, L., *Droit constitutionnel*, 2<sup>a</sup> (1998), Paris (Daloz), 1999.
- FAVRE, P., “Histoire de la science politique”, en Madeleine Grawitz, Jean Leca

- (eds.) *Traité de science politique. Vol. 1. Science politique, science social. Ordre politique*, Paris (Presses Universitaires de France), 1985.
- FAVRE, P., *Naissances de la science politique en France. 1870-1914*, Paris (Fayard), 1989.
- FOUCAULT, M., *L'archéologie du savoir*, Paris (Gallimard), 1969.
- FOVILLE, A. DE, "Notice historique sur la vie et les travaux de M. Émile-Gaston Boutmy", *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, vol. CLXXV, 1911, pp. 30-55.
- FURET, F., *L'atelier de l'histoire*, Paris (Flammarion), 1982.
- GAUDEMET, Y.-H., *Les juristes et la vie politique de la IIIe République*, Paris (Presses Universitaires de France), 1970.
- GRÉARD, A., "Histoire et politique. La Revue historique face à l'histoire contemporaine (1885-1898)", *Revue Historique*, vol. 255, n.º 2 (518), 1976, pp. 353-405.
- GUETARD, H., *Un réformiste libéral: Emile Boutmy (1835-1906)*, Paris (Thèse d'Histoire, Institut d'Etudes Politiques de Paris), 1991.
- HAKIM, N., "De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIXe siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir", *Droits*, vol. 47, n.º 1, 2008, pp. 45-76.
- HESPANHA, A. M., *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid (Tecnos), 2002.
- HESPANHA, A. M., "L'étude prosopographie des juristes: entre les «pratiques» et leurs «représentations»", en Johannes-Michael Scholz (ed.) *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main (Vittorio Klostermann), 1992, pp. 93-101.
- HESPANHA, A. M., *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid (Centro de Estudios Políticos), 1993.
- HESPANHA, A. M., "Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos", *Revista Forum*, vol. 2, n.º 3, 2012, pp. 13-51.
- IHL, O., "Les républiques du concours. L'identification du mérite bureaucratique en France et aux États-Unis", en Denis-Constant Martin (ed.) *L'identité en jeux*, Paris (Editions Karthala), 2010, pp. 157-175.
- KEYLOR, W. R., *Academy and community. The foundation of the French historical profession*, Harvard (Harvard University Press), 1975.
- KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Ciudad de México (Fondo de Cultura Económica), 1971.
- LARNAUDE, F., "Notre programme", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 1, 1894, pp. 1-14.
- LAURENT, S., *L'École Libre des Sciences Politiques de 1871 à 1914*, Paris (Mémoire, Institut d'Etudes Politiques de Paris), 1991.
- LEBLOND, F.; LEBLOND, R., *Emile Boutmy, le père de Sciences Po*, Paris (Anne Carrière), 2013.
- LEBON, A., "Un historien constitutionnel: E. Boutmy", *Revue Internationale de l'Enseignement*, vol. 15, 1888, pp. 337-361.

- LEGER, F., *Monsieur Taine*, Paris (Criterion), 1993.
- LEGRAND, P., “Comparer”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 48, n.º 2 (avril-juin), 1996, pp. 279-318.
- LEVASSEUR, E., “Boutmy et l’Ecole”, *Annales des sciences politiques*, vol. 21, 1906, pp. 141-179.
- LUHMANN, N., *Social systems*, Stanford (Stanford University Press), 1995.
- MILET, M., “L’autonomisation d’une discipline. La création de l’agrégation de science politique en 1971”, *Revue d’Histoire des Sciences Humaines*, vol. 4, n.º 1, 2001, pp. 95-116.
- NOIRIEL, G., “Naissance du métier d’historien”, *Genèses*, vol. 1, 1990, pp. 58-85.
- NORONHA-DIVANNA, I., *Writing History in the Third Republic*, Newcastle (Cambridge Scholars Publishing), 2010.
- OSBORNE, T. R., *A Grande École for the grands corps. The recruitment and training of the French administrative elite in the nineteenth century.*, Nueva York (Columbia University Press), 1983.
- RICHARD, G., *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Paris (Thèse Université Paris Ouest Nanterre La Défense), 2013.
- RICHARD, G., *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Paris (Daloz), 2015.
- RICHARD, N., *Hippolyte Taine. Histoire, psychologie, littérature*, Paris (Garnier), 2013.
- RIDEL, C., *L’enseignement de l’histoire et les historiens de L’Ecole Libre des Sciences Politiques (1871-1914)*, Paris (Mémoire du DEA, École des Hautes Études en Sciences Sociales), 1996.
- SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l’État en France (1870-1914)*, Paris (Presses de Sciences Po), 2011.
- TAINÉ, H., “Fondation de l’Ecole libre des Sciences politiques”, en *Derniers essais de critique et d’histoire*, 3ª, Paris (Hachette), 1903, pp. 134-149.
- THUILLIER, G., *L’ENA avant l’ENA*, Paris (Presses Universitaires de France), 1983.
- VANNEUVILLE, R., *La référence anglaise à l’École libre des sciences politiques: la formation de «gentlemen» républicains (1871-1914)*, Grenoble (Thèse Université Pierre Mèndes-France / Institut d’Études Politiques de Grenoble), 1999.
- VV.AA., “Le meeting franco-écossais”, *Revue Internationale de l’Enseignement*, vol. 31, 1896, pp. 513-546.
- WEISZ, G., *The emergence of Modern Universities in France, 1863-1914*, (Princeton Princeton University Press), 1983.



**Archivos:**

*Archives d'Histoire Contemporaine* (Centre d'Histoire de Sciences Po; 56 Rue Jacob, 75006 París, Francia):

1 SP (École libre des sciences politiques, 1872-1945)



# O CASAMENTO NA LEGISLAÇÃO DE 1910 EM PORTUGAL. A MUDANÇA DE PARADIGMA NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Míriam Afonso Brigas<sup>1</sup>

**Resumo:** A implantação da República em 1910 provocou alterações significativas na legislação produzida em Portugal, nomeadamente em matéria jurídico-familiar. A progressiva laicização do Estado, consequência da influência das correntes positivistas herdadas do século XIX, teve efeitos no direito criado no século XX, sendo a família objecto de atenção do legislador, como se verifica com as Leis de 25 de Dezembro de 1910, relativas ao Casamento como Contrato Civil e à Protecção dos Filhos. Incidiremos a nossa apresentação na *Lei do Casamento como Contrato Civil*, considerando os aspectos inovadores trazidos por este diploma ao regular o casamento como um contrato de direito privado, afastando a vertente pública presente na legislação produzida nos séculos anteriores. Neste sentido, o diploma introduz um novo paradigma nas relações conjugais, procurando a igualização entre os cônjuges, objectivo pontualmente alcançado em matéria de administração de bens e ao nível do regime aplicável na separação. A influência do processo de secularização do casamento será igualmente destacada.

**Palavras-Chave:** Casamento; Direito da Família; República, Portugal.

**Abstract:** The implantation of the Republic in 1910 caused significant changes in the Portuguese legislation, in particular in legal and family matters. The progressive laicization of the State, as a consequence of the influence of the positivist currents inherited from the nineteenth century, had effects in the law created in the twentieth century, the family being the object of attention of the legislator, as is verified in the Laws of December 25, 1910, *Marriage as Civil Contract* and the Law of the Protection of Children. I will focus on the Marriage Law as a *Civil Contract*, considering the innovative aspects brought by this law by regulating marriage as a private law contract, removing the public aspect present in legislation produced in previous centuries. In this sense, the diploma introduces a new paradigm in the marital relations, seeking the equalization between the spouses, objective punctually achieved in matters of administration of goods and the level of the regime applicable in the separation. The influence of the process of secularization on marriage will also be analyzed.

**Key-Words:** Marriage; Family Law; Republic; Portugal.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO AO TEMA. II – O CÓDIGO CIVIL DE 1867 EM PARTICULAR. III. A LEGISLAÇÃO DE 1910. O DECRETO DE 31 DE DEZEMBRO DE 1910 E A CONSOLIDAÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA DAS RELAÇÕES FAMILIARES; IV. CONCLUSÃO; V. FONTES E BIBLIOGRAFIA.

---

<sup>1</sup> Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação em Teoria e História do Direito da Universidade de Lisboa. E-mail miriambrigas@fd.ul.pt

## I. INTRODUÇÃO AO TEMA

O presente texto analisa a evolução do casamento enquanto instituição jurídica, procurando demonstrar como a implantação da República, em Portugal, em 1910, alterou o paradigma então vigente acerca daquela instituição. As recentes alterações legislativas ocorridas nas matérias familiares promoveram, ainda que pontualmente e de forma limitada, a discussão em torno dos antecedentes históricos do casamento. Reporto-me à temática do casamento entre pessoas do mesmo sexo e ao exercício das responsabilidades parentais, resultante de um novo entendimento da união assente no casamento ou fora dele.

O conhecimento actual da vida familiar e da história do direito da família assenta no casamento, ainda que não se esgote nesta instituição, sendo da sua articulação com o exercício do poder paternal e dos modos de constituição da filiação que esta análise se completa. Analisaremos, neste estudo, a legislação produzida em 1910, por representar uma alteração significativa do paradigma do casamento, pelo menos, atendendo à caracterização presente no Código Civil português de 1867<sup>2</sup>. O contributo da jurisprudência produzida após a publicação do código será igualmente objecto de atenção, devido à importância de certas decisões para a densificação de vários conceitos jurídico-familiares. As leis da família de 1910 espelham, aliás, esta relevância, continuada na jurisprudência.

Percorrendo alguns manuais de direito da família do século XXI<sup>3</sup>, em Portugal, verificamos que o casamento continua a ocupar parte importante das matérias familiares, embora se tenha de reconhecer a desvalorização ocorrida nos últimos anos a esta instituição como modelo fundador da vida familiar<sup>4</sup>. O direito das crianças e a filiação ganharam dimensão autónoma pelo reco-

---

2 Cfr. *Código Civil Portuguez aprovado por Carta de Lei de 1 de julho de 1867*, Lisboa (Livraria Avelar Machado), 1925, p. 236 e ss, artigos 1056.<sup>o</sup> a 1239.<sup>o</sup>.

3 Cfr. OLIVEIRA, G./PEREIRA COELHO, F., *Curso de Direito da Família, Introdução e Direito Matrimonial*, volume I, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra (Imprensa da Universidade de Coimbra) 2016; CAPELO DE SOUSA/ANTUNES VARELA, J., volume I, *Direito da Família*, Coimbra (Petrony), 1999; LEITE CAMPOS, D./MARTINEZ DE CAMPOS, M., *Lições de Direito da Família*, Coimbra (Almedina), 2017; DUARTE PINHEIRO, J., *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.<sup>a</sup> edição, Lisboa (Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa), 2018; SILVA PEREIRA, M., *Direito da Família*, 2.<sup>a</sup> edição revista e actualizada, Lisboa (Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa), 2018.

4 Como é destacado, de forma crítica, por LOBO XAVIER, R., *Ensinar Direito da Família*, Porto (Publicações Universidade Católica), 2008, pp. 60 e ss.

nhecimento legal da família independentemente do acto de casamento<sup>5</sup>. Diferentemente ocorria no antigo regime, quando o direito canónico regulava a matéria matrimonial, como se comprova da leitura das determinações tridentinas, aplicáveis em Portugal, referidas por Marcelo Caetano na *Recepção e Execução dos Decretos do Concílio de Trento*, em 1965. As questões relacionadas com a validade dos casamentos clandestinos e a nulidade dos matrimónios foram alguns dos temas abordados nesta reunião, cujos princípios foram aplicáveis em Portugal na sequência da confirmação das deliberações tridentinas pela *Bula Benedictus Deus*<sup>6</sup>.

O conceito de casamento resultou também dos contributos fornecidos pelo direito natural, pela teologia e pelos manuais de catecismo e de confessores, assim como dos antecedentes romanos, justinianeus e visigóticos<sup>7</sup>. Recordo, nomeadamente, a dogmática elaborada a propósito dos *estados de perfeição*, na qual se discutia a superioridade do celibato face ao casamento, atendendo ao bem superior que estava em causa<sup>8</sup>.

Os estudos existentes em Portugal sobre as matérias relacionadas com o casamento reportam-se, essencialmente, ao período medieval, incidindo sobre os antecedentes romano-germânicos, bem como sobre a influência canónica. É o caso dos trabalhos de Paulo Merêa<sup>9</sup>, incontornáveis para a história

---

5 Como se constata pela análise efectuada por vários dos autores mencionados na nota 3, onde encontramos, nas versões mais recentes das suas obras, uma alteração na abordagem às matérias de direito da família. Reporto-me, concretamente, ao manual do Professor Guilherme de Oliveira e do Professor Leite de Campos.

6 Relativamente à matéria dos decretos tridentinos e à questão da sua aplicação em Portugal, a bibliografia é extensíssima. Destacamos, a este respeito, para a realidade nacional, DE CASTRO, Pde. J., *Portugal no Concílio de Trento*, Lisboa (Tipografia da União Gráfica) 1944-46; ESPINOSA GOMES DA SILVA, N. *História do Casamento em Portugal, um esboço* (Universidade Católica Portuguesa), 2013, pp. 91-98, e a obra citada no texto, CAETANO, M., publicada na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, volume 19 (1965), pp. 7-87. Contextualizando a importância do Concílio de Trento para além da realidade nacional, ver VAZ DE CARVALHO, J., “O Concílio de Trento”, in *Brotéria*, volume 176, n.ºs 5 e 6 (2013), pp. 498-512.

7 Cfr. para este efeito, AFONSO BRIGAS, M. *As relações de poder na construção do Direito da Família português (1750-1910)*, Lisboa (Lisbon Law Editions, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa), 2016, pp. 57 a 97.

8 Cfr. FLANDRIN, J-L., “La vie sexuelle dans gens mariés dans l’ancienne société: de la doctrine de l’Église à la réalité des comportements”, in *Communications, Sexualités occidentales*, 35 (1982), pp. 103.

9 Cfr. MERÊA, P., *Evolução dos regimes matrimoniais*, 2 volumes, Coimbra (Impren-

do direito português. Igualmente Nuno Espinosa Gomes da Silva se referiu à instituição familiar<sup>10</sup> e à sua relevância no direito português, analisando o casamento, em particular. Aquando da elaboração do primeiro Código Civil português, Alexandre Herculano elaborou, a partir de folhetos publicados de forma avulsa no *Jornal do Commercio*, os *Estudos sobre o casamento civil*, onde analisa esta instituição, procurando justificar a sua existência<sup>11</sup>. Verifica-se, no entanto, que os estudos histórico-jurídicos são desenvolvidos normalmente por estudiosos conhecedores das fontes e dos métodos de investigação, cujo objecto de estudo se centra numa instituição jurídica em concreto ou na identificação de determinado regime jurídico. Fora da investigação histórico-jurídica, encontramos a análise dos antecedentes históricos como um estudo de natureza complementar face à matéria principal, objeto de atenção em especial. Na produção internacional, existem influências significativas na definição do sistema familiar vigente em Portugal. Também François Lebrun<sup>12</sup>, Jacques Le Goff<sup>13</sup>, Elisabeth Badinter<sup>14</sup>, Edward Shorter<sup>15</sup> e Jean-Clau-

---

sa da Universidade), 1913; *Condição jurídica dos filhos ilegítimos: estudos de legislação comparada*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1922; *Estudos de direito visigótico*, Acta Universitatis Conimbricensis, Coimbra (Universidade de Coimbra), 1948; *Estudos de direito hispânico medieval*, Acta Universitatis Conimbricensis, Volumes 1 e 2, Coimbra (Universidade de Coimbra), 1952 e 1953; *Para o esclarecimento de duas questões : registo de casamentos no reinado de D. Afonso IV?-Antiguidade dos registos paroquiais portugueses*, separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 35, Coimbra (Coimbra Editora), 1960.

10 Ver, a este respeito, ESPINOSA GOMES DA SILVA, N., *História do Direito Português, Apontamentos das lições proferidas no ano lectivo de 1969-1970*, Lisboa (Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa), 1969. Ver, em especial, pp. 449-578.

11 Para maiores desenvolvimentos sobre este tema ver RODRIGUES, S., *A Polémica sobre o casamento civil (1865-1867)*, Lisboa (Instituto Nacional de Investigação Científica), 1987, p. 159 e ss.

12 *A vida conjugal no Antigo Regime*, tradução de M. Carolina Queiroga Ramos N., “Colecção Prisma”, Lisboa (Edições Rolim), s.d. e do mesmo autor “Naissances illégitimes et abandons d’enfants en Anjou au XVIIIe siècle”, in *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 27e année, n.ºs 4-5 (1972), pp. 1183-1189.

13 *Em busca da Idade Média*, tradução de Telma Costa, Lisboa (Edições Teorema), 2004.

14 *O amor incerto, História do amor maternal do século XVII ao século XX*, tradução de Miguel Serras Pereira, Lisboa (Colecção Antropos), 1980.

15 *A formação da família moderna*, tradução de Teresa Pérez, Lisboa (Terramar), 1995.

de Bologne<sup>16</sup>, entre muitos outros, se dedicaram, com particular interesse, ao tratamento destes temas.

Recentemente, em Portugal, através da Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, que permitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, e da Lei n.º 2/2016, de 29 de Fevereiro, que elimina as discriminações no acesso à adopção, é possível constatar como o casamento deixou de ser a instituição primordial da vida familiar, passando a analisar-se a realidade familiar independentemente de casamento celebrado<sup>17</sup>. As alterações ocorridas no tratamento da família centram-se na própria definição de casamento e no culminar do processo de secularização do casamento. Portugal introduziu, assim, alterações relevantes nos regimes familiares, com efeitos na construção jurídico-familiar aplicável, embora nem sempre de forma harmoniosa<sup>18</sup>.

## II. O CÓDIGO CIVIL DE 1867 EM PARTICULAR

Faremos uma breve referência ao regime jurídico previsto no Código Civil de 1867, por constituir a base sobre a qual a legislação republicana da família irá alicerçar a construção do casamento como contrato civil. O Código Civil de 1867 faz referência, em matéria de casamento, à natureza contratual desta instituição, bem como à questão da legitimidade e aos modos de constituição da família. Partindo do reconhecimento de um conjunto de direitos naturais

---

16 *História do casamento no Ocidente*, tradução de Isabel Cardeal, Lisboa (Temas & Debates), 1999.

17 Vários estudos de natureza sociológica têm sido produzidos com relevância para as alterações ocorridas nos regimes jurídicos do casamento. Refiro, a este propósito, os trabalhos de Anália Torres, pioneira no tratamento das matérias relacionadas com a estrutura familiar. Ver, com interesse, *Casamento em Portugal: uma análise sociológica*, Oeiras (Celta Editora), 2002; *Sociologia do casamento: a família e a questão feminina*, Oeiras (Celta Editora), 2001; *Divórcio em Portugal, ditos e interditos: uma análise sociológica*, Oeiras (Celta Editora), 1996; *Famílias em mudança: configurações, valores e processos de recomposição*, Oeiras (Celta Editora), 2007 (obra em que é co-autora juntamente com Maria das Dores Guerreiro, Cristina Lobo). De referir, ainda, os importantes contributos para esta área de investigação, de MACHADO PAIS, J., “Família, sexualidade e religião”, in *Análise Social*, n.º 86 (1985), pp. 345-388; FERREIRA DA SILVA, A., *Propriedade, família e trabalho no “Histerland” de Lisboa (Oeiras) 1738-1811*, Tese de Mestrado, Lisboa (Universidade Nova), 1991 e NUNES DE ALMEIDA, A., “Entre o dizer e o fazer: a construção de uma identidade feminina”, in *Análise Social*, n.ºs 92-93 (1986), pp. 493-520, associando sexualidade, fecundidade e violência familiar nas relações conjugais.

18 Como é, aliás, destacado por vários estudiosos destas matérias.

prévios, estabelece-se que compete ao Estado a sua efectivação. Nos dicionários da época, como Moraes da Silva, encontramos a referência ao acto de casamento, identificando-o com o matrimónio e com a ideia de vínculo<sup>19</sup>. A ideia dominante centra-se no casamento acto. O Código Civil de 1867 integra o casamento no Capítulo I do Título II do Livro II, sob a epígrafe, *Dos Direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente*<sup>20</sup>. Recordemos que o código estava dividido em três partes, sendo a matéria do casamento inserida na Parte II na *aquisição de direitos*. A sistematização do código, influenciada pelo individualismo, identifica um conjunto de direitos naturais prévios. Neste sentido, o aparelho político-constitucional não contribui especificamente para a formação desses direitos, devendo, no entanto, dignificar a sua existência.

O artigo 1056.º do Código Civil de 1867 estabelecia a noção de casamento:

«O casamento é um contrato perpétuo feito entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família»<sup>21</sup>.

Borges Carneiro, no século XIX, associa a ideia de contrato à união entre um homem e uma mulher, existindo livre consentimento dos contraentes e capacidade jurídica<sup>22</sup>. Correia Telles refere-se ao casamento como o vínculo fundador da família<sup>23</sup>. Nos vários projectos de código civil<sup>24</sup>, apresentados pelo autor do

---

19 MORAES DA SILVA, A., *Diccionario de língua portugueza, recopilado dos vocabulários impressos ate agora e nesta segunda edição novamente emendado e muito acrescentado, 7ª edição melhorada, e muito accrescentada com grande numero de termos novos usados no Brasil e no portuguez da India*. Lisboa (Typografia de Joaquim Germano de Souza Neves), 1877-1878, p. 45.

20 Cfr. *Código Civil portuguez aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867*, ob. cit., p. 151.

21 Idem, p. 236.

22 BORGES CARNEIRO, M., *Direito Civil de Portugal contendo tres livros: I das pessoas: II das cousas: III das obrigações e acções*, Tomo I, Lisboa (Impressão Régia), 1828, p. 48.

23 Cfr. CORRÊA TELLES, J., *Digesto Portuguez ou Tractado dos Direitos e Origações Civis relativos ás pessoas de uma família portuguesa para servir de subsidio ao novo código civil*, Tomo II, quinta edição, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1860, p. 78.

24 De salientar que António Luiz de Seabra redigiu quatro projectos de código civil, respectivamente em 1857, 1858, 1863 e 1865. Para maiores desenvolvimentos, ver AFONSO BRIGAS, M., *As relações de poder na construção do Direito da Família português (1750-1910)*, ob. cit., pp. 582 e ss.



código, estava já presente a noção de contrato, definindo-se o casamento como um “contrato de direito natural e civil que a lei da Igreja abençoa e santifica”<sup>25</sup>, sendo apenas com a intervenção da comissão revisora que ocorre a alteração próxima da versão que veio a ser positivada no código. Seabra discorda da versão reformulada, afirmando ser contra o disposto no artigo 6.º da Constituição de 1822, pela prevalência da versão secular do casamento. Recordemos que no projecto apresentado em 1858 Seabra separava no casamento o sacramento do contrato, sendo da competência da Igreja definir e regular as condições e efeitos espirituais daquele, e da lei civil averiguar as condições e efeitos temporais deste (artigos 1113.º e 1114.º)<sup>26</sup>. As razões da discordância do autor do Código são expressas em declaração registada em acta de Maio de 1864:

«Declaro que na presença da carta e das leis políticas vigentes, que regulam as relações do estado com a igreja catholica, não posso votar pela secularização absoluta do contracto de casamento nos termos em que se acha estabelecida nas emendas da comissão, e mantenho e manterei os princípios consignados nos artigos 1115.º e 1125.º do meu projecto, que em summa se reduzem a esta regra catholicum, catholicis; acatholicum, acatholicis»<sup>27</sup>.

O conceito de casamento que veio a ser positivado gerou controvérsia na doutrina da época, particularmente na posição clerical, o que justificou as várias exposições de membros da Igreja, com o objectivo de promover a alteração dos preceitos civis<sup>28</sup>. Neste sentido, se manifestou o Arcebispo de Braga, em 1866:

«Admittir como Lei do Estado o Casamento Civil alem de profanação e postergação de um Sacramento comprehendido entre os artigos da Fé Catholica, n’um paiz que a professa, seria multiplicar as apostasias, sancionar os incestos, fomentar os concubinatos, introduzir a poligamia, a incerteza da paternidade, a justa e natural autoridade dos direitos paternos, a incerteza das sucessões, a facilidade dos divórcios, a corrupção dos costumes, o escândalo á moral publica, e a inquietação das consciências por tão abnóxia e antica-

25 LUIZ DE SEABRA, A., *Projecto de Codigo Civil Portuguez*, Lisboa (Imprensa Nacional), 1857, p. 235.

26 LUIZ DE SEABRA, A., *Projecto de Codigo Civil Portuguez*, Lisboa (Imprensa Nacional), 1858, p. 277.

27 LUIZ DE SEABRA, A., *Codigo Civil Portuguez. Projecto redigido por Antonio Luiz de Seabra e examinado pela respectiva Commissão Revisora*, 2.ª edição, Lisboa (Impressão Régia), 1864, p. 255.

28 Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão, ver RODRIGUES, S., *A Polémica sobre o casamento civil (1865-1867)*, ob. cit., pp. 187 e ss.

*nónica tentativa jamais insinuada na Legislação destes Reinos, como em toda a luz tem sido demonstrado por jurisconsultos de superior competência»<sup>29</sup>.*

A polémica gerada aquando da elaboração do Código Civil de 1867 tem de ser perspectivada num âmbito mais amplo, relacionada com o próprio processo de secularização do casamento, decorrente da perda progressiva de poder por parte da autoridade eclesiástica sobre esta instituição, nomeadamente em matéria de jurisdição. Ainda que, na génese deste processo de secularização, não estivesse presente como principal elemento, a dicotomia poder temporal/poder espiritual, a verdade é que, no caso português, esta contraposição estava evidente em 1867, sendo notória em 1910. O pensamento de Fernando Catroga a este respeito será, aliás, destacado mais à frente<sup>30</sup>. A influência do processo revolucionário francês, materializado no *Code Civil* de 1804, não pode também ser ignorada, uma vez que se reconhecia neste diploma o casamento como acto civil, com o regime jurídico respectivo<sup>31</sup>. Suzanne Desan analisa o casamento como uma instituição prevista no Código Civil francês, cujos propósitos eram o resultado do compromisso assumido entre a vontade individual dos sujeitos, manifestada no livre consentimento, com os interesses de ordem pública<sup>32</sup>. Recordemos que o Código Civil de 1867 admitiu a existência de um casamento católico, celebrado de acordo com a forma estabelecida pela Igreja Católica, previsto nos artigos 1069.º e ss, e de um casamento civil, regulado nos artigos 1072.º e ss do mesmo diploma. Sucede, porém, que a redacção adoptada no Código Civil para definir os potenciais destinatários de cada uma destas formas de casamento, acabou por gerar intensa discussão, quer na própria comissão revisora do diploma, quer por parte da Igreja. Estabelecia o artigo 1057.º que “os católicos celebrarão os casamentos pela forma estabelecida na igreja católica”<sup>33</sup>, ficando aqueles que não observam a religião

29 Apud RODRIGUES, S., *A Polémica sobre o casamento civil (1865-1867)*, ob. cit., p. 370.

30 Cfr. CATROGA, F., *Entre Deuses e Césares, Secularização, Laicidade e Religião Civil, uma perspectiva histórica*, 2.ª edição, Coimbra (Almedina), 2010, pp. 47 e ss.

31 Cfr. *Code Civil des Français, édition originale et seule officielle*, Paris (de l'imprimerie de la République), 1804, p. 33, artigo 165: “Le mariage sera célébré publiquement, devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties”.

32 Cfr. DESAN, S., *The Family on trial in Revolutionary France*, London (University of California Press), 2004, pp. 60 a 67.

33 Cfr. *Código Civil Portuguez aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867*, ob. cit., p. 236.

católica com a faculdade de celebrar o casamento “perante o oficial do registo civil, com as condições e pela forma estabelecida na lei civil”<sup>34</sup>. Estava, portanto, aberto o caminho para a discórdia. Samuel Rodrigues analisa, com detalhe, a reacção da Igreja, mais propriamente, o protesto do Núncio de Sua Santidade, à admissibilidade do casamento civil na legislação<sup>35</sup>. Este reconhecimento foi percebido como consequência do desprezo sentido pelo casamento católico, reconhecendo a legitimidade do *torpe concubinato*. O facto de não existir a obrigatoriedade de declaração da religião professada pelos nubentes era a prova deste ataque ao casamento católico, admitindo-se a separação entre o contrato e o sacramento. Saliente-se, no entanto, que o Código Civil de 1867 acabou por não concretizar, de pleno, a secularização do casamento, já que, muito frequentemente, o regime jurídico do casamento civil acaba por ser efectuado em espelho com o regime previsto para o casamento católico, como se comprova em matéria de penas aplicáveis aos funcionários do registo civil que desrespeitem as normas previstas para o casamento civil. Aqui se enuncia a aplicação das normas vigentes para “os ministros da igreja no artigo 1071.º”. Outro exemplo da falta de harmonia na regulação do casamento é o facto de os tribunais civis terem competência para a instrução das causas de nulidade dos casamentos católicos (artigo 1131.º), sendo atribuída competência aos tribunais eclesiásticos para averiguar da validade destes casamentos, nos termos do artigo 1130.º. A admissibilidade de diferentes jurisdições, a civil e a eclesiástica, para actos concretos do casamento, denuncia, assim, a intenção de separar os dois domínios de competência. A secularização estava, portanto, eminente, assumindo-se, de pleno, em 1910.

A análise do casamento no Código Civil de 1867 é efectuada atendendo à capacidade para a celebração deste contrato. A existência de forma<sup>36</sup> específica para a validade do acto demonstra que a dignidade do contrato de casamento justifica uma maior protecção dos contraentes. Em matéria de deveres

34 *Idem, ibidem.*

35 Cfr. RODRIGUES, S., *A Polémica sobre o casamento civil (1865-1867)*, ob. cit., pp. 187 e ss. Ver, com especial interesse, o referido a p. 192: “O Núncio afirma não encontrar justificação para as disposições constantes do projecto de Código em matéria de casamento, tendo de concluir que o Estado, ao reconhecer igualmente a liberdade de o contrair segundo as leis da Igreja ou segundo a lei civil, quer separar contrato de casamento. Isto deduz-se dos arts. 1057.º, 1072.º, 1086.º, 1089.º e 1090.º, disposições legais que são anti religiosas e abrem a porta à imoralidade”.

36 BORGES CARNEIRO, M., *Direito Civil de Portugal contendo tres livros: I das pessoas: II das cousas: III das obrigações e acções*, ob. cit., pp. 48 e ss.

dos cônjuges, Borges Caneiro refere: “o marido é o chefe da casa com o direito de governar a mulher e a família”<sup>37</sup>. A mulher, pela sua fragilidade, deve aceitar a superior orientação do marido<sup>38</sup>. O diferente conteúdo de direitos e obrigações, com a evidente superioridade masculina, não afecta a natureza contratual do casamento.

Coelho da Rocha, nas *Instituições de Direito Civil*, afirma que o matrimónio “é a sociedade e união solemne entre duas pessoas de diferente sexo, com o fim de procrearem e educarem os filhos, ou ao menos de se socorrerem reciprocamente”<sup>39</sup>, salientando ainda a natureza contratual e sacramental inerente a esta instituição, o que justifica o tratamento presente nas leis civis e eclesiásticas<sup>40</sup>. Neste sentido, Borges Carneiro e Coelho da Rocha admitem a natureza religiosa e civil do casamento.

Um elemento relevante na caracterização do casamento assenta na sua natureza perpétua, uma vez que não se reconhecia o divórcio como meio de cessação da relação jurídica assente no casamento. Este factor foi questionado na doutrina, ainda mais considerando a natureza contratual desta instituição. Vários autores justificam esta actuação considerando a salvaguarda pelo Estado dos *interesses superiores da família*. Como já referimos anteriormente, “temos dúvidas acerca desta fundamentação, aliás, a irrevogabilidade do casamento parece-nos discutível como princípio jurídico aplicável em sede contratual. Questionamos se a consagração no código não terá resultado da incapacidade de se assumir o casamento como um contrato com conteúdo civil, considerando a pressão religiosa, evidente em vários opúsculos publicados no período anterior a 1867. A própria doutrina política não permitia uma consagração mais laica do que a positivada. Recordemos que tanto a

---

37 Idem, p. 61.

38 Idem, pp. 64 e ss.

39 COELHO DA ROCHA, A., *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Tomo I, quarta edição, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1857, p. 147.

40 Ver, neste mesmo sentido, o afirmado por MENDONÇA FURTADO, J., *Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas na faculdade de direito*, Coimbra (Imprensa Litteraria), 1865, p. 16, a propósito da importância da Igreja na definição do casamento após a difusão do cristianismo: “Em virtude pois da confusão, que então dominava, do espiritual e do temporal, o Estado não reconhecia como válido o matrimonio que não fosse sancionado pela Igreja; só as decisões do clero eram competentes ácerca d’elle; e nas suas mãos estavam os registos do estado civil dos individuos. Assim a consideração do sacramento prevalece sobre o contracto; e os legisladores civis ou se calam sobre este ponto, ou transcrevem na legislação as disposições ecclesiasticas”.

Constituição de 1822<sup>41</sup>, como a Carta Constitucional de 1826<sup>42</sup>, estabeleciam a religião católica como oficial, podendo argumentar-se que a legislação civil se afastava da tradição religiosa nacional se tivesse regulado de forma diversa<sup>43</sup>. De salientar que o artigo 1070.º do Código estabelecia que a Igreja regulava os efeitos espirituais do casamento e a lei temporal a matéria temporal.

O Código Civil de 1867 estabelecia, ainda, em matéria de deveres dos cônjuges, um catálogo de obrigações importante para a compreensão do regime jurídico do casamento. Enunciava o artigo 1184.º:

*«Os cônjuges têm obrigação:*

*1.º De guardar mutuamente fidelidade conjugal;*

*2.º De viver juntos;*

*3.º De socorrer-se e ajudar-se mutuamente.»*

Em matéria de regime jurídico de direitos e deveres, estabeleciam ainda os artigos 1185.º, 1186.º, 1187.º, 1188.º e 1189.º do código:

*«Artigo 1185.º*

*Ao marido incumbe, especialmente, a obrigação de proteger e defender a pessoa e os bens da mulher; e a esta, a de prestar obediência ao marido.*

*Artigo 1186.º*

*A mulher tem obrigação de acompanhar seu marido excepto para país estrangeiro.*

*Artigo 1187.º*

*A mulher autora não pode publicar os seus escritos sem o consentimento do marido; mas pode recorrer à autoridade judicial em caso de injusta recusa dêle.*

*Artigo 1188.º*

*A mulher goza das honras do marido que não sejam meramente inerentes ao cargo que ele exerce ou haja exercido, e conserva-as enquanto não passar a segundas nupcias.*

*Artigo 1189.º*

*A administração de todos os bens do casal pertence ao marido, e só pertence à mulher na falta ou impedimento dele»<sup>44</sup>.*

41 MIRANDA, J., *As Constituições Portuguesas*, Parede (Principia), 2013, p. 35, artigo 25: “A Religião da Nação Portuguesa é a Católica Apostólica Romana. Permite-se, contudo, o exercício particular dos respectivos cultos”.

42 Idem, p. 105, artigo 6.º: “A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Reino. Todas as outras Religiões serão permitidas aos Estrangeiros com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo”.

43 Cfr. AFONSO BRIGAS, M., *As relações de poder na construção do Direito da Família português (1750-1910)*, ob. cit., p. 677.

44 Cfr. *Código Civil Portuguez aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867*, ob. cit., p. 263.

O regime jurídico criado resulta dos princípios aceites e defendidos na civilística e na *doutrina moral* da época. Reconhecendo-se que a estabilidade da relação conjugal dependia da definição de competências dos elementos do casal, o autor do Código Civil considera a família o estado natural e primitivo do homem<sup>45</sup>. O pensamento filosófico fornece igualmente elementos para a matéria em discussão, nomeadamente para a justificação da posição da mulher na família, sujeito jurídico tendencialmente dependente. Esta situação apenas é alterada no último quartel do século XIX com a difusão das correntes feministas. Como já referimos anteriormente, “apesar de a maior parte dos autores reconhecer expressa ou implicitamente, a natureza contratual do casamento, a desigualdade entre os cônjuges está presente na construção positivada em 1867. Se nos reportarmos à mulher solteira, enquanto filha e irmã, e à mulher casada, esposa e mãe, constatamos que apenas na relação fraterna a igualdade é possível ou defendida”<sup>46</sup>.

O papel masculino é, sem dúvida, claramente diferenciado e valorizado face ao da mulher, tanto na sua actuação como marido como enquanto pai. Detém poderes de administração em matéria de bens de dimensão significativa, agindo em grande número de matérias como seu representante, por se entender estar mais habilitado para a protecção do interesse da família. Na relação conjugal este poder assume importância evidente, quer na esfera pessoal, quer patrimonial. O marido exerce as funções de natural administrador dos bens do casal, nos termos do artigo 1189.º do código, não podendo a mulher afastar este princípio<sup>47</sup>, norma imperativa à qual está subjacente um interesse superior de salvaguarda do património familiar. A fragilidade associada ao sexo feminino justifica a diferença de regime jurídico, justificativa, aliás, da autorização marital para cada acto que a mulher pretendesse praticar. Já anteriormente salientámos<sup>48</sup> “a relevância que o “interesse do casal” assume na estruturação do código, subalternizando princípios, o que denuncia que o interesse de família se sobrepunha aos interesses individuais dos cônjuges, como nos comprova o artigo 1110.º n.º 2.º em matéria de dívidas. Ao nível da

45 LOPES PRAÇA, J.J., *A mulher e a vida ou a mulher considerada debaixo dos seus aspétos (instrução secundaria)*, 2.ª edição, Coimbra (Edições Colibri), 1872, p. 9.

46 Cfr. AFONSO BRIGAS, M., *As relações de poder na construção do Direito da Família português (1750-1910)*, ob. cit., p. 701.

47 Cfr. *Código Civil Português aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867*, ob. cit., p. 247, artigo 1104.º.

48 Cfr. AFONSO BRIGAS, M., *As relações de poder na construção do Direito da Família português (1750-1910)*, ob. cit., p. 345.

disposição de bens comuns do casal, embora se reconheça o domínio e posse dos cônjuges, nos termos do artigo 1117.<sup>o</sup>, é atribuída livre disposição ao marido sobre os bens mobiliários<sup>49</sup>, reconhecendo-se esta faculdade à mulher apenas em situação de impedimento ou ausência, isto é, a título subsidiário. Idêntico regime é aplicável aos bens dotais<sup>50</sup>. A fundamentação da actuação masculina é justificada por Lopes Praça pela tentativa de evitar a “inação e a anarquia”<sup>51</sup>, prorrogativas da “natureza feminina”.

### III. A LEGISLAÇÃO DE 1910. O DECRETO DE 31 DE DEZEMBRO DE 1910 E A CONSOLIDAÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA DAS RELAÇÕES FAMILIARES

O contexto histórico existente em 1910, ano em que ocorre a implantação da República em Portugal, explica o aparecimento de uma nova legislação, nomeadamente ao nível das matérias familiares. Como refere Fernando Rosas, ao analisar a realidade político-económica emergente em 1910:

«Na transição do século XIX para o século XX, um pouco por todo o ocidente europeu, e em Portugal ao ritmo e com a extensão condicionados pelas especificidades socioeconómicas, políticas e culturais do meio, os sistemas liberais oligárquicos começavam a ser minados nos seus fundamentos pelas dinâmicas de mudança de um capitalismo em profunda transformação económica e tecnológica»<sup>52</sup>.

Verifica-se, portanto, que o capitalismo industrial nascente exigia uma intervenção nova do poder político, de forma a serem criados mecanismos de apoio à segunda revolução industrial, com a conseqüente crise dos sistemas liberais herdados do século XIX. O crescimento das cidades e o aparecimento de um florescente sector terciário explicam as novas motivações sociais e políticas que vão dar lugar a um diferente quadro político, como se constata com a criação do Partido Republicano Português. O surgimento de novas alternativas ao liberalismo monárquico, a que se associa a crise do próprio regime, in-

49 Cfr. *Código Civil Portuguez aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867*, ob. cit., p. 250, artigo 1118.<sup>o</sup>

50 Idem, p. 256, artigo 1148.<sup>o</sup>

51 LOPES PRAÇA, J. J., *A mulher e a vida ou a mulher considerada debaixo dos seus aspétos (instrução secundaria)*, ob. cit., p. 148.

52 ROSAS, F., “A crise do liberalismo oligárquico em Portugal”, in *História da Primeira República Portuguesa*, Lisboa (Tinta da China), 2010, p. 15.

fluenciado por factores externos como a I República Espanhola, a Comuna de Paris e a III República Francesa, justificam, na opinião de Fernando Catroga<sup>53</sup>, a realidade surgida em 1910. A *questão religiosa* assume uma importância significativa no discurso republicano, como se verifica na obra de Afonso Costa *A Igreja e a Questão Social*<sup>54</sup>. Várias iniciativas denunciam o anticlericalismo vigente: a nova expulsão das ordens religiosas em Outubro de 1910, a extinção dos feriados religiosos e a criação de novos feriados civis, a abolição do juramento religioso, a supressão do ensino religioso na Escola, a Lei do Divórcio, a Lei de Separação das Igrejas do Estado, o aparecimento do Registo Civil Obrigatório e, como expoente máximo, a Constituição Republicana, em 1911. A matéria do registo civil é especialmente importante, pelos efeitos trazidos para a esfera familiar, identificados nos artigos 1.º e 2.º do diploma:

«Artigo 1.º O registo civil, que o Estado institui por este Decreto com força de lei, destina-se a fixar autenticamente a individualidade jurídica de cada cidadão e a servir de base aos seus direitos civis.

Artigo 2.º É obrigatória a inscrição no registo civil dos factos essenciais relativos ao indivíduo e à família, e à composição da sociedade, nomeadamente dos nascimentos, casamentos e óbitos»<sup>55</sup>.

A Igreja resistiu às alterações expostas com alguma animosidade, nomeadamente às medidas que considerou atentarem contra a instituição familiar, como sucedeu com a legislação produzida em matéria de casamento, consagrando-o como um contrato civil, bem como da admissibilidade do divórcio, instituto responsável pela decadência das famílias.

Em 1910 encontramos, assim, inovação na legislação produzida em matéria de casamento, como se comprova da leitura do Decreto de 31 de Dezembro de 1910. As alterações ocorrem relativamente ao próprio conceito de casamento, nomeadamente pela admissão, para os casamentos civis, do divórcio, consequência do diploma aprovado na mesma época sobre esta matéria<sup>56</sup>.

53 CATROGA, F., *Entre Deuses e Césares, Secularização, Laicidade e Religião Civil, uma perspectiva histórica*, ob. cit., pág. 362. Ver também, do mesmo autor, *O livre-pensamento contra a Igreja. A evolução do anticlericalismo em Portugal*, in *Revista de História das Ideias*, volume 22 (2001), pp. 255-354.

54 COSTA, A., *A Igreja e a Questão Social, Analyse Critica da Encyclica Pontificia De Conditione Opifum, de 15 de maio de 1891*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1895.

55 SOUSA, J., *O Registo Civil*, Lisboa (Companhia Nacional Editora), 1898, p. 22.

56 Cfr. *Lei do Divórcio: Decreto de 3 de Novembro de 1910*, Lisboa (Livraria Moraes), 1940.



Várias causas podem ser identificadas para esta modificação, apesar de já anteriormente a 1910 terem existido iniciativas parlamentares para a aprovação de legislação favorável ao divórcio. É o caso da proposta apresentada em 1900 por Roboredo de Sampaio e Mello, que defendia a aprovação de legislação nesse sentido, mas que não reuniu a aprovação parlamentar necessária, vindo a iniciativa a ser afastada. O facto de em 1906 ter ocorrido a ratificação, em Haia, de três convenções para regular os conflitos de leis e jurisdições sobre casamento, divórcio e tutela de menores, terá auxiliado a abertura nas legislações dos Estados ratificantes, como Portugal.

O processo de secularização iniciado no século anterior em matéria de casamento atinge agora o seu desenvolvimento, visível na legislação produzida em matéria de casamento, filiação e de divórcio. Importa esclarecer que quando nos reportamos ao processo de secularização no âmbito da instituição do casamento, não ignoramos a influência que o processo de secularização em geral assumiu na passagem do século XIX para o século XX<sup>57</sup>. Santos Velasco reporta-se à secularização como um processo histórico de laicização desacralizadora<sup>58</sup>, consequência da competência teológica e jurídica assumida pela Igreja na definição do matrimónio. Neste sentido, vários autores consideram que o processo de secularização está directamente dependente do fenómeno de laicização presente nas sociedades ocidentais a partir, essencialmente, do século XVIII, assumindo um papel mais evidente nos séculos XIX e XX. Embora o reconhecimento deste processo secularizador seja quase unânime na doutrina, a sua inevitabilidade é discutida, nomeadamente por Pablo Mi-jangos y González, no que se refere ao contexto mexicano<sup>59</sup>. O processo de se-

---

57 Relativamente ao conceito de secularização e aos seus efeitos na relação com a religião, ver LIDA, M., “Secularización: doctrina, teoría y mito. Un debate desde la Historia sobre un viejo tópico de la sociología”, in *Cuadernos de Historia*, Serie Economica y Social, n.º 9 (2007), pp. 43-63.

58 SANTOS VELASCO, “El proceso de secularización del matrimonio canónico y su concreción técnico-jurídica”, in *Cuadernos doctorales*, n.º 2 (1984), p. 1.

59 Ver, com muito interesse, MIJANGOS Y GONZÁLEZ, P., “Secularización o Reforma? Los orígenes religiosos del matrimonio civil en México”, in *Hispania Sacra*, LXVIII n.º 137 (enero-junio 2016), pp. 105-117. Ver, em especial, p. 106: “El presente ensayo pretende ofrecer una respuesta alternativa a estas preguntas mediante el cuestionamiento de la premisa central de esta discusión: el supuesto afán secularizador del liberalismo mexicano de las décadas intermedias del siglo xix. ¿Es correcto asumir que los liberales de la Reforma deseaban expulsar a la religión del espacio público y confinarla a la esfera privada de los individuos? Tomando como ejemplo representativo la Ley del Matrimonio

cularização pode ser objecto de várias interpretações, sendo diversos os sentidos possíveis da sua aplicação, como enuncia José Casanova<sup>60</sup> e Fernando Catroga<sup>61</sup>, salientando as diferenças do conceito consoante o espaço geográfico em análise. O processo de secularização na Europa assumiu características particulares face ao fenómeno fora deste contexto, como sucede com os Estados Unidos. Aqui interessa-nos particularmente o sentido de secularização aplicável ao matrimónio, que se evidencia na evolução ocorrida no tratamento jurídico conferido a esta instituição familiar. Até ao Concílio de Trento a regulação do matrimónio assentava na consensualidade dos nubentes (*consensus facit nuptias*), vindo esta reunião a estabelecer especiais requisitos em matéria de forma, tendo em vista o combate aos casamentos clandestinos. A secularização do casamento efectuada no século XIX, em Portugal, com a consagração do casamento civil, em 1910, não assumiu os efeitos positivados em França, com o *Code* a estabelecer o casamento civil como o único reconhecido por lei<sup>62</sup>, regime instituído em desarmonia com outras soluções herdadas do Antigo Regime, que permaneceram no código<sup>63</sup>. Igualmente em Espanha,

---

Civil, este ensayo sostiene que las Leyes de Reforma, lejos de obedecer a un proyecto secularizador, buscaban convertir al Estado en el agente de la moralización y recristianización del pueblo mexicano –un pueblo que, a juicio de los liberales, se había corrompido profundamente a causa del mal ejemplo y las prácticas abusivas del clero católico. Bajo esta óptica –inspirada en las obras de Brad S. Gregory, Dale Van Kley y Pamela Voekel sobre los orígenes religiosos de las revoluciones modernas– resulta más fácil advertir que la Ley del Matrimonio Civil pretendía originalmente *reformular* a la sociedad mexicana en el marco de la moral cristiana, y que el arranque de la secularización fue una consecuencia imprevista, y de largo plazo, de esta reforma religiosa. Creo que esta inversión en el orden de los factores –primero fue la reforma y después la secularización– permite entender mejor las peculiaridades de la ley de 1859 y refleja con mayor precisión el modo en que los liberales mexicanos se describieron a sí mismos.”

60 CASANOVA, J., “Reconsiderar la Secularización: Una perspectiva comparada mundial”, in *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, n.º 7 (Noviembre de 2007), p. 1.

61 CATROGA, F., *Entre Deuses e Césares, Secularização, Laicidade e Religião Civil, uma perspectiva histórica*, ob. cit..

62 Relativamente ao processo de secularização do casamento em França, ver ALLETAZ, F., *Matrimonio homosexual y secularización*, México (Universidad Nacional Autónoma de México), 2015, p. 36.

63 Como sucede com a admissibilidade de os pais mandarem prender os filhos, nos termos consagrados no artigo 375.º a 379.º do Código Civil francês, regime instituído também no artigo 143.º do Código Civil português de 1867.

Luis Griño Ódena salienta que a instituição do matrimónio civil obrigatório permitiu sedimentar a secularização moderna do casamento<sup>64</sup>. No caso português, a questão da secularização é evidente pelo reconhecimento em 1910 do casamento como contrato civil, presumindo-se a sua perpetuidade, apesar da aceitação do divórcio. A validade do casamento passa, também, a estar dependente da “sua celebração perante o respectivo oficial do registo civil, com as condições e pela forma estabelecidas na lei civil e só esse é válido”<sup>65</sup>. A obrigatoriedade de registo civil dos casamentos celebrados é outra manifestação do processo de secularização, estabelecendo que a validade dos casamentos católicos fica dependente da observância deste requisito, mecanismo definido pelo Estado como meio de evitar a prática de crimes como a bigamia ou favorecer a instabilidade da situação conjugal dos sujeitos<sup>66</sup>. O divórcio como um dos meios de dissolução do casamento é outra manifestação do processo de secularização, adoptado em vários sistemas jurídicos de forma diferenciada. O código napoleónico tinha reconhecido esta instituição no seu artigo 227.º, colocando-a em paralelo com a morte de um dos cônjuges, embora de forma diferenciada face ao estabelecido em 1792. Em Portugal, foi apenas em 1910 que esta instituição foi reconhecida, admitindo-se tanto a figura do divórcio litigioso como o divórcio por mútuo consentimento<sup>67</sup>. O reconhecimento, no âmbito da vida familiar, da autonomia individual dos cônjuges, justificou, na opinião de alguns autores, a aceitação do divórcio, permitindo a privatização do casamento como instituição.

O aparecimento de um novo paradigma deve, por isso, ser articulado com os diplomas existentes em matéria de filiação e casamento. Verifica-se, as-

---

64 GRIÑO ÓDENA, L., *La secularizacion del matrimonio en Espana*, Universitat de Barcelona, Tese de doutoramento, 2015, disponível em [https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/386472/LLGO\\_TESIS.pdf?sequence=1](https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/386472/LLGO_TESIS.pdf?sequence=1) (acessível em 20.11.2018)

65 Cfr. *Leis da família: poder paternal e abandono da família: Decretos-Leis n.ºs 1 e 2 de 25 de Dezembro de 1910, n.º 11719, de 12 de Junho de 1926, n.º 20431, de 24 de Outubro de 1931 e n.º 25936, de 17 de Outubro de 1935*, Lisboa (Imprensa Nacional - Casa da Moeda), 1959, p. 10. Cfr. Decreto de 25 de Dezembro de 1910, artigo 1.º n.º 3. O artigo citado deve ser lido em articulação com o artigo 45.º do mesmo diploma, que se refere à certidão do registo civil como o meio de prova da celebração de casamento contraído na República. O meio de prova denuncia a vertente secularizadora presente na instituição do casamento.

66 Ver, no mesmo sentido, SANTOS VELASCO, “El proceso de secularización del matrimonio canónico y su concreción técnico-jurídica”, *ob. cit.*, p. 187.

67 Como se verifica no diploma de 3 de Novembro de 1910.

sim, que a integração da filiação fora do casamento e a restrição na aplicação do conceito de legitimidade denunciam uma determinada perspectiva acerca do que devia ser o casamento. Mantém-se a natureza contratual desta instituição, mas afirma-se a prevalência do casamento civil, em detrimento do casamento católico. São ainda introduzidas alterações relevantes em matéria de estatuto da mulher e de impedimentos matrimoniais<sup>68</sup>. Nesta última situação encontramos uma visão mais restritiva, afastando-se o casamento de consanguinidade ou afinidade na linha recta. Embora se valorize o elemento da estabilidade conjugal, o que se justifica pela presunção de perpetuidade do casamento, é admitido o divórcio, instituição bastante criticada pelas posições mais conservadoras, como já enunciámos. Veja-se o disposto no Decreto de 25 de Dezembro de 1910:

*«Do casamento civil e sua celebração:*

*Artigo 1.º*

*O casamento é um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família.*

*2.º Este contrato é puramente civil e presume-se perpétuo, sem prejuízo da sua dissolução por divórcio, nos termos do Decreto com força de lei de 3 de Novembro de 1910.*

*3.º Todos os portugueses celebrarão o casamento perante o respectivo oficial do registo civil, com as condições e pela forma estabelecidas na lei civil, e só esse é válido».*

Continua, portanto, a ser aplicável o princípio do livre consentimento dos cônjuges como pressuposto das uniões, nos termos positivados no Código Civil de 1867<sup>69</sup>, anulando-se os casamentos em que este consentimento se encontra viciado<sup>70</sup>. Os sponsais são afastados como meio de promoção do casamento pelo atraso na produção de efeitos da vontade manifestada pelos noivos. O adultério deixa de ser um obstáculo à celebração do casamento, em articulação com a admissibilidade da perfilhação dos filhos adulterinos, em 1910. Esta é uma importante alteração, que nos demonstra que o entendimento acerca do casamento e das relações entre os cônjuges tinha, de facto,

68 Sobre esta matéria ver MENEZES CORDEIRO, A., “Divórcio e Casamento na I República: Questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, n.º 1 (2012), pp. 45-108.

69 Cfr. *Leis da família: poder paternal e abandono da família: Decretos-Leis nºs 1 e 2 de 25 de Dezembro de 1910, nº 11719, de 12 de Junho de 1926, nº 20431, de 24 de Outubro de 1931 e nº 25936, de 17 de Outubro de 1935*, p. 12, artigo 24.º do diploma em análise, em articulação com o artigo 1067.º do Código Civil de 1867.

70 *Idem*, artigos 21.º a 24.º do diploma.

sofrido uma modificação na sua estrutura. Na realidade, este reconhecimento simboliza a aceitação de que entre os dois bens jurídicos, a situação de adultério, atentadora da estrutura familiar e da honra, e a existência de filhos adulterinos, se considerou que, em certas circunstâncias e reunidos certos pressupostos, se devia valorizar a situação dos menores, em detrimento de outros aspectos.

A protecção do poder paternal, havendo anulação do casamento, foi igualmente salvaguardada, alterando-se o paradigma. A legitimidade da filiação está assegurada, por princípio, apenas afastada na filiação incestuosa, fortemente condenada<sup>71</sup>. De referir que, à época, o conceito de incesto é muito abrangente face ao nosso conceito actual. Presume-se a competência materna para cuidar dos filhos, nomeadamente quando estão em situação de maior fragilidade, pela menor idade, independentemente da culpa no processo de anulação/nulidade. Não havendo culpa, a mãe tem direito “à posse das filhas, enquanto menores, e à dos filhos até completarem a idade de seis anos”<sup>72</sup>. Havendo culpa materna, continua a reconhecer-se a competência da mãe para educar os filhos até aos três anos, sem distinção de sexo<sup>73</sup>. Aceita-se como natural a atribuição à mãe dos cuidados necessários à protecção dos menores, valor que se sobrepõe às situações em que existe responsabilidade pela anulação do casamento. De referir que este pensamento teve uma vigência duradoura, uma vez que, só recentemente, a legislação de direito da família alterou o regime jurídico existente desde a publicação do Código Civil de 1966, consagrando o princípio da guarda partilhada, nos termos previstos na Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

O relacionamento entre os cônjuges foi também modificado, preferindo-se, como já dissemos anteriormente<sup>74</sup>, o acordo à discórdia entre o casal, frequentemente mais prejudicial à relação com os filhos. Em consequência, reconhece-se que numa situação de anulação/nulidade no casamento, os interesses dos filhos justificam a conciliação possível sobre a “posse dos filhos, como lhes parecer melhor, em benefício destes”<sup>75</sup>. O interesse dos menores explica o tratamento dado aos progenitores. É, no entanto, nos aspectos pes-

---

71 Idem, artigos 31.º e 32.º.

72 Idem, artigo 34.º.

73 Idem, artigo 35.º.

74 AFONSO BRIGAS, M., *As relações de poder na construção do Direito da Família português (1750-1910)*, ob. cit., p. 820.

75 Cfr. Artigo 37.º do Decreto de 3 de Novembro de 1910.

soais da sociedade conjugal que encontramos as principais inovações deste diploma. O Código Civil de 1867 estabeleceu as relações conjugais com base na tradição patriarcal, sujeitando as mulheres casadas à dependência do marido, submetidas à autorização marital para a realização de grande número de actos<sup>76</sup>. Ao homem, reconhecia-se a direcção da sociedade conjugal, tendo em vista a protecção e a defesa dos bens e da pessoa da mulher<sup>77</sup>. Em consequência, a mulher devia obediência ao marido, sendo entendida como incapaz para o governo da casa e para a administração do património do casal.

Os deveres conjugais mantêm-se, na essência, idênticos aos consagrados no Código Civil de 1867, no entanto, a sua concretização é diferente, como enuncia o artigo 38.º do diploma de 1910:

*«Da sociedade conjugal quanto às pessoas*

*Artigo 38.º*

*Os cônjuges têm obrigação:*

*1.º De guardar mutuamente fidelidade conjugal.*

*2.º De viver juntos.*

*3.º De socorrer-se e ajudar-se reciprocamente.*

*Artigo 39.º*

*A sociedade conjugal baseia-se na liberdade e na igualdade, incumbindo ao marido especialmente a obrigação de defender a pessoa e os bens da mulher e dos filhos, e à mulher, principalmente, o governo doméstico e uma assistência moral tendente a fortalecer e aperfeiçoar a unidade familiar».*

A liberdade e a igualdade são os pilares da relação conjugal, de acordo com os quais são repartidas as competências do casal. O marido deve defender a mulher e os filhos, ficando a mulher destinada ao governo doméstico e a “uma assistência moral tendente a fortalecer e aperfeiçoar a unidade familiar”<sup>78</sup>. Veja-se que a mulher é afectada às actividades do lar a título principal<sup>79</sup>,

<sup>76</sup> Cfr. artigo 1193.º do Código Civil de 1867.

<sup>77</sup> Cfr. *Código Civil Português aprovado por Carta de Lei de 1867*, ob. cit., artigo 1185.º.

<sup>78</sup> Cfr. *Leis da família: poder paternal e abandono da família: Decretos-Leis nºs 1 e 2 de 25 de Dezembro de 1910, nº 11719, de 12 de Junho de 1926, nº 20431, de 24 de Outubro de 1931 e nº 25936, de 17 de Outubro de 1935*, p. 18, artigo 39.º parte final do Decreto de 25 de Dezembro de 1910.

<sup>79</sup> Idem, artigo 39.º Decreto de 25 de Dezembro de 1910: “(...) e à mulher, principalmente, o governo doméstico”.

o que não afasta a possibilidade de poder desempenhar outras tarefas, como se reconhece em matéria de criação literária, podendo publicar os seus escritos sem o consentimento marital<sup>80</sup>. Esta é uma importante alteração face ao regime vigente no Código Civil de 1867. Admite-se ainda que a mulher casada esteja em juízo sem autorização do marido<sup>81</sup>. Podemos falar aqui de igualdade de regime jurídico? Embora se procure um paralelismo entre a situação do marido e a da mulher, a actuação feminina é acessória, complementar à actividade masculina, tida por principal e a desigualdade está ainda subjacente na concretização de vários direitos, como se depreende da leitura do diploma. Os princípios positivados falam agora, na linha do sufragado pela ideologia republicana, na *suposta igualdade*.

Verifica-se, portanto, que contrariamente à obediência em que assentava a relação conjugal, a mulher assume alguma liberdade de acção, mas limitada pelo valor da *harmonia conjugal*, elemento que necessitava de ser aferido em concreto, considerando a liberdade e a igualdade como valores da sociedade conjugal. Isto é, não pode a harmonia familiar ser invocada como fundamento para justificar um novo tipo de submissão feminina mediante a qual a mulher se coloca dependente das decisões do marido. Os elementos da liberdade e da igualdade clarificam as actuações que podiam ter justificação. Torna-se, portanto, necessário, em primeiro lugar, ter em consideração a unidade familiar, em segundo lugar e a título principal, a liberdade e a igualdade conjugal.

Outro aspecto importante diz respeito à proibição de entrega judicial da mulher prevista no Código de Processo Civil de 1876, recurso frequentemente utilizado para minorizar a mulher:

«Artigo 41.º

*Em nenhuma circunstância poderá o marido requerer que lhe seja judicialmente entregue a mulher. Pelo contrário, esta poderá requerer que o marido a receba em casa, quando a tenha abandonado, seguindo-se o disposto nos §§ 1.º e 2.º do artigo 665.º e no artigo 666.º e § único do Código de Processo Civil, e aplicando-se a excepção deste último parágrafo também no caso de divórcio».*

Isto é, afasta-se, *aparentemente*, a concepção da mulher enquanto objecto, susceptível de ser *solicitada* consoante a situação em causa, para se autonomizar enquanto sujeito jurídico, merecedora de protecção. Já o dissemos

80 Idem, artigo 42.º Decreto de 25 de Dezembro de 1910.

81 Idem, artigo 44.º Decreto de 25 de Dezembro de 1910.

anteriormente<sup>82</sup> e mantemos a nossa posição. A entrega judicial ficou apenas limitada para quando é do interesse da mulher a sua aplicação, como sucede no abandono da mulher pelo marido. Temos, no entanto, algumas dúvidas acerca da norma em referência, nomeadamente pela situação de excepção reconhecida na parte final do normativo. O facto de se admitir a entrega judicial denuncia que o legislador ainda encara a mulher como o sujeito de segundo plano da relação conjugal, já que se refere expressamente ao abandono efectuado pelo marido e, em consequência, à *vitimização* da mulher abandonada<sup>83</sup>. Na realidade, afirma-se a proibição do depósito como princípio, para, de seguida, na linha das limitações aplicáveis ao sujeito feminino, se manterem regimes jurídicos de condicionamento da vontade feminina e da autonomia da mulher. É o que sucede em matéria de administração dos bens do casal que se perpetua como competência do marido, nos termos do artigo 1189.º do código<sup>84</sup>. A igualdade está, portanto, ainda distante.

Uma questão relevante para a melhor compreensão da regulação das matérias familiares, relaciona-se com a forma como a jurisprudência nacional procedeu à aplicação das novas soluções previstas nos diplomas criados em 1910. Alguns destes processos encontram-se, aliás, disponíveis, para consulta e investigação, em vários arquivos, nomeadamente no Arquivo Nacional da Torre do Tombo (ANTT), em Lisboa. Importa, no entanto, considerar, que a compreensão deste elemento apenas ficará mais completa se o conjugar-mos com a jurisprudência canónica e com a discussão parlamentar existente no período em referência. Estes pontos merecem, aliás, um tratamento detalhado e particular, a desenvolver em futuros trabalhos.

Analisando alguns processos de divórcio após a publicação do diploma de 1910, verificam-se alterações face à matéria da separação judicial de pessoas e bens, admitida no Código Civil de 1867, sendo possível percebermos como estava construída a união conjugal. Em primeiro lugar, verifica-se que as acções são intentadas, na maioria, pelo elemento masculino do casal, contrariamente ao que constatámos nos processos de separação, pelo menos nos casos de divórcio litigioso. Em segundo lugar, as acções de divórcio são intentadas ha-

---

82 AFONSO BRIGAS, M., *As relações de poder na construção do Direito da Família português (1750-1910)*, ob. cit., p. 822.

83 Situação abundantemente referida na literatura da época. A falta de recursos económicos por parte da mulher pode igualmente justificar o regime jurídico descrito, sendo o homem o suporte da estrutura económico-familiar.

84 Cfr. *Código Civil Português aprovado por Carta de Lei de 1867*, ob. cit., p. 263.



vendo uma prévia separação dos cônjuges, decretada judicialmente, embora tal não suceda sempre. Nestes casos, o divórcio apenas culmina uma situação de não convivência, como constatámos na acção de divórcio de José Estevam Monteiro da Silva de Sousa e de Elvira Christina de Vasconcellos e Silva de Sousa, em que, em sede de alegações, o autor refere ser “a presente acção de divórcio a ultima página da historia d’este infeliz casamento”<sup>85</sup>. O abandono do domicílio conjugal parece ser uma prática frequente, nomeadamente por parte da mulher, nas situações em que a convivência entre o casal se revela impossível de restabelecer. O receio da violência exercida na vida conjugal legitima a actuação da mulher que *depositada* fora da influência marital se sente mais protegida. Os maus tratos e as sevícias continuam a ser a causa invocada para legitimar o divórcio, no caso deste ter como protagonista a mulher. Não se pense, no entanto, que a litigiosidade conjugal impedia o aparecimento de alguns processos de divórcio por mútuo consentimento. Encontrámos acções em que o pedido de divórcio obedece ao disposto no artigo 35.º do Decreto de 3 de Novembro de 1910, invocando-se a impossibilidade de vida em comum, como nos confirma o divórcio de Alfredo Júlio de Lima Dias e de Josephina Augusta da Encarnação Valladas de Lima Dias: “(...) tendo os genios perfeitamente incompatíveis, sucede que a sua vida em comum é tudo quanto ha de mais sacrificado, com disputas em todos os dias, chegando por vezes a brigas, improprias de esposos, mas que são irremediaveis, por culpa e para desgraça de ambos”<sup>86</sup>. Igualmente Thereza de Jesus e António Primo manifestam a sua intenção de se divorciarem por mútuo consentimento, invocando estarem separados há mais de 25 anos “(...) e não sendo possivel já uma reconciliação entre ambos”<sup>87</sup>.

Analisando a actividade judicial dos tribunais superiores nacionais no século XIX constatamos que as matérias relativas à separação judicial eram frequentes. Considerando a necessidade de densificação de alguns conceitos familiares, compreende-se que os tribunais se tenham preocupado com este tratamento, como se verifica no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de

---

85 Arquivo Nacional Torre do Tombo, Arquivo Distrital de Lisboa, Comarca de Lisboa, Processo n.º 232, Maç. 91, fl. 31. Igualmente na acção de divórcio litigioso intentada por Joaquim Ferreira contra Josephina Candida dos Santos, sua mulher, se verifica a separação prévia do casal. Cfr. ANTT, Comarca de Lisboa, Processo 401518, Mç. 20, fl. 42.

86 Arquivo Nacional Torre do Tombo, Arquivo Distrital de Lisboa, Comarca de Lisboa, Processo n.º 7283, Mç. 346.

87 Arquivo Nacional Torre do Tombo, Arquivo Distrital de Lisboa, Comarca de Lisboa, Processo n.º 17213.

5 de Março de 1875, no qual, a propósito do poder paternal, se analisa o enquadramento de direito positivo, procurando fundamentar uma decisão<sup>88</sup>. O adultério<sup>89</sup> e as injúrias eram as causas mais comuns de separação, sendo a mulher habitualmente a queixosa, embora encontremos igualmente o homem como vítima da infidelidade feminina. As questões relativas ao exercício do poder paternal, havendo separação do casal, são também objecto de análise, havendo litigiosidade significativa nesta matéria. A intervenção do conselho de família era, assim, frequente, exigindo-se que este órgão se pronunciasse acerca do que seria mais adequado ao interesse do menor. Os pedidos de alimentos por parte de um dos cônjuges são igualmente frequentes, considerando-se, como princípio, a aplicação da proporcionalidade do solicitado e a capacidade contributiva do concedente.

#### IV. CONCLUSÃO

Da análise que procurámos efectuar, verificamos que o casamento foi uma importante instituição de conteúdo histórico-jurídico, que sofreu uma evolução significativa no período compreendido entre o Código Civil de 1867 e a implantação da República, em 1910. Encontramos na codificação civil a perpetuação da natureza monogâmica, patriarcal e indissolúvel do casamento, princípios herdados da confluência da legislação romana, visigótica e canónica. A implantação da República em 1910 e a produção legislativa existente em matéria familiar altera o paradigma descrito na temática conjugal, o que tem de ser compreendido à luz do processo de secularização em curso, em especial da secularização do casamento. O surgimento do casamento como contrato civil consagra, de forma definitiva, uma mudança na forma como a entrada na vida familiar conjugal passa a ser entendida. Perdida a hegemonia da Igreja em matéria de validade matrimonial, passa a ser exigida a observância do registo civil do casamento, afastando a tradicional competência pa-

---

88 Cfr. CORTE REAL, A./ CASTELLO BRANCO, J. M., *Collecções dos Accordãos que contém materia legislativa proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça desde a epocha da sua installação*, Lisboa (Imprensa Nacional), 1860, pp. 143 a 145.

89 *Idem*, pp. 480 e 481, cfr. Acórdão de 13 de Julho de 1877, em que se faz referência ao adultério como causa de separação judicial: “Considerando que em tal caso cessou a competencia do juiz de direito do 3.º districto criminal para proceder, como procedeu, quanto ao facto do adulterio anterior á separação conjugal e a respeito do mesmo crime posterior a essa separação, era competente somente o juizo criminal, em cujo districto fosse a morada da recorrente, ao tempo da instauração do processo contra ella”.

roquial. A admissibilidade do divórcio confirma o processo de secularização, ao reconhecer a separação do contrato do sacramento, e avançando face ao regime estabelecido em 1867.

O regime jurídico positivado em 1910 representou uma tentativa, politicamente sustentada, de afirmar uma certa paridade na construção das relações familiares e nomeadamente no casamento. O novo contexto político legitimava uma alteração de princípios, introduzindo-se maior equilíbrio nas relações conjugais, ainda que de forma tímida e pouco eficaz. Na realidade, apesar do reconhecimento de certos direitos à mulher casada, as limitações patrimoniais eram mantidas, quer ao nível da administração geral do património conjugal, quer em matéria de alienação de bens, o que colocava a mulher numa situação de menoridade, sujeita à autorização marital. Este é, aliás, um dos traços do regime jurídico positivado em 1910 que dificulta a paridade nas relações conjugais, pese embora se refira a igualdade como um pressuposto da vida familiar entre os cônjuges. Como vimos, igualdade mais formal que material. A preocupação com as questões da ilegitimidade da filiação, conexas com o casamento, são igualmente abordadas na legislação de 1910, afastando-se o adultério como impedimento à celebração do casamento, permissão resultante da admissão da perfilhação dos filhos adulterinos, prevista em legislação produzida em 1910. Apenas na década de 70 do século XX verificamos que a secularização do casamento continua a sua evolução, mercê do reconhecimento da igualdade de direitos entre os cônjuges, constitucionalmente consagrada e, mais tarde, já no século XXI, com a admissibilidade em vários países, nomeadamente em Portugal, do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

## V. FONTES E BIBLIOGRAFIA

### 1. Fontes

#### Fontes legislativas:

*Code Civil des Français, édition originale et seule officielle*, Paris (de l'imprimerie de la République), 1804.

*Código Civil Portuguez aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867*, Lisboa (Livraria Avelar Machado), 1925.

Leis da família: poder paternal e abandono da família: Decretos-Leis nºs 1 e 2 de 25 de Dezembro de 1910, nº 11719, de 12 de Junho de 1926, nº 20431, de 24 de Outubro de 1931 e nº 25936, de 17 de Outubro de 1935, Lisboa (Imprensa Nacional - Casa da Moeda), 1959.

Lei do divórcio: decreto de 3 de Novembro de 1910, Lisboa (Livreria Moraes), 1940.

### Fontes arquivísticas:

Arquivo Nacional Torre do Tombo, Arquivo Distrital de Lisboa, Comarca de Lisboa, Processo n.º 232, Maço 91.

Arquivo Nacional Torre do Tombo, Arquivo Distrital de Lisboa, Comarca de Lisboa, Processo n.º 7283, Maço 346.

Arquivo Nacional Torre do Tombo, Arquivo Distrital de Lisboa, Comarca de Lisboa, Processo n.º 17213.

### Literatura jurídica:

BORGES CARNEIRO, M., *Direito Civil de Portugal contendo tres livros: I das pessoas: II das cousas: III das obrigações e acções*, Tomo I, Lisboa (Impressão Régia), 1828.

COELHO DA ROCHA, A., *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Tomo I, quarta edição, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1857.

CORRÊA TELLES, J., *Digesto Portuguez ou Tractado dos Direitos e Obrigações Civis relativos ás pessoas de uma família portuguesa para servir de subsidio ao novo código civil*, Tomo II, quinta edição, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1860.

CORTE REAL, A./ CASTELLO BRANCO, J. M., *Collecções dos Accordãos que contéem materia legislativa proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça desde a epocha da sua installação*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1860.

LOPES PRAÇA, J.-J., *A mulher e a vida ou a mulher considerada debaixo dos seus aspétos (instrução secundaria)*, 2.ª edição, Coimbra (Edições Colibri), 1872.

MORAES DA SILVA, A., *Diccionario de língua portugueza, recompilado dos vocabulários impressos ate agora e nesta segunda edição novamente emendado e muito acrescentado*, 7ª edição melhorada, e muito acrescentada com grande numero de termos novos usados no Brasil e no portuguez da India. Lisboa (Typografia de Joaquim Germano de Souza Neves), 1877-1878.

## 2. Bibliografia

AFONSO BRIGAS, M., *As relações de poder na construção do direito da família português (1750-1910)*, Lisboa (Lisbon Law Editions, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa), 2016.

—, *O Direito da Família na História do Direito Português (dos antecedentes ao século XVIII)*, *Primeiras Reflexões*, Volume I, Lisboa (Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa), 2018.

ALLETAZ, F., *Matrimonio homosexual y secularización*, México (Universidad Nacional Autónoma de México), 2015.

- BADINTER, E., *O amor incerto, História do amor maternal do século XVII ao século XX*, tradução de Miguel Serras Pereira, Lisboa (Coleção Antropos), 1980.
- BOLOGNE, J-C., *História do casamento no Ocidente*, tradução de Isabel Cardeal, Lisboa (Temas & Debates), 1999.
- CAETANO, M. “Recepção e Execução dos Decretos do Concílio de Trento”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume 19 (1965), pp. 7-77.
- CAPELO DE SOUSA/ANTUNES VARELA, A., *Direito da Família*, Lisboa (Petrony), 1999.
- CASANOVA, J., “Reconsiderar la Secularización: Una perspectiva comparada mundial”, in *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, n.º 7 (Noviembre de 2007), pp. 1-20.
- CATROGA, F., *Entre Deuses e Césares, Secularização, Laicidade e Religião Civil, uma perspectiva histórica*, 2.ª edição, Coimbra (Almedina), 2010.
- \_\_\_., “O livre-pensamento contra a Igreja. A evolução do anticlericalismo em Portugal”, in *Revista de História das Ideias*, volume 22 (2001), pp. 255-354.
- CASTRO, Pd. J., *Portugal no Concílio de Trento*, Lisboa (Tipografia da União Gráfica), 1944-46.
- COSTA, A., *A Igreja e a Questão Social, Analyse Critica da Encyclica Pontificia De Conditione Opifium, de 15 de maio de 1891*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1895.
- DESAN, S., *The Family on trial in Revolutionary France*, London (University of California Press), 2004.
- DUARTE NOGUEIRA, J. *Lei e Poder régio, I – As leis de D. Afonso II*, Lisboa (Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa), 2006.
- DUARTE PINHEIRO, J., *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa (Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa), 2018.
- ESPINOSA GOMES DA SILVA, N., *História do casamento em Portugal, Um esboço*, Lisboa (Universidade Católica Editora), 2013.
- FERREIRA DA SILVA, A., *Propriedade, família e trabalho no “Histerland” de Lisboa (Oeiras) 1738-1811*, Tese de Mestrado, Lisboa (Universidade Nova), 1991.
- FLANDRIN, J-L, “La vie sexuelle dans gens mariés dans l’ancienne société: de la doctrine de l’Église à la réalité des comportements”, in *Communications, Sexualités occidentales*, n.º 35 (1982), pp. 102-115.
- LE GOFF, J., *Em busca da Idade Média*, tradução de Telma Costa, Lisboa (Edições Teorema), 2004.
- LEBRUN, F., *A vida conjugal no Antigo Regime*, tradução de Maria Carolina Queiroga Ramos, Coleção Prisma, Lisboa (Edições Rolim), s/d.
- \_\_\_., “Naissances illégitimes et abandons d’enfants en Anjou au XVIIIe siècle”, in *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 27e année, n.ºs 4-5 (1972), pp. 1183-1189.
- LEITE DE CAMPOS, D./MARTINEZ DE CAMPOS, M., *Lições de Direito da Família*, Coimbra (Almedina), 2000.
- LIDA, M., “Secularización: doctrina, teoría y mito. Un debate desde la Historia sobre un viejo tópico de la sociología”, in *Cuadernos de Historia, Serie Economica y Social*, n.º 9 (2007), pp. 43-63.

- LOBO XAVIER, R., *Ensinar Direito da Família*, Porto (Publicações Universidade Católica), 2008.
- LUIS DE SEABRA, A., *Projecto de Codigo Civil Portuguez*, Lisboa (Imprensa Nacional), 1857.
- \_\_\_, *Projecto de Codigo Civil Portuguez*, Lisboa (Imprensa Nacional), 1858.
- \_\_\_, *Codigo Civil Portuguez. Projecto redigido por Antonio Luiz de Seabra e examinado pela respectiva Commissão Revisora*, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa (Impressão Régia), 1864.
- MACHADO PAIS, J., “Família, sexualidade e religião”, in *Análise Social*, n.º 86 (1985), pp. 345-388.
- MENDONÇA FURTADO, J., *Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas na faculdade de direito*, Coimbra (Imprensa Litteraria), 1865.
- MENEZES CORDEIRO, A., “Divórcio e Casamento na I República: Questões fraturantes como arma de conquista e de manutenção do poder pessoal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, n.º 1 (2012), pp. 45-108.
- MERÊA, P. *Evolução dos regimes matrimoniais*, 2 volumes, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1913.
- \_\_\_, *Condição jurídica dos filhos ilegítimos: estudos de legislação comparada*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1922.
- \_\_\_, *Estudos de direito visigótico*, Acta Universitatis Conimbricensis, Coimbra (Universidade de Coimbra), 1948.
- \_\_\_, *Estudos de direito hispânico medieval*, Acta Universitatis Conimbricensis, Volumes 1 e 2, Coimbra (Universidade de Coimbra), 1952-1953.
- \_\_\_, *Para o esclarecimento de duas questões: registo de casamentos no reinado de D. Afonso IV? Antiguidade dos registos paroquiais portugueses*, separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 35, Coimbra (Coimbra Editora), 1960.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, P., “Secularización o Reforma? Los orígenes religiosos del matrimonio civil en México”, in *Hispania Sacra*, LXVIII 137 (enero-junio 2016), pp. 105-117.
- MIRANDA, J., *As Constituições Portuguesas*, Parede (Principia), 2013.
- NUNES DE ALMEIDA, A., “Entre o dizer e o fazer: a construção de uma identidade feminina”, in *Análise Social*, n.ºs 92-93 (1986), pp. 493-520.
- ÓDENA, L., *La secularizacion del matrimonio en Espana*, Universitat de Barcelona, Tese de doutoramento, 2015, disponível em [https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/386472/LLGO\\_TESIS.pdf?sequence=1](https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/386472/LLGO_TESIS.pdf?sequence=1) (acessível em 20.11.2018).
- OLIVEIRA, G./PEREIRA COELHO, F., *Curso de Direito da Família, Introdução e Direito Matrimonial*, volume I, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra (Imprensa da Universidade de Coimbra) 2016.
- RODRIGUES, S., *A polémica sobre o casamento civil (1865-1867)*, Lisboa (Instituto Nacional de Investigação Científica), 1987.
- ROSAS, F., “A crise do liberalismo oligárquico em Portugal”, in *História da Primeira República Portuguesa*, Lisboa (Tinta da China), 2010, pp. 15-26.

- SANTOS VELASCO, “El proceso de secularización del matrimonio canónico y su concreción técnico-jurídica”, in *Cuadernos doctorales*, n.º 2 (1984), pp. 417-450.
- SHORTER, E., *A formação da família moderna*, tradução de Tereza Pérez, Lisboa (Teramar), 1995.
- SILVA PEREIRA, M., *O Direito da Família*, Lisboa (Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa), 2018.
- SOUSA, J., *O Registo Civil*, Lisboa (Companhia Nacional Editora), 1898.
- TORRES, A., *Casamento em Portugal: uma análise sociológica*, Oeiras (Celta Editora), 2002.
- \_\_\_., *Sociologia do casamento: a família e a questão feminina*, Oeiras (Celta Editora), 2001.
- \_\_\_., *Divórcio em Portugal, ditos e interditos: uma análise sociológica*, Oeiras (Celta Editora), 1996.
- \_\_\_., *Famílias em mudança: configurações, valores e processos de recomposição*, Oeiras (Celta Editora), 2007 (obra em que é co-autora juntamente com Maria das Dores Guerreiro, Cristina Lobo).
- VAZ DE CARVALHO, J., “O Concílio de Trento”, in *Brotéria*, volume 176, n.ºs 5 e 6 (2013), pp. 498-512.





# PRIMEIRA LEI DO CONTRATO DE TRABALHO EM PORTUGAL: LEI Nº 1 952, DE 10 DE MARÇO DE 1937

Margarida Seixas<sup>1</sup>

**Resumo:** No período da consolidação do Estado Novo em Portugal, as matérias laborais assumiram um papel central, ancorado no esforço para implementar o corporativismo, traduzido no Estatuto do Trabalho Nacional (ETN, 1933) e num acervo de novos diplomas sobre matérias laborais, entre os quais a primeira lei do contrato de trabalho (1937), que deve ser entendida como concretização do próprio ETN (férias, aviso prévio para despedimento, trabalho de mulheres e crianças, remuneração). Da análise dos debates na Assembleia Nacional e do parecer da Câmara Corporativa sobre a proposta do Governo ressaltam as finalidades da regulação laboral, bem como a assunção plena da natureza “especial” da relação jurídica de trabalho, em que se atenuava o “*aspecto jurídico*” e se fazia penetrar “*o aspecto económico e social*”, (mas sem esquecer o vínculo jurídico voluntário), para alcançar a realização de interesses diferentes, ambos legítimos e merecendo a tutela do Estado, através do “*justo equilíbrio*”.

**Palavras-chave:** Estado Novo, Direito do Trabalho, Corporativismo, Portugal

**Abstract:** During the consolidation of the Estado Novo in Portugal, labour issues took on a predominant role rooted in the effort to implement the corporativism conveyed in the Statute of National Labour (ETN, 1933) and in a collection of new legislation about labour matters such as the first of the work contract enactment (1937). This enactment can be acknowledged as the embodiment of the ETN (that is, paid vacation, advance notice of termination, women’s and child labour, and remuneration). In analysing the National Assembly debates and the Corporatist Assembly opinion about the government program, the highpoints were both the intent to regulate labour and the full belief in the special nature of the legal relation of labour. Here, while remembering the voluntary legal bond, the juridical feature was mitigated, and the social and economics viewpoint prevailed in order to achieve different interests, both of them legitimate and suitable for State protection by virtue of “fair balance.”

**Key-words:** “Estado Novo”; Labour law; Corporativism; Portugal.

SUMÁRIO: I. ESTADO NOVO E TRABALHO; II. A LEI DO CONTRATO DE TRABALHO DE 1937: 1. Processo legislativo; A. Proposta do Governo; B. Parecer da Câmara Corporativa; C. Debates na Assembleia Nacional; 2. Análise da Lei; A. Contrato de trabalho; B. Empregados e assalariados, ordenados e salários; C. Cessação; D. Férias; E. Protecção da maternidade; F. *Varia*; III. CONCLUSÃO. IV. BIBLIOGRAFIA.

---

<sup>1</sup> Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação em Teoria e História do Direito da Universidade de Lisboa. E-mail: margaridaseixas@fd.ulisboa.pt

## I. ESTADO NOVO E TRABALHO

Em Portugal, a 28 de Maio de 1926, um golpe militar derrubou a I República e iniciou um novo período (“Ditadura Militar”<sup>2</sup>), que veio a evoluir para o regime designado “Estado Novo”, consolidado essencialmente no início da década de 1930, em especial através da Constituição de 1933<sup>3</sup>. Foram várias as fontes do corporativismo português<sup>4</sup> que influenciaram as concepções que enformavam as matérias laborais e o tratamento que lhe era conferido pelo Direito. Pode apontar-se a forte influência do corporativismo italiano<sup>5</sup>, da doutrina social da Igreja<sup>6</sup>, do integralismo lusitano (com destaque para António Sardinha)<sup>7</sup>, do pensamento de António Costa Lobo e de Oliveira Martins,

---

2 Sobre o período da Ditadura Militar e os seus antecedentes, com análise cuidada e indicação de extensíssima bibliografia, pode ver-se Luís BIGOTTE CHORÃO, *A crise da República e a Ditadura Militar*, Porto (Sextante Editora – Porto Editora), 2010 (2ª edição). Sobre o Estado Novo, ver a lista de bibliografia referida na nota 4 e, para lá das várias obras indicadas neste texto, a obra muito completa de Luís REIS TORGAL, *Estados Novos Estado Novo. Ensaios de História Política e Cultural*, 2 volumes, Coimbra (Imprensa da Universidade), 2009 (2ª edição revista). Muito interessante, pela análise do tratamento do tema ao longo do tempo e por diferentes perspectivas, é o artigo de Francisco PALOMANES MARTINHO, “O Estado Novo na historiografia portuguesa: sobre a questão do Fascismo”, in *Historiografias Portuguesa e Brasileira no Século XX. Olhares Cruzados*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 2013, pp. 111-146, <http://hdl.handle.net/10316.2/38576>

3 Pode, *v.g.*, ver-se António ARAÚJO de 1933, *A Lei de Salazar*, Coimbra (Edições Tenacitas), 2007, livro que colige vários textos do Autor sobre a Constituição de 1933.

4 Sobre o corporativismo português – mas extravasando até o contexto nacional – pode ver-se a «Bibliografia essencial sobre o “corporativismo português”», em Fernando ROSAS e Álvaro GARRIDO (coord.), *Corporativismo, Fascismo, Estado Novo*, Coimbra (Almedina), 2012, pp. 313-319.

5 Como defendido desde há muito (mas talvez com algum exagero) por Manuel LUCENA, *A Evolução do Sistema Corporativo Português*, I, *O Salazarismo*, Lisboa (Perspectivas e Realidades), 1976. Afirmando essa influência, mas marcando claramente as diferenças, por exemplo António COSTA PINTO, *vg.* “O Estado Novo português e a vaga autoritária dos anos 1930 do século XX”, *O Corporativo em Português. Estado, Política e Sociedade no Salazarismo e no Varguismo*, Lisboa (ICS), 2007, pp. 45-47.

6 Sobre este aspecto, existe diversa bibliografia – também indicada na lista referida na nota 4 –, de que destaco uma obra mais recente, bastante completa: Daniele SERAPIGLIA, *La via portoghese al corporativismo*, Roma (Carocci), 2011, pp. 111 e ss. para a fase inicial do Estado Novo.

7 Ver, por exemplo, para a influência integralista na Constituição de 1933, Filipe Daniel de AREDE NUNES, *O pensamento político no nascimento do Estado Novo em espe-*

do corporativismo austríaco, da ditadura de Primo de Rivera e, inicialmente, do nacional-sindicalismo de Rolão Preto<sup>8</sup>. José João Abrantes assinala até uma influência do “«socialismo catedrático», com a defesa do reforço do Estado e da sua intervenção na vida económica, embora com respeito pela propriedade e iniciativa privada”<sup>9</sup>.

O corporativismo – para o qual “*as classes sociais não têm interesses antagónicos e o Estado tem a função de as fazer colaborar entre si*”<sup>10</sup> – apresentava-se como alternativa tanto face “*ao capitalismo selvagem de matriz demo-liberal, como ao colectivismo socialista*”<sup>11</sup>. Os novos regimes<sup>12</sup> – entre os quais o português – transportariam esta nova ideologia, uma concepção que exigia transformações institucionais para a criação do novo Estado corporativo, orgânico, contrário ao individualismo e ao conflito social.

Tendo como base teórica o associativismo profissional e a valorização dos corpos intermédios, pretendia-se uma auto-direcção da Economia, mas, na verdade, nunca foi esse modelo português, que construiu um Estado claramente intervencionista, baseado na unidade da Nação e na procura/imposição de paz social. Como diz Romano Martinez, “*o corporativismo, em Portugal, foi criado por lei*”<sup>13</sup>, ou seja, não se formou a partir da livre iniciativa de

---

*cial: a influência do integralismo lusitano na elaboração da Constituição de 1933* [texto policopiado], Lisboa: [s.n.], 2007, e também António ARAÚJO, “Dúvidas e incertezas sobre as origens da Constituição Política de 1933”, *A Lei de Salazar, cit.*, pp. 26-28.

8 Cf., entre muitos outros, António COSTA PINTO, vg. “O Estado Novo português e a vaga autoritária dos anos 1930 do século XX”, *cit.*; pp. 25-49 (o autor tem uma extensíssima obra sobre esta temática e outras conexas); Bernardo LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, I, I, Lisboa (Verbo), 2004, pp. 90-91, e Pedro ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Coimbra (Almedina), 2010 (5ª edição), pp. 94-95.

9 José João ABRANTES, «O Direito do Trabalho do “Estado Novo”», *Cultura*, Vol. 23 (2006), disponível em <https://journals.openedition.org/cultura/1518>, p. 2.

10 *Idem*, p. 3.

11 Goffredo ADINOLFI, “O corporativismo na ditadura fascista italiana”, in António COSTA PINTO e Francisco PALOMANES MARTINHO (org.), *A Vaga Corporativa – Corporativismo e Ditaduras na Europa e na América Latina*, Lisboa (ICS/UL), 2016, p. 41.

12 Para uma visão de conjunto comparativa, António COSTA PINTO, “O corporativismo nas ditaduras da época do Fascismo”, *VARIA HISTORIA*, vol. 30, nº 52, Jan/Abril 2014, pp.17-49.

13 Cf. Pedro Romano MARTINEZ, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 95. Para uma exposição clara desta dinâmica, presente em Portugal desde os alvares do Estado Novo, ver, por exemplo, Fernando ROSAS, “O Corporativismo Enquanto Regime”, *Corporativismo, Fascismo, Estado Novo, cit.*, pp. 20-22, reforçado nas pp. 26, 33-35.

associação, mas de uma criação (e controlo) estatal, que resultou no “*corporativismo de Estado*”<sup>14</sup>, ainda assim reflexo de uma concepção orgânica que ia perpassando a sociedade portuguesa<sup>15</sup>.

O sindicalismo traduzia-se na existência de sindicatos corporativos (cf. arts. 41.º, 42.º, 46.º e 47.º do Estatuto do Trabalho Nacional – ETN), representados na Câmara Corporativa, mas sem liberdade sindical efectiva e com proibição do mais importante meio de luta, a greve, que foi ilegalizada (tal como o *lock-out*) logo pelo Decreto-lei 13 138, de 15 de Fevereiro de 1927, norma reiterada pela Constituição de 1933 (art. 39º).

Porém, alguns sindicatos corporativos “[...] *acabaram por reivindicar melhores salários, contestar condições laborais e liderar diversas greves*”<sup>16</sup>. Também quanto às empresas, os caminhos do associativismo se revelaram sinuosos, com efectivo controlo ou mesmo intervenção do Estado<sup>17</sup>.

O Estado Novo era um regime autoritário/ditatorial e também claramente antiliberal, que esmagou a oposição (*v.g.* a dos partidos com maior expressão no operariado), com forte repressão e sérias limitações às liberdades de expressão e reunião e com recurso repetido à manipulação dos resultados eleitorais. Todavia, no período anterior à II Guerra Mundial, as “*preocupações da década de 30 parecem convergir para a organização das classes*

14 Bernardo LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, I, *cit.*, p. 92.

15 Francisco PALOMANES MARTINHO, “O Pensamento Autoritário no Estado Novo português: algumas interpretações”, *Locus: revista de história*, Juiz de Fora, 2007, v. 13, n. 2, p. 24: “Ainda que, nos campos político e institucional, o corporativismo português tivesse ficado incompleto, ele foi de fato eficiente no modelo cultural do Estado Novo. Uma orientação eminentemente orgânica dominou a visão que o regime procurou projetar ao seu respeito e a respeito do próprio país. No campo da propaganda foi posta em prática uma estranha unidade entre a direita radical integralista e o catolicismo tradicional e conservador.”

16 Álvaro GARRIDO, “Os bacalhoeiros em revolta: a «greve» de 1937”, *Análise Social*, vol. XXXVII (165), 2003, pp. 1191-1211.

17 Sobre este aspecto, ver o interessante artigo de Nuno Luís MADUREIRA, “O Estado, o patronato e a indústria portuguesa (1922-1957)”, *Análise Social*, XXXIII (148), 1998 (4.º), que adverte, quanto aos grémios: “*Nem sempre os «grémios» são sinónimos de organizações patronais. Nalgumas indústrias e na maior parte do comércio, este tipo de organismo corporativo alberga pequenos lojistas, estabelecendo-se fronteiras muito ténues entre patrão e assalariados. De notar, aliás, que alguns grémios resultam da transformação de antigas associações de classe, caso dos barbeiros e cabeleiros de Braga e Lisboa, ourives do Porto, hotelaria e similares do Norte, construção civil e obras públicas do Norte e da Madeira, retalhistas de leite de Lisboa e outros*” (p. 801, nota 34).

laboriosas, cativando-as para a causa do regime através de uma bateria de legislação social, contemplando velhas reivindicações nunca satisfeitas: desemprego, horário de trabalho, salários mínimos, férias.”<sup>18</sup>.

Os traços ideológicos do regime com óbvia repercussão nas matérias relacionadas com o trabalho eram bem visíveis na Constituição de 1933. Destaco o título VIII – *Da Ordem Económica e Social* e, em especial, o artigo 31.º, 35.º a 41.º. O art. 31.º atribuía ao Estado o direito e a obrigação de “coordenar e regular a vida económica e social”, com diferentes objectivos, entre os quais: “estabelecer o equilíbrio da população, das profissões, dos empregos, do capital e do trabalho” (1.º); “conseguir o menor preço e o maior salário compatíveis com a justa remuneração dos outros factores da produção, pelo aperfeiçoamento da técnica, dos serviços e do crédito” (3.º). O art. 35.º afirmava claramente a função social da propriedade, do capital e do trabalho, mas “em regime de cooperação económica e solidariedade, podendo a lei determinar as condições do seu emprego ou exploração conformes com a finalidade colectiva”.

No art. 37.º, estabelecia-se que as corporações económicas reconhecidas pelo Estado podiam celebrar contratos colectivos de trabalho e seriam nulos os que fossem celebrados sem a intervenção das mesmas.

Com peculiar relevo para a matéria laboral, foi publicado o já mencionado Estatuto do Trabalho Nacional (ETN, Decreto-lei nº 23048, de 23 de Setembro de 1933, DG nº 207<sup>19</sup>), que consagrou e desenvolveu os princípios da Constituição de 1933, muitas vezes quase duplicando integralmente o que já constava da mesma, repudiando o conflito social, nomeadamente consagran-

---

18 Nuno Luís MADUREIRA, “O Estado, o patronato e a indústria portuguesa (1922-1957)”, *cit.*, p. 798. Assim, a seríssima limitação ou mesmo proibição dos direitos mais “incómodos” dos trabalhadores (livre associação, greve, contratação colectiva) foram acompanhadas do reconhecimento – em alguns casos inovador – de direitos como os mencionados no excerto transcrito (ver, por exemplo, Fernando ROSAS, “O Corporativismo Enquanto Regime”, *Corporativismo, Fascismo, Estado Novo*, *cit.*, pp. 26-31) e de “preocupações sociais” (a este propósito, ver, com bastante desenvolvimento, Fátima PATRIARCA, *A questão social no Salazarismo 1930-1947*, 2 volumes, Lisboa (INCM), 1995, e, mais recentemente Filipe AREDE NUNES, *A Construção Jurídico-Política do Estado Social em Portugal Durante o Estado Novo (1933-1974). Contributo para o estudo da História do Pensamento Político em Portugal*, Lisboa (AAF DL), 2017.

19 Sobre o mesmo, pode ver-se José BARRETO, “Estatuto do Trabalho Nacional (1933)”, em A. BARRETO e F. MÓNICA (eds.), *Dicionário de História de Portugal – Suplemento*, vol. VII, Porto (Figueirinhas), 1999, pp. 680-684.

do no art. 5º que quer os indivíduos, quer os organismos corporativos estavam obrigados a actuar “*com espírito de paz social*”, obedecendo ao princípio de que a “*função da justiça*” apenas cabia ao Estado. Afirmava, no art. 10º, que era direito e dever fundamental deste último “*contrapor a sua acção a todos os movimentos e doutrinas sociais*” contrários aos princípios do próprio Estatuto. O ETN afirmava “*o princípio da mútua colaboração entre trabalhadores e empregadores como princípio geral orientador das relações de trabalho*”<sup>20</sup>.

Na sequência da proibição da Constituição de 1933, o ETN estipulava que a “*suspensão ou a perturbação*” das actividades das empresas (*lock-out*) e dos trabalhadores (greve ou outra forma de protesto) correspondiam a actos puníveis, mas remetia a fixação de penas para o “Regimento das Corporações” (art. 9º). A 18 de Maio de 1934, o decreto-lei 23 870 [DG nº 115/1934] haveria de determinar pesadas penas para a prática do *lock-out* e da greve. Lembro que a greve era ainda condenada na *Rerum Novarum (RN)*, de 1891 (ponto 22), e na *Quadragesimo Anno (QA)*.

O ETN era fortemente inspirado na *Carta del Lavoro* italiana, como é visível logo no art. 1º de ambos os diplomas:

“Artigo 1.º A Nação Portuguesa constitui uma unidade moral, política e económica, cujos fins e interesses dominam os dos indivíduos e grupos que a compõem.” (ETN)

“I. La Nazione italiana è un organismo avente fini, vita, mezzi di azione superiori per potenza e durata a quelli degli individui divisi o raggruppati che la compongono.

È una unità morale, politica ed economica che si realizza integralmente nello Stato fascista.” (*Carta del Lavoro*, 21 de Abril de 1927)

Há semelhanças em vários aspectos: consagração do trabalho como dever social (art. 21º do ETN e II da *CL*); organização profissional não obrigatória, mas estipulação de sindicatos reconhecidos e controlados pelo Estado como os únicos admissíveis (arts. 41º e 42º do ETN e III e VI da *CL*); relevância dos contratos colectivos de trabalho como instrumento de solidariedade social entre factores de produção (art. 32º do ETN e IV da *CL*); consagração de tribunais especiais do trabalho (arts. 50 a 52º do ETN e V da *CL*); valorização da iniciativa privada (art. 4º do ETN e VII da *CL*); inclusão na organização corporativa não só da actividade económica, mas também das profissões livres e das artes, visando o aperfeiçoamento moral (art. 40º do ETN e VIII da *CL*); intervenção subsidiária do Estado na produção económica (arts. 6º e 7º,

20 Maria do Rosário PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte I, Coimbra (Almedina), 2015 (4ª edição), p. 89.

§ 5º do ETN e IX da *CL*); iniciativa dos sindicatos nos serviços de colocação de trabalhadores e obrigação das empresas de escolher entre os indicados nas listas, embora no diploma português apenas “*em certos casos*” (art. 46º, primeira parte, do ETN e XXIII da *CL*, mas neste último caso consagrando a preferência pelos inscritos no Partido e sindicatos fascistas, segundo a antiguidade da inscrição); obrigação dos sindicatos de desenvolver as qualidades técnicas, disciplinares e morais dos trabalhadores (art. 46º, segunda parte, do ETN e XXIV da *CL*); atribuição aos sindicatos da defesa e vigilância da legislação laboral protectora dos trabalhadores (art. 47º do ETN e XXV da *CL*).

Também eram reconhecidos, em ambos os diplomas, alguns direitos dos trabalhadores que serão referidos *infra*, a propósito da análise da Lei de 1937.

Outra influência marcante é a das Encíclicas *Rerum Novarum (RN)* e *Quadragesimo Anno*, que afirmavam a dignidade do trabalho (v.g. ponto 13 da *RN*) e as obrigações recíprocas entre patrão e operário (ponto 10 da *RN*), proclamando a “concordia” para afastar a “luta de classes”. Este objectivo podia, na lógica do regime português, ser alcançada pelos sindicatos nacionais, como forma de representação legítima, em oposição aos sindicatos operários, organizações a eliminar quando “*não aceitassem a sua auto-destruição, isto é, a sua conversão ao ideário e ao espartilho dos Sindicatos Nacionais corporativos*”<sup>21</sup>.

Na mesma data do ETN, para lá dos decretos-lei nº 23 049 (bases dos grêmios, organismos corporativos das entidades patronais) e nº 23 050 (reorganizava os sindicatos nacionais<sup>22</sup>) foram também promulgados os decretos-lei nº 23 051 (criação e regulação Casas do Povo, organismos de cooperação social, com fins de previdência, assistência, instrução e progressos locais), nº 23 052 (promoção da construção de casas económicas, em colaboração com as câmaras municipais, corporações administrativas e organismos do Estado) e nº 23 053 (criação do *Instituto Nacional do Trabalho e Previdência* no sub-secretariado das Corporações e Previdência Social e extinção do Instituto de Seguros Sociais Obrigatórios e de Previdência Geral e dos tribunais dos desastres no trabalho, de árbitros avindores e arbitrais de previdência social).

21 Fernando ROSAS, “O Corporativismo Enquanto Regime”, *Corporativismo, Fascismo, Estado Novo*, cit., p. 24.

22 Para uma síntese bem conseguida sobre a dinâmica anterior e a reorganização dos sindicatos pelo Estado Novo, pode ver-se, por exemplo, Francisco PALOMANES MARTINHO, “Estado corporativo e organização do trabalho no Brasil e em Portugal (1930-1945)”, *Corporativismo, Fascismo, Estado Novo, A Vaga Corporativa – Corporativismo e Ditaduras na Europa e na América Latina*, cit., em especial nas pp. 184-195.

## II. A LEI DO CONTRATO DE TRABALHO DE 1937

Esta centralidade das relações laborais ficou bem espelhada logo na década de 1930, com o significativo crescimento da regulação de matérias laborais e da publicação da primeira lei do contrato de trabalho (Lei nº 1 952, de 10 de Março de 1937). A Lei deve ser entendida no contexto da época, em especial enquanto concretização de alguns dos aspectos do ETN, que constavam do mesmo de forma programática, quase todos com clara inspiração na *Carta del Lavoro*.

Contudo, não é esse o conteúdo que, na minha opinião, mais sobressai e que justifica uma análise autónoma e pormenorizada do diploma; como tentarei demonstrar o que o caracteriza como marco, mesmo para lá do Estado corporativo e das suas opções de política laboral, é a total e plena autonomia do contrato de trabalho e, pressuposta nesta, a autonomia do Direito do Trabalho. Para o comprovar, proponho uma análise pormenorizada da lei, demonstrando, assim, as especificidades próprias da regulação laboral, muitas das quais continuam actualmente a merecer tutela diferenciada.

A Lei continha 28 artigos e logo no 1º se definia o contrato de trabalho:

*“Artigo 1º Contrato de trabalho é toda a convenção por força da qual uma pessoa se obriga, mediante remuneração, a prestar a outra a sua actividade profissional, ficando, no exercício desta, sob as ordens, direcção ou fiscalização da pessoa servida.*

*§ 1.º O trabalho prestado por peça ou por tarefa, mesmo que o seja no domicílio ou estabelecimento próprio do trabalhador, fica sujeito ao regime jurídico do contrato de trabalho.*

*§ 2.º O trabalho prestado na transformação de matéria primas fornecidas por outrem, mediante certo preço pelo produto transformado, é equiparado, para os efeitos desta lei, ao trabalho prestado por peça.”*

Deve acentuar-se que a terminologia do corpo deste artigo substancialmente não difere do art. 1392º do Código Civil português<sup>23</sup>, que já mencionava a prestação de trabalho *segundo as ordens e direcção da pessoa servida*, mas é utilizada a designação “contrato de trabalho” e a expressão “actividade profissional”, novidades terminológicas e conceptuais significativas para a autonomização do Direito do Trabalho. E, de forma muito diversa do ante-

---

<sup>23</sup> “Art. 1392º: O serviçal assalariado é obrigado a prestar o trabalho, a que se propoz, conforme as ordens e direcção da pessoa servida. Se assim o não fizer, poderá ser despedido antes que finde o dia, pagando-se-lhe as horas de serviço prestado”.



riormente regulado, os §§ 1.º e 2.º submetiam ao mesmo regime do contrato de trabalho situações de qualificação jurídica duvidosa, atendendo prioritariamente à sua configuração económica. Voltarei *infra* a esta matéria.

## 1. Processo legislativo

### A. Proposta do Governo

Recuemos até ao momento inicial do processo legislativo, para melhor compreender as ideias orientadoras, os princípios subjacentes e as soluções adoptadas. A proposta do governo [publicada no *Diário das Sessões*, nº 95, 17 de Dezembro de 1936, sessão nº 93 da Assembleia Nacional, pp. 80-83] foi alvo de debate na Assembleia Nacional e do extenso parecer da Câmara Corporativa<sup>24</sup>. A proposta de lei começava com a enunciação da sua razão de ser, apresentando várias considerações, nomeadamente a insuficiência da regulação existente (contrato de prestação de serviços, regulado no Código Civil) para dar resposta à “*complexidade sempre crescente das relações jurídicas e sociais*” [*idem*, p. 80] entre trabalhadores e empregadores. A proposta visava suprir as deficiências mais evidentes até aquele momento e ampliar a protecção do “*dever social de trabalhar*”.

Quanto à definição do contrato de trabalho, até então balizada pela jurisprudência, interessam, em especial, as afirmações relativas às suas características. Podemos encontrar bem patente a linha de divisão entre os contratos de prestação de serviços e de trabalho. Sem subestimar a importância da subordinação jurídica (já assimilada no texto), a proposta salientava a existência de dependência económica [*idem*, p. 81]:

“*Decerto que o estado de subordinação ou dependência pessoal deve assinalar a linha divisória entre o contrato de trabalho e os demais contratos em que a actividade pessoal*

---

24 A Câmara Corporativa era um órgão de natureza consultiva, previsto nos arts. 102.º a 105.º da Constituição de 1933. A Câmara servia à representação dos organismos corporativos, que tinham natureza diversa – social, económica, laboral/sindical, cultural –, e das autarquias locais. A Câmara Corporativa tinha funções exclusivamente consultivas, com intervenção no processo legislativo através de pareceres (geralmente de elevada qualidade técnica) sobre propostas ou projectos da Assembleia Nacional e do Governo. Sobre a Câmara, pode ver-se, por exemplo, José Luís CARDOSO e Nuno Estevão FERREIRA, “A Câmara Corporativa e o Estado Novo em Portugal (1935-1974): competências, interesses e políticas públicas”, in António COSTA PINTO e Francisco PALOMANES MARTINHO (org.), *A Vaga Corporativa – Corporativismo e Ditaduras na Europa e na América Latina*, cit. p. 101-127.

*de uma das partes constitui o objecto da convenção; mas tem de admitir-se que, além da subordinação jurídica, em muitos casos, se considere o estado de dependência económica como suficiente para afirmar o vínculo contratual.”*

Eram ainda enunciados os motivos das soluções propostas, em linha com o que fora anteriormente definido pelo ETN, nomeadamente quanto às regras sobre a cessação do contrato e na regulamentação dos direitos concedidos em 1933, como direito a férias ou garantia do lugar durante o serviço militar obrigatório.

## **B. Parecer da Câmara Corporativa**

O parecer da Câmara Corporativa, de 15 de Janeiro de 1937, apreciava a proposta do governo na generalidade, mais brevemente, e na especialidade, com enorme detalhe, em 51 pontos distribuídos por 11 parágrafos. Assinam o parecer três célebres professores catedráticos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – José Gabriel Pinto Coelho (como relator), Domingos Fezas Vital (assessor, “*servindo como presidente*”), Abel Pereira de Andrade – e ainda o ex-ministro da Justiça e juiz conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Afonso de Melo Pinto Veloso.

O parecer assumia que a proposta regulava “*dos mais palpitantes*” aspectos do contrato de trabalho [*Diário das Sessões*, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, p. 250<sup>25</sup>] e apontava a segurança no emprego como “*a grande preocupação das modernas legislações do trabalho*”, depois do “*flagelo mundial do desemprego*” [*idem*].

A proposta é entendida como mais um passo do Estado Novo para melhorar a condição das “*classes trabalhadoras*”. As considerações sobre as finalidades da regulação jurídica e da intervenção do Estado são riquíssimas para a compreensão da ideologia e das influências do regime e mesmo das suas origens, enquanto filiado num movimento de reacção quer aos liberalismos (e ao “*tumultuário desenvolvimento das forças económicas*”, nas palavras do parecer), quer aos socialismos.

Outro traço muito interessante é a assunção plena da natureza “*especial*” da relação jurídica de trabalho. Obviamente que esta assunção não é completa novidade na legislação portuguesa, estava já pressuposta em muitos dos

---

<sup>25</sup> Disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r2/dan/01/01/03/107/1937-01-20/250?q=contratos%2Bde%2Btrabalho&pOffset=30&pPeriodo=r2&pPublicacao=dan&pSerie=01&pLegis=01>, pp. 250-279.

diplomas da I República e noutros posteriores a 1926; todavia, surgia neste parecer da Câmara Corporativa enunciada com invulgar clareza. O parecer louvava a intenção, expressa no relatório da proposta, de não manter o contrato de trabalho “*nos acanhados moldes das escassas e antiquadas disposições do nosso direito comum, ou do direito comercial*”, defendendo uma “*renovação*”, uma “*atualização*”, para uma harmonização com os “*progressos realizados*”. Afirmava que na nova regulamentação se atenuava o “*aspecto jurídico*” e nela se fazia penetrar “*o aspecto económico e social*”, para de seguida afirmar:

“*A relação de trabalho já não é considerada no aspecto geral de um contrato de direito privado, simples modalidade do contrato de prestação de serviços dominado pelo princípio da igualdade dos contratantes, respectivamente credor e devedor da prestação de trabalho [...] A perda ou a atenuação da juridicidade – permita-se a fórmula – do contrato de trabalho é, pois, o traço característico do seu novo regime jurídico, como o é afinal de todo o novo direito do trabalho [...]*” [p. 251].

Esta concepção foi essencial para a progressiva autonomia do contrato de trabalho, mas também, como resulta do trecho, do Direito do Trabalho, com necessidade de modelar o princípio da igualdade das partes e da autonomia da vontade do Direito Civil, tal como configurado pela construção jurídica oitocentista.

Porém, embora admitindo que a relação de trabalho não podia ser regulada como mero contrato de prestação de serviços devido às suas especificidades, o parecer acautelava o “*exagêro oposto*”, não esquecendo a existência de um vínculo jurídico contraído de forma voluntária para alcançar a realização de interesses diferentes, mas legítimos, e merecendo a tutela do Estado, através do “*justo equilíbrio*”, observado pela proposta. Esta apreciação geral demonstra que a Câmara não era alheia às questões políticas e jurídicas que se colocavam em Portugal e na Europa.

Quanto à apreciação na especialidade, o parecer, como anteriormente referi, realiza uma análise com enorme pormenor. Parece-me mais adequado apresentar algumas dessas considerações mais à frente, juntamente com a análise da Lei. Todavia, devo salientar, desde já, que o Parecer analisa os diferentes artigos da proposta detectando em alguns a influência de legislação de outros países, em especial da lei italiana, de 1924, e da Lei alemã de 9 de “Junho” de 1926.

O diploma italiano era o *Regio decreto legge* de 13 de Novembro de 1924

(*Disposizioni relative al contratto d'impiego privato*)<sup>26</sup>, referido como tal expressamente, na página 255 e na página 257 do parecer, composto apenas por 20 artigos, que tinham realmente algumas semelhanças com os artigos da proposta portuguesa.

O diploma alemão, integrado na política da República de Weimar, datava de 9 de Julho de 1926 – e não, como erradamente afirmava o parecer, Junho – tratava dos prazos de pré-aviso para o despedimento de empregados<sup>27</sup>.

### C. Debates na Assembleia Nacional

Foco, agora, os debates que tiveram lugar na Assembleia Nacional<sup>28</sup>, o primeiro a 26 de Janeiro de 1937, a que se seguiram os de 27, 28 e 29 de Janeiro. Importa, em primeiro lugar, dar espaço a algumas das reflexões mais genéricas dos deputados. Estes elogiavam a proposta, mas também apresentavam objecções e certas matérias – férias, cessação – foram mesmo muito discutidas. Alguns deputados consideravam a proposta muito protectora dos trabalhadores (temendo o prejuízo das empresas), outros pretendiam ampliar a tutela dos mesmos.

As intervenções elogiosas (mais cautelosas ou mais entusiastas) salientavam a importância desta lei dentro do paradigma corporativista e de busca de concórdia social, em oposição a liberalismos e socialismos. Mais interessante, na minha opinião, é verificar como também os deputados da Assembleia Nacional tinham integrado ou assimilado a especialidade desse Direito novo

---

26 Consultado, como se afirma no parecer, através do *Codice del lavoro: raccolta coordinata delle principali disposizioni vigenti*, Roma (U.S.I.L.A), na edição de 1930 (colectânea da legislação laboral vigente e não “código”, em sentido próprio).

27 “*Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten*”, ver, por exemplo, Román GIL ALBUQUERQUE, *El derecho del trabajo democrático en la República de Weimar*, Albacete (Editorial Bomarzo), 2017, pp. 172, 177, 334.

28 A Assembleia Nacional era a câmara dos deputados, prevista nos arts. 71º e 85º a 101º da Constituição de 1933, órgão de soberania a que cabia o poder legislativo (concorrencial com o do Governo, art. 108º, nº 2 da Constituição), sem competência para fiscalizar a actividade do Governo, que respondia apenas perante o Chefe de Estado (art. 107º). A Assembleia Nacional funcionava numa só câmara, sendo os deputados eleitos por sufrágio directo e por períodos de quatro anos, de início com lista única, mais tarde por listas não partidárias. A Assembleia poucas vezes exerceu a iniciativa de lei (também concorrencial com a do Governo, art. 97º da Constituição), limitando-se quase exclusivamente a aprovar as propostas do Governo.

– o Direito do Trabalho. Por outro lado, face ao contexto político do regime, é necessário indagar com cuidado das subtis divergências entre deputados na aparente concordância ou uniformidade de opiniões.

Na primeira sessão da discussão, tiveram intervenção os deputados Braga da Cruz e Águeda de Oliveira. Saudando a concessão às classes trabalhadoras daquilo a que “*legitimamente*” tinham direito, Braga da Cruz declarava que conhecia muitos casos “*da mais torpe e mais indecente*” exploração, pela “*avidez do patronato*” [Diário das Sessões, nº 110, 27 de Janeiro de 1937, sessão nº 108, p. 327]. Porém, receava que certas concessões – como a “*concessão das férias com o pagamento dos respectivos ordenados*” – fizessem desviar o fiel da balança, sendo necessário muito cuidado, para que não ocorresse posteriormente um retrocesso. Esta atitude de algum receio transparece de vários discursos na Câmara proferidos noutras sessões.

Mais interessante é o discurso seguinte, de Artur Águeda de Oliveira, considerando que a prestação de serviços nomeada na proposta era o contrato individual de trabalho (num sentido “*ampliativo*”), a que correspondia um “*regime jurídico novo*” [idem, p. 329]. Se tradicionalmente este contrato era visto como acordo ou consentimento das duas partes, agora colocava-se “*o problema das obrigações e dos deveres patronais em face dos direitos reconhecidos às classes trabalhadoras*”. Perante os novos problemas, o deputado interrogava-se se a reacção negativa às alterações resultava da “*preponderância do espírito jurídico romano, através de uma tradição muito forte*” ou do individualismo do Código Civil francês. Optava pela tradição romana, que sempre desvalorizara o trabalho, mas concluía com a nova visão do trabalho como “*dever de solidariedade social*”, imposto pelo Estado Corporativo. Sob esta perspectiva se devia entender a subordinação, à luz de uma colaboração entre todas as classes, já não como expressão da posição de enorme superioridade económica dos patrões que, no século XIX, impunham as suas condições de “*forma leonina e esmagadora*” (idem, ibidem, para as transcrições neste parágrafo). Por isso se fixavam as condições de trabalho e se promovia a estabilidade e garantia do emprego.

Na segunda sessão, discursaram os deputados Querubim Guimarães, Lopes da Fonseca e Alberto Navarro. Querubim Guimarães, num discurso cauteloso, referia o “*exagero de reformas*” levadas a cabo pelos “*Estados esquerdistas*” como a França, com natureza “*revolucionária*” [Diário das Sessões, nº 111, 28 de Janeiro de 1937, sessão nº 109, p. 339 e, de novo, na p. 341], bem como, mais à frente, os excessos capitalistas do século XIX, causadores da

luta de classes e esta as “*fórmulas anti-sociais e anti-humanas*” que tinham posto o “*mundo em sangue e fogo*” [*idem*, pp. 340-341]. Já em Portugal, afirmava, a reforma tinha natureza conciliatória e de equilíbrio de interesses, para não causar a “*ruína*” das empresas.

Discursou, de seguida, Lopes da Fonseca, que elogiava a proposta e considerava que visava conferir ao contrato de trabalho “*uma determinada e indispensável fixidez*”, através do aviso prévio, embora também apontasse algumas críticas quanto ao não pagamento do trabalho prestado quando o trabalhador se despedia e quanto às férias, que, ao contrário de outros deputados, considerava “*apoucadas*” [*idem*, p. 342].

Seguiu-se o deputado Alberto Navarro que, tecendo amplas considerações sobre a proposta, afirmava:

*“Levanta-se, cada vez mais forte, o direito do trabalho. [...]”*

*Entre o patrão e o trabalhador – quer êle seja o empregado, quer o operário – aparece como supremo mediador – em nome da colectividade – o Estado.*

*Não para os considerar partes iguais – porque equipará-los seria desde logo pôr numa situação de inferioridade o trabalhador -, não para estabelecer leis e premissas, como se êles fôsem dois vulgares outorgantes, num simples contrato sinalagmático, adstritos a obrigações similares e gozando de direitos equivalentes, mas para estabelecer um direito novo que surge, que marcha e se fortalece à medida que a humanidade avança, direito que, pondo de parte as regras da hermenêutica jurídica e dos princípios gerais do direito, vai assentar as suas bases e mergulhar as suas raízes mais profundas no interêsse económico e social que a todos e a tudo sobreleva.”* [*idem*, p. 43].

O deputado continuava a intervenção, elogiando o contributo do nacional-socialismo alemão, citando a encíclica *Rerum Novarum* de 1891 e Lacordaire (Jean-Baptiste-Henri Dominique), embora de forma abreviada: [*idem*, p. 44] “*Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que mata, é a lei que liberta*” (no original do Autor: “*Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit.*”). Contrapunha a anterior situação caótica de Portugal à actual (país “*forte, organizado, disciplinado e respeitado interna e externamente*”, *idem, ibidem*), fruto do Estado Novo, com tantas intervenções no mundo do trabalho, apelando à unidade nacional e ao apoio ao novo regime, criticando os opositores declarados, mas também os indiferentes.

A terceira sessão contou com as intervenções de Antunes Guimarães, Correia Pinto, Carlos Borges, Botelho Neves e Pinto Mesquita (que não concluiu, transitando para a sessão seguinte). Começou por discursar Antunes Guima-

rães, elogiando a proposta, salientando a sua forma “*bem equilibrada*” [Diário das Sessões, nº 112, 29 de Janeiro de 1937, sessão nº 110, p. 357], que traduzia afinal a divisa, extraída da encíclica *Rerum novarum*, absolutamente central no corporativismo português – *não luta mas concórdia de classes* –, como anteriormente afirmado:

“*Mas nesta proposta de lei o operário surge, poderíamos dizê-lo, de braço dado com o patrão, em fórmula bem equilibrada, trabalhando todos, conforme suas competências e em perfeita solidariedade, para o bem de todos, cônscios dos seus direitos, mas escurpulosos cumpridores das respectivas obrigações, auxiliando-se mutuamente, dentro da ordem e daquela disciplina que é a base da justiça social, expressa na hierarquia do Estado Novo, que todos os bem intencionados acatam e respeitam.*”

Discursou, de seguida, o deputado padre Correia Pinto, elogiando a proposta e invocando de novo a *Rerum Novarum* e a defesa dos pobres pela Igreja. Justificava a luta dos operários com a “*secularização progressiva*” do capital [*idem*, p. 359] e defendia a necessidade da resposta do Estado e as vantagens do contrato de trabalho, que sempre existira, sendo os companheiros nas antigas corporações “*assalariados*”. Repudiava outros modelos, diferentes do Estado Novo, único capaz de enquadrar os trabalhadores e de os dirigir patriótica e politicamente (“*para as grandes manifestações patrióticas, para assistir aos grandes comícios anticomunistas*”, *idem*, p. 360).

Seguiu-se Carlos Borges, igualmente invocando os excessos do capitalismo oitocentista e a “*despersonalização*” do patrão, bem como a transformação do salário em “*mercadoria*”, conduzindo à formação de sindicatos, primeiro para obter melhores condições, depois com a “*ânsia de destruir, de demolir, de conquistar o poder*”, com recurso à “*greve política e revolucionária*”, “*movimento destruidor, subversivo, anarquizante*” (*idem, ibidem*), a que tinham respondido os patrões com o *lock-out*. Tudo resolvera o Estado Novo, que proibira a greve e *lock-out*, substituindo a luta de classes pela “*coordenação de interesses, de direitos e obrigações*” [*idem*, p. 361].

Discursou depois Botelho Neves que se focou essencialmente na matéria das férias, elogiando a sua consagração, destacando o seu “*aspecto social*” [*idem*, p. 362] e justificando a exequibilidade da medida com os anteriores usos em muitas empresas e com a comportabilidade económica, considerando que poderia ser um factor de diminuição do desemprego.

A última intervenção na sessão foi a de Pinto Mesquita, que considerava desadequada a regulação do Código Civil de 1867, mas sem deixar de salien-

tar certos aspectos reveladores de uma certa sensibilidade aos problemas do trabalho.

Na quarta e última sessão, usaram da palavra no debate na generalidade apenas os deputados Pinto Mesquita (que não terminara a sua intervenção na sessão anterior) e Pinheiro Torres, os quais eram também autores de muitas das propostas de alteração e aditamento votadas na discussão da proposta na especialidade. Pinto Mesquita, após recapitular o afirmado na terceira sessão, avançou para o tema das férias, aceitando a sua obrigatoriedade, mas propondo que do texto constasse a proibição de trabalhar para outrem durante o tempo de férias e sugerindo a realização de excursões para a “*instrução*” dos trabalhadores [*Diário das Sessões*, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, p. 374]. Abordou ainda o problema da cessação do contrato, admitindo como princípio a necessidade de um período de antecipação nos contratos sem termo, e referiu a consagração do exercício do direito à manutenção do contrato pelos trabalhadores que cumpriam serviço militar obrigatório, previsto no art. 29º do ETN e regulamentado pelo art. 16º da proposta do Governo – o deputado viria a propor, como se verá *infra*, a fixação de um prazo para aviso da entidade patronal quando findo o serviço militar (art. 18º da Lei).

O deputado Pinheiro Torres tecia algumas considerações sobre a insuficiência da regulação do Código Civil, fruto da influência do Direito Romano e do Código de Napoleão, apontando o novo caminho:

*“Importava pois não fazer diminuir o aspecto jurídico do problema, para nêle fazer penetrar o aspecto económico social, mas criar um direito novo, o direito do trabalho, novo ramo no quadro geral do direito moderno, sem quebrar a unidade do direito pátrio, esse que um jurisconsulto classifica como direito público, visto que os seus três ramos – processual, administrativo e sindical – têm todas as características do direito público.”* [*idem*, p. 376].

Findo o discurso de Pinheiro Torres, teve início a discussão na especialidade.

## **2. Análise da Lei**

Voltemos então à Lei, para a análise dos seus artigos, tendo em conta as matérias tratadas na mesma.



## A. Contrato de Trabalho

Vimos já o art. 1.<sup>o</sup>, aprovado na Assembleia Nacional sem alterações e alvo de uma longa análise no parecer da Câmara Corporativa. Este salientava que o contrato de trabalho era um contrato de prestação de serviços, mas era “*uma modalidade especial*” [Diário das Sessões, n.<sup>o</sup> 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão n.<sup>o</sup> 105, p. 251]. Partindo do contrato de prestação de serviço salariado, o contrato de trabalho enquadrava uma prestação de facto, neste caso, a prestação da actividade profissional, sob ordens, direcção ou fiscalização do outro contraente, em que o traço diferenciador estava já presente no elemento “ordens e direcção” do art. 1392.<sup>o</sup> do Código Civil, a que se acrescentava o termo “fiscalização”:

*“Mas ainda assim não fica esgotado o conteúdo característico do contrato de trabalho. A proposta, depois de referir como objecto do contrato a prestação da actividade profissional, acrescenta: - ficando quem a presta, no exercício dessa actividade, sob as ordens e direcção ou fiscalização da pessoa servida. Estes elementos, que aparecia já referido no artigo 1392.<sup>o</sup> do Código Civil, relativo ao serviço salariado, é agora o traço diferencial da categoria jurídica «contrato de trabalho».”* [idem, ibidem].

E esse elemento “ordens e direcção” – que chegara ao Código Civil por influência do Código da Prússia de 1794<sup>29</sup> – traduzia, agora, a dependência pessoal ou subordinação jurídica, reforçando o parecer a continuidade da influência germânica, através da doutrina e da jurisprudência:

*“Aceitou, pois, a proposta como característica essencial do contrato de trabalho, que permite diferenciá-lo dentro da classe mais geral do contrato de prestação de serviços, o elemento da dependência pessoal qua doutrina e a jurisprudência alemãs admitem unânimemente como critério distintivo entre estas duas categorias jurídicas. Esta situação de dependência pessoal (Abhängigkeit) de quem presta o serviço é correlativa do poder de fiscalização ou de direcção (Direktionsrecht) que pertence à entidade patronal.”* [idem, ibidem].

Considerava o parecer que esta terminologia “*se atinha a uma ideia nítida de dependência jurídica*” [idem, p. 252]. Todavia, alargando o âmbito de aplicação, o § 1.<sup>o</sup> do art. 1.<sup>o</sup> ordenava a sua aplicação àqueles que prestavam trabalho por

---

<sup>29</sup> Sobre esta matéria, ver Margarida SEIXAS, *Pessoa e Trabalho no Direito Português (1750-1878): escravo, liberto e serviçal*, Lisboa (AAFDL/Lisbon Law Editions), 2016, pp. 699-704.

peça ou por tarefa (mesmo que no seu domicílio ou estabelecimento próprio) e o § 2.º equiparava a estes o trabalho de transformação de matérias-primas fornecidas por outrem mediante preço fixado para o produto transformado.

Assim, do artigo 1º resultava a aplicação da Lei quer a situações de dependência pessoal (ou subordinação jurídica), que correspondiam rigorosamente ao contrato de trabalho, quer a situações de dependência económica, que não lhe correspondiam, mas que mereciam, no entender do legislador, idêntica protecção.

O art. 2º – cuja redacção correspondia à proposta de Querubim Guimarães [*Diário das Sessões*, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, pp. 376-377] – adoptando a proposta de corpo do artigo da Câmara Corporativa, para aperfeiçoar a redacção [*Diário das Sessões*, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, p. 254], e mantendo o parágrafo único – previa a fixação de condições por contrato individual, por regulamento de empresa ou por contratação colectiva.

A matéria dos contratos colectivos constava já dos arts. 32º a 34º do ETN, como ficou dito, prevendo a possibilidade de aprovação pelo Governo e tendo como consequência a sua obrigatoriedade para todos os patrões e trabalhadores da actividade respectiva, independentemente de inscrição nos sindicatos ou grémios (art. 33º).

## **B. Empregados e assalariados; ordenados e salários**

Na Lei, “*a exemplo do que se faz em diversas legislações estrangeiras*” [cf. parecer da Câmara Corporativa, *Diário das Sessões*, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, p. 254]<sup>30</sup> e no próprio ETN, ficou consagrada a distinção entre empregados (“*aqueles cujo trabalho se caracteriza pelo predomínio do esforço intelectual sobre o físico ou os que, pelo grau da sua hierarquia profissional, devam ser considerados colaboradores directos da entidade patronal*”) e assalariados, (“*os trabalhadores cujo serviço se reduza à simples prestação de mão de obra ou que, pela natureza do serviço, não possam classificar-se como empregados*”) como constava da proposta e apesar das considerações dos deputados, pois a matéria foi muito discutida.

---

30 Os já mencionados diplomas italiano de 1924 (que será referido *infra*) e alemão de 1926 (este último estipulava um prazo de pré-aviso mais longo para o despedimento dos empregados com mais idade, distinguindo entre empregados assalariados e trabalhadores manuais).

O parecer da Câmara Corporativa afirmava que esta diferenciação – com a consequência de atribuição de maiores vantagens aos empregados – era geralmente justificada pela maior especialização destes últimos, sendo-lhes mais difícil, uma vez despedidos, encontrar um novo emprego. Todavia, a diferenciação comportava dificuldades práticas, pois as definições legais, que permitiam distinguir facilmente entre extremos, não tinham a mesma utilidade, como afirmava a proposta do Governo, num “*sem número de formas intermédias de actividade com tam íntimos pontos de contacto entre os dois grupos*” [Diário das Sessões, nº 95, 17 de Dezembro de 1936, sessão nº 93, p. 81].

Estas dificuldades de diferenciação justificavam a enumeração exemplificativa dos §§ 1.º (“*gerentes, contabilistas ou quaisquer profissionais de escritório, caixeiros e seus auxiliares, dactilógrafos e outros que desempenhem funções similares*”) e 2.º (“*operários de artes e ofícios*”) do artigo 4º, aliás largamente elogiada no parecer da Câmara Corporativa, uma vez que acolhia a opinião que a própria Câmara exprimira anteriormente, no parecer sobre a proposta de lei dos acidentes de trabalho, julgando preferível esta indicação de “*grandes linhas ou traços dominantes do conceito jurídico [...] permitindo assim à jurisprudência um trabalho de elaboração jurídica*” [Diário das Sessões, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, p. 255].

O parecer também tecia amplas considerações sobre o critério de distinção entre categorias, recorrendo ao comentário do “*Código de Trabalho*” italiano de 1924<sup>31</sup> (edição da U.S.I.L.A., Roma, 1930), baseando-se “*na natureza das funções exercidas, na actividade fornecida*” [*idem*, p. 257]. Aproveitava a dúvida quanto à classificação do trabalhador doméstico para o excluir da aplicação da lei e considerava que convinha fixar condições especiais para os trabalhadores agrícolas, pois algumas disposições da lei não deviam “*ser extensivas aos trabalhadores rurais*” [*idem*, pp. 257-258].

Quanto ao mecanismo do § 3.º, o parecer também o apreciava favoravelmente e, referindo que a função de interpretação e aplicação da lei cabia aos tribunais, exprimia uma visão restritiva da sua intervenção na actualização,

---

31 O já referido *Regio decreto legge* de 13 de Novembro de 1924 (*Disposizioni relative al contratto d'impiego privato*) comportava uma distinção diversa: no art. 4 (período experimental), distinguia-se entre, por um lado, “*institori, procuratori, rappresentanti a stipendio fisso, direttori tecnici o amministrativi ed impiegati di grado e funzioni equivalenti*” e por outro “*tutte le altre categorie di impiegati*”. No art. 10º (prazo de pré-aviso para o despedimento pela entidade empregadora), conjugando com a antiguidade, distinguia-se entre três categorias diferentes, enunciando em cada uma delas os profissionais que na mesma cabiam.

preferindo deixá-la ao Governo (“juiz supremo da utilidade social da aplicação de um ou de outro dos regimes definidos na lei”), na figura do sub-secretário, a “função integradora e unificadora”, pois esta era “uma distinção necessariamente dominada por aspectos económicos e sociais da relação jurídica do trabalho” [*idem*, p. 256].

Na sequência do art. 4º, distinguia o art. 5º (aprovado sem alterações) entre os ordenados dos empregados e os salários dos assalariados, estabelecendo o seu § único a presunção do pagamento mensal do ordenado. O parecer da Câmara Corporativa assinalava que a forma de pagamento (ordenado ou salário) podia “representar um elemento integrador e complementar da distinção”, mas não podia “elevantar-se a elemento decisivo ou determinante dela” [*idem*, p. 258].

Já o art. 6º (cujo corpo e § 1º foram aprovados sem alterações) fixava o que estava compreendido no ordenado ou salário: remuneração em dinheiro, fixa ou variável, géneros, alimentação, habitação e qualquer outra retribuição regular ou permanente; quando a remuneração em dinheiro era variável, o montante era calculado pela média do recebido nos últimos três anos (§ 1º). Antes de completado este prazo, o valor era apurado pela média do recebido desde o momento da admissão (§. 2), conforme proposta de Querubim Guimarães [*Diário das Sessões*, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, pp. 377-378]. O § 3º, conforme as propostas de Querubim Guimarães e Cancela de Abreu [*idem*, p. 378] salvaguardava o estabelecido por regulamentos, convenções especiais ou usos sobre o pagamento de horas extraordinárias, abonos em caso de doença e remuneração excepcional semelhante. Por último – em consonância com o parecer da Câmara Corporativa [*Diário das Sessões*, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, pp. 258-261] como preocupações de algumas secções (transportes, artes gráficas e imprensa) – o § 4º, conforme propostas de Querubim Guimarães e Cancela de Abreu [*Diário das Sessões*, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, p. 378] fixava que nos transportes marítimos e ferroviários ou noutras actividades, sendo a remuneração variável em função de percentagens ou de coeficientes e impraticável a forma de cálculo dos parágrafos antecedentes, a determinação resultaria do estabelecido em regulamentos, acordos ou convenções aprovados pelo sub-secretário de Estado das Corporações e Previdência Social.

A prova do pagamento do trabalho extraordinário ficava sujeita, pelo art. 16º, a recibo especial, sendo os empregadores obrigados a organizar um registo das horas diariamente prestadas por cada trabalhador (como actualmente

previsto no art. 231º do CT, designado trabalho suplementar) – sem prejuízo do estabelecido nos regulamentos, acordos ou convenções que viessem a ser aprovados pelo sub-secretário de Estado das Corporações e Previdência Social conforme § único do art. 16º, aditado por proposta de Madeira Pinto [*Diário das Sessões*, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, p. 387, referido como art. 15º], em linha com o parecer da Câmara Corporativa [*Diário das Sessões*, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, pp. 275-276].

No art. 22º, ficou consagrado que as remunerações existentes à data da publicação da Lei não podiam ser diminuídas por aplicação desta última.

Os arts. 23º a 25º regulavam a prescrição de remunerações: o art. 23º, resultado da proposta de Pinto Mesquita [*Diário das Sessões*, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, p. 390, referido como 21º-A] fixava seis meses para os ordenados dos empregados (não se referem os dos assalariados) pagos mensalmente; o art. 24º, alterado cf. proposta do mesmo deputado [*idem*, referido como 22º], estabelecia o mesmo prazo de prescrição de “ordenados e salários” para o trabalho extraordinário e indemnizações. Era já fixada a regra que se manteve até actualidade: o prazo apenas começa a correr com a cessação do contrato (hoje consagrada no art. 337º do CT).

Não é de estranhar que a lei não fixasse a exigência de um ordenado mínimo fixado por lei. Um aspecto revelador da ideologia assumida pelo ETN estava tratado no art. 24º: os ordenados ou salários teriam um limite mínimo “*correspondente à necessidade de subsistência*”. Estipulava-se, contudo, que a remuneração não estava sujeita a regras absolutas, sendo regulado pelos contratos de trabalho e/ou pelos regimentos corporativos, “*em conformidade com as necessidades normais da produção, das emprêsas e dos trabalhadores e também do rendimento do próprio trabalho.*” Esta ideia não era exclusiva, mas resultava claramente da encíclica *Rerum Novarum*, pois a remuneração teria de ser suficiente para o sustento com dignidade do trabalhador e da sua família (RN, ponto 27), pelo que as leis de mercado não são suficientes para cumprir esta condição de justiça; todavia era ainda criticada a fixação de um valor mínimo.

### C. Férias

Um novo direito, alvo de extensas considerações no parecer da Câmara Corporativa, muito favoráveis à proposta [*Diário das Sessões*, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, pp. 261-266], assim como muito discutido nos

debates da União Nacional, ficou regulado nos artigos 7º e 8º do diploma e diferenciado conforme concedido a empregados ou a assalariados. Lembro que já o ETN tinha consagrado no seu artigo 28º o dever de conceder férias pagas:

*“Artigo 28.º Nas empresas deve ser consentido aos respectivos trabalhadores com serviço permanente um período, mesmo reduzido, de férias pagas em cada ano.”*

Também neste aspecto estava presente a influência da *Carta di Lavoro* (XXI da CL) e a LCT vinha, assim, regular uma obrigação já antes consagrada e executava-a de forma modesta, em sintonia, aliás, com o próprio ETN que tivera o cuidado de introduzir a expressão “*mesmo reduzido*”. O artigo 7º da Lei de 1937 consagrava esse direito dos empregados, embora limitado à dimensão da empresa e concedido em função dos anos já prestados de “bom e efectivo serviço”:

*“Art.º 7: Os empregados dos quadros permanentes das empresas comerciais ou industriais, singulares ou colectivas, que tenham normalmente ao seu serviço seis empregados, pelo menos, têm direito a um período de férias, com remuneração, não inferior a quatro, oito ou doze dias em cada ano civil, conforme tenham mais de um, três ou cinco anos de bom e efectivo serviço.”*

No artigo 8º, consagrava-se o direito dos assalariados, ainda mais limitado:

*“Art.º 8: As emprêsas comerciais e industriais que empreguem normalmente vinte assalariados, pelo menos, são obrigadas a conceder aos dos quadros permanentes um período de férias, com remuneração, não inferior a três ou seis dias em cada ano civil, conforme tenham mais de três ou seis anos de bom e efectivo serviço.”*

Embora o parecer da Câmara Corporativa acolhesse bem as limitações ao direito dos trabalhadores, que já constavam da proposta do Governo, algumas das secções da Câmara tinham considerado injustificadas essas limitações em função do número de empregados ou assalariados de cada empresa [*Diário das Sessões*, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, p. 263]. Porém, essas considerações das secções foram alvo de severas críticas no parecer, como prestando um “*mau serviço à Nação*” [*idem*, p. 264]. Quanto aos períodos de férias, algumas secções julgaram-nos escassos, propondo outros mais longos, e o parecer considerava que se poderia quer aumentar o número de dias de férias (seis, doze e quinze dias para os empregados; cinco e oito dias para os assalariados), quer diminuir – para dois e quatro anos – o tempo

de serviço necessário para os assalariados as poderem gozar [*idem*, p. 265]. Esta proposta, não foi, como é óbvio, acolhida na Lei.

Os vários parágrafos do artigo 7º aplicavam-se também ao direito dos assalariados, previsto no artigo 8º (cf. §. único deste artigo), consagrando já algumas regras que protegiam o trabalhador – mesmo contra sua própria vontade – e que eram semelhantes em parte à protecção ainda hoje garantida pelo actual Código de Trabalho (v.g. arts. 237º, 240º, 246º, 247º). Determinava-se que as férias fixadas não prejudicavam outras de duração superior fixadas por convenção expressa ou concedidas pelas empresas, “*de harmonia com os usos e costumes*” (art. 7º, § 1.º); as férias deveriam ser gozadas em dias seguidos, sem prejuízo do funcionamento da empresa, sendo gozadas no primeiro trimestre do ano seguinte se não pudessem ser gozadas no ano corrente (art. 7º, § 2.º). Um traço importantíssimo era a estipulação de nulidade da convenção de renúncia do gozo de férias ou de substituição das mesmas por remuneração (art. 7, § 3.º); o incumprimento destas regras importava o pagamento do triplo do ordenado do período de férias a que o trabalhador tinha direito e respectiva multa (art. 7, § 4.º). Nos parágrafos § 2.º e 4.º, a redacção integrou as propostas do deputado Madeira Pinto, incorporando o gozo de férias no ano civil seguinte [*Diário das Sessões*, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, pp. 379-381]; as propostas seguiam a orientação adoptada pelo parecer da Câmara Corporativa, que salientava a conveniência, para as empresas e também para alguns trabalhadores, de as férias de um ano poderem ser gozadas no ano civil seguinte [*Diário das Sessões*, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, pp. 265-266].

O artigo 9º foi introduzido na discussão na especialidade da Assembleia Nacional, por proposta do deputado Pinto Mesquita, estipulando que o trabalhador não poderia, durante o período de férias, exercer a sua actividade profissional para qualquer outro empregador [*Diário das Sessões*, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, p. 381, aí referido como art. 8º-A], de modo a que, como afirmara o mesmo deputado ainda no debate na generalidade, o direito a férias, que visava o descanso, não fosse “*desviado da função da própria lei*” [*idem*, p. 373].

#### **D. Cessação do contrato**

O artigo 10º – dedicado à cessação do contrato, independentemente de justa causa – e os artigos 11º e 12º – despedimento por justa causa – foram

dos mais discutidos pelos deputados. Já na Câmara Corporativa, os artigos correspondentes da proposta (arts. 9º a 11º) tinham sido alvo de vários reparos pelas diferentes secções [*Diário das Sessões*, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, pp. 266-267] e de amplas considerações sobre os textos legais italiano e alemão que tratavam esta matéria, já mencionados *supra* [*idem*, pp. 268-269].

Quanto ao artigo 10º, o despedimento, por iniciativa do empregador ou do empregado, poderia ter lugar mediante aviso prévio, sendo o prazo previsto para a denúncia pelo empregado metade do prazo previsto para a denúncia pelo empregador, por proposta do deputado Pinheiro Torres [*Diário das Sessões*, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, p. 381 e p. 386, aí referido como art. 9º] e em concordância com algumas observações de secções da Câmara Corporativa e também do próprio parecer, acompanhando a lei alemã de 1926 [*Diário das Sessões*, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, pp. 269-270]:

A segunda parte do artigo foi muito discutida, pois tratava da indemnização devida na falta de aviso prévio, que deveria ser paga quer pela entidade empregadora, quer pelo empregado. Na Assembleia Nacional, o deputado João Amaral apresentou uma proposta, subscrita pelos deputados Cunha Gonçalves, Moreira de Almeida, Cancela de Abreu e Camarate de Campos, eliminando os §§. 3.º e 4.º, para que o trabalhador se pudesse despedir sem cumprir o aviso prévio e sem pagar nesse caso nenhuma indemnização, mas a mesma foi rejeitada pela Assembleia [*Diário das Sessões*, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, p. 382-386, sempre referido como artigo 9º]. Também não foi acolhida a crítica do parecer da Câmara Corporativa, que considerava desadequado o pagamento da indemnização pelo trabalhador que se despedia sem aviso prévio nos mesmos termos do pagamento pela entidade patronal que despedia sem aviso prévio, pois o prejuízo era seguramente inferior no primeiro caso – assim, mais do que uma indemnização paga pelo trabalhador para indemnizar o dano, estipulava-se “*uma multa pela violação irregular do contrato, sanção de natureza essencialmente diversa, destinada a compelir o contraente à observância do regime legal do contrato [...] a indemnização forfaitaire*” [*Diário das Sessões*, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, pp. 270-271, sublinhado em itálico no original].

Ficou assim aprovada a proposta original, mas com a alteração proposta no § 3.º por Pinto Mesquita [*Diário das Sessões*, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, p. 381 e p. 386, aí referido como art. 9º]:

“§ 1.º O empregado avisado da rescisão do contrato tem direito ao ordenado corres-



*pondente ao tempo por que se conservar ao serviço. Se a entidade patronal se recusar a mantê-lo ao serviço até ao fim dos prazos referidos terá de lhe pagar como se ao serviço estivesse.*

*§ 2.º Sendo o empregado despedido sem aviso prévio, e sem justa causa, terá direito ao ordenado correspondente ao trabalho prestado e, a título de indemnização, ao ordenado correspondente ao prazo do aviso prévio que no caso couber.*

*§ 3.º O empregado que, na falta de justa causa, se despedir sem aviso prévio fica sujeito a uma indemnização igual ao ordenado correspondente ao respectivo período.*

*§ 4.º As indemnizações provenientes da falta de aviso prévio poderão ser reduzidas por prudente arbítrio do juiz quando se prove que excedem o prejuízo efectivamente sofrido por um ou outro dos contraentes.”*

Quanto aos artigos 11º e 12º, tratavam da denúncia do contrato com justa causa, sendo enunciados os factos ou circunstâncias que a podiam integrar e remetida a sua avaliação para sede judicial. No art. 11º, era regulada a justa causa, que podia ser invocada por qualquer das partes (enunciando algumas causas concretas), cabendo a apreciação ao juiz, tendo em conta as diferentes circunstâncias. Saliento a ligação da justa causa com as circunstâncias que impediam a subsistência das relações pressupostas no contrato e a enunciação não taxativa de certas condutas ou factos (como actualmente nos arts. 351º e 394º do CT):

*“Art. 11º*

*A existência de justa causa para a rescisão ou denúncia do contrato por qualquer das partes será apreciada pelo juiz, segundo o seu prudente arbítrio, tendo sempre em atenção o carácter das relações entre dirigentes e subordinados, a condição social e o grau de educação de uns e outros e as demais circunstâncias do caso.*

*§ único. Considera-se justa causa qualquer facto ou circunstância grave que torne prática e imediatamente impossível a subsistência das relações que o contrato de trabalho supõe, e em especial:*

- 1) Moléstia contagiosa ou doença prolongada do empregado que o impeça de continuar prestando o serviço ajustado;*
- 2) Ofensas à honra, dignidade ou interesses de qualquer das partes, considerando-se como patrões, para êste efeito, aqueles que os representem na direcção da empresa;*
- 3) Falência ou insolvência civil, judicialmente verificadas, da entidade patronal ou a sua manifesta falta de recursos para promover a exploração comercial ou industrial.”*

O deputado Pinto Mesquita apresentara uma proposta (também subscrita por Lopes Fonseca) para acrescentar na alínea 1) do art. 11º a palavra “*prolongada*”, para evitar um despedimento em qualquer situação de doença, ainda que breve [Diário das Sessões, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão

nº 111, pp. 382-383, referido na discussão como art. 10º]. Já antes a questão fora levantada pelo deputado Pinheiro Torres [*Diário das Sessões*, nº 112, 29 de Janeiro de 1937, sessão nº 110, pp. 361-362].

No artigo 12º eram enunciadas as causas específicas que podiam ser invocadas pelo empregado e as que podiam ser invocadas pela entidade patronal e ainda se previa indirectamente um período experimental no § único:

“Art. 12º

*Constituem ainda justa causa para a denúncia do contrato de trabalho, independentemente de aviso prévio:*

*a) Por parte do empregado:*

*1.º A necessidade de cumprir quaisquer obrigações legais incompatíveis com a continuação do serviço;*

*2.º A mudança do local de trabalho para sítio que não convenha ao empregado;*

*3.º A falta de pagamento, na forma convencionada, do ordenado ou remuneração devidos.*

*b) Por parte da entidade patronal:*

*1.º A manifesta inaptidão do empregado para o serviço ajustado;*

*2.º Os vícios ou o mau procedimento do empregado, designadamente a inobservância das necessárias regras de disciplina no trabalho;*

*3.º A recusa do empregado a prestar o serviço indicado pela entidade patronal, nos limites das suas faculdades de direcção.*

*§ único. O despedimento do empregado antes de completar dois meses de trabalho presume-se feito por inaptidão para o serviço.”*

Embora sem tradução na discussão da Assembleia Nacional, são muito reveladoras da sustentação ideológica do regime as extensas considerações que o parecer da Câmara Corporativa tecera sobre este artigo e o seguinte [*Diário das Sessões*, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, pp. 272-275], em especial sobre algumas observações das suas secções, relativas ao despedimento com justa causa pela entidade patronal, propondo a limitação do 1.º, alínea b) do artigo ao prazo de um ano, o que parecia “*denunciar uma concepção de «direito ao emprego» que não se afasta da que inspirou a legislação do trabalho promulgada na Alemanha no período revolucionário que se seguiu à Grande Guerra.*” [*idem*, p. 273]. Clarificadoras são as considerações, a propósito da alínea b) 3.º, sobre a greve como “*delicto civil*” [*idem*, p. 274].

O art. 13º previa que o contrato com termo, certo ou incerto, só podia ser denunciado antes do prazo com justa causa. Porém, se não fosse possível cumprir o prazo por caso fortuito ou de força maior, apenas era devido pa-

gamento pelo trabalho já prestado ou o serviço realizado, conforme estipulação já prevista no art. 1395º do Código Civil de 1867 para o serviço salariado e que o parecer da Câmara Corporativa considerara “*correcta e a doutrina nela consignada resulta das circunstâncias especiais em que o trabalho foi desenvolvido*” [idem, p. 275].

O art. 14º determinava que estas disposições sobre a rescisão eram extensíveis aos “*assalariados dos quadros permanentes das empresas comerciais e industriais*” que tivessem mais de dois anos de bom e efectivo serviço, mas os prazos de aviso prévio e de experiência eram reduzidos de meses para semanas.

No art. 15º, estipulava-se que o § único do art. 12º (presunção de inaptidão para o serviço no despedimento que tivesse lugar nos primeiros dois meses do contrato) se aplicava nos contratos de serviço doméstico, mas aplicando o prazo de um mês – era esta a única situação em que a lei se aplicava ao serviço doméstico.

O art. 19º fixava o direito à remuneração e à indemnização prevista no art. 10º, § 1.º, para os trabalhadores não avisados com a antecedência indicada no mesmo artigo, se a entidade patronal cessasse a sua actividade por motivo diferente de falência, insolvência ou falta de recursos para a promoção da exploração comercial ou industrial. A redacção resultara da proposta do deputado Pinheiro Torres [Diário das Sessões, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, pp. 389-390, referido como art. 18º], acolhendo a opinião do parecer da Corporativa para incluir a falta de recursos nas causas de exclusão do direito à indemnização [Diário das Sessões, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, p. 277]. Foi também a proposta do mesmo deputado que determinou a redacção do art. 20º [Diário das Sessões, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, p. 390, mencionado como art. 19º], fixando idêntico regime para a transferência da exploração ou trespasse de estabelecimento, que não faziam cessar os contratos de trabalho se não tivesse tido lugar o aviso prévio do art. 10º – na falta da antecedência legal, seria igualmente devida a indemnização estipulada no mesmo artigo.

Segue-se o art. 21º, aprovado na Assembleia Nacional, sem alterações, e que traduzia a garantia legal de não despedimento do trabalhador, em consequência da exigência de cumprimento das obrigações contratuais ou exercício de direitos, sob pena de “*indemnização de sessenta dias de ordenado ou salário, se outra maior não fôr devida nos termos desta lei.*”, à semelhança do ainda actualmente previsto no CT (art. 129º, nº 1, al. a).

Não foi acolhido o entendimento do parecer da Câmara Corporativa, considerando dever constar expressamente que o ónus da prova competia ao trabalhador [*Diário das Sessões*, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, p. 278].

### **E. Protecção da maternidade**

A protecção especial de menores trabalhadores e de mulheres fora em Portugal, como na maioria dos países europeus, a primeira matéria regulada de natureza laboral (a par da criação dos tribunais árbitros-avindores). O Decreto de 14 de Abril de 1891 [*DG*, 22 de Abril de 1891, nº 88] impedira o trabalho nas primeiras quatro semanas após o parto (art. 22º) e criara uma dispensa para amamentação (art. 23º); impusera a criação de creches nas unidades com mais de cinquenta trabalhadores (art. 21º).

No mesmo ano, a Encíclica *Rerum Novarum* afirmara a necessidade de proteger mulheres e crianças trabalhadores, exigência repetida pela *Quadragesimo Anno*, de 1931 (*RN*, ponto 26; *QA*, II, 4). E o ETN português, como a *Carta di Lavoro*, reiterava essa protecção especial (art. 31º do ETN e XXVII, 2º e 5º, da *CL*)

A Lei de 1937 criava agora a possibilidade de pagamento de parte da remuneração (pelo menos um terço) mas ainda assim com circunstâncias de exclusão: só era devido às trabalhadoras que tivessem prestado mais de um ano de bom e efectivo serviço e podia ser recusado se a entidade patronal provasse que a trabalhadora não era digna do subsídio ou dele não carecia. A redacção final (com alargamento da protecção também às mulheres não casadas) resultava da aprovação das propostas dos deputados Lopes da Fonseca (1ª parte) e Cândida Parreira (2ª parte, proposta também subscrita por Luís da Cunha Gonçalves, Domitília de Carvalho, Maria Baptista dos Santos Guardiola, Luís Moreira de Almeida, Augusto Cancela de Abreu e João Amaral), introduzindo a hipótese de pagamento de parte do ordenado [*Diário das Sessões*, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, pp. 387-389, referido como art. 16º]. Pinheiro Torres, que apresentara uma proposta que limitava a protecção apenas às mulheres casadas, acabou por a retirar.

### **F. Varia**

Por fim, sobejam alguns outros aspectos regulados pela Lei, que não foram incluídos nas matérias analisadas *supra*, mas a que importa também fazer

referência individualizada. Assim, o exercício do direito ao lugar pelos trabalhadores que cumpriam serviço militar obrigatório, direito consagrado no art. 29º do ETN, era regulado pelo artigo 18º e a sua redacção resultou da proposta do deputado Pinto Mesquita [cf. *Diário das Sessões*, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, p. 389, referido como art. 16º]. Findo esse serviço militar, os trabalhadores deveriam avisar a entidade patronal, informando se desejavam ou não exercer esse direito (art. 18º, corpo). Se o empregador recusasse a readmissão, teria de pagar dois meses de remuneração e as multas aplicáveis (§ 1.º). O tempo de serviço militar obrigatório não podia ser descontado para efeitos de promoção, reforma ou outras regalias (§ 2.º) e os trabalhadores contratados em substituição poderiam ser despedidos sem aviso prévio quando os substituídos regressassem ao serviço (§ 3.º).

O artigo 26º preceituava que os preceitos da Lei (imediatamente aplicáveis aos contratos de trabalho em vigor) não prejudicavam o que estivesse já ou viesse a ser estabelecido em contratos ou acordos colectivos de trabalho. Regia o mesmo princípio anteriormente consagrado, de forma mais específica, no artigo 22º, relativo à não diminuição, por efeito da aplicação da Lei, de remunerações anteriormente ajustadas.

O art. 27º dispunha que as infracções ao previsto na Lei seriam punidas com multa a arbitrar pelo julgador, mas sem exceder os limites dos arts. 28º e 32º do Decreto-lei nº 24 402, de 24 de Agosto de 1934 [DG nº 199]. Este diploma fixava o horário de trabalho nos estabelecimentos comerciais e industriais e estabelecia multas cujo valor dependia do número de pessoas ao serviço.

O último artigo da Lei de 1937 – 28º, aditado por proposta de Querubim Guimarães [*Diário das Sessões*, nº 113, 30 de Janeiro de 1937, sessão nº 111, p. 391] – estabelecia que o contrato de trabalho a bordo teria o seu regime jurídico regulado em diploma especial. Já no parecer da Câmara Corporativa se chamara a atenção para as suas particularidades, quer a propósito das férias [*Diário das Sessões*, nº 107, 21 de Janeiro de 1937, sessão nº 105, p. 266], quer a título principal, de forma mais desenvolvida [*idem*, pp. 278-279].

### III. CONCLUSÃO

Para concluir, julgo que a originalidade no diploma não reside na sua função instrumental face à Constituição de 1933 e à concretização das políticas corporativas, nomeadamente na regulação de vários aspectos previstos programaticamente no ETN. A primeira lei do contrato de trabalho de 1937 teve,

obviamente, também essa função, que deve ser entendida num plano mais vasto, onde se inserem ainda os diplomas *supra* mencionados, bem como vários outros.

Contudo, o que diferencia e reforça a sua natureza inovadora no ordenamento jurídico português é a fixação de um regime como consequência da especialidade do contrato, como destacara o parecer da Câmara Corporativa, atrás citado. Aliás, é interessante constatar como eram assumidos alguns princípios próprios: a propósito da defendida desigualdade entre os prazos de rescisão do contrato de trabalho sem termo (mais longo para o empregador, mais curto para o trabalhador), justificava-se “*o paradoxo de que a igualdade está na desigualdade*” [*idem*, p. 270]. É também no parecer que se encontram interessantíssimas considerações sobre o poder de direcção, a propósito do já atrás analisado art. 12º da Lei (artigo 11º da proposta):

“*Ora, é princípio assente no direito do trabalho que a entidade patronal goza de um direito geral de direcção (Direktionsrecht) que lhe permite distribuir o trabalho na sua empresa, organizando-o e regulando a produção como bem entender [...] Mas, êste direito de direcção não é ilimitado; e se o patrão ultrapassa os limites do seu direito de dirigente supremo da empresa e pretende impor ao trabalhador qualquer espécie de trabalho que envolva manifesto desrespeito pelos termos ou cláusulas do contrato de trabalho em que ficou delimitado o serviço ou género da actividade a prestar, ou se abalança a exigir do trabalhador qualquer prestação que exceda o compromisso por êste tomado mesmo em termos genéricos, então é justa a recusa por parte do trabalhador e esta recusa não pode já constituir justa causa para a denúncia do contrato por parte da entidade patronal.*” [*idem*, p. 274, os sublinhados correspondem a sublinhado no original]

Relembro que este parecer correspondia ao exercício de funções político-legislativas, mas, simultaneamente, fora produzido por três professores universitários e um juiz conselheiro, demonstrando um profundo conhecimento da doutrina e legislação europeia do Direito do Trabalho. Face a este apuro técnico, julgo ser de reforçar que se atingira em Portugal um novo patamar na construção dogmática, que a Lei nº 1 952, de 10 de Março de 1937 – quer pelo seu conteúdo, quer pelo processo legislativo descrito – também traduz. Nesse sentido, como regula de forma ampla o contrato de trabalho e “*incorpora a maioria das matérias relativas às condições de trabalho*”, fica completa “*a diluição deste tradicional centro regulativo do Direito do Trabalho*”<sup>32</sup>.

---

32 Nas palavras de Maria do Rosário PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte I, *cit.*, p. 89.

Se o Estado Novo e o Corporativismo perdurariam em Portugal ainda por muitas décadas, a completa diferenciação legislativa do contrato de trabalho, que a Lei de 1937 encarnou, sobreviveu a esse enquadramento político e foi ainda mais reforçada pelo Estado de Direito democrático, alicerçada na Constituição de 1976 e, mais recentemente, no primeiro Código de Trabalho português, em 2003 (entretanto revogado, estando actualmente em vigor o Código de 2009, aprovado pela Lei 7/2009, de 12/02).

Aliás, como foi sendo assinalado, a regulação de algumas matérias manteve-se até à actualidade, *v.g.*, a consagração do direito a férias e sua irrenunciabilidade; o registo obrigatório e autónomo do trabalho extraordinário; o início do prazo de prescrição apenas com a cessação do contrato de trabalho; o preenchimento do conceito de justa causa com a impossibilidade da subsistência da relação de trabalho e o elenco exemplificativo de motivos; a previsão de um período experimental; a garantia de não despedimento por exercício de direitos pelo trabalhador.

Esta Lei de 1937 marcou, no meu entender, a assunção plena da natureza diferenciada e especial do contrato de trabalho na legislação portuguesa e, assim, também a autonomia do Direito do Trabalho. A Lei traduz o coroamento dessa autonomia no plano legislativo, cuja construção fora sendo alicerçada na legislação de natureza laboral, remontando ainda ao final do século XIX e em crescendo acentuado durante a I República.

Todavia, não fora ainda superada a regulação liberal do próprio contrato (previsto nos arts. 1391<sup>o</sup> e ss. do Código Civil de 1867) e foi a Lei de 1937 que fixou finalmente o novo paradigma. Dentro de uma terminologia e enquadramento conceptual em voga naquela época – um Direito de Trabalho assumido como “menos jurídico” face ao Direito Civil – construiu-se, gradualmente um outro tipo de juridicidade, útil, em muitos aspectos, ao desenvolvimento e transformação do próprio Direito Civil.

#### IV. BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, José João, «O Direito do Trabalho do “Estado Novo”», *Cultura*, Vol. 23 (2006), disponível em <https://journals.openedition.org/cultura/1518>
- ADINOLFI, Goffredo, “O corporativismo na ditadura fascista italiana”, in António Costa Pinto e Francisco Palomanes Martinho (org.), *A Vaga Corporativa – Corporativismo e Ditaduras na Europa e na América Latina*, Lisboa (Imprensa de Ciências Sociais – Universidade de Lisboa), 2016.

- Anuário português de direito constitucional* / Associação Portuguesa de Direito Constitucional, vol. III, Coimbra (Coimbra Editora), 2003.
- ARAÚJO, António, *A Lei de Salazar*, Coimbra (Edições Tenacitas), 2007.
- BARRETO, José, “Estatuto do Trabalho Nacional (1933)”, em A. Barreto e F. Mónica (eds.), *Dicionário de História de Portugal – Suplemento*, vol. VII, Porto, Figueirinhas, 1999, pp. 680-684.
- CARDOSO, José Luís, e FERREIRA, Nuno Estevão, “A Câmara Corporativa e o Estado Novo em Portugal (1935-1974): competências, interesses e políticas públicas”, in António Costa Pinto e Francisco Palomanes Martinho (org.), *A Vaga Corporativa – Corporativismo e Ditaduras na Europa e na América Latina*, Lisboa (Imprensa de Ciências Sociais – Universidade de Lisboa), 2016, pp. 101-127.
- CHORÃO, Luís Bigotte *A crise da República e a Ditadura Militar*, Porto (Sextante Editora – Porto Editora), 2010 (2ª edição).
- GARRIDO, Álvaro, “Os bacalhoeiros em revolta: a «greve» de 1937”, *Análise Social*, vol. XXXVII (165), 2003, pp. 1191-1211.
- GIL ALBUQUERQUE, Román *El derecho del trabajo democrático en la República de Weimar*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2017.
- LUCENA, Manuel, *A Evolução do Sistema Corporativo Português*, vol. I *O Salazarismo*, Lisboa, Perspectivas e Realidades, 1976.
- MADUREIRA, Nuno Luís, “O Estado, o patronato e a indústria portuguesa (1922-1957)”, *Análise Social*, XXXIII (148), 1998 (4.º), pp. 777-822.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, Coimbra: Edições Almedina, 2010 (5ª edição).
- MARTINHO, Francisco Palomanes “O Pensamento Autoritário no Estado Novo português: algumas interpretações”, *Locus: revista de história*, Juiz de Fora, 2007, v. 13, n. 2, pp. 9-30.
- “O Estado Novo na historiografia portuguesa: sobre a questão do Fascismo”, in João Paulo Avelãs Nunes, Américo Freire (coord.), *Historiografias Portuguesa e Brasileira no Século XX. Olhares Cruzados*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 2013, pp. 111-146, URI: <http://hdl.handle.net/10316.2/38576>
- “Estado corporativo e organização do trabalho no Brasil e em Portugal (1930-1945)”, *A Vaga Corporativa – Corporativismo e Ditaduras na Europa e na América Latina*, Lisboa (Imprensa de Ciências Sociais – Universidade de Lisboa), 2016, pp. 173-197.
- NUNES, Filipe Daniel de Arede, *O pensamento político no nascimento do Estado Novo em especial: a influência do integralismo lusitano na elaboração da Constituição de 1933* [texto policopiado], Lisboa: [s.n.], 2007.
- *A Construção Jurídico-Política do Estado Social em Portugal Durante o Estado Novo (1933-1974). Contributo para o estudo da História do Pensamento Político em Portugal*, Lisboa (AAF DL), 2017.
- PATRIARCA, Fátima, *A questão social no Salazarismo 1930-1947*, 2 volumes, Lisboa (INCM), 1995.



- PINTO, António Costa, “O Estado Novo português e a vaga autoritária dos anos 1930 do século XX”, *O Corporativo em Português. Estado, Política e Sociedade no Salazarismo e no Varguismo*, Lisboa (ICS), 2007; pp. 25-49.
- “O corporativismo nas ditaduras da época do Fascismo”, *VARIA HISTORIA*, Belo Horizonte, vol. 30, nº 52, Jan/Abril 2014, pp. 17-49.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma *Direito do Trabalho*, Parte I, Coimbra (Almedina), 2015 (4ª edição).
- ROSAS, Fernando, e GARRIDO, Álvaro (coord.), *Corporativismo, Fascismo, Estado Novo*, Coimbra (Almedina), 2012.
- ROSAS, Fernando, “O Corporativismo Enquanto Regime”, in Fernando Rosas e Álvaro Garrido (coord.), *Corporativismo, Fascismo, Estado Novo*, Coimbra (Almedina), 2012, pp. 17-47.
- SEIXAS, Margarida, *Pessoa e Trabalho no Direito Português (1750-1878): escravo, liberto e serviçal*, Lisboa (AAFDL/Lisbon Law Editions), 2016.
- SERAPIGLIA, Daniele, *La via portoghese al corporativismo*, Roma (Carocci), 2011.
- TORGAL, Luís Reis, *Estados Novos Estado Novo. Ensaios de História Política e Cultural*, 2 volumes, Coimbra (Imprensa da Universidade), 2009 (2ª edição revista).
- XAVIER, Bernardo Lobo, *Curso de Direito do Trabalho*, I, I, Lisboa (Verbo), 2004.



## A REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 1971: O PROJECTO DE LEI 6/X DA “ALA LIBERAL” NUM CONTEXTO DE TENSÕES INTERNAS NO MARCELISMO

Filipe de Arede Nunes<sup>1</sup>

**Resumo:** Após a nomeação de Marcello Caetano como Presidente do Conselho em 1969, iniciou-se um período de relativa abertura no regime ditatorial português, que admitiu a realização de eleições, as quais, contudo, não possibilitaram a eleição de qualquer membro dos movimentos oposicionistas. No entanto, resultou eleito um grupo de deputados que haveria de constituir a *Ala Liberal*, graças à sua integração nas listas da União Nacional. O processo de revisão constitucional não possibilitou, no seu termo, alterações que pudessem alcançar a democratização do Regime, mas permitiu que um grupo de quinze deputados apresentasse à Assembleia Nacional um Projecto de Lei, tendo em vista o reforço dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, a liberdade religiosa e a eleição do Presidente da República por sufrágio directo. O objectivo do trabalho consiste em tentar compreender o debate político em torno da Proposta de Lei 6/X no âmbito do processo de revisão constitucional.

**Palavras chave:** revisão constitucional, Marcello Caetano, liberalização do regime, *Ala Liberal*.

**Abstract:** The nomination of Marcello Caetano as prime minister in 1969 inaugurated a new period of partial political openness in the Portuguese dictatorial regime. The call for elections was one of the most visible signs of these political changes, even though not a single member of the opposition parties was finally elected. However, the elections allowed that a group of liberal politicians – who joined the *União Nacional* lists – entered the Nacional Assembly. This liberal group, known as *Ala Liberal*, presented an enactment project, which aimed at a certain advancement in terms of individual and political rights, granting, among others, religious freedom and the direct vote for the presidential office. Even if the constitutional revision process did not enable the achievement of democracy, the *Proposta de Lei 6/X* is a noticeable evidence of a new political era in Portugal. In this article, I analyse the political discussions about the liberals’ constitutional revision project.

**Keywords:** constitutional revision, Marcello Caetano, regime liberalization, *Ala Liberal*.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. O GRUPO POLÍTICO DA ALA LIBERAL NO CONTEXTO DO PROJECTO POLÍTICO DO MARCELISMO III. A PROPOSTA DE LEI 14/X DE REVISÃO CONSTITUCIONAL; IV. OS PARECERES DA CÂMARA CORPORATIVA; V. A

---

<sup>1</sup> Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação em Teoria e História do Direito da Universidade de Lisboa. E-mail: filipearedenunes@gmail.com

COMISSÃO EVENTUAL; VI. A DISCUSSÃO NA GENERALIDADE DA PROPOSTA DE LEI DO GOVERNO E DOS PROJECTOS DE LEI DOS DEPUTADOS; VII. CONCLUSÕES; VIII. BIBLIOGRAFIA; IX. FONTES.

## I. INTRODUÇÃO

No dia 27 de Setembro de 1968, na sequência do agravamento do estado de saúde de António de Oliveira Salazar – que levou o Presidente da República Américo Thomaz, em reunião do Conselho de Estado realizada em 17 de Setembro de 1968, a decidir pelo seu afastamento – Marcello Caetano é nomeado Presidente do Conselho, o que permitiu dar início a um período de relativa abertura política no regime ditatorial português.

A nomeação de Marcello Caetano marcou «o início da tentativa de afirmação e consolidação de um novo projecto político»<sup>2</sup> que tinha por objectivo não apenas modernizar a estrutura do Estado, mas também introduzir alguma liberalização política<sup>3</sup>.

Pouco mais de um ano após a nomeação de Marcello Caetano como Presidente do Conselho – no dia 26 de Outubro de 1969 – realizaram-se eleições legislativas que não só possibilitaram a candidatura de várias listas oposicionistas (Comissão Democrática Eleitoral, Comissão Eleitoral de Unidade Democrática e Comissão Eleitoral Monárquica)<sup>4</sup>, como garantiram também a entrada, nas listas da União Nacional, de vários indivíduos que se haviam destacado pela sua posição relativamente crítica em relação ao Regime ou, pelo menos, não totalmente identificados com o *status quo*<sup>5</sup>.

A Constituição Política da República Portuguesa de 1933 – o principal mo-

---

2 FERNANDES, Tiago, *Nem Ditadura, Nem Revolução, A Ala Liberal e o Marcelismo (1968-1974)*, Assembleia da República e Publicações Dom Quixote, Lisboa, 2005, p. 29.

3 Dentro das medidas de liberalização política, especial relevo para: o regresso de exilados políticos com o Bispo do Porto e Mário Soares; autorização para a criação da Sociedade para o Desenvolvimento Económico e Social (SEDES); ou alargamento do direito de voto para os analfabetos.

4 *Vide*, sobre o processo político que levou às primeiras eleições do marcelismo, LEMOS, Mário Matos e, *Oposição e eleições no Estado Novo*, Coordenação, introdução e conclusão Luís Reis Torgal, Assembleia da República, Lisboa, 2012, pp. 269 a 290.

5 O processo de recrutamento de alguns daqueles que, mais tarde, viriam a constituir a designada “Ala Liberal” foi liderado por José Guilherme de Melo e Castro mas contou também com a participação de Jardim Gonçalves e Mário Pinto. *Vide*, neste sentido, REIS, Joana, *Melo e Castro, O provedor que dizia sim à democracia*, Casa das Letras, Lisboa, 2013; Fernandes, Tiago, *Nem Ditadura...*, pp. 31 e 32.

numento legislativo-ideológico do período do Estado Novo – foi objecto de várias revisões tendo a revisão de 1971 constituído a última, sendo que nem por todos foi ambicionada ou sequer desejada<sup>6</sup>.

Importa salientar, como ponto prévio, que o processo de revisão da Constituição (e, sobretudo, as suas consequências) que se desenrolou a partir de 1970 terá sido um dos mais relevantes momentos políticos do consulado de Marcello Caetano como Presidente do Conselho de Ministros e terá tido uma influência decisiva no modelo de governação do período subsequente. De acordo com o próprio,

«Na revisão constitucional não teve o Governo relutância em aceitar que a comissão competente da Assembleia Nacional substituísse a sua proposta por um projecto dela, no qual sobre a base da iniciativa governamental se incluísse tudo quanto fosse razoavelmente possível das iniciativas dos deputados. Assim se fez e foi esse projecto da comissão que veio a ser discutido no plenário. Pois houve liberais que não sei se por falta de inteligência, se por decidida vontade de criar dificuldades, protestaram contra a solução, procuraram argui-la de inconstitucional (!), desencadearam na imprensa uma campanha de descrédito do processo parlamentar seguido e parar sempre se colocaram na situação de vítimas oprimidas! [...] O facto é que esta atitude, filha da inexperiência ou já de deliberada oposição, criou na assembleia a divisão entre maioria e minoria que daí por diante dificultou as relações entre o Governo e os deputados, todos eles eleitos na mesma lista com os votos destinados a apoiá-lo. [...] A partir de 1971, [...] a Assembleia Nacional ficou cindida. E como nunca encontrei apoio seguro nos liberais, fui forçado a procurar esse apoio na maioria conservadora da Assembleia, facto da maior importância de que os liberais foram os únicos responsáveis»<sup>7</sup>.

Releva destacar que, do ponto de vista político, dada a importância que Marcello Caetano atribuiu ao processo de revisão constitucional que ocorreu entre 1970 e 1971, as suas consequências assumiram-se como fundamentais para a compreensão de todo o período do Marcelismo. Enrincheirado entre a urgência da renovação e a âncora da continuidade, a Revisão Constitucional de 1971, provavelmente, não poderia ter sido totalmente uma coisa ou outra<sup>8</sup>.

6 Importa salientar que, no final de 1969, numa mensagem à Assembleia Nacional, o então Presidente da República Américo Thomáz, declarava-se hostil à ideia de uma revisão constitucional.

7 CAETANO, Marcello, *Depoimento*, Rio de Janeiro, Record, 1974, pp. 65 a 66.

8 «Para além de um certo limite, a travagem, como de resto a aceleração, acarretaria, para a política de M. Caetano, uma sentença de morte. [...] No que respeita ao sistema corporativo e às liberdades do cidadão, a revisão constitucional foi fraca. Em matéria colonial, revela-se mais importante, mas também é verdade que a porta aberta se afigura ambígua;

## II. O GRUPO POLÍTICO DA *ALA LIBERAL* NO CONTEXTO DO PROJECTO POLÍTICO DO MARCELISMO

A integração, nas listas da União Nacional, nas primeiras eleições legislativas do período do Marcelismo, de um conjunto de candidatos não alinhados com o *status quo* tinha como objectivo criar no ambiente político a ilusão de que o regime português teria condições para evoluir para a democracia<sup>9</sup>.

A responsabilidade pelo recrutamento de alguns daqueles que, mais tarde, e em condições totalmente casuais, viriam a constituir o grupo da *Ala Liberal*<sup>10</sup> coube, não apenas a José Guilherme de Melo e Castro<sup>11</sup> – à época Presidente da Comissão Executiva da União Nacional – que conseguiu, ainda que com alguns insucessos<sup>12</sup>, convencer um conjunto de personalidades ligadas, sobretudo, aos círculos católicos renovadores pós-Concílio Vaticano II (Alberto Alarcão e Silva, Francisco Pinto Balsemão, José Pedro Pinto Leite, Maria Raquel Ribeiro, João Pedro Miller Guerra, Tomás Oliveira Dias), mas também a Jardim Gonçalves e Mário Pinto que terão contactado Joaquim Pinto Machado e Francisco Sá Carneiro<sup>13</sup>.

Importa frisar que nem todos aqueles que integraram o grupo informal da *Ala Liberal* se encontravam, à partida, numa posição de distanciamento absoluto face ao regime do Estado Novo. Alguns eram membros da União

---

e quanto ao equilíbrio dos poderes do Estado hesitou, alargando o domínio reservado à Assembleia Nacional, mas não tocando na forma de eleição do Presidente da República. Ora precisava ter tocado...», LUCENA, Manuel de, *A evolução do sistema corporativo português, II – O Marcelismo*, Perspectivas & Realidades, Lisboa, 1976, p. 14

9 Vide, nesse sentido, FERNANDES, Tiago, *Nem Ditadura...*, p. 31.

10 Vide, sobre esta temática, com maior desenvolvimento e profundidade, AREDE NUNES, Filipe de, *A construção jurídico-política do Estado Social em Portugal durante o Estado Novo (1933-1974) – Contributo para o estudo da História do Pensamento Político em Portugal*, Lisboa, AAFDL, 2017, pp. 276 a 284.

11 Vide, sobre José Guilherme Melo e Castro, REIS, Joana, *Melo e Castro...*

12 É o caso de Mário Soares que também terá sido contactado para integrar as listas da União Nacional. De acordo com o próprio «Melo e Castro teve a veledade de me querer convencer a concorrer nas listas da ainda União Nacional às eleições de 1969 – que seriam “livres” e “diferentes”, garantia – assumindo a posição de “independente” para reforçar o campo pluralista e liberal da organização, uma vez que a União Nacional iria transformar-se e seria (garantia Melo e Castro) “desideologizada”», Soares, Mário, in PINTO LEITE, Vasco, *A Ala Liberal de Marcelo Caetano, O sonho desfeito de José Pedro Pinto Leite*, Tribuna da História, Lisboa, 2003, p. 31.

13 FERNANDES, Tiago, *Nem Ditadura...*, p. 32.

Nacional e outros haviam exercido funções de cariz político na orgânica do Estado<sup>14</sup>. De facto, o grupo da *Ala Liberal* era bastante heterógeno e, numa fase inicial, antes do seu falecimento, foi José Pedro Pinto Leite quem desenvolveu esforços no sentido de se encontrar alguma unidade na acção que viriam a desenvolver durante o período em que exerceram funções na Assembleia Nacional.

Não obstante existirem alguns pontos de ligação entre os deputados não alinhados e o governo de Marcello Caetano<sup>15</sup>, as divergências foram-se acentuando à medida que ficou mais claro para os primeiros que a Primavera Marcelista não seria capaz de mudar estruturalmente o sistema político tendo o processo de revisão constitucional de 1971 constituído o momento decisivo no afastamento entre os dois grupos<sup>16</sup>.

### III. A PROPOSTA DE LEI 14/X DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

Como refere Marcello Caetano, o Governo apresentou na Assembleia Nacional um projecto de revisão constitucional tendo sido, subsequentemente, criada uma comissão composta por 33 deputados (que incluiu representantes de todas as tendências políticas) para estudar e trabalhar nas alterações a introduzir ao texto constitucional<sup>17</sup>.

O processo de revisão constitucional que terminou, com a sua promulgação, em 9 de Agosto de 1971, iniciou-se, publicamente, em 2 de Dezembro de 1970, através de um longo discurso proferido na Assembleia Nacional pelo Presidente do Conselho Marcello Caetano no qual se afirmava a existência de

---

14 *Vide*, com maior desenvolvimento, AREDE NUNES, Filipe de, *A construção...*, pp. 279 a 280.

15 «Os deputados liberais e o Governo de Marcelo Caetano partilhavam sobretudo a ideia de que era necessário proceder a uma modernização socioeconómica do país e construir o Estado Social», FERNANDES, Tiago, *Nem Ditadura...*, p. 33.

16 «A divergência entre Marcello e os reformistas tornar-se-á mais patente a partir da 2.º sessão legislativa [...]. Possivelmente, foi a revisão constitucional de 1981 o momento em que evidenciou, de forma mais flagrante, essa realidade. É sintomático que muitos dos liberais hajam decidido não se recandidatar às eleições de 1973, que denunciaram como uma farsa, preferindo uma acção política mais centrada na participação em colóquios e organizações cívicas ou na publicação de escritos na imprensa», ARAÚJO, António, «Ala liberal, o desencanto do reformismo», *Análise Social*, vol. XLII (182), 2007, p. 352.

17 *Vide*, neste sentido, FERNANDES, Tiago, *Nem Ditadura...*, p. 92, FRANCO NOGUEIRA, *O Estado Novo, 1933-1974*, Editora Civilização, Porto, 1981.

uma ideia fundamental que havia servido de ponto de partida para a revisão que então se encetava: «a estrutura política da Constituição de 1933» devia ser mantida não apenas porque tinha sido concebida de acordo com princípios «cientificamente válidos» mas também, e sobretudo, «porque rever não é substituir, e não se trata de decretar uma nova Constituição, de que o País não necessita e para o que não conferiu mandato à Assembleia eleita»<sup>18</sup>.

Neste importante discurso, Marcello Caetano identifica as dimensões em que o texto constitucional deveria ser mantido e aquelas em que deveria ser alterado, sendo que, no que toca aos poderes do Estado – como veremos – a estrutura sofreria poucas ou nenhuma alterações.

No que concerne à temática do Chefe de Estado – uma das questões centrais do processo de revisão constitucional –, entendia o então Presidente do Conselho de Ministros que o «Governo tem garantias de estabilidade e a Constituição dá-lhe poderes suficientes para conduzir com firmeza, coerência e continuidade a administração interna e a política internacional» pelo que não haveria razões «para aí introduzir grandes modificações»<sup>19</sup>, o que significou, em última instância e por maioria de razão, que não se propunham ou introduziam quaisquer alterações na forma de eleição do Presidente da República, não obstante o facto de se reconhecer que o tema da sua eleição poderia, em tese, ser objecto de possível discussão<sup>20</sup>.

Já no que à Assembleia Nacional dizia respeito, o Presidente do Conselho tinha uma visão ligeiramente diferente. A proposta de revisão constitucional (Proposta 14/X) sugeria não apenas o aumento do número de deputados, mas também a ampliação das suas atribuições legislativas, nomeadamente ao estender a lista de matérias reservadas à sua competência exclusiva<sup>21</sup>.

---

18 CAETANO, Marcello, *Diário das Sessões*, n.º 50, 3 de Dezembro de 1971, p. 1037.

19 CAETANO, Marcello, *Diário...*, p. 1037.

20 «Será discutível a forma de eleição do Chefe de Estado. Mas não se afigurou conveniente, a tão curta distância da resolução tomada sobre o assunto na última revisão, voltar a controvertê-lo. Há que prosseguir na experiência da fórmula adoptada e colher daí lição para mais tarde formar um juízo fundado sobre a conveniência de a conservar ou substituir», *ibidem*.

21 «Quanto à Assembleia Nacional, a sua função constitucional é sobretudo fiscalizadora, incentivadora, representativa. Na revisão actual procura-se, todavia, ampliar-lhe as atribuições legislativas pela extensão da lista de matérias reservadas à sua competência exclusiva. E, seguindo uma tendência universal, de acordo com as aspirações manifestadas também no seio da Assembleia, dão-se mais largas possibilidades de funcionamento às comissões», *ibidem*.



Sugeria também – sobre um tema sem especial relevância político-ideológica – a extensão dos direitos de cidadania portuguesa aos brasileiros, «em correspondência, por reciprocidade»<sup>22</sup> com o disposto na entretanto aprovada Constituição do Brasil.

Especialmente interessantes eram as declarações no âmbito dos direitos constantes do então artigo 8.º do texto constitucional. Para o Presidente do Conselho, neste campo, as alterações visavam «reforçar as garantias judiciais dos arguidos, a regular mais estritamente a prisão preventiva e a consagrar em termos genéricos a faculdade de recorrer contenciosamente dos actos administrativos definitivos e executórios»<sup>23</sup> numa identificação de prioridades que, como veremos, colidiria de forma frontal não apenas com as expectativas, mas também com as propostas objectivas dos elementos mais liberais da Assembleia Nacional.

De grande relevo, para o processo de compreensão daquela que constituiria a proposta governamental de revisão constitucional (e, sobretudo, as fronteiras dessa mesma proposta), são as afirmações de Marcello Caetano relacionadas com o tema da liberdade, ou, como o próprio referia «liberalização». Para o então Presidente do Conselho, a liberdade individual não podia ser «avaliada fora do meio social em que os cidadãos vivem e relativamente ao qual têm deveres imperiosos a respeitar e a cumprir»<sup>24</sup>. Entendia também que a liberdade constituía a «faculdade que se reconhece às pessoas de obedecer às leis mais do que aos homens, o direito de só se ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa em consequência de lei geral, isto é, que preceitue em termos iguais para quantos se encontrem em iguais condições», pelo que, no seu entendimento, não existia «antinomia entre a liberdade e a lei», sendo a ordem o corolário de uma harmonização de interesses e convi-

---

22 CAETANO, Marcello, *Diário...*, p. 1038. Marcello Caetano afirmava mesmo que, no que à questão da atribuição da cidadania portuguesa aos brasileiros, «Não escondo que a sua aprovação, além de ser motivo de júbilo justificado para os dois países, me causará o maior prazer. Há trinta anos que defendo esta doutrina. Relembrei-a em acto soleníssimo celebrado no Rio de Janeiro, por ocasião da minha visita oficial, quando fui investido no grau de Doutor *honoris causa* e no título de professor honorário da sua Universidade Federal. E a lembrança não foi em vão. Ouviram-na membros ilustres do governo, juristas prestigiosos e autorizados, jornalistas eminentes – e porque a ideia correspondia a uma opinião já amadurecida e a um sentimento de há muito radicado, logo fez o seu caminho. Não seremos nós a embaraçá-lo».

23 CAETANO, Marcello, *Diário...*, p. 1038.

24 *Ibidem*.

vências comunitárias<sup>25</sup>. Porque entendia que em Portugal não existiam ainda tradições de «civismo» próprias que outros países, afirmava que «Entre nós, porém, passará ainda tempo antes que seja possível dispensar as leis que regulam o exercício das liberdades e reduzir os órgãos e agentes da autoridade a meros espectadores da actividade dos cidadãos»<sup>26</sup>.

Por fim, o último ponto da intervenção de Marcello Caetano versou sobre a questão das províncias ultramarinas, um dos temas mais relevantes da política interna portuguesa deste período. Entendia o antigo Presidente do Conselho de Ministros que o Governo português não deveria desistir da sua política «de fraternidade racial» nem renunciar ao «intento de prosseguir na formação de sociedades multirraciais» ou transigir «quanto à manutenção de um estatuto único para os portugueses de qualquer raça ou cor»<sup>27</sup>.

A intervenção de Marcello Caetano na Assembleia Nacional constituiria o preâmbulo e justificação da proposta governamental (Proposta de Lei 14/X<sup>28</sup>) apresentada no mesmo dia. Posteriormente, foram ainda apresentadas outras duas propostas de revisão constitucional: o Projecto Lei 6/X<sup>29</sup>; e o Pro-

---

25 *Ibidem*.

26 Marcello Caetano subscrevia uma visão da vida em sociedade bastante negativa justificando, a partir dessa leitura da realidade, um modelo comunitário de privação das liberdades individuais. Entendia que «O aparecimento em cena de grandes massas de gente cada vez mais impaciente, inconformada e desejosa de fazer pesar a sua vontade na vida social; o desregramento de costumes de certos movimentos juvenis; o recrudescimento da violência manifestado por todo o lado em atentados, assaltos, raptos e outros actos de subversão, tudo isso impõe que o Poder não se desarme, e pelo contrário, tenha de reforçar os meios de intervenção para prevenir e proteger legítimos interesses individuais e a própria subsistência da sociedade civilizada». Em Portugal, reconhecia a situação problemática vivida nos territórios ultramarinos, o que lhe permitia concluir no sentido da defesa de manutenção de uma «atitude de sacrifício», afirmando que o Governo não poderia «abdicar dos meios de intervenção sem os quais lhe seria impossível corresponder ao grave e pesado mandato de defesa da integridade territorial do país» e, ao mesmo tempo, teria de estar «apetrechado com os poderes necessários para lhe fazer face [em casos de «subversão grave»] onde quer que, de uma maneira ou de outra, ela se manifeste», CAETANO, Marcello, *Diário...*, p. 139.

27 CAETANO, Marcello, *Diário...*, p. 1040.

28 *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 61, 3 de Dezembro de 1970.

29 O Projecto Lei 6/X foi apresentando no dia 16 de Dezembro de 1970 e foi subscrito por 15 deputados: Francisco Manuel Lumbrales de Sá Carneiro, João Bosco Soares Mota Amaral, Francisco José Pereira Pinto Balsemão, João Pedro Miller Pinto de Lemos Guerra, José Gabriel Mendonça Correia da Cunha, Joaquim Germano Pinto Machado Correia da

jecto de Lei 7/X<sup>30</sup>.

O Projecto de Lei 6/X, apresentado no dia 16 de Dezembro de 1970 na Assembleia Nacional, e subscrito por 15 deputados<sup>31</sup> – cujo conteúdo não seria do conhecimento de Marcello Caetano<sup>32</sup> não obstante o facto de ter sido

---

Silva, António Bebiano Correia Henriques Carreira, Joaquim Jorge de Magalhães Saraiva da Mota, Manuel Martins da Cruz, Alterno Eduardo Nogueira Lobo de Alarcão e Silva, Joaquim Carvalho Macedo Correia, Manuel Joaquim Montanha Pinto, Rafael Valadão dos Santos, João José Ferreira Forte e Olímpio da Conceição Pereira.

30 O Projecto Lei 7/X foi apresentado no dia 16 de Dezembro de 1970 e foi subscrito por 15 deputados: Duarte Pinto de Carvalho Freitas do Amaral, José Maria de Castro Salazar, Victor Manuel Pires de Aguiar e Silva, Gabriel da Costa Gonçalves, Rui de Moura Ramos, Manuel de Jesus Silva Mendes, Amílcar da Costa Pereira Mesquita, Henrique José Nogueira Rodrigues, Vasco Maria de Pereira Pinto Costa Ramos, António Fausto Moura Guedes Correia Magalhães Montenegro, Sinclética Soares dos Santos Torres, João Duarte de Oliveira. Alberto Maria Ribeiro de Meireles, António Pereira de Meireles da Rocha Lacerda e Raul da Silva e Cunha Araújo.

31 Os 15 deputados que subscreveram o Projecto Lei 6/X, em conjunto com José Pedro Pinto Leite (falecido em 25 de Julho de 1970), José da Silva, Maria Raquel Ribeiro e Tomás Oliveira Dias constituíram o designado grupo da *Ala Liberal*. Como refere Tiago Fernandes, «A *Ala Liberal* foi um agrupamento parlamentar que surgiu durante a última fase do *Estado Novo*, o período vulgarmente designado por “Marcelismo”. Constituída por um grupo de deputados da X legislatura da Assembleia Nacional (1969-1973), defendia a transformação pacífica e gradual das estruturas do regime autoritário no sentido de uma democracia», FERNANDES, Tiago, «A *Ala Liberal* da Assembleia Nacional (1969-1973)», *Penélope*, 24, 2001, p. 35. O mesmo autor refere ainda que «Como critério de pertença à *Ala Liberal* foi considerada a actividade política (parlamentar e extra-parlamentar) dos deputados. Um primeiro indicador foi a subscrição do projecto-lei de revisão constitucional n.º 6/X, da autoria de Francisco Sá Carneiro, Francisco Pinto Balsemão e João Bosco Mota Amaral, cujo debate na generalidade se iniciou em Julho de 1971». Para além dos deputados que subscreveram o Projecto de Lei 6/X, Tiago Fernandes inclui, no grupo da *Ala Liberal*, os nomes José Pedro Pinto Leite (*vide*, sobre este deputado, PINTO LEITE, Vasco, *A Ala Liberal de Marcelo Caetano, O sonho desfeito de José Pedro Pinto Leite*, Tribuna da História, Lisboa, 2003), José da Silva, Maria Raquel Ribeiro e Tomás Oliveira Dias, dado que «a sua actividade demonstra uma grande constância no apoio a outras medidas legislativas» propostas pelos deputados que subscreveram o Projecto de Lei 6/X, acrescentando ainda que «Tomás Oliveira Dias e José da Silva foram ainda (em conjunto com Joaquim Magalhães Mota) os organizadores do «Encontro de Reflexão Política», um colóquio realizado em Lisboa a 28 e 29 de Julho de 1973» que terá ficado conhecido como o «Congresso dos Liberais», FERNANDES, Tiago, *Nem Ditadura...*, pp. 37 a 38..

32 «O José Pedro [Pinto Leite] era muito meu amigo e repetidamente me assegurava o seu desejo de me ajudar, mesmo ao exercer a função necessária de crítico de ideias e

informado, pelo menos, das intenções dos seus signatários<sup>33</sup> – continha, entre outras matérias<sup>34</sup>, propostas tendo em vista o fortalecimento dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, sobre a liberdade de imprensa, sobre o reforço dos poderes da Assembleia Nacional e, porventura a mais significativa e impactante, sobre a eleição por sufrágio directo do Presidente da República<sup>35</sup>.

actos. Infelizmente, no intervalo da primeira para a segunda sessão legislativa, durante uma visita de parlamentares à Guiné, morreu num acidente de helicóptero juntamente com mais três colegas entre os quais o próprio deputado da província e dela natural, Pinto Bull. A partir de então o grupo liberal careceu de coesão e de chefia. Actuava por vezes dispersivamente. Na comissão oficiosa que estudou a proposta de revisão constitucional a apresentar pelo Governo, incluíram-se deputados do grupo, com prévio conhecimento deste: mas esses deputados não ouviram os seus colegas, nem os mantiveram ao corrente dos trabalhos da comissão e foi como se tudo se tivesse passado à margem dos liberais. Seguindo uma tática errada, o grupo apresentou um contraprojecto próprio de revisão constitucional, de cujo conteúdo não me deu conhecimento; como dois dos seus membros apresentaram um projecto de lei de imprensa sem esperar pela proposta governamental», CAETANO, Marcello, *Depoimento*, p. 64.

33 *Vide*, nesse sentido, carta de Marcello Caetano a Duarte do Amaral (Duarte do Amaral é um dos subscritores do Projecto de Lei 7/X) de 27 de Março de 1971, FREIRE ANTUNES, José, *Cartas particulares a Marcello Caetano*, vol. I, Lisboa, Publicações D. Quixote, 1985, p. 232. *Vide*, também, carta de Marcello Caetano a João Bosco Mota Amaral de 17 de Dezembro de 1970 (FREIRE ANTUNES, José, *Cartas particulares...*, vol. I, p. 371).

34 Para além das propostas identificadas, o Projecto de Lei 6/X incluía outras que coincidiam com o conteúdo da Proposta de Lei 14/X (da autoria do Governo). *Vide*, nesse sentido, o Parecer 23/X da Câmara Corporativa: «Um bom número das alterações projectadas refere-se a preceitos constitucionais que o Governo considerou também na sua proposta de lei n.º 14/X», *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 67, de 16 de Março de 1971, p. 676. Para além das propostas identificadas e de outras que coincidiam com Proposta Governamental, o Projecto de Lei 6/X continha um conjunto de outras propostas cujo significado político-jurídico era menos significativo.

35 João Bosco Mota Amaral sintetiza, neste termos, as proposta do grupo da *Ala Liberal*: «O Projecto de Revisão Constitucional batia em pontos fundamentais: os direitos e liberdades e garantias, a necessidade de restaurar as liberdades públicas em Portugal; a abolição da Censura, a abolição dos tribunais plenários, a eliminação dos poderes discricionários que tinha a Polícia Política; e visava também restaurar um dos elementos cruciais da própria lógica do Regime, que era a eleição directa do Presidente da República, do qual haveria de advir um mínimo de legitimação, que tinha sido eliminado após a candidatura do General Humberto Delgado em 1958», MOTA AMARAL, João Bosco, «Os Deputados Liberais», in BRAGA DA CRUZ, Manuel e RAMOS, Rui (org.), *Marcelo Caetano – Tempos de Transição*, Porto Editora, 2012, p. 162.

Como vimos, Marcello Caetano, em *Depoimento*, considera que o processo de revisão constitucional iniciado em 1970 representou, por um lado, a ruptura e posterior afastamento entre o Presidente do Conselho e os deputados da *Ala Liberal* e, constituiu, por outro, um ponto de viragem no arquétipo político da sua governação na medida em que o terá «forçado» a procurar apoio na maioria conservadora da Assembleia Nacional o que, provavelmente, terá inviabilizado, de forma definitiva, a possibilidade de uma transição não revolucionária do sistema ditatorial para um sistema democrático.

#### IV. OS PARECERES DA CÂMARA CORPORATIVA

A Proposta de Lei 14/X (do Governo) e os Projectos de Lei 6/X e 7/X (dos grupos de deputados) foram objecto de parecer da Câmara Corporativa – emitidos em 15 de Março de 1971 e publicados no dia seguinte.

Importa referir, em primeiro lugar, que a Câmara Corporativa, ainda que sem unanimidade (existiram vários procuradores que votaram vencido), recomendou a aprovação na generalidade da proposta do Governo e a não aprovação na generalidade – não tendo, por conseguinte, permitido a apreciação na especialidade – das propostas dos deputados.

O Projecto de Lei 6/X (do grupo da *Ala Liberal*) foi objecto do Parecer da Câmara Corporativa n.º 23/X (Parecer), tendo sido seu relator o procurador Afonso Rodrigues Queiró.

Nos termos do Parecer (logo no seu início), entendia o seu relator que as propostas do Projecto de Lei 6/X que versavam sobre direitos fundamentais e temáticas de natureza social – o primeiro dos vértices fundamentais e estruturantes da proposta da *Ala Liberal* – não deveriam ser incluídas no texto constitucional para além de «declarações muito sintéticas, por meras directrizes muito gerais»<sup>36</sup>. Para Afonso Rodrigues Queiró, «não se descortina nenhuma vantagem ou interesse fundamental na solenização de tais alterações advogadas no projecto, mediante a inclusão na constituição»<sup>37</sup>. Estava lançado o mote para a análise deste Projecto de Lei. Na visão do relator, as propostas eram ou inúteis ou inócuas pelo que dificilmente poderiam, no contexto de um processo de revisão constitucional, vir a merecer aprovação.

Esta ideia fica particularmente clara quando se confronta a segunda das

---

<sup>36</sup> *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 67, p. 676.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

principais propostas (sobre os meios de comunicação e opinião pública<sup>38</sup>) com o Parecer.

No entendimento do relator do Parecer, a Assembleia Nacional teria sempre o poder de se «pronunciar legislativamente sobre todos os problemas respeitantes aos meios de comunicação e à opinião pública» uma vez que o artigo 22.º do texto constitucional teria a elasticidade suficiente para adoptar «uma «regulamentação do tipo individualista-liberal preferido pelos signatários deste projecto, se acaso ele vier a entender que a conjuntura nacional não requer a instituição de um específico dispositivo intervencionista de defesa da opinião pública»<sup>39</sup>. No Parecer vai-se ainda mais longe na argumentação para a rejeição da alteração desta regra constitucional, na medida em que se defende que a Assembleia Nacional poderia entender «que a muito pouco ou praticamente nada se deva reduzir o controle preventivo do exercício da liberdade de expressão do pensamento»<sup>40</sup>, sustentando, por conseguinte, a ausência de necessidade do texto constitucional no que a esta matéria se referia. Aliás, no texto do Parecer o argumento é claro, no processo de explicação do porquê de não se querer a alteração da norma constitucional. Refere-se, nesse sentido, que «A consagração na lei fundamental de uma directriz e de um princípio de regulamentação estritamente neutralista e liberalizante teria, aliás, o muito real inconveniente de vincular o legislador comum a disciplinar a matéria nessa orientação, o que importaria a impossibilidade de, em tempos como os de hoje, em que o País se encontra a braços com sérias dificuldades no âmbito da sua defesa e da sua integridade, preservar a frente interna contra os seus inimigos. A única forma por que lhe seria dado mantê-la coesa contra a propaganda mais ou menos persistente, insidiosa e hábil, desses inimigos seria a

---

38 Na Proposta de Lei 6/X propunha-se a seguinte redacção para o artigo 22.º: «A opinião pública é elemento fundamental da política e administração do País, incumbindo ao Estado zelar pela sua livre formação e expressão e defendê-la de todos os factores que possam monopolizá-la ou subordiná-la a sectores de actividades e interesses», *Revisão Constitucional 1971: textos e documentos*, Lisboa, [s.n.], 1971, p. 47. O artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa (na redacção fixada pela Lei 3/71, de 16 de Agosto, que não introduzia quaisquer alterações face ao texto constitucional vigente até então) referia o seguinte: «A opinião pública é o elemento fundamental da política e administração do país, incumbindo ao Estado defendê-la de todos os factores que a desorientem contra a verdade, a justiça, a boa administração e o bem comum».

39 *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 67, p. 676.

40 *Ibidem*.

de suspender parcialmente garantias constitucionais»<sup>41</sup>. Releva salientar que Portugal vivia, no período em que se discutiu a revisão constitucional, em guerra com as suas colónias (situação aliás, como veremos *infra*, que estava acautelada na Proposta de Lei 6/X) e em momento de agravamento das tensões políticas internas.

Importa referir que a proposta de alteração constitucional da *Ala Liberal*, no que concerne à temática da liberdade de imprensa, não se limitava a uma nova redacção do artigo 22.º, mas também a uma alteração muito significativa do artigo 23.º.

De acordo com o texto constitucional em vigor no momento anterior à promulgação das alterações introduzidas pela Lei 3/71, de 16 de Agosto, o artigo 23.º referia o seguinte: «A imprensa exerce função de carácter público, por virtude da qual não poderá recusar, em assuntos de interesse nacional, a inserção de notas oficiosas que lhe sejam enviadas pelo Governo. Lei especial definirá os direitos e os deveres, quer das empresas, quer dos profissionais de jornalismo, por forma a salvaguardar a independência e a dignidade de umas e outros».

Ora, a Proposta de Lei 6/X dos deputados da *Ala Liberal* pretendia dinamitar o conteúdo e o objectivo do preceito constitucional então em vigor. Entre outras alterações que se pretendia introduzir, defendia-se o seguinte: que a liberdade de expressão e pensamento seria «exercida sem subordinação a qualquer forma de censura administrativa prévia ou não, autorização, caução ou habilitação, com os únicos limites que as leis impõem aos actos das pessoas, salvo caso de guerra, durante a qual poderá ser imposto o regime de consulta prévia obrigatória para notícias de carácter militar» (1.º); que o direito de livre expressão do pensamento pela imprensa incluía «a liberdade de obtenção e divulgação de informações» (2.º); que a toda a pessoa ou entidade nomeada ou designada em periódico seria «assegurado o direito de resposta» (5.º); e que para os portugueses residente no país seria «livre a fundação de empresas jornalísticas, editoras e noticiosas» (6.º).

A terceira alteração estruturante introduzida pela Proposta de Lei 6/X dizia respeito ao Presidente da República, nomeadamente em relação ao seu modelo de eleição e às suas competências, mormente no que toca aos poderes de dissolução da Assembleia Nacional.

No que à primeira questão diz respeito, na sequência da candidatura do General Humberto Delgado às eleições presidenciais de 1958 – e talvez por

---

41 *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 67, p. 677.

isso – é promulgada a Lei 2100, de 29 de Agosto de 1959 que altera o artigo 72.º do texto constitucional. A partir deste momento o Presidente da República deixa de ser eleito por sufrágio directo<sup>42</sup> alterando o preceito original do texto constitucional aprovado pelo Decreto n.º 22 241, de 22 de Fevereiro de 1933<sup>43</sup>. Nos termos da Proposta da *Ala Liberal*<sup>44</sup> retomava-se a fórmula inicial, ou seja, o Presidente da República voltaria, depois do interregno introduzido pela revisão constitucional de 1959, a ser eleito por sufrágio directo.

Já no que à segunda questão diz respeito, na Proposta de Lei 6/X sugeriria-se a alteração do conteúdo do artigo 81.º n.º 6<sup>45</sup> no sentido de se estabelecerem limites ao poder de dissolução da Assembleia Nacional pelo Presidente da República, ficando este impossibilitado de dissolver aquela câmara nos doze meses posteriores a eleições gerais.

A Câmara Corporativa, através do seu Parecer, por um lado, e no que concerne ao modo de eleição do Presidente da República, subscreveu a posição assumida por Marcello Caetano no discurso que fez à Assembleia Nacional aquando da apresentação da proposta governamental<sup>46</sup>. Por outro lado, o re-

---

42 A partir da Lei 2100, de 29 de Agosto de 1959, o artigo 72.º da Constituição da República Portuguesa passa a referir o seguinte: «O Chefe de Estado é o Presidente da República eleito pela Nação, por intermédio de um colégio eleitoral constituído pelos membros da Assembleia Nacional e da Câmara Corporativa em efectividade de funções e pelos representantes municipais de cada distrito ou de cada província ultramarina não dividida em distritos e ainda pelos representantes dos conselhos legislativos e dos conselhos do governo das províncias de governo-geral e de governo simples, respectivamente».

43 De acordo com o texto da Constituição da República Portuguesa que entrou em vigor, depois de plebiscitado, em 11 de Abril de 1933 (artigo 72.º, primeira parte), «O Chefe de Estado é o Presidente da República eleito pela Nação».

44 A proposta de Lei 6/X formulava a redacção da primeira parte do artigo 72.º da Constituição nos seguintes termos: «O Chefe de Estado é o Presidente da República eleito pela Nação». Na Proposta, a primeira parte do artigo corresponde, *ipsis verbis*, à formulação original do texto da Constituição de 1933.

45 A proposta de Lei 6/X formulava o n.º 6 do artigo 81.º nos seguintes termos: «Dissolver a Assembleia Nacional quando assim o exigirem os interesses superiores da Nação. A dissolução não pode ser, porém, decretada dentro dos doze meses posteriores a eleições gerais».

46 «Sobre a alteração que se pretende introduzir na forma de eleição do Presidente da República, a Câmara perflha o ponto de vista do Sr. Presidente do Conselho, expresso no seu discurso relativo à revisão constitucional em curso e, em especial, à proposta de lei n.º 14/X, proferido perante a Assembleia Nacional em 2 de Dezembro de 1970», *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 67, p. 678.



lador do Parecer chamou à colação o Parecer n.º 10/VII da Câmara Corporativa sobre a Proposta de Lei n.º 18<sup>47</sup> que culminou na revisão constitucional de 1959<sup>48</sup> para ele remetendo quanto ao essencial da argumentação justificativa no sentido de se manter (pelo menos naquele momento) a opção político-legislativa assumida, pela primeira vez, na revisão constitucional imediatamente anterior.

No Parecer 23/X, para além de remeter para o Parecer 10/VII, Afonso Rodrigues Queiró recupera, sobretudo, um argumento: o da diferença entre os sistemas presidencialistas puros e os sistemas de presidencialismo diárquico. Para o relator do Parecer da Câmara Corporativa, nos sistemas presidencialistas diárquicos (como seria o sistema português consagrado no texto da

---

47 *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 49, pp. 603 a 615. O Parecer da Câmara Corporativa n.º 10/VII teve como relator Afonso Rodrigues Queiró, o mesmo que assumiu a responsabilidade no âmbito do Parecer 23/X sobre a Proposta de Lei 6/X. Importa salientar que Afonso Rodrigues Queiró foi também o relator dos pareceres sobre a Proposta de Lei 14/X e sobre o Projecto de Lei 7/X, ambos com propostas relativas à revisão do texto constitucional.

48 Nos termos do Parecer n.º 10/VII da Câmara Corporativa entendia-se que a escolha original da Constituição, segundo a qual o Presidente era eleito por sufrágio directo se prendia com o facto de se assim se «conseguir que a pessoa eleita como Presidente da República saísse do acto eleitoral revestida de grande autoridade que lhe adviria do facto de se tornar no homem de confiança de todo o povo, no homem a quem este aclamara plebiscitariamente e em quem punha os olhos como primeiro depositário da sua soberania e como símbolo da unidade nacional. [...] Simplesmente, é sabido que a nossa Constituição admitiu para o Estado uma base corporativa (artigo 5.º) – e pode perguntar-se por que é que se não tiraram desta afirmação, desde logo, todas as consequências. [...] Seja como for, o que se não pode negar é que o sistema da eleição do Presidente da República directamente pela Nação não fora concebido pela Constituição como destinado a dar ensejo, de cada vez que o processo da sucessão presidencial se instaurasse, a que se submetesse à deliberação da Nação o mérito relativo de dois ou mais programas políticos globais: foi concebido, antes, para que, o mais possível sem debate, dada a dignidade da função presidencial, que dele poderia naturalmente sair afectada, se plebiscitasse o homem que continuasse a dar efectivação ao «programa» fixado na própria Constituição», ou seja, sendo o Estado Corporativo e a sociedade igualmente corporativa, a revisão constitucional de 1959 tinha reestruturado o modelo organizativo e o papel do Presidente da República em função de uma realidade própria que estava numa dimensão de evidente diferença conceptual face àquelas que se assumem, numa determinada perspectiva civilizacional e ideológica (o sistema democrático-liberal), como as escolhas mais evidentes, daí resultando a opção por uma eleição indirecta ao invés de uma eleição directa. *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 49, pp. 604 a 605.

Constituição de 1933) «na medida em que os poderes presidenciais se restrinjam ao domínio político, e, dentro deste domínio, a velar pelo respeito da Constituição e a assegurar o funcionamento regular dos órgãos de soberania e a continuidade do Estado, concebe-se uma eleição indirecta por colégio ampliado»<sup>49</sup>. Assim, para a Câmara Corporativa, sendo o regime constitucional português um regime «de presidencialismo bicéfalo ou diárquico, em que o poder presidencial praticamente não intervém na função administrativa»<sup>50</sup> ficaria ainda por apurar qual o melhor dos dois sistemas de eleição para a função de Presidente da República, ou seja, remetia-se para o futuro – afastando, por maioria de razão, qualquer alteração naquele momento – a decisão sobre uma eventual mudança no modo de eleição do Presidente da República.

Já no que toca à segunda proposta relativa aos poderes do Presidente da República – introdução de limitações ao poder de dissolução da Assembleia Nacional – o Parecer da Câmara Corporativa também muito claro, manifestando-se desfavorável à alteração do preceito constitucional. Nesse sentido, afirma-se no Parecer que

«Não se vê, efectivamente, que seja recomendável amputar os poderes presidenciais de dissolução, *ratione temporis*. Tal viria a traduzir-se em, no primeiro ano do seu mandato quadrienal, a Assembleia Nacional deter praticamente a totalidade das competências de direcção política do Estado»<sup>51</sup>.

Como vimos *supra*, a Câmara Corporativa entendeu não recomendar a aprovação da Proposta de Lei 6/X na generalidade. No entanto, três Procuradores votaram vencido: Maria de Lourdes Pintasilgo, Diogo Freitas do Amaral e André Gonçalves Pereira<sup>52</sup>. Os votos vencidos não revelam especial densidade na argumentação utilizada e apenas Diogo Freitas do Amaral se compromete, de forma clara e inequívoca (no sentido em que entende que tais emendas mereceriam aprovação<sup>53</sup>), com o conteúdo de algumas das propostas.

49 *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 67, pp. 678 a 679.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

52 *Vide*, sobre o voto de vencido de André Gonçalves Pereira, a carta que este envia a Marcello Caetano: FREIRE ANTUNES, José, *Cartas Particulares...*, vol. I, p. 111.

53 «Discordo da não aprovação na generalidade porque, além de outras razões, entendendo que no presente projecto há várias emendas à Constituição que merecem aprovação. Estão, a meu ver, nessas condições, entre outras, na redacção com que foram apresentadas ou com redacção diferente que as aperfeiçoasse, as emendas relativas aos seguintes artigos da Constituição: 6.º, n.ºs 1.º e 3.º, 8.º, n.º 19; 11.º, 23.º-A, 81.º, n.º 10.º; 89.º, alíneas e)

## V. A COMISSÃO EVENTUAL

Através de despacho do Presidente da Assembleia Nacional foi constituída uma Comissão Eventual (Comissão) em 1 de Março de 1971<sup>54</sup> com o objectivo de preparar a discussão da Proposta governamental e dos Projectos de Lei dos deputados cujo trabalho assumiria uma importância decisiva no curso do processo de revisão constitucional.

Do trabalho da Comissão resultaria um Parecer que teve como relator o deputado José João Gonçalves de Proença.

Nos termos do Parecer, e no que dizia respeito à Proposta governamental, afirmava que aquela tinha «vantagens, quer pelas inovações e aperfeiçoamentos de ordem técnica» que permitia, quer pelas inovações que sugeria «em conformidade com a evolução das necessidades e conveniências da Nação»<sup>55</sup>. Efectivamente, e como já havia referido a Câmara Corporativa, não se vislumbravam na Proposta do Governo quaisquer alterações que pudessem ser entendidas como fracturantes em relação aos princípios constitucionais originariamente vertidos no texto da Constituição. Assim, a Comissão entendeu aprovar por unanimidade a Proposta de Lei de revisão constitucional «provocando assim o seu trânsito para a discussão na especialidade»<sup>56</sup>.

---

e f); 90.º, n.ºs 1.º e 5.º e § 2.º; 93.º, alíneas f), h), i) e j); 97.º, § 2.º; 101.º, alíneas c) e d); 103.º, §§ 1.º e 3.º; 105.º, 106.º e §§ 1.º e 2.º; 109.º, § 3.º; 123.º, § único e 176.º, §§ 2.º e 4.º», *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 67, p. 684.

54 *Diário das Sessões*, suplemento n.º 88, de 2 de Março de 1971. Esta comissão foi composta pelos seguintes deputados: Albano Vaz Pinto Alves, Alberto Marciano Gorjão Franco Nogueira, Alberto Maria Ribeiro de Meireles, Albino Soares Pinto dos Reis Júnior; Álvaro Filipe Barreto de Lara, António de Sousa Vadre Castelino e Alvim, Bento Benoliel Levy, Camilo António de Almeida Gama Lemos de Mendonça, Custódia Lopes, Delfim Linhares de Andrade, Delfino José Rodrigues Ribeiro, Filipe José Freire Themudo Barata, Francisco José Pereira Pinto Balsemão, Francisco Manuel Lumbrales de Sá Carneiro, Gustavo Neto Miranda, Henrique Veiga de Macedo, João Manuel Alves, João Ruiz de Almeida Garrett, Joaquim Jorge Magalhães Saraiva da Mota, José Coelho de Almeida Cotta, José João Gonçalves de Proença, José Maria de Castro Salazar, José dos Santos Bessa, José da Silva, Júlio Alberto da Costa Evangelista, Luís Maria Teixeira Pinto, Manuel Artur Cotta Agostinho Dias, Manuel Homem Albuquerque Ferreira, Manuel José Archer Homem de Mello, Manuel Monteiro Ribeiro Veloso, Miguel Pádua Rodrigues Bastos, Ricardo Horta Júnior e Ulisses Cruz de Aguiar Cortês. Destaque para o facto desta Comissão integrar dois dos mais destacados membros do grupo da *Ala Liberal*: Francisco Pinto Balsemão e Francisco Sá Carneiro.

55 *Diário das Sessões*, n.º 101, p. 2023.

56 *Ibidem*.

Especialmente importante no contexto da discussão ocorrida na Comissão, foi o facto desta ter entendido, não obstante a Câmara Corporativa, nos seus Pareceres, ter não recomendado a aprovação dos Projectos 6/X e 7/X, que «seria tomado por base o texto da proposta do Governo, sem prejuízo de logo considerar, a propósito de cada uma das suas disposições, os textos paralelos dos projectos 6/X e 7/X que incidissem sobre matéria coincidente com a da proposta governamental»<sup>57</sup>.

De facto, a Comissão, que integrava membros das diversas sensibilidades políticas presentes na Assembleia Nacional, seria capaz de apresentar um Parecer que, embora desenhado sobre a Proposta do Governo, incluiria também algum do conteúdo dos Projectos de Lei dos deputados<sup>58</sup>.

## **VI. A DISCUSSÃO NA GENERALIDADE DA PROPOSTA DE LEI DO GOVERNO E DOS PROJECTOS DE LEI DOS DEPUTADOS**

A discussão na generalidade da Proposta do Governo e dos Projectos de Lei dos deputados sobre a revisão constitucional iniciou-se no dia 15 de Junho de 1971<sup>59</sup> e prolongou-se até dia 29 do mesmo mês, tendo nela usado a palavra – alguns deles, por mais de uma vez – cinquenta e sete deputados.

No contexto da discussão ocorrida na Assembleia Nacional são (em virtude do objecto do nosso trabalho) particularmente importantes – para o nosso estudo – as intervenções dos deputados alinhados com a *Ala Liberal*. Vários foram os que defenderam, em muitas circunstâncias de forma compromissória, noutras através de um estilo mais caustico, as propostas apresentadas no Projecto de Lei 6/X.

O primeiro dos membros da *Ala Liberal* a tomar a palavra foi Francisco Sá Carneiro – provavelmente o mais destacado dos deputados deste grupo no período em causa, dado que José Pedro Pinto Leite já havia falecido na altura em que a discussão foi realizada – em discurso proferido em 16 de Junho.

A intervenção inicial de Francisco Sá Carneiro assentou, num primeiro momento, numa base técnico-jurídica através da qual o deputado criticou a argumentação utilizada – da existência de limites ao poder de revisão consti-

---

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> *Vide*, sobre este assunto, com mais detalhe, CARVALHO, Rita Almeida de, «O Marcelismo à luz da Revisão Constitucional de 1971», *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 218 a 222.

<sup>59</sup> No dia 15 de Junho de 1971 apenas se procedeu à leitura do Parecer da Comissão Eventual.

tucional – que teria condicionado a proposta 6/X (subscrita por este e outros deputados) e evitado «a discussão daquilo com que se não concorda»<sup>60</sup>.

O objectivo passava, em primeiro lugar, por discutir no plano jurídico-constitucional a temática da eleição do Presidente da República introduzindo, para tal, um conjunto de argumentos técnicos sobre a natureza do sistema político português e dissertando acerca da forma como se encontravam vertidos na realidade nacional. Para Francisco Sá Carneiro, a Constituição Portuguesa consagrava

«a concepção democrática do poder popular nos seus artigos 8.º e 71.º. De harmonia com essa concepção [...] tanto o Presidente da República como a Assembleia Nacional eram eleitos pelo sufrágio directos dos cidadãos eleitores. Essa era a fonte da legitimidade do poder, tanto mais necessária quanto maior ele fosse. De sistema presidencialista autoritário passou-se a sistema simplesmente representativo, pela concentração dos poderes no Chefe de Estado. E a Assembleia Nacional tornou-se um órgão dependente do Presidente da República, mera auxiliar no desempenho da função legislativa. Mas enquanto os seus membros continuam a ser eleitos pela fonte suprema da legitimidade em regime democrático, o Chefe de Estado passou em 1959 a ser designado por um sistema híbrido, dificilmente justificável e que não assegura a indispensável representatividade ao titular dos poderes legislativo e executivo»<sup>61</sup>.

A crítica de Francisco Sá Carneiro ao modo de eleição do Presidente da República arquitectado a quando da revisão constitucional de 1959 não se limitava a uma questão de natureza meramente técnica ou jurídica. Para o líder da *Ala Liberal*, «A soberania reside em a Nação, formada pelos cidadãos portugueses, continuar a proclamar a Constituição», para o então deputado, os cidadãos portugueses haviam sido «desapropriados da liberdade política essencial, que é a de designar o órgão de soberania que concentra os poderes legislativo e executivo: o Presidente da República»<sup>62</sup>. Dessa forma, conclui Francisco Sá Carneiro que

«O Presidente da República concentra todos os poderes, exercendo-os através do Chefe do Governo, mas o processo de eleição não é consentâneo com os princípios democrático de soberania popular inscritos na Constituição nem assegura representatividade ao detentor do Poder, pois o colégio eleitoral carece dela e encontra-se em última análise dependente do Governo aproximando-nos por isso de uma autocracia»<sup>63</sup>.

60 SÁ CARNEIRO, Francisco, *Diário das Sessões*, n.º 102, p. 2048.

61 SÁ CARNEIRO, Francisco, *Diário das Sessões*, n.º 102, p. 2050.

62 *Ibidem*.

63 *Ibidem*.

Em segundo lugar, o discurso de Francisco Sá Carneiro centrou-se noutra dos temas principais do Projecto de Lei 6/X que versava sobre o tema dos direitos, liberdades e garantias. Através de um discurso reflexivo e, ao mesmo tempo, profundamente condenatório de décadas de práticas ditatoriais, Francisco Sá Carneiro criticava as limitações à liberdade de pensamento, liberdade de imprensa<sup>64</sup>, liberdade de reunião, a liberdade sindical ou liberdade religiosa<sup>65</sup>, e afirmava, em síntese, que naquela altura, mais do que nunca, «a garantia dos cidadãos tanto pelo que respeita aos seus direitos como pelo que se refere à limitação do poder político» haveria de estar «nas normas constitucionais e no *controle* da constitucionalidade das leis»<sup>66</sup>. Defendia assim que a Constituição tinha de «consagrar, clara e insofismavelmente, os princípios e as normas que institucionalizem a liberdade da pessoa, fundamento do Estado, fim e limite último do poder político, cabendo-lhe também garantir o respeito pelo seus próprios preceitos»<sup>67</sup>.

O segundo deputado da *Ala Liberal* a usar da palavra foi João Bosco Mota Amaral no dia 17 de Junho, que o fez num estilo bem diferente do usado por Francisco Sá Carneiro: contido, compromissório, conciliador, quase agradável<sup>68</sup>. Note-se, porém, que o modelo de intervenção de João Bosco Mota Amaral era o mais habitual, mesmo entre os deputados do grupo liberal (onde Francisco Sá Carneiro destoava claramente).

---

64 Ainda em 1971 seria discutido o projecto-lei da imprensa que constituiria mais um ponto de discórdia entre a *Ala Liberal* e o Governo. Vide, nesse sentido, FERNANDES, Tiago, *Nem Ditadura...*, pp. 100 a 101.

65 Também em 1971 decorreria na Assembleia Nacional a discussão da proposta de lei sobre a liberdade religiosa. Refere Tiago Fernandes que «A atitude geral dos deputados liberais foi a de uma rejeição global da proposta logo na discussão na generalidade, mas o facto dela ter sido aprovada levou a que os liberais procurassem introduzir alterações também durante a discussão na especialidade», FERNANDES, Tiago, *Nem Ditadura...*, p. 98.

66 SÁ CARNEIRO, Francisco, *Diário das Sessões*, n.º 102, p. 2053.

67 *Ibidem*.

68 Vide, por exemplo, o seguinte (entre muito outros) excerto: «Sem rejeitar em absoluto e sistematicamente o passado recente, impõe-se a quem hoje governa a ingente tarefa de modernizar métodos de actuação e ensaiar audaciosamente novos caminhos para a resolução dos problemas nacionais. Foi indubitavelmente com este intuito que o Chefe do Governo solicitou, ao assumir as suas funções, um «crédito de confiança»; e foi nessa base que o País o concedeu, como se pôde comprovar nas eleições legislativas que a todos nos trouxeram a esta Casa. Está, pois, em causa o compromisso que perante a Nação assumiriam os que aderiram e aceitaram colaborar com Marcelo Caetano; jogam-se aqui as melhores esperanças de Portugal», MOTA AMARAL, João Bosco, *Diário das Sessões*, n.º 103, p. 2074.

Ainda assim, não se coibiu de defender a centralidade dos direitos, liberdades e garantias individuais. Defendeu, nesse âmbito, as alterações propostas ao artigo 8.º no Projecto Lei 6/X. Refere, admitindo que o artigo 8.º não contenha muitas lacunas, que

«Alguma coisa há, no entanto, a acrescentar, como seja o direito de emigrar, o direito à informação livre e verídica e a garantia de defesa face à aplicação de medidas de segurança e de recurso contencioso dos actos da Administração lesivos dos direitos dos particulares»<sup>69</sup>.

Mais acintosa foi a defesa que fez à supressão de certas restrições existentes na Constituição a liberdades individuais, que privavam «de conteúdo efectivo a margem de liberdade e segurança de que os cidadãos» disporem «em matérias tão transcendentais importância como a expressão de pensamento, a reunião e associação, a inviolabilidade de domicílio e o sigilo de correspondência»<sup>70</sup>. Para tanto, defendia que o texto constitucional garantisse a protecção desses direitos.

O tema da eleição do Presidente da República também foi alvo da intervenção deste deputado. Nos termos da Proposta do grupo da *Ala Liberal*, o Presidente da República voltaria a ser eleito através de sufrágio directo, modificando, dessa forma, a regra constitucional alterada com a revisão constitucional de 1959.

João Bosco Mota Amaral procurou refutar alguma da argumentação utilizada a favor de uma eleição indirecta do Chefe de Estado. Referia, nesse sentido, que «Há quem afirme que a eleição por sufrágio directo» poderia «apoucar a figura do candidato que finalmente triunfa, por submeter a uma discussão pública os seus méritos e deméritos para o cargo» e que «as campanhas eleitorais constituiriam razão de perturbação da ordem, seriam quase um incentivo à subversão»<sup>71</sup>, apontamento que o então deputado desconsiderava, na medida não compreendia porque motivo seriam os portugueses «mais susceptíveis do que os outros povos cujos chefes de Estado também se elegem no meio de acesa contestação» ou «carecidos de civismo, capazes

---

69 *Ibidem*. O Projecto de Lei 6/X propunha, em relação ao artigo 8.º, entre outras, as seguintes alterações: «1.º-B. O direito de se deslocar e fixar nas várias parcelas do território nacional e de emigrar, temporária ou definitivamente, só ou acompanhado pela sua família»; «4.º-B. O direito à informação livre e verídica».

70 *Ibidem*.

71 MOTA AMARAL, João Bosco, *Diário das Sessões*, n.º 103, p. 2075.

de enxovalhar, irremissivelmente, quem quer que seja que se apresente ao veredicto das urnas»<sup>72</sup>.

No mesmo dia, Joaquim Pinto Machado – outro dos signatários do Projecto de Lei 6/X – usou também da palavra para defender a proposta *da Ala Liberal* e, nomeadamente, uma das ideias centrais: a da eleição por sufrágio directo do Presidente da República.

Para tal, fez, por um lado, um excursão sobre a evolução constitucional nesse âmbito, através do qual salientava as contradições existentes entre aqueles que defendiam, naquele momento, a manutenção da eleição indirecta do Presidente da República e, por outro, uma crítica severa ao modelo utilizado para essa mesma eleição indirecta afirmando, nomeadamente, que «A composição numérica e qualitativa do colégio eleitoral está, pois, fortemente dependente do Governo e, através dele, do Presidente da República»<sup>73</sup>, ideias intensamente repetidas entre os subscritores do Projecto de Lei 6/X.

No dia seguinte, a 18 de Junho, foi a vez de Francisco Pinto Balsemão se dirigir à Assembleia Nacional.

A primeira referência de vulto da intervenção do então deputado é de crítica ao Parecer da Câmara Corporativa à Projecto de Lei 6/X, nomeadamente porque nos termos daquela se tinha considerado a proposta dos deputados da *Ala Liberal* rejeitada na generalidade sem que para tal tivesse existido «qualquer explicação»<sup>74</sup>.

Francisco Pinto Balsemão, apesar da contundência da crítica ao Parecer da Câmara Corporativa, vai ainda mais longe ao considerar que «Noutros sectores o projecto n.º 6/X foi julgado inoportuno, não por motivos de fundo, não por não terem plena actualidade os princípios que visa implantar ou restaurar, mas por ir afectar as conveniências de pessoas que, acima de tudo, desejam que tudo continue como está – sem ondas, sem ousadias, sem alte-

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> CORREIA DA SILVA, Joaquim Pinto Machado, *Diário das Sessões*, n.º 103, p. 2083. Conclui, a respeito das críticas que faz em relação ao colégio eleitoral, que «O colégio eleitoral consignado no artigo 72.º da Constituição só teoricamente é orgânico-individualista – na prática, é efectivamente individualista», «A Nação não se reconhece representada nesse colégio, pois só os Deputados foram eleitos por sufrágio universal e directo, tendo o Governo intervindo, directa ou indirectamente, na nomeação de muitos dos eleitores», «Por tal motivo o sistema é altamente inconveniente, já que, como aqui foi dito em 1959 pelo Deputado José Saraiva, «não basta que se diga que é a Nação que elege o Chefe do Estado; também é necessário que a Nação sinta que o Chefe de Estado é eleito por ela».

<sup>74</sup> PINTO BALSEMÃO, Francisco, *Diário das Sessões*, n.º 104, p. 2103.



rações que permitam recuperar o atraso»<sup>75</sup>, ideia sobre a qual disserta longa e sagazmente. Ficava patente a desilusão e dava-se início a um inexorável afastamento entre os liberais e Marcello Caetano. Para Francisco Pinto Balsemão, era fundamental, para que existisse coerência no modelo de regime implantado em 1933, sobretudo no âmbito dos direitos individuais, que a lei ordinária não negasse «na prática, os direitos, as liberdades e as garantias consagrados no diploma fundamental»<sup>76</sup>.

Idêntica, era a construção argumentativa em torno da temática da liberdade de imprensa. Para o então deputado, as alterações ao artigo 23.º (e criação de um artigo 23.º-A) permitiriam «conceder à opinião pública [...] e aos meios de comunicação social [...], a possibilidade de cumprirem a sua missão perante a sociedade»<sup>77</sup>.

Por último, e tal como os restantes deputados subscritores do Projecto de Lei 6/X, também Francisco Pinto Balsemão defendeu a ideia do regresso à eleição directa do Presidente da República – uma das mais caras propostas do grupo da *Ala Liberal*. Defendia, nesse sentido que «o projecto n.º 6/X não pretende nova solução: deseja apenas restaurar o princípio estabelecido em 1933 e que nunca deveria ter sido revogado»<sup>78</sup>.

Joaquim Magalhães Mota, outro dos destacados membros da *Ala Liberal* e subscritor do Projecto de Lei n.º 6/X, usou da palavra no dia 22 de Junho. Do seu discurso fez também parte a questão relacionada com a eleição do Presidente da República. Para este deputado o problema não parecia justificar «o relevo» que lhe era dado a menos que se procurasse «uma manobra de diversão»<sup>79</sup>. Não obstante, a apreciação que fazia do modelo seguido a partir da revisão constitucional de 1959 era muito negativa<sup>80</sup>, sustentando

---

75 *Ibidem*.

76 PINTO BALSEMÃO, Francisco, *Diário das Sessões*, n.º 104, p. 2104.

77 *Ibidem*.

78 PINTO BALSEMÃO, Francisco, *Diário das Sessões*, n.º 104, pp. 2105 a 2106.

79 MAGALHÃES MOTA, Joaquim, *Diário das Sessões*, n.º 106, p. 2145.

80 «Pois que voto traz, a não ser o seu, o presidente da câmara que o Sr. Ministro do Interior atribuiu a determinados municípios, ou ao Bastonário da Ordem dos Médicos [...]? Ou, ao arrepio de uma orientação ou até de intervenções de há longa data, passou a entender-se que a organização corporativa passa a interferir em questão de ordem social ou política? E como? Vai haver um sufrágio interno e uma discussão ao nível corporativo da Chefia do Estado? E valerá o mesmo o voto da Corporação da Indústria e o voto da de Assistência? Ou o voto será proporcional ao número dos seus membros? E, mesmo que conseguíssemos resolver todos estes problemas, será o quadro dos interesses nacio-

que apenas através de um sufrágio directo e universal toda a Nação poderia participar.

No dia seguinte foi a vez de João Pedro Miller Guerra – destacado membro da *Ala Liberal* e, como todos os anteriores, subscritor do Projecto de Lei 6/X – discutir as propostas de revisão constitucional tendo introduzido a sua intervenção com uma defesa do valor da liberdade individual afirmando, nesse sentido, estar convicto «de que a restauração das liberdades públicas» era «a condição prioritária do desenvolvimento»<sup>81</sup>. Defendeu, nesse sentido, o fim da censura e a liberdade de expressão como instrumentos fundamentais para o desenvolvimento económico e social.

No dia 23 de Junho Francisco Sá Carneiro – o líder informal deste grupo orgânico – voltaria a dirigir-se à Assembleia Nacional para salientar, num primeiro momento, a coincidência de propostas entre o Projecto Lei 6/X e a Proposta de Lei 14/X «quanto à maior parte dos assuntos; assim pelo que se refere aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, ao alargamento da competência da Assembleia Nacional, às garantias da constitucionalidade das leis»<sup>82</sup>.

Apesar da transigência inicial (admitindo a existência de pontos em comum entre as duas propostas), num segundo momento o então deputado voltaria àquele que estava a ser o principal cavalo de batalha da oposição liberal na Assembleia Nacional: a eleição directa do Presidente da República, tema a que regressaria, por mais de uma vez, naquela que era a segunda intervenção que fazia sobre a reforma da constituição.

Ao mesmo tempo, insistia na problemática dos direitos individuais, outra das questões essenciais da Projecto de Lei 6/X. Afirmava, nesse sentido, que

«Pouco importa às pessoas saber que têm os direitos reconhecidos em princípio, se o exercício deles lhes é negado na prática. Liberdade de expressão com apreensões administrativas, censura, autorização e caução prévia não adianta. Liberdade de reunião e de associação quando e para quando o Governo entender, não resulta. Liberdade física com possibilidade de prisões policiais prolongadas e incontroladas judicialmente e de interrogatórios sem a presença de defensor, não é garantia. Liberdade política sem projecção efectiva e sem instrumentos de exercício, não passa de ilusão»<sup>83</sup>.

---

nais rigorosamente idêntico ao da totalidade dos interesses corporativos?», MAGALHÃES MOTA, Joaquim, *Diário das Sessões*, n.º 106, p. 2147.

81 MILLER GUERRA, João Pedro, *Diário das Sessões*, n.º 107, p. 2161.

82 SÁ CARNEIRO, Francisco, *Diário das Sessões*, n.º 108, p. 2186.

83 SÁ CARNEIRO, Francisco, *Diário das Sessões*, n.º 108, p. 2187.

Para Francisco Sá Carneiro, o objectivo de uma reforma constitucional e do Projecto que subscrevia passava «assegurar um verdadeiro Estado de direito»<sup>84</sup> que só seria possível, na sua perspectiva, se o texto constitucional estivesse redigido de maneira tal que impedisse os abusos que se conheciam<sup>85</sup>, ideia alicerçada numa concepção jusnaturalista-personalista.

Em 24 de Junho foi a vez de José Correia da Cunha. A sua intervenção (como em todas as intervenções dos deputados subscritores do Projecto de Lei 6/X) centrou-se, na primeira parte, na temática da eleição directa do Presidente da República, corolário, para os seus defensores (em conjunto com a eleição directa do órgão legislativo Assembleia Nacional), de uma concepção democrática do poder político.

Na segunda parte, José Correia da Cunha defendeu a segunda grande proposta do Projecto Lei/X, nomeadamente as alterações ao artigo 8.º do texto constitucional. Para o deputado sem liberdade não existiria «progresso económico nem evolução social satisfatórios. O desenvolvimento, na verdadeira acepção da palavra, pressupõe um desejo voluntário de adesão por parte das populações»<sup>86</sup>. Daí a defesa intransigente do direito à informação livre e verídica, do direito à livre associação e do direito à emigração.

Na sessão de 26 de Junho, defenderam ainda a proposta da *Ala Liberal* Joaquim Macedo Correia (no caso, pela primeira vez e sem grande destaque), João Pedro Miller Guerra, que aprofundou alguns aspectos que já tinha abordado numa primeira intervenção, e Joaquim Magalhães Mota que, tal como João Pedro Miller Guerra, procurou densificar questões sobre as quais já tinha reflectido na primeira intervenção<sup>87</sup>.

A última intervenção entre os deputados subscritores do Projecto de Lei 6/X coube a Francisco Sá Carneiro – a terceira da sua lavra – e ocorreu a 29 de Junho. Francisco Sá Carneiro herdou a liderança do grupo da *Ala Liberal*

---

84 *Ibidem*.

85 Para este deputado, as disposições constitucionais em vigor no período coevo ao processo de revisão constitucional permitiam que se «instaurasse todo um regime preventivo, característico, como se viu, do Estado policial, em que, a propósito de prevenir os abusos da liberdade que alguns poderiam cometer, se reprime a efectiva liberdade de todos». A limitação das liberdades era consequência da existência de censura, autorizações policiais, permissões governamentais, prisões preventivas, penas administrativamente impostas, medidas de segurança ilimitadas. SÁ CARNEIRO, Francisco, *Diário das Sessões*, n.º 108, p. 2188.

86 CORREIA DA CUNHA, José, *Diário das Sessões*, n.º 110, p. 2217.

87 *Diário das Sessões*, n.º 111, pp. 2242 a 2247.

após a morte trágica de José Pedro Pinto Leite. Era, provavelmente, o mais brilhante entre os liberais, aquele capaz de mais significativa profundidade na análise e de maior densidade filosófica. As suas intervenções revelavam destreza de pensamento e enorme capacidade de organização sistemática.

Na sua locução à Assembleia Nacional, Francisco Sá Carneiro insistiu no tema dos direitos individuais e à necessidade da sua consagração de forma clara e inequívoca no texto constitucional.

Paralelamente, regressou também ao problema da eleição do Presidente da República. Nesse sentido, afirmava que «Não queremos que se possa sequer supor que a escolha do Chefe de Estado resultou apenas do entendimento de um pequeno colégio; desejamos que ele seja a expressão viva do voto da Nação»<sup>88</sup>. Percebe-se a importância deste tema face ao arquétipo constitucional originalmente consagrado em 1933 e à forma tipificada para o exercício do poder, através do qual ao Presidente da República eram conferidos extensos e importantes poderes.

Após o encerramento do debate na generalidade sobre as propostas de revisão constitucional, o deputado Manuel Elias Trigo Pereira apresentou à Mesa da Assembleia Nacional um requerimento<sup>89</sup> através do qual se requeria que a votação da revisão constitucional se fizesse «sobre o texto sugerido pela [...] comissão eventual, com prejuízo da proposta de lei n.º 14/X e dos projectos de lei n.ºs 6/X e 7/X»<sup>90</sup>.

Tal requerimento, que na prática significava, como esclarecia o Presidente da Assembleia Nacional, não serem colocadas «à discussão na Assembleia individualmente nem a proposta de lei n.º 14/X, nem os projectos de lei n.ºs 6/x e 7/X»<sup>91</sup> suscitou a reacção de Francisco Sá Carneiro que solicitou a votação nominal do referido requerimento, pretensão negada pelo Presidente. O requerimento apresentado pelo deputado Manuel Elias Trigo Pereira foi aprovado por maioria.

Importa salientar que a aprovação do referido requerimento significou o

---

88 SÁ CARNEIRO, Francisco, *Diário das Sessões*, n.º 114, p. 2299.

89 O requerimento apresentado por Manuel Elias Trigo Pereira foi ainda subscrito por Lopo Carvalho Cancellia de Abreu, José Coelho Jordão, António Fonseca Leal de Oliveira, Teófilo Lopes Frasão, Joaquim José Nunes de Oliveira, Augusto Salazar Leite, José Vicente Cordeiro Malato Beliz, Filipe José Freire Themudo Barata, Humberto Cardoso de Carvalho, Eleutério Gomes de Aguiar, Júlio Dias das Neves, Augusto Domingos Correia e Fernando Nascimento Malafaia Novais.

90 *Diário das Sessões*, n.º 114, p. 2307.

91 *Diário das Sessões*, n.º 114, p. 2308.

afastamento da discussão na especialidade da Proposta de Lei do Governo e dos Projectos de Lei dos deputados<sup>92</sup> e que o texto da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, incorporava, sobretudo, o essencial da Proposta de Lei, incluindo, em questões marginais, algumas das propostas dos Projecto de Lei.

Em virtude do requerimento de Manuel Elias Trigo Pereira, apenas o texto produzido na Comissão Eventual foi discutido na especialidade. Tal facto levou a que a discussão na especialidade tenha decorrido de forma célere – o debate iniciou-se em 29 de Junho de 1971 e ficou concluído em 8 de Julho, ocupando apenas cinco sessões da Assembleia Nacional – e em circunstâncias anómalas, dado que «alguns dos membros da *ala liberal* se recusaram a apreciar a revisão na especialidade, o mesmo acontecendo com alguns *ultras*»<sup>93</sup>.

## VII. CONCLUSÕES

O processo de revisão constitucional que decorreu em 1971 marcou o fim da política compromissória de Marcello Caetano e o início de um inexorável afastamento entre os deputados liberais e o Presidente do Conselho e o seu gradual isolamento político.

Não obstante este facto, o processo de revisão constitucional de 1971 permitiu dar tempo e espaço aos deputados da *Ala Liberal* na Assembleia Nacional para que os mesmos não apenas apresentassem projectos de lei (onde se inclui o Projecto Lei 6/X), mas discutissem também, publicamente, questões centrais para a organização e funcionamento do poder político e do aparelho de Estado.

Os debates ocorridos na Assembleia Nacional durante o ano de 1971 – onde se incluem as discussões sobre a revisão da Concordata e da liberdade religiosa e sobre o projecto lei da imprensa – ilustram a o fosso existente entre os dois principais grupos daquela Câmara, bem como as diferentes e avassaladoras diferenças entre duas concepções do mundo diametralmente opostas.

---

92 Na sequência do requerimento apresentado por Manuel Elias Trigo Pereira do qual resultou a impossibilidade de discussão do projecto de revisão constitucional subscrito pelos membros da *Ala Liberal*, Francisco Sá Carneiro apresentaria dois projectos de lei sobre a inconstitucionalidade da própria revisão constitucional. Vide, nesse sentido, MIRANDA, Jorge, *Inconstitucionalidade da Revisão Constitucional, 1971. Um Projecto de Francisco Sá-Carneiro*, Lisboa, Assembleia da República, 1997.

93 CARVALHO, Rita Almeida de, *O Marcelismo...*, p. 223.

Embora as alterações introduzidas ao texto constitucional não tenham feito reflexo das propostas apresentadas pelo grupo da *Ala Liberal* – o que significa, em certo sentido, que o seu Projecto foi derrotado, pelo menos no que concerne à sua dimensão jurídica, em toda a linha – na Proposta de Lei 6/X (mormente, no que concerne aos dois pontos principais: a reformulação do artigo 8.º referente aos direitos individuais; as alterações ao artigo 23.º no âmbito liberdade de imprensa; e a mudança do artigo 72.º relativamente ao modo de eleição do Presidente da República), a oportunidade conferida – e bastante bem aproveitada – aos deputados liberais no sentido de poderem defender na Assembleia Nacional as suas propostas (de forma livre e não condicionada) constituiu um activo fundamental para o processo de afirmação não apenas das suas ideias, mas também das suas pessoas como alternativa política ao *status quo* vigente.

O processo de revisão constitucional não apenas se assumiu como uma alavanca mediática que permitiu popularizar a proto-oposição ao regime do Estado Novo, como, através das brechas que abriu no seio da Assembleia Nacional, catapultou alguns dos seus membros para o palco central da política nacional. Com o fim do Regime, vários dos subscritores do Proposta de Lei 6/X (Francisco Sá Carneiro, Francisco Pinto Balsemão, João Bosto Mota Amaral, Joaquim Magalhães Mota, João Pedro Miller Guerra) fundaram ou integraram um novo partido político, o PPD tendo contribuído decisivamente para a construção do sistema democrático português no período posterior a 1974.

## VIII. BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, António, «Ala liberal, o desencanto do reformismo», *Análise Social*, vol. XLII (182), 2007.
- AREDE NUNES, Filipe de, *A construção jurídico-política do Estado Social em Portugal durante o Estado Novo (1933-1974) – Contributo para o estudo da História do Pensamento Político em Portugal*, Lisboa, AAFDL, 2017.
- CAETANO, Marcello, *Depoimento*, Rio de Janeiro, Record, 1974.
- CARVALHO, Rita Almeida de, «O Marcelismo à luz da Revisão Constitucional de 1971», *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- FERNANDES, Tiago, *Nem Ditadura, Nem Revolução, A Ala Liberal e o Marcelismo (1968-1974)*, Assembleia da República e Publicações Dom Quixote, Lisboa, 2005.
- «A Ala Liberal da Assembleia Nacional (1969-1973)», *Penélope*, 24, 2001.
- FRANCO NOGUEIRA, Alberto, *O Estado Novo, 1933-1974*, Editora Civilização, Porto, 1981.

- FREIRE ANTUNES, José, *Cartas particulares a Marcello Caetano*, vol. I, Lisboa, Publicações D. Quixote, 1985.
- LEMOS, Mário Matos e, *Oposição e eleições no Estado Novo*, Coordenação, introdução e conclusão Luís Reis Torgal, Assembleia da República, Lisboa, 2012.
- LUCENA, Manuel de, *A evolução do sistema corporativo português, II – O Marcelismo*, Perspectivas & Realidades, Lisboa, 1976.
- MIRANDA, Jorge, *Inconstitucionalidade da Revisão Constitucional, 1971. Um Projecto de Francisco Sá-Carneiro*, Lisboa, Assembleia da República, 1997.
- MOTA AMARAL, João Bosco, «Os Deputados Liberais», Braga da Cruz, Manuel e Ramos, Rui (org.), *Marcelo Caetano – Tempos de Transição*, Porto Editora, 2012.
- PINTO LEITE, Vasco, *A Ala Liberal de Marcelo Caetano, O sonho desfeito de José Pedro Pinto Leite*, Tribuna da História, Lisboa, 2003.
- REIS, Joana, *Melo e Castro, O provedor que dizia sim à democracia*, Casa das Letras, Lisboa, 2013.
- SOARES, Mário, in Pinto Leite, Vasco, *A Ala Liberal de Marcelo Caetano, O sonho desfeito de José Pedro Pinto Leite*, Tribuna da História, Lisboa, 2003.

## IX. FONTES

- Actas da Câmara Corporativa*, n.º 49, de 13 de Outubro de 1970
- Actas da Câmara Corporativa*, n.º 61, de 3 de Dezembro de 1970
- Actas da Câmara Corporativa*, n.º 67, de 16 de Março de 1971
- Diário das Sessões*, n.º 50, de 3 de Dezembro de 1971
- Diário das Sessões*, suplemento n.º 88, de 2 de Março de 1971
- Diário das Sessões*, n.º 101, de 15 de Junho de 1971
- Diário das Sessões*, n.º 102, de 16 de Junho de 1971
- Diário das Sessões*, n.º 103, de 17 de Junho de 1971
- Diário das Sessões*, n.º 104, de 18 de Junho de 1971
- Diário das Sessões*, n.º 106, de 22 de Junho de 1971
- Diário das Sessões*, n.º 107, de 23 de Junho de 1971
- Diário das Sessões*, n.º 108, de 23 de Junho de 1971
- Diário das Sessões*, n.º 110, de 24 de Junho de 1971
- Diário das Sessões*, n.º 114, de 29 de Junho de 1971





PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO  
PUBLICACIONES  
ISSN: 2255-5137

1. Luis Grau, *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe / Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12762>
8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13962>

12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/14913>
15. Alessandra Giuliani, *Derecho dominical y tanteo comunal en la Castilla moderna*, Madrid 2012, 134 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/15436>
16. Luis Grau, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid 2012, xx + 318 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16023>
17. Antonio Ruiz Ballón, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16392>
18. Tamara El Khoury, *Constitución mixta y modernización en Libano*, prólogo de Maurizio Fioravanti, Madrid 2013, 377 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16543>
19. María Paz Alonso Romero/Carlos Garriga Acosta, *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid 2013, 337 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16884>
20. Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2013, 213 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/17310>
21. Julián Gómez de Maya, *Culebras de cascabel. Restricciones penales de la libertad ambulatoria en el derecho codificado español*, Madrid 2013, 821 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/17322>
22. François Hotman, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes*, estudio preliminar de Manuel Martínez Neira, traducción de Adela Mora Cañada, Madrid 2013, 211 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/17855>
23. Jesús Vallejo, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid 2014, 184 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18090>
24. María José María e Izquierdo, *Los proyectos recopiladores castellanos del siglo XVI en los códigos del Monasterio de El Escorial*, Madrid 2014, 248 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18295>

25. Regina Polo Martín, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional. Su gestación y evolución conceptual entre 1808 y 1936*, Madrid 2014, 393 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18340>
26. Massimo Meccarelli/Paolo Palchetti/Carlo Sotis (eds.), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, 390 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18380>
27. María López de Ramón, *La construcción histórica de la libertad de prensa: Ley de policía de imprenta de 1883*, Madrid 2014, 143 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19296>
28. José María Coma Fort, *Codex Theodosianus: historia de un texto*, Madrid 2014, 536 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19297>
29. Jorge Alberto Núñez, *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)*, Madrid 2014, 487 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19662>
30. Carlos Petit, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Madrid 2014, 185 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19670>
31. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid 2014, 53 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19797>
32. Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid 2015, 87 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/20199>
33. Massimo Meccarelli/Paolo Palchetti (eds.), *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid 2015, 256 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/20251>
34. Alessandro Somma, *Introducción al derecho comparado*, traducción de Esteban Conde Naranjo, Madrid 2015, 193 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/20259>
35. A. F. J. Thibaut, *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, Madrid 2015, 42 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/21166>
36. J.-J.-R. de Cambacérès, *Discursos sobre el Código civil*, Madrid 2015, 61 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/21254>
37. Ramon Llull, *Arte breve de la invención del derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2015, 233 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/21406>

38. F. C. von Savigny, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Madrid 2015, 130 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/21520>
39. Joaquín Marín y Mendoza, *Historia del derecho natural y de gentes*, Madrid 2015, 40 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/22079>
40. Rafael Ramis Barceló, *Petrus Ramus y el Derecho. Los juristas ramistas del siglo XVI*, Madrid 2016, 250 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/22197>
41. Emanuele Conte, *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, edición de Marta Madero, Madrid 2016, 194 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/22261>
42. *Constituciones españolas: 1808-1978*, edición de Javier Carlos Díaz Rico, Madrid 2016, 259 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/22905>
43. Giacomo Demarchi, *Provincia y Territorio en la Constituyente española de 1931. Las raíces europeas del Estado integral*, Madrid 2016, 362 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/22906>
44. Miguel Ángel Ladero Quesada/César Olivera Serrano (dirs.), *Documentos sobre Enrique IV de Castilla y su tiempo*, Madrid 2016, xx + 1446 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/23015>
45. Gustavo César Machado Cabral/Francesco Di Chiara/Óscar Hernández Santiago/Belinda Rodríguez Arrocha, *El derecho penal en la edad moderna: Nuevas aproximaciones a la doctrina y a la práctica judicial*, Madrid 2016, 217 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/23021>
46. Lope de Deza, *Juicio de las leyes civiles*, estudio preliminar de Víctor Tau Anzoátegui, edición de María José María e Izquierdo, Madrid 2016, 136 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/23228>
47. Henrik Brenkman, *Historia de las Pandectas*, estudio preliminar, traducción y notas de Juan Lorenzo, Madrid 2016, 426 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/23317>
48. Massimo Meccarelli (a cura di), *Diversità e discorso giuridico. Temi per un dialogo interdisciplinare su diritti e giustizia in tempo di transizione*, Madrid 2016, 287 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/23792>
49. Beatrice Pasciuta, *El diablo en el Paraíso. Derecho, teología y literatura en el Processus Satane (s. XIV)*, Madrid 2017, 264 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/24439>
50. Maximiliano Hernández Marcos, *Tras la luz de la ley: legislación y justicia en Prusia a finales del siglo XVIII. Un modelo de Ilustración jurídica*, Madrid 2017, 184 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/24488>

51. Eleonora Dell'Elicine/Paola Miceli/Alejandro Morin (comps.), *Artificios pasados. Nociones del derecho medieval*, Madrid 2017, 307 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/24514>
52. Eva Elizabeth Martínez Chavéz, *Redes en el exilio. Francisco Ayala y el Fondo de Cultura Económica*, Madrid 2017, 145 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/24715>
53. Pierre de Jean Olivi, *Tratado de los contratos*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2017, 171 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/25200>
54. Daniel Panateri, *El discurso del rey. El discurso jurídico alfonsí y sus implicaciones políticas*, Madrid 2017, 284 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/25377>
55. Joaquín Costa, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el estatus individual, el referéndum y la costumbre*, Madrid 2017, 85 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/25578>
56. Massimo Meccarelli (ed.), *Reading the Crisis: Legal, Philosophical and Literary Perspectives*, Madrid 2017, 224 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/25705>
57. Pablo Ramírez Jerez/Manuel Martínez Neira, *La historia del derecho en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Los concursos de derecho consuetudinario*, Madrid 2017, 322 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/25809>
58. Thomas Duve (coord.), *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, 2 vols., Madrid 2017, 1681 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/25729>
59. Víctor Saucedo, *Conspiracy. A Conceptual Genealogy (Thirteenth to Early Eighteenth Century)*, Madrid 2017, 350 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/26095>
60. Aurora Miguel Alonso (dir.), *Doctores en derecho por la Universidad Central. Catálogo de tesis doctorales 1847-1914*, Madrid 2017, 571 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/26198>
61. François Hotman, *Francogallia, o la Galia francesa*, estudio preliminar y traducción de Tamara El Khoury, Madrid 2017.  
<http://hdl.handle.net/10016/26321>
62. Rafael Altamira, *Spain. Sources and Development of Law*, estudio preliminar y edición de Carlos Petit, Madrid 2018, lxxxvi + 126 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/26322>

63. Jesús Delgado Echeverría, *Joaquín Costa, jurista y sociólogo. Derecho consuetudinario e ignorancia de la ley*, Madrid 2018, 174 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/26335>
64. Rubén Pérez Trujillano, *Creación de constitución, destrucción de Estado: la defensa extraordinaria de la II República española (1931-1936)*, Madrid 2018, 367 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/27108>
65. Eugenia Torijano Pérez, *Los estudios jurídicos en la universidad salmantina del siglo XIX*, Madrid 2018, 625 pp. + apéndices complementarios.  
<http://hdl.handle.net/10016/27392>
66. Laura Beck Varela/María Julia Solla Sastre (coordinadoras), *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho. Estudos Luso-Hispanos de História do Direito*, Madrid 2018, 543 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/27751>