

Estudos
Estudios

Luso-Hispanos

de História do Direito
de Historia del Derecho



CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

MARGARIDA SEIXAS

(coordenadoras)

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

II

Cristina Nogueira da Silva
Margarida Seixas
(coordenadoras)

Comissão científica do Congresso

Alfons Aragoneses, Universidade Pompeu Fabra, Barcelona
Laura Beck Varela, Universidad Autónoma de Madrid
José Domingues, Universidade Lusíada do Porto
Pedro Caridade de Freitas, Universidade de Lisboa
Sebastián Martín, Universidade de Sevilha
Soraya Nour, Universidade Nova de Lisboa
Luís Cabral de Oliveira, Universidade Nova de Lisboa
Iván Partoriza, Universidade do País Basco
Jorge Silva Santos, Universidade de Lisboa
Margarida Seixas, Universidade de Lisboa
Cristina Nogueira da Silva, Universidade Nova de Lisboa
Joana Aguiar e Silva, Universidade do Minho
Maria Julia Solla Sastre, Universidad Autónoma de Madrid

Comissão científica do livro

Thomaz Almeida, Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal
Míriam Afonso Brigas, Universidade de Lisboa
Gustavo César Cabral, Universidade Federal do Ceará
Nuno Camarinhas, Universidade Nova de Lisboa (Cedis)
Pedro Cardim, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa
José Domingues, Universidade Lusíada do Porto
Rui Pinto Duarte, Faculdade de Direito da Universidade Católica
María Dolores Elizalde, CSIC, Instituto de Historia
João Figueiredo, Cedis, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Pedro Caridade de Freitas, Universidade de Lisboa
José Lamego, Universidade de Lisboa
María Martín Gómez, Facultad de Filosofía, Universidad de Salamanca
Nuno Monteiro, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa
Carlos Petit, Universidad de Huelva
Pilar Ponce Leiva, Facultad de Geografía e Historia, Universidad Complutense
Miguel Lopes Romão, Universidade de Lisboa
Constantino Sakellarides, Universidade Nova de Lisboa
Carlos Serra, Universidade Nova de Lisboa (Cedis)
António Duarte Silva, Instituto de História Contemporânea da Universidade Nova de Lisboa
Paula Oliveira e Silva, Universidade do Porto
José Subtil, Universidade Autónoma de Lisboa
Carlos Tormo, Universitat de València

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

II

Daniel Álvarez-Gómez
José Luis Bibang Ondo Eyang
María Teresa Bouzada Gil
Anabela Paula Brízido
Marcos Dias Coelho
Pietro Costa
Francisco Javier Díaz Majano
Ignacio Ezquerro
Ana Caldeira Fouto
Víctor Gautier Fernández
Isabel Graes
Jesús Jimeno-Borrero
Francisco Miguel Martín Blázquez
Filipe de Arede Nunes
João Andrade Nunes
Marina Rojo Gallego-Burín
Jorge Silva Santos
Margarida Seixas
Cristina Nogueira da Silva
Sandro Alex Souza Simões
María Julia Solla Sastre
Jorge Veiga Testos
Fernanda do Nascimento Thomaz
Maíra Tito

EDITORIAL DYKINSON

2021

Historia del derecho, 94

ISSN: 2255-5137

© 2021 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

<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-1377-379-7

Depósito Legal: M-5597-2021

Versión electrónica disponible en e-Archivo

<http://hdl.handle.net/10016/32002>

Dataset/Conjunto de datos disponible en:

<https://doi.org/10.21950/WUFYII>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

SUMÁRIO

- 11 Apresentação. Em memória do professor António Manuel Hespanha:
Cristina Nogueira da Silva, Margarida Seixas
- 17 L'illuminismo giuridico: strategia di dominio o progetto di
emancipazione?: *Pietro Costa*
- Época Moderna
- 31 El gobernador general de Cataluña Requesens fiscalizado por seis
inquisidores políticos (1421): *Daniel Álvarez-Gómez*
- 57 Causas de remoción de la carga de expósitos en Galicia a través de
los pleitos del Hospital Real de Santiago: siglo XVIII: *María Teresa
Bouzada Gil*
- 83 Corte, administración y territorio en la edad moderna: propuesta de
análisis en el ámbito ibérico: *Ignacio Ezquerro*
- 133 *Dominium* na doutrina de Francisco de Vitória: reflexões para a
historiografia de um discurso jurídico moderno: *Ana Caldeira Fouto*
- 161 Régimen jurídico del examen de abogado ante el Real Acuerdo de la
Chancillería de Valladolid (1495-1834): *Víctor Gautier Fernández*
- 189 O pretense tribunal de Resgate de cativos (o Regimento de 20 de
Março de 1461): *Isabel Graes*
- 215 Entre tribunales, ministros y procedimientos. La historiografía
jurídica y social sobre las Audiencias reales en el Antiguo Régimen:
Francisco Miguel Martín Blázquez
- 239 Do trabalho livre nos textos da Segunda Escolástica Peninsular:
manuscritos portugueses no final do século XVI: *Margarida Seixas*

SUMÁRIO

- 265 Domingo de Soto y la defensa del ius migrandi e ius communicationis en la controversia de la reforma de asistencia social del siglo XVI: *Sandro Alex Souza Simões*
- 287 Da ordem do juízo de 1526 à nova ordem do juízo de 1577: notas sobre reformas processuais no Portugal quinhentista: *Jorge Veiga Testos*

Época Contemporânea

- 323 La II República y el Estatuto Orgánico de los territorios españoles del Golfo de Guinea: *Jose Luis Bibang Ondo Eyang*
- 353 A estranha alquimia da Cláusula Martens de 1864 até à I Conferência de Paz da Haia de 1899: *Anabela Paula Brízido*
- 391 A influência internacional na elaboração das leis de caça em Moçambique colonial: *Marcos Dias Coelho*
- 411 El final de los pretendientes a oficios: perfil jurídico de una figura para la provisión de empleos en su última etapa (ca. 1805-1852): *Francisco Javier Díaz Majano*
- 441 Constitución, Código y Sociedad Anónima (1812-1848): *Jesús Jimeno-Borrero*
- 463 A reforma de Gonçalves Ferreira: o Estado Novo e os primórdios de um Sistema Nacional de Saúde em Portugal: *Filipe de Arede Nunes*
- 491 Incongruências do foro militar. O processo de Francisco Maximiliano de Sousa (1822-1823): *João Andrade Nunes*
- 517 La reforma de la universidad en el siglo XX. 100 años del Plan Silió: el proyecto de autonomía de la Universidad de Granada: *Marina Rojo Gallego-Burín*
- 547 Teor e propósito da história do direito civil português Contemporâneo: *Jorge Silva Santos*

- 577 The diminished administration (about the Spanish government in the Philippines during the second half of the 19th century): *María Julia Solla Sastre*
- 585 Três formatos jurídicos e relações coloniais conflituosas no norte de Moçambique (1894 - 1940): *Fernanda do Nascimento Thomaz*
- 615 A fluidez do liberalismo oitocentista: uma análise do debate sobre eleições diretas ou indiretas nas Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa (1821-1822) e na Primeira Assembleia Nacional Constituinte do Brasil (1823): *Máira Tito*

APRESENTAÇÃO

EM MEMÓRIA DO PROFESSOR ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

Este II volume de Estudos Luso-Hispanos de História do Direito reúne um conjunto de textos apresentados ao terceiro EHLHD (Encontro HispanoLuso de Historiadores do Direito), que se realizou nos dias 17 e 18 de Junho de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Como já é conhecido, estes encontros têm como objectivo reunir as gerações mais recentes de historiadores e historiadoras do Direito ligados/as a instituições de ensino e investigação espanholas e portuguesas e de favorecer, com esse encontro, a criação de um espaço de conhecimento mútuo, de discussão e de incentivo ao desenvolvimento de projetos comuns. Desta vez coube à cidade de Lisboa acolher esta iniciativa. As duas edições anteriores ocorreram em Madrid, em 2015 e 2017, tendo sido organizadas por Laura Beck Varela e María Julia Solla Sastre, Professoras da Facultad de Derecho da Universidad Autónoma de Madrid (área de História del Derecho y de las Instituciones), que foram também as coordenadoras dos dois primeiros volumes desta coleção¹.

O III EHLHD, que dá continuidade às duas anteriores iniciativas, foi organizado pelas duas Faculdades em que o Encontro se realizou, tendo contado com o apoio de várias outras instituições: o CEDIS, Centro de Estudos em Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; o IURIS - Instituto de Investigação Interdisciplinar, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (na altura THD, Teoria e História do Direito); a Universidad Autónoma de Madrid e respectiva Faculdade de Direito e a Jurisnova (UNL). Participaram nele cerca de 55 investigadores de Faculdades e outras instituições de ensino e de investigação de toda a Península Ibérica, que apresentaram e discutiram comunicações sobre temas diversos da História do Direito. Foi, por isso, mais um momento importante na consolidação desta rede ibérica de jovens historiadores do Direito, cujo sucesso no que diz respeito ao conhecimento mútuo e à colaboração entre investigadores, professores e instituições dos dois países é já incontornável.

¹ Veja-se os estudos reunidos no volume 33 da *Revista Jurídica dela Universidad Autónoma de Madrid*, 2006, I e os *Estudios Luso Hispanos de Historia del Derecho (Estudos Luso-Hispanos de História do Direito)*, coord. Laura Beck Varela e María Julia Solla Sastre, Madrid, Dykinson, 2018.

Tal como sucedeu em relação às comunicações apresentadas no Encontro, que foram rigorosamente apreciadas por uma Comissão científica alargada, cujo trabalho e empenho devem ser aqui sublinhados, constituiu-se igualmente uma Comissão científica de avaliadores. Agradecemos todo o rigor e cuidado posto por esta Comissão na avaliação cega dos textos que agora se publicam, cuja qualidade ficou assim maximamente garantida.

Também queremos exprimir o nosso agradecimento à editora Dykinson, pela sua disponibilidade para dar continuidade a este projecto e pelo acompanhamento profissional e dedicado de todo o processo de edição do livro

Finalmente, exprimimos também a nossa gratidão aos que participaram activamente neste terceiro Encontro: os restantes membros da Comissão organizadora: Luís Cabral de Oliveira, Ana Caldeira Fouto, Filipe de Arede Nunes, Jorge Silva Santos e Miriam Afonso Brigas; as bolseiras que desenvolveram de forma exemplar um valiosíssimo trabalho de secretariado, Méliça Frias e Yamê Paiva (Universidade NOVA de Lisboa) e a responsável pela componente financeira Sofia Silva (JurisNova); a todos os que submeteram as suas propostas no *call for papers* que o antecedeu, e àqueles que nos enviaram os seus textos para publicação, tornando este livro possível. Nele está bem reflectido o espírito que tem percorrido estes encontros, um espírito de proximidade entre colegas da mesma área disciplinar, mas também de autêntico e franco debate interdisciplinar. Nele se reflecte a riqueza e a pluralidade na historiografia peninsular, sinalizada na diversidade dos temas, das perspectivas e dos períodos históricos investigados, que é também a marca da historiografia jurídica europeia. Riqueza e pluralidade que estão igualmente sinalizadas no diálogo que continuamente estabelece com outras historiografias, como a americana, que também esteve presente no seminário: o seu encerramento contou com a participação da reputada historiadora americana Lauren Benton, actualmente Professora na Universidade de Yale, que nele participou enquanto consultora do projecto “Pluralismo Jurídico no Império Português”, apresentando um *paper* intitulado “Reflections on Empire and Interpolity Law” e discutindo os *papers* apresentados nos dois painéis sobre pluralismo jurídico no Império português que integraram o programa do Colóquio, e que será brevemente publicado na primeira monografia editada do projecto referido².

² *Pluralismo Jurídico no Império Português (séculos XVIII-XX)* (PTDC/DIR-OUT/30873/2017), Cedis-Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa <<http://pluralismojuridicoimperio.fd.unl.pt/>>.

Outro sinal dessa riqueza da historiografia europeia é a notável lição que o Professor Pietro Costa apresentou na abertura do Encontro e também, por escrito, nesta publicação. Se o autor dispensa qualquer apresentação, o texto, como de resto todos esperavam, demonstra como um tema – O Iluminismo Jurídico –, que já se converteu em objecto de inúmeras investigações e propostas interpretativas dos mais reputados autores, pode ser abordado de forma fresca e brilhante, capaz de suscitar de novo a nossa reflexão, de nos confrontar com dúvidas e problemas que certamente vão enriquecer pesquisas futuras na área da história do Direito. Estamos perante um texto cujo interesse é absolutamente transversal. O tema que nele se desenvolve diz respeito à transição para a(s) modernidade(s) jurídica(s) e ao lugar do Iluminismo nessa transição, pelo que diz respeito a todas as cronologias presentes neste livro. Pietro Costa começa por descrever as várias leituras que têm sido feitas sobre o “Iluminismo”, para depois sugerir que nenhuma, tomada por si só, permite uma compreensão completa do que foi esse movimento e das temporalidades em que pode ser inscrito. O Iluminismo, diz-nos, não se deixa descrever como uma doutrina unitária e coerente, um “momento inaugural da modernidade”, um projecto de emancipação que separa claramente dois mundos, o da modernidade e o da pré-modernidade. Também não se esgota no seu lado obscuro, numa “dissimulada e mais eficaz estratégia de domínio”, concretizada, por exemplo, na sua dimensão colonial, como sublinham os *Postcolonial studies*. Pietro Costa não afasta definitivamente qualquer uma destas perspectivas. No entanto, propõe uma abordagem que supera as contraposições rígidas que elas convocam, desvendando uma realidade mais complexa. E, no fim, convida-nos a olhar para o Iluminismo como “um espaço de comunicação no qual um pensamento crítico coloca perguntas novas e acolhe respostas muito diversas e contraditórias”. Um espaço que, sugere ainda, pode bem ser aquele em que nos movemos, o da na nossa modernidade plural e múltipla.

Seguindo um formato próximo do já adoptado no volume anterior, optámos por organizar os textos em duas partes, correspondentes a duas épocas, a época moderna e a época contemporânea. No que respeita à primeira, as investigações aqui reunidas versam sobre matérias tradicionais da historiografia jurídica portuguesa e espanhola, como são os textos dos autores da Segunda Escolástica Peninsular (aqui revisitados por Ana Caldeira Fouto, Margarida Seixas e Sandro Simões), mas observadas a partir de novos problemas (nomeadamente explorando os conceitos de *dominium*, jurisdição e

misericórdia) e novas metodologias, as quais se inserem num movimento sólido e cada vez mais presente na historiografia jurídica peninsular, europeia e latino-americana, que questiona as interpretações e até os paradigmas anteriores e que participa num esforço comum de compreensão dos fenómenos de transplantação jurídica e social.

Ainda na época moderna, um grupo significativo de textos aborda outros temas, alguns igualmente clássicos, que vão desde a organização e funcionamento dos tribunais ou dos órgãos administrativos centrais, até à análise de processos judiciais e gratuitos ou às questões processuais, temas caros à investigação histórico-jurídica em Portugal e em Espanha. O amplo leque de matérias abordadas nos textos reflecte a pluralidade que destacámos anteriormente, mas também a vitalidade da investigação e os propósitos muito diferenciados que a orientam. O que se irá encontrar nessa primeira a parte é, então, o estudo de um Tribunal especial de seis inquisidores que funcionou na Catalunha, no início do século XV, e o processo de instrução que lhe foi submetido contra o Governador-Geral (Daniel Álvarez Gómez), a análise abrangente das Reais Audiências durante o Antigo Regime e o estudo de caso da Real Audiência do México no final do período estudado (Francisco Miguel Martín Blázquez), assim como a comparação de âmbito ibérico entre as estruturas – Câmara Real, Conselho Real, Desembargo do Paço, Casa da Suplicação – que integraram a organização administrativa e judicial régia ao mais alto nível (Ignacio Ezquerro Revilla), e o exame do regimento elaborado por ordem do rei português D. Afonso V, que, em meados do século XV, disciplinou uma nova instituição criada para a redenção dos cativos, designada posteriormente como *Tribunal da redempção de cativos* ou *Tribunal da redenção de cativos* (Isabel Graes). A estes junta-se ainda a investigação sobre as reformas processuais levadas a cabo em Portugal durante o século XVI, num momento de transição entre o modelo medieval e o modelo moderno (Jorge Veiga Testos) e a pesquisa de longo curso, de 1495 a 1834, sobre o regime jurídico aplicável ao exame a que se sujeitavam os advogados perante o Real Acuerdo da Chancelaria de Valladolid (Víctor Gautier Fernández).

Não muito distante destes temas, está o texto de Maria Teresa Bouzada Gil, que trata as causas invocadas pelas famílias que não queriam ou não podiam receber as crianças expostas, explorando para isso o acervo documental dos pleitos do Hospital Real de Santiago, e apresentando uma realidade transversal à idade moderna e mesmo, em parte, à época contemporânea da Península Ibérica.

Na II parte estão incluídos alguns textos que abordam questões relativas à administração dos territórios coloniais, mais uma vez a partir de uma multiplicidade de pontos de vista e de temas, não apenas resultante das perspectivas diversas dos autores, mas também da variedade que caracterizou as formas de administração colonial portuguesa e espanhola. Dois deles tratam um mesmo território sobre administração portuguesa, Moçambique, incidindo sobre o modelo jurídico da colonização portuguesa no final do século XIX e o lugar das jurisdições locais (Fernanda Thomaz) e sobre a regulação jurídica de um aspecto relevante para a sociedade e economia do território, a questão ambiental da caça, já no início do século XX (Marcos Dias Coelho). Os outros dois textos abordam territórios sob administração espanhola, o primeiro sobre a Guiné na II República (Jose Luis Bibang Ondo Eyang), num contexto de colisão entre os “ideais republicanos e os do colonialismo”, perante os quais a jovem República assumiu uma posição ambivalente; outro sobre as Filipinas na segunda metade do século XIX, pondo em evidência as dificuldades na administração metropolitana, o recurso à colaboração imprescindível dos nativos, mas também a sua menorização, através de uma linguagem própria que se oficializou, em especial quanto aos cargos (administrativos e outros) desempenhados pelos mesmos nativos (María Julia Solla Sastre).

Os demais textos dedicam-se a diversos temas, concentrando-se a maioria na primeira metade do século XIX, mas com âmbito muito diverso: o percurso dos pretendentes de ofícios na sua etapa final (Francisco Javier Díaz Majano), a análise da figura da sociedade anónima em Espanha durante este período (Jesús Jimeno-Borrero), o foro militar português no tempo do vintismo (João Andrade Nunes) e o tema do sufrágio nos debates constitucionais em Portugal e no Brasil no início da década de 1820 (Maíra Tiro). Já na segunda metade do século XIX, encontramos o estudo do trajecto da Cláusula Martens até à Conferência na Haia, em 1899 (Anabela Paula Brízido)

Os restantes estudos concentram-se no século XX. O texto de Filipe de Arede Nunes estuda uma reforma ocorrida ainda no período final do Estado Novo português, a qual terá estado na génese do SNS (Sistema Nacional de Saúde), criado em 1979, já após a Revolução de Abril. Os textos de Jorge Silva Santos e de Marina Rojo Gallego-Burín centram-se na transmissão do saber em contexto universitário, ainda que de modo muito diverso: o primeiro analisa a escrita da História do Direito Civil português contemporâneo a partir da “revolução científica” levada a cabo pelo mais marcante dos civilistas portugueses no início do século XX, Guilherme Moreira; o segundo analisa a

reforma universitária do Plano Silió de 1919, prevendo uma maior autonomia das universidades espanholas, em conexão com o projecto de autonomia da Universidade de Granada aprovado nesse mesmo ano.

Desta brevíssima apresentação ficará, esperamos, a vontade de explorar estes textos, que espelham o panorama vivo, empenhado e plural da historiografia jurídica que se faz na Península Ibérica, levada a bom termo por portugueses, por espanhóis, mas também por investigadores de todas as nacionalidades que as nossas escolas acolhem. Possamos todos colaborar e dialogar cada vez mais e melhor neste caleidoscópio da História do Direito, expressão que nos reenvia para a obra inspiradora de António Manuel Hespanha, que nos deixou precocemente, poucos dias após a realização do Encontro que originou este livro. Ele foi, certamente, um referente incontornável para a maioria dos autores dos textos que aqui se publicam. Ele foi, como é sabido, um incansável construtor de pontes que sustentaram a comunicação constante entre a historiografia portuguesa e espanhola, como também entre estas, as historiografias da Europa do Sul e as da América latina, em especial o Brasil. Dedicamos este livro à sua memória.

Cristina Nogueira da Silva
Margarida Seixas

L'ILLUMINISMO GIURIDICO:
STRATEGIA DI DOMINIO O PROGETTO DI EMANCIPAZIONE?

Pietro Costa

Interrogarsi sull'illuminismo sembra voler riproporre la domanda che Kant poneva nel suo famoso saggio: «*Was ist Aufklärung?*»¹; e formulare oggi la medesima domanda, peraltro insistentemente avanzata nel corso degli ultimi due secoli, può apparire temerario o bizzarro. Dobbiamo però tener conto di un dato: che cioè nell'ultimo quarantennio l'illuminismo è stato oggetto di ricostruzioni e di giudizi contrapposti². Mentre è stata prevalente per molto tempo l'immagine dell'illuminismo come di un movimento capace di trasmettere un forte e credibile progetto di emancipazione umana, a partire (approssimativamente) dagli anni Ottanta del Novecento ha cominciato a diffondersi un giudizio opposto, che imputa all'illuminismo una lunga serie di promesse tradite.

Abbiamo dunque a che fare oggi con valutazioni opposte dell'illuminismo, che però condividono due tesi di fondo: in primo luogo, la tesi che la parola 'illuminismo' indica una dottrina coerente e unitaria, che ha dominato l'intellettualità europea nel corso del XVIII secolo; in secondo luogo, la tesi che l'illuminismo non appartiene al passato, ma esprime l'essenza di una più ampia epoca storica: la modernità.

L'illuminismo come una dottrina coerente e unitaria; e l'illuminismo come momento inaugurale della modernità: possiamo sottoscrivere queste affermazioni? E poi: quale dei due contrapposti giudizi di valore può apparire storicamente fondato? Dobbiamo vedere nell'illuminismo un progetto di emancipazione o piuttosto una dissimulata e più efficace strategia di dominio?

1 I. Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, in «Berlinische Monatschrift», 4, 1784, pp. 481-94.

2 Cfr. J. Schmidt, *Introduction. What Is Enlightenment? A Question, Its Context, and Some Consequences*, in J. Schmidt (ed.), *What Is Enlightenment? Eighteenth-Century Answers and Twentieth-Century Questions*, Berkeley-Los Angeles-London, University of California Press, 1996, pp. 1-44; Id., *What Enlightenment Project*, in «Political Theory», 28, 6, 2000, pp. 734-757; K. M. Baker, P.H. Reill (eds.), *What's Left of Enlightenment? A Postmodern Question*, Stanford, Stanford University Press, 2001; J. Schmidt, *Misunderstanding the Question: 'What is Enlightenment?': Venturi, Habermas, and Foucault*, in «History of European Ideas», 37, 2011, pp. 43-52; Id., *Enlightenment as Concept and Context*, in «Journal of the History of Ideas», 75, 4, 2014, pp. 677-85.

Sono queste le domande sulle quali vorrei soffermarmi. Tenterò prima di illustrare, in termini generali, le caratteristiche di queste due contrapposte visioni. E poi ricorrerò a un *'case study'* per trarre da esso qualche suggerimento: userò come *'case study'* il problema penale e in particolare la questione della pena di morte, oggetto di vivaci discussione da parte dei filosofi *'illuminati'*.

Riflettiamo sul primo assunto: l'illuminismo come un coerente e complessivo progetto politico-sociale che inaugura la modernità. Questa tesi è stata largamente condivisa nel corso del Novecento. L'illuminismo come una filosofia unitaria e coerente è un'idea compiutamente delineata nel classico libro di Ernst Cassirer, del 1932³, e nel 1966 esce il primo volume dell'interpretazione che Peter Gay⁴ offre dell'illuminismo: un'interpretazione che presenta l'illuminismo come il movimento di fondazione della modernità. Negli anni Ottanta del Novecento Habermas parlava di un *'progetto illuminismo'*⁵. L'idea è che sia rintracciabile negli scritti dei filosofi *'illuminati'*, in particolare nelle opere dei *philosophes* francesi e di Kant, una visione coerente dell'uomo, della società, della politica, dell'etica, dell'economia, che non si esaurisce nel Settecento, ma esprime compiutamente i principî e i valori che avrebbero caratterizzato l'Occidente nei secoli successivi e indica la vera e propria direzione di senso della modernità occidentale.

In questa prospettiva, la filosofia dei Lumi separa nettamente due mondi: da un lato, la tradizione, dal lato opposto, la ragione; da un lato, i dogmi della fede, la legittimazione sacrale del potere civile ed ecclesiastico; dal lato opposto, una ragione insofferente di vincoli e di dogmi, una ragione che rifiuta la metafisica, valorizza l'esperienza ed esalta l'individuo, le sue capacità, i suoi diritti. E ancora: censura oppure libertà di pensiero, *cuius regio eius religio* oppure pluralismo e tolleranza, vincoli doganali oppure libero commercio, rendita parassitaria oppure proprietà produttiva, pene feroci oppure umanismi e mitezza, gerarchie cetuali oppure eguaglianza giuridica, privilegi feudali oppure diritti dell'Uomo.

3 E. Cassirer, *Die Philosophie der Aufklärung*, Tübingen, Mohr, 1932.

4 P. Gay, *The Enlightenment: An Interpretation*, New York, Knopf, 1966 (il secondo volume esce nel 1969).

5 J. Habermas, *Modernity: an unfinished project*, in M. Passerin d'Entreves, S. Benhabib (eds.), *Habermas and the Unfinished Project of Modernity: Critical Essays on The Philosophical Discourse of Modernity*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 1997, pp. 38-55. Cfr. anche J. Habermas, *The philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures*, Cambridge, Polity Press, 1987.

A partire da queste contrapposizioni, una lunga tradizione storiografica, che gli anglosassoni chiamerebbero ‘*whig*’, ha veduto nell’illuminismo l’inizio di un percorso di emancipazione che, come suggeriscono le famose pagine kantiane, permetterà agli esseri umani di uscire da uno stato di minorità e divenire arbitri del proprio destino. Fino a che punto però una siffatta analisi è condivisibile? Nell’ultimo quarantennio, la sua capacità persuasiva è andata decrescendo. Il classico ottimismo *whig* è stato travolto da una cultura, spesso chiamata ‘post-moderna’, che ne contesta gli assunti fondamentali e all’interno di questa cultura un duro attacco all’illuminismo è provenuto da un peculiare settore di studi: i *Postcolonial Studies*.

I *Postcolonial Studies*⁶ si diffondono negli anni Ottanta del Novecento, soprattutto nell’ambito degli studi letterari, sull’onda dell’opera di Edward Saïd⁷, ma acquistano presto una portata più generale. La loro rilevanza per la storiografia non deve essere sottovalutata, almeno per un aspetto decisivo: l’aver indicato nel processo di colonizzazione l’orizzonte entro il quale la modernità occidentale prende forma. La colonizzazione cessa di essere un evento fra i tanti della storia europea e diviene la condizione a partire dalla quale ripensarne i passaggi principali, non solo sul terreno dell’economia e della politica, ma anche sul terreno dei discorsi, delle dottrine, dei simboli, insomma di ciò che un tempo sarebbe stata chiamata l’autocoscienza dell’Occidente. La dimensione coloniale viene concepita in questa prospettiva come il lato oscuro della modernità⁸: una sua ombra incancellabile, una sua dimensione nascosta ma essenziale.

Per i *Postcolonial Studies* la modernità, guardata nell’orizzonte della colonizzazione, rivela il suo vero volto: non il volto luminoso della libertà, ma la fisionomia feroce del dominio, presentato come il tratto caratterizzante della civiltà occidentale. Anche per i *Postcolonial Studies* la ragione è il tratto di-

6 Cfr., introduttivamente, P. Williams, L. Chrisman (eds.), *Colonial Discourse and Post-colonial Theory*, New York, Columbia University Press, 1994; B. Ashcroft, G. Griffiths, H. Tiffin, *Post-colonial Studies. The Key Concepts*, London, Routledge, 2000; R. J. C. Young, *Postcolonialism. An Historical Introduction*, Oxford, Blackwell, 2001; N. Lazarus (ed.), *The Cambridge Companion to Postcolonial Literary Studies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; G. Huggan (ed.), *The Oxford Book of Postcolonial Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

7 Cfr. E. Saïd, *Orientalism*, New York, Pantheon Books, 1978; Id., *Culture and Imperialism*, New York, Knopf, 1993.

8 W. D. Mignolo, *The Darker Side of Western Modernity. Global Futures, Decolonial Options*, Durham-London, Duke University Press, 2011.

stintivo del progetto illuministico; la ragione illuministica però non ha niente di universale e presuppone una filosofia della storia che identifica il progresso con l'Occidente, presenta i popoli extra-europei come incapaci di storia e offre in questo modo un potente supporto ideologico alla colonizzazione. La ragione, da un lato, viene celebrata per nascondere l'occupazione coloniale del mondo dietro il manto del progresso e, dall'altro lato, viene utilizzata per potenziare il dominio e renderlo più efficiente.

Questa tesi, ampiamente accolta nei *Postcolonial Studies*, deve molto ad Adorno e a Horkheimer e alla loro famosa *Dialettica dell'illuminismo*, pubblicata nel 1947⁹. Nell'opera dei due filosofi tedeschi l'illuminismo è una categoria concettuale di carattere generale, più che un'espressione riferita a un preciso periodo storico: basti pensare che nella loro *Dialettica dell'illuminismo* il primo eroe 'illuminista', il primo eroe 'borghese', è Odisseo. Come Odisseo, l'individuo dell'illuminismo agisce dominato dal fine della sicurezza: vuole raggiungere la sicurezza controllando le passioni e mettendole al servizio della propria conservazione per impadronirsi infine del mondo esterno. La ragione illuministica, che pure sembra condurre, come vuole Kant, all'emancipazione del soggetto, perde di vista il fine e si riduce a mero strumento: diviene – come scrive Horkheimer – una ragione strumentale, funzionale al dominio¹⁰; al dominio sulla natura attraverso la tecnica e al dominio sulla società attraverso il potenziamento e l'estensione del controllo. La conoscenza e la ragione si trasformano in dominio sull'uomo e sulla natura.

I *Postcolonial Studies* esprimono dunque una valutazione dell'illuminismo¹¹ opposta alla valutazione propria del progressismo liberale, ma mantengono, anzi rafforzano, la tesi che l'illuminismo possieda una precisa e coerente 'dottrina' e che questa dottrina esprima l'essenza della 'modernità'. Ora, è proprio nei confronti di questa tesi che la storiografia ha espresso critiche significative. La visione *postcolonial* del progetto illuministico presuppone

9 M. Horkheimer, Th. W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, Amsterdam, Querido, 1947.

10 M. Horkheimer, *Eclipse of Reason*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1947.

11 Sull'illuminismo e i *Postcolonial studies* cfr. in particolare S. Muthu, *Enlightenment against Empire*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2003; D. Scott, *Conscripts of Modernity. The Tragedy of Colonial Enlightenment*, Durham-London, Duke University Press, 2004; D. Carey, L. Festa (eds.), *The Postcolonial Enlightenment. Eighteenth-Century Colonialism and Postcolonial Theory*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009.

una sorta di entificazione o ipostatizzazione della parola ‘illuminismo’: si pretende che alla parola ‘illuminismo’ corrisponda una ‘cosa’ definibile una volta per tutte, compatta, univoca. È però proprio questa pretesa che la storiografia ha messo in questione (e non si dimentichi peraltro che il sostantivo ‘illuminismo’ è stato usato in origine dagli avversari dei *philosophes*). John Pocock in particolare ha recisamente negato l’esistenza di un fenomeno unitariamente identificabile come «*the Enlightenment*» e ha sottolineato la necessità di cogliere le profonde diversità legate ai molteplici contesti storici: Parigi, Londra, Madrid, Napoli, Halle, Utrecht, Lisbona sono luoghi raggiunti dalla filosofia dei Lumi e tuttavia in ciascuno di essi il dibattito intellettuale assume peculiarità tali da rendere difficile una trattazione unitaria¹².

L’osservazione di Pocock è condivisibile, a mio avviso. La diversità dei contesti nel variegato spazio europeo è indubbia. Certo, non dobbiamo sottovalutare un dato importante: che cioè in tutto lo spazio europeo (e anche nello spazio extra-europeo) viene formandosi un tessuto discorsivo comune, imperniato sul continuo ricorrere di vere e proprie parole-chiave (quali, ad esempio, libertà, tolleranza, diritti ecc.). Leggendo i testi di tanta letteratura ‘riformatrice’ settecentesca è insomma difficile non percepire in essa una sorta di ‘aria di famiglia’.

Da dove nasce l’impressione di questa ‘aria di famiglia’? Non dal fatto che esiste una ed una sola ‘dottrina’ illuministica che tutti sottoscrivono e difendono. Manca la possibilità di un’analisi più accurata, ma conviene almeno ricordare una contrapposizione importante (su cui Jonathan Israel ha fatto leva nella sua ricostruzione della filosofia dei Lumi): la contrapposizione fra gli illuministi moderati (e gli adepti del cosiddetto dispotismo illuminato) e gli illuministi che Israel chiama ‘radicali’ (gli autori che Voltaire polemicamente chiamava ‘materialisti’ o ‘spinozisti’)¹³. Se prendiamo in considerazione anche

12 J. G. A. Pocock, *Historiography and Enlightenment: A View of their History*, in «*Modern Intellectual History*», 5, 1, 2008, pp. 83-96. Cfr. anche Id., *Barbarism and Religion*, vol. 2, *Narratives of Civil Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

13 Cfr. J. Israel, *Radical Enlightenment. Philosophy and the Making of Modernity 1650-1750*, Oxford, Oxford University Press, 2001; Id., *Enlightenment Contested: Philosophy, Modernity, and the Emancipation of Man 1670-1752*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Id., *A Revolution of the Mind: Radical Enlightenment and the Intellectual Origins of Modern Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2009; Id., *Democratic Enlightenment: Philosophy, Revolution, and Human Rights, 1750-1790*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

solo questa macroscopica differenza sembra difficile affermare l'esistenza di un'unitaria 'dottrina' illuministica: l'illuminismo non è un universo omogeneo, ma è un 'multiverso' profondamente differenziato. L'aria di famiglia non dipende da una dottrina unitaria, ma da un incessante dibattito pubblico che si sviluppa intorno a un'agenda tematica condivisa. È unitario lo spazio del dibattito, ma entro di esso si confrontano dottrine nettamente diverse e spesso addirittura incompatibili.

Dobbiamo allora respingere tutto ciò che i *Postcolonial studies* hanno detto sull'illuminismo? Credo di no. Credo al contrario che la riflessione *postcolonial*, proprio perché sollecitata dal tema, decisivo, della colonizzazione e della sua incidenza sulle società e sulle culture dell'Occidente, abbia il merito di richiamare l'attenzione su un tema di fondo – il ricorrente intreccio fra emancipazione e dominio – aiutandoci a stare lontani dalla retorica del 'progressismo'.

Il terreno del diritto può offrire interessanti conferme di questa prospettiva: nelle tante proposte riformatrici che riguardano il diritto nel secondo Settecento si riflettono infatti tutte le ambiguità, le tensioni, le aspirazioni caratteristiche del secolo dei lumi. Non potrò esplorare questo terreno nel breve spazio di una relazione 'introduttiva'. Prenderò in considerazione soltanto una delle tante proposte riformatrici e la userò come un *case study* per dare concretezza alle considerazioni generali precedentemente svolte. Assumerò come *case study* il problema della pena capitale e la famosa proposta 'abolizionista' avanzata da Beccaria¹⁴.

14 Sulla filosofia beccariana è imprescindibile il riferimento a Ph. Audegean, *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Roma, Carocci, 2014. Sul problema della pena di morte in Beccaria cfr. D. Ippolito, *Beccaria, la pena di morte e la tentazione dell'abolizionismo*, in «L'Acropoli», VIII, 6, 2007, pp. 701-714; E. Dezza, *Il problema della pena di morte*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 223-231; R. Pasta, *Cesare Beccaria*, in *Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 249-52; K. Ladd, *Penser la peine dans la souveraineté et dans l'époque. Situation de l'argumentation abolitionniste dans Des délits et des peines de Cesare Beccaria*, in «Lumières», 20, 2, 2012 (*Penser la peine à l'âge des Lumières*, sous la direction de L. Delia et G. Radica), pp. 101-120; M. Porret, *Beccaria*, Bologna, il Mulino, 2014; B. E. Harcourt, *Beccaria's On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law*, in M. Dubber (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 39-60; Ph. Audegean, *Introduzione. Una battaglia segreta di Pelli: "abolire la morte per pena a' delitti"*, in G. Pelli, *Contro la pena di morte*, a cura di Ph. Audegean, Padova, Cleup, 2014, pp. 15-60;

La pena di morte ha un'impressionante durata nelle società occidentali (e non soltanto in esse). Lo *ius gladii* viene considerato una prerogativa essenziale della sovranità e trova una legittimazione pressoché ininterrotta nella cultura medievale e proto-moderna. È comprensibile quindi che il piccolo grande libro di Beccaria abbia prodotto una profonda impressione sui contemporanei. Ricordo schematicamente i principali passaggi della sua argomentazione 'abolizionista'.

Occorre tener presente l'influenza dell'utilitarismo sul *Dei delitti e delle pene*. Beccaria trae principalmente da Claude-Adrien Helvétius la convinzione che gli esseri umani agiscono guidati da una motivazione predominante: ottenere la soddisfazione dei bisogni, conseguire il piacere ed evitare il dolore. Per governare i soggetti è quindi indispensabile una precisa conoscenza delle passioni e degli interessi che guidano il comportamento umano. Il governo deve affrontare una difficile sfida: fare in modo che gli individui, che agiscono sulla base dei loro piaceri e interessi, riescano a coesistere senza cadere nel *bellum omnium* di cui aveva parlato Hobbes.

La pena è uno degli strumenti di cui il sovrano dispone per conseguire questo obiettivo e deve quindi avere caratteristiche coerenti con il suo fine. Derivano da queste premesse le famose considerazioni di Beccaria sulla legge penale: la legge penale deve infliggere sanzioni proporzionali alla gravità del reato, deve essere certa, chiaramente formulata e inflessibilmente applicata; e infine, e soprattutto, deve svolgere nel modo più efficace la funzione preventiva. La pena infatti – secondo quanto già sostenuto da tanta riflessione giuridico-naturalistica – è rivolta al futuro e serve a dissuadere i potenziali trasgressori dal compiere l'atto criminale.

La pena di morte però – ecco il primo argomento abolizionista introdotto da Beccaria – non eccelle per la sua efficacia dissuasiva. L'esecuzione capitale è infatti uno spettacolo terribile, ma breve. L'impressione che essa provoca è intensa, ma non è durevole. Più efficace, più fortemente dissuasiva, è una pena alternativa alla pena di morte: la pena carceraria, la pena ai lavori forzati a vita, che provoca nei cittadini un'impressione più durevole e quindi più efficace. La pena di morte è un atto inutilmente feroce. Possiamo abolirla e in questo modo, come scrive Beccaria, vincere la causa dell'umanità.

Abolizione della pena di morte, dunque. Stiamo assistendo al passaggio

G. Rossi, F. Zanuso (a cura di), *Attualità e storicità del Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione*, Napoli, E.S.I., 2015; P. Costa, *Lo ius vitae ac necis alla prova: Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in «Quaderni Fiorentini», 43, 2015, pp. 817-896.

dalle tenebre alla luce, dalla barbarie alla civiltà, come sosteneva la retorica del ‘progressismo’? Le cose sono più complicate. E che lo siano lo ha mostrato un famoso libro di Michel Foucault, *Surveiller et punir* del 1975¹⁵. Davvero l’illuminismo coincide con un progetto di crescente liberazione dell’essere umano dalle costrizioni del potere? È questo l’obiettivo del riformismo penale settecentesco? Per Foucault, i riformatori usano la retorica della mitezza, dell’umanitarismo e della libertà, ma perseguono l’obiettivo di un più efficace e capillare controllo dei soggetti. Lo splendore dei supplizi – come egli scrive a proposito della barocca messa in scena delle esecuzioni capitali nelle società di antico regime – era l’altra faccia di un potere debole e incerto, costretto a confrontarsi con una società ancora in gran parte anarchica, sottratta al controllo del sovrano. Razionalizzare il sistema penale, renderlo efficiente, assumere la pena carceraria come la pena per eccellenza significa adottare una strategia che fa leva sul corpo dei soggetti per neutralizzarli, plasmarli, disciplinarli. Non fiorisce la libertà: piuttosto, si diffondono la disciplina e il controllo dei soggetti; un controllo che sarà tanto più indispensabile quanto più aumenteranno, con la rivoluzione industriale, le minacce delle *classes dangereuses* ai regimi fondati sulla proprietà.

È difficile non concordare con la diagnosi foucaultiana, se la si legge come la messa a fuoco di una caratteristica essenziale dell’Europa otto-novecentesca. Non è possibile fare la storia dei liberalismi senza considerare il loro ‘lato oscuro’, la loro dimensione ‘governamentale’ (uso ancora una categoria foucaultiana), la loro componente ‘disciplinare’. Segnalo però due problemi: occorre chiedersi, in primo luogo, se la diagnosi foucaultiana descriva fedelmente il dibattito settecentesco oppure lo semplifichi leggendolo retrospettivamente alla luce di una storia che è essenzialmente otto-novecentesca; in secondo luogo, e in ogni caso, occorre chiedersi se questa diagnosi, pur cogliendo un aspetto importante del fenomeno analizzato, dica ‘tutta’ la verità o lasci in ombra aspetti che non possono essere trascurati.

Il problema della pena di morte è un punto nodale e, per così dire, ‘strategico’ per rispondere a queste domande. La mia impressione è che il dibattito settecentesco sia molto più contraddittorio e complesso di quanto Foucault non voglia farci intendere; e proprio il ‘caso Beccaria’ ce ne offre una limpida conferma. È vero che Beccaria espone lucidamente i principî capaci di razionalizzare il sistema penale e renderlo efficace. È però abbastanza marginale la sua attenzione al sistema carcerario e mancano appigli per attribuire a Bec-

15 M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

caria qualcosa di simile al progetto ‘disciplinare’ illustrato da Foucault. Il carcere è una presenza secondaria nel *Dei delitti e delle pene* e il riferimento alla pena detentiva serve a Beccaria soprattutto per contestare l’insostituibilità della pena di morte, affermando che la prima ha un effetto dissuasivo molto più forte della seconda.

Occorre poi prendere in considerazione un’altra componente dell’argomentazione di Beccaria. Essa si appoggia, sì, al principio di utilità che conduce a reclamare l’efficienza del sistema penale e quindi a condannare come improduttiva la pena capitale, ma al contempo impiega un’argomentazione di altro tipo: un’argomentazione connessa con la sua visione del contratto sociale, assunto, come vuole la tradizione giusnaturalistica, come l’atto di fondazione dell’ordine politico. Per Beccaria, a differenza di Hobbes, con il contratto i soggetti rinunciano non già a tutto, ma al meno possibile; e certo non alla vita. L’obiettivo ultimo di Beccaria è quindi non una società disciplinare, ma (per usare un’espressione del nostro tempo) un ‘diritto penale minimo’¹⁶, che estenda la libertà fino al limite estremo cui si possa pervenire senza mettere a rischio l’ordine complessivo; e in ogni caso impedendo (come scrive Beccaria) che «l’uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa*»¹⁷.

Se ciò è vero, il tema della razionalizzazione del sistema penale in funzione di un più efficace controllo dei soggetti è solo uno dei temi del riformismo penale di Beccaria. Accanto a esso emerge un tema qualitativamente diverso: il tema dell’irriducibilità dell’individuo al potere; e si delinea la convinzione che l’individuo (con i suoi bisogni vitali e, fra questi, la libertà) non sia un essere ‘sacrificabile’, non possa essere offerto in sacrificio a quel potere – il potere sovrano – che egli stesso ha creato. La pena di morte non soltanto è inutile, perché il controllo sociale è conseguibile con la semplice razionalizzazione del sistema penale, ma è anche illegittima. «Non è dunque – conclude Beccaria – la pena di morte un diritto [...], ma è una guerra della nazione con un cittadino [...]»¹⁸.

È noto lo straordinario successo del libro di Beccaria, che viene tradotto rapidamente in numerose lingue europee e viene letto e commentato dai principali *maitres à penser* del momento. Intorno alle tesi di Beccaria però non si

16 Cfr. A. Baratta (a cura di), *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986.

17 C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, Milano, Mediobanca, 1984 [«Edizione Nazionale delle opere di Cesare Beccaria» I], § XX, pp. 72-73.

18 C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § XXVIII, cit., p. 87.

forma affatto un consenso unanime: il dibattito suscitato dal suo libro non ci mette in contatto con una falange di ‘riformatori’ uniti dalla medesima ‘dottrina’. Certo, il libro è duramente attaccato dai ‘conservatori’ e caldamente apprezzato dai ‘riformatori’ che lo sostengono appassionatamente. Si creano quindi effettivamente due fronti contrapposti. Non dobbiamo però immaginare che i suoi difensori ‘illuminati’ parlino con una voce sola. Al contrario, gli accenti sono diversi e sono numerose le differenze anche su questioni di primaria importanza.

Affermando che l’individuo non è sacrificabile al sovrano, sostenendo che le ragioni dell’individuo – le sue passioni vitali, il suo bisogno di libertà – devono prevalere sulla logica del dominio, Beccaria tocca infatti un punto sensibile del dibattito pubblico. Proprio la sua tesi più famosa – la proposta di abolire la pena capitale – suscita rifiuti molto più numerosi delle adesioni. Su un problema di decisiva importanza quale la legittimità della pena di morte e la sua compatibilità con un sistema penale riformato alla luce della ragione non esiste una compatta, unitaria, monocorde ‘dottrina illuministica’. Basti ricordare tre nomi, scelti, fra i tanti, per la loro indubbia rilevanza: Gaetano Filangieri – forse il più sistematico e profondo dei riformatori italiani – che presenta la tesi di Beccaria come «il sofisma che ha sedotto tanti giuristi»¹⁹; oppure Lardizábal – il Beccaria spagnolo, come è stato chiamato – anch’egli fortemente contrario alla pena capitale; e infine Kant (assunto dai *Postcolonial Studies* come l’emblema dell’illuminismo), che non solo attacca l’abolizionismo di Beccaria, ma anche elabora una rigorosa e coerente teoria retributiva della pena, mentre Beccaria, e altri suoi sostenitori, anche in Germania, ne avevano sottolineato la funzione preventiva²⁰. E in ogni caso né Kant né Beccaria né Filangieri (e l’elenco potrebbe allungarsi) sembrano fare della pena carceraria il centro della loro attenzione. Non sembra dunque possibile attribuire a un presunto ‘*Enlightenment project*’ la bandiera dell’abolizionismo.

Tentiamo allora di trarre qualche conseguenza di carattere generale dal

19 G. Filangieri, *La Scienza della Legislazione, Libro Terzo, Delle leggi criminali, Parte Seconda, Dei delitti e delle pene*, Edizione critica a cura di G. Tocchini e A. Trampus, vol. IV, Venezia, Centro di Studi sull’Illuminismo europeo ‘G. Stiffoni’, 2004, Capo XXIX, p. 20.

20 Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Un sentiment d’humanité affecté: Kant critique de Beccaria*, in Ph. Audegean, L. Delia (eds.), *Le Moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1764-1810)*, Liverpool, Liverpool University Press (Oxford University Studies in the Enlightenment 2018:09), 2018, pp. 65-89.

nostro ‘*case study*’. Alla luce di esso sembra confermata la difficoltà di vedere nell’illuminismo un *corpus* di dottrine compatto e unitario di cui indicare, una volta per tutte, la direzione di senso e di cui soppesare le luci e le ombre. Conviene quindi tentare di capire l’illuminismo, in primo luogo, evitando l’ipostatizzazione del termine, evitando di interrogarsi sulla sua ‘essenza’ disvelata da una sua presunta ‘dottrina’, e, in secondo luogo, passando dal ‘singolare’ al ‘plurale’ (dall’illuminismo agli illuminismi). Certo, non dobbiamo perdere di vista gli scambi, le interazioni e i contatti che avevano luogo nella settecentesca ‘repubblica delle lettere’. Nasce da questa interazione l’‘aria di famiglia’ che riconosciamo negli scritti dei ‘riformatori’ settecenteschi; ma l’‘aria di famiglia’ non ha niente a che fare con una galleria di cloni: come se Beccaria, Filangieri e Kant gridassero le medesime parole d’ordine con qualche marginale variante.

Conviene allora vedere nell’illuminismo non una ‘dottrina’, ma «una serie di problemi e dibattiti interrelati, e spesso in reciproco contrasto, che influirono sul modo in cui l’illuminismo operò non solo in Europa ma anche nel resto del mondo»²¹. Conviene vedere nell’illuminismo uno spazio di comunicazione e di interazione o forse, più esattamente, conviene intendere l’illuminismo come un processo che vorrei chiamare, servendomi di un’espressione impiegata da Charles Peirce e da John Dewey, un processo di ‘*problem finding*’: un processo che, prima ancora di offrire soluzioni nuove a problemi antichi, trasforma credenze indiscusse in domande mai poste. Il motore di questo processo è un pensiero essenzialmente critico: un pensiero che apre uno spazio di comunicazione dove i dubbi sono più rilevanti delle certezze e le domande più importanti delle risposte.

L’abolizionismo di Beccaria è la perfetta espressione di un siffatto spazio di comunicazione, dove la tesi – l’abolizione della pena di morte – è importante, ma ancora più importante e scandalosa è la domanda, resa possibile da un pensiero critico che iscrive un problema inaudito nell’agenda del discorso pubblico in Europa (e fuori d’Europa). È la formulazione del problema, prima ancora della soluzione, la pietra dello scandalo perché mette in questione un momento decisivo della sovranità: il potere (anzi il diritto-dovere) del sovrano di dare la morte. È un’indiscussa tradizione che assegna al sovrano il potere di uccidere il nemico: il nemico esterno e il nemico interno. Anche soltanto ipotizzare che la pena di morte non sia un diritto, ma un atto di guerra del sovrano nei confronti dei soggetti, è colpire al cuore la sovranità. È quan-

21 D. Outram, *L’illuminismo*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 9.

to scrive con esemplare chiarezza Lardizábal per rifiutare l'abolizionismo di Beccaria: «Negar a las Potestades supremas la facultad de imponer la pena de muerte, sería arrancar temerariamente a la justicia y a la soberanía uno de sus más principales atributos»²².

L'illuminismo, dunque, come uno spazio di comunicazione entro il quale un pensiero critico pone domande nuove e accoglie risposte spesso diverse e contraddittorie. Ammettiamo allora che l'illuminismo possa essere compreso a partire da questo schema e chiediamoci ora come impostare, a partire da questa immagine dell'illuminismo, il rapporto fra illuminismo e modernità. Anche su questo punto, possiamo trarre qualche suggerimento dal nostro 'case study'.

Se rimanessimo fedeli all'idea di una 'dottrina' illuministica e di un 'Enlightenment project' e vedessimo in esso l'essenza di una modernità che si dispiega e si realizza nei due secoli successivi, avremmo difficoltà a collocare in questo quadro la storia della pena morte e della sua abolizione. Non esiste infatti una dottrina penale illuministica che aderisca unitariamente alla tesi abolizionistica e tanto meno esiste un'equazione fra 'modernità' e abolizionismo penale. Non è abolizionista il secolo dei lumi e non sono abolizionisti i due secoli successivi. Quale è allora l'eredità che l'illuminismo affida ai due secoli successivi? Non una 'dottrina', ma l'apertura di una domanda: se davvero la pena di morte sia un diritto del sovrano. È intorno a questa domanda che si svolge la lunga e tormentata storia dei movimenti abolizionistici che continuano fino ai nostri giorni la loro battaglia. E come nel Settecento, così nei secoli successivi gli argomenti impiegati pro o contro la pena di morte non sembrano avere ancora raggiunto un esito condiviso e incontrovertibile²³.

Il lascito decisivo del secolo dei lumi sembra, di nuovo, risiedere in quell'apertura critica che ha reso possibile la formulazione della domanda. Con questa domanda la modernità post-illuministica non può più evitare di confrontarsi; e non può nemmeno sottovalutare la difficoltà implicita in essa: la difficoltà di sfidare la sovranità in quel suo antico e sempre rinnovato nucleo che coincide con il potere insindacabile di dare la morte.

22 M. de Lardizábal y Uribe, *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, Don Joachin Ibarra, 1782, p. 165.

23 Mi permetto di rinviare a P. Costa, «Non è dunque la pena di morte un diritto»: alle origini di un dibattito ancora aperto, in V. Ferrone e G. Riciperati (a cura di), *Il caso Beccaria. A 250 anni dalla pubblicazione del «Dei delitti e delle pene»*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 167-190.

Certo, dobbiamo tener conto dei mutamenti intervenuti nella strategia di governo dei soggetti: quei mutamenti che Foucault ha sintetizzato in una celebre formula, secondo la quale la sovranità si manifesta ormai non tanto comminando sentenze di morte, quanto esercitando una capillare biopolitica che coincideva con il potere «de “faire” vivre et de “laisser” mourir»²⁴. È una tesi che coglie sicuramente un aspetto dell'attuale declinazione della sovranità, ma forse lascia in ombra un fenomeno che sembra indicare una direzione perfettamente contraria: la singolare durata nel tempo della pena capitale e la persistente difficoltà ad affidarla all'esclusiva cura degli storici. La crescente importanza della dimensione biopolitica della sovranità ha oscurato, ma non ha cancellato, la sua dimensione 'tanatopolitica', non ha reso immediatamente irrilevante il potere sovrano di dare la morte. Governare disciplinando e governare 'facendo vivere' i soggetti sono poteri sovrani che non vanno disgiunti, nemmeno nella tarda modernità, dal potere di far morire.

Senza tener conto della dimensione non soltanto biopolitica, ma anche tanatopolitica della sovranità resterebbe inspiegabile la lunga permanenza della pena di morte: fino a ieri, in Europa (in Francia, ad esempio, la sua abolizione è del 1981), e ancora oggi in altre parti del mondo. Credo dunque che debba essere accolta, ma corretta, la tesi di Foucault: da un lato, il rafforzamento e il raffinemento del controllo attraverso la gestione disciplinare del condannato alla pena detentiva sono caratteristiche peculiari della modernità post-illuministica; dall'altro lato, però, ciò non ha comportato affatto, come Foucault supposeva, la sopravvenuta irrilevanza del potere sovrano di dare la morte. Governare disciplinando e governare 'facendo vivere' i soggetti sono poteri sovrani che non vanno disgiunti, nemmeno nella tarda modernità, dal potere di far morire.

Foucault aveva sottovalutato questo aspetto (e aveva di conseguenza praticamente ignorato l'appello abolizionista di Beccaria). Non mancano tuttavia spunti, nella sua riflessione più tarda, di un ripensamento. Proprio nel 1981, in occasione dell'abolizione della pena capitale in Francia sotto la presidenza Mitterrand, Foucault, in un breve intervento sul giornale «Libération», affermava che «il faut qu'il reprenne à sa racine le problème du droit de tuer, tel que l'État l'exerce sous des formes diverses»²⁵.

24 M. Foucault, «*Il faut défendre la société*». *Cours au Collège de France (1975-1976)* (Édition établie sous la direction de F. Ewald et A. Fontana, par M. Bertani et A. Fontana), Paris, Gallimard-Seuil, 1997, p. 162.

25 M. Foucault, *Contre les peines de substitution*, in «Libération», n° 108, 18 septembre 1981, p. 5.

Non è l'unico ripensamento che Foucault si concede nei confronti dell'illuminismo. Se, per il Foucault di *Surveiller et punir*, unire le forme di tutela progettate dai riformatori settecenteschi si traducevano in più efficaci strumenti di assoggettamento, per l'ultimo Foucault, che rilegge il famoso saggio kantiano (*Was ist Aufklärung ?*), prende forma una diversa immagine dell'illuminismo: l'illuminismo non come dottrina, ma come atteggiamento, l'illuminismo come 'critica' e la critica come l'espressione di una resistenza nei confronti del potere dominante e delle verità consolidate; la critica come «l'art de n'être pas gouverné ou encore l'art de ne pas être gouverné comme ça et à ce prix. Et je proposerais donc, comme toute première définition de la critique, cette caractérisation générale : l'art de n'être pas tellement gouverné»²⁶.

Non possiamo restare prigionieri di una contrapposizione troppo rigida: la ragione illuministica come veicolo di emancipazione oppure, al contrario, come maschera del dominio. Il nostro 'case study' contribuisce a mostrare, a mio avviso, l'insufficienza di questa alternativa e suggerisce una diversa ipotesi di lettura: rinunciare all'ipotesi del termine 'illuminismo', scegliere il plurale al posto del singolare e pensare l'illuminismo non come una 'cosa', una dottrina o un progetto, ma come un processo di '*problem finding*', che trasforma certezze in domande e proprio per questo permette la formazione di uno spazio di dibattito.

È in questa prospettiva che si muove l'ultimo Foucault. Ed è in questa prospettiva che potrebbe essere impostato anche il rapporto fra illuminismo e modernità. Se esistono non l'illuminismo ma gli illuminismi, sarà ragionevole parlare non tanto della modernità, quanto di modernità plurali e multiple. E se la parola 'illuminismo' indica non tanto una dottrina quanto un processo di '*problem finding*', la questione che ancora ci coinvolge è se le domande sollevate nel secolo dei lumi restino in vigore nella modernità post-illuministica, siano ancora le 'nostre' domande, oppure siano domande ormai esaurite o risolte.

26 M. Foucault, *Qu'est-ce que la critique? Critique et Aufklärung*, in «Bulletin de la société française de philosophie», 84, 2, 1990, p. 40.

EL GOBERNADOR GENERAL DE CATALUÑA REQUESENS FISCALIZADO POR SEIS INQUISIDORES POLÍTICOS (1421)

Daniel Álvarez Gómez¹

Resumen: Entre 1420 y 1422 funcionó en Cataluña un Tribunal de seis inquisidores (entre ellos, el doctor en leyes Narcís de Sant Dionís) contra transgresiones de Constituciones. En el Archivo de la Corona de Aragón se conserva un proceso instruido por los mismos que afectaba al Gobernador general de Cataluña, Lluís de Requesens. Se origina a partir de la denuncia de un notario de Lérida, Bernat Ferrer, encarcelado por aquel con el cargo de haber usado testigos falsos en un juicio. De hecho, el Gobernador había sustraído el caso a los concejales de Lérida, que tenían el privilegio de juzgar. La acusación contra el Gobernador versaba sobre todo en que Requesens no quería darle *defensiones* ni copia del proceso (actuales garantías procesales), entre otras aparentes irregularidades. El caso resulta singular: muestra cómo las Cortes fiscalizan efectivamente, mediante un tribunal inquisitorial, las infracciones de los oficiales más altos de la monarquía.

Palabras clave: Inquisidores, Infracciones, Constituciones, Requesens, Sant Dionís.

Abstract: Between 1420 and 1422 a Court of six inquisitors worked in Catalonia (among them, the doctor of laws Narcís de Sant Dionís) against transgressions of Constitutions. In the Archive of the Crown of Aragon, a process instructed by them that affected the governor general of Catalonia, Lluís de Requesens, is preserved. It originates from the denunciation of a notary of Lleida, Bernat Ferrer, imprisoned by him with the charge of having used false witnesses in a trial. In fact, the governor had stolen the case from the councilors of Lleida, who had the privilege to judge. The accusation against the governor was especially that Requesens did not want to give him defenses or a copy of the process (current procedural guarantees), among other apparent irregularities. The case is unique: it shows how the Courts effectively supervise, through an inquisitorial tribunal, the infractions of the highest officials of the monarchy.

Keywords: Inquisitors, Infractions, Constitutions, Requesens, Sant Dionís.

SUMARIO: I. EL VOLUMEN; II. ANTECEDENTES: EL TRIBUNAL INQUISIDOR; III. EL CASO: DETENCIÓN DEL NOTARIO BERNAT FERRER; IV. RESPUESTA DE LOS INQUISIDORES: INSTRUCCIÓN; V. TESTIMONIOS; VI. TESTIMONIOS TOMADOS EN LÉRIDA; VII. CONCLUSIONES; VIII. BIBLIOGRAFÍA.

1 Doctor en Filología Clásica.

I. EL VOLUMEN

La presente contribución versa sobre un proceso incoado en 1421 por el efímero Tribunal de inquisidores contra infractores de Constituciones generales que fungió en el Principado de Cataluña entre 1420 y 1422. Se trata de una instrucción, sin sentencia final (ausente de la documentación hasta ahora aparecida), elaborada contra el Gobernador de Cataluña, entonces Lluís de Requesens, quien había detenido a un notario de Lérida, substrayéndolo a la acción judicial coetánea de los *paers* (concejales) de dicha ciudad.

El manuscrito que lo contiene se encuentra en el Archivo de la Corona de Aragón (en adelante, ACA), en la sección de Procesos Judiciales delante del Consistorio². Son 322 folios, en quince cuadernos de papel, de los cuales el primero (ff. 1-42v) contiene otros tres y el segundo (43r-88v), otros dos. Los siguientes cuadernos, hasta el sexto, oscilan entre los seis y los doce folios. A partir del séptimo y hasta el décimo quinto, los cuadernos están compuestos de veinte folios, excepto los dos últimos, más o menos de la misma extensión, aunque hay en ellos algunos sueltos y es difícil la cuenta.

Es un manuscrito facticio, porque engloba el proceso de instrucción del Tribunal inquisidor en su sede de Barcelona, la Casa de la Diputación, con sus respectivos testimonios, y la toma de declaraciones testificales llevadas a cabo en Lérida por el escribiente Marc Busquets, por orden de dicho Tribunal. El proceso principal ocupa los folios 1-88v (los dos primeros cuadernos) y el segundo los folios 89r-322v. Ambas partes exhiben distinta letra, siendo la primera una gótica más derecha, menuda y contenida y la segunda más cursiva, suelta y voluminosa. Los notarios responsables de las respectivas secciones (y acaso quienes las escribieron) fueron Joan Despujol, notario y escribiente de los inquisidores, y Bernat Gomar, notario de Lérida³.

Los folios no presentaban numeración hasta la primera quincena de febrero de 2020, cuando se les dio una arábica a lápiz en el extremo superior derecho, a instancia del presente estudio. Las medidas del manuscrito son, aproximadamente, 22x15cm. La caja de la instrucción de Barcelona son 16x10cm

2 ACA, Generalitat, Serie V, 289. Otro conspicuo caso dentro de esta sección es el incoado por el atentado contra el eclesiástico Joan de Palomar en 1426, asunto de que nos hemos dedicado en otra publicación.

3 Nótese el uso de la primera persona: «comparesqué en Jacme de Trull [...] segons que de la dita procuració appar per carta pública reebuda per mi Johan dez Pujol, notari e scrivà dels dits honorables inquisidors» (f. 1v); «Qua littera presentata et per me, dictum Bernardum Gomar [...], recepta» (f. 95r).

y la de la declaración testifical de Lérida, 17x11cm. El lomo mide 7cm y está reforzado con pergamino, en bastante mal estado, donde se lee, en números arábigos, 1421. El volumen no tiene folios de guardas, aunque el f. 1r funciona de frontispicio⁴.

II. ANTECEDENTES: EL TRIBUNAL INQUISIDOR

En el marco de un fortalecimiento de la Diputación del General y del General mismo frente al monarca, la observancia de las Constituciones de Cortes era una de las paredes maestras. Con varios intentos a las espaldas⁵, por fin las Cortes de Sant Cugat de 1419, tras la Junta de Molins de Rey (1417), consiguen arrancar de Alfonso IV la anulación de los propios comisarios y la creación, largamente ansiada, de un Tribunal con poderes suficientes para inquirir a los oficiales mayores de la administración real que hubiesen infringido Constituciones Generales. Se trata del Capítulo de Corte *Com poch valria*⁶, de cuya letra se deduce que el Tribunal era de última instancia, en definitiva la máxima aspiración de la legislación sobre la Observancia⁷.

La Corte, con asentimiento real, nombró el 30 de marzo de 1420 seis in-

4 En el margen superior izquierdo se lee: «Bernardi Ferrarii notarii olim Ilerde / L 98». En el margen superior derecho (conjeturas entre corchetes): «[Contra] honorabilem Ludouicum [de Requesens] Gubernatorem Cathalonie [et] Petrum Lobet eius assessorem et Ludouicum de Torremorell notarium scriptorem Gubernatoris».

5 Conatos por crear inquisidores y *mantenidors* de Constituciones en: Cortes de Barcelona de 1405-1410 (Archivo Histórico de la Ciudad de Barcelona, Consell de Cent, Corts, XVI, vol. 43. MONTAGUT, T. de, «El poder del dret durant el regnat de Martí l'Humà», en FERRER I MALLOL, T. (ed.), *Martí l'Humà: el darrer rei de la dinastia de Barcelona (1396-1410): l'interregne i el Compromís de Casp*. Barcelona (Institut d'Estudis Catalans), 2015, pp. 51-67); de Montblanc de 1414 (CARAVYC XI: pp. 414-415); Parlamento de Barcelona de 1416 (CARAVYC XVI: pp. 42-45). La Diputación gozaba del poder político de oponerse con requerimientos a los oficiales infractores, gracias a un Capítulo del *redreç* (normativa particular, interna) de las Cortes de Barcelona de 1413 (ACA, Generalitat, ms. 461), el número 14 dentro de la conocida como Carta del Poder de los diputados trienales (posterior Libro de las cuatro señales). No obstante, antes y después se intentó formar un tribunal instructivo y ejecutivo de última instancia.

6 CARAVYC XII: pp. 200-201.

7 Es así el prostrer eslabón de la cadena, en 1702: CAPDEFERRO, J. – SERRA I PUIG, E., *El Tribunal de Contrafaccions de Catalunya i la seva activitat (1702-1714)*, Textos Jurídics Catalans, volum 34. Barcelona (Departament de Justícia, Parlament de Catalunya), 2015.

quisidores, dos por cada brazo, eclesiástico, nobiliar y real: respectivamente, el canónigo de Barcelona Narcís de Sant Dionís (futuro autor del *Compendium* y entonces todavía coautor de la Compilación de 1413, junto con Francesc Basset⁸), Ramon Guillem de Pau, abad del monasterio de Santa Maria de l'Estany, el caballero Jaume Marc, el doncel Bertran de Vilafranca y los ciudadanos Guillem de Pere Buçot y Francesc Castelló⁹. Iniciaron su labor a finales de enero de 1421, cuando se emitió pregón público que invitaba a la deposición de denuncias¹⁰. Se reunían en dependencias de la Casa de la Diputación (que corresponde en parte al actual Palacio de la Generalitat). El Tribunal inquisidor cesó el 23 de julio de 1422, sin que las Cortes de Tortosa-Barcelona (1421-1422) se determinaran a renovarlo¹¹. Sí se aprobó, sin embargo, una Constitución, la 1422/29¹², que convertía en normativa general aquel Capítulo del *redreç* ya mencionado (vid. nota 5) que daba facultad a la Diputación para resistir infracciones.

III. EL CASO: DETENCIÓN DEL NOTARIO BERNAT FERRER

En 1421 los inquisidores actuaron contra Lluís de Requesens, entonces Gobernador general de Cataluña, a suplicación de un notario de Lérida, un tal Bernat Ferrer¹³. Requesens había sido nombrado para dicho cargo en 1415, quizá en pago a notables servicios, probablemente pecuniarios, al nuevo rey Fernando de Trastámara¹⁴. Los Requesens desbancaban así a otro linaje no-

8 SANT DIONÍS, N. de, *Compendium Constitutionum generalium Cathalonie*, ÁLVAREZ GÓMEZ, D. (ed.), Textos jurídics catalans, vol. 36, Barcelona (Parlament de Catalunya, Departement de Justícia), 2016.

9 CARAVYC XII: p. 276.

10 Carta de la Diputación tramitada a los cónsules de Perpiñán, el 28 de enero de 1421 (ACA, Generalitat, N-639, f. 50rv).

11 ACA, Generalitat, Cauteles i albarans, N-508, f. 225rv. CARAVYC XIII: pp. 110, 172, 190, 202-203, 225, 306, 368-369, 376-377, 391, 394-396, 420, 423.

12 CARAVYC XIII: pp. 414-415.

13 Por desgracia, ni de este notario ni de otros ilerdenses mencionados en el volumen (Bernat Gomar, Pere Terrós, Ambert Cardona, Joan Borrell) parecen conservarse protocolos notariales (CASES, Ll., *Catàleg dels protocols notarialis de Lleida*, Lleida (Fundació Noguera), 1983; confirmado, hasta donde sea posible, en la página digital de la Generalitat de archivos en línea).

14 NEGRE I PASTELL, P., «El linaje de Requesens», en *Anales del Instituto de Estudios Gerundenses*, vol. 10, 1955, pp. 25-148 (en concreto, pp. 5-6).

biliar, los Alemany de Cervelló, en el ejercicio de esta dignidad política, la más alta del Principado, tras el propio monarca y el lugarteniente¹⁵. Lluís de Requesens, señor de Altafulla y de la Nou, fue padre de Bernat, quien le sucedió en sus dominios y casó con Catalina de Cardona. Su otro hijo fue el célebre Galceran de Requesens, señor de Molins de Rey, quien también ocupó la Gobernación general en 1442, la lugartenencia en 1453 y sostuvo acérrimamente el partido monárquico en las vísperas de la guerra civil y durante la misma¹⁶.

El 25 de febrero de 1421, Jaume de Trull, ciudadano de Barcelona y procurador del notario mencionado, se personó ante los inquisidores, constituidos en la Casa de la Diputación. Faltaba sin embargo el abad del Estany, Guillem Ramon, que había mostrado notable desinterés por integrar el Tribunal¹⁷. Dicho Trull presentó ochenta y siete artículos expositivos del caso, que contenían una querrela contra el Gobernador y su asesor Pere Llobet, licenciado en derecho canónico (ff. 1v-20v). A través del mencionado procurador, Bernat Ferrer, que a la sazón se encontraba en la prisión común de Barcelona, se querrelaba contra el Gobernador por infringir las Constituciones de Cataluña y los privilegios de Lérida al haberle empobrecido y destruido, a él y a su esposa, privándolos de todos sus bienes, sin guardarle garantías procesales (*defensiones*¹⁸), ni siquiera copia del proceso¹⁹. Es notable que en el escrito

15 Antes ejerció de Gobernador de Cataluña Guerau Alemany de Cervelló, quien fue sin duda también un firme antiurgelista (SOLDEVILA, F., *Història de Catalunya*, vol. II, 2ª edición, Barcelona (Editorial Alpha), 1962, pp. 566-567).

16 SOLDEVILA, F., *Història de Catalunya*, op. cit., pp. 700-701. NEGRE I PASTELL, P., «El linaje de Requesens» op. cit.

17 «Lo reverend en Guillem Ramon abbat del monastir de Santa Maria de l'Estany ara (de la ciutat de Barcelona sup. lin.) absent i al present jatsia request intervenir no volent» (f. 1v). Su actitud desentendida se confirma en las cartas de la Generalitat (ACA, Generalitat, N-639, ff. 640 y ss.); y parece que nunca formó parte efectiva del Tribunal, porque no fue remunerado como el resto (ACA, Generalitat, Cauteles i albarans, N-508, f. 225rv).

18 «Defensa en dret», como recoge ALCOVER, A. – MOLL, F., *Diccionari català-valencià-balear: inventari lexicogràfic i etimològic de la llengua catalana en totes les seves formes literàries i dialectals*. Palma (Editorial Moll), 1993. Disponible en <<http://devb.iecat.net/>>. [Consultado en febrero de 2020.]. Sin embargo, hay que entender más precisamente que con *defensiones* el texto se refiere al permiso dado al acusado para presentar testigos, tener un abogado, un procurador, la misma copia del proceso.

19 «Bernardus Ferrarii notarius Ciuitatis Ilerde campus [sic] in capcione communi ciuitatis Barchinone [...] conqueritur docens quod prenominati dominus Gubernator et eius assessor contra constituciones Cathalonie generales et priuilegia ciuitatis Ilerde ue-

de denuncia se destaque la infracción de Constituciones: el procurador de Bernat Ferrer mostraba conocer bien la novísima conformación del Tribunal, solo un mes antes, como se ha dicho, y su base legal, el Capítulo de Corte de Sant Cugat (*Com poc valdria*), al que alude al principio.

En los artículos III-VIII, Bernat Ferrer expone los antecedentes de su detención. Su hermano Pere había litigado con Antoni de Guimerà y Esteve de Guimerà (acaso hermanos a su vez), a quienes condenó la sentencia final. Tras una apelación, se recurrió al arbitraje de Ramon Dosó, doctor en derecho civil, y Guillem Jordà *de Aulasio*, jurisperito de Lérida. Cuando procedieron estos a tomar testimonios, varios testigos ya interrogados en el litigio anterior se desdijeron y alegaron haber testificado antes falsamente por parcialidad o incitación del mismo Ferrer. Se quejaba el notario en su denuncia a los inquisidores de que dichos testigos eran enemigos suyos y de que aquellos árbitros habían incurrido en un defecto de forma al aceptar la segunda deposición y no la primera²⁰.

Los dos Guimerà, en definitiva, denunciaron ante la *paeria* de Lérida, el gobierno municipal, a Bernat Ferrer por el delito de usar falsos testimonios y aquella abrió un pleito al notario. Pero al parecer se le dieron las llamadas defensiones y ni siquiera se lo detuvo. De hecho, el caso estaba ya próximo a la sentencia, que, de acuerdo con el procedimiento legal, trece jueces debían dictar en breve junto con los *paers*.

Sin embargo, el 13 de septiembre de 1420, el Gobernador Lluís de Requesens, que acababa de llegar a la ciudad, mandó encarcelar a Bernat Ferrer, en la prisión común, con el mismo cargo mencionado. A continuación, puesto

nientes eas et ea rumpere non uerentes depauperarunt et totaliter destruxerunt dictum Bernardum Ferrarii notarium et eius uxorem, eos de omnibus bonis suis absque translato et defensionibus dicto Bernardo Ferrarii datis nec concessis, ymo [eis *sup. lin.*] expresse denegatis priuando, quod fuit et est inhumanum et constitutionibus Cathalonie generalibus deuium cum diabulo non sint denegande defensiones» (f. 2r).

20 «Dicti domini arbitri et arbitratores [...] contra iuris formam permiserunt duos testes aut tres in dicta causa arbitrari reinterrogari super hiis quibus indubie et clare primo deposuerant, qui dixerunt se amore dicti Bernardi Ferrarii falsum in dictis causis deposuisse, licet nulliter cum dicti testes ex nouis de causis facti fuerunt post eorum primam deposicionem inimici Bernardi Ferrarii ut suo casu demonstrabitur» (f. 3v). «VI. Item ponit quod semper primo dicto testium et non ultimo est estandum et si aliter testes deponant primum dictum tenet et ultimum est inualidum et per ultimum dictum testis remanet periurus et infamis et est puniendus iure noto» (f. 3v).

que Ferrer no se avenía a pagar la *compositio*²¹, los sayones del alguacil del Gobernador lo habían extraído de la cárcel para pasearlo por las calles de la ciudad, atado, hasta la casa donde residía Requesens, con el propósito de tomarle declaración²². La denuncia puesta ante los inquisidores hacía hincapié en el privilegio que los *paers* tenían para juzgar causas criminales y la imposibilidad real de derogar privilegios otorgados a toda la tierra o de manera particular. Todos estos fundamentos jurídicos fueron especificados en una segunda cédula presentada por Trull el 9 de mayo (la cual comentamos abajo). A continuación Requesens, con el abogado y el procurador fiscal, había despedido a los *paers* de Lérida y había procedido a tomar una nueva confesión de Bernat Ferrer. Recuerda el escrito de Trull que los concejales ildenses tenían pleno derecho a asistir a la declaración, la cual además debía desarrollarse en la cárcel común.

Poco después se añadió otra imputación, que, a diferencia de la anterior, era quizá exclusiva de los asesores de Requesens: Bernat Ferrer habría modificado un contrato en interés de Pere Ferrer, su hermano. Un tal Ramon Palau había cedido a este 240 florines ante un notario llamado Domingo Rialp, quien, según la denuncia, pidió a Bernat Ferrer que reconociera el documento, luego enviado a Pere Ferrer. Rialp había sido encarcelado también (artículos XV-XIX, ff. 5v-6r).

En definitiva, el Gobernador mantuvo preso a Bernat Ferrer, con grilletes

21 En latín medieval se trata de la multa, también conocida como *remissio*: «mulcta sonti imposita ad luendum damnumue resarciendum», en DU CANGE, Ch. et alii, *Glossarium mediae et infimae latinitatis* [...], Niort (L. Favre), 1883-1887. Disponible en <<http://ducange.enc.sorbonne.fr/>>. [Consultado en febrero de 2020.] Voz correspondiente. En el derecho catalán más antiguo, la composición se encuentra ya en el Usatge *De composicione*, y está regulada también por los Usatges *Solidos de composicione*, *Rusticus interfectus* (donde se emplea el término *emendare*) o *Si quis aliquem quolibet*. Conserva sin duda el matiz etimológico de acuerdo, pero es un tecnicismo jurídico también en el catalán coetáneo, por más que se lo haya interpretado solo como «conveni, pactes per resoldre un litigi», como indica la voz correspondiente en ALCOVER, A. – MOLL, F., *Diccionari català-valencià-balear*, *op. cit.*

22 «XI. Item ponit quod dictus dominus Gubernator, uidens quod dictus Bernardus Ferrarii esteterat captus et de composicione aliqua non fuit eidem domino Gubernatori locutum, algutzirius eiusdem manibus litatis [*sic*] pluribus uicibus cum sagionibus uituperose de capcione ad domum ubi dictus dominus Gubernator hospitalabatur duxit, causa ab eodem delato confesionem recipiendi, sich quod manibus litatis [*sic*] per uicum maiorem llerde quasi totam ciuitatem aut ipsius ciuitatis melius sich ut pertangitur uituperose eundem Bernardum ducebant» (f. 4v).

y apartado del resto de reclusos, durante un mes. El motivo principal de la acusación contra Requesens radicaba en que no publicaba la instrucción, no proporcionaba copia de ella al delado y no quería darle las mencionadas defensiones (artículo XX, f. 6r). Las acusaciones pretenden ser aún más graves: el Gobernador ha coaccionado al reo con amenazas de muerte o mutilación para que aceptase la llamada composición, además muy elevada.

Los artículos siguientes de la denuncia se centran entonces en una serie de personajes que insisten al notario en dicha composición mientras le contestan que el Gobernador no suele dar defensiones. El tesorero del Gobernador, Bernat Molgossa, y su asesor, Pere Llobet, a veces dos médicos, Pau Lluell y Francesc Queralt²³, o un maestro en teología, franciscano, Bernat Lluçàs²⁴, amigos o conocidos de Requesens, visitan al encarcelado para asustarle y conminarle a pagar una composición que lo libre de la horca o de perder una mano.

El primero en aparecer es Pau Lluell, que amenaza a Bernat con estas palabras: «En Bernat Ferrer, jo entre e isch a casa del Governador, que pensa mossèn Bernat de Requesens, oncle del Governador. E els [he] hoyt dir que si vós /6v/ no us avaniu ab mossèn lo Governador per via de composició que ell vos penjarà o us tolrà lo puny e us farà gran gràcia que us lex la persona car tots los béns ja són seus; perquè ans no venguésets en altra espècie de desonor dau-li dels vostres béns car mentre no haureu persona no haureu res» (artículo XXI, f. 6rv). A continuación Bernat Ferrer pedía defensiones y copia de la instrucción y Lluell le respondía que el Gobernador no acostumbraba a hacerlo, sino los jueces ordinarios.

23 Por extraño que parezca, debe de tratarse con bastante seguridad del catedrático de medicina de la Universidad de Lérida (aprox. 1400-1445) y autor de unos comentarios al *Tegni* de Galeno, un ejemplar de los cuales poseyó otro médico, Pere Pintor, de quien había sido profesor en la década de 1430, cuando estaba en la sesentena. Todavía enseñaba en el Estudio ilerdense en 1443 y murió unos dos años más tarde (FERRAGUD, C., «De la aljama a la corte: aproximación biográfica del médico converso valenciano Pere Pintor (ca. 1423-1508)», en *Sefarad*, vol. 78, julio-diciembre 2018, pp. 329-365, en concreto 347 y ss.).

24 Se llama a sí mismo Bernat de Lluçà (en una carta inserta en el proceso; vid. abajo). Podría ser el Bernat Lluçà que enseñó teología en la Universidad de Lérida al menos en 1422-1424 y fue elegido lector de la Iglesia de Sant Joan (MIRÓ I BALDRICH, R., «Predicar la Quaresma a Cervera als segles XV i XVI», en MASSOT I MUNTANER, J. (coord.), *Miscel·lània Germà Colón/3*, Barcelona (Publicacions de l'Abadia de Montserrat) 1995, pp. 81-108, en concreto 95).

El otro médico, Francesc Queralt, intentaba intimidar a Bernat Ferrer con parecida estrategia. Es más, en una ocasión en que le acompañaba el alguacil del Gobernador, el mencionado Queralt se dejaba llevar por el arrebató y profería enfurecido: «Oh Bernat Ferrer! Vós teniu lo cor indurit axí com a farahó²⁵, que no us voleu avenir ab mossèn lo Governador. Car dich-vos per tot cert que vós no podeu escapar, si no us avaniu ab mossèn lo Governador, que no siau o penjat o tolt lo puny» (artículo XXV, f. 7v). A continuación figura el maestro en teología, Bernat Lluçàs, franciscano, que le insiste en que se avenga a las composiciones. Contamos también con otro personaje que interpreta un papel benévolo («fingint-se amich del dit Bernat Ferrer», artículo XXVII, f. 8v), un notario tesorero del Gobernador, llamado Bernat Molgossa, que redundaba en igual reclamación y en responder lo mismo a las peticiones de Ferrer.

El escrito de denuncia advierte también de la intimidación que Requesens ejercía sobre el notario, puesto que, se dice, compraba ostentosamente cuerdas y contratava sayones para someterlo al suplicio de la rueda o colgarlo o matarlo de cualquier otra manera, de modo que el pueblo de Lérida se hiciese eco de ello (artículo XXVIII, ff. 8v-9r). En estas circunstancias, la presión sobre Ferrer para que compusiera se iba concretando. Fray Lluçàs le conmina a entregar 1.000 florines o en caso contrario moriría pronto, a lo que Ferrer responde, rendido, que le daría cuanto pudiera²⁶. Es entonces cuando, tras una breve ausencia, Lluçàs vuelve en compañía de Molgossa y dice a Ferrer que habían conseguido que el Gobernador redujera la composición a 800 florines. Lluçàs le presenta luego una aparente irregularidad como un favor, en un ambiente de coacción, es decir, que de dicha composición solo vendría escrita una parte, 500 florines, mientras que los otros 300 se darían de inmediato sin *obligació* (debe entenderse sin documento mediante), y de este modo evitaría pagar las costas (*averies*). El Gobernador tendría la deferencia de esperar a que reuniera aquella primera cantidad. Por otra parte, Requesens exigía que Ferrer renunciara a su notaría y se resignara al exilio, aunque

25 Cf. Ex 7, 14; 8, 15, 19 y 32; 9, 7 y *passim*.

26 «“En Bernat Ferrer, vós no voleu creure: ab dolor de cor vos aport un novell que no us vulguera aportat. E dich-vos per tot cert que si vós no donau M florins a mossèn lo Governador que esta nit vós sereu o penjat o ofegat o en altra manera mort e no y podeu escapar [...]”. E lo dit Bernat Ferrer dix: “magister reverende, a mi serà inpusibla de dar-li mil florins”. E lo dit magister dix que si no volia morir lo dit Bernat Ferrer que no y tornàs paraula. E lavors lo dit Bernat Ferrer dix [...]: “M florins hoc enquara una casa plena de florins li daria si los havia per scapar de mort ma persona”» (artículo XXVIII, f. 9r).

Lluçàs le prometía hacer lo posible por evitarlo, siempre que se aviniera a pagar los florines estipulados²⁷.

Así las cosas, Ferrer se vio obligado a vender por 120 florines una esclava de 200, que daba el pecho a su hijo de un mes. Como queda manifiesto más adelante en el proceso, gracias a uno de los testimonios, la esclava fue comprada por Francesc Queralt (ff. 62v-65r). Vendió asimismo un violario a cambio de 80 florines, que tuvo que asegurar dando en fianza las vestiduras de su esposa. También por otro testigo, se sabe más adelante que el violario, de 133 sueldos y 4 dineros, fue comprado por el ciudadano honrado ilerdense Bertran de Peus²⁸, doctor en derecho civil, por la cantidad de florines dicha, mientras que el fiador resultó ser el mismo Queralt a cambio de los vestidos de la esposa de Ferrer (f. 143rv), que, según reconocía en su testimonio, guardaba en dos cofres (f. 159rv).

Insiste Bernat Ferrer en que lo firmó todo aherrojado como estaba («quas uendiciones habuit facere metu mortis, et cum cathena et compedibus in tibiis suis predictus uendiciones firmavit», artículo XXXII, f. 10v). Lluçàs entregó pues los 200 florines de inmediato al Gobernador, según dijo. Añade la denuncia que Ferrer esperó en vano ser liberado enseguida, como le había prometido el fraile. En cuanto a los 500 florines, el notario firmó que los daría en dos veces, la primera el 25 de diciembre de 1420 y la siguiente durante la pascua del próximo año.

Puesto que había recibido solo 200 de los 300 que esperaba, el Goberna-

27 «Et incontinenti reuenit ad dictum Bernardum Ferrarii una cum dicto Bernardo Molgossa notario et thesaurario dicti domini Gubernatoris dicendo sibi haec uel similia uerba in effectu: “Sènyer, en Bernat, aquest senyor –dient-ho del dit senyor Molgossa– e jo havem fet que mossèn lo Governador vos passa vostra composició a DCCC florins. E veus en quin punt éreu que ja vania ab tots quants saigs havia en Leyda per rodar-vos. E nosaltres havem-lo tant suplicat que ans passats a DCCC florins. E havent fet axí per squivar-vos messions per averies que la composició haja nom de D florins e los CCC florins que-ls haja tantost car no se’n pot fer neguna obligació. E dels D florins ell vos darà temps que-ls puxau haver trets de ço del vostre. E enquera vol més mossèn lo Governador, que consentiau que siau axellat e que renunciieu a l’offici de la /10r/ notaria. Atorgau-li-u tot”, dix lo dit frare, “car tant com toca lo exil-li e la privació de l’offici jo he paraula e us promet que no serà res ne res seguirà”» (artículo XXX, ff. 9v-10r).

28 Más adelante tiene un papel relevante en el caso, porque al parecer intentó ayudar a Ferrer. Jurista notable, formado en el Estudio General de Lérida, había sido *paer* en 1412 y asistió a Cortes de Tortosa-Barcelona en 1421 y a las de Barcelona en 1446-1448 (MARTÍ I SENTAÑES, E., *Lleida a les Corts. Els síndics municipals a l’època d’Alfons el Magnànim*, Lleida (Edicions de la Universitat de Lleida), 2006, pp. 60, 105, 110, 121).

dor Requesens (siempre de acuerdo con la denuncia) había compelido a la esposa de Bernat Ferrer, que tenía 18 años, a firmar la renuncia a su dote en el instrumento de entrega de los 500 florines, para de ese modo asegurarlos²⁹. En consecuencia, Ferrer ya pudo vender al Gobernador un albergue o casa que poseía en Lérida, que valdría unos 500 o 600 florines, a precio de 400 florines, y con la cual la esposa del notario podría haber recobrado su dote o parte de ella (artículos XXXVI-XLI, f. 11rv). Según las deposiciones posteriores, el albergue fue vendido al veguer de Lérida (f. 65v) o a una madona Boixadors (f. 183r).

Infructuosamente seguía anhelando Bernat Ferrer que pasara el tiempo acordado de acuerdo con la composición para ser liberado, mientras el Gobernador y su asesor le exigían un juramento a él, a su mujer y a sus suegros, según el cual declararían a Requesens cuantos bienes tuviera el reo. Por ello se hizo pregón público y se inventarió todo lo que poseía en su casa (artículos XLIII-XLV, f. 12r).

Requesens envió a continuación a un notario, Arnau de Pradina, que debía forzar a Bernat Ferrer a aceptar la procuración de otro notario, de Valencia, llamado Joan Font, aunque solamente por delito civil, no criminal. Tras alguna resistencia, Ferrer aceptó y le fueron denegadas oficialmente las llamadas defensiones. Poco después, cuando se contaba 16 de noviembre de 1420, el notario fue llevado a la prisión común de Barcelona y se le anunció su inminente deportación a Cerdeña. Advierte la denuncia que va contra Constituciones de Cataluña y privilegios de la ciudad de Lérida no solo retener, vender y apropiarse de los bienes del delado, sino también extraerlo de la veguería. En concreto, infringía los privilegios ilderdenses detener a cualquier ciudadano que diera fianza y acatara el derecho, a lo cual se ofrecía el notario, si bien el Gobernador se lo denegaba. Al mismo tiempo, Ferrer era despojado de dos viñas, un huerto y un censal, entre otras propiedades (artículos XLVI-LX, ff. 12v-14v).

La denuncia se sustenta durante los siguientes artículos en una argumentación diversa. Al parecer existía en Lérida una bandería entre dos sujetos, Pere de Comes y Pau de Navers. Bernat Ferrer favorecía a este último, mientras que

29 Debe de tratarse de la dote romana, la paterna, a la que parece que podía renunciar. En cuanto a las arras (*sponsalium*), la esposa al enviudar no podía perderlas, de acuerdo con el Usatge *Vidua si honeste*. La viuda, al quedar desprotegida, acostumbraba a usufructuar los bienes del difunto marido hasta cobrarse dote y esponsalicio de acuerdo con la Constitución de Perpiñán 1350/34 (CARAVYC I: p. 394).

el mismo Requesens y un tal Joan Borrell apoyaban a Comes. Borrell estaba casado con una sobrina de un tal F. Ferrer, calificado por la denuncia como enemigo del notario detenido (y con el cual no parece haber tenido ningún parentesco). Por otra parte, el mismo Borrell y Bernat Ferrer, se dice, se profesaban odio. Hay que añadir a todo ello que había una acusación contra Navers por paz y treuga infringidas, quien sin embargo había conseguido del rey cartas inhibitorias que retiraban a Requesens la facultad de juzgarlo. Así pues, se da a entender que el Gobernador se desquitaba con Bernat Ferrer de no poder procesar a Navers. Para cerrar el círculo, la cédula de Trull manifiesta que Requesens había entregado a Joan Borrell todos los documentos notariales de Ferrer, cuando este se vio obligado a renunciar, los cuales él mismo valoraba en más de 500 florines. Aunque no había quejas de sus clientes, en más de quince años, el pregón público de privación de la notaría le suponía un gran quebranto en su honor (artículos LXII-LXXV, ff. 15r-16v). Nuevamente se quejaba de que sin interlocutoria ni defensiones el Gobernador quisiera torturarlo.

Parece que Bernat Ferrer intentó conseguir el favor real: se refiere a unas cartas del rey Alfonso y la reina María según las cuales Requesens perdía la facultad de juzgar al notario, de acuerdo con los privilegios de la ciudad. Los inquisidores anotaron al margen de este artículo LXXIX (f. 18v) que se buscara el documento oficial.

Ferrer pidió también ayuda de Bertran de Peus, quien visitó al Gobernador en su casa para presentarle las reclamaciones del notario, largamente desatendidas³⁰. Lluçàs intervino entonces para confirmar la cantidad de la composición y la denegación de copia o defensiones. Bertran de Peus pidió pues moderación a Requesens y que se le diera lo que pedía³¹. Requesens se avino a reducir la composición, pero, cuando de nuevo acudió Lluçàs a informar a Ferrer de que el Gobernador le perdonaba cien florines, el notario volvió a reclamar su derecho, sin éxito.

30 «LXXXI. Item ponit quod dictus honorabilis Bertrandus de Pedibus locutus fuit cum dicto domino Gubernatore et eius assessore in camera dicti domini Gubernatoris dicendo eis inter cetera hec uel similia uerba in effectum: “Mossènyer, en Bernat Ferrer diu e-s clama que no li haveu volgut dar defensions, ans, segons li ha dit mestre Bernat Luçàs en nom vostre, que vós lo penjaríeu si no us donava M florins, que és molt gran quantitat, per què us plàcia que li doneu defensions. E si mal haurà fet que-l compre”» (f. 19r).

31 «LXXXIII. Item eo tunch dictus Bertrandus de Pedibus dixit dicto domino Gubernatori: “E donques, mossènyer, plàcie-us que açò torn a loch, ço és que sien donades defensions al dit Bernat Ferrer, car aytan poch tan grosa composició lo dit Bernat Ferrer no poria suplir”» (f. 19v).

Paralelamente el asesor de Requesens, Pere Llobet, se preocupó de asistir al consejo real, indisponer a la reina María contra el delado y disuadirla de enviar otra provisión favorable (artículo LXXXVI, f. 20r)³².

IV. RESPUESTA DE LOS INQUISIDORES: INSTRUCCIÓN

A esta primera instancia, los inquisidores responden con una simple carta que certifica la incoación de la propia instrucción³³. El 9 de mayo de 1421 vuelve a comparecer Jaume de Trull ante los inquisidores para presentar los fundamentos jurídicos de la anterior acusación (ff. 21v-29r), mientras recuerda asimismo que el 19 de abril anterior Ferrer había pedido otra vez defensiones, estando presente el propio diputado eclesiástico, Descarigues.

En relación con romper los privilegios de Lérida y de sus *paers*³⁴, Trull menciona la Constitución 1289/15 de Alfonso II³⁵. En referencia a no dar defensiones, el procurador especifica que se infringía la Constitución 1333/25 de las Cortes de Monzón de Alfonso III³⁶ (confirmada por otra en Perpiñán, 1351/14³⁷). Además, al negarse a darle copia de la instrucción, advierte el es-

32 Todos estas suplicaciones a la monarquía podrían estar muy bien relacionadas con una alegación de miserabilidad, cuyo cuidado estaba reservado por regalía al monarca (cf. el final de esta cédula, f. 20v: «Quare ex predictis concluditur dictum Bernardum Ferrarii pauperem et miserabilem personam fore et esse»). Así lo recuerda CALLÍS, J., *Curiarum extragrauatorium*, Barchinonae (apud Ioannem Gordiolam), 1556, p. 40, LXVII, si bien dicha regalía fue limitada por una reciente Constitución de Fernando I (CARAVYC XI: p. 267).

33 «E presentada la denunciació per los articles dessús contenguds declarada los dits honorables inquisidors jutges offeriren-se prests e apparellats de procehir e enantar vers los articles o posicions dessús contengudes tant quant a ells se pertanga» (f. 21r).

34 Vid. [BOTET, G.], *Els Costums de Lleida*, Col·lecció Guillem Botet: 1, Lleida (Ajuntament de Lleida), 1998.

35 «Item ordinamus et statuimus quod priuilegia et Constituciones que per antecessores nostros sunt concesses et confirmate generaliter toti terre et specialiter aliquibus locis uel personaliter se remaneant» (VALLS I TABERNER, F., «Les Constitucions catalanes de les Corts generals de Montçò, de 1289», en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 24, 1928, p. 267). Asimismo menciona a continuación la Constitución 1321/20, en Gerona (CARAVYC I: p. 264), que hace hincapié en la observancia debida a las leyes, libertades y privilegios por parte del Gobernador y sus asesores.

36 «Item ordinamus quod nullus condempnetur ad mortem uel mutilacionem membrorum sine defensione debita» (CARAVYC I: p. 309).

37 CARAVYC I: p. 377.

crito presentado a los inquisidores que el Gobernador quebrantaba la Constitución 1300/24 de las Cortes de Barcelona, que establecía un principio jurídico preponderante, como es el conocimiento del juez (o de derecho), con el que debía ser juzgado, condenado o absuelto cualquier hombre³⁸. Ulteriormente, cuando el Gobernador se incautaba de bienes del acusado y los vendía conculcaba otro derecho establecido por la Constitución 20 de las mismas Cortes, que prohibía a los oficiales reales comprar bienes inmuebles o muebles de cualquier súbdito que estuvieran incautados en un pleito³⁹. Trull no olvida la confirmación de esta normativa por la Constitución 1301/7 de Lérida⁴⁰, que vetaba la venta o cualquier clase de lucro al respecto. En cuanto a la extracción del delado o reo de la veguería donde estaba siendo juzgado, Trull cita la Constitución 1359/5 de Cervera, que se lo prohíbe expresamente al Gobernador (a quien sin embargo se permite el conocimiento de toda causa mientras se encuentra en dicha veguería)⁴¹. Antes de concluir halagaba y a la vez instaba a los inquisidores reproduciendo el Capítulo de Corte *Com poc valdria*, mientras les recordaba por tercera vez un privilegio del 18 de febrero de 1416, de Fernando I, que prohibiría las composiciones incluso para el Goberna-

38 «Item quod aliquis homo non condempnetur sine cognicione iudicis» (CARAVYC I: p. 176).

39 «Item quod aliquis officialis noster, qui utatur iurediccione, non posset emere nec pro empcione aliqua habere rem immobilem que sit alicuius subditi sui officii, nec eiam mobilem que vi curie venderetur» (CARAVYC I: p. 175).

40 CARAVYC I: p. 189.

41 «Preterea quia per reseruaciones quas frequenter generales procuratores uel gubernatories nostri et eorum uices gerentes in Catalonia faciunt gentes plurimum opprimuntur ideo ordinamus et statuimus quod generalis gubernator noster in Catalonia aut eius uices gerentes et futuri nequeat sibi reseruare aliquod negocium criminale uel ciuile alicuius uicarie uel baiulie Cathalonie ipsis existentibus extra eas. Set tamen dum presentes fuerint in ipsis possint libere cognoscere de eisdem. Sic tamen quod confestim quod ipsi exierint uicariam uel baiuliam in qua de negocio aliquo criminali uel ciuili cognoscere inceperint cognicio ipsius negocii ad ordinarium reddat ipso facto absque comissione que non sit necessaria super hiis. Et quod super hiis ipsi ordinario nequeat fieri aliqua inhibicio uel prohibicio per predictos nec possint secum aliquos processus deferre ipsos de ipsis uicariis et baiulis exercendo. Quaquidem constitutione comprehendi nolumus primogenitum nostrum uel successorum nostrorum eiam si gubernacionis uel procuracionis officio fungerentur» (CARAVYC II: pp. 44-45). Como se lee, queda excluido el primogénito, aunque ejerza la Gobernación. Esta legislación está reforzada por otra de Martín el Humano, el Capítulo de Corte 1409/17 de Barcelona (CARAVYC VI: pp. 207-208) o la Constitución 1413/4 (CARAVYC XI: p. 221), que obvia Trull.

dor⁴². Con esta batería de alegaciones no se dejaba de redargüir contra el Gobernador que la acusación derivada de Domingo Rialp había sido fabricada mediante una falsificación, hecha por el mismo Requesens o sus asesores, del documento que presentara Rialp a Bernat Ferrer (ff. 25r-26r).

Por último apremiaba al Tribunal en un tono perentorio, de reproche por su negligencia y desinterés en un asunto que importaba a los brazos de Cortes y diputados del General⁴³. Terminaba mentando la Constitución 1283/8 de Barcelona, en que se prohibía extraer las causas de la veguería donde se incoaron⁴⁴.

Aunque no es mencionado por el procurador, el ofrecimiento que aceptó Ferrer para pagar la composición, es decir, la rebaja a 800 florines y la paga de unos primeros 300 en sustitución de las costas (*averies*), debía ampararse en la Constitución 1359/7 de Cervera⁴⁵. En ella se establecía que las *averies* solo podían ascender a 4 sueldos por cada libra de la composición (una libra

42 «Statuimus, sancimus et prouidemus quod omnes et singuli Gubernatores et alii officiales regii non solum Principatus Cathalonie [...] qui potestatem habent crimina remittendi per concessionem nostrorum aut alias de iusticia, facta prius esmende cum effectu damna passis seu levis, posint ex causa compositionis pecuniarie tamen et non precibus uel graciosè remittere crimina, excessus uel delicta et de eisdem guidatica quecumque concedere» (f. 27r; por desgracia, aún no he podido dar con esta norma). Parece que la pragmática haya sido malentendida por la defensa de Ferrer: de hecho permite la composición a los Gobernadores y solo se la prohíbe, más adelante, para los casos de robo, alcahuetería o blasfemia.

43 «E /28r/ com lo dit soplicant vos haja notificades les dites injustícies fetes contra lo dit soplicant contra les dites Constitucions e d'altres e us haja soplicat que sobra les dites injustícies informació rehebéssets en la ciutat de Leyda e ací en Bernat per ço com lavós hich havie alguns hòmens que lavós hich eren. E la dita informació fins vuy havets recusada a rehebra en gran dan e evident perjudici del dit soplicant contra les dites Constitucions e drets de la terra oprès e interés de tots los braços (del Principat *sup. lin.*) de Cathalunya com a vosaltres se pertanga defendre e far observar les dites Constitucions e altres drets de la terra concernents profit e utilitat de tot lo Principat de Cathalunya e dels braços de aquell. Per què lo dit soplicant ab la present soplicació sopliqua e requer a les reverent paternitat e molt honorable saviesa de vosaltres molt reverent e molt honorables persones qui a defendre les dites Constitucions e drets de la terra e fer observar aquells sots (tenguts e *sup. lin.*) elets; et enquera a vosaltres molt reverents e honorables deputats e hoydors del general de Cathalunya e a quiscun de vosaltres axí ensemps com divisa al qual o als quals lo dit negoci se pertanga, que les defensions denegades al dit soplicant dar fasats en la ciutat de Leyda o en la vegueria de aquella» (ff. 27v-28r).

44 CARAVYC I: p. 144.

45 CARAVYC II: p. 45.

eran 20 sueldos). Sabemos por la deposición posterior de Bertran de Peus (f. 78v) que sí hubo cargo por costas, de 100 florines, y el pago de 50 más por el derecho del sello del documento de la multa.

Considerando que la composición nominal estaba en 500 florines (55 libras), las costas eran a 1.100 sueldos, cantidad ajustada a la ley. En cuanto al derecho del sello parece regulado (salvo error de este estudio) por la Constitución 1362-1363/22, de Monzón⁴⁶, según la cual si aquella pasaba de 500 sueldos, no se podía cobrar por el documento más de 100 sueldos. En este caso la composición estaría en 6.000 sueldos (500 florines) y los 600 sueldos del derecho del sello (50 florines) excedían en mucho la tasa legal. Buena parte de las irregularidades invitan a sospechar de tejemanejes de Lluçàs, Molgossa y la misma corte del Gobernador, a veces a sus espaldas, por más extralimitado que fuera el proceder de este.

Cabe decir en este punto que, a falta de la parte final del proceso y de la sentencia definitiva, parece difícil dirimir en todos estos intrínquilos jurídicos. Sin embargo, puede aventurarse la eventualidad de que Ferrer, al aceptar (aunque forzado o engañado) la composición, quedara confeso, convicto y sentenciado a la privación de oficio y al exilio. Requesens sí podía conocer en este caso (de acuerdo con la Constitución 1359/5, ya mentada), pero se negó a cumplir con las mínimas garantías (sin duda conculcando el derecho) acaso porque la culpabilidad del notario, a partir de la instrucción previa y la propia, ya le era suficientemente clara.

En respuesta a esta cédula, los inquisidores se excusaban y decían mantener su determinación por enderezar el entuerto⁴⁷. El 20 de mayo, un nuevo procurador, Francesc Mercer (cuyos poderes de procuración se insertan en una nota suelta), facilitó otra cédula con 12 artículos adicionales, que refieren los bienes incautados, tanto a Ferrer como a la esposa (ff. 30r-32r). Se mencionan los 120 florines de la esclava, los 80 prestados por Bertran de Peus, además de otra cantidad en propiedades domésticas y la subasta a que fueron

46 PONS I GURI, J. M. (ed.), *Actas de las Cortes Generales de la Corona de Aragón de 1362-63. Colección de Documentos inéditos del Archivo de la Corona de Aragón*, Vol. L, Madrid (Ministerio de Cultura), 1982, p. 159.

47 «E los dits honorables inquisidors (jutges *sup. lin.*) digueren que per ells no ha stat ne starà de procehir en les coses dessús requestes e presentades e deneguen que per ells hage stat de procehir e anentar en lo dit fet com continuadament sien stats apparellats en loch publich de procehir e entendre en los affers a ells comenats e que de present se offeren a reebre tots e sengles testes e altres instruccions en lo dit fet e enquerir e procehir segons lo poder a ells donat per lo senyor Rey ab acte de Cort» (f. 29v).

sometidos sus bienes. Asimismo este escrito insiste en las anteriores acusaciones, en especial en la prohibición de que el Gobernador se llevara consigo el proceso de Bernat Ferrer, que debía haber quedado en poder del notario de la escribanía de la Corte de Lérida, Pere Terrós, o en manos del notario de la *paeria* de dicha ciudad, Ambert Cardona. Añade además, como dato curioso, que mientras sí se habían dado defensiones y copia de la instrucción a Domingo Rialp, el otro notario acusado también del segundo cargo contra Ferrer (falsificación de un documento notarial), a él continuaban negándose. Por último recordaba que, en virtud del privilegio de Lérida, tenía que permitírsele presentar fianza y no ser amenazado con la muerte o la mutilación de miembros. A continuación viene la petición de testigos para probar los artículos aducidos (ff. 32v-39r).

V. TESTIMONIOS

Por fin, los inquisidores emiten el 2 de junio dos cartas de citación de testigos sobre un buen número de artículos presentados en su primera cédula por Trull (f. 39v). La primera convoca testigos de Barcelona y la segunda, de Lérida, adonde es enviado el escribano Marc Busquets.

A continuación comparecen los de la ciudad condal. El primero es Jaume d'Auledo, natural de *Muntlobar*, en Aragón, aunque a la sazón residente en Barcelona, quien testifica el día 12 de junio (f. 46r y ss.). Había vivido un año en casa de Bernat Ferrer. Viene a confirmar una parte de los artículos y deja entrever que el Gobernador consideraba que las defensiones ya habían sido dadas en el proceso anterior, puesto que los testimonios recogidos entonces informaban suficientemente el sumario⁴⁸.

Francesc Mercer vuelve a presentar, el 18 de junio, una cédula a los inquisidores que da cuenta de una carta patente del Gobernador enviada a la veguería de Barcelona (fecha el 15 de junio en Cervera), por la que instaba al veguer a enviar inmediatamente, sin dilación, a Bernat Ferrer a Cerdeña. Mercer se queja de que los inquisidores no se han preocupado de la persona

48 «Interrogat com ho sap e dix que per ço com ell testis era present en la presó de Leyda quant lo dit Bernat Ferrer dehia (an *del.*) a l'alguatzir del Governador que mossèn lo Governador li donàs deffenses e lo dit alguatzir dehia al dit Bernat Ferrer que lo dit Governador havia dit que prou havia deffensions lo dit Bernat Ferrer per la multitud dels testimonis que /47r/ eren en lo procès contra [per] lo dit Bernat Ferrer fet e que no havia mester pus deffensions» (ff 46v-47r, pregunta sobre el artículo XX).

de Ferrer. Parece exigirles que ordenen al veguer de Barcelona no proceder y añade que les corresponde hacerlo así, «stant majors que negun altre official ordinari». Los inquisidores se excusaban de nuevo diciendo que no había sido culpa de ellos si no se había actuado con mayor diligencia, sino que: «ha stat per ocupació de altres negocis de les enquestes del Principat /60r/ de Catalunya e per la absència dels testimonis qui són en Leyda e en altres parts qui en lo procés se han a reebre e diligentment examinar, actesa la arduitat e pes del dit fet» (ff. 59v-60r). A continuación proceden a instar al veguer, no sabemos con qué éxito.

Fue a principios de julio cuando los inquisidores debieron de recibir una carta de Bernat Lluçàs, escrita de su puño y letra (bastante mal legible), la cual se insertó como nota suelta entre los cuadernos del proceso. En ella el fraile escribe al Tribunal en respuesta a una misiva, dice, de Bernat Ferrer, recibida el primero de julio, en que le conminaba a acudir a declarar a Barcelona. Se advierte cierto disimulo y esquivéz: finge temer por la suerte del notario y advierte a los jueces de las penas del infierno, pero excusa su presencia⁴⁹.

Siguen los testimonios el día 10 de julio con la deposición de Vicenç Soler, especiero de Lérida, quien señala a Queralt y De Peus como los facilitadores de los primeros 200 florines y que manifiesta que el notario fue vejado en prisión (ff. 62r y ss.). El 12 de julio testifica Ramon Ferrer, tornero de dicha ciudad (f. 67r). Dos días más tarde, da su testimonio la viuda del carcelero Francesc Oliver (ff. 69v y ss.), llamada Francesca, quien explicaba las cuittas de Bernat Ferrer y de su esposa. Supone una valiosa narración al haber

49 «[...] Jo no puch personalment anar al dit Bernat Ferrer car son preocupat en fets molt arduos. Tramet en scrit ço que y sé breument en lo dit senyor Governador de Catalunya he en Bernat Ferrer: – Primerament que lo senyor Governador lo féu prendre, pres que fonch, tingueren querimònies del dit Bernat, les quals remet al proçés e que parents seus del micer [?] Ferrer me digueren he suplicaren humilment jo degué treballar que isqués del·la presó ab composició, sòliament que lo cos escapàs a morir, tament-se de les coses contengudes en lo prossés. Lavors jo aní al dit Bernat dient-li: “[...] Vós sou penjat si no féu composició. [...] Tots los sayes són a la porta del senyor Governador, los quals seran aquí per rodar ho torturar-vos prestament [...]”. No pas que lo senyor Governador ho digué sinó per raó del·la por que-m metien los parents he amichs seus. Per què, molt honorables senyors, plage-us per reverència de Jhesuchrist de aver-i los mills de justícia ves el e que no li sie feta neguna cosa indirecta, car al dia del judici n’aureu retre conte a Déu he serien-ne pruijes ab flames de foch ardent. Àls no y a, molt honorables senyors, sinó que la virtut del sant sperit sens terme he fi sie sobre vosaltres. Amén. Frare Bernat de Luçà, humil servidor vostre».

estado en la prisión cuando se sucedían las entrevistas, que describe como intimidatorias, especialmente por parte de Lluçàs, quien aparece como aplicando un plan preconcebido para presionar al notario de modo efectivo. De sus palabras se deduce una coacción constante, a la que incluso ella se opone en alguna ocasión.

Describe también la discusión entre Bernat Ferrer y Rialp cuando este entró en la cárcel. Rialp bajaba avergonzado la cabeza cuando le recriminaba su declaración Ferrer, quien es presentado, hasta cierto punto, como inocente⁵⁰. Asimismo confirma que Requesens interrogó varias veces al notario en su casa, de lo cual no le dio copia⁵¹. La mujer de Ferrer también se había lamentado durante una visita a la celda de su marido. En sus palabras se manifiesta que habían sido despojados de todo⁵².

50 «E dix que hoc que ella e son dit marit com a carcellers lo tenien pres per lo Governador de Cathalunya entorn VIII o X meses ha ab grillons en les cames e après ans que composàs per què composàs li meteren grossa cadena en la cama e que era pres per una carta que-s /f. 70v/ dehia que el dit Ferrer hauria falsada ab en R[i]alp, notari per en Johan Romeu [...] e més avant que ella testis ne viu debat en la presó entre los dits R[i]alp e Bernat Ferrer ha un raptant l'altre, tostemps lo dit R[i]alp stant ab lo cap baix (quant lo dit Bernat Ferrer daya al dit Ralp “com has poguda dir tant gran falsia contra mi” *sup. lin.*). Del fet de la cadena que li fo mesa per ço que composàs ho sap ella testis per ço com frare Luçàs venia a la dita presó (sovint *sup. lin.*) dient al dit Bernat Ferrer que composàs, lo dit Bernat responent: “E per què composaré? Si mal he fet sie’m punit e no vullats sia deffet”. Lo dit frare Luçàs responent al dit Bernat Ferrer: “No curets de axò, lexats star, callats, composats, crets-me”. E ella testis demanava al dit frare Luçàs: “Alegreu-li la cadena”. E lo dit frare Luçàs responia: “No, ara és hora de tenir-lo axí”, puyant-li tostemps la composició, fahent-li por de rodar, e dient sovín al dit Bernat Ferrer: “Penyats sots”» (ff. 69r-71r).

51 «Interrogada si ella testis sap ne ha oyt dir que lo dit Governador hage fet o fet fer procés contra lo dit Bernat Ferrer de les dites coses. E dix que no ho sap bé, oy dir /71v/ ella testis al dit Bernat Ferrer quant venia de casa del Governador on lo amenaven algunes vegades per depositar que havien presa sa confessió e que scrivien. Interrogada si ella testis sap ne ha oyt dir que sia stat publicat per lo dit Governador procés algun fet contra lo dit Bernat Ferrer ne si li són stades donades defensions. E dix que no que ella testis sàpia, bé és ver que ella testis oy dir diverses vegades al dit Bernat Ferrer complanyent-se'n: “O mesquí! E què he fet que lo Governador no-m vol dar deffensions? Quants florins li daré e que-m do deffensions?”. E en après: “Si mal /72r/ he fet que-l compre. E que a un heretge són donades deffensions e no seran donades a mi?”» (ff. 71r-72r).

52 «E dix que no ho sap sinó que la nit precedent ans que-l traguessen de la dita presó la muller del dit Bernat fo en la dita presó dient e plorant ab lo dit marit seu: “O mesquina! Tot quant havem se ha pres lo Governador e encara vos volen trametre en Cerdunya”. E lo dit Bernat Ferrer responia: “Déus me aydarà e la verge /f. 72v/ Maria”» (f. 72rv).

El mismo día lunes 14 de julio un ciudadano de Lérida, Francesc de Bar-daixí, testificaba que el Gobernador le había dicho que había ofrecido defen-siones a Ferrer, pero este las rechazó (ff. 74r-75r). El sábado 19 de julio fue el turno del doctor Bertran de Peus (ff. 76r y ss.). Informa primero al Tribunal de otro tercer cargo contra el notario, otra corrupción de testigos pagados en un litigio con un tal P. Coll alrededor de la falsificación de un violario de cien sueldos anuales. En cuanto a las defensiones, había escuchado las quejas de Ferrer en prisión y había ido a referirlas en efecto al Gobernador, quien le contestó que no se las había dado ni negado puesto que la instrucción no había concluido. Daba seguidament información puntual de la composición, con las costas y el derecho del sello, y cómo Lluçàs lo había acordado todo. En cuanto al dinero pagado por Ferrer, advertía que el Governador le había dicho que había recibido 150 florines y el resto se había repartido entre su asesor y otros de su corte⁵³. En el pago de la multa o composición venía aparejada la privación de oficio y el exilio a Cerdeña, razón por la cual el notario había sido trasladado a Barcelona.

En cuanto a la vejación padecida por Ferrer, Bertran de Peus afirmaba que había estado apartado en una celda oscura y aherrojado, bajo amenaza de inminente tortura, y había sido llevado a menudo por la ciudad con las manos atadas hasta la residencia de Requesens, hasta que compuso, pero que des-pués fue reintegrado junto con los demás presidiarios. Antes De Peus había preguntado al Gobernador cómo pretendía proceder a torturarlo sin defen-siones ni interlocutoria, a lo que Requesens respondía que no las necesitaba y que actuaba así según consejo de su asesor (Pere Llobet) y de doctores en derecho de Lérida, entre los que se contaba Francesc Basset⁵⁴.

53 «E dix que ell testis ha oyt dir al dit Governador que de la dita composició ell ha-
via rehebuda alguna quantitat e que li apar que digués a ell testis que n'havia reebuts CL
florins e la restant quantitat de ço que reebut se n'era que era de CC florins en sus havia
reebuda lo seu assessor e altres de sa cort e que appar a ell testis que lo dit Governador
digués a ell testis que no se n'havia reebuts CCXXX florins entre tot» (f. 78v).

54 «E dix que ell testis de certa sciència no y sap sinó [...] que ell testis rahonant-se
ab lo dit Governador li deya que com poria ésser que lo dit Governador manàs rodar lo dit
Bernat Ferrer sens interlocutòria precedent e deffensions donades al dit Bernat Ferrer. E
que lo dit Governador dix a ell testis que sens deffensions e no precehint interloqutòria ell
podia procehir a turmentar lo dit Bernat Ferrer e haxí ho havia de consell de son asseessor
e de micer Francesc Bacet e de alguns altres notables juristes de la ciutat de Leyda» (f.
79v). Basset, doctor en decretos de la ciudad del Segre, es uno de los juristas más desta-
cados de la época. Había participado en la *Compilación* comisionado junto con Narcís

La parte más interesante del testimonio del doctor De Peus es su defensa de los privilegios de Lérida. En virtud de ellos, el *cort* de la ciudad⁵⁵, junto con los *paers*, era quien podía reconocer cualquier clase de delito. Por lo tanto, tanto en la instrucción como en las sentencias interlocutorias o definitivas, debía participar un número de prohombres superior a diez. Y, aunque se renunció al privilegio, en su posterior readmisión y tras la sentencia declarativa de Pedro III se reservó al gobierno municipal y al *cort* todo crimen, menos unos pocos, entre los que no estaba la falsedad notarial. A pesar de la repetida reclamación del mismo De Peus, como asesor de la ciudad, entre otros, Requesens no cedió⁵⁶.

de Sant Dionís, uno de los inquisidores, pero murió antes del 18 de enero de 1421 (ACA, Generalitat, N-639, ff. 43r-44r).

55 SABATÉ, F., «El cort a Catalunya», en *Acta Historica et Archeologica Mediaevalia*, vol. 22, 2001, pp. 351-372.

56 «Dix que per tant car sap los dits privilegis per tenor dels quals de qualsevol excesses o delictes que sien comeses en la dita ciutat e territoris de aquella, la conexença se pertany al cort, lo qual ensemps ab los pahers de la dita ciutat ha a-ffer la enquesta o procés e en les deliberacions interloquòries o diffinitives han entrevenir deu prohòmens o pus elegidors per lo dit cort. E és ver que après del dit privilegi com a aquell fos renunciat antigament per lo poble de la dita ciutat fo feta restitució de la dita jurisdicció al cort ab los pahers segons la forma del dit privilegi, exceptats alguns crims que són contre, ço és crim de lesa magestat, crim /81v/ de falsa moneda, crim comès per tota la comunitat e crim comès per los pahers regidors de aquella e, exceptats los dits crims, la restitució generalment fo feta de tots crims segons la forma del dit privilegi. E que en après per algunes novitats que foren fetes per lo senyor Rey en Pere de bona memòria contra los dits privilegis fon donada una sentència declarativa dels dits privilegis per la qual foren confirmats los dits privilegis, exceptats los IIII crims damunt dits. E com lo crim de falsedat en la art de notaria no sia dels dits crims al dit Bernat Ferrer imposats creu ell testis que (tots *sup. lin.*) los enantaments fets per lo dit Governador sens inmixció dels dits pahers són nul·les com sien contra forma dels privilegis. E per aquesta rahó ell testis axí com assessor de la dita ciutat ensemps ab los pahers de aquella foren diverses vagades /82r/ al dit Governador sobre lo dit greuge e altres supplicant e requerint-lo que aquella tornàs a degut stament. E per demostrar evidentment com en los dits processses feya greuge a la dita ciutat, ultra exhibició dels dits privilegis, mostrant-li lo ús e pràctica en semblants processses li foren mostrats molts e diverses processses fets per los cort e pahers contra diverses notaris delats de falsedat de lurs officis e lo dit Governador tostemp respòs que ell havia manament de enantar en los dits fets sens admissió dels dits pahers e que àls lo dit Governador no y faria si donchs provisió no havia en contrari» (ff. 80v-82r).

VI. TESTIMONIOS TOMADOS EN LÉRIDA

El 18 de agosto, Marc Busquets, escribiente de Barcelona, trajo carta del veguer de Lérida, con un proceso de tres centenares de hojas, que contenía testimonios sobre el mismo asunto, tomados en julio. Mercer pidió que se insertase en la instrucción de los inquisidores; y así pues se funde con el primer proceso (que termina, como se ha dicho, en el f. 88v). Son los responsables de las declaraciones testimoniales de Lérida dicho Busquets y los notarios ilerdeneses Joan de Vilafranca y Bernat Gomar. La nómina de testigos citados es muy larga. Contiene a personajes cuyos testimonios no figuran en el manuscrito que conservamos, como Bernat Lluçàs o Pau Lluell, entre otros muchos. Lo interesante es que en los interrogatorios, tanto en estos como en los anteriores, se prescinde sistemáticamente de las enemistades y banderías mencionadas en los primeros artículos presentados por Ferrer.

Los testigos efectivos son significativamente distintos de los elencados en la nómina inicial. El primero es Pere Saurí, notario ilerdense, que testificó el 8 de julio y era quien informaba del origen de los primeros 200 florines de la composición: como se ha dicho, un violario vendido a De Peus y la esclava que compró Queralt (ff. 140r-142v). A continuación, el notario Arnau de Pradina (ff. 146r-148r) reconocía haber recibido la procuración de Miquel Font (anteriormente mencionado como Joan). Francesc Queralt, seguidamente (ff. 149v-159v), admitía haber visitado a menudo a Ferrer, donde encontraba también a veces al suegro de este, Francesc Amenós, y a su abogado, del que no se sabe nada más en todas las actas, Berenguer Colom, que exigía en vano copia y defensiones. Queralt aceptó la descripción del artículo XXV, según el cual había gritado a Ferrer, pero en cierto modo lo presentaba como debido a su preocupación por la situación del notario. Confirmaba la fianza y el empeño de los vestidos de la mujer de Ferrer. Recogía también la respuesta del Gobernador a una pregunta suya sobre las circunstancias de aquel caso: «E respòs lo dit Governador que ver era que'l dit Bernat Ferrer no havia atorgat negun /156v/ crim. E, emperò, que clarament sabien la veritat dels seus fets e que cordes trobarien en la ciutat que li farien atorgar» (f. 156v).

A partir del 12 de julio (ff. 168r y ss.), se suceden otros testimonios de desigual trascendencia. El notario del Gobernador, Lluís Torremorrell, también encartado en la denuncia de Ferrer, decía haber negado la copia porque aún no se había acabado el proceso (f. 170v). Lluís Noguers refería sus tratos para la venta del albergue a una tal madona Boixadors (f. 189r). De los últimos tes-

timonios, acaso se destaca el de Guillem Jordà d'Aulars, jurisperito de Lérida (al parecer, el juez del arbitraje en que Bernat Ferrer fue acusado de falsedad), dado el 16 de julio de 1421, que muestra en breves líneas las perspectivas contrapuestas y a su vez coincidentes de Ferrer y del Gobernador, ya que ambos en cierto modo acusaban a Lluçàs y Queralt de haberles escondido parte de la verdad: el notario los acusaba de haberle engañado para que compusiera, asustándole con la noticia tergiversada de que Requesens quería darle muerte; el Gobernador parecía lamentarse de que aquellos dos le instaran tanto para aceptar una composición, sin que nadie le hablara de defensiones⁵⁷.

VII. CONCLUSIONES

Este tipo de procesos judiciales presentan un gran interés jurídico, histórico, sociológico y lingüístico. Las citas legales son habituales y los vericuetos de las actas ayudan a comprender mejor no ya la aplicación de la reglamentación superior, Constituciones generales y Capítulos de Corte, sino también la secundaria o adicional, como privilegios y cláusulas del *ius comune*, confirmadas o no por la normativa específica. Es, en sí mismo, un valioso documento de derecho público y procesal, y ensalza sus atributos históricos el que nos ayude a comprender la actuación concreta y la personalidad de personajes como Lluís de Requesens o los inquisidores. Asimismo arroja luz sobre figuras notables, pero menos conocidas, como Bernat Lluçàs o Lluçà, Francesc Queralt o Bertran de Peus. Por todo ello, sería deseable una edición completa de esta clase de volúmenes y de hecho existe un incipiente proyecto al respecto.

En el estadio actual de análisis, es posible advertir cómo la ciudadanía media catalana era capaz de apreciar las innovaciones legislativas que, en la maraña de jurisdicciones, le permitían encontrar esperanza para la resolución positiva de sus litigios. Ello no obstante, las mismas administraciones pugnaban por mantener su cuota de poder e, incluso, por esclarecerla. Son

57 «E que mestre Luçàs lo havie trahit e enganat e mestre Francesch Queralt axí me-teix car li havie dit diverses vegades /255r/ que-l Governador li volie donar mort, emperò que ells havien recaptat ab ell que l'admetés a composició» (ff. 254v-255r). «E lavors lo dit mossèn lo Governador dix a ell testis que-l dit Bernat Ferrer dehie gran malvestat e que tantes ne havie fetes que penedie-s com lo havie admès a composició, ma[s] que-l dit mestre Luçàs e mestre Francesch Queralt lo havien tant instat e pregat que-ls ho havie atorgat, que no li parlaven pas que lo dit Bernat Ferrer de/257r/[ma]nàs deffensions mas solament lo suplicaven que admetés a composició lo dit Bernat Ferrer» (ff. 256v-257r).

numerosos los casos de fricción entre jurisdicciones, no ya jerárquicamente desiguales, sino consideradas hasta cierto punto paralelas, como entre la eclesiástica, la ciudadana y nobiliar o la de la misma Diputación.

Ciertamente, para la historia del derecho público, la polémica institucional entre la monarquía Trastámara y el General resulta lo más jugoso del documento. Ambos agentes estaban afilando sus respectivos instrumentos de afirmación política: la monarquía intentaba deshacerse de las costuras de las leyes paccionadas y del cambalache parlamentario que, económicamente, la ataba de pies y manos; y el General pretendía ampliar su preponderancia dotando a la Diputación no ya de una capacidad requisitoria (Capítulo 14 de la Carta del Poder de los diputados) sino fortaleciéndose con un Tribunal inquisidor de amplio alcance (Constitución *Com poc valdria*).

El caso de Bernat Ferrer no era quizá el más atractivo para la dinámica pactista del General. Se trataba de un notario de escasa significación. Pero esto solo es una conjetura. Lo cierto es que limitar las atribuciones del Gobernador podía estar perfectamente entre los intereses de los brazos reunidos en Cortes. En esta ocasión, no parece tan evidente que el Gobernador no pudiera adjudicarse cualquier proceso, sin quebrantar con ello los privilegios de Lérida; pero la negación de defensiones, la tortura inminente sin sentencia interlocutoria y la composición por la fuerza podían muy bien colisionar con buena parte de las Constituciones sobre delados. La monarquía habría recibido un duro golpe en caso de haberse forzado en Cortes una legislación que limitara aún más su jurisdicción, a raíz de este asunto.

Ello no parece que sucediera. El caso de Bernat Ferrer no ha tenido eco en otra documentación, al menos hasta donde se ha investigado. El manuscrito del proceso está trunco, no recoge el desarrollo de las diligencias después de agosto de 1421, aunque el Tribunal siguiera funcionando luego durante varios meses, y no aporta ninguna sentencia. Es posible prever que el asunto entrara en una deriva de reclamaciones e instancias que solo ligeramente afectaran al Gobernador; y por último se diluyera sin consecuencias. Extraña en cierto modo la apatía que se trasluce en los autos del Tribunal inquisidor, aunque también es posible que ni el acusador inspirara a los jueces suficiente crédito ni la denuncia bastante fiabilidad o solidez.

Un estudio ulterior y más profundizado debería esclarecer estas cuestiones. Cualquiera que fuese la suerte de la instrucción contra Lluís de Requesens, así como otras actuaciones del Tribunal, este, como se ha dicho, no convenció a las Cortes de Tortosa-Barcelona, que decidieron eliminarlo de su

política pactista. Sigue sin saberse qué relevancia tendría en ello el proceso de Bernat Ferrer, porque ni siquiera sabemos su desenlace.

VI. BIBLIOGRAFIA

1. Fuentes manuscritas

a. *Archivo de la Corona de Aragón (ACA)*

ACA, Generalitat, Serie general N-638

ACA, Generalitat, Serie general N-639

ACA, Generalitat, Cauteles i albarans, N-508

ACA, Generalitat, Serie V, 289 [Procés de visita contra Lluís de Requesens, Governador de Catalunya, i el seu assessor, a instància de Bernat Ferrer, notari de Lleida]

ACA, Generalitat, ms. 461

b. *Archivo histórico de la Ciudad de Barcelona (AHCB)*

AHCB, Consell de Cent, Corts, XVI, vol. 43

2. Monografías impresas

ALCOVER, A. – MOLL, F., *Diccionari català-valencià-balear: inventari lexicogràfic i etimològic de la llengua catalana en totes les seves formes literàries i dialectals*. Palma (Editorial Moll), 1993. Disponible en <<http://dcvb.iecat.net/>>. [Consultado en febrero de 2020.]

[BOTET, G.], *Els Costums de Lleida*, Col·lecció Guillem Botet: 1, Lleida (Ajuntament de Lleida), 1998.

CALLÍS, J., *Curiarum extragrauatorium*, Barchinonae (apud Ioannem Gordiolam), 1556.

CAPDEFERRO, J. – SERRA I PUIG, E., *El Tribunal de Contrafaccions de Catalunya i la seva activitat (1702-1714)*, Textos Jurídics Catalans, volum 34. Barcelona (Departament de Justícia, Parlament de Catalunya), 2015.

CAPDEFERRO, J. – SERRA I PUIG, E., *Casos davant del Tribunal de Contrafaccions de Catalunya (1702-1714)*, Textos Jurídics Catalans, volum 35. Barcelona (Departament de Justícia, Parlament de Catalunya), 2015.

CARAVYC = REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Cortes de los antiguos reinos de Aragón y de Valencia y principado de Cataluña*, Madrid (Real Academia de la Historia), 1896-1922.

CASES, Ll., *Catàleg dels protocols notariais de Lleida*, Lleida (Fundació Noguera), 1983.

DU CANGE, Ch. et alii, *Glossarium mediae et infimae latinitatis [...]*, Niort (L. Favre), 1883-1887. Disponible en <<http://ducange.enc.sorbonne.fr/>>. [Consultado en febrero de 2020.]

FERRAGUD, C., «De la aljama a la corte: aproximación biográfica del médico converso

- valenciano Pere Pintor (ca. 1423-1508)», en *Sefarad*, vol. 78, julio-diciembre 2018, pp. 329-365.
- MARTÍ I SENTAÑES, E., *Lleida a les Corts. Els síndics municipals a l'època d'Alfons el Magnànim*, Lleida (Edicions de la Universitat de Lleida), 2006.
- MIRÓ I BALDRICH, R., «Predicar la Quaresma a Cervera als segles XV i XVI», en MAS-SOT I MUNTANER, J. (coord.), *Miscel·lània Germà Colón/3*, Barcelona (Publicacions de l'Abadia de Montserrat), 1995, pp. 81-108.
- MONTAGUT, T. de, «El poder del dret durant el regnat de Martí l'Humà», en FERRER I MALLOL, T. (ed.), *Martí l'Humà: el darrer rei de la dinastia de Barcelona (1396-1410): l'interregne i el Compromís de Casp*. Barcelona (Institut d'Estudis Catalans), 2015, pp. 51-67.
- NEGRE I PASTELL, P., «El linaje de Requesens», en *Anales del Instituto de Estudios Gerundenses*, vol. 10, 1955, pp. 25-148.
- PONS I GURI, J. M. (ed.), *Actas de las Cortes Generales de la Corona de Aragón de 1362-63. Colección de Documentos inéditos del Archivo de la Corona de Aragón*, Vol. L, Madrid (Ministerio de Cultura), 1982.
- SABATÉ, F., «El cort a Catalunya», en *Acta Historica et Archeologica Mediaevalia*, vol. 22, 2001, pp. 351-372.
- SANT DIONÍS, N. de, *Compendium Constitutionum generalium Cathalonie*, ÀLVAREZ GÓMEZ, D. (ed.), *Textos jurídics catalans*, vol. 36, Barcelona (Parlament de Catalunya, Departament de Justícia), 2016.
- SOLDEVILA, F., *Història de Catalunya*, vol. II, 2^a edició, Barcelona (Editorial Alpha), 1962.
- VALLS I TABERNER, F., «Les Constitucions catalanes de les Corts generals de Montçò, de 1289», en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 24, 1928, pp. 265-272.
- VICENS VIVES, J., *Els Trastàmars. Segle XV*, Barcelona (Edicions Vicens Vives), 1980.

CAUSAS DE REMOCION DE LA CARGA DE EXPOSITOS EN GALICIA A TRAVES DE LOS PLEITOS DEL HOSPITAL REAL DE SANTIAGO: SIGLO XVIII

M^a Teresa Bouzada Gil¹

Resumen: El Hospital Real de Santiago desde su fundación, a finales del siglo XV por los Reyes Católicos, parece ser que tuvo entre sus obras pías el deber de acogimiento y crianza de los niños abandonados en el Reino de Galicia. Como única inclusa existente hasta finales del siglo XVIII, el número creciente de expósitos que recibía la Real Casa le impedía por sí mismo hacer frente a sus obligaciones resultando imprescindible acudir al auxilio de las familias gallegas a las que se forzaba a acoger a estos menores abandonados. La *carga de expósitos* solo podía ser removida si las familias se encontraban incursas en alguna de las causas que por vía legal, consuetudinaria o derivadas del Decreto de entrega del Administrador del Hospital se fueron generando a lo largo de los siglos XVII y XVIII.

Palabras clave: Hospital Real, Edad Moderna, carga de expósitos, remoción.

Abstract: The Royal Hospital of Santiago since its founding, in the late 15th century by the Catholic Monarchs, it seems it had the duty of shelter and upbringing of abandoned children in the Galician Kingdom, among its pious works. As the only hospice until the end of the 18th century, the increasing number of children of arrived to the Royal House prevented this from meeting the obligations on its own, being essential to come to the aid of the galician families which were forced to take in these abandoned children. The *duty of expositied* could only be overridden if the families were involved in any of the causes generated legally, customarily or deriving from the Delivery Decree of Hospital Administrator through the 17th and 18th centuries.

Keywords: Royal Hospital, Modern Age, duty of expositied, removal.

SUMARIO: I. INTRODUCCION; II. LA CARGA DE EXPOSITOS SEGÚN LOS EXPEDIENTES DEL SIGLO XVIII: A. ENTRADA, REGISTRO Y DISTRIBUCION DE EXPOSITOS; B. CAUSAS DE REMOCION NATURALES: a) La pobreza. La certificación de los párrocos; b) Falta de leche en la mujer; c) Enfermedad de la mujer, del marido o del expósito, y las certificaciones médicas. La vejez; d) Existencia de hijos lactantes propios o ausencia de mujeres lactantes en la feligresía; C. CAUSAS DE REMOCION PRIVILEGIADAS: a) Condiciones sociales o de oficio; b) El Privilegio de Recién Casados; c) La Bula de la Merced; d) Servicios prestados a la Corona; III. BIBLIOGRAFIA; IV. ANEXO DOCUMENTAL.

1 Profesora Contratada-Doctor de Historia del Derecho y de las Instituciones, en la F. Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. Mail: mteresa.bouzada@usc.es.

I. INTRODUCCION

El abandono de niños, ya sea como consecuencia de las situaciones de pobreza sistémica y eventuales hambrunas ya sea por la opresión moral ante nacimientos ilegítimos, fue una práctica común en toda la Europa occidental. Bien es cierto que unas motivaciones prevalecen sobre otras según de qué territorio se trate: en el caso de Galicia, parece que a las madres les resultaba más difícil de sobrellevar la intimidación social ante la ilegitimidad que la penuria de su situación económica².

A partir de la Edad Moderna, como consecuencia de las nuevas corrientes de pensamiento humanista y del desarrollo del aparato estatal, los poderes públicos europeos, también en España, comienzan a responsabilizarse de la situación de abandono de estos menores, adoptando medidas no solo directamente encaminadas a la salvaguarda de su vida sino también dirigidas a favorecer su formación posterior. De ahí la erección de inclusas o el establecimiento en los hospitales de casas de expósitos para acogerlos y criarlos mientras son infantes, así como la fundación de colegios en los que recibirían una elemental educación una vez que, los más afortunados, logran alcanzar los cinco años. En aras de los nuevos tiempos ilustrados, esta formación está encaminada a convertirlos en *súbditos útiles* a las monarquías³.

El Hospital Real de Santiago responde a este esquema filosófico y político. Desde el momento de su fundación por los Reyes Católicos⁴, además del tra-

2 EIRAS ROEL, A., «La Casa de Expósitos del Hospital Real de Santiago», *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, nºs 75-76, 1967-68, p.321.

3 GARCIA GUERRA, D., *El Hospital Real de Santiago (1499-1804)*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, 1ª ed., La Coruña (Atlántico Ed.), 1983, pp. 353 a 357.

4 No es mi intención reproducir toda la bibliografía sobre el Hospital Real y los expósitos gallegos. Como resumen, me remito a la nota 2 de MARTINEZ RODRIGUEZ, E., «Los expósitos del Hospital Real de Santiago, 1651-1840: análisis evolutivo», en *Universitas. Homenaje a Antonio Eiras Roel*, t.I., Santiago, (Universidad de Santiago), 2002, pp. 313-325. El quinto centenario de la fundación del Hospital Real, en 2004, determinó una nueva dedicación de los estudiosos gallegos al Hospital y su historia. Fruto de ello fue la obra *El Hospital Real de Santiago de Compostela y la hospitalidad en el camino de Peregrinación*, Consellería de Cultura, Comunicación Social y Turismo : S. A. de Xestión do Plan Xacobeo, Santiago, 2004, compendio de numerosas aportaciones que abordan la Real Casa desde las más variadas perspectivas, históricas, médicas, artísticas, botánicas y que refleja, además, la exposición llevada a cabo en el Museo do Pobo Galego entre julio y agosto de ese mismo año. Como publicaciones previas a estos años es ineludible citar a PENSADO CASTIÑEIRAS, MT., *El Real Hospital de Santiago de Compostela en*

tamiento dispensado a enfermos y la asistencia a peregrinos, tuvo entre sus obras pías el acogimiento y custodia de los niños expósitos del Reino de Galicia para lo cual se conformó la llamada Casa de Expósitos, una sección dentro del Hospital con personal específico y contabilidad propia⁵.

Sin embargo, el Hospital Real era incapaz de asumir por sí mismo la lactancia y cuidados requeridos, no solo por la elevada cantidad de niños que recibía y que a lo largo del siglo XVIII no paró de incrementarse hasta alcanzar la cifra estimada de unos 700 menores nuevos cada año sino y, sobre todo, por la escasez de medios humanos y la insuficiencia de los económicos que se ponían a su disposición para tal ingente cometido⁶.

Para solventar estas dificultades se estableció el sistema de *la carga de expósitos*, por el cual se repartían los niños entre las mujeres y las familias que mostraban cierta capacidad física y económica para la crianza y atención del menor abandonado.

la segunda mitad del siglo XVIII. Cargos de gobierno y servicios, en Colección Monográfica. Cuadernos de la Facultad de Filosofía y Letras, serie II,1 Santiago, (Universidad de Santiago), 1963; LUCAS ALVAREZ, M., *El Hospital Real de Santiago 1499-1531, Discurso pronunciado en la solemne apertura de curso académico de 1964-1965*, Santiago (Universidad de Santiago de Compostela), 1964; EIRAS ROEL, A., «La Casa de Expósitos del Hospital Real de Santiago», ob.cit., pp. 295 a 355, para culminar en la gran obra de referencia, GARCIA GUERRA, D., *El Hospital Real de Santiago (1499-1804)*, cit.

5 Vid., BARREIRO MALLON-B., REY CASTELAO, O., «Pobres, peregrinos y enfermos. La red asistencial gallega en el Antiguo Régimen», en *Consortio de Santiago-Nigra Arte*, 1 ed., Santiago-Vigo, 1998, pp. 103 a 104, siguiendo a Eiras, *La Casa de Expósitos*, p. 309. Pero, hasta 1512 apenas hay mención documental sobre esta Casa, de modo que no se puede saber si tiene algún reconocimiento legal o si es ya una realidad práctica. En todo caso, ese año de 1512, el papa Julio II concede al Hospital compostelano una serie de privilegios semejantes a los del Hospital de *Sancti Spiritus in Saxia* de Roma, lo que indica o bien la casa de Expósitos ya tenía entidad o se preveía dársela, habida cuenta que el cuidado de expósitos era la finalidad esencial del hospital romano. Recuerda Tarifa Fernández que en 1204, el Papa Inocencio III encomienda a la Orden del *Sancto Espiritu* las funciones de acogimiento de niños abandonados. Esta encomienda se difunde por la Península. La creación de Obras Pías y casas de acogimiento en la Edad Moderna conduce a que los canónigos no regulares de San Agustín –la Orden del Sancto Espiritu- ejerciesen la hospitalidad con los expósitos. Vid., en relación con la orden, los expósitos de Úbeda, TARIFA FERNANDEZ, A., *Marginación, pobreza y mentalidad social en el Antiguo Régimen: los niños expósitos de Úbeda, 1665-1778*, Granada (Universidad de Granada), 1994, pp. 57 a 58.

6 Sin embargo, y como pone de relieve Eiras, la partida destinada a la Casa de Expósitos se llevaba la mayor parte del presupuesto del Hospital Real. Todo era, no obstante, insuficiente. Vid, EIRAS ROEL, *La Casa de Expósitos*, cit., p. 399.

La *carga de expósitos* lo era realmente. Estas familias, con una economía de subsistencia, labradores analfabetos, con grandes carencias, con sus propias enfermedades y con más hijos u otros familiares a cargo eran obligados a acoger en su casa a un recién nacido ajeno a quien debían amamantar y cuidar⁷. No es de extrañar que tratasen de ser removidos de esta pesada carga por todos los cauces legales o consuetudinarios posibles; también por otros oblicuos o fraudulentos⁸.

7 Según Eiras, parece posible que inicialmente fuese, al igual que aconteció en otras zonas peninsulares, como Andalucía, un oficio voluntario. Pero, en Galicia, hay indicios de obligatoriedad en 1674, y en los *Mandatos del Rey Carlos II*, de 1698, se establece ya la obligación de la carga; vid. EIRAS ROEL, *La Casa*, cit., p. 312. Lamentablemente, por las limitaciones de este trabajo, no es posible exponer siquiera de modo superficial los aspectos normativos del Hospital Real y sus *Constituciones y Mandatos*, que quedan, pues, para otro estudio. Vid., no obstante, *Mandatos del Gran Hospital Real de Santiago de Galicia: aprobados y confirmados en el año de 1700 por el Señor Rey Don Carlos Segundo*, Oficina de Lucas Antonio de Bedmar y Narvaez, Madrid, 1700.

8 En Archivo Histórico Universitario de Santiago (en adelante, AHUS), Sección Hospital Real (en adelante H.R), Serie *Pleitos* (en adelante *Pleitos*), Expediente (en adelante Exp). 961, Legajo (en adelante Leg.), 64 (año 1799), aparece un supuesto ejemplo del significado de «carga»: Antonio Dolbán, labrador y vecino de San Martín de Suevos, en la parroquia de Santa María de Pastoriza, señala que se les había adjudicado un expósito que falleció. Pero, al entregar el cadáver al Hospital, se le adjudicó otro expósito más, que también falleció a los 9 meses –lo habitual es que si fallecía el expósito al poco tiempo de su entrega, el Hospital volvía a cargar a la familia con un nuevo niño–. Y ahora, otra vez, hay una remesa de expósitos en Pastoriza y el mayordomo, «*por sus fines particulares*» y «*sabiendo de la indigencia del exponente*», le entrega un nuevo expósito –en el caso de este matrimonio, sería el cuarto expósito– cuando su mujer «*no tiene leche suficiente porque hace mas de diez y nueve meses que ha parido*», además que hay en la parroquia más «*amas de leche con muchísima abundancia, abonadas y de mejor calidad*». Con fecha de 16 de agosto, el Hospital ordena que, si son ciertas las alegaciones de Dolbán, se le remueva el expósito. El 31 de agosto, de nuevo el Hospital ante la queja de Antonio Dalbán, y verificado por los Libros del Hospital que sí, que ya había recibido antes otros expósitos, ordena Antonio Polavieja, ministro alguacil de la Real Casa, que vaya a la feligresía y que ejecute el Decreto de 16 de agosto dándole para ello importantes atribuciones, que averigüe la relación de mujeres que tienen leche y que atribuya el expósito a la mejor de ellas. Con fecha de 3 de septiembre, entrega a Dominga de Souto, mujer de Juan de Neyra, «*una niña expósita Bernarda y dicen ser nº 572*». Polavieja le hace saber que «*en 3 dias debe ir al Hospital a empadronarse a la Real Casa segun lo proveido, asentandose la sobredicha por madre y el marido respectivamente por padre para que les corra el sueldo que deben vencer y paga la real Casa en los tiempos acostumbrados, en cuia conformidad le lacte*

A lo largo de este periodo moderno se fueron estableciendo unos motivos de remoción de este acogimiento forzoso a medida que las familias los presentaban y el Administrador del Hospital Real, que ejercía de juez en el expediente, los iba aceptando o rechazando. Se estableció, además, un *iter* procedimental sencillo y expeditivo para tramitar estas causas.

Las páginas siguientes se dedican a presentar el argumentario alegado por los gallegos para remover la *carga de expósitos*. Para ello he acudido a los fondos del Archivo Histórico Universitario de Santiago (en adelante, AHUS) donde se localiza la Sección *Hospital Real*. En ella, se encuentra la Serie *Pleititos*, formada por expedientes de los siglos XVI a XIX. De estos, los del siglo XVIII son los más prolijos. He de advertir que no pocos de estos expedientes resultan incompletos⁹. Esta abundancia documental, unida al hecho de que el ochocientos el más representativo de la situación de los expósitos gallegos, explica los límites temporales de este trabajo.

II. LA CARGA DE EXPOSITOS SEGÚN LOS EXPEDIENTES DEL SIGLO XVIII

A. Entrada, registro y distribución de expósitos

El Hospital Real fue la única incluida de Galicia hasta finales de la Edad Moderna, de modo que en él se acogían niños procedentes no sólo de Santiago y sus alrededores sino de todo el Reino e, incluso, de Asturias, León y norte de Portugal¹⁰.

Los expósitos eran abandonados por sus madres o familiares en el torno del propio Hospital, abierto día y noche, o eran llevados hasta allí por personas que los habían encontrado en las puertas de las iglesias o conventos, en las aldeas, caminos rurales o en los campos. Evidentemente, la mayoría de estos menores oriundos de lugares a considerable distancia de Compostela o bien se morían por el camino o a las pocas horas o días de su ingreso en la Real Casa. De gran dificultad resulta saber, aunque puede imaginarse, qué sucedía con niños abandonados que nadie conducía hasta la Obra Pía.

crie y conserve con todo cuidado y limpieza dicha niña exposita bajo toda responsabilidad que de lo contrario seran castigados».

9 He de expresar mi agradecimiento al personal del Archivo Histórico Universitario de Santiago por su amabilidad y las facilidades, atención y consejo que me han dispensado para la más adecuada consulta de los fondos documentales.

10 GARCIA GUERRA, *El Hospital Real de Santiago*, ob. cit., p.321.

En todo caso, los que sí entraban eran registrados en un Libro, e inmediatamente bautizados, si no lo estaban ya. Se les amamantaba y cuidaba por el ama de cría y las dos nodrizas, personal fijo, al tiempo que los médicos y cirujanos velaban por sus enfermedades¹¹.

Cuando, en muy pocos días, se juntaban cuatro expósitos (la llamada *cesta* o *remesa*) eran inmediatamente distribuidos por las feligresías adyacentes a Santiago¹², obligando a las familias elegidas a aceptarlos y, tras haberse registrado (*abonarse*) en el propio Hospital como «madres de acogida» (en una terminología actual), podrían recibir a cambio un estipendio que se sufragaba anualmente hasta que, en torno a 1674, pasó a pagarse cada tres meses. Para acceder al cobro, había que presentar al niño expósito vivo.

Esta *carga de expósitos* recayó durante la mayor parte de los siglos modernos en las familias de las feligresías, parroquias, cotos y jurisdicciones cercanas a Santiago.

Varias pueden ser las explicaciones y todas concordantes: por un lado, a los niños hay que transportarlos desde el Hospital, acompañados de una nodriza que los alimente, de un conductor del carro y, a veces, de más personal, hasta el lugar elegido; por otro lado, las feligresías cercanas a Santiago permitían un mayor control por parte del Administrador del trato que las familias dispensaban al expósito durante el tiempo de acogida. Además, estas familias debían cumplir con una serie de deberes: ir al Hospital a *abonarse*, a cobrar su salario con el expósito vivo para enseñarlo o a llevar el cadáver del menor

11 Vid., PENSADO CASTIÑEIRAS, *El Real Hospital de Santiago*, cit., pp. 55 a71, para médicos, cirujanos y enfermeros; y pp. 78 a 80 para amas de cría y nodrizas.

12 AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 959, Leg. 64 (año 1799). Comienza el expediente con un escrito del Teniente Administrador del Hospital, de 31 de agosto, relacionando los niños expósitos y las parroquias de destino. Como ejemplo: «*Gregoria*, n^o 337, en 20 de mayo a la parroquia de Santa Eulalia de Lians; *Maria*, n^o 339, en 23 del mismo mayo a la parroquia de San Jorge de Uñas; *Eleuterio*, n^o 357, en 28 del propio mes de mayo a la parroquia de Santa María de Souto, y *Jose Antonio*, n^o 425, en 21 de junio, a la de San Payo de Coristanco». El destino de estos bebés fue incierto, ya que ni los recogieron, ni aparecieron los mayordomos pedáneos de esas feligresías a encargarse de ellos, ni han sido inscritos en los Libros del Hospital por sus padres de acogida como es preceptivo. Por ello, el Teniente Administrador acuerda que se comisione a Antonio Polavieja, ministro alguacil del Hospital, para que vaya a esas parroquias y se entere de lo que ha sucedido. En su comisión, y en sus documentos, aparecen los nombres de otros niños: «*Francisca*, n^o 346...*Nicolasa Isabel*, n^o 341...*Jacinta*, n^o 34...*Maria*, n^o 339...*Juan* n^o 361...», con indicación de quien son los padres encargados.

para ser enterrado en el cementerio de la Real Casa además de registrar la defunción¹³. En resumen, cuanto mayor sea la cercanía a Santiago más fácil resulta el cumplimiento de estas obligaciones y el control de las mismas.

Los Administradores del Hospital eran conscientes de que esta carga, con un número de expósitos creciente¹⁴, era excesiva y debía ser mitigada de algún modo. Por ello se produjo un incremento del dinero de los salarios que el Hospital daba a las familias y que se fue complementado con el sistema, de notable carácter consuetudinario, de las *ayudas a la lactancia* o *comportos*. Además, se ampliaron los límites territoriales de la distribución de menores de forma que, poco a poco, el Hospital va más lejos en la entrega de niños abarcando, hacia el norte, las zonas Vimianzo, Coruña, Betanzos; hacia el sur, la Ría de Arousa, o la Ría de Muros-Noya, hacia el este; de cualquier modo, ya más allá de los treinta o cuarenta kilómetros a los que aludía Eiras Roel¹⁵. Hacia finales de siglo, y ya en el XIX, el establecimiento de nuevas inclusas en distintas localidades del Reino de Galicia, especialmente, en las capitales de las provincias, además de El Ferrol, ayudarían a aliviar esfuerzo de la gestión y los gastos del Hospital compostelano¹⁶.

A la hora de la distribución de expósitos se buscaba cierto equilibrio de modo que una parroquia no se viese obligada a aceptar niños hasta tres o cuatro años después del reparto anterior.

Llegados a la feligresía designada, la nodriza y el transportista debían entregar a los menores a un mayordomo pedáneo. Éste, que conoce a sus vecinos, debe cumplir con el Decreto de entrega firmado por el Administrador del Hospital y distribuir los expósitos entre *mugeres sanas, abundantes de leche, abonadas de su feligresía*¹⁷. Este deber, con frecuencia, no era cumplido ri-

13 Según señala Eiras, la práctica del Hospital era que si fallecía el expósito dentro de los dos meses a la entrega, a la familia que había llevado el cadáver al Registro del Hospital, se le adjudicaba otro niño. Para evitar esta entrega, las familias comenzaron a enterrar al expósito en el cementerio local, y tiempo después se iba al Hospital con el certificado de defunción expedido por el sacerdote de la feligresía. Esta forma de hacer funcionó durante un tiempo, vid., EIRAS ROEL, *La Casa*, cit., p. 328.

14 MARTINEZ RODRIGUEZ, *Los expósitos del Hospital Real de Santiago*, cit., pp. 317 a 317.

15 EIRAS ROEL, *La Casa*, cit., pp. 322 a 324.

16 Orense, Mondoñedo o La Coruña, ya a finales del siglo XVIII; Tuy, a comienzos de la centuria siguiente, en MARTINEZ RODRIGUEZ, *Los expósitos del Hospital Real*, cit., p. 318, not. 14.

17 «Sr D. Domingo de Villaverde, *teniente Administrador, Capellán Mayor, y Juez*

gurosamente por el mayordomo, unas veces por piedad, otras por ignorancia, a veces por ánimo fraudulento o por maldad y animadversión personal hacia un convecino.

B. Causas de remoción naturales

El modo de obviar esta obligación de acogida forzosa era estar incurso en una de las llamadas causas de *remoción de expósitos*. De apreciarse, el menor

Conservador Privativo, pr S.M (que Dios le guarde) de el Gran Hospital Real de Santiago, y de todo lo a el perteneciente, &c,

Entregará ANTONIO BREI, Ministro de esta Real Casa, quatro niños Expósitos, para que el Mayordomo pedáneo de la feligresía de SANTA COMBA DE CORDEIRO los reparta en ellas a las Mugerres mas sanas, y de mas abundancia de leche que huviere, para que los alimenten y cryen con todo cuidado; y porque en las mismas feligresías se ha introducido la costumbre, de que, a las que se encargue de dicha crianza, las ayuden con la proporción las demás Mugerres de leche, que quedan libres de este cuidado, el referido Mayordomo hará observar esta costumbre con justicia; y proporción, de suerte, que las que no cryan Niños Expósitos ayuden a las que los cryan, teniendo presente las fuerzas y posibilidades de cada una, para hacer esta distribución, nombrando dos hombres desinteresados, que hagan la regulación; y que a las que ya han contribuido en la ultima remesa de Expositos, o que tienen todavía alguno en su poder, aunque sea grande no se les grave de nuevo, a menos que falten otras Mugerres a quien poder echar la carga; y esto se ejecute, sin excepción de persona alguna; aunque sean Mugerres de Syndicos de qualesquiera Religiones, o de Fabriqueros de la Iglesia, por no estar essentas: Y si huviere algún coto de jurisdicción agregada, la persona que en el administrare justicia, haga el reparto de los que le tocaren en la forma expresada, haciendo que las Mugerres a quien los entregaren, vengan dentro del segundo día a esta Real Casa a assentar sus nombres, y los de los Expositos de su cargo, para que les corra el salario señalado pro Su Magestad, y si falleciere alguno, le trayga luego a dicha Real Casa, y le entreguen para su entierro, y reconocimiento por si la muerte del inocente se huviere seguido por malicia, o negligencia culpable de las personas a las que se le entregó, y se sepa a punto fijo, hasta quando debió correr el salario. Y el dicho Mayordomo o Juez hará saber a las personas a quien hiciere este encargo, que si por malicia o descuydo culpable falleciere alguno de los dichos Niños, experimentaran el mas riguroso castigo, y lo mismo el Mayordomo, si por injusta distribución, y culpa suya pereciere alguno, o si no diese quenta de los que delinquiesen los demás en esta parte; y no permitirán que alguno de dichos Niños se de a cryar fuera de la feligresía, sin o a persona que vive immediata a ella, y sea muy segura. Fecha en dicho Hospital de Santiago, a SIETE DÍAS del mes de NOVIEMBRE DE 1772» (las palabras transcritas en versales fueron las añadidas a mano. El resto es un formulario impreso). Vid, AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp.931, Leg. 61 (año 1773).

será entregado a una nueva familia. Ninguna norma establece, a modo de listado, cuáles sean estas causas aunque sí encontramos disposiciones aisladas que permiten alegar alguna situación personal o social concreta.

En general, ha sido la práctica del Administrador del Hospital, en uso de su jurisdicción y en atención a las exigencias de su propio Decreto, e incluso las propias costumbres vecinales, quienes han ido perfilando una serie de motivos.

A. La pobreza. La certificación de los párrocos

Sin duda, éste es un argumento continuo ya sea explícito o implícito y, de cualquier modo, cierto en la mayoría de casos. La alegación de pobreza la realizaba la familia de acogida pero no siempre. En no pocas ocasiones, era el mayordomo pedáneo quien denunciaba al Hospital la miseria de sus vecinos o incluso éstos, de modo colectivo, lo indicaban a fin de evitar la presencia de expósitos en su comunidad¹⁸.

De cualquier forma, las alegaciones de pobreza o de cualquier otra de las causas de remoción naturales, las hiciese quien las hiciese, solían venir acompañadas por la certificación del párroco¹⁹.

18 AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 907, Leg. 61 (año 1774). El Hospital había entregado cuatro expósitos al mayordomo pedáneo de la feligresía de San Esteban de Abilleira (*sic*). Pero el mayordomo y los vecinos presentaron ante el Administrador un memorial, con certificaciones y declaraciones, indicando que en Abilleira no había mujeres suficientes para atender y criar a los niños y algunas son muy pobres. A la vista de la alegación colectiva y de los documentos aportados, el Hospital remueve a los niños a las feligresías de San Juan de Serres y San Julián de Torea.

19 Como ejemplo, AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 401, Leg. 19 (año 1717). Con fecha de 4 de septiembre de 1717, hay una certificación del cura de San Miguel de Gándara, indicando que el mayordomo pedáneo se presentó en la feligresía con intención de entregar cuatro niños expósitos para que se distribuyesen entre las mujeres que los pudiesen criar. El sacerdote certifica que «*no hay mujeres de leche que los puedan criar, solo hay la mujer de Benito Pereyro, y hes pobre, que la mayor parte del año pide limosna, la mujer de Juan Carvallo que por octubre del año pasado le bauticé dos niñas uterinas las quales biben y las alimenta de su propio pecho, la mujer de Juan de Souto que aunque hes de mediano caudal, hes lisiada, de hespiritu maligno que la atormenta de ordinario y tengo noticia cierta que algunas veces a su propio hijo lo arroja sea donde fuere, la mujer de Ramon Garcia también hes pobre y poco tiempo ha que se le murió otro exposito y su hijo tiene muy cerca de dos años*». Como no hay mujeres adecuadas, el mayordomo pedáneo pide licencia para que el Administrador le permita «*remudar ala feligresía circunvecina y en*

La intervención de los párrocos en esta materia de expósitos es relevante ya que apoyan las afirmaciones de pobreza, de número de hijos, o de enfermedades de sus parroquianos; aunque a veces, pocas, la opinión del párroco era contraria a la alegación²⁰.

También es importante su papel como destinatarios de las consultas de

donde aya mujeres que los puedan criar». Con fecha de 25 de septiembre, se concede licencia al mayordomo pedáneo para que lleve a los expósitos a otra feligresía. Vid., también AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 900, Leg. 61, (año 1772). Comienza el expediente con la certificación del cura de la feligresía de San Miguel de Couso, a petición del mayordomo pedáneo, Martín de Busto, sobre la situación de dos familias, dos mujeres muy pobres, con sus propios hijos, «*que para alimentarlos es preciso mendigar*», que una de ellas ha parido hacia «*solo seis días*». El Hospital no debe obligar a estas mujeres a aceptar, además, a dos niños expósitos «*pues están alimentando a sus hijos con sus pechos con bastante trabajo*». Ante la situación de penuria, solicita el mayordomo que se retiren los niños a otras parroquias cercanas, entre las que cita a San Lorenzo de Agolada, Santa Eulalia de Castro o San Pedro de Coristanco. La certificación del párroco de San Miguel de Couso transcribe la solicitud del mayordomo pedáneo al Hospital Real, con fecha de 15 de junio de 1772: «*se remitieron a dicha feligresía a cuatro niños expósitos a fin de criarlos y repartirlos entre las mujeres mas sanas y de mas abundancia de leche que hubiese, siendo asi que aunque al presente hay seis que dan pecho a otros tantos niños de ellas, son pobres y cada una con quatro hijos, que para alimentarlos es preciso mendigar, otras tres hai treze meses están alimentando a sus hijos con los pechos con bastante trabajo por la escasez de leche, pues no llega para el suyo respectivo, de manera que les hes imposible sostener a quatro expósitos, además de no aver otra persona alguna que les aiude...*». A la vista del escrito del párroco y con fecha de ese mismo día, el Hospital ordena que se lleven los expósitos a la feligresía Santa Eulalia de Castro.

²⁰ AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 909, Leg. 61 (año 1780). El Hospital Real manda que se repartan cuatro expósitos en la feligresía de San Pelayo de Coristanco, pero no hay mujeres suficientes para criar expósitos. Tras la remoción concedida, el Hospital ordena que dos de ellos pasen a la feligresía de San Tomás de Sorribas y otros dos se queden en Coristanco. Una de las niñas expósitas de Coristanco es atribuida a Francisco Seide y a su mujer, Francisca Fariña «*moza limpia y sana*» que está ya dando el pecho a un hijo de diez meses. Según certifica el cura párroco, con fecha de 18 de abril de 1780, la pareja se quiere excusar «*por decir que ser cabo de un cabato que se alla y ace en el puerto de Malpica, y que en dicho puerto, cabos y Jefes hacen centinelas, y servicios*». Pero el sacerdote asegura que desde el año 1758 que él lleva viviendo en la feligresía, nunca un feligrés de Coristanco tuvo centinela y servicio en Malpica, salvo en aquel año de 1758 que lo fueron dos pobres de solemnidad. Parece ser, pues, que el motivo alegado por Francisco Seide como «*carga concejil*» para justificar su remoción es falso. Lo que no impide para que el párroco solicite en su escrito al Administrador que no se siga juicio ni contra el mayordomo pedáneo, Felipe Suárez, ni contra Seide.

los Administradores del Hospital sobre la situación de una feligresía o de un feligrés en concreto²¹. Su voz y su palabra eran muy consideradas a la hora de tomar una decisión. Ello no impide que, a veces, el párroco hubiese sido acusado de parcialidad por sus parroquianos²².

21 AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 375, Leg. 18 (año 1712): se inicia el asunto con un problema de competencias de jurisdicción, sobre qué mayordomo pedáneo debe proceder al reparto de los niños expósitos en la feligresía de Touro, si el de Bandaña o le corresponde al Conde de Altamira. En todo caso, se entrega a Payo Tacón, un labrador muy pobre con su mujer enferma, un expósito. Este solicita la remoción con fecha de 16 de septiembre. Se adjunta, con la misma fecha, la certificación del sacerdote de San Juan de Touro sobre su feligrés que dice la verdad. A la vista de la certificación y de la información recabada sobre Payo Tacón y su mujer, se acuerda con fecha de 18 de septiembre que el mayordomo de Bandaña vaya a su casa y entregue al expósito a otra mujer *de posibles*. El mayordomo, Antonio Méndez, resulta reticente a dar cumplimiento a la orden de remoción dada por el Hospital y de realizar nuevo reparto de niños entre los feligreses. Al fin, el 11 de octubre, se le retira el niño expósito a la mujer de Payo Tocón y se entrega a otra familia «*y le pagará su salario devengado*». En nombre del Hospital lleva esta tramitación *in situ*, Pedro Pérez. En ese mismo día, se le pregunta al sacerdote el nombre de mujeres posibles para acoger al expósito, y el cura, Antonio González de Saldívar, dice que en la «*feligresía son solo ocho diez vecinos y que estos son pobres, excepto Maria Rosa que esta si que tiene posibles pero que se alla muy mala y a peligro de la vida a quien no se puede echar exposito alguno*». Ante la certificación del sacerdote, el Administrador, en auto de 13 de octubre, suspendió el intento de dejar un expósito en este coto, y se busca nuevo coto en la feligresía de San Juan de Touro para cumplir con lo ordinado por el Hospital Real.

22 AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 928, Leg. 62 (año 1794). Benito Patiño, vecino de Sésamo, explica que una remesa de niños expósitos llega a las feligresías de Sigrás, San Juan de Anceis, y San Martín Sésamo. Pero el «*mayordomo pedáneo no lo ejecuto – el reparto de expósitos- con arreglo a la leies y Justicia como se nota, porque deviendo cada parroquia sufrir dicha carga, deajo por fines particulares a la mencionada de Sigras libre, y repartiendo dos a la de Anceis y otros dos a la de Sesamo, siendo asi que la de Sigras tiene doble numero de vecinos y por igual orden crecido de mujeres de leche sanas y abonadas, como son –relación de 9 nombres de mujeres y otras muchas más–*». Solicita que se haga un nuevo reparto y que a él se le remueva su expósito. Con fecha de 6 de septiembre de 1794, el Hospital ordena que se verifique este reparto. Tras diligencias, memoriales de los sacerdotes, con fecha de 18 de septiembre señala Benito Patiño que el cura (el de Sigrás), «*sugerido y subordinado de pasiones mudo dicha intención –inicialmente iba a actuar con ecuanimidad– desde las once de la mañana a las quatro de la tarde del dia 16 en que cuando estaba dispuesta la remoción, tuvo a bien, sin hacer motivo, informar a V^{as} de todo lo contrario a lo expuesto en el anterior memorial, y todo esto según es dicho movido por empeños y sobornos por dejara libres y exonerados a sus feligreses*». Con esa fecha de 18 de septiembre, el Hospital ordena que de nuevo se vaya a la feligresía

El argumento de pobreza suele venir acompañado de otros, como el de que hay otras mujeres en la feligresía con *mas recursos* y acomodadas²³.

B. Falta de leche en la mujer

Desde el momento en el que el Decreto exige la entrega de los expósitos a mujeres *con abundante leche*, la falta de ésta acarrea una inevitable causa de remoción.

Aparte de la malnutrición general, esta situación puede suceder por varios motivos. Por ejemplo, por circunstancias naturales (haber parido hace tiempo, de forma que la leche se ha retirado ya; estar enferma o ser vieja), otras circunstancias son artificiales o fraudulentas²⁴.

Entre estas circunstancias «artificiales» el supuesto más común es la falta de leche dolosamente provocada: mujeres recién paridas que dejan de amantar a sus propios hijos por unos días, logran que se les retire la leche y de este modo, cuando deben recibir un expósito alegan que no tienen con qué amamantarlos.

a realizar *averiguación* de lo que allí sucede y que se hagan los *comportos*. Al final, Patiño debe quedarse con el expósito.

23 AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 316, Leg. 15 (año 1704): A Antonia García, vecina del lugar de Amio, feligresía de San Fins, se le había entregado un expósito. Con fecha de 4 de agosto de 1704, se presenta con el cadáver en el Hospital, como es preceptivo, y así poder cobrar sus estipendios, pero al Administrador, Francisco Juan de Córdoba, le parece que el niño «*venia mal tratado que según su aspecto parece haver nuerto de necesidad y falta de alimento*»; por ello para saber la causa y hacer averiguaciones dicta auto ese mismo día. Declara Antonia García que el niño había sido entregado en marzo a Dominga Carvalleira, una mujer «*pobre*» de la misma feligresía que la declarante. El niño ya le fue entregado «*medio muerto*» y aunque Dominga le dio el pecho, «*en tanta manera que dejaba de dar el pecho a otro niño suyo*», el expósito no comía alimento o tal vez no comía el alimento necesario. El mayordomo pedáneo retiró el niño a Dominga y se lo dio a Antonia, quien desconoce el motivo de este proceder, siendo así que ella también es «*muy pobre*» y que hay «*mujeres de mas posibles*» en la feligresía. En un nuevo auto del Administrador, también de 4 de agosto, decide que el portero y alguacil del Hospital, Gregorio Varela, se presente en la feligresía de San Fins a averiguar si es cierto que el mayordomo sacó el expósito de una mujer y se lo dio a otra, ambas muy pobres, y sin previa orden del Hospital, habiendo en la feligresía mujeres de más posibles que Dominga y Antonia, «*para que semejante delicto –se refiere a la muerte del niño– no quede sin el castigo que corresponde*».

24 En AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 940, Leg. 63 (año 1797), encontramos una situación de simulación por falta de leche, artificioosamente provocada, que tiene relación con otra importante materia en relación con los expósitos cual es el salario o *comporto*.

Como ejemplo, en 1796, Susana de Castro, vecina de Santa María de la O, acude al Hospital protestando. Llevaron unos expósitos a dicha feligresía siendo uno de ellos adjudicado a Eugenia Martínez, mujer de Manuel Castiñeiras, abonada y con leche. Pero ésta, sabiendo que el mayordomo le iba a encargar la cría del expósito, «*fraudulentamente se ocultó por algunos días dando lugar con esto a que se le retirase la leche*», y todo en perjuicio de Susana de Castro quien, interinamente, tiene que amantar al expósito. Con fecha de 9 de agosto, el Administrador ordena la *averiguación* de los hechos.

Toda la documentación hace hincapié en la «*ocultacion fradulenta*» de la mujer de Castiñeiras. Con fecha de 25 de septiembre, el Hospital ordena que se entregue el expósito a Castiñeiras, que mientras tanto lo cuide otra ama, y que si el comisionado del Hospital no encuentra esa ama en la feligresía, que acuda a la feligresía vecina de Santiago de Cereijo, con todos los gastos a costa de los bienes de Castiñeiras

Lo curioso es que, en julio, le adjudicaron otro expósito más, de modo que Castiñeiras tuvo que criar a dos. Evidentemente, alega que su mujer no tiene leche para ambos, incluso el 8 de octubre solicita que un médico del Hospital la vea y aprecie que no tiene un pecho desde hace nueve años y que en el otro no tiene ninguna leche²⁵.

C. Enfermedad de la mujer, del marido o del expósito, y las certificaciones médicas. La vejez

Hay expedientes en que las enfermedades de la mujer²⁶, generalmente, el

25 AHUS, HR, *Pleitos*, Exp. 932, Leg. 62 (año 1796). Tanto Manuel Castiñeiras como Andrés de Paz –es uno de los firmantes de un memorial en el que se dice que iba con el mayordomo pedáneo a entregar a los expósitos– están presos en la cárcel del Hospital a 29 de octubre, solicitando *la soltura*. Además, como Andrés de Paz es el que sabe leer y escribir y el mayordomo no, y los demás tampoco, hizo un informe favorable a Manuel Castiñeiras que contravenía otros informes y memoriales a entregar en el Hospital, o sea, hubo también falsificación de documentos.

26 En AHUS, HR, *Pleitos*, Exp. 962, Leg. 64 (año 1799), en la feligresía de San Julián de Sésamo, un vecino, Pedro Loureiro, marido de Paula de Castro, señala que el mayordomo pedáneo «*a instancia de algunos vecinos, por odio y mala fe que le profesan le cargo un expósito de los quatro que vinieron en la remesa sin atender a la enfermedad que la mujer del suplicante padeció y padece hace mucho tiempo como acredita la certificación del cirujano...es publico y notorio que también los hijos del suplicante se le mueren en poco tiempo, y llegados a cierto tiempo les es preciso por consejo de los facultativos bus-*

gálico (esto es, la sífilis), y en menor medida la sarna²⁷ son alegadas, al igual que la vejez²⁸. Todo ello impide la lactancia²⁹.

carles amas para su lactancia...», y así tuvo que buscar una nodriza mientras tanto no se resuelve la causa de remoción para que la niña adjudicada no sufriese daños. Con fecha de 31 de agosto de 1799, el Hospital ordena que el mayordomo remueva la expósito.

27 AHUS, HR, *Pleitos*, Exp. 948, Leg. 63, (año 1798). Andrés Montero, vecino de San Simón de Rodeiros, solicita remoción de un expósito porque su mujer carece de leche, ha parido hace dos años, y tal vez, se encuentre embarazada. Con fecha de 8 de octubre, el Hospital solicita que se acredite por el médico si tiene leche o no. El Dr. San Martín ese mismo día certifica que *«esta mujer no tiene leche alguna por lo mismo es inútil para criar»*. El mayordomo de la feligresía de Santa María de los Ángeles, Juan de Victorio, indica al Hospital que el mayordomo de Dormeá *«se ha hecho arbitro y de privado conocimiento y con tropelía e indiscrecion cargó a los de las otras feligresias dejando a la suya sin ninguno* (expósitos, se refiere)». Con fecha de 17 de octubre el Hospital ordena al mayordomo de Dormeá que cargue expósito también en su feligresía. Cuando se atribuye un expósito a Ambrosio Sánchez, el problema es que su mujer está enferma de sarna y también Ambrosio y el hijo de ambos, por lo que la mujer de Ambrosio, Rosenda Álvarez, no debe ni criar a su hijo ni dar el pecho a un expósito, como lo certifica el cirujano del Hospital, con fecha de 20 de noviembre. Por ello, con esa misma fecha de 20 de noviembre, el Hospital ordena que el niño sea trasladado a Santa María de los Ángeles y cargado en la casa de Ruperto García, en tanto el matrimonio de Ambrosio y Rosenda estén enfermos de sarna.

28 El expediente es largo y comienza con el escrito, de 2 de junio, de Miguel Crespo Otero y Falcón, juez ordinario en la jurisdicción de Rubianes. En su casa particular se presentó Andrés de Aragunde, mayordomo pedáneo, acompañado de otras personas y de Dominga Varela, conductora de un expósito. El juez les dijo que su mujer no podía criarlo por tener más de sesenta años pero, a pesar su advertencia de que en estas condiciones podía acarrear problemas al menor inocente, no le hicieron caso y dejan al niño *«en el patio de su casa»*. Miguel Crespo, en calidad de juez ordinario, ordenó presentarse a Pastora Buceta, casada con Cristóbal Rodríguez, hija de uno de los que vinieron a su casa, y que *«tiene leche...y aunque pobres, les previno que interinamente lactase y criase a la criatura, ofreciendo auxiliarle en lo que pudiese de alimentos, hasta señalarse persona abonada a quien se encargase»*, en AHUS, HR, *Pleitos*, Exp. 950, Leg. 63 (año 1798).

29 Un expediente muy curioso en AHUS, HR, *Pleitos*, Exp. 951, Leg. 63 (año 1798): el 16 de enero de 1798, el vecino de San Martín de Frades, Pasqual Fernández, solicita la remoción alegando que su mujer *«siendo como es publico, faltosa del dedo pulgar de la mano derecha y que para vestirse a si misma le cuesta trabajo, y otros tres hijos de tierna edad, que no puede vestirlos»*, lo que le impedía alimentar o cambiar la ropa al recién nacido si, además, carece de otras personas que la ayuden; y asimismo la *edad antigua* de su mujer. El 16 de enero, el Hospital acepta la remoción siempre que se pruebe la dificultad de vestirse por la pérdida del pulgar. El 24 de enero, el Hospital considera después de las

También he localizado expedientes de remoción por enfermedades del marido, muy escasos bien es cierto³⁰, y alguno por enfermedad de ambos cónyuges³¹.

En ocasiones, el enfermo es el propio expósito. Estos niños llegaban al Hospital y eran distribuidos a los pocos días de ingresar, de modo que podían estar ya enfermos pero no manifestar su dolencia hasta un tiempo des-

averiguaciones que es cierto que le falta el dedo y «*aunque no le impide para los trabajos del campo, no puede menos que ser muy embarazoso para el manejo de criaturas, y además si es cierto que su hijo tiene ya catorce meses, y no será muy a propósito para lactancia de exposito*», por lo que se estima la causa de remoción y se entrega el niño a Joseph Botana y su mujer.

30 AHUS, HR, *Pleitos*, Exp. 952, Leg. 63, (año 1798). Miguel de Soto, vecino de la feligresía de Boiro, solicita la remoción de un expósito porque “*padece accidentes de gota coral que le repiten con frecuencia...no tiene por si bienes, y corre sus alimentos a expensas de sus padres...todo lo que consta a todo el vecindario y al mayordomo pedáneo, a cuia presencia y de otros varios vecinos le repitio el accidente el dia 19 del que rige, que lo dejo tendido en el suelo y agua que en aquel sitio había, privado totalmente del sentido, espumando por la boca como acostumbra ejecutar*”. El Hospital con fecha de 22 de marzo solicita informe al párroco, quien lo otorga diciendo ser totalmente cierto “*que padece accidentes que le privan con extremos furiosos enteramente de sentido*”. El 28 de enero el Hospital ordena la remoción. El mayordomo pedáneo, Domingo Buela, sin embargo, no cumple la orden del Hospital, lo que supone que se queje Soto. El Administrador emite varias órdenes al mayordomo ante su incumplimiento reiterado: el 3 de abril, “*por pura malicia*”, y de nuevo, el 9 de abril, el Hospital ordena al mayordomo que obedezca, lo que determina que salga para Boiro un comisionado del Hospital ese mismo día 9. Desde el 13 de abril, el comisionado del Hospital pone en marcha todo el procedimiento de *averiguación*, por el que concluye que hay mujeres en Boiro abonadas y con leche a fin de adjudicar a una el expósito, al tiempo que ordena al mayordomo que cumpla y le remueva el expósito a Soto.

31 AHUS, HR, *Pleitos*, Exp. 331, Leg. 16 (año 1706). María de Mareque, es la mujer de Domingo Vilacova, el cual lleva un año enfermo y ella lo cuida. Con fecha de 18 de agosto, solicita la remoción porque «*casi no tiene leche, como es publico*», y pide «*que la ayuden otras vecinas*». Desde el Hospital se ordena la «*averiguación*» de estos hechos, por auto de 19 de agosto. Es cierto el caso de María Mareque, cuyo marido *a mas de año y medio que padece diversas enfermedades de que a tratado de curarse en la ciudad de Santiago como en la casa que vive en dicha feligresía y que en todo tiempo no ha podido cuidar la azienda ni cultivarla por su persona y que actualmente se alla con gran imposibilidad*». A los testigos les consta que María Mareque es «*esteril de leche, y que por esa causa, todo el tiempo que ha tenido al niño exposito se ha valido de diversas vecinas*»; también señalan que «*es una mujer sola sin tener en su casa persona alguna que la ayude dentro ni fuera a las labores domesticas*».

pués de ser entregados a las familias, lo que, en muy extendida opinión de la época, podía determinar que la madre de acogida, y sus hijos también lactantes si los había, fuesen contagiados a través del acto de la lactancia. Ante este temor, las mujeres alegaban como causa de remoción la enfermedad del niño expósito.

La dolencia más citada era el *gálico*, y aunque es posible que esta enfermedad fuese heredada por contagio en la placenta, no debemos descartar, en atención a lo limitado de los conocimientos médicos que, en realidad, se tratase de otras enfermedades dermatológicas de manifestación externa semejante. Como ejemplo, el caso de María Gozende, vecina de San Fins de Brión³².

Con fecha de 9 de julio de 1731, María Gozende presenta un escrito ante la Real Casa solicitando que un cirujano la visite y la cure, ya que del Hospital recibió una niña que *«a los pocos días de tenerla le salieron en las partes pudendas unas llagas, y acudiendo ala real casa, ala visita del zirujano le dio un medicamento, con el que le fue curándose, y allandose la niña cada dia peor y la suplicante contagiada, con el mismo achaque, sin aver tenido otros motivos de averlo contagiado la niña»*. Por las visitas del cirujano consta que María se *«alla galicada e imposibilitada»* y que ha sido contagiada por la niña.

El Administrador dicta auto, de 12 de agosto, por el que: *«debía mandar y mandaba que mediante consta ser la niña que cria Maria de Gozende exposita desta Real Casa y que el galico que contrajo de mano de la expresada niña, y que el Zirujano Maior deste dicho Real Hospital la asista (como esta mandado) en la cura de sudores y unziones que necesita, y el Boticario en lo que fuere necesario de botica, y el regidor con buscarle casa en que pueda tomarlos y sustento necesario de comida, y mas que recetare y ordenare dicho Zirujano Maior, y de hecho forme quanta separada para que de reconozida se despache libranza de su importe»*.

Son muy importantes las certificaciones de los médicos y cirujanos del Hospital Real confirmando o no las alegaciones de las familias. En un expediente ya citado, de 1799, el de Pedro Loureiro y su mujer Paula de Castro, figura el informe de José Pardo Algueirán, *zirujano aprobado por la Subdelegación de este Reyno y Habilitado de Real Armada*, con fecha de 2 de septiembre de 1799, donde dice que ha asistido a Paula de Castro:

32 AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 460, Leg. 22 (año 1731).

«por tres ocasiones en enfermedades venéreas que vulgarmente llaman galico de la que se ha muerto su primer marido y en la ultima asistencia fue una sarna producida del mismo galico la que se ha curado con las medicinas correspondientes a dichas enfermedades pero por no quererse sujetar a una cura radical se está quasi con la misma enfermedad y teniendo hijos que nacen enfermizos, y pasados unos meses se mueren tabíficos (esto es) quasi tísicos y otros con principios de escopulas en todo su cuerpo».

D. Existencia de hijos lactantes propios o ausencia de mujeres lactantes en la feligresía

Es frecuente encontrar el argumento de que la mujer ya está amamantando a sus propios hijos, siendo imposible que lo haga con otro menor más³³. Pero también que no hay mujeres lactantes. El propio mayordomo pedáneo,

33 AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 331, Leg. 16 (año 1706). Llegan cuatro niños expósitos a la feligresía de Santa María de Troitosende. Comienzan los receptores a excusarse. Con fecha de 18 de agosto de 1706, Alberto Pérez dice que él y su mujer, Cirila de Noia, ya tienen acogidos a dos niños, además, de otros tres propios; los acogidos necesitan leche, los propios están en «*tierna hedad*», de modo que no considera justo que se les obligue a recibir a otro expósito más. Comenta que un vecino se excusó diciendo que «*estaba alistado para la guerra, siendo asi que yo –Alberto Pérez- también lo estoi, y ganó decreto de la Justicia*». Solicita del Administrador que le retire al nuevo niño expósito, «*lo que espero de su grandeza*». El Administrador ordena que se realice la correspondiente averiguación sobre la veracidad de las alegaciones. De las mismas resulta que Alberto Pérez y su mujer «*tiene 5 niños a cargo, que es muy pobre que le ayuda a alimentarlos su hermano, Pedro Perez, que no tiene vienes rayzes propios*». Los testigos consideran que hay otras mujeres «*mas idóneas para criar niños expósitos anssi por su sustento corporal como por sus vienes y azienda*». Otro vecino de la misma localidad, Bartolomé de Quintas, solicita la remoción de una niña porque su mujer «*está exenta de leche y esta puesta en çinta, aviendo otras que con mas alimento pueden ocurrir a dicha necesidad*». Tras la averiguación encargada por el Hospital, también resulta ser cierta la alegación de Quintas, y según los testigos: «*se alla esteril de leche y puesta en çinta por cuiu causa no puede criar un niño exposito, assi mismo padece diversas enfermedades habituales de muchos años a esta parte por estar quebrada de un mal parto anterior, y que actualmente se halla en cama, con qalentura*». Otro vecino más de Santa María de Troitosende, Andrés de Soto, alega que su mujer y él tienen «*tres hijos, y allarse el maior con cinco años y el pequeño de pecho de dos meses, además de estar listado para el servicio de S.M, sin tener persona que le granxee su azienda*». Se acompaña la certificación del cura indicando que es cierto lo que dice de Soto. En todas las justificaciones se indica que hay otras mujeres en la feligresía que tienen leche, que tienen bienes, que no tienen impedimentos.

a veces, señala que no hay mujeres en su feligresía que reúnan los requisitos de sanas, con leche y abonadas que el Administrador requiere³⁴.

En 1792, Benito de Castro y Pedro Vázquez son vecinos de Santa Eugenia de Ézaro. Dicen que recibieron dos expósitos, pero que en su feligresía solo hay tres mujeres de leche: «*una pobrísima, otra la de Pedro Vazquez que es el actual Fabricero y haze de sacristan a quien no ai costumbre de cargar exposito, alguno; resulta no haber sino la de Benito de Castro que tiene su mujer muy poca leche y no tiene quien le de ayuda ni para uno ni para otro*», por lo que es imposible que puedan permanecer los dos niños en Ézaro³⁵.

Si bien he tratado de presentar estas causas de remoción por separado, para una mejor comprensión de los argumentos empleados, lo cierto es que, normalmente, varios de estos motivos citados van ligados y alegados a la vez en los escritos³⁶.

C. Causas de remoción privilegiadas

Además de estas causas, que podríamos considerar, naturales, existen otras, que, por denominarlas de algún modo, serían privilegiadas, nacidas de alguna disposición legal:

34 AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 897, Leg. 61 (año 1760). El mayordomo pedáneo de la feligresía de Santa Cruz de Lamas, Pedro de Fragas, escribe al Administrador del Hospital indicándole que le fueron entregados cuatro niños expósitos. Pero que en la feligresía son solo siete u ocho las posibles mujeres y una es muy coja, otras pobres, dos de ellas porque sus maridos han sido milicianos aunque ya no lo son gozan de un privilegio real de exención, por lo que solicita permiso para llevar los niños a otras feligresía. Se les concede el permiso y se llevan los expósitos a la feligresía vecina de Santa Justa de Moraña.

35 AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 922, Leg.62 (año 1791). Ante esta petición, el Hospital, con fecha de 9 de mayo, ordena que el mayordomo distribuya los expósitos entre las feligresías de San Eugenia de Ézaro, Santiago de Ameijenda y Santa Eulalia de Briens «*entre las mujeres ricas, sanas y abundantes de leche*». Con fecha de 18 de mayo, el Administrador, Nicolás de Neyra nombre un comisionado, Joaquín Boado, que debe ir a las feligresías de Ézaro y Ameijenda, hablar con unos y otros, y con el cura de la feligresía de Ameijenda, con el mayordomo de Ameijenda, Alonso Fernández, con el de Ézaro, Antonio de Vigo, y haciendo las averiguaciones pertinentes a fin de saber que mujeres pueden ser amas de cría y tener leche suficiente, tome las disposiciones que requiera el caso a «*fin de que los expósitos no mueran por falta de alimento y de sustento*».

36 A modo de ejemplo, AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 936, Leg. 63 (año 1796).

A. Condiciones sociales o de oficio

El noble, el militar³⁷, el abogado o juez³⁸, médicos³⁹, procuradores, sacerdotes, sacristanes o fabriqueros, entre otros, están exentos de obligaciones concejiles, incluidas la *carga de expósitos*, por disposiciones normativas, alegándose también después de haber dejado el cargo⁴⁰.

37 Varios son los expedientes relacionados con militares: vid. AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 963, Leg. 64 (año 1799): el asunto es que una pareja de la parroquia de San Justo de Toxo Soutos recibe un expósito y argumenta que su padre y el cuñado, hermano de la mujer son soldados del Regimiento Provincial de Santiago y exentos. El Hospital, con fecha de 27 de agosto, considera que la pareja y el suegro «*si no se les corrigiese por abusar de las benéficas reales providencias con mal ejemplo para otros casos en que la real piedad del soberano al paso que favorece las excepciones a los a quienes dispensa, no es su real animo de lo que se digna conceder se exceda en perjuicio de otros vasallos contribuyentes*».

38 AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 901, Leg. 61(año 1773).

39 AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 914, Leg. 62 (año 1786). José Salgueiro, vecino de San Mamede de Sarzes, en la jurisdicción de Vimianzo, es médico cirujano de profesión y tiene numerosa familia. Le han adjudicado un expósito y como está exento de cargas concejiles por su trabajo y por estar aprobado por el Real Protomedicato, solicita se le remueva el niño. El Hospital concede la remoción y «*existe la costumbre de que no contribuía a las cargas concejiles de la feligresía*». Los vecinos se oponen a la «*siniestra petición presentada por Don Joseph Salgueiro*», un señor «*quasi desconocido, recién venido a nuestra vecindad*», por lo que los vecinos solicitan del Hospital que mande un escribano a hacer una correcta información.

40 En AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 958, Leg. 64 (año 1799), el mayordomo pedáneo de San Esteban de Culleredo, dejándose llevar de sus fines particulares, carga un expósito a la esposa de José Martínez cuando el padre de éste, con el que viven, es Procurador General de la Vara del Valle de Veiga y eso supone que durante su cargo y tres años más, su casa está exenta de cargas concejiles; además, según alega Martínez, durante las ausencias y enfermedades de su padre, éste le sustituye «*y si no fuera bastante la razón indicada, se añade que la referida su mujer además de ser bastante enferma hace año y medio que con mucha escasez está lactando y criando su propio hijo*». Señala Martínez que hay en la parroquia otras mujeres más abonadas y con más leche. Responde el Hospital, a 22 de agosto, que «*siendo cierto*» estos extremos se le remueva el expósito y se encargue a otra mujer. Pero el mayordomo incumple, según se queja José Martínez el 31 de agosto «*por el desafecto que profesa al suplicante, y el influjo y amaño de los maridos de otras mujeres de leche, que son tantas como unas 26 o 27 en dicha parroquia...el Jacinto Martínez padre del exponente ha decaído en el empleo de procurador general en el que ha servido y sirve desde enero de 98*», de nuevo, recalca Martínez que hay la costumbre que durante los tres años posteriores se mantiene la exención de cargas concejiles y que «*esta costumbre nunca fue interrumpida y su observancia es justa*», por lo cual el exponente solicita que se le remueva ya el expósito. Contesta el Hospital, por

Desde finales del siglo XVIII nos encontramos con la figura de los *estanquilleros*, también favorecidos con la remoción, lo que ocasiona ciertas críticas en los Informes de visitas al Hospital⁴¹.

No son los únicos que merecen la crítica de los consiliadores. Otros oficios que hay en las aldeas y que procuran exonerarse son: cirujanos, escribanos, alguaciles, barberos, «*y mas de quantos por oficios o empleos sin exencion quieren tenerla*». Sobre los escribanos, comenta la Junta que solo debieran tener la exención los de número y no todos, por los perjuicios que causan al ser personas pudientes⁴².

Estas circunstancias darán pie, inevitablemente, al abuso tratando de considerar exento incluso a familiares si bien es cierto que, en ocasiones, viven juntos el exento privilegiado y el acogedor forzoso⁴³.

Un caso llamativo de fraude fue el de un hombre que se enrola como corsario y, por lo tanto, sujeto a la jurisdicción de la Armada, y así ser considerado exento como personal militar. El 18 de septiembre de 1799 llegaron cuatro expósitos a Marín para ser repartidos. Domingo Crespo, regidor del puerto

auto de Theniente Administrador, con fecha de ese mismo día 31 de agosto, que se nombre un comisionado. Parte el comisionado del Hospital a la feligresía, se toman declaraciones a varios vecinos, se da la razón a Martínez, entregando el niño a otra familia.

41 AHUS, H.R., *Cabildos, Juntas, Visitas, y Ministros*, n° 44 (1801-1802), cuadernillo 12: los estanquilleros gozan de sueldo, suelen ser los más abonados de sus localidades pero sus mujeres están exentas de lactancia y ellos de cargas concejiles que no pagan tampoco ayuda ni *comportos*: «*no parece razonable que por un expedicioso protesto sean exonerados con perjuicio de sus coindividuos*».

42 AHUS, H.R., *Cabildos, Juntas, Visitas, y Ministros*, n° 44 (1801-1802), cuadernillo 12.

43 AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 389, Leg. 19 (año 1714). Domingo Otero, clérigo presbítero de Santa Eulalia de Vigo, solicita la remoción porque «*se alla en casa con sus padres, viexos de hedad de mas de ochenta años, y su padre tollido a mas de cinco años, y su madre casi ciega, y los sustenta y alimenta, y tiene en su compañía una hermana casada la qual se alla con un niño de pecho de unos quatro meses, y tiene muy poca leche para sustentarle, y me sirve como hermana y criada, y el juez pedáneo de Lamas y Vigo el dia 15 del corriente –enero–, sin estar persona de casa en ella, se entro en casa violentamente y le dexo quedar una niña para que mi hermana la criase y por los inconvenientes y necesidades se alla en indisposibilitada (sic)*». La respuesta del Hospital, con fecha de ese mismo día, es que se verifique la alegación. Con fecha de 18 de enero, el Administrador del Hospital ordena que se le remueva la niña al clérigo. Pero el mayordomo pedáneo de Vigo «*no ha querido, acaso por mala voluntad y aconsejado de alguna persona*». El Hospital castiga con 300 mrs al mayordomo incumplidor, con fecha de 18 de enero.

y del coto de Marín, y que por no haber mayordomo pedáneo hace las veces, quiso entregar uno de los niños a Juan Pérez y a su mujer, Bernarda. Sucedió que fueron a su casa con los testigos pertinentes y el menor pero éstos «*se habían ausentado sin que asta ahora pareciesen, no obstante de haberseles puesto apremio militar, con un pedimento de la justicia del Hospital de 23 de septiembre*».

Juan Pérez «*ha maquinado valerse de un tal Juan Gago de Mendoza, capitán de un barco de corso, para que este le aliste en el rolo de sus individuos, acudiendo sobre este particular al Ministerio de Marina de Pontevedra*», quien, en fecha de 26 de septiembre y de acuerdo con la Ordenanza de Corso, afirma que, mientras sirva, Juan Pérez goza de la exención de cargas concejiles. Domingo Pérez, el mayordomo interino afirma que «*pero salió ahora de proximo dicho capitán corsario a la Mar, pero el enunciado Juan Perez se quedo en tierra cuidando de la sincura de San Salvador de Poyo pequeño, y con este motivo, extrayéndose a la feligresía de San Julian de Marin y su coto, siendo así que el sobredicho jamás ha navegado ni hido al a mar, por ser su profesión de Labrador*». La situación es fraudulenta. Desde la Capitanía de Pontevedra se insiste por escrito de 15 de octubre, ser cierto que Juan Pérez esta enrolado y «*por consiguiente goza del fuero de la Marina*». Pero como recuerda el Hospital, con fecha de 19 de ese mes, se enroló precisamente de *forma simulada* para no cumplir con sus obligaciones concejiles. El niño expósito debe serle atribuido a Juan Pérez y su mujer, ya que no se pueden permitir estos fraudes⁴⁴.

B. El Privilegio de Recién Casados

Por este privilegio, durante los primeros cuatro años de matrimonio, hay una exención de cargas concejiles, incluida la de expósitos.

El problema es que, en ocasiones, hay feligresías que rechazan este privilegio, en cuanto a su propia existencia⁴⁵. El privilegio también es criticado

44 AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 953, Leg. 63 (año 1799).

45 Como ejemplo, el caso de 1793. Con fecha de 9 de octubre, llegaron a la villa de San Esteban de Noalla cuatro expósitos y se repartieron. Pero, Manuel González y Manuel de Otero acudieron al juez ordinario de La Lanzada (que no tiene jurisdicción en esta materia) argumentado el privilegio de recién casados. El juez ordinario solicitó que se le removiese los dos expósitos a estos hombres. El mayordomo pedáneo, Alejandro Domínguez, argumentó que no lo haría sin orden ni permiso del Hospital Real; «*sin embargo susistió dicho ordinario con un teson temerario amenazándole con cárcel y prisiones y si*

en la visita al Hospital de 1802-3. La Junta considera que la exención debe reducirse «a dos años» bajo el argumento:

«la experiencia tiene acreditado que las mujeres de estos suelen ser las mas oportunas para la lactancia, quanto en sus maridos concurre el abono suficiente, añadiendose que algunos que casandose quedan en la casa y compañía de sus padres o pasan a la de sus suegros y tienen mayor posibilidad y proporción para el desempeño de la contribución, y por otro lado, siendo muchos los recién casados en una parroquia o partido, gozando de la exencion por tan largo tiempo, es causa de gravedad a los menos pudientes o menos capacidad»⁴⁶.

C. La Bula de la Merced

La redención de cautivos y ser miembro de la cofradía de la Merced es otro de los argumentos privilegiados para solicitar la remoción.

En 1792, un grupo de vecinos de San Julián de Laiño dicen que en su parroquia se recibió «la remesa» de expósitos y se repartieron por el mayordomo pedáneo. Uno de ellos fue entregado a María Rodríguez, la mujer de Joseph Buela «de los mas abonados de dicha parroquia, tanto para su lactancia como para el procurso y cuidado de niños expósitos». Buela «lo azeto sin ninguna protesta ni reparo sin mas de que se le había de dar por las señoras mujeres de leche 100 ducados, en cuiu esperanza lo recogió y tiene en su poder, y como tal se vino a empadronar a esta Real Casa».

Pero, de repente, Buela, para sorpresa de los vecinos «discurrió por evadirse de este cuidado tomar una bula de la merced, que expresa estaren los que la tuvieren exentos de cargas concejiles sin que nunca en la parroquia hubiese esta particular observancia». Joseph Buela acudió varias veces con dicha solicitud al Hospital, que siempre la rechazó.

«viendo frustradas sus siniestras intenciones como muy rico y poderoso en haveres, fulmino pleito con los vecinos que tienen mujeres de leche para que en fuerza de la corta posibilidad de estos poder lograr sentencia propicia del Juez de Apelaciones ante quien pende dicho pleito queriendo por este medio desgastar a los pobres vecinos, haciéndose realengo

atender al hecho de que en la actualidad no hay otras mujeres de leche mas capaces que aquellas». El mayordomo se halla preso en la cárcel pública de Sanjénjo, duda de que lleven cuatro años casados y suplica en su escrito que el Administrador tome medidas contra estos contraventores y que analice el supuesto privilegio «tan oculto y nunca oydo» en AHUS, H.R., Pleitos, Exp. 853, Leg. 56 (año 1793).

46 AHUS, H.R., Cabildos, Juntas, Visitas, y Ministros, nº 44 (1801-1802), cuadernillo 12.

y expelerse del niño exposito y se entregue aun a los pobres, donde el expuesto niño tenga muchos riesgos y experimente varias miserias y calamidades, lo que sería maldad».

Con fecha de 16 de enero, el Administrador ordena que el niño siga con Joseph Buela y su mujer lo siga alimentando. Seis días después, hay un nuevo escrito de los vecinos ya que aquel ha conseguido del Juez de Apelaciones una sentencia propicia para eximirse de la carga. El escrito de éstos es muy revelador de las maquinaciones de Joseph Buela:

«Joseph Buela a fin de innovar leyes y atropellarnos...valiéndose de los medios que suelen los poderosos de una parroquia con sus pobres vecinos, conociéndose la pasión humana por el atentado...dicha bula de la merced no ha tenido jamás en tiempo alguna en la referida parroquia de Laiño observancia alguna, ni aun con los mismos suplicantes que también la tuvieron en tiempos anteriores...el mayordomo de la expresada de Laiño bajo pena de 50 ducados -por la sentencia del juez de apelaciones- remueva el exposito de la mujer de Buela a otra, no habiéndolas sino pobres y donde necesariamente suelen morir -los expósitos- por la escasez de alimentos y lactancia...visto por el tal Buela que jamás la ha tenido -observancia en la parroquia la bula de la merced- comenzó a innovar por medio de la justicia secular para el mismo dar principio a este uso, separándose del Justificado tribunal de V^ªS^ª y obscureciendo su real decreto, pareciendo que por estos medios sería mas asequible su depravado intento...porque no deviendo la Justicia secular conocer de la remoción de expósitos, ni tocándole por derecho alguno entrometerse en semejante atentado».

El problema se va a complicar porque con fecha de 2 de febrero, hay auto definitivo del Juez Ordinario de Apelaciones de Santiago confirmando la exención concejil de Joseph Buela, al ser *«hermano sindico cogedor del ramo perteneciente a la redempcion de captivos»*, y el juez secular incluso impuso costas al mayordomo pedáneo y a los vecinos. Y así, en 11 de marzo, Buela solicita que se le remueva el expósito.

Sin embargo, el Administrador, por auto de 14 de marzo, y tras informe del Agente Fiscal del Hospital, resuelve que *«no ha lugar a la remoción del exposito...se libre despacho en el que se haga saber a Buela y a su mujer que cuiden con todo amor a dicho exposito pena de que verificándose alguna falta en su lactancia y asistencia se procederá contra ellos con el mayor rigor, y al mayordomo pedáneo que hes, y mas que fueren de la feligresia con igual aprecivimiento de seria probidad, zelen sobre este punto dando cuenta de cualquier novedad que adviertan»*⁴⁷.

47 AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 926, Leg.62 (año 1793).

D. Servicios prestados a la Corona

Un supuesto peculiar se refiere a una remoción colectiva, de toda una feligresía, alegando los servicios que a la Monarquía prestan los vecinos. Es el caso de San María de Rubín, en 1743⁴⁸.

Los niños expósitos eran llevados inicialmente a la feligresía de San Ciprián de Villadabad pero como «*es de la provincia de la Coruña, y contribuye con paja, leña y otras gabelas*» y otros servicios a la Monarquía, los vecinos consiguen con un decreto del Administrador del Hospital que les remuevan los menores y sean trasladados a la de San Andrés de Lesta. Llegan el 4 de julio.

El 5 de julio, el mayordomo condujo a tres de los niños a la feligresía de Rubín, provocando una oposición vecinal violenta. Cuando el mayordomo pedáneo de Lesta quiso leer el Decreto, un tal Domingo García «*arrancándose de las manos, se lo rompió en pedazos*». El mayordomo de Lesta intenta, de nuevo, dejar a los niños en Rubín, y como dicen los vecinos de este lugar en su escrito «*en contravención de lo mandado por V^{sa}, y acompañado de dos milicianos vestidos y armados y otros vecinos de la dicha feligresía de Lesta los volvieron a restituir con alboroto a la de Rubin*».

Ante esta situación, el mayordomo pedáneo de Lesta pide auxilio al Administrador del Hospital quien, con fecha de 8 de julio, nombra juez en comisión a Manuel Calviño para que vaya a Rubín y detenga a Domingo García. El 9 de julio, el Hospital ordena que se “*tome averiguacion*” de lo sucedido.

Dos días después, se adjunta una certificación del cura párroco de Santa Eulalia de Gorgullos, en Rubín, indicando que su parroquia ya contribuye al esfuerzo bélico, *entrega mantas, cuida milicianos enfermos*, y que no es de recibo cargarla con niños expósitos para criar, ya que además son pocos vecinos, y hay otras feligresías cercanas más solventes para ello.

El 14 de julio, tras nuevas declaraciones y escritos de testigos de ambas feligresías, el Hospital ordena que en ocho días un juez comisionado se desplace a aquella zona para averiguar la verdad. Se aprecia el ambiente de violencia.

En 19 de julio, el Administrador ordena que en tres días comparezcan tanto el mayordomo de Lesta como Domingo García, bajo apercibimiento y amenaza de cárcel.

En auto de 22 de julio, acuerda que los expósitos sean restituidos a la Real Casa para «*evitar los inconvenientes que se expresan de que pasen de una feligresía a otra, y se les previene a los sobre dichos que en adelante en se-*

48 AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 528, Leg.25 (año 1743).

mejantes encargos procedan entregando la orden original o copia autenticada para que la persona que deba executar pueda arreglarse a ella y darle en cumplimiento necesario pues no habiendolo hecho en la ocasión presente dimanaron los excesos»⁴⁹.

Por último, he de señalar que de estos expedientes de remoción que en los distintos epígrafes de este trabajo se han presentado no era extraño que, a su vez, naciesen nuevos procedimientos por diversas situaciones penales o civiles (violencias, muertes, abusos, falsificaciones, prohijamientos...).

III. BIBLIOGRAFIA

- BARREIRO MALLON-B., REY CASTELAO, O., “Pobres, peregrinos y enfermos. La red asistencial gallega en el Antiguo Régimen”, en *Consortio de Santiago-Nigra Arte*, Santiago-Vigo, 1998.
- EIRAS ROEL, A., “La Casa de Expósitos del Hospital Real de Santiago”, *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, nºs 75-76, 1967-68, pp.295-355.
- GARCIA GUERRA, D., *El Hospital Real de Santiago (1499-1804)*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, La Coruña (Atlántico Ed.), 1983.
- LUCAS ALVAREZ, M., *El Hospital Real de Santiago 1499-1531. Discurso pronunciado en la solemne apertura de curso académico de 1964-1965*, Santiago (Universidad de Santiago de Compostela), 1964.
- MANDATOS del Gran Hospital Real de Santiago de Galicia: aprobados y confirmados en el año de 1700 por el Señor Rey Don Carlos Segundo, Oficina de Lucas Antonio de Bedmar y Narvaez, Madrid, 1700.
- MARTINEZ RODRIGUEZ, E., “Los expósitos del Hospital Real de Santiago, 1651-1840: análisis evolutivo”, en *Universitas. Homenaje a Antonio Eiras Roel*, t.I., Santiago (Universidad de Santiago), 2002, pp. 313-325.
- PENSADO CASTIÑEIRAS, MT., *El Real Hospital de Santiago de Compostela en la segunda mitad del siglo XVIII. Cargos de gobierno y servicios*, en Cuadernos de la Facultad de Filosofía y Letras. Monográficas, serie II,1, Santiago (Universidad de Santiago), 1963.
- TARIFA FERNANDEZ, A., *Marginación, pobreza y mentalidad social en el Antiguo Régimen: los niños expósitos de Úbeda, 1665-1778*, Granada, (Universidad de Granada Ed.) 1994.

49 En el mismo auto de 22 de julio, «*confiando en su enmienda y usando de su benignidad*», el Administrador concede a los vecinos de Lesta retenidos la *soltura*, para que puedan ir a sus casas en épocas de cosechas, con apercebimiento y pago de costas, sin multa. Pero al mayordomo pedáneo, Domingo Gonzalbo y a Domingo García «*por el rompimiento y poca veneración del Decreto*», se les multa mancomunadamente en 1000 maravedís para gastos de esta Real Casa, con apercebimiento.

IV. ANEXO DOCUMENTAL

- AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 316, Leg. 15 (año 1704)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 331, Leg. 16 (año 1706)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 375, Leg. 18 (año 1712)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 389, Leg. 19 (año 1714)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 401, Leg. 19 (año 1717)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 460, Leg. 22 (año 1731)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 528, Leg. 25 (año 1743)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 897, Leg. 61 (año 1760)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 900, Leg. 61 (año 1772)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 901, Leg. 61 (año 1773)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 931, Leg. 61 (año 1773)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 907, Leg. 61 (año 1774)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 909, Leg. 61 (año 1780)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 914, Leg. 62 (año 1786)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 922, Leg. 62 (año 1791)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 853, Leg. 56 (año 1793)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 926, Leg. 62 (año 1793)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 928, Leg. 62 (año 1794)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 932, Leg. 62 (año 1796)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 936, Leg. 63 (año 1796)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 940, Leg. 63 (año 1797)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 948, Leg. 63 (año 1798)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 950, Leg. 63 (año 1798)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 951, Leg. 63 (año 1798)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 952, Leg. 63 (año 1798)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 953, Leg. 63 (año 1799)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 958, Leg. 64 (año 1799)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 959, Leg. 64 (año 1799)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 961, Leg. 64 (año 1799)
AHUS, H.R., *Pleitos*, Exp. 962, Leg. 64 (año 1799)
AHUS, H.R., *Cabildos, Juntas, Visitas, y Ministros*, nº 44 (1801-1802), cuadernillo 12.

CORTE, ADMINISTRACIÓN Y TERRITORIO EN LA EDAD MODERNA:

PROPUESTA DE ANÁLISIS EN EL ÁMBITO IBÉRICO

Ignacio Ezquerro Revilla¹

Resumen: Este trabajo reflexiona sobre la proyección espacial de las decisiones gubernativas y jurisdiccionales en la Edad Moderna. El razonable cumplimiento de los mandatos en ambos órdenes no dejaba de ser llamativo en sistemas político-administrativos cuyos medios materiales eran limitados. Para comprender este hecho, se pretende examinar el proceso de integración y continuidad consumado entre el espacio restringido del monarca (la Cámara Real) y el territorio del reino, que cimentó todo un orden material y simbólico. En este proceso, circunscrito aquí a las monarquías ibéricas, con especial atención para la portuguesa, la importancia de la institución del Consejo fue crucial, como correa de transmisión a través de la que las decisiones tomadas en aquel ámbito restringido fueron implementadas en el espacio territorial. El fundamento de una visión así es la conciencia sobre la interacción entre el gobierno doméstico regio y el general en las monarquías modernas. **Palabras clave:** Historia de la Administración; Cámara Real; Consejo Real; Desembargo do Paço; Casa da Suplicação.

Abstract: This work reflects on the spatial projection of governmental and jurisdictional decisions in the Modern Age. The reasonable fulfillment of the mandates in both orders was still striking in political-administrative systems which material means were limited. To understand this fact, it is intended to examine the process of integration and continuity between the restricted space of the king (the Royal Chamber) and the territory of the kingdom, which cemented a whole material and symbolic order. In this process, circumscribed here to the Iberian monarchies, with special attention for the Portuguese, the importance of the institution of the Council was crucial, as a transmission belt through which the decisions taken in that restricted area were implemented in the territorial space. The foundation of such a vision is the awareness of the interaction between the royal domestic government and the general in modern monarchies.

Keywords: History of Administration; Royal Chamber; Royal Council; Desembargo do Paço; Casa de Suplicação.

1 Doctor en Historia Moderna por la Universidad Autónoma de Madrid. Investigador del Instituto Universitario La Corte en Europa (IULCE-UAM) e *Investigador Doutorado Integrado del Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS-Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa)*. Este trabajo forma parte de los Proyectos Estratégicos de Investigación UIDB/00714/2020 y UIDP/00714/2020, financiados en el CEDIS por la *Fundação Ciência e Tecnologia (FCT), Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior*, República Portuguesa.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CÁMARA REAL EN PORTUGAL Y EN CASTILLA. UN ESPACIO PARA LA RELACIÓN DOMÉSTICA. III. LA DIMENSIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CÁMARA REAL. LAS *CONSULTAS DE SEXTA DEL DESEMBARGO DO PAÇO* Y DE LA *CASA DE SUPLIÇÃO*. 1. D. João II (1481-1495). La audiencia jurisdiccional de *El-rei* en la configuración moderna del aparato administrativo regio. 2. D. Manuel I (1495-1521). El hábito de la audiencia jurisdiccional de *El-rei*. 3. D. João III (1521-1557). Institucionalización del *Desembargo* y audiencia jurisdiccional regia. IV. AUDIENCIA JURISDICCIONAL Y GOBIERNO DOMÉSTICO AMPLIADO EN TIEMPO DE LA ANEXIÓN. 1. Rey ausente y audiencia jurisdiccional. V. CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La administración de las monarquías modernas tenía su fundamento en la interacción entre el gobierno doméstico regio y el general. Inicialmente, su estudio separó los dos espacios, la Casa (*Household*) y, por otro lado, la Corte y el Consejo. Pero el propio proceso de investigación permite deducir la imposibilidad de considerar herméticas ambas áreas, en el caso de monarquías cuya forma de gobierno suponía, desde el mismo momento de su consolidación, la extensión del gobierno de la Casa Real sobre la plataforma territorial representada por los reinos. Este hecho puede ser considerado una consecuencia de la conjunción indistinguible de las dos dimensiones de la persona real, la material o biológica y la administrativa². Inevitablemente, esta circunstancia implicaba la existencia de un espacio palaciego restringido, pero poroso, en el cual el monarca actuaba como persona y como gobernante, y un dispositivo administrativo que formalizaba tal expansión espacial del gobierno doméstico. De este modo, por un lado se aprecia la importancia de la Cámara Real. Y, por otro, la atención hacia la figura del Consejo crece, más allá de su dimensión jurisdiccional o ministerial, en lo relativo a su naturaleza interna y su valor como instrumento para la señalada transferencia administrativa.

Por lo general, el espacio territorial ha atraído la atención de los estudiosos en tanto escenario para el ejercicio del poder. El «espacio cortesano», al cual es legítimo referirse como resultado del entrecruzamiento y superposición de una serie de manifestaciones de la autoridad real emanadas del *palatium* —y más en concreto de la Cámara Real— hizo visible una vocación expansiva

² KANTOROWICZ, E. H., *Los dos cuerpos del rey: un estudio de antropología política medieval*, Madrid (Alianza Editorial), 1985; BRUNNER, O., «La “Casa Grande” y la “Oeconómica” de la vieja Europa», en IDEM, *Nuevos caminos de la historia social y constitucional*, Buenos Aires, 1976, pp. 87 a 123.

cuyos instrumentos eran de orden jurisdiccional y administrativo. Aclaremos que tal «espacio cortesano» no debe ser entendido como el resultado de la aplicación de un concepto consciente y preconcebido, sino como un hecho consumado de orden administrativo al que dio consistencia su propio desarrollo cotidiano. En un orden teórico, este proceso se ofrece hoy como una categoría intelectual que permite al historiador comprender el conjunto de interacciones jurídicas, sociales, económicas y ceremoniales que indujeron una cohesión territorial de largo alcance, nacida del polo de permanencia de la persona real (estable o móvil), y la multiplicación metafórica del mismo.

Si tomamos en consideración la integración material y metafórica de la figura institucional del Consejo en el espacio reservado del rey y su papel ejecutor en el territorio de los acuerdos adoptados en él, parece razonable abordar su estudio en términos de integración espacial. La frialdad jurídica y administrativa propia de la actividad del Consejo, cuya consideración exclusiva para abordar su estudio ofrecería de él la imagen de un artefacto que actuaba en vacío, adquiere contexto y nervadura si se valora la dimensión espacial. Dadas sus muchas atribuciones, son diversos los aspectos a partir de los que abordar esa dimensión, así como han sido variados los modos de interpretar la «espacialidad» de género político y administrativo por parte de los distintos autores, si bien es un elemento destacado desde diferentes disciplinas. La importancia de la realidad territorial en la maduración teórica y práctica del ejercicio gubernativo medieval, moderno y contemporáneo fue punto fundamental del planteamiento de Michel Foucault, quien a efectos analíticos propuso una sucesión cronológica iniciada por el que denomina Estado de Justicia, surgido en una territorialidad de tipo feudal, correspondiente a una sociedad basada en leyes consuetudinarias o escritas que implicaban una intensa litigiosidad. A este le siguió el Estado Administrativo, nacido en una «territorialidad de fronteras» en los siglos XV y XVI y correspondiente a una sociedad de reglamentos y disciplinas, en el que la proliferación de tratados sobre el arte de gobernar era manifestación de esa realidad territorial. Y finalmente el llamado Estado de Gobierno, propio de la transición de la Edad Moderna a la Contemporánea y el desarrollo de esta última, en el que el territorio pasó de ser magnitud prioritaria y determinante a uno de los factores a atender por el aparato administrativo, en pie de igualdad con la masa de la población, su volumen, su densidad, y la obligada satisfacción de sus necesidades³. Para Maurizio Fioravanti, el que llama «Estado Moderno Europeo»

3 FOUCAULT, M., «La Gubernamentalidad», en AA. VV., *Espacios de Poder*, Ma-

se distinguió por adquirir un creciente sentido territorial. En acuerdo con Paolo Grossi⁴, considera tal «Estado» como una realidad político-institucional sujeta a mutación paulatina que caracterizó la historia europea desde el siglo XIV hasta el presente. De forma semejante a la anteriormente indicada, dividía tal realidad en tres formas históricas sucesivas: Estado Jurisdiccional, Estado de Derecho y Estado Constitucional, el primero de los cuales identifica con el Antiguo Régimen. Al margen de la controversia que susciten cuestiones léxicas (la utilización del término Estado) o la postergación de la Corte y su proyección espacial, lo importante del análisis de Fioravanti es destacar la institucionalización de un gobierno del territorio como una línea de fondo que recorrió toda la historia del «Estado», tanto en la Edad Media como en la Moderna: el «Estado» (siempre entre comillas) como un gobierno cada vez más disciplinado y regulado de un territorio, que pretende introducir y asociar en una tendencia general y superior⁵.

En la abundante bibliografía que en las últimas décadas se ha centrado en el concepto de Corte destaca, para nuestro interés aquí, la que repara en sus manifestaciones espaciales. Papagno y Quondam consideran que el elemento esencial del mismo era una idea extensiva de «espacio», que generaba una serie de relaciones en los órdenes político, administrativo y económico más allá del lugar estricto de permanencia del rey y, con ello, tendía a integrar este con el ámbito sobre el que ejercía su jurisdicción, tanto la inmediata como la extendida. Hasta el punto de que fue precisamente el espacio el que permitió y acogió las manifestaciones materiales de la Corte⁶. Para ambos autores, tal noción espacial de Corte sería la que respondiera a las siguientes preguntas:

drid: Ediciones de la Piqueta, 1991, pp. 9 a 26, lección dada en el *Collège de France* en enero de 1978.

4 GROSSI, P., *El orden jurídico medieval*, Madrid (Marcial Pons), 1993.

5 “È questo il senso fondamentale della trasformazione cui assistiamo nel passaggio dall’età medievale a quella moderna, ed è dunque questo il carattere dello Stato moderno europeo, che è possibile cogliere alle sue origini: lo stato come governo di un territorio, che opera in modo sempre più disciplinato e regolato, con l’intento di consociare, di ricondurle a una prospettiva comune”, FIORAVANTI, M., “Stato e costituzione”, en IDEM, dir., *Lo Stato Moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari (Editori Laterza), 2002, pp. 3 a 36.

6 PAPAGNO, G.- QUONDAM, A., «La Corte e lo Spazio. Appunti problematici per il Seminario», en *La corte e lo spazio: Ferrara estense*, III, Roma (Bulzoni), 1982, pp. 823-838, esp. pp. 828 a 831.

«Ma come si riferisce la Corte allo spazio materiale che la circonda, che rapporti produce con la città e con il suo territorio complessivo, con uno spazio che esiste in quanto 'proprietá' del Príncipe, della sua Casa?. Qual è l'economía del suo costituirse in centro di questo spazio, centro anche simbólico, obviamente, no soltanto materiale e/o istituzionale?»⁷.

Sobre tales fundamentos, la arquitectura palaciega se mostraba como el campo de estudio ideal para conocer esa tarea de transmisión administrativa, pero su historia había sido realizada confiriendo prioridad al análisis estilístico de las fachadas u otros aspectos propios de la simple apariencia exterior de los edificios analizados. Sin embargo, el descubrimiento de los interiores, tanto en un sentido decorativo como, sobre todo, organizativo, se ha mostrado como una herramienta metodológica de primer orden –puesta en valor por el profesor Nuno Senos⁸-, cuyos primeros esbozos se debieron a un trabajo pionero de Hugh Baillie, y un coloquio organizado por el Centro de Estudios Superiores del Renacimiento en Tours en 1988⁹. Tales aportaciones permitieron destacar el referido concepto de interacción espacial, a partir del propio lugar de emisión, representado por el rey y la Cámara Real. Abrieron un camino que permitió destacar relaciones adicionales en un espacio del cual en un principio preocupó solo su aspecto, comenzando por la función asimiladora del contorno territorial, aspecto en el cual las contribuciones de Marcello Fantoni y Jeroen Duindam son de importancia capital¹⁰. Las ideas que fundamentan el presente trabajo bien pueden compendiarse en los siguientes extractos de esta última línea de investigación:

«If we start with the innermost circle we find increasingly complex palace topographies, generated partly by a tendency to associate each of the sovereign's bodily functions and

7 PAPAGNO, G.- QUONDAM, A., «La Corte e lo Spazio. Appunti problematici per il Seminario», cit., p. 828.

8 SENOS, N., *O paço da Ribeira: 1501-1581*, Lisboa (Editorial Notícias), 2002, p. 27.

9 BAILLIE, H. M., «Etiquette and the planning of the state apartments in baroque palaces», *Archaeologia or Miscellaneous Tracts relating to Antiquity*, vol. 101, 1967, pp. 169 a 199; GUILLAUME, J., dir., *Architecture et vie sociale. L'Organisation intérieure des grandes demeures à la fin du Moyen Age et a la Renaissance*, París (Picard), 1994. Continuación de esta línea son las investigaciones aportadas por la red PALATIUM, *Court Residences as Places of Exchange in Late Medieval and Early Modern Europe (1400-1700)*, financiada por la European Science Foundation, en la cual se integra el mencionado profesor Senos.

10 Caso de sus trabajos en FANTONI, M.; GORSE, G.; SMUTS, M., *The Politics of Space: European Courts, ca. 1500-1750*, Roma (Bulzoni), 2009.

ceremonial duties with a separate room or complex of rooms, having its own protocols and cohort of royal servants”.

Y:

«... is a mistake to associate Court space exclusively with a ruler’s immediate environment, without reference to practices that facilitated the extension of royal authority over large territories...»¹¹.

Por su parte, John Adamson había definido la Corte en 1999 no solo como la estricta residencia real, sino como una extensa matriz de relaciones políticas, económicas, religiosas y artísticas que convergían en la Casa Real¹², y Guido Castelnuovo identificó la Corte en el año 2006 con un espacio en el cual acontecían ciertas prácticas sociales relacionadas con el poder¹³. Este esfuerzo historiográfico, al cual puede añadirse la formulación, principalmente desde las ciencias geográficas del llamado *Spatial Turn*¹⁴ y el trabajo aportado desde el Instituto Universitario La Corte en Europa, de la Universidad Autónoma de Madrid, destaca la importancia del espacio, en un sentido de asimilación y cohesión territorial. Son todas aportaciones conceptuales que inducen a abordar el estudio de la Corte desde el punto de vista espacial, hablando de un espacio vivo, orgánico y extensivo, es decir, más que de espacio, de *espacialidad*. En la que la figura institucional del Consejo hallaba su función, sobre los tres cimientos constituidos por Gobierno, Casa Real y espacio territorial. En este contexto, la dimensión doméstica constituía un elemento formativo de cohesión espacial propio de la Edad Moderna, una manifestación administrativa del llamado «sistema cortesano» cuya matriz de desarro-

11 SMUTS, M.; GORSE, G., «Introduction», en FANTONI, M.; GORSE, G.; SMUTS, M., *The Politics of Space: European Courts, ca. 1500-1750*, cit., pp. 13 a 35, pp. 14 y 17.

12 ADAMSON, J., *The Princely Courts of Europe: rituals, politics and culture under the Ancien Régime, 1500-1750*, Londres (Weiderfeld & Nicolson), 1999, p. 7.

13 CASTELNUOVO, G., «“A la court et au service de nostres princes”: l’hotel de Savoie et ses métiers à la fin du Moyen Âge», en BIANCHI, P.- GENTILE, L.C., *L’affermarsi della corte sabauda. Dinastie, poteri, élites in Piemonte e Savoia fra tardo medioevo e prima età moderna*, Torino (Zamorani), 2006, pp. 23 a 53. Ambos autores forman parte de la serie de estudiosos de la Corte mencionada por MARTÍNEZ MILLÁN, J., «La sustitución del ‘sistema cortesano’ por el paradigma del ‘Estado Nacional’ en las investigaciones históricas», *Libros de la Corte*, nº 1, 2010, pp. 4 a 16, pp. 6 y 15.

14 Sobre este concepto, WARF, B.; ARIAS, S., eds., *The Spatial Turn: Interdisciplinary perspectives*, London and New York (Routledge), 2009.

llo era, precisamente, doméstica, como interpreta el profesor Martínez Millán¹⁵. Por ello, aquellos enfoques que atienden un sentido doméstico tienen un interés especial para nuestro propósito.

El profesor António Manuel Hespanha, que tan profunda huella dejó en la Facultad que acoge este Encuentro, estudió los factores antropológicos, sociológicos y lingüísticos que soportaron la percepción contemporánea del espacio territorial. Este formaba parte de la tipología weberiana de las estructuras políticas, principalmente en tanto plataforma para el ejercicio del poder¹⁶. En lo relativo al sistema político del Antiguo Régimen, el territorio correspondía a la «extensión espacial de la unidad política tradicional», el espacio ocupado por una comunidad sometida a la misma autoridad política que considera legítima, y que era regida por el mismo estatuto. En este contexto, el núcleo original correspondía a la Casa (*oikos, domus, haus*), que se tenía como el conglomerado formado por su fisonomía material, los recursos que posibilitaban su subsistencia y reproducción, y el conjunto de las personas que la formaban, unidas por vínculos que no necesariamente eran de carácter familiar. Tal entidad estaba sujeta a la autoridad del *paterfamilias* o *Hausherr*, en una mecánica de funcionamiento cuya reproducción a lo largo de la historia se tradujo en el paso de la Casa como esfera política al conjunto de tierras sujetas al control del señor, sobre las que ejercía poderes de gobierno y administración (*iurisdictio*) que no se distinguían de su naturaleza como *dominus terrae*.

Por lo menos hasta el siglo XVII, la reflexión sobre el gobierno y la administración tuvo un fundamento aristotélico¹⁷. Como sofisticación del interés

15 MARTÍNEZ MILLÁN, J., «La función integradora de la Casa Real», en MARTÍNEZ MILLÁN, J.-FERNÁNDEZ CONTI, S., dirs., *La Monarquía de Felipe II: la Casa del Rey*, I, Madrid (Fundación MAPFRE Tavera), 2005, pp. 507 a 517.

16 HESPANHA, A.M., «El espacio político», em IDEM, *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid (CEC), 1994, pp. 85-121, esp. pp. 85 a 98. A su esfuerzo de revisión de la antropología política moderna es obligado añadir el desplegado por CLAVERO, B., *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid (Tecnos), 1986; IDEM, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano (Giuffré), 1991.

17 BRAZZINI, G., *Dall'economia aristotelica all'economia politica. Saggio sul Traité de Montchrétien*, Pisa (Ets Editrice), 1988; LAMBERTINI, R., «Per una storia dell'oeconomica tra alto e basso Medioevo», *Cheiron*, n° 2, 1985, pp. 45 a 74; IDEM, «A proposito della `costruzione dell'Oeconomica in Egidio Romano», *Medioevo*, vol. 14, 1988, pp. 315 a 370; IDEM, «L'arte del governo della casa. Note sul commento di Bartolo-

aristotélico por el mundo terrenal y la vida en sociedad, en los siglos medievales y modernos maduró una formulación de la organización social que se extendió de la familia a formas más complejas, como la ciudad, el principado o el reino¹⁸. En ellas, la respuesta institucional fue proporcional a la mayor entidad y complejidad de las necesidades, y en este contexto se situó la acción de la figura del Consejo, tanto en Castilla como en Portugal. A pesar de que la acción gubernativa regia ha solido ser situada en el estricto campo de la actividad jurisdiccional¹⁹, las atribuciones del Consejo advertidas en las denominadas Consultas de los Viernes, especialmente en el caso que por el momento conocemos más, el de Castilla, acreditaron su desempeño en un plano *oeconómico* extendido al espacio de los reinos. El gobierno de la Casa compleja o ampliada compendia el ejercicio de la autoridad familiar y del conocimiento administrativo dirigido a la «conservación» de su patrimonio y, como es sabido, tal término sería usado de forma literal a lo largo del siglo XVII para describir la prioridad política de la Monarquía Hispana, en cuya articulación la intervención del Consejo fue fundamental. Es verdad que la gracia real y la aplicación de la justicia distributiva, esto es, la proporcionada a los merecimientos de cada uno²⁰, implicaban un procedimiento de orden

meo di Varignana agli *Oeconomica*», *Medioevo*, vol. 17, 1991, pp. 347 a 389, y los estudios contenidos en *Parva naturalia: saperi medievali, natura e cita: atti dell'XI Convegno della Società Italiana per lo studio del pensiero medievale: Macerata, 7-9 dicembre 2001*, Istituti editoriali e poligrafici internazionali, 2004. Por su parte, la obra de Juan de MARIANA, «Del Rey y de la Institución Real», en *Obras del padre Juan de Mariana*, II, Madrid: Rivadeneyra, 1854 (Volumen 31 de la *Biblioteca de Autores Españoles*), pp. 463 a 576, abundaba en referencias aristotélicas.

18 VERSTEEGEN, G., *La sustitución del paradigma cortesano por el estatal en la historiografía liberal*, Tesis Doctoral UAM 2013, codirigida por los profesores José Martínez Millán y Manuel Rivero Rodríguez, pp. 54 a 55. Disponible en <https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/661839/versteegen_gijs.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Consultado el 13/06/2016].

19 HESPANHA, A.M., «Representación dogmática y proyectos de poder», em IDEM, *La gracia del Derecho...*, cit., pp. 61 a 84, pp. 66-68.

20 Al respecto, por ejemplo, Juan de MARIANA, «Del Rey y de la Institución Real», cit., p. 560; GARCÍA SOTO, L., «La justicia en Aristóteles», en AGRA ROMERO, M., GARCÍA SOTO, L., FERNÁNDEZ HERRERO, B. y otros, *En torno a la justicia. Las aportaciones de Aristóteles, el pensamiento español del XVI, J. S. Mill, la fenomenología y Rawls*, (Eris), 1999, pp. 19 a 86, pp. 32 a 34, o CÁRCELES DE GEA, B., «La Justicia Distributiva en el siglo XVII (Aproximación político-constitucional)», *Chronica Nova: Revista de Historia Moderna de la Universidad de Granada*, vol. 14, 1984-1985, pp. 93 a 122.

y jerarquía social, pero la dimensión del monarca como *paterfamilias* no se agotaba en ese papel, y también adoptó un cauce de administrador indiscriminado de la felicidad de sus súbditos. En ese sentido, la definición de un espacio meramente administrativo que define los siglos modernos tenía una base doméstica.

Por todo ello, se puede afirmar que los conceptos *Oeconomia* y «Casa ampliada» no fueron una creación intelectual de Otto Brunner, el historiador que dedicó fundamentalmente su carrera a conocerlos, sino que irrigaron la evolución histórica desde la Antigüedad. Si bien la disposición de las partes en las que Brunner dividió su trabajo más importante y ambicioso al respecto, *Land und Herrschaft*, es muy útil a efectos epistemológicos. Comenzaba con el aspecto militar, la propia adquisición del territorio, para después aludir a la tierra –en el complejo sentido jurídico-constitucional que le otorgaba-, a la Ley territorial (capítulo III), a la Casa (capítulo IV) y finalmente al dominio señorial y la comunidad territorial. Su mérito residía en la construcción del equipamiento conceptual que permitía el tránsito desde la *Ganze Haus* (Casa completa o ampliada) a la *Monarchisches Prinzip*²¹. Sobre tal fundamento, Brunner ofreció una vía alternativa a las dos corrientes historiográficas dominantes por entonces, el marxismo y la Escuela de Annales, que superaba la dicotomía weberiana Estado-Sociedad²².

Por su parte, la caracterización de la Policía dieciochesca ofrecida por el profesor José Subtil no puede ser más fiel a su esencia doméstica. En su opinión, el modelo del gobierno familiar fue el cauce para el desarrollo de una nueva «ciencia» administrativa. El poder que el príncipe ejercía sobre los hombres y los bienes del reino no era diferente, en lo sustancial, al poder propio del padre de familia en relación con su casa y parientes, cuidando de su bienestar y aumentando su riqueza. Esa *potestas* traducida en una amplia discrecionalidad gubernamental pasaría a ocuparse de intereses como el bien público y la razón de Estado, de tal forma que el gobierno de la economía familiar se orientó hacia el engrandecimiento de los súbditos, y la administración de los bienes hacia la obtención de riqueza por el Estado. En suma, el gobierno de la Casa serviría de modelo para el gobierno de la Policía, al desplazarse el eje de la economía familiar hacia la política (el denominado

21 BRUNNER, O., *Terra e potere*, Milano (Giuffré Editore), 1983, Introducción de Pierangelo Schiera.

22 Al respecto, VERSTEEGEN, G., *La sustitución del paradigma cortesano por el estatal en la historiografía liberal*, cit., pp. 32 a 33.

«Estado» o, más correctamente la administración real)²³. Se prefiguraban así interpretaciones como la de la profesora Cristina Nogueira da Silva, para quien el territorio y su demarcación era una plataforma para el ejercicio de la razón, una realidad que es «organizada» o «construida» y arrojaba como resultado la apropiación político-administrativa por lo que llama «Estado Moderno» de un espacio unificado, que aseguraba la relación entre el «centro» y la «periferia». Las características de esa entramado fueron la producción de conocimiento sobre el territorio, la construcción de infraestructuras de comunicación y el equipamiento político-administrativo del mismo, todo lo que resultó en una unidad susceptible de control y explotación permanentes. Es decir, una manifestación espacial y ampliada del *state building*²⁴.

Por todo lo dicho, en consecuencia, no se antoja erróneo afirmar que el engranaje de funcionamiento de tal «espacialidad cortesana» tenía una naturaleza esencialmente doméstica, mediante la extensión y sofisticación de los procedimientos a través de los cuales el rey administraba su Casa, con el propósito de ampliar al conjunto de sus súbditos el alcance de sus obligaciones de orden *oeconómico*.

II. LA CÁMARA REAL EN PORTUGAL Y EN CASTILLA. UN ESPACIO PARA LA RELACIÓN DOMÉSTICA

De hecho, tanto en el caso castellano como en el portugués, la propia construcción orgánica de la Corte fue el resultado de un proceso espacial, pues se fue conformando al tiempo que se completaba la adquisición territorial al poder musulmán. La amenaza militar y la inestabilidad política dieron a la Corte algunas características derivadas de su itinerancia que, en lo sustancial, nunca perdió, aunque en la Edad Moderna tendiese a mostrar un asentamiento estable (en Madrid en el caso español). Mientras continuaba un sentido implícito o metafórico de Corte, expresado en una serie de símbolos o

23 SUBTIL, J., «Um caso de “estado” nas vésperas do régime liberal: Portugal, século XVIII», en MOITA, L.; FREIRE, L. G.; SUBTIL, J., *Do Império ao Estado. Morfologias do sistema internacional*, Lisboa (EdiUAL), 2013, pp. 87 a 142, pp. 91 y 96. Al respecto, también, sin énfasis tan claro en el origen *oeconómico*, FOUCAULT, M., *Seguridad, Territorio, Población: curso en el Collège de France*, Buenos Aires (Fondo de Cultura Económica), 2006, pp. 355 a 409.

24 NOGUEIRA DA SILVA, A.C., *O modelo espacial do Estado Moderno: reorganização territorial em Portugal nos finais do Antigo Regime*, Lisboa (Editorial Estampa), 1998, pp. 17 a 20.

manifestaciones administrativas que, a través de la *transubstanciación* de la persona real, evidenciaron que la Corte no era solo el lugar de residencia del rey, sino que también tendía a expandirse a través de la superficie territorial de los reinos. El núcleo original de este proceso fue el *Palatium Regis* y la Cámara Real. Expansión de la Corte pero también doméstica, dado que ambas dependencias constituían, en lo sustancial, dos fases cronológicas sucesivas del mismo ámbito reservado en el cual el rey aunaba su naturaleza personal y su dimensión política²⁵.

El surgimiento y consolidación de la Cámara en el espacio doméstico real, como el área íntima del rey, donde hacía su vida cotidiana y maduraba la diseminación de la gracia y la tarea de gobierno, fue común a todas las monarquías europeas. Las tradiciones palatinas de las monarquías francesa e inglesa compartían un ámbito cultural con la Casa de Borgoña, en un proceso en el cual intercambiaban experiencias y procedimientos. La Cámara era el espacio para la relación diplomática entre las dos monarquías, y también sus respectivas instituciones jurisdiccionales tenían una conexión más o menos clara con la Cámara, dado que de ella emanaba un sentido de integración de la estructura jurisdiccional en el orden interno regio, que facilitaba el control político²⁶.

Pero estos eran también los rasgos propios de las monarquías portuguesa y castellano-leonesa, originadas en un contexto común de raíz visigótica²⁷. En

25 SÁNCHEZ ALBORNOZ, C., «El *Palatium Regis* asturleonés», *Cuadernos de Historia de España*, vol. 59-60, 1976, pp. 5 a 77; SUÁREZ FERNÁNDEZ, L., «Origen y evolución del Palacio Real en la Edad Media», en AA. VV., *Residencias reales y Cortes itinerantes*, Madrid (Patrimonio Nacional), 1994, pp. 27 a 34; GAMBRA GUTIÉRREZ, A., «El *Palatium* y la *Domus Regis* castellanoleonese en tiempos de la dinastía pamplonesa», en IDEM-LABRADOR ARROYO, F., *Evolución y estructura de la Casa Real de Castilla*, I, Madrid (Polifemo), 2010), pp. 11 a 63.

26 SOLNON, J.F., *La Cour de France*, París (Fayard), 1987; STARKEY, D., *The English Court from the Wars of the Roses to the Civil War*, Singapore (Longman), 1987, pp. 92 y ss.

27 CARDIM, P., «A Corte régia e o alargamento da esfera privada», in GONÇALO MONTEIRO, N., coord., *História da Vida Privada em Portugal. A Idade Moderna*, II, Lisboa (Temas e Debates), 2011, pp. 160 a 202; y nuestros «La Cámara», en MARTÍNEZ MILLÁN, J.-FERNÁNDEZ CONTI, S., dirs., *La monarquía de Felipe II: la Casa del Rey*, I, Madrid (Fundación MAPFRE), 2005, pp. 121 a 142 y «La Cámara Real como espacio palaciego de integración», en MARTÍNEZ MILLÁN, J.-HORTAL MUÑOZ, J. E., dirs., *La Corte de Felipe IV (1621-1665): reconfiguración de la Monarquía Católica*, I, Madrid (Polifemo), 2015, pp. 379 a 439.

Portugal, la distinción esencial en esta combinación espacial era la significada entre la *Sala* (*Sala Grande*) como ámbito resultante del encuentro del rey y sus vasallos y siervos y la *Antecâmara* como espacio de separación y control de acceso a la propia persona real²⁸. Como explica Rita Costa Gomes, en la Corte portuguesa, después de una fase inicial en que el reposte desempeñó parte de sus funciones, la Cámara ganó importancia a partir del siglo XIV, en un proceso general de especialización funcional en su seno, que resultó en una distribución espacial en Palacio. Es posible apreciar la disposición de *Sala*, *Câmara*, *Capela*, *Reposte*, *Guardaroupa* y *Cozinha*. La principal diferencia estructural en ese conglomerado de espacios fue la visible entre la *Sala* y la *Câmara*, o, con mayor precisión, la serie de *Câmaras* que la integraba, evidente al final de la Edad Media. En su *Leal Conselheiro*, el rey Duarte describe esta panoplia de Cámaras como constituida por la *Sala*, la *Câmara de Pará* o *Antecâmara*, la *Câmara de Dormyr*, la *Trescâmara* y el *Oratório*, diferenciadas por reglas ceremoniales de proximidad a la persona real. Tal era el factor fundamental de regulación del espacio palaciego, la mayor o menor *entrada* con ella, en su espacio restringido, más que una aplicación anacrónica de la dicotomía público/privado²⁹. Fue una característica que también se aprecia en el caso castellano, en el que las *Partidas* colocaron al mismo nivel, entre los deberes del Camarero Mayor (el jefe de la Cámara), e cuidado material del rey y la guarda de las arcas con sus escritos³⁰. Pero, además de ello, el molde doméstico madurado y expandido en el seno de ambas Cámaras reales se ofreció también como recipiente para la relación diplomática entre ambas monarquías.

En ese contexto, un hecho de esencia puramente doméstica como, por ejemplo, una boda, derivaba de una decisión diplomática y, a su vez, el desarrollo de la vida doméstica podía orientar nuevas decisiones en ese orden y llevar a nuevas uniones matrimoniales, e inducir así una red de relación mutua de alta densidad. Cabe situar en este contexto los eventos vividos por

28 COSTA GOMES, R., *The making of a Court Society: Kings and nobles in late medieval Portugal*, Cambridge University Press, 2003, pp. 47 y 312.

29 RAMADA CURTO, D., «Ritos e cerimonia da monarquia em Portugal (séculos XVI a XVIII)», en BETHENCOURT, F.-RAMADA CURTO, D., *A memória da nação: colóquio do Gabinete de Estudos de Simbologia*, Lisboa (Livraria Sa da Costa), 1991, pp. 201 a 265; SENOS, N., *O paço da Ribeira: 1501-1581*, cit., pp. 119 a 120 y 135 a 138.

30 SALAZAR Y ACHA, J. de, *La Casa del Rey en Castilla y León en la Edad Media*, Madrid (CEC), 2000; GONZÁLEZ MARRERO, M. del C., *La Casa de Isabel la Católica*, Institución Gran Duque de Alba (Ávila), 2005.

el reino de Portugal entre 1578 y 1581, afectados por la coyuntura de construcción y maduración de la Monarquía Hispana, pero también testimonio de la prolongación de una tendencia de identificación de matriz familiar apreciable desde tiempo de los Reyes Católicos y D. Manuel I, que tuvo profunda imbricación en la política interior de ambos reinos. Ese sesgo familiar pudo ser ayudado por la vecindad geográfica, pero este factor también hubiera podido muy bien traducirse exactamente en el sentido opuesto, en un aislamiento impermeable. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el propio casamiento del emperador con Doña Isabel respondió, antes de nada, a su deseo de no incomodar a las Cortes de Castilla –verdaderas «testamentarias» del movimiento comunero–, que lo pedían explícitamente y consideraban a la hija de Don Manuel como *natural*. En adelante, no sería fácil distinguir en el ejercicio de las personas reales el discurso teórico y cotidiano de la Cámara Real, el corazón de la Casa Real, de los avatares políticos de la monarquía, es decir, la intimidad de la dimensión pública, especialmente en lo que respecta a la emperatriz Isabel. Según lo aportado por el profesor Labrador Arroyo, el perfil del servicio que tuvieron las hijas de los Reyes Católicos sucesivamente casadas con D. Manuel I de Portugal (Isabel y María) reflejaba que el ideal de «Monarquía Dual» compartido por los Avis tenía un cauce esencialmente doméstico³¹.

Cuando murió la reina María, parte de sus servidores, tanto portugueses como castellanos, fueron recibidos en la Casa de su hija Isabel, que quedó así marcada por los ideales religiosos y políticos de su abuela Isabel la Católica. Posteriormente, la reforma de pretensión castellanizante aplicada a la Casa de la ya emperatriz por el cardenal Tavera y el secretario Cobos en 1528 resultó un completo fracaso y, de esta manera, entró en la década de 1530 bajo el control de los oficiales portugueses, especialmente en lo que respecta a la Cámara. De forma elocuente, la carrera del patrón cortesano Ruy Gómez da Silva se inició como paje de la emperatriz. Polo después de un partido que terminó por controlar la Corte española, su prolongación, el partido papista, fue un instrumento que luchó eficaz pero inútilmente contra la anexión de Portugal a la Monarquía Hispana.

En el proceso que terminó en la anexión, se apreció de forma constante el valor de la Cámara Real primero como escenario político, y, después, como

31 LABRADOR ARROYO, F., *La Casa de la Emperatriz Isabel de Portugal (1526-1539)*, Memoria de Licenciatura presentada en la Universidad Autónoma de Madrid, noviembre de 1999, pp. 26-27.

herramienta administrativa de integración espacial, de orden *oeconómico*. Su virtud transversal para la relación política y diplomática se pudo advertir, por ejemplo, con ocasión de la conocida entrevista en el monasterio de Guadalupe entre Don Sebastián y su tío el rey Felipe II de España, en diciembre de 1576. Hagamos abstracción de detalles no muy valorados por la crítica histórica como la equívoca disuasión por parte de don Felipe de la aventura africana de su sobrino contra los infieles en el *Algarve dalem do mar* –la actitud que según los historiadores mantuvo en tal ocasión– representada por la reunión en plenas fechas navideñas en un monasterio de tanta carga simbólica para la Casa Real portuguesa³². Hecho que, de ser ese el caso, representaría la inserción de la relación tradicional, familiar e integrada entre ambas monarquías en el proyecto de gran alcance de la Monarquía Hispana, instrumentado con gran habilidad, pues con tal atmósfera sugestiva el rey prudente pudo llegar a sobrecompensar el efecto de sus desalentadoras palabras.

Sea como fuere, situadas con tal ocasión en instalaciones contiguas del monasterio, las cámaras castellana y portuguesa ocupaban un mismo área propicia para el contacto continuo y familiar. Lo primero que Don Felipe hizo una vez llegado el 20 de diciembre, después de descansar en su propia Cámara, fue inspeccionar los cuartos preparados para Don Sebastián y su acompañamiento. Dio su visto bueno e indicó qué oficial luso debía ocupar cada habitación, ordenando la inscripción de sus respectivos nombres en cédulas fijadas en las puertas. Con ello, el rey estaba suplantando a su propio Apoyentador de Palacio³³. El trato conferido demostró que, en realidad, la noción de «visitante» no correspondía con la calidad de la Cámara como entidad doméstica dual y flexible, abierta a la integración horizontal. No era posible apreciar la diferencia entre los bienes y servicios usados en aquella ocasión por Don Sebastián y por el propio Don Felipe³⁴. Las cinco reuniones entre los

32 MENDES, I. M. R., *O Mosteiro de Guadalupe e Portugal, séculos XIV-XVIII*, Lisboa (Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica-Centro de História da Universidade de Lisboa), 1994.

33 RODRÍGUEZ MOÑINO, A., «Viaje a España del rey Don Sebastián de Portugal (La entrevista de Guadalupe)», *Revista de Estudios Extremeños*, vol. 3, 1947, pp. 279 a 360; VILLACORTA BAÑOS-GARCÍA, A., *Don Sebastián Rey de Portugal*, Barcelona (Ariel), 2001, pp. 184 a 185.

34 El cuarto del primero estaba cubierto por diez paños de seda y oro, su antecámara por seis cortinas, su completo y valioso ajuar procedía de la recámara de su madre, la princesa doña Juana. No menos variadas y lujosas eran la cama, la cortina, el dosel y la silla, mientras el suelo estaba cubierto de valiosas alfombras de seda. La ornamentación

dos reyes, entre el 23 de diciembre de 1576 y el 1 de enero de 1577 (que cubrieron un total de doce horas de conversación) tuvieron un escenario tan reservado como el de las respectivas cámaras. A su vez, el recibimiento y la despedida tuvieron lugar en un espacio próximo al monasterio. En el primer caso, fue necesario un arreglo en el camino de acceso que manifestó, una vez más, que un episodio tan significativo del gobierno doméstico extendido como una *jornada* traía consigo intervenciones en el orden administrativo de la policía.

En adelante, la Cámara Real portuguesa no dejó de mostrar el señalado valor doméstico-político. El Cardenal Don Henrique recibió a Don António en su propia Cámara para disuadirlo de intentar un acceso violento al trono. Antes incluso de ser proclamado rey en Santarém, el prior de Crato se apresuró a constituir una Cámara y una Antecámara con todo el carácter y significado propios de la realeza³⁵. Y lo primero que hizo cuando fue jurado en Lisboa el 19 de junio de 1580 fue instalarse en el *paço da Ribeira*. Por su parte, una vez llegado Don Felipe al trono portugués, con el nombre de D. Filipe I, reformó este Palacio, no solo para vivir en él, sino para articular el referido sistema de gobierno doméstico extendido, cuya entidad permite comprender la gran actividad constructiva desarrollada por Juan de Herrera, tanto en Castilla como en Portugal. Dado que se implicó en todas y cada una de dichas actuaciones arquitectónicas, en su calidad de aposentador de Palacio, para la que eran complemento indispensable sus dotes como alarife, y no lo contrario³⁶. Se apreciaba una profundidad simbólica del espacio en el que el rey ejercía su acción de gobierno, como indica, en el caso portugués, el decidido impulso dado por Felipe I a la torre del *paço da Ribeira*. Actuación que perfiló la apariencia costera de Lisboa desde el *mar da palha* anterior al terremoto de 1755 y que contuvo, en la *Sala Real*, alegorías pictóricas tanto de la grandeza monárquica como del beneficio representado para ella por la

final también resultó de una última inspección del rey Don Felipe, VILLACAMPA, C. G., *El Monasterio de Guadalupe*, Madrid 1928, pp. 4, 34, 71 y 376.

35 BOUZA ÁLVAREZ, F., *D. Filipe I*, Lisboa (Temas & Debates), 2008, pp. 253 a 254.

36 Toco estas cuestiones en mi "Aportación al estudio de la Junta de Policía (1590-1601), en VÁZQUEZ LESMES, R., *Homenaje a Antonio Domínguez Ortiz*, Córdoba (Real Academia de Córdoba), 2004, pp. 259 a 282, esp. pp. 274 a 277, y las fuentes allí citadas. Sobre la labor de Juan de Herrera en Portugal, SEGURADO, J. "Juan de Herrera em Portugal", en DIAS, P., coord., *As relações artísticas entre Portugal e Espanha na época dos descobrimentos* (II Simpósio luso-espanhol de História de Arte), Coimbra (Livraria Minerva), 1987, pp. 99 a 111, y PIZARRO GÓMEZ, F. J., *Arte y espectáculo en los viajes de Felipe II*, Madrid (Ediciones Encuentro), 1999, pp. 45 a 46.

asimilación del trono portugués. Este intencionado conjunto de significados operó a su vez en la construcción, también con la profunda intervención de Herrera, del monasterio de *São Vicente de Fora*, cuya primera piedra se puso el 25 de agosto de 1582³⁷. Por su parte, la pautada regulación interna de los Braganza como casa nobiliaria, a partir de la Cámara y previa a la *Restauração* de 1640, estudiada por Mafalda Soares da Cunha, constituyó impulso añadido que favoreció el acceso de D. João IV al trono³⁸. La regulación ceremonial del espacio palaciego establecida entonces subrayó la importancia de la *Câmara Real* como escenario de la cotidianeidad regia y filtro de acceso a la persona real³⁹. En definitiva, cabe concluir que la anexión y sus consecuencias administrativas fueron a un tiempo tan públicas como gestionadas en el ámbito restringido de las personas reales.

III. LA DIMENSIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CÁMARA REAL. LAS CONSULTAS DE SEXTA DEL DESEMBARGO DO PAÇO Y DE LA CASA DE SUPLICAÇÃO

Pese a las evidencias implícitas, caso de su calidad como espacio para el acceso al rey, la tarea jurisdiccional o la transferencia documental, los historiadores no han tendido a aproximarse al estudio de la Cámara desde el punto de vista de su potencial administrativo genérico. Perspectiva que mantengo aquí desde la convicción sobre la operatividad en la Edad Moderna de un gobierno de orden doméstico y dimensión espacial, que cohesionaba el territorio mediante el cumplimiento de los deberes *oeconómicos* del rey⁴⁰. Una investiga-

37 Rodrigo da CUNHA, *História Eclesiástica da Igreja de Lisboa*, Lisboa 1642, parte 2, cap. 4, par. 7, apud ALVES, J. de F., *O Mosteiro de São Vicente de Fora*, Lisboa (Livros Horizonte), 2008, esp. pp. 24 a 25.

38 SOARES DA CUNHA, M., *A Casa de Bragança 1560-1640: práticas senhoriais e redes clientelares*, Lisboa (Editorial Estampa), 2000, pp. 89-125. Se observa lo dicho en el siguiente fragmento: “Um dos melhores exemplos deste sistema de interdependências é a proliferação de referências a relações de pertença à Casa Ducal em nobiliários e em trabalhos de eruditos locais. Aí pululam os escudeiros, os cavaleiros e às vezes uns fidalgos da Casa de Bragança implantados em diversas regiões do seu senhorio ou em áreas que lhe eram próximas”, p. 550.

39 Arquivos Nacionais Torre do Tombo (ANTT), Manuscritos da Livraria, 170, pp. 4 a 9 y 10, donde se define la *Câmara Régia* como la “... caza em q[ue] S[ua] Mag[esta]de deve ter a cama...”, y el *Camareiro-Mor* debería tener el mejor lugar.

40 BRUNNER, O., «La “Casa Grande” y la “Oeconómica” de la vieja Europa», cit.;

ción como esta hace posible abordar un sentido administrativo de la Corte más allá de lo meramente ceremonial o institucional. De este modo, el conocimiento sobre los órganos jurisdiccionales adquiere un perfil más fiel a su origen y papel en el comienzo de la Edad Moderna, un instrumento para la prolongación del gobierno doméstico hacia el territorio, de clara intención inclusiva. El punto crucial es aclarar la concreción de este proceso en el ambiente más reservado del monarca y su transposición al territorio, por la vía del Consejo.

Es de destacar la inserción propia de los organismos cortesanos encargados del ejercicio gubernativo y jurisdiccional en el espacio inmediato al rey, tanto en el caso portugués como en el castellano. Y su implicación simultánea en un proceso de transformación del territorio en Corte, por la propia imposición en este de los mandatos decididos en aquel. Ejercían una función transmisora, amplificadora del espacio doméstico del rey al espacio de los reinos. Difundían el concepto cortesano no en un sentido tradicional, interesado por manifestaciones externas como el ceremonial o la ostentación decorativa o artística. Sino como una argamasa semántica emanada de la persona real y de orden supra e interjurisdiccional que, a la vez que materializaba la posesión patrimonial del territorio de cada uno de sus reinos por parte del rey, favorecía su cohesión y ordenación y los convertía en plataforma de un desarrollo administrativo del que todavía falta mucho por conocer.

Al margen de aspectos generales, sabemos muy poco sobre cómo funcionaba la Cámara en un sentido administrativo, y conocer este decisivo punto debe ser prioritario, junto con la aplicación territorial de las decisiones en ella tomadas. En relación con esto, hay señales tanto en el caso castellano como en el portugués de la integración de los órganos jurisdiccionales en la intimidad real⁴¹, y quizá el más importante fue la celebración de la llamada

FRIGO, D., *Il padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione del 'economica' tra Cinque e Seicento*, Roma (Bulzoni), 1985; HESPANHA, A. M., *Visperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Madrid (Taurus), 1989; FRIGO, D., «“Disciplina Rei Familiariae”: a economía como modelo administrativo de Ancien Régime», *Penélope. Fazer e desfazer a História*, núm. 6, 1991, pp. 47 a 62; SUBTIL, J., «Um caso de 'estado' nas vésperas do regime liberal: Portugal, século XVIII», cit.

41 COSTA GOMES, R., «Le Conseil Royal au Portugal (1400-1520)», en MICHON, C., ed., *Conseils et conseillers dans l'Europe de la Renaissance, v. 1450-v. 1550*, Presses Universitaires de Tours-Presses Universitaires de Rennes, 2012, pp. 147 a 174; MARTÍNEZ MILLÁN, J., «Conseillers et factions curiales pendant le règne de l'empereur Charles Quint (1500-1558)», en MICHON, C., ed., *Conseils et conseillers dans l'Europe de la Renaissance, v. 1450-v. 1550*, cit., pp. 129 a 145.

Consulta de Viernes, que reunía al rey con su Consejo en la antecámara real. Hay muchos aspectos que nos quedan por conocer de esas consultas, cuya celebración tuvo frecuencia desigual durante la Edad Moderna, conforme a la paulatina modificación de los fundamentos doctrinales de la monarquía. Pero no es errado preguntarse si, dada la amplitud y profundidad de las cuestiones tratadas en ellas, esta práctica asimilaba al Consejo Real de Castilla y al *Desembargo do Paço* en el espacio más inmediato a su respectivo rey, hasta el punto de unificarlos e identificarlos con él cuando no permanecían juntos. Pero de tal forma que fueron, quizá, los organismos gubernativos que se mezclaron con mayor intimidad en el ambiente doméstico del rey, excepción hecha, lógicamente, de aquellos encargados del gobierno de la propia Casa. Fue una práctica administrativa compartida por ambas monarquías, cada una con sus propias características.

Tanto en Castilla como en Portugal, desde su propia definición la dignidad de la majestad real se identificaba con el acto de impartir justicia, que en su origen era directo, la aplicación sin mediaciones de los sentidos regios, dirigida a resolver conflictos entre partes. Esta función define el contorno de nuestro trabajo, pues como aludiremos, especialmente en el caso portugués, existían otros órganos que despachaban físicamente con el rey, pero los obviamos aquí por su dimensión extrajurisdiccional, en un sentido político (por ejemplo el *Conselho de Estado*) o técnico (caso del *Conselho da Fazenda*). Según lo aportado por Diogo Ramada Curto, autor fundamental para comprender la importancia de la audiencia real en la cultura política de las épocas medieval y moderna, se deduce que en un principio no se apreciaban diferencias entre la impartición de la justicia por el rey solo o acompañado por su Consejo o Audiencia, dada la identificación entre ambos. Puesto que estos últimos eran el *alter ego* corporativo y colegiado del rey en su faceta jurisdiccional, creados a consecuencia del aumento y complejización de la masa litigiosa. La cuestión no residía en la presencia o no del Consejo, sino en la aplicación directa por el rey de sus atribuciones jurisdiccionales ante sus súbditos, basada en el ejercicio de sus sentidos, de su intelecto. Este fue uno de los fundamentos gubernativos y carismáticos de la majestad real, como se desprende de las referencias laudatorias de tal actividad a cargo de Pedro I de Castilla o la reina Isabel en los Reales Alcázares de Sevilla⁴², o por D. Manuel I, quien, según António

42 LADERO QUESADA, M. A., «Los Alcázares Reales en la Baja Edad Media castellana: política y sociedad», en CASTILLO OREJA, M. A., (ed.): *Los Alcázares Reales*, Madrid (Fundación BBVA-Antonio Machado Libros), 2001, pp. 11 a 35, pp. 27 y 33 a 34.

Pinheiro, «por não retardar o aviamento das partes, se sahia dos lugares, e no campo os ouvia, e lhes mandava tomar suas petições, e ao dia seguinte lhes respondia»⁴³.

Pero la propia dinámica administrativa propició formas más ritualizadas, ceremoniales y corporativas de resolución judicial y gubernativa. El caso de Castilla con las referidas Consultas de Viernes viene siendo objeto de interés y publicaciones, bien propias o de otros historiadores⁴⁴, y es por ello que aquí voy a prestar más atención al caso portugués. Donde tal evolución pasó por el despacho del rey con los *desembargadores do paço* en el propio Palacio, y por su entrada en la *Casa de Suplicação*, en ambos casos todos los viernes (*sextas-feiras*).

1. D. João II (1481-1495). La audiencia jurisdiccional de El-rei en la configuración moderna del aparato administrativo regio

Hasta disponer de fuentes primarias más concluyentes, muchas son las constantes del uso del espacio palaciego portugués definidas por Nuno Senos que se aprecian en la Crónica de D. João II de Garcia de Resende⁴⁵: la centralidad de la *Sala Grande*⁴⁶, el uso político de la misma⁴⁷, o la accesibilidad de

43 *Apud* RAMADA CURTO, D., «A cultura política», en ROMERO MAGALHAES, J., coord., *No alvorecer da Modernidade (1480-1620). Vol. III da História de Portugal* dirigida por José Mattoso, Lisboa (Editorial Estampa), 1997, pp. 111 a 137, p. 129.

44 *El Consejo Real de Castilla en el espacio cortesano (siglos XVI-XVIII)*, Madrid (Polifemo), 2017; POLO MARTÍN, R., *Consejos y consultas: la consulta como instrumento de gobierno en la monarquía hispana del Antiguo Régimen: un estudio jurídico institucional con especial referencia al Consejo de Castilla*, Madrid (Fundación BBVA), 2018.

45 *Crónica dos valerosos, e insignes feitos del Rey Dom Ioam II de gloriosa memoria, em que se refere sua vida, suas virtudes, seu magnanimo esforço, excellentes costumes, e seu christianíssimo zelo*, por Garcia de Resende... Coimbra, Na Real Officina da Universidade, Anno de MDCCLXXXVIII.

46 *Crónica dos valerosos, e insignes feitos del Rey Dom Ioam II...*, cit., pp. 162 a 163, «Capítulo CXVIII. Da grande sala de madeyra que el rey mandou fazer».

47 *Crónica dos valerosos, e insignes feitos del Rey Dom Ioam II...*, cit., p. 32, «Capítulo XXVI. Das Cortes que el Rey fez na cidade de Évora, onde lhe deram obediencias, e menajens». Tuvieron lugar en noviembre de 1481 con ocasión de su acceso al trono, y «se fizerão em huma sala grande dos paços, com muyto grande solemnidade, orden, regimen-to, com muyto ricos concertos, tudo em muyto grande perfeição. El Rey em alto estrado, e sua cadeira real com dorsel de brocado, elle vestido de ropa roçagante de tella douro forrada de ricas martas com o ceptro na mão. E os senhores, e officiaes mōres, e os do

la *Câmara Real*. De acuerdo con lo ya expuesto, la condición de esta última como un espacio restringido, en el cual la persona real era objeto de cuidado y protección, era compatible con la posibilidad de acceso permanente para los súbditos, que puso en riesgo la seguridad real y que solo el tiempo mitigó. El tono laudatorio de la Crónica subrayó la serenidad con la que el monarca reaccionó cuando, a media noche, batieran repetidamente la puerta de su *Câmara de dormyr*⁴⁸, en episodio que traducía la prioridad dada entonces al acceso sobre la restricción, relacionada con las características atribuidas al gobierno real, que anteponian su ejercicio directo. Este aspecto también puede ser apreciado, en la misma obra, en la gran importancia conferida por el monarca a la figura de la audiencia y al despacho de su persona por un lado con el *Desembargo*, y por otro con la *Suplicação*. En ese campo, Resende atendió a un aspecto estructural, la acentuada importancia de la justicia directa entre los atributos de la majestad real y otro circunstancial que, precisamente, demostró la preferencia de D. João II por ella, ofrecer una imagen clemente y no justiciera del monarca:

«Era muy justo, e amigo de justiça, e nas execuções della temperado, sem fazer diferenças de pessoas altas, nem bayxas, nunca por seus desejos, nem vontade a deyxou inteiramente de comprir, e todalas leys que fazia compria tam perfeitamente, como se fora sogeto a ellas... nunca na justiça usou de poder absoluto, nem de cruexa, e muytas vezes usava de piedade, porem não que tirasse justiça as partes, nem em grandes crimes; e secretamente tinha dito na relação, que como não fosse caso feo, ou ladram, ou tevesse partes, que dessem vida aos homens, que muytas ilhas avia ahy pera povoar, porque hum homem custa muyto a criar... E todas las sextas feyras hia sempre a relação pollas manhas, e as tardes estava com desembargadores do paço, e os sábados á tarde hya a fazenda, e estava na mesa dela com os vareadores, e escrivães, vendo as causas que relevavam»⁴⁹.

Conselho, e assí todos os procuradores do reyno affentados em seus affentos ordenados, segundo sus precedencias».

48 *Crónica dos valerosos, e insignes feitos del Rey Dom Ioam II...*, cit., pp. 74 a 75, «Capitulo LI, Do que aquy en Santarém aqueceo a el Rey de noite. Nos paços de Santarem estando el Rey com a Raynha na cama, depois de todos repousados, acerca de meya noite dormindo já el Rey bateram à porta da Câmara onde jazia. Acordando perguntou quem era, e não lhe responderão, ficou enleado cuydando o que podia ser, dahy a pouco tornarão a bater, e elle se levantou muy manso, e vestio um roupão, e tomou huma espada, e huma adarga, e huma tocha acesa na sua mão, e foy muito passo só abrir a porta...».

49 *Crónica dos valerosos, e insignes feitos del Rey Dom Ioam II...*, cit. p. XVI. El aprecio ideal de *El-rei* por la justicia también se advierte en el capítulo CLXXXVII, «Do que el Rey disse a dom Martinho sobre seu irmam», y en el XCV, «Da merce que el Rey

De hecho, para Resende la inestabilidad política que afectó el reinado de D. João II tuvo relación con tal puesta en valor de la justicia, ya que la atribuyó a la reacción de los señores ante la decisión real de enviar *corregedores* a sus tierras. Señal de tal situación fue también la prisión del Duque de Braganza el 29 de mayo de 1483. De acuerdo con la descripción de la misma contenida en la obra señalada, este hecho ofreció ocasión para apreciar, al mismo tiempo, la accesibilidad del espacio reservado del rey, su uso político, y la presencia en él de los *desembagadores do Paço*. Deseoso el Duque de abandonar Évora y volver a sus estados, se desplazó a Palacio «por sua vontade sem ser chamado del rey» para comunicárselo, «e achou el Rey em despacho de petições com os desembargadores do paço. E em o Duque chegando, com a honra acostumbrada lhe mandou dar huma cadeira, e fez assentar junto consigo, e perante elle esteve despachando algumas cousas, e acabado tudo fez despejar a casa em que estava que era hum sotão, e ficou só com o Duque...». El hecho de que, pasado un tiempo, el rey decidiese que «se sobissem acima a huma sua guarda roupa», lo que implicaba un desplazamiento en vertical, donde el Duque quedó bajo custodia de Aires da Sylva, *camareiro mor*, y Dantam de Faria, *camareiro*, indica que, por lo menos en esta ocasión, los *desembargadores* no se reunieron con el rey en la *Câmara Real*⁵⁰. Pero la circunstancia de que ninguna de las fuentes secundarias consultadas para el periodo mencione explícitamente la práctica de tal ejercicio puramente jurisdiccional en la *Sala Grande*, y la indicada identificación con la persona real, sugieren que esa reunión era consumada generalmente en la *antecâmara* real.

Como veremos, las fuentes indican una diferenciación paulatina entre las audiencias del rey con el *Desembargo* y con la *Suplicação*, situados ambos inicialmente fuera de los límites de Palacio. Si en el primer caso son sus miembros quienes van a encontrarse con él, presumiblemente en su Cámara, en el segundo es el rey quien se desplaza a la sede de la *Casa da Suplicação*, para presidir su llamada *Relação* (Audiencia), en lugar de su *regedor* (presidente). Ello puede apreciarse en varios ejemplos contenidos en la Crónica de Resende. En el primero de ellos, «Foy el Rey a *Relação* huma sexta feyra, como sempre fazia, e na mesa grande era julgado hum homem a morte por matar outro, e foi trazido diante del Rey...». Este caso sucedió antes de las fiestas nupciales

fez a hum desembargador por dar boa sentença contra ele» (*Crónica dos valerosos, e insignes feitos del Rey Dom Ioam II...*, cit., pp. 260 y 135).

50 *Crónica dos valerosos, e insignes feitos del Rey Dom Ioam II...*, cit., pp. 58-59, capítulo XLVIII, «De cómo foy a prisão do Duque de Bragança».

del príncipe Don Alfonso en Évora, ocasiones en las que se manifestaba la gracia real, y en consecuencia absolvió al reo⁵¹. De esta manera, se ofrecía una imagen graciosa y piadosa de D. João II, como también hicieron otras dos intervenciones del rey en la *Relação*, que absolvieron a Ioam Baço, carcelero del Limoeiro, por complicidad en la fuga de un prisionero, y otro acusado de amancebarse con la hermana de su fallecida esposa⁵². No es posible concluir una especie de subordinación de la *Casa da Suplicação* en relación a los *desembargadores* (los cuales además formaban parte de la misma a esa altura), por el hecho de ser el rey quien acudía a ella, puesto que, como es sabido, era su propia persona y sus movimientos quien dictaban la calidad del espacio en que se movía como espacio palaciego, dotado, según las circunstancias, de estabilidad o dimensiones cambiantes. Con todo, independientemente de su finalidad, esta serie de testimonios demostraba que en tiempo de D. João II la celebración de tales audiencias con los *desembargadores*, en la *Câmara* o por lo menos en Palacio, y la *Suplicação*, en su sede, era práctica periódica o cuando menos frecuente.

2. D. Manuel I (1495-1521). El hábito de la audiencia jurisdiccional de *El-rei*

A su vez, las fuentes utilizadas permiten afirmar que las mencionadas prácticas jurisdiccionales fueron totalmente consolidadas en el reinado de D. Manuel. La consulta con la *Suplicação* y los *desembargadores* formó así parte de medidas que, independientemente de su dimensión objetiva, fueron vistas como ingredientes de una política de reputación, por un rey *accidentalmente* advenido la corona, después de la muerte de los siete candidatos precedentes⁵³. Pero en sí mismas, tales medidas testimoniaban la continuidad del fortalecimiento de la maquinaria administrativa monárquica observado en tiempo de D. João II. Como señala Ana Isabel Buescu, «é inegável que

51 *Crónica dos valerosos, e insignes feitos del Rey Dom Ioam II...*, cit., pp. 137 a 138, «Capítulo XCVIII. De hum homem a que el Rey dei a vida sendo julgado á morte».

52 *Crónica dos valerosos, e insignes feitos del Rey Dom Ioam II...*, cit., pp. 139 a 140, «Capítulo C, Do que el Rey fez no feito do carcereiro Ioam Baço» y capítulo CI, «Doutro homem que el Rey perdoou sendo julgado que morresse».

53 SENOS, N., *O paço da Ribeira: 1501-1581*, cit., p. 207. Además de la conocida dimensión arquitectónica o legislativa, Senos cita como aspectos que integraban tal política la revisión de los *forais*, la *Leitura Nova*, la extensión de la figura del *juiz de fora*, la compilación de las *Ordenações da Fazenda*, o la sistematización de pesos y medidas.

ao longo do século XV se assistiu, também em Portugal, ao desenvolvimento e à estruturação de mecanismos por parte da coroa que estiveram na base do progressivo fortalecimento do poder régio a caminho de um Estado moderno, que por várias formas e manifestações os reinados de D. João II (r. 1481-1495) e D. Manuel (r. 1495-1521) haviam de exprimir de forma clara»⁵⁴. Más allá de la propiedad del sustantivo “Estado” en el contexto de la monarquía patrimonial –como la propia autora aclara-, lo dicho parece fiel a los hechos. De acuerdo con esa tendencia, la *Câmara Real* apareció ya en el tiempo de D. Manuel como un espacio sujeto a mayor guarda y protección en comparación con el de su antecesor⁵⁵. En este contexto, el despacho de los *desembargadores do paço* con *El-rei*, y la entrada de este en la *Supplicação* eran prácticas jurisdiccionales de frecuencia semanal puntualmente atendidas por *O venturoso*:

«Todas las sextas feiras do anno... hia sempre a casa de supplicação ouvir os presos, & ser presente ao dar as sentenças, & isto sem nunca faltar, nem lho nenhum outro caso impedir, senam doença. Nas mesmas sextas feiras depois de comer despachava ordinariamente com os desembargadores do paço todas as cousas q tocavam a seus officios, sem lhes ficar nenhuma petição por despachar»⁵⁶.

El hecho de que Damião de Gois, el autor de este testimonio, fuese sucesivamente *pajem de lança* y *moço de câmara* de D. Manuel pudo llevarle a

54 BUESCU, A. I., *D. João III*, Lisboa (Círculo de Leitores-CEPCEP), 2014, p. 184.

55 Según Damião de Gois, «Em quanto viveo teve sempre guarda da Câmara, & dos ginetes do q se muito prezava, porque na guarda da Câmara avia vinte e quatro cavalleiros dos mais marcados da Corte q dormiam no Paço junto da sua Câmara, & na mesma casa dormiam alguns moços fidalgos, & na sala outros tantos moços do monte, & na guarda dos ginetes avia duzentos cavaleiros todos de boa casta, e conhecidos por valentes homens, q o acompanhavam quando caminhava», *Chronica do felicissimo Rey Dom Emanuel de gloriosa memoria. A qual por mandado do Serenissimo Príncipe, o Infante Dom Henrique seu filho, o Cardeal de Portugal, do título dos santos quatro coroados, Damião de Gois coligio, e compos de novo*. El Rey N. Senhor a mandou ver por seu coronista mor Ioão Baptista Lavanha & está conforme a que o Autor acima mandou imprimir. Ao Excelso S. D. Theodosio Duque de Bragança, etc. Anno 1619. Con todas as licenças e aprovações necessarias. Em Lisboa por Antonio Alvarez impressor, y mercador de livros, e feita a sua costa, comienzo del capítulo LXXXIII, «Das feições corporais del Rei Dom Emanuel, e das qualidades de sua real pessoa, e cousas a que era inclinado, e afeiçoado, e ordem de sua casa, e modo de viver».

56 *Chronica do felicissimo Rey Dom Emanuel de gloriosa memoria...*, cit., *ibidem*, , f. 342r.

exagerar la importancia entonces de la *Câmara Real* y su valor como eje de la administración real. Pero factores como la idealización del ejercicio de la justicia directa por el rey y la propia información aportada permiten concluir tanto la evidente maduración de aquella, como la intervención personal del rey en la máquina administrativa, consumada en un contexto netamente doméstico, en el cual el *escrivão da puridade*, surgido en el reinado de D. Afonso IV (1325-1357) para ejecutar ciertas decisiones reales que no pasaban por la *Chancelaria*, ocupaba una posición central⁵⁷.

En ese contexto, el *Desembargo* carecía de la consistencia institucional con la que posteriormente sería reconocido. Para ese momento se debe hablar antes de *desembargadores do Paço*, integrados en la *Casa de Suplicação*, el tribunal supremo del reino⁵⁸. Gois indica que entonces eran dos los *desembargadores* que despachaban con *El-rei*, “de muita autoridade, & doutrina”, número limitado que es de presumir facilitaba su acceso y presencia en la *Câmara Real*. Recordaba como tales por entonces a Dom Pedro, obispo de Guarda y prior de Santa Cruz de Coimbra –que posteriormente sería sustituido por Dom Pedro de Meneses- y Dom Diogo Pinheiro, obispo de Funchal. Pero el detalle que Gois destacaba en su escrito, aparecido entre 1566 y 1567⁵⁹,

57 Sobre el *escrivão da puridade*, «Memoria sobre os escrevões da puridade dos reis de Portugal, e do que a este officio pertencia, lida na sessão ordinaria da Academia de 4 de novembro de 1835 por Francisco Manuel Trigoso de Aragão Morato», en *Memorias da Academia R. das Sciencias de Lisboa*, t. XII, parte I, Lisboa: na tipografia da mesma Academia, 1837, así como CARVALHO HOMEM, A. L. de, *O Desembargo Régio (1320-1433)*, Porto (Instituto Nacional de Investigação Científica-Centro de História da Universidade do Porto), 1990, pp. 111 a 114. A lo transcrito, Gois añadía que los *escrevões da fazenda* y la *Câmara* despachaban sus provisiones con *El-rei* en la *Câmara* y que «Asinava el rei tres vezes, & algumas mais na somana em publico, & ao asinar estava o escrevam da puridade & os veadores da fazenda em goelhos, dambalas bandas da sua cadeira, e os escrevões da fazenda & Camara em goelhos ao redor da mesa em q asinava. Dava audiencia pública muitas vezes a todolos que le querião falar ao q era presente o mesmo escrevam da puridade, dom António de Noronha, irmam do marquês de Vila Real que depois foi conde de Linhares, & hum dos veadores da fazenda, asentados sem goelhos a su ilharga...», *ibidem*. Las diferencias en la posición y postura del *escrivão da puridade* y el *vedor da fazenda* respecto al resto de escribanos reflejaban para Ana Isabel Buescu «subtis diferenças numa sociedade hierárquica, tão atenta a codificação de gestos socialmente significantes» (*op. cit.*, p. 220).

58 Sus atribuciones, en THEMUDO BARATA, M., *As regencias na menoridade de D. Sebastião. Elementos para uma história estrutural*, I, Lisboa (Imprensa Nacional-Casa da Moeda), 1992, pp. 128 a 130.

59 SENOS, N., *O paço da Ribeira: 1501-1581*, cit., p. 153.

era que tales *desembargadores* “nam terem casinha no paço como agora tem”. Aunque todavía pasaron años antes de que eso sucediese, la tendencia hacia la institucionalización del *Desembargo* cobró forma durante el reinado de D. Manuel, y se debió con toda seguridad a la continuidad de la presencia semanal de los *desembargadores* en el espacio doméstico del rey. De hecho, D. Manuel reservó espacio en su testamento para disponer la presencia del organismo en Palacio:

«Item pera com mais certidam serem despachados e expedidos os negocios, encomendamos que no Paço haja casa ordenada, em que se ajuntem os deputados, pera entenderem em todos os negocios, aos quaes encomendamos, que huma ves no dia queirão vir a dita caza, e aquellas horas que elles antre si ordenarem, e que mais conviniente lhe parecer e que em tal maneira e com tal cuidado o façam, como seja nosso senhor servido, e o Príncipe meu filho, dezen carregado, e elles dem de sí a conta que devem»⁶⁰.

La decisión implicaba la autonomización como tal del *Desembargo do Paço*. Si en las *Ordenanças Manuelinas* de 1514 los *desembargadores* aparecían en cuarto lugar en la enumeración de los grandes oficios de la Corte, tras el *regedor* de la *Suplicação*, el *chanceler-mor* y el *vedor da fazenda*, en la edición de 1521 el *Desembargo* aparecía en tercer lugar, independizado ya de la *Casa de Suplicação*, constituido en un cuerpo de magistrados presidido por el propio rey. Y, al tiempo, con posibilidades ampliadas de emitir dictámenes sin comunicación previa con él⁶¹, hechos que denotaban la eficacia con la que, a juicio del monarca, se habían desempeñado en tales audiencias. La participación solidaria de rey, *Desembargo* y *Suplicação* en este proceso tuvo

60 CAETANO DE SOUSA, A., *Provas da História Genealógica da Casa Real Portuguesa*. Nova edição revista por M. Lopes de Almeida e César Regado, Atlántida-Livraria Editora, 1947, p. 430.

61 En la edición de 1514 aparecían como atribuciones de los *desembargadores* algunos casos de gracia, casos de apelación de agravio de las comarcas que no fuesen criminales, peticiones de justicia que no implicasen gracia, merced y peticiones de agravio, cartas de perdón a fugitivos, así como cuestiones de hurto, fuego, adulterio, violación de virgenes, fuga de la cárcel, alzamiento de destierros y mancebía de clérigos. Los casos de los que según la edición de 1521 podían entender sin intervención del rey eran casos de forzamiento de mujeres, pecado carnal contra infieles, resistencia a la autoridad judicial, casos de destierro superiores a tres años o cumplidos en más de la mitad de término señalado, e inobservancia de las *Ordenações* sobre la conquista y trato de Guinea e India. Al respecto, THEMUDO BARATA, *As regencias na menoridade de D. Sebastião. Elementos para uma história estrutural*, cit., p. 104, así como BUESCU, A. I., *D. João III*, cit., p. 190.

buena expresión iconográfica y no solo legislativa en las *Ordenações Manue-linas*, iluminadas con grabados que mostraban al rey entronizado, coronado, con un cetro en la mano, las armas de la corona y la esfera armilar, acompañado todo de la divisa «Deus in Celo: Tibi autem in mundo» (Dios en el cielo, pero tú en el mundo). Esta representación del origen divino del poder y la función del rey como vicario de Dios en la tierra completaba su sentido con la presencia de letrados y doctores arrodillados, es decir, jerárquicamente subordinados, que entregaban al monarca unos libros. Si formalmente este último punto podía aludir a la culminación de las propias *Ordenações*, constituía a la vez imagen de la conjunción física entre el rey y su Consejo consumada en tiempo de D. Manuel, consagrada en la propia compilación⁶².

3. D. João III (1521-1557). Institucionalización del *Desembargo* y audiencia jurisdiccional regia

No sorprende, en consecuencia, que en lo relativo al *Desembargo* el reinado de D. João III consistiese fundamentalmente en hacer material el deseo testamentario de su padre. La disposición de Sala propia en Palacio por parte del *Desembargo*, la famosa *casinha*, de acuerdo con la voluntad del difunto D. Manuel, fue una clara evidencia de institucionalización, patente además de ello en una serie de disposiciones que reforzaban su autonomía respecto a la *Casa da Suplicação*. En una tendencia permanente de aclaración de un sistema jurisdiccional confuso, en el que los diferentes órganos se superponían en su área de actuación⁶³, en 1534 se definían las competencias respectivas de despacho entre los jueces de las *chancelarias*, el *chanceler* y los *desembargadores*, siendo atribuido a estos últimos, entre otras muchas competencias⁶⁴,

62 BUESCU, A. I., *D. João III*, cit., p. 184; SENOS, N., *O paço da Ribeira: 1501-1581*, cit., pp. 210-211.

63 En la Biblioteca Nacional de España (BNE), ms. 2292, «Relación anónima sobre la justicia de Portugal» se conserva una buena descripción del complejo sistema jurisdiccional portugués, a partir del que abordó el tema BOUZA ÁLVAREZ, F., *Portugal en la monarquía hispánica (1580-1640). Felipe II, las Cortes de Tomar y la génesis del Portugal católico*, I, Madrid (Universidad Complutense), 1987, Tesis Doctoral, pp. 381-399. En su análisis consideraba tal aparato como un «trasunto hipertrofiado» (p. 378).

64 El *Desembargo* entendería de las cartas de presentación de iglesias, cartas de *tabelião*, *escrivães de Corte* y *Casa do Cível*, de *chanceleres*, *escrivães* y *promotores das correições*, todas las escribanías de justicia de todo el reino, cartas de procuradores de la corte y de la *Casa do Cível*, *porteiros das repartições*, *cartas de estudo* y *lentes*, *cartas de*

el examen de todos los letrados que pretendían ejercer funciones jurídicas o jurisdiccionales en el reino (*juízes de fora, tabeliães, escrivães, advogados*, etc.), por medio de la correspondiente *leitura de bacharéis* ante él⁶⁵. Este hecho, sumado al resto de atribuciones que implicaban una articulación territorial suponió, al tiempo, consolidar institucionalmente el *Desembargo* e integrarlo en el espacio reservado del rey y, con ello, consolidar y dar continuidad física al gobierno doméstico regio propio de las monarquías patrimoniales, de base *oeconómica*. Estas medidas fueron complementadas con otras acordadas en 1543, 1549 y 1553. Además de ello, es importante señalar que la disposición de sala propia en Palacio no homologó el procedimiento de consulta del *Desembargo* con *El-rei* con la que este practicaba con la *Casa de Suplicação*. En opinión de Ana Isabel Buescu -que las fuentes secundarias avalan-, en ella se preparaban los casos de orden administrativo y judicial (elección y provisión de oficios, confirmación de cargos municipales, autorización de *morgados* (mayorazgos) y capillas, legitimaciones, privilegios, etc.), que posteriormente los *desembargadores* presentaban al rey para ser sometidos a su despacho⁶⁶.

La cuestión está en saber si otro hecho apreciado por la misma autora para el tiempo de D. João III, la maduración y aumento de una red institucional basada en Consejos y tribunales, que desembocó en un innegable aumento del aparato administrativo real y sus servidores, «crescendo também a mediação –e portanto a distancia- entre governantes e governados»⁶⁷, tuvo consecuencias en las prácticas administrativas objeto de nuestra atención. De creer a António de Castilho, del Consejo de D. Sebastião, y su *Cronista Mor*, D. João III siguió mostrando especial apego a su intervención jurisdiccional directa, especialmente en los casos que afectaban a la lealtad y confianza exigidas a

contadores, distribuidores, inquiridores, caminheiros, cartas de mercê de sinal público y tabeliães, cartas de autorización de recaudación de limosnas, además del examen de *escrivães y tabeliães* señalado en el texto, Duarte NUNES DE LEÃO, *Leis extravagantes collegidas e relatadas pelo licenciado...*Lisboa: António Gonçalves, anno de 1569, tit. III, ley I, y tít IV, ley II. Al respecto, también, THEMUDO BARATA, M., *As regencias na menoridade de D. Sebastião. Elementos para uma história estrutural*, cit., pp. 105 y 129.

65 SUBTIL, J., «A administração central da coroa», en ROMERO MAGALHAES, J., coord., *No alvorecer da Modernidade (1480-1620). Vol. III de la História de Portugal dirigida por José Mattoso*, Lisboa (Editorial Estampa), 1997, pp. 75 a 89, pp. 75 a 76; THEMUDO BARATA, M., *As regencias na menoridade de D. Sebastião. Elementos para uma história estrutural*, cit., pp. 123 a 128.

66 BUESCU, A. I., *D. João III*, cit., p. 190.

67 BUESCU, A. I., *D. João III*, cit., p. 185.

sus ministros: «Nos crimes enormes mostrava sobejo rigor, e dissimulando com a justiça ordinária, valia-se algumas vezes da jurisdição absoluta, procedendo contra pessoas privilegiadas», como fueron Dom João Sotil, obispo de Çafim, Dom Bernardo Manuel, Dom Duarte de Meneses «por governar a Índia à sua vontade», Dom Miguel de Silva, obispo de Viseu, «por se ir deste reino sem lhe entregar o selo da puridade, e negociar o Capelo de Cardeal contra sua vontade». Como concluye Castilho, «assim que a brandura, e clemência, que sempre mostrou nos delitos, que mereciam perdão o faziam parecer mais rigoroso, e desigual, nos que procediam contra seu serviço desconfiados de sua boa inclinação»⁶⁸.

Hasta que la sistematización de las fuentes archivísticas nos permita afirmar algo al respecto, las crónicas y fuentes analizadas avalan, pues, la continuidad de las señaladas prácticas, aunque resulten algo más parcas al respecto. Esta circunstancia puede estar relacionada con el tiempo transcurrido entre el reinado de D. João III y la fecha de publicación de la obra que se tome como referencia, caso de la conocida Crónica de Francisco de Andrada, centrada en una de las expresiones de la línea de fuerza señalada por Buescu, la consolidación administrativa de la expansión ultramarina. De tal modo que la alusión a ciertos aspectos políticos y humanos del monarca quedaba pospuesta para el capítulo final, tras dar cuenta de su fallecimiento en 1557⁶⁹. Esto ayuda a entender que la mención de su entrada en la *Relação* fuese usada por el autor para subrayar las cualidades del fallecido como rey misericordioso y justo⁷⁰. Más directas, aunque también más ditirámicas fueron las opiniones

68 «Elogio del Rei Dom João de Portugal III do nome. Por António de Castilho do Conselho del Rei Dom Sebastião, e seu Cronista mor», en SEVERIM DE FARIA, M., *Notícias de Portugal*, 1ª ed., Introdução, actualização e notas de Francisco A. Lourenço Vaz, Lisboa (Colibri), 2003, pp. 257 a 267, p. 261.

69 *Crónica do muy alto e muito poderoso rey destes reynos de Portugal dom João o III deste nome. Dirigida ha C.R.M. del Rey dom Felipe o III deste nome nosso senhor.* Composta por Francisco d' Andrada do seu Conselho, & seu Cronista Mor, Anno 1613... Impresa em Lisboa com as licenças necessarias por Iorge Rodríguez, f. 154v.

70 «Foi de natureza branda & benigna, as sentenças de morte nunca quis que se concluíram senão com muyto vagar, & depois de hum largo exame. Nunca mostrou muyto bom rosto aos julgadores que sabia q erão rigorosos. Quando se achava presente na Rolação aos despachos della, que era huma vez cada somana, mais inclinado se mostrava ha brandura da equidade, que ao rigor de justiça...», *Crónica do muy alto e muito poderoso rey destes reynos de Portugal dom João o III deste nome*, cit., Quarta Parte, f. 154v. El autor continuaba refiriendo cómo suprimió una ley que imponía señales físicas a los ladrones.

vertidas por Francisco de Monzón, capellán y predicador real, quien dedicó en 1544 a D. João III el *Libro primero d' l Espejo del príncipe christiano*⁷¹. El también catedrático de Teología en la Universidad de Coimbra se refería a la *Casa da Suplicação* de forma excesiva:

«Las casas que en Lisboa llaman de Relación a donde se determina las causas civiles y criminales de todo el reyno es un muy sumptuoso edificio q no debe nada al Ariopago ateniense ni al Senado romano y más yllustre que la Rota de Roma y que el Parlamento de París y que las Casas de Chancillería de Castilla»⁷².

Es llamativo que un testigo integrado en el servicio real como Monzón (pero que, es verdad, podía ignorar completamente los usos jurisdiccionales) no aprovecharse la alusión a la sede física de la *Relação* para mencionar la asistencia semanal del rey en ella, especialmente si se considera que el objetivo de su obra era destacar las virtudes que adornaban al príncipe, de las cuales el ejercicio directo de la justicia debería necesariamente formar parte. En testimonio física y cronológicamente más distante, Saavedra Fajardo ilustró -nuevamente- la figura del príncipe clemente con una entrada de D. João III en la *Relação*:

«Asistiendo el Rey de Portugal Don Iuán el Tercero a la vista de un proceso criminal, fueron iguales los votos, unos absolvían al reo, otros le condenavan, y aviendo de dar el suyo, dijo: los que le avéis condenado, avéis hecho justicia, a mi entender, i quisiera, que con ellos se uviesen conformado los demás. Pero yo voto que sea absuelto: porque no se diga, que por el voto del Rei fue condenado a muerte un vasallo»⁷³.

71 *Libro primero d' l Espejo del príncipe christiano que trata cómo se ha d' criar un príncipe o niño generoso desde su tierna niñez con todos los exercicios & virtudes que le convienen hasta ser varón perfecto...* por Francisco de Monçon. En Lisboa: en... casa de Luis Rodríguez 28 Julio 1544. Sobre su figura, FERNANDES, M. L. C., "Francisco de Monzón, capelão e pregador de D. João III e de D. Sebastião", *Lusitania Sacra*, 2ª série, núm. 3, 1991, pp. 39 a 70. Jerónimo de QUINTANA, *Historia de la antigüedad, nobleza y grandeza de la villa de Madrid*, Madrid 1954 (reed. da de Madrid 1629), p. 660, le consideró persona de "rara erudición".

72 *Libro primero d' l Espejo del príncipe christiano...*, cit., "Capítulo LVIII, Adonde se pone una breve suma de la descripción de Lisboa y se pone una comparación con Jherusalem quando estaba en su triumpho", f. CLXXXVIIr.

73 *Idea de un príncipe político christiano, representado en cien empresas, dedicada al Príncipe de las Españas nuestro señor por Don Diego de Saavedra Faxardo...*, En Amberes, En casa de Ierónimo y Iuan Bapt. Verdussen, 1655, p. 444.

Por otro lado, las obras de Andrada y Monzón manifestaban la vigencia del gobierno doméstico regio extendido y de las cualidades paternas que, en un sentido *oeconómico*, debían distinguir a *El-rei*. Si el primero afirmaba que «a todos os que punhão os olhos nelle obrigava a lhe terem amor mais de pay q de rey & senhor...»⁷⁴, el segundo integraba el vasto imperio portugués en ese contexto para ilustrar la generosidad del rey con sus vasallos⁷⁵. La tradística y la arquitectura palaciega referían una vasta integración espacial entre los últimos confines del Imperio, y el ámbito reservado desde el cual el monarca gestionaba un espacio que tiene que ser entendido en términos patrimoniales. De hecho, como es sabido, o *Paço da Ribeira* nació asociado a los almacenes y órganos administrativos que custodiaban y dirigían los bienes llegados del Imperio, que constituían el cimiento material de la función del monarca como padre y tutor de sus súbditos, según la doctrina política de la época. El naciente edificio solo se entendía en relación con los espacios adyacentes: el *Terreiro do Paço*, la *Ribeira das Naus*, y la *Casa da India e Mina*. La dimensión patrimonial y la residencial se solapaban de forma ordenada, y si consta que Dom Manuel controlaba físicamente las instalaciones propias de la primera, D. João III no le fue a la zaga y en 1546 ordenó alojar en la llamada por algunas fuentes *Torre do Príncipe* a Cristovão Lourenço, «pera daly vigiar a casa do cobre e todos os telhados e casas dos almazens»⁷⁶.

Según lo dicho, la presencia de los *desembargadores* en el ámbito doméstico del rey implicaba integrar y conferir continuidad a ambos espacios y, consecuentemente, es recogida por las fuentes. Más alusivamente en el Tratado de Monzón, más explícitamente en un trabajo elaborado en la época de D. João III que no fue divulgado hasta el siglo siguiente, los *Ditos portugueses dignos de memória*. Al defender la presencia cotidiana de la música en Palacio, el primero aducía el ejemplo real, «que tiene deputados muy singulares músicos que con delicados instrumentos y muy singulares voces tañen y cantan mientras su alteza está en siesta: y entonces tiene por costumbre

74 *Crónica do muy alto e muito poderoso rey destes reynos de Portugal dom João o III deste nome...*, cit., f. 154v.

75 *Libro primero d' l Espejo del príncipe christiano...*, cit., Capítulo LXVIII. *D la grande magnificencia del rey don Juan Tercero de Portugal en sus gastos y edificios*, f. CLXXXIv.: «... conviene que en el arca del príncipe se ajunten grandes riquezas, para que desde allí se repartan por todos los vasallos según la qualidad y necesidad de cada uno. Y esta propiedad ningún príncipe de la tierra la tiene mejor que el rey don Juan de Portugal, porque grandes thesoros le vienen de diversas partes...».

76 SENOS, N., *O paço da Ribeira: 1501-1581*, cit., pp. 115 y 150.

de despachar y oyr las personas más graves y entender en las cosas que más cumplen a la governación de reynos y señoríos»⁷⁷. Por la segunda sabemos que la presencia de los *desembargadores* en la *Câmara Real* tenía entonces carta de naturaleza⁷⁸, y que las audiencias mantenidas por ellos en ese ámbito también fueron aprovechadas por el rey para exponerles solicitudes legalmente formalizadas de merced recibidas de su propio servicio doméstico⁷⁹.

IV. AUDIENCIA JURISDICCIONAL Y GOBIERNO DOMÉSTICO AMPLIADO EN TIEMPO DE LA ANEXIÓN

Seguidamente, las convulsiones políticas de los reinados de D. Sebastião y D. Henrique parece que dificultaron e interrumpieron, pero no suprimieron, la práctica de la *Consulta de Sexta* de los órganos jurisdiccionales lusos. La excepcionalidad de las regencias, primero, y las convulsiones propias del camino de la anexión, después, no fueron buen contexto para la consolidación definitiva de tal uso administrativo⁸⁰, si bien es una impresión que necesita todavía de apoyo documental más concluyente. Pero, de ser así, no deja de resultar paradójico que la consolidación de tales consultas y su concreción reglamentaria llegase con D. Filipe I, en un contexto bien concreto. El discurso político y administrativo portugués desde 1580 derivaba de la presencia o no del rey, y con ello la importancia del espacio que contenía su actividad particular y oficial, la Cámara, fue subrayada en un doble sentido físico y me-

77 *Libro primero d'l Espejo del príncipe christiano...*, cit., f. CXXVIIIv.

78 *Ditos portugueses dignos de memória. História íntima do século XVI anotada e comentada por José H. Saraiva*, 3ª ed., Mem Martins (Publicações Europa-América, Lda.), s.a., nº 758 (p. 281): «Estando o camareiro-mor no Paço falando com certos desembargadores do Paço, que estavam para falar a el-rei...».

79 *Ditos portugueses dignos de memória...*, cit., nº 91 (p. 48), «Desejando el-rei fazer mercê a um criado seu de muito serviço de um officio que lhe pediu, mandoúlhe que le fizesse disso petição, por ser negócio que havia mister de ser comunicado com letrado. E, depois que o criado lhe-trouxe a petição, tomou-lhe e, estando em despacho com desembargadores do Paço, mostrou aquela petição a um deles e perguntou-lhe se podia fazer aquilo...». La respuesta fue negativa (hecho que habla de la igualdad del rey y el *Desembargo* en el ejercicio de la jurisdicción), pero tiempo después, en coyuntura similar, D. João se resarciría con el *desembargador* que le había negado la petición.

80 Trato de la cuestión en «El ejercicio jurisdiccional en el espacio doméstico regio: la relación del *Desembargo do Paço* y la *Casa da Suplicação* con la *Câmara Real* portuguesa (1557-1583)», *Librosdelacorte.es*, nº 19, 2019, pp. 199 a 231.

tafórico. Si el rey decidiese abandonar el reino, la propia naturaleza de su sistema administrativo hacía ver que tal recipiente tendría gran importancia en la articulación del gobierno, precisamente a causa de su propia ausencia. Sin embargo, antes de continuar, es necesario aclarar una cuestión. En sentido estricto, disociar la Cámara de la persona real es un error, porque, al margen de los bienes muebles e inmuebles que poseía, la primera estaba conceptualmente asociada a la segunda, emanaba de ella. De hecho, si se hiciese abstracción de su significado metafórico, la ausencia real vulgarizaba las dependencias habitualmente utilizadas por el rey como tal *Câmara*.

La cuestión residía en esa dimensión simbólica. En un contexto que Portugal y Castilla compartían, el ejercicio administrativo, como un hecho objetivo y atemporal, se basaba en una reproducción itinerante de la Cámara, que daba cohesión al espacio territorial y era incompatible con una dinámica centro-periferia que solo adquirió naturaleza con la llegada del Estado Liberal. No es que el centro (representado por el rey) fuese móvil. Sino que tal polo carismático, materialmente móvil, pero con una gradual tendencia sedentaria, se tornó simultáneamente presente en cualquier punto del territorio del reino, simbólica o implícitamente, excepto allí donde estaba la naturaleza material de la persona real. Fue un proceso mental propio de los tiempos medievales y modernos fundado en la categoría teológica de la Transubstanciación⁸¹ y sustento de toda una racionalidad administrativa. No parece errado afirmar que en ese cuadro teórico, las propias nociones de estabilidad y movilidad aparecían confundidas, en un espacio continuo cuya cohesión emanaba de

81 Al respecto, NIETO SORIA, J. M., «La transpersonalización del poder regio en la Castilla bajomedieval», *Anuario de Estudios Medievales*, vol. 17, 1987, pp. 559 a 570; CAMILLE, M., *The Gothic Idol: Ideology and Image-Making in Medieval Art* (Cambridge University Press, 1989, p. 217, *apud* GINZBURG, C., “Representation: le mot, l’idée, la chose”, *Annales. Economies. Sociétés. Civilisations*, vol. 46, núm. 6, 1991, pp. 1219 a 1234, p. 1229. Disponible en <<https://doi.org/10.3406/ahess.1991.279008>>. [Consultado el 27/07/2020]; PORTÚS PÉREZ, J., “El retrato vivo: fiestas y ceremonias alrededor de un rey y su palacio”, en CHECA, F. (dir.), *El Real Alcázar de Madrid: dos siglos de arquitectura y coleccionismo en la corte de los reyes de España*, Madrid (Comunidad de Madrid-Nerea), 1994, pp. 112-130; TORRES MEGIANI, A. P., “Fazer presente aquilo que não está: a representação do rei em Portugal durante a Monarquia Hispânica (1580-1640)”, en Rossella Cancila, ed., *Capitali senza re nella Monarchia Spagnola. Identità, relazioni, immagini (sec. XVI-XVIII)*, Palermo (Mediterranea), 2020, pp. 295-318, p. 304. Disponible en <http://www.storiamediterranea.it/wp-content/uploads/2020/05/Capitali-senza-re-II-TOMO_web_13.05.2020.pdf>. [Consultado el 04/06/2020].

la adición y superposición de las manifestaciones material y simbólica del polo entrañado por la persona real. Una naturaleza de la Corte asociada a su movilidad o permanencia podía resultar secundaria en un conglomerado semántico como el descrito.

Como señala el profesor Cardim, la integración de Portugal en la nueva construcción representada por la Monarquía Hispana acentuó la sensibilidad de las elites del reino en términos constitucionales, y su naturaleza y caracteres atrajeron tanto estudios teóricos, como escritos políticos y cortesanos. Pero la nueva situación también hizo material un hecho de orden dinástico y patrimonial que, fiado al azar y a las negociaciones matrimoniales, podría haberse consumado en diferentes ocasiones ya desde un siglo antes, y especialmente a lo largo del reinado de un Dom Sebastião renuente al matrimonio y, por lo tanto, sin hijos. Cuestión supletoria fue la habilidad política y militar de Felipe II de Castilla para que tal posibilidad finalmente triunfase. De tal manera que las relaciones luso-castellanas respondían a dos impulsos, uno tradicional, de raíces medievales, y otro coetáneo y paralelo a la construcción y orientación de la Monarquía Hispana. En este sentido, se puede afirmar que la adhesión de Portugal a la naciente construcción política fue unguida por un procedimiento tradicional.

Entre las cuestiones apreciables en ambas líneas argumentales destacó la ausencia real. Si por un lado fue uno de los principales motivos de respuesta de las elites portuguesas a la inserción de su reino en la dinámica de la Monarquía Hispana, por otro obligó a la corona a subrayar y vigorizar con prontitud las formas implícitas y metafóricas de la presencia real, entre las que, según decía, destacaba el gobierno doméstico regio extendido desde la *Câmara Real* al territorio. A partir del hecho consumado del alejamiento de D. Filipe I del reino portugués, la interrupción u olvido de la presencia simbólica del rey en el territorio era un error que la corona no podía permitirse, de manera que se sublimó su forma más perfecta, la integración espacial de orden *oeconómico* entre la *Câmara Real* y el territorio de reino, para adaptarla a la nueva situación, tanto en lo relativo a la alteridad representada por el virrey o gobernador, cuanto a perfeccionar la relación del sistema con el propio rey ausente.

Ello era todavía más importante si se considera que una base tan tradicional del gobierno podía favorecer indirectamente la puesta en valor por el pueblo portugués de un artefacto político abstracto como la Monarquía His-

pana, promotor como tal difícil de sentimientos de lealtad y pertenencia⁸². La construcción del espacio cortesano en un sentido administrativo era un polo de cohesión tradicional subsumido en la política de amplio rango impulsada por el concepto de Monarquía Hispana. En este sentido, cabe afirmar que la anexión fue resultado de la mezcla de factores como el interés y conveniencia de las elites económicas o la operatividad de aspectos tradicionales o históricos de mutua integración, caso de la identidad política y cultural, de la cual formaba parte el descrito sistema extendido de gobierno. La actualidad de la reforma de la justicia en ese contexto formaba parte, también, de ese cuadro.

En el fondo, este juego permitió comprender el propio ejercicio del gobierno real y las diferencias inherentes a la presencia o la ausencia del rey, apreciadas por autores como Torres Megiani, Bouza, Cardim, Martínez Millán o Labrador⁸³. Antes de la eventualidad del abandono del reino por la persona real, era esencial mantener la racionalidad y verosimilitud de funcionamiento nacido de la Cámara, lo que se tradujo en decisiones como la mejoría del gobierno local del *Desembargo*, la incorporación de dos *desembargadores do Paço* al naciente Consejo de Portugal en Madrid, y, para nuestro interés aquí, la presencia del *vice-rei* o del gobernador en las *consultas de sexta-feira* de la *Suplicação* y del *Desembargo*. Paradójicamente, fue a partir del primer Filipe cuando tales prácticas jurisdiccionales tuvieron una presencia más visible en las *Instruções* y *Regimentos* dados a los *alter ego* reales.

En relación al *Desembargo do Paço*, parece que el propio D. Filipe I practicó la misma costumbre mientras permaneció en Portugal, si creemos en el consejo formulado por Rodrigo Vázquez de Arce en un memorial para la reforma de la justicia portuguesa de 1582, instalado ya el monarca español en el trono luso: "... asistir los reyes con los desembargadores do Paço las sextas ferias de cada semana... q[ue] hacía muchos años q[ue] no se usaba

82 CARDIM, P., «El estatus político de Portugal en la Monarquía Hispana», en IDEM, *Portugal y la Monarquía Hispánica*, (ca. 1550-ca. 1715), Madrid (Marcial Pons), 2017, pp. 43 a 77, p. 53.

83 CARDIM, P., «La jornada de Portugal y las Cortes de 1619», en MARTÍNEZ MILLÁN, J.-VISCEGLIA, M. A., dirs., *La Monarquía de Felipe II: los reinos*, IV, Madrid (Fundación Mapfre), 2008, pp. 900 a 946; BOUZA ÁLVAREZ, F., «Lisboa sozinha, quase viúva: a cidade e a mudança da Corte no Portugal dos Filipes», *Penélope: revista de história e ciências sociais*, núm. 13, 1994, pp. 71 a 94; TORRES MEGIANI, A. P., *O Rei Ausente: festa e cultura política nas visitas dos Filipes a Portugal (1581 e 1619)*, São Paulo (Alameda Casa Editorial), 2004; LABRADOR ARROYO, F., *La Casa Real de Portugal (1580-1621)*, Madrid (Polifemo), 2009, pp. 319 a 337.

tan ordinariamente y q[ue] si se continvaua haciéndolo algunos días... daría mucha autoridad a la justicia, y el gobernador como menos ocupado podría asistir a las dichas sextas ferias...”⁸⁴. De esta forma, el letrado no hacía más que subrayar el señalado rol institucional ganado en las décadas anteriores por el *Desembargo*, derivado de su identificación con la propia persona real, dado que la asesoraba en la provisión de cargos y la administración legal, y además de eso entendía de causas judiciales como los perdones por causas criminales, hecho que fortaleció su unicidad con la persona real. Como he indicado, en tiempo de D. João III pasó a disponer de sala propia en Palacio, la llamada *Casinha*, donde se reunían antes de ir a la presencia regia, y el propio monarca ejerció de presidente del mismo hasta la institución de la figura por Dom Sebastião, en el *regimento* que otorgó al organismo. Por el momento no se sabe cómo fue instrumentada esta decisión, y si tuvo repercusión en la propia entrada del rey en *sexta* en el *Desembargo*. Pero el hecho de que la decisión fuese resistida por los *desembargadores*, con el argumento de que con ella se perdía claridad en la identificación del organismo con el rey –fundamento como digo de su posición institucional⁸⁵–, induce a pensar que pudo perjudicar la práctica o por lo menos el ritmo de dicha costumbre. Si bien Dom Henrique recibió elogios al inicio de su breve reinado por visitar semanalmente los tribunales⁸⁶.

84 Archivo General de Simancas (AGS). Estado (E), leg. 428. Otra copia en AGS, E, leg. 424, cit. por RAMADA CURTO, D., «A cultura política», cit., p. 128. Ya en agosto del año anterior el letrado defendía la necesidad de retomar la costumbre, aunque solo fuese “una o dos veces cada mes”, AGS. E, leg. 408, n^o 275, que publiqué en «Planteamiento de la reforma judicial portuguesa en el contexto de la anexión (1580-1581)», en MARTÍNEZ MILLÁN, J.-MARÇAL LOURENÇO, M. P., coords., *Las relaciones discretas entre las Monarquías Hispana y Portuguesa: las casas de las reinas (Siglos XV-XIX)*, Madrid (Polifemo), 2008, pp. 2151 a 2199. Este punto transcrito en p. 2196.

85 THEMUDO BARATA, M., «O Desembargo do Paço», *As regências na menoridade de D. Sebastião. Elementos para uma história estrutural*, I, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1992, pp. 103 a 128. Para el conocimiento del organismo, cfr. SUBTIL, J., *O Desembargo do Paço (1750-1833)*, Lisboa (UNL), 1996. Sobre la identificación del *Desembargo* con *El-rei*, HESPANHA, A. M., *História das Instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra (Almedina), 1982, p. 357. Entre las atribuciones del *Desembargo* que motivaban una consulta específica con el rey estaban los perdones de *Sexta-Feira de Paixão*, según se aprecia en CALDEIRA PIRES, A., *História do Palácio Nacional de Queluz*, II, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1926, p. 115.

86 Bento José de Sousa FARINHA, *Filosofia de príncipes, II*, Lisboa, 1789, p. 5, *apud* RAMADA CURTO, «A Cultura Política», cit., p. 128.

1. Rey ausente y audiencia jurisdiccional

En suma, no queda clara la forma en que el monarca organizó su presencia compartida en las dos instituciones, y la prueba de que hasta entonces fue una cuestión lejos de asentar es la atención que prestaron a ella los regimientos de los *vice-reis* y *governadores*, según el mencionado consejo de Rodrigo Vázquez, que reflejaban fielmente la suplantación de funciones reales propia del *vice-rei* o del gobernador en el sistema político-legal de la monarquía, una vez partido el rey. Ante la eventualidad del abandono del reino por la persona real, era esencial mantener la operatividad nacida de la *Câmara*, lo que se tradujo en una serie de decisiones, como la mejora del gobierno local del *Desembargo* o la presencia del gobernador ou *vice-rei* en las consultas de *sexta-feira* de la *Suplicação* y –probablemente– el despacho con ellos de los *desembargadores do paço*, en su *antecâmara*. Aspecto tan esencial para la conservación del sistema de gobierno integrado y continuo que refiero constaba ya en el *Regimento* fijado por D. Filipe I el 31 de enero de 1583, sujeto a la *Carta Patente* de la misma fecha que nombraba *governador* al arquiduque Alberto⁸⁷.

En él, de acuerdo con nuestra línea argumental, quedaba reservado un lugar destacado a la intervención directa del gobernador en los órganos colegiados de gobierno, quedando obligado a mantener las mismas directrices practicadas por D. Filipe I, hecho que no supuso novedad para el archiduque, puesto que asistió ya a su tío mientras este permaneció en Portugal⁸⁸. Además de la Junta selecta de la que el gobernador debía tomar consejo, formada por el arzobispo de Lisboa Dom Jorge de Almeida, por el *vedor da fazenda* Pedro de Alcaçova Carneiro y por Miguel de Moura, *escrivão da puridade*, el *Conselho de Estado* se tendría todas las *segundas feiras* por la tarde, «na forma, ordem e modo que agora por meu mando nellas se tem». A su vez, se disponía la reunión del *vice-rei* con *Desembargo*, *Suplicação* y otros organis-

87 *Regimento que o senhor rei Dom Phelippe o 1º deu ao cardeal Archeduque Alberto pera depois de sua ausencia governar estes reinos e senhorios de Portugal*, Biblioteca de Ajuda, 50-V-28, ff. 20r-23v., publicado en *Filipe II de Espanha, rei de Portugal (Coleção de documentos filipinos guardados em Arquivos Portugueses. Estudo introdutório e coordenação de Francisco Ribeiro da Silva, vol. I, Zamora (Fundación Rei Afonso Henriques), 2000, pp. 118 a 122, 118. La Carta Patente con la designación, en p. 123.*

88 CAEIRO, F., *O Arquiduque Alberto de Austria. Vice-Rei de Portugal*, Lisboa, 1961, capítulos II y III.

mos⁸⁹. Su entrada mensual en la *Relação* señalada en el documento indicaba el grado hasta el que la práctica jurisdiccional portuguesa se vio afectada por un contexto político inestable como el propio de la anexión, dado que, por lo menos hasta el reinado de D. Sebastião, la entrada regia en ella fue semanal. Entre otros factores, el despacho del Arquiduque con los diferentes consejos y tribunales mostró, en opinión de António Manuel Hespanha, que el desembarco institucional de D. Filipe I en Portugal pasó en primer lugar por un refuerzo de la administración sinodal y jurisdiccionalista, que respetaba la naturaleza «tópica e argumentativa» del proceso jurídico de decisión. Si el virrey era el *alter ego* real, lo era a todos los efectos, incluido el ejercicio jurisdiccional que D. Filipe II no podría realizar en adelante por razones materiales. En consecuencia, la consulta, al cargo de letrados con «tecnología administrativa» adecuada, fue el procedimiento mantenido a pesar de la ausencia real: «Ouvir os tribunais e conformar-se com as consultas era o modelo do bom governo»⁹⁰. El ejercicio de prácticas tan propias del aura mítica de la corona como el gobierno y la justicia sin mediaciones se insinuaba como uno de los «padrões modelares de administração» que, *a priori*, deberían desembocar en la aceptación y aprecio de la nueva dinastía⁹¹. Que tal era la prioridad regia puede deducirse del hecho de que el procedimiento de la consulta era descrito en el *Regimento* que definía la actuación del gobernador, pero no en las nuevas ordenanzas dadas a los órganos jurisdiccionales el 27 de julho de 1582.

El *regimento* de los Gobernadores de Portugal publicado el 5 de julio de 1593, que los constituía en Junta con ocasión del paso del archiduque Alberto a Castilla (para integrarse precisamente en la llamada *Junta de Gobierno*, en un evidente paralelismo administrativo), no solo ordenaba la fijación en Palacio de «... tres sallas, ante câmara e câmara que para isso mandarey declarar, e todas bem armadas, e com hum dorcel na Câmara onde se ha de fazer o negocio do Governo, de largura que fiquem todos os ditos cinco Governadores

89 Se añade: «Com os tribunais da justiça, consciencia e fazenda tereis a mesma ordem que se agora costuma convem a saber: as 3^{as} feiras chamareis os vedores da fazenda e officiaes della e as 4^{as} feiras os deputados da mesa da consciencia e as sextas feiras os dezembargadores do paço e ireis a relação hua vez cada mez a sexta feira pela manha, que he o dia em que os senhores reys meus antecessores o costumavão fazer», *Filipe II de Espanha, rei de Portugal*, cit., 119.

90 HESAPANHA, A. M., «O governo dos Áustria e a “modernização” da constituição política portuguesa», *Penélope. Fazer e desfazer história*, nº 2, 1989, pp. 50 a 73, 58 y 59.

91 HERMANO SARAIVA, J., *História concisa de Portugal*, Mira Sintra, 1978, p. 427.

encostados a elle...»; sino que repetía la orden de acudir a la *Casa de Suplição* una vez al mes, en *sexta*⁹², y al *Desembargo* cada *sexta*. Así terminó por combinarse la presencia vice-real en ambos órganos. Es de destacar, también, que la ausencia real propició un mayor contacto de los virreyes y gobernadores con el resto de los órganos especializados de gobierno, caso de la *Mesa da Consciência* y el *Conselho da Fazenda*⁹³.

Sobre este fundamento normativo, consta que, cuando en 1600 Cristóbal de Moura fue nombrado *vice-rei* de Portugal, una vez llegado a Lisboa se desplazó a la *Relação (Suplição)* en la siguiente *sexta-feira*, y en ella exhortó a los *desembargadores* a hacer justicia brevemente⁹⁴. El contexto doméstico en el que se inscribía la entrada del *vice-rei* en la *Relação* se advertía en el acompañamiento en tal ocasión de toda la *fidalgua*, práctica que, aumentada, también pudo apreciarse en la *jornada* real de 1619. D. Filipe II de Portugal (III de Castilla) no faltó entonces a la cita, y ejerció con toda la intención la gracia real. Según Lavanha, el rey fue una tarde a caballo a la *Relação*, acompañado solamente de los *senhores, fidalgos* y su casa portuguesa. Si hemos afirmado la importancia de la *Câmara Régia* y su significación implícita en la coyuntura de la ausencia real, resultaba coherente que su presencia fuese encaminada a llenar su sentido material. En tal ocasión, el rey dictó clemencia para una condenada por asesinato y para otros reos por pequeños delitos⁹⁵:

92 Punto diez, «Os Governadores irão à Relação hua vez cada mes, em sesta feira, pella manhã onde se assentarão nas suas cadeiras de spaldas, no topo da mesa que será de largura que caibão nelle...», *Regimento dos Governadores de Portugal*, documento nº 244 del apéndice de *Filipe II de Espanha, Rei de Portugal...*, cit., pp. 372 a 382, p. 375. Nótese que, como en Lavanha, la Casa es llamada *Relação*. El fragmento transcrito en el texto, en p. 373. En RAMADA CURTO, D., «A Cultura Política», cit., p. 128, se citan distintas fuentes de archivo con tales disposiciones, que añaden que la *sexta de manhã* era el día «... em que os senhores reys meus antecessores o costumavão fazer».

93 Punto nueve, «Com os tribunaes da justiça, Conciencia e Conselho da fazenda terão os Governadores a mesma ordem que se agora costumão. E às terças feiras à tarde estarão com o Veedor da fazenda e conselheiros do conselho della. E às quartas feiras à tarde com o Presidente e Deputados da mesa da Conciencia e ordens militares quando ouver materias para isso e às sextas feiras à tarde com o Presidente, e Desembargadores do Paço,...» (*op. cit.*, p. 375). Las implicaciones del ejercicio de poder delegado por virreyes y gobernadores en Portugal son explicitadas en TORRES MEGIANI, A. P., *O rei ausente: festa e cultura política nas visitas dos Filipes a Portugal (1581 e 1619)*, cit., esp. pp. 42 a 51.

94 Pero Roiz SOARES, *Memorial*, I, ed. Manuel Lopes de Almeida, Coimbra (Universidade), 1953, p. 374; RAMADA CURTO, D., «A Cultura Política», cit., p. 128.

95 *Flores de España, Excelencias de Portugal. En que brevemente se trata lo mejor*

«Usaron los reyes pasados de Portugal, hallarse presentes algunas vezes en el Consejo Real (llamado Relaçam) al votar de alguna causa de importancia, i para esto ivan de Palacio a la casa de la dicha Relaçam, que ahora es otro Palacio antigua llamado Limoeiro... Su Magestad imitando también en esto a sus progenitores, fue una tarde a Relaçam,... propúsose a Su Magestad una causa criminal muy grave, votóse por los oydores, i condenose a muerte el agresor, que era una muger, i Su Magestad usando de su real clemencia le perdonó, como también a otros por casos de menor consideración que no tenían parte, i mandó soltar a otros muchos por deudas, que se pagaron por cuenta de su Real hazienda, como avía hecho por los lugares del Reyno por donde avía pasado»⁹⁶.

Entre ambas fechas (el nombramiento de Cristóbal de Moura como *vice-rei* y la *jornada* real de 1619) el *regimento* conferido al *Vice-Rei* Arzobispo D. Fr. Aleixo de Meneses, de 14 de agosto de 1614, también reflejaba la audiencia con los dos órganos jurisdiccionales⁹⁷.

La insistencia reglamentaria implicó que, a pesar de la ausencia regia, la audiencia real (o más correctamente *vice-régia*) fuese práctica estable en el Portugal filipino. De creer el testimonio de Sousa de Macedo, lo dispuesto en 1583 se observaba todavía en 1631, año en el que publicó sus *Flores de España, Excelencias de Portugal*. De lo escrito en esta obra, se deduce que la *Casa de Suplicação* seguía sin compartir espacio físico en Palacio con el *alter ego* real, pero la estrecha relación con él se verificaba en su desplazamiento a ella para tener la citada consulta, «... sin reparar en la distancia del camino...»,

de sus historias, y de todas las del mundo desde su principio hasta nuestros tiempos, y se descubren muchas cosas nuevas de provecho, y curiosidad. Primera parte a la Magestad del rey cathólico de las Españas don Phelipe III, nuestro señor. Por Antonio de Sousa de Macedo, su moço fidalgo y cavallero del hábito de Cristo, Lisboa: Iorge Rodriguez, 1631, f. 121r.

⁹⁶ *Viage de la Cathólica Real Magestad del Rei D. Filipe III N.S. al Reino de Portugal. I relación del solene recibimiento que en él se le hizo...* Por Ioan Baptista Lavaña su coronista mayor. Madrid. Por Thomás Iunti Impresor del Rei N.S., 1622, f. 71v., con la advertencia previa de la confusa designación del tribunal como *relaçam*. La *Casa de Suplicação* se había trasladado desde la *Ribeira* al *palácio do Limoeiro* el 7 de enero de 1584. Sobre su historia, cfr. «Breve síntese da História do Limoeiro», en www.cej.mj.pt/cej/conhece-cej/fich-pdf/brev_sint_hist_limoeiro.pdf. Asimismo Matías de NOVOA, *Historia de Felipe III, Rey de España, Colección de Documentos Inéditos para la Historia de España*, tomo LXI, Madrid, 1875, pp. 230-231: «Hallose en el Consejo Real, cosa usada de los Reyes Antiguos de aquella Corona, y en él hizo algunas mercedes y perdones, por ser la primera vez que entraba en él, delinquentes que estaban para hacer justicia».

⁹⁷ RAMADA CURTO. D., «Ritos e cerimonia da monarquia em Portugal (séculos XVI a XVIII)», cit., p. 238.

y ocupar el lugar del *regedor*⁹⁸. A efectos prácticos, este hecho no implicaba apartamiento del espacio restringido del rey y, por tanto, diferencia con el caso de Castilla, dado que, como señalé, la propia persona real era el polo móvil del cual emanaba la definición de tal espacio.

Con todo, es necesaria todavía mucha investigación para tener una idea clara de la formalidad y contenido de estas consultas concretas en el caso portugués. Para Ramada Curto, la dislocación del rey o su *alter ego* a la *Suplicação* representaba una primera fase de la consulta, que, a su vez, se dividía en dos etapas. Una primera en la cual, cerradas las puertas y sentado en silla alta, exhortaba a los *desembargadores* a justicia, respondido por el *regedor*. Y a continuación, la aplicación por el rey de su clemencia, traducida en el perdón de causas ya sentenciadas⁹⁹. Este desarrollo verosímil de la consulta de la *Casa da Suplicação* con el rey portugués confería la iniciativa en ella a la persona real, mientras en el caso de Castilla en las Consultas de Viernes del Consejo correspondía al consejero consultante. En lo relativo al *Desembargo*, aunque su propia calidad puso la atención en las consultas de *sexta-feira de Paixão*, parece claro que no solo se centraban en la imposición y, en su caso,alzada de *processos-crime*, y atendían un amplio abanico de asuntos administrativos, si se atiende a la propia cadencia de la reunión conjunta con el rey.

Otro asunto diferente -pero fundamental- es la percepción popular de estas formas más elaboradas y ceremoniales de audiencia de justicia. Ramada Curto pone el ejemplo de Diogo de Couto, quien en su *O soldado práctico*¹⁰⁰ hizo ácida crítica de ellas. Si en el tempo de los primeiros reyes de Portugal sus ministros ejercían justicia «nos próprios joelhos», sin necesitar de mesa y silla para un pronto despacho «da viúva pobre, o cassado necessitado, o preso atribulado e o soldado aleijado», fue en su opinión el diablo quien después introdujo la que llamaba «justiça fechada» de *vice-reis e governadores*, contraria para él al buen uso de un oficio que debía fundarse en la publicidad

98 *Flores de España, Excelencias de Portugal...*, f. 121v. El autor trazó un paralelismo entre Consejo Real y *Casa de Suplicação*: «... Y este tribunal que es el supremo de justicia del reyno es tan grave, que así como en Castilla va el Consejo Real a los viernes a tarde a dar cuenta a Su Magestad de los negocios que aquellos días atrás se han despachado, que llaman, yr a la consulta: en Portugal no van los oydores a palacio a dar cuenta al rey, sino él mismo (o el vyrey, o governadores, quando está absente) viene los primeros viernes de cada mes a la Casa de Suplicación asistir a los despachos; y no esta esta... en Palacio, donde vive el rey, y con todo, sin reparar en la distancia del camino, va el rey allá...».

99 RAMADA CURTO, D., «A Cultura Política», cit., p. 128.

100 Diogo do COUTO, *O soldado práctico*, Lisboa (Sá da Costa), 1980, p. 51.

y la transparencia. No cuesta mucho apreciar en lo escrito por Couto el recelo de la nobleza militar al elemento letrado que, en el caso de Castilla animó la pluma de Diego Hurtado de Mendoza o Diego de Aguiar, entre muchos otros. Pero, al escribir así, Diogo de Couto ignoraba un factor esencial: el hecho de que la importancia y la jerarquía de las audiencias reales derivaba de su localización en Palacio, «em função da proximidade da Câmara ou do quarto do rei»¹⁰¹. Si el imaginario popular no podía evaluar favorablemente aquello que consideraba una reducción o «ergastulización» al fondo de Palacio del ejercicio judicial, este proceso permitió, según trato, una implementación de doble sentido del gobierno doméstico ampliado de base *oeconómica* por parte del rey. Que permitía, recíprocamente, el alargamiento del espacio restringido del rey hacia el territorio, y la inserción de este en ese ámbito, por el canal de aquellos órganos gubernativos que, vía audiencia real, formaban parte de él. Por la vía, en fin, del Consejo, llámese *Desembargo do Paço y Casa de Suplicação*, en el caso portugués, o Consejo Real y Cámara de Castilla, en el castellano, pues se dió una comunidad de usos gubernativos y administrativos claramente fundada en el común origen en la tradición administrativa visigoda, caracterizada por la afirmación y desarrollo del *Aula Regia*. No es erróneo afirmar que, en el caso portugués, la vigencia de esta funcionalidad estuvo tras la consolidación de la audiencia jurisdiccional en la *Restauração* bragancista, y de la coetánea y elocuente reivindicación de la necesaria limitación del acceso de los vasallos a *El-rei* en demanda de justicia realizada por António Carvalho de Parada, y legalizada por Pragmática de 1677¹⁰².

Además de ello, el aludido proceso se caracterizaba por una gran complejidad semántica, pues implicaba una integración, asimilación y reducción espacial sin interrupciones, que hacía aprensible la vasta extensión del reino y la sometía al control y dimensiones asibles y humanas de la Cámara Real. Para ello, eran fundamentales instrumentos tales como la tradición filosófica aristotélico-tomista y un principio de orden teológico, verdadero fulcro de todo lo aquí expuesto, la señalada idea de Transubstanciación que, en el fondo, ayudó al desarrollo de la propia civilización cristiana y, por tanto, de los instrumentos que la propia comunidad política se dio para su gobierno. Gobierno que, pese a la múltiple concurrencia jurisdiccional, tendió a confe-

101 RAMADA CURTO, D. «A cultura política», cit., p. 129.

102 CARVALHO DE PARADA, A., *Defensa de los evangelios oprimidos de violentas y contrarias exposiciones,...*, apud RAMADA CURTO, D., «Ritos e cerimonia da monarquia em Portugal (séculos XVI a XVIII)», cit., p. 236.

rir un poder moderador y tutor al monarca. Se construía así un espacio cortesano, fundado en el descrito procedimiento de gobierno, que ejerció a modo de lecho integrador y coordinador de tales jurisdicciones que, sin él, hubieran ejercido sus tareas y atribuciones en vacío.

V. CONCLUSIÓN

En conclusión, la transferencia de las decisiones reales del espacio reservado del rey hacia el territorio tuvo la consecuencia de crear una espacialidad continua de orden político, administrativo y jurisdiccional, que confería al territorio de los reinos una calidad cortesana. Originó una idea difusa de *espacio cortesano* en esos órdenes. Bajo toda la serie de artificios descritos que hacían patente la territorialización del poder, latía la expansión del gobierno real de matriz doméstica, nacido en la Cámara real y transferido al espacio territorial por el Consejo, en un plano *oeconómico*. De manera que el Consejo no era un elemento cerrado constitutivo de la Corte, pero sí una manifestación jurisdiccional relacionada con la Casa Real, que actuaba en un espacio ampliado, ante la necesidad de articular obligaciones domésticas del rey que superaban el límite estricto de su Casa.

Así, la figura del Consejo fue fundamental en el arco temporal moderno para administrar un complejo de derechos singulares en el contexto de un poder ordenador unitario de matriz doméstica. No se puede todavía hablar de soberanía en un sentido contemporáneo, porque la posición del príncipe no era exclusiva en relación a otras posiciones de poder en el territorio. Pero a través del ejercicio jurisdiccional, gubernativo y administrativo coordinado en gran parte a través del Consejo, en lo que podemos llamar espacio cortesano, se construyó un centro de atención monopolista del poder que indudablemente puede ser considerado antecedente de la soberanía del régimen liberal, ejercida sobre el territorio del Estado-Nación.

La materialidad institucional debe dar lugar, pues, a la consideración de cuestiones sustantivas. La calidad de la categoría teórica institucional del Consejo como referencia remota del aparato administrativo contemporáneo y de una cierta noción ideal de eficiencia jurisdiccional no impide apreciar, como sustrato de esa realidad, su ejercicio de transposición de las decisiones gubernativas originadas en el ámbito reservado del rey y extendidas hacia el espacio circundante. Manteniendo consultas físicas con el rey y en su antecámara –o en su propia sede, como fue el caso de la *Suplicação*–, cada tribunal

contribuyó a la cohesión del espacio que administraba, ampliado hasta los propios límites del respectivo reino. Con tal ejercicio, el Consejo transmitió las obligaciones del rey como *paterfamilias* y diseminó un gobierno de molde doméstico que se constituyó en estrato de integración de los diferentes espacios jurisdiccionales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ADAMSON, J., *The Princely Courts of Europe: rituals, politics and culture under the Ancien Régime, 1500-1750*, Londres (Weiderfeld & Nicolson), 1999.
- ALVES, J. de F., *O Mosteiro de São Vicente de Fora*, Lisboa (Livros Horizonte), 2008.
- BAILLIE, H. M., «Etiquette and the planning of the state apartments in baroque palaces», *Archaeologia or Miscellaneous Tracts relating to Antiquity*, vol. 101, 1967, pp. 169 a 199.
- BOUZA ÁLVAREZ, F., *Portugal en la monarquía hispánica (1580-1640). Felipe II, las Cortes de Tomar y la génesis del Portugal católico*, I, Madrid (Universidad Complutense), 1987, Tesis Doctoral.
- «Lisboa sozinha, quase viúva: a cidade e a mudança da Corte no Portugal dos Filipes», *Penélope: revista de história e ciências sociais*, nº 13, 1994, pp. 71 a 94.
- *D. Filipe I*, Lisboa: Temas & Debates, 2008.
- BRAZZINI, G., *Dall'economia aristotelica all'economia politica. Saggio sul Traité de Montchrétien*, Pisa (Ets Editrice), 1988.
- BRUNNER, O., «La “Casa Grande” y la “Oeconómica” de la vieja Europa», en IDEM, *Nuevos caminos de la historia social y constitucional*, Buenos Aires, 1976, pp. 87 a 123.
- *Terra e potere*, Milano (Giuffré Editore), 1983, Introducción de Pierangelo Schiera.
- BUESCU, A. I., *D. João III*, Lisboa (Círculo de Leitores-CEPCEP), 2014.
- CAEIRO, F., *O Arquiduque Alberto de Austria. Vice-Rei de Portugal*, Lisboa, 1961.
- CAETANO DE SOUSA, A., *Provas da História Genealógica da Casa Real Portuguesa*. Nova edição revista por M. Lopes de Almeida e César Regado, Atlântida-Livraria Editora, 1947.
- CALDEIRA PIRES, A., *História do Palácio Nacional de Queluz*, II, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1926.
- CAMILLE, M., *The Gothic Idol: Ideology and Image-Making in Medieval Art* (Cambridge University Press), 1989.
- CÁRCELES DE GEA, B., «La Justicia Distributiva en el siglo XVII (Aproximación político-constitucional)», *Chronica Nova: Revista de Historia Moderna de la Universidad de Granada*, vol. 14, 1984-1985, pp. 93 a 122.
- CARDIM, Pedro, «La jornada de Portugal y las Cortes de 1619», en MARTÍNEZ MILLÁN, J.-VISCEGLIA, M. A., dirs., *La Monarquía de Felipe II: los reinos*, IV, Madrid (Fundación Mapfre), 2008, pp. 900 a 946.
- «A Corte régia e o alargamento da esfera privada», in GONÇALO MONTEIRO, N.,

- coord., *História da Vida Privada em Portugal. A Idade Moderna*, II, Lisboa (Temas e Debates), 2011, pp. 160 a 202.
- «El estatus político de Portugal en la Monarquía Hispana», em IDEM, *Portugal y la Monarquía Hispánica*, (ca. 1550-ca. 1715), Madrid (Marcial Pons), 2017, pp. 43 a 77.
- CARVALHO HOMEM, A. L. de, *O Desembargo Régio (1320-1433)*, Porto (Instituto Nacional de Investigação Científica-Centro de História da Universidade do Porto), 1990.
- CASTELNUOVO, G., «“A la court et auservice de nostres princes”: l’hotel de Savoie et ses metiers à la fin du Moyen Âge», en BIANCHI, P.- GENTILE, L.C., *L’affermarsi della corte sabauda. Dinastie, poteri, élites in Piemonte e Savoia fra tardo medioevo e prima età moderna*, Torino (Zamorani), 2006.
- Chronica do felicissimo Rey Dom Emanuel de gloriosa memoria. A qual por mandado do Serenissimo Príncipe, o Infante Dom Henrique seu filho, o Cardeal de Portugal, do título dos santos quatro coroados, Damião de Gois coligio, e compos de novo. El Rey N. Senhor a mandou ver por seu coronista mor João Baptista Lavanha & está conforme a que o Autor acima mandou imprimir. Ao Excelso S. D. Theodosio Duque de Bragança, etc. Anno 1619. Con todas as licenças e aprovações necessarias. Em Lisboa por Antonio Alvarez impressor, y mercador de livros, e feita a sua costa.*
- Chrónica dos valerosos, e insignes feitos del Rey Dom Ioam II de gloriosa memoria, em que se refere sua vida, suas virtudes, seu magnanimo esforço, excellentes costumes, e seu christianíssimo zelo*, por Garcia de Resende... Coimbra, Na Real Officina da Universidade, Anno de MDCCLXXXVIII.
- Crónica do muy alto e muito poderoso rey destes reynos de Portugal dom João o III deste nome. Dirigida ha C.R.M. del Rey dom Felipe o III deste nome nosso senhor. Composta por Francisco d’Andrada do seu Conselho, & seu Cronista Mor, Anno 1613... Impresa em Lisboa com as licenças necessarias por Iorge Rodríguez.*
- CLAVERO, B., *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid (Tecnos), 1986.
- *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano (Giuffrè), 1991.
- COSTA GOMES, R., *The making of a Court Society: Kings and nobles in late medieval Portugal*, Cambridge University Press, 2003.
- «Le Conseil Royal au Portugal (1400-1520)», en MICHON, C., ed., *Conseils et conseillers dans l’Europe de la Renaissance, v. 1450-v. 1550*, Presses Universitaires de Tours-Presses Universitaires de Rennes, 2012, pp. 147 a 174.
- COUTO, Diogo do, *O soldado práctico*, Lisboa (Sá da Costa), 1980.
- CUNHA, Rodrigo da, *História Eclesiástica da Igreja de Lisboa*, Lisboa 1642.
- Ditos portugueses dignos de memória. História íntima do século XVI anotada e comentada por José H. Saraiva*, 3ª ed., Mem Martins (Publicações Europa-América, Lda.), s.a.
- «Elogio del Rei Dom João de Portugal III do nome. Por António de Castilho do Conselho del Rei Dom Sebastião, e seu Cronista mor», em SEVERIM DE FARIA, M., *Notícias de Portugal*, 1ª ed., Introdução, actualização e notas de Francisco A. Lourenço Vaz, Lisboa (Colibri), 2003, pp. 257 a 267.

- EZQUERRA REVILLA, I., «Aportación al estudio de la Junta de Policía (1590-1601)», en VÁZQUEZ LESMES, R., *Homenaje a Antonio Domínguez Ortiz*, Córdoba (Real Academia de Córdoba), 2004, pp. 259 a 282.
- «La Cámara», en MARTÍNEZ MILLÁN, J.-FERNÁNDEZ CONTI, S., dirs., *La monarquía de Felipe II: la Casa del Rey*, I, Madrid (Fundación MAPFRE), 2005, pp. 121 a 142.
- «Planteamiento de la reforma judicial portuguesa en el contexto de la anexión (1580-1581)», en MARTÍNEZ MILLÁN, J.-MARÇAL LOURENÇO, M. P., coords., *Las relaciones discretas entre las Monarquías Hispana y Portuguesa: las casas de las reinas (Siglos XV-XIX)*, Madrid (Polifemo), 2008, pp. 2151 a 2199.
- «La Cámara Real como espacio palaciego de integración», en MARTÍNEZ MILLÁN, J.-HORTAL MUÑOZ, J. E., dirs., *La Corte de Felipe IV (1621-1665): reconfiguración de la Monarquía Católica*, I, Madrid (Polifemo), 2015, pp. 379 a 439.
- *El Consejo Real de Castilla en el espacio cortesano (siglos XVI-XVIII)*, Madrid (Polifemo), 2017.
- «El ejercicio jurisdiccional en el espacio doméstico regio: la relación del *Desembargo do Paço* y la *Casa da Suplicação* con la *Câmara Real* portuguesa (1557-1583)», *Librosdelacorte.es*, nº 19, 2019, pp. 199 a 231.
- FANTONI, M.; GORSE, G.; SMUTS, M., *The Politics of Space: European Courts, ca. 1500-1750*, Roma (Bulzoni), 2009.
- FARINHA, Bento José de Sousa, *Filosofia de príncipes, II*, Lisboa, 1789.
- FERNANDES, M. L. C., «Francisco de Monzón, capelão e pregador de D. João III e de D. Sebastião», *Lusitania Sacra*, 2ª série, núm. 3, 1991, pp. 39 a 70.
- Filipe II de Espanha, rei de Portugal (Colectânea de documentos filipinos guardados em Arquivos Portugueses. Estudo introdutório e coordenação de Francisco Ribeiro da Silva, vol. I, Zamora (Fundación Rei Afonso Henriques), 2000.*
- FIORAVANTI, M., dir., *Lo Stato Moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari (Editori Laterza), 2002, pp. 3 a 36.
- Flores de España, Excelencias de Portugal. En que brevemente se trata lo mejor de sus historias, y de todas las del mundo desde su principio hasta nuestros tiempos, y se descubren muchas cosas nuevas de provecho, y curiosidad. Primera parte a la Magstad del rey cathólico de las Españas don Phelipe IIII, nuestro señor. Por Antonio de Sousa de Macedo, su moço fidalgo y cavallero del hábito de Cristo, Lisboa: Iorge Rodriguez, 1631.*
- FOUCAULT, M., «La Gubernamentalidad», en VV. AA., *Espacios de Poder*, Madrid: Ediciones de la Piqueta, 1991, pp. 9-26.
- *Seguridad, Territorio, Población: curso en el Collège de France*, Buenos Aires (Fondo de Cultura Económica), 2006.
- FRIGO, D., *Il padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione del 'economica' tra Cinque e Seicento*, Roma (Bulzoni), 1985.
- «Disciplina Rei Familiariae»: a economía como modelo administrativo de Ancien Régime, *Penélope. Fazer e desfazer a História*, nº 6, 1991, pp. 47 a 62.

- GAMBRA GUTIÉRREZ, A., «El *Palatium* y la *Domus Regis* castellanoleonese en tiempos de la dinastía pamplonesa», en *Evolución y estructura de la Casa Real de Castilla*, I, em IDEM-LABRADOR ARROYO, F., *Evolución y estructura de la Casa Real de Castilla*, I, Madrid (Polifemo), 2010, pp. 11 a 63.
- GARCÍA SOTO, L., «La justicia en Aristóteles», en AGRA ROMERO, M., GARCÍA SOTO, L., FERNÁNDEZ HERRERO, B. y otros, *En torno a la justicia. Las aportaciones de Aristóteles, el pensamiento español del XVI, J. S. Mill, la fenomenología y Rawls*, (Eris), 1999, pp. 19 a 86.
- GINZBURG, C., «Representation: le mot, l'idée, la chose», *Annales. Economies. Sociétés. Civilisations*, vol. 46, núm. 6, 1991, pp. 1219-1234. Disponible en <<https://doi.org/10.3406/ahess.1991.279008>>.
- GONZÁLEZ MARRERO, M. del C., *La Casa de Isabel la Católica*, Ávila (Institución Gran Duque de Alba), 2005.
- GROSSI, P., *El orden jurídico medieval*, Madrid (Marcial Pons), 1993.
- GUILLAUME, J., dir., *Architecture et vie sociale. L'Organisation intérieure des grandes demeures à la fin du Moyen Age et a la Renaissance*, París (Picard), 1994.
- HERMANO SARAIVA, J., *História concisa de Portugal*, Mira Sintra, 1978.
- HESPAÑA, A.M., *História das Instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra (Almedina), 1982.
- «O governo dos Áustria e a 'modernização' da constituição política portuguesa», *Penélope. Fazer e desfazer história*, nº 2, 1989, pp. 50 a 73.
 - *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Madrid (Taurus), 1989.
 - «El espacio político», en IDEM, *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid (CEC), 1994, pp. 85 a 121.
 - «Representación dogmática y proyectos de poder», en IDEM, *La gracia del Derecho...*, pp. 61-84.
- Idea de un príncipe político christiano, representado en cien empresas, dedicada al Príncipe de las Españas nuestro señor por Don Diego de Saavedra Faxardo...*, En Amberes, En casa de Jerónimo y Iuan Bapt. Verdussen, 1655.
- KANTOROWICZ, E. H., *Los dos cuerpos del rey: un estudio de antropología política medieval*, Madrid (Alianza Editorial), 1985.
- LABRADOR ARROYO, F., *La Casa de la Emperatriz Isabel de Portugal (1526-1539)*, Memoria de Licenciatura presentada en la Universidad Autónoma de Madrid, noviembre de 1999.
- *La Casa Real de Portugal (1580-1621)*, Madrid (Polifemo), 2009.
- LADERO QUESADA, M. A., «Los Alcázares Reales en la Baja Edad Media castellana: política y sociedad», en CASTILLO OREJA, M. A., (ed.): *Los Alcázares Reales*, Madrid (Fundación BBVA-Antonio Machado Libros), 2001, pp. 11 a 35.
- LAMBERTINI, R., «Per una storia dell'oeconomica tra alto e basso Medioevo», *Cheiron*, nº 2, 1985, pp. 45 a 74.
- «A proposito della costruzione dell'Oeconomica in Egidio Romano», *Medioevo*, vol. 14, 1988, pp. 315 a 370.

- «L'arte del governo della casa. Note sul commento di Bartolomeo di Varignana agli *Oeconomica*», *Medioevo*, vol. 17, 1991, pp. 347 a 389.
- Libro primero d' l Espejo del príncipe christiano que trata cómo se ha d' criar un príncipe o niño generoso desde su tierna niñez con todos los exercicios & virtudes que le convienen hasta ser varón perfecto...* por Francisco de Monçon. En Lisboa: en... casa de Luis Rodríguez 28 Julio 1544.
- MARIANA, Juan de, «Del Rey y de la Institución Real», em *Obras del padre Juan de Mariana*, II, Madrid: Rivadeneyra, 1854 (Volumen 31 de la *Biblioteca de Autores Españoles*), pp. 463 a 576.
- MARTÍNEZ MILLÁN, J., «La función integradora de la Casa Real», en MARTÍNEZ MILLÁN, J.-FERNÁNDEZ CONTI, S., dirs., *La Monarquía de Felipe II: la Casa del Rey*, I, Madrid (Fundación MAPFRE Tavera), 2005, pp. 507 a 517.
- «La Corte de la Monarquía Hispánica», *Studia Histórica. Historia Moderna*, vol. 28, 2006, pp. 17 a 61.
- «La sustitución del “sistema cortesano” por el paradigma del “Estado Nacional” en las investigaciones históricas», *Libros de la Corte*, núm. 1, 2010, pp. 4-16.
- «Conseillers et factions curiales pendant le règne de l' empereur Charles Quint (1500-1558)», en MICHON, C., ed., *Conseils et conseillers dans l' Europe de la Renaissance, v. 1450-v. 1550*, Presses Universitaires de Tours-Presses Universitaires de Rennes, 2012, pp. 129 a 145.
- «Memoria sobre os escrivães da puridade dos reis de Portugal, e do que a este officio pertencia, lida na sessão ordinaria da Academia de 4 de novembro de 1835 por Francisco Manuel Trigo de Aragão Morato», em *Memorias da Academia R. das Sciencias de Lisboa*, t. XII, parte I, Lisboa: na tipografia da mesma Academia, 1837.
- MENDES, I. M. R., *O Mosteiro de Guadalupe e Portugal, séculos XIV-XVIII*, Lisboa (Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica-Centro de História da Universidade de Lisboa), 1994.
- NIETO SORIA, J. M., «La transpersonalización del poder regio en la Castilla bajomedieval», *Anuario de Estudios Medievales*, vol. 17, 1987, pp. 559 a 570.
- NOGUEIRA DA SILVA, A. C., *O modelo espacial do Estado Moderno: reorganização territorial em Portugal nos finais do Antigo Regime*, Lisboa (Editorial Estampa), 1998.
- NOVOA, Matías de, *Historia de Felipe III, Rey de España, Colección de Documentos Inéditos para la Historia de España*, tomo LXI, Madrid, 1875.
- NUNES DE LEÃO, Duarte, *Leis extravagantes collegidas e relatadas pelo licenciado...* Lisboa: António Gonçalves, anno de 1569.
- PAPAGNO, G.- QUONDAM, A., «La Corte e lo Spazio. Appunti problematici per il Seminario», en *La corte e lo spazio: Ferrara estense*, III, Roma (Bulzoni), 1982, pp. 823 a 838.
- Parva naturalia: saperi medievali, natura e cita: atti dell' XI Convegno della Società Italiana per lo studio del pensiero medievale: Macerata, 7-9 dicembre 2001*, Istituti editoriali e poligrafici internazionali, 2004.
- PIZARRO GÓMEZ, F. J., *Arte y espectáculo en los viajes de Felipe II*, Madrid (Ediciones Encuentro), 1999.

- POLO MARTÍN, R., *Consejos y consultas: la consulta como instrumento de gobierno en la monarquía hispana del Antiguo Régimen: un estudio jurídico institucional con especial referencia al Consejo de Castilla*, Madrid (Fundación BBVA), 2018.
- PORTÚS PÉREZ, J., «El retrato vivo: fiestas y ceremonias alrededor de un rey y su palacio», en CHECA, F. (dir.), *El Real Alcázar de Madrid: dos siglos de arquitectura y coleccionismo en la corte de los reyes de España*, Madrid (Comunidad de Madrid-Nerea), 1994, pp. 112 a 130.
- QUINTANA, Jerónimo de, *Historia de la antigüedad, nobleza y grandeza de la villa de Madrid*, Madrid 1954 (reed. da de Madrid 1629).
- RAMADA CURTO, D., «Ritos e cerimonia da monarquia em Portugal (séculos XVI a XVIII)», en BETHENCOURT, F.-RAMADA CURTO, D., *A memória da nação: colóquio do Gabinete de Estudos de Simbologia*, Lisboa (Livraria Sa da Costa), 1991, pp. 201 a 265.
- «A cultura política», en ROMERO MAGALHAES, J., coord., *No alvorecer da Modernidade (1480-1620). Vol. III da História de Portugal* dirigida por José Mattoso, Lisboa (Editorial Estampa), 1997, pp. 111 a 137.
- RODRÍGUEZ MOÑINO, A., «Viaje a España del rey Don Sebastián de Portugal (La entrevista de Guadalupe)», *Revista de Estudios Extremeños*, vol. 3, 1947, pp. 279 a 360.
- SALAZAR Y ACHA, J. de, *La Casa del Rey en Castilla y León en la Edad Media*, Madrid (CEC), 2000.
- SÁNCHEZ ALBORNOZ, C., «El Palatium Regis asturleonés», *Cuadernos de Historia de España*, vol. 59-60, 1976, pp. 5 a 77.
- SEGURADO, J. «Juan de Herrera em Portugal», em DIAS, P., coord., *As relações artísticas entre Portugal e Espanha na época dos descobrimentos* (II Simpósio luso-espanhol de História de Arte), Coimbra (Livraria Minerva), 1987, pp. 99 a 111
- SENOS, N., *O paço da Ribeira: 1501-1581*, Lisboa (Editorial Notícias), 2002.
- SMUTS, M.; GORSE, G., «Introduction», en FANTONI, M.; GORSE, G.; SMUTS, M., *The Politics of Space: European Courts, ca. 1500-1750*, pp. 13-35.
- SOARES, Pero Roiz, *Memorial*, I, ed. Manuel Lopes de Almeida, Coimbra (Universidade), 1953.
- SOARES DA CUNHA, M., *A Casa de Bragança 1560-1640: práticas senhoriais e redes clientelares*, Lisboa (Editorial Estampa), 2000.
- SOLNON, J.F., *La Cour de France*, París (Fayard), 1987.
- STARKEY, D., *The english Court from the Wars of the Roses to the Civil War*, Singapore (Longman), 1987.
- SUÁREZ FERNÁNDEZ, L., «Origen y evolución del Palacio Real en la Edad Media», en AA. VV., *Residencias reales y Cortes itinerantes*, Madrid (Patrimonio Nacional), 1994, pp. 27 a 34
- SUBTIL, J., *O Desembargo do Paço (1750-1833)*, Lisboa (UNL), 1996.
- «A administração central da coroa», en ROMERO MAGALHAES, J., coord., *No alvorecer da Modernidade (1480-1620). Vol. III de la História de Portugal* dirigida por José Mattoso, Lisboa (Editorial Estampa), 1997, pp. 75 a 89.

- «Um caso de “estado” nas vésperas do régime liberal: Portugal, século XVIII», em MOI-
TA, L.; FREIRE, L. G.; SUBTIL, J., *Do Império ao Estado. Morfologias do sistema
internacional*, Lisboa (EdiUAL), 2013, pp. 87-142.
- THEMUDO BARATA, M., *As regencias na menoridade de D. Sebastião. Elementos para
uma história estrutural*, I, Lisboa (Imprensa Nacional-Casa da Moeda), 1992.
- TORRES MEGIANI, A. P., *O Rei Ausente: festa e cultura política nas visitas dos Filipes a
Portugal (1581 e 1619)*, São Paulo (Alameda Casa Editorial), 2004.
- «Fazer presente aquilo que não está: a representação do rei em Portugal durante a
Monarquia Hispânica (1580-1640)», en Rossella Cancila, ed., *Capitali senza re nella
Monarchia Spagnola. Identità, relazioni, immagini (sec. XVI-XVIII)*, Palermo (Medi-
terranea), 2020, pp. 295-318. Disponible en <[http://www.storiamediterranea.it/wp-
content/uploads/2020/05/Capitali-senza-re-II-TOMO_web_13.05.2020.pdf](http://www.storiamediterranea.it/wp-content/uploads/2020/05/Capitali-senza-re-II-TOMO_web_13.05.2020.pdf)>.
- VERSTEEGEN, G., *La sustitución del paradigma cortesano por el estatal en la historio-
grafía liberal*, Tesis Doctoral UAM 2013, codirigida pelos professores José Martínez
Millán e Manuel Rivero Rodríguez. Disponible en <[https://repositorio.uam.es/bit-
stream/handle/10486/661839/versteegen_gijs.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/661839/versteegen_gijs.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>.
- Viage de la Cathólica Real Magestad del Rei D. Filipe III N.S. al Reino de Portugal. I
relación del solene recebimiento que en él se le hizo...* Por Ioan Baptista Lavaña su
coronista mayor. Madrid. Por Thomás Iunti Impresor del Rei N.S., 1622.
- VILLACAMPA, C. G., *El Monasterio de Guadalupe*, Madrid 1928.
- VILLACORTA BAÑOS-GARCÍA, A., *Don Sebastián Rey de Portugal*, Barcelona (Ariel),
2001.
- WARF, B.; ARIAS, S., eds., *The Spatial Turn: Interdisciplinary perspectives*, London and
New York (Routledge), 2009.

DOMINIUM NA DOUTRINA DE FRANCISCO DE VITÓRIA:
REFLEXÕES PARA A HISTORIOGRAFIA DE UM DISCURSO JURÍDICO MODERNO

Ana Caldeira Fouto¹

*Dominium fundatur in imagine Dei;
sed homo est imago Dei per naturam
(...).*²

Sinopse: O uso de *dominium* como chave conceptual para a definição de *ius* encontra-se no cerne da inovação teórica da doutrina jurídica no início da Idade Moderna, tendo contribuído para o desenvolvimento de um conceito de “natureza humana” juridicamente operante na reformulação do *ius naturale* e dos direitos dele decorrentes. A influência dos teólogos neste processo é bem conhecida. Pretendemos neste texto revisitar a implicação da doutrina de Vitoria sobre o *dominium* e a sua definição de *ius* fundado na inerente qualidade do homem enquanto *imago Dei* para o desenvolvimento teórico do discurso jurídico da Segunda Escolástica.

Palavras-chave: *Dominium*; direito; direito natural; Francisco de Vitoria; Segunda Escolástica.

Abstract: The use of *dominium* as a key-concept to the definition of *ius* is at the heart of the theoretical innovation brought by the Early Modern legal doctrine, and it was decisive to the development of a concept of “human nature” effective in the reformulation of *ius naturale* and natural rights. The role theologians played in this process is well known. It is our intention to revisit the implication of Vitoria’s doctrine on *dominium* and his definition of *ius* founded on the inherent quality of man as *imago Dei* to the theoretical development of the juridical discourse of Second Scholasticism.

Keywords: *Dominium*; right; natural law; Francisco de Vitoria; Second Scholasticism.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; I. A DEFINIÇÃO DO *DOMINIUM* COMO DIREITO; 1.1. As filiações teológicas da doutrina jurídica de Vitoria; 1.2. *Dominium* e *liberdade* na definição do *direito*; II. *DOMINIUM* E NATUREZA HUMANA; 2.1. *Dominium* e pessoa; 2.2. Conceito de *natureza* na definição do *direito*; 2.3. *Dominium* como atribuição da criatura racional; CONCLUSÃO; BIBLIOGRAFIA.

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do IURIS - Instituto de Investigação Interdisciplinar.

² *Relectio Prior de Indis Recenter Inventis*, 1.1, 3, 30.

INTRODUÇÃO

Uma leitura atenta da estrutura argumentativa da *Relectio de Indis* de VITORIA permite aferir o sentido da articulação entre *dominium*, *ius* e *lex*, particularmente eficaz na afirmação de que o *dominium* político deveria necessariamente derivar ou do direito natural, ou do direito divino, ou do direito humano. VITORIA parte da negação de que o *dominium* decorra do direito natural para desenvolver o argumento de que do direito humano não pode retirar-se um *dominium* universal, pois assumindo-se o *dominium* como *direito* este teria de decorrer de uma jurisdição exercida universalmente, que não existe.

Juntamente com a autonomização da “natureza”, particularmente relevante para a doutrina do *ius naturale* e para os seus efeitos na moderna definição do *ius gentium* – aquela que tradicionalmente foi identificada como inovação de GRÓCIO mas que era conhecida do debate teológico, baseada na fórmula hipotética “*si Deus ipse non esset*” usada por Gregório de RIMINI em 1344 para autonomizar o direito natural fundado na *recta ratio* – a articulação da matriz tomista com elementos caracteristicamente nominalistas dos mestres parisienses introduziu uma nova complexidade na definição do *ius*, traduzida na definição inovadora de VITORIA do *ius* como “*facultas conveniens alicui seundum leges, id est, facultas data, v. gr., mihi a lege*”.

I. A definição do *dominium* como *direito*

1.1. As filiações teológicas da doutrina jurídica de Vitória

Afirmava VITORIA em 1535, em comentário à Q. 62 II^oII^o da *Summa* aquiniana, que “*não é, com efeito, fácil explicar o que é o domínio sem que primeiro vejamos o que é o direito, de modo a sabermos se domínio é o mesmo que direito ou se se funda no direito porque, como é sabido, não existe domínio que não seja fundado no direito*”³.

Não deixa, pois, de ser significativo que o teólogo tenha desenvolvido o conceito de *dominium* para sustentar o corolário “*os cristãos não podem ocu-*

3 VITORIA, Francisco de, *Questão 62.^a, Da restituição, Artigo Primeiro. Se a restituição é um ato da justiça comutativa*, 1535, *A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (Século XVI)*, vol. III *Da Restituição: sobre a propriedade e a origem do poder civil*, dir. Pedro Calafate, Ricardo Ventura, Almedina, 2020, p. 71.

*par as terras dos infiéis se aqueles infiéis forem delas verdadeiros senhores*⁴, expondo já a construção argumentativa presente na *Relectio de Indis*.

A elucidação da relação entre *dominium* e direito torna-se especialmente necessária atendendo não só ao significado que o primeiro adquire para o tratamento teológico da matéria da justiça (sendo identificado como o conceito determinante na matéria da *restituição*⁵), mas também às implicações jurídicas da construção do *dominium* em função do seu objecto – enquanto *propriedade*, caso seja exercido sobre coisas, e enquanto *autoridade*, caso seja exercido sobre pessoas.

Os primeiros modernos teorizaram o “direito” como “poder ou faculdade” no âmbito da teologia e não no do *ius commune*, nem tão pouco no do humanismo jurídico⁶, e nesta matéria VITORIA representa por excelência as potencialidades da recuperação do tomismo como elemento de renovação do pensamento escolástico.

4 VITORIA, Francisco de, *Questão 62.^a, Da restituição, Artigo Primeiro. Se a restituição é um ato da justiça comutativa*: “... uma vez feita a primeira divisão e apropriação, de dois modos, precisamente, e tão só a dois títulos, pôde alguém adquirir o domínio das coisas; porquanto também de duas maneiras tão somente pôde o domínio ser transferido de uma pessoa para outra até chegar até nós (e é isto que interessa à nossa matéria da restituição). Pelo primeiro modo, o domínio pôde ser-nos transferido, primeiramente, por vontade do dono anterior. De outro modo, por autoridade do príncipe. Daí que nenhuma coisa possa mudar de dono a não ser destes dois modos, porque, quanto às coisas entretanto apropriadas, o domínio não pode ser transferido de nenhum outro modo. Tal é claro, porque por direito natural, omitindo casos de extrema necessidade, não pode diversamente fazer-se a divisão, nem adquirir-se o domínio; a não ser, pois, destes dois modos.” (...) “De que se segue o corolário: que os cristãos não podem ocupar as terras dos infiéis, se aqueles infiéis forem verdadeiramente senhores delas, e elas, portanto, não forem dos cristãos. Porque, se as ocuparam pela força, já não se passa assim. Nesse caso, os cristãos podem reavê-las, como é manifesto, a respeito da África, que os sarracenos tomaram aos cristãos. E é evidente o corolário, porque uma vez feita a divisão das coisas, essas terras cabiam àqueles infiéis e eles não no-las querem dar, nem nenhum dos seus príncipes; ora, sendo eles verdadeiros donos, se eles próprios não no-las quiserem dar, segue-se que não podemos retê-las nem tomá-las; tal como, também, com toda a certeza, tratando-se destes índios, ninguém poderia tomar-lhes as terras.”; *A Escola Ibérica da Paz...*, cit., pp. 103-105.

5 VITORIA, Francisco de, *Questão 62.^a, Da restituição, Artigo Primeiro. Se a restituição é um ato da justiça comutativa*: “Mas, antes de tratarmos a matéria da restituição, devemos tratar a do domínio, já que este, justamente, conduz à restituição...”, *A Escola Ibérica da Paz...*, cit., p. 69.

6 GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho como Facultad en la Neoescolástica Española del Siglo XVI*, Iustel, Madrid, 2009, p. 28.

Coube a Iohannes GERSON, teólogo de filiação nominalista e figura destacada do movimento conciliarista, a formulação de uma teoria do direito como “poder ou faculdade”⁷. Juntamente com Conrad SUMMENHART, seu comentador, e John MAIR, que acolhe o ensino deste último, servirá de fonte mais directa a Francisco de VITORIA (que estudou na Universidade de Paris, de que GERSON foi grão-chanceler e onde aqueles três autores exerceram o seu magistério), consumando-se por esta via a difusão do conceito entre os autores da Escolástica Peninsular.

Se GERSON, SUMMENHART e MAIR haviam contribuído para o reanimar do pensamento franciscano, para lá da consolidação do seu estatuto jurídico próprio dentro da Igreja, retomando o conceito de *dominium*, o tomismo vinha a recuperar lentamente um lugar de centralidade na Universidade de Paris, muito por impulso de João XXII. A reabilitação do tomismo no contexto da superação – complexa, é certo – da disputa com a filosofia franciscana será um dos elementos fundamentais do ambiente intelectual em que se desenvolve o humanismo⁸.

Foi o magistério de Pierre CROKAERT que mais proximamente determinou o percurso intelectual de VITORIA em Paris. Tendo evoluído do tradicional nominalismo ockhamiano para a filosofia tomista, CROKAERT foi uma das figuras mais influentes no colégio de Saint-Jacques e foi com ele que VITORIA colaborou na edição de um comentário à *Summa Theologiæ*, publicado em 1512. Mas se mesmo o comentário de TOMAS DE VIO à *Summa* de AQUINO em finais do século XV e a divulgação que a obra conheceu demonstram o ressurgimento do tomismo, ele continuava minoritário face à tradicional linha franciscana. Caberá a VITORIA e à Segunda Escolástica o papel determinante na reabilitação definitiva do tomismo e este percurso de renovação intelectual por via do ensino, bem como a relevância que na Península a universidade e os seus protagonistas tiveram na determinação da acção política são aspectos cruciais para a caracterização do papel verdadeiramente “modernizante” da Segunda Escolástica. O pensamento de VITORIA encontra-se, pois, na confluência das duas grandes tradições escolásticas e é desse

7 Neste sentido, veja-se TUCK, Richard, *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, 1979, reimpressão Cambridge, USA, Cambridge University Press, 1998, p. 25; CARPINTERO, Francisco, *La Ley Natural. Historia de un concepto controvertido*, Madrid, 2008, pp. 140-141; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho como Facultad...*, cit., p. 17.

8 TORRENT, Armando, “Segunda Escolástica Española y renovación de la ciencia del derecho en el siglo XVI. Un capítulo de los fundamentos del derecho europeo. I. Francisco de Vitoria, Domingo de Soto”, in *Teoria e storia del diritto privato*, n.º 6, 2013, p. 7.

encontro que a renovação do pensamento jurídico se projecta, respondendo à interpelação daquele que foi, nas palavras de FUENTESECA, o grande dilema histórico do pensamento europeu, entre a lei política e a lei natural⁹.

A definição de “direito” exposta por VITORIA assume apenas parcialmente a matriz voluntarista do contexto parisiense. A teoria do “direito-faculdade” exposta por GERSON primeiramente no *Liber de vita spirituale animae*, de 1402 (“*Ius est facultas seu potestas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis*”) e, posteriormente, no *Tractatus de potestate ecclesiastica et de origine juris et legum*, de 1417 (“*Ius est potestas, seu facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamem primae Iustitiae*”)¹⁰ conhece nas mãos de VITORIA uma significativa mutação. Ao definir o “direito” como *potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges*¹¹, a conveniência desta *potestas vel facultas* é agora determinada “segundo as leis”, não se mantendo a fórmula de GERSON, que subordinava o “poder ou faculdade” directamente aos “ditames da recta razão” – muito embora VITORIA afirme que a sua fórmula é uma citação da de SUMMENHART, recolhida por sua vez em GERSON, o que, no entanto, não resulta do cotejo dos textos. A fonte dos direitos passa a ser, na definição de VITORIA, a lei, ao contrário do que entendiam GERSON e SUMMENHART, para quem a lei tinha carácter meramente declarativo.

A ideia de que o “direito” corresponde, assim, àquilo que é permitido pela lei é reconduzida por VITORIA¹² à definição tomista da lei como *ratio iuris*¹³.

9 FUENTESECA, Pablo, *El gran dilema histórico del pensamiento jurídico europeo ¿ley política o ley natural?*, in *Estudios de derecho romano*, Madrid, 2009, pp. 409 e seguintes.

10 GERSON, Iohannes, *Liber de vita spirituali animae*, lec. 3a, in *Opera omnia* (L. Ellies du Pin, editor, Antwerpiae, 1706, reimpr. Hildesheim, G. Olms Verlag, (1987), III, col. 26 A; *Tractatus de potestate ecclesiastica et de origine iuris et legum*, consideratio 13a, in *Opera omnia*, (L. Ellies du Pin, editor, Antwerpiae, 1706, reimpr. Hildesheim, G. Olms Verlag, 1987), II, col. 250 C. *Apud* FOLGADO, Avelino, *Evolución Histórica del Concepto del Derecho Subjectivo*, 1960, San Lorenzo de El Escorial, p. 153; GUZMÁN BRITO, Alejandro, “História de la atribución de categorías o predicamentos a “derecho” (“ius””, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Sección História del Pensamiento Jurídico y Político], XXXIII, Valparaíso, Chile, 2011, pp. 273-317, p. 287.

11 VITORIA, Francisco de, *In STh. Tom. Aquinat.* (1533-1535), ed. Beltrán de Heredia, Madrid, 1932, t. III, *De Iustitia*, in *II^a II^{ae}*, q. 62, art. 1, 5.

12 VITORIA, Francisco de, *In STh. Tom. Aquinat.*, cit., in *II^a II^{ae}*, q. 57.^a: *De iure*, art. 1.^o, n.^o 7: *alio modo capitur ius pro lege ipsa*.

13 S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II^a II^{ae}, q. 57, art. 1: “*Ita etiam hoc nomen ius primo impositum est ad significandum ipsam rem iustam; postmodum autem derivatum*

Sucedem também aqui o que é avançado como citação corresponde a uma interpretação que, no limite, subverte a posição do aquinate. A lei como *ratio iuris* é “medida” do direito, que pré-existe (tal como resulta, igualmente, do pensamento de GERSON).

GUZMÁN BRITO chamou a atenção para o facto de esta variação operada por VITORIA ter uma justificação mais profunda do que a mera sensibilidade especial ao argumento de autoridade (de que GERSON, SUMMENHART e MAIR gozavam indubitavelmente).

VITORIA estaria sobretudo interessado em estabelecer um recurso técnico que visava sustentar uma noção de “domínio” que dependeria do conceito de “direito”, pelo que o teólogo inovaria assim, também, ao usar o conceito jurídico como fundamento de uma sistemática do direito privado¹⁴.

A teorização do conceito de “direito” por VITORIA demonstra bem aquele esforço de superação dos quadros mentais tomistas através da articulação de uma fórmula geneticamente voluntarista que é também característica da Segunda Escolástica. Todavia, VITORIA foi apenas o iniciador de uma Escola responsável pela densificação do conceito, através de formulações diversificadas, tributárias de posicionamentos igualmente variados face aos postulados tradicionais.

1.2. *Dominium e liberdade na definição do direito*

A partir de VITORIA e da influência do seu magistério em Salamanca, verifica-se a difusão da fórmula “direito-faculdade” no discurso jurídico da Segunda Escolástica, ainda que nem sempre se verifique o seu pleno acolhimento.

Encontra-se em Domingo de SOTO uma importante discussão do alcance da noção de *facultas* para definir o *ius*, precisamente a propósito da distinção entre *ius* e *dominium*: “*ius idem est quod facultas disponendi de rebus libereque illis utendi*”¹⁵. SOTO rejeita a identificação entre *ius* e *dominium* (que retira da doutrina de GERSON, SUMMENHART e MAIR, identificados como autores da definição de *ius* como *facultas*).

SOTO retoma a identificação do “direito” como o “justo”, caracterizando como *facultas* apenas o *dominium* – distinguindo claramente o *dominium*

est ad artem qua cognoscitur quid sit iustum; et ulterius ad significandum locum in quo ius redditur, sicut dicitur aliquis comparere in iure; et ulterius dicitur etiam ius quod redditur ab eo ad cuius officium pertinet iustitiam facere, licet etiam id quod decernit sit iniquum”.

14 GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El derecho como Facultad...”, cit., pp. 56-61.

15 SOTO, Domingo de, *De iustitia et iure*, l. IV, q. 1, art.1.

em si do *título do domínio*¹⁶, entende que todo o *dominium* é *ius*, mas refuta que todo o *ius* se traduza num *dominium*¹⁷.

A distinção de SOTO coloca também em relevo o papel da noção de *liberdade* na construção moderna do conceito de “direito”, demonstrando uma complexidade que questiona o tradicional esquema teórico assente na matriz voluntarista de raiz franciscana.

Ao demonstrar ao longo da questão I do livro IV do *De iustitia et de iure*, dedicada ao conceito de *dominium*, que só os seres livres têm *ius domini*¹⁸, e ao rejeitar a identificação entre *ius* e *dominium*, SOTO deixa claro que a fundamentação do direito não se esgota no uso da liberdade individual, dando como exemplo a correlação entre “deveres” e “direitos” daqueles que se encontram em posição de dependência (como sucede com o filho que tem direito a ser alimentado e protegido pelo pai), negando que alguém seja dono de outrem pelo facto de “ter direitos” – e portanto que “ter direito” signifique

16 SOTO, Domingo de, *De iustitia et iure*, l. IV, q. 1, art.1: “*Ad haec adnotandum est diuersam rem esse titulum dominij ab ipso dominio: id quod negligentius quidam Parisiensium considerant: arbitrantes cum suo cancellario eandem facultatem que est dominium, esse & titulum.*”

17 SOTO, Domingo de, *De iustitia et iure*, l. IV, q. 1, art.1: “*At vero circa vocis descriptionem plus operae insumunt iuniores, quàm opus esset: vt puta Gerson de potesta. Ecclie. considerata.13 & tractatu De vita spirituali. lect. 3. cui plurimum astipulatur Conrad. tracta. I. de contract. & aliorum nõ nulli in 4. dist.15. Primum enim omnium aiunt isti, ius bifariam accipi. Primò pro lege: quo significatu dicimus, Ius Ciuile, & Canonicum. Secundo pro legitima potestate, qua quis fungitur in personam aliquam, vel rem. Deinde aiunt dominium idem esse prorsus, quod ius secundo modo acceptũ. Qua propter dominium, inquirunt, est potestas seu facultas propinqua assumendi res alias in suam facultatem, vel vsum licitum, secundo iura rationabiliter instituta. Sic isti de dominio loquuntur, an vero propriè, id perpendamus. Primò, pro eodem vsupari iuris nomen ac dominij, re vèra voces ipsae aegte ferunt. Jus nanque (vt suprà visum est) idem est (...) quod iustum. Est enim obiectum iustitiae: puta aequitas quam iustitia inter homines constituit: dominium autem facultas est domini (vti nomen sonat) in seruos vel in res, quibus suo arbitrato, ob suumquè commodo vitur. Fit ergo vt ius non conuertatur cum dominio, sed sit illi superius & latius patens.*” Sobre a interpretação da definição de SOTO, veja-se FOLGADO, Avelino, *Evolución Historica del Concepto del Derecho Subjectivo*, cit., pp. 195-198; GUZMÁN BRITO, Alejandro *El Derecho como Facultad...*, cit., pp. 113-120; TORRENT, Armando, “Segunda Escolástica Española...”, cit.

18 SOTO, Domingo de, *De iustitia et iure*, l. IV, q. 1, art.1: “*Nam cum dominio fundere-tur in libertate, licet ante usu rationis verè sit dominus, quia verè liber, & nõ seruus: vsus tamen dominij ei ob bonum suum interdictus, quoad usque rationis lux illi affulgeat.*”

“ter domínio”¹⁹. O mesmo argumento reveste especial relevância no plano político, sustentando a afirmação de que o príncipe não é dono dos súbditos.

A centralidade da vontade livre e racional no conceito de *dominium* é também essencial para o desenvolvimento da concepção moderna e juridicamente consolidada do elemento consensual, colocado na origem da propriedade privada e da autoridade política.

Na explicação de VITORIA, compete ao homem por direito natural o domínio de *todas* as coisas²⁰, e somente pela divisão das coisas, permitida por direito natural mas estabelecida por direito humano (direito das gentes ou direito civil) através do consenso²¹ se pôde estabelecer o domínio de alguém sobre determinadas coisas. Por isso, após a divisão das coisas, apenas é permitida a transferência do *dominium* por um de dois modos – ou pela vontade do *dominus* ou pela autoridade do governante legítimo. Percebe-se, pois, que o corolário inicialmente citado da lição de VITORIA, segundo o qual “os cristãos não podem ocupar as terras dos infiéis se aqueles infiéis forem delas verdadeiros senhores”²² e que constitui um dos argumentos principais da *Relectio de Indis* seja antecedido de uma detalhada explicação do conceito de *dominium*.

O recurso ao conceito de *dominium* enquanto *direito* em sentido predominantemente subjectivo é sustentado pelo enquadramento da questão no âmbito da justiça comutativa, que reforça a noção de *direito* em sentido *subjectivo* como paradigma discursivo ao acentuar a dimensão relacional dos direitos (enquanto relações entre sujeitos iguais, como é próprio da justiça comutativa), e potencia a progressiva disseminação do entendimento dos direitos – *v. g.* de propriedade, de legítima defesa, de comunicação – como *direitos universais*²³. Para a caracterização destes *direitos* como direitos subjectivos concorre ainda aquela dimensão *permissiva* do direito, conhecida da juris-

19 SOTO, Domingo de, *De iustitia et iure*, l. IV, q. 1, art.1: “Enim verò pater ius habet in filios: dominium autem, si propriè fandum est, non item. Est inquam aequum & iustum atque adeò ius, vt pater filiis imperet ob suum ipsorum bonum, quos propter ipsos diligit, instituit & educat.”

20 VITORIA, Francisco de, *De Iustitia*, q. 52, a.1.

21 VITORIA, Francisco de, *De Iustitia*, q. 52, a.1.

22 VITORIA, Francisco de, *Questão 62.^a, Da restituição, Artigo Primeiro. Se a restituição é um ato da justiça comutativa, A Escola Ibérica da Paz...*, cit., p. 105.

23 KOSKENNIEMI, Martti, “The Political Theology of Trade Law: The Scholastic Contribution”, in *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, ed. Ulrich Fastenrath, Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Andreas Paulus, Sabine von Schorlemer, and Christoph Vedder, Oxford University Press, 2011, pp. 90-112, p. 109.

prudência e da teologia medievais e que é favorecida no quadro do pensamento peninsular. A definição dos *direitos* por referência *ao que é permitido aos indivíduos*²⁴ acentua-se, com o recurso constante a esta estrutura de fundamentação patente na formulação dos limites de actuação dos governantes.

Importa realçar o recurso à enumeração dos limites do poder político na restrição dos *direitos* dos indivíduos. Esses limites advêm, desde logo, de uma imposição de direito natural que é também elemento essencial da definição dos *direitos* dos indivíduos por referência ao *dominium* – o direito do homem a exercer o domínio sobre tudo o que for necessário à sua subsistência. Assim, estaria vedado aos governantes, sem justa causa, impedir a pesca, a caça ou a recolha de lenha, a deslocação ou o comércio, assim como interferir nos preços dos bens, nos salários ou nos lucros ou expropriar sem justa causa nem justa indemnização²⁵.

A definição dos direitos *naturais* funda-se num conceito de *natureza do homem* a que a escolástica peninsular – a começar pela doutrina de VITÓRIA – não só recorre, mas a que dá lugar destacado na análise das matérias jurídicas controvertidas. É um ponto de referência marcadamente teológico que sustenta o desenvolvimento de uma nova linguagem jurídica, precisamente por recurso à natureza do homem – e não apenas a uma *humanidade* objectivamente considerada, mas à natureza *dos homens* enquanto indivíduos.

A integração teológica de matéria jurídico-civil no âmbito da justiça comutativa e a subordinação do direito de propriedade – designadamente quanto à divisão dos bens originariamente comuns – às regras do *ius gentium* (e não do *ius naturale*, que todavia se mantém como referente de validade do direito positivo), a par da afirmação do homem enquanto sujeito de direitos, que se definem no plano da individualidade não só pela sua titularidade, mas também pelo seu exercício livre, entendido como manifestação do *domínio sobre si*²⁶ – todos estes elementos sustentam a construção dos direitos naturais modernos enquanto direitos *dos indivíduos*.

24 BRETT, Annabel, “The Development of the Idea of Citizens’ Rights”, in Quentin Skinner, Bo Stråth, *States and Citizens. History, Theory, Prospects*, Cambridge University Press, 2003, pp. 97-112, p. 100.

25 SOTO, Domingo de, *De iustitia et iure*, l. IV, q. IV a 1 (301a): “*nisi quando eidem reipublicae tuendae & administrandae necesse fuerint*”.

26 BRETT, Annabel, *Liberty, Right and Nature: Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge University Press, 2003, p. 159: “Beyond that, man must not only have his own rights as an individual, but he must also have their exercise in his own control: in other words, he must be *sui iuris*, have *dominium* of himself or his liberty.”

II. *Dominium* e a construção da natureza humana

2.1. *Dominium* e pessoa

A definição de *ius* enquanto *dominium* oferece também uma interessante base do desenvolvimento de um conceito de *natureza humana* operante na definição dos *direitos*.

Não por acaso, a análise dos títulos legítimos da coroa espanhola na América desenvolvida por VITORIA na sua *Relectio de Indis* parte do conceito de *dominium* para uma exposição que conclui fundando a existência de um tal *direito* na noção de *humanidade*, por sua vez assente na qualidade inerente do homem enquanto *imago Dei*²⁷.

Só depois de estabelecer que os índios tinham legítimo *dominium*, de direito público e privado, são apreciados os títulos invocados para sustentar o *dominium* dos soberanos espanhóis.

Ao longo da segunda secção é notória a articulação que se estabelece entre *dominium*, *ius* e *lex*. Quando nega que o imperador seja senhor do orbe, VITORIA parte do *direito* para afirmar que o *domínio* do imperador teria de derivar ou do direito natural, ou do direito divino, ou do direito humano (recusando a procedência de qualquer título nesta sede)²⁸.

A negação de que tal *domínio* decorra do direito natural é particularmente interessante. VITORIA nega categoricamente tal possibilidade com recurso a uma noção de *igualdade*, que preclui também qualquer possibilidade de *domínio* de um homem sobre o outro²⁹.

Além de negar facilmente que o domínio universal do imperador decorresse de um título de direito divino, VITORIA rejeita igualmente que se verificasse que tal título houvesse à luz do direito humano, uma vez que para que tal sucedesse o *domínio*, enquanto *direito*, teria de se basear numa *lei* que ninguém poderia ter decretado para o mundo inteiro³⁰. A matriz tomista dessa

27 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.1, 3, 30: “*Dominium fundatur in imagine Dei; sed homo est imago Dei per naturam (...)*.”

28 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.2, 2, 5-20: “*Imperator non est dominus totius orbis. Probatur, quia dominium non potest esse nisi de iure naturali vel divino vel humano; sed nullo tali est dominus orbis; ergo. (...) Et sicut etiam dicit idem S. Thomas (...), dominium et praelatio introducta sunt iure humano; ergo non sunt de iure naturale.*”

29 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.2, 2, 5: “*Minor probatur, primum de iure naturali, quia ut bene dicit S. Thomas (...) in iure naturali homines liberi sunt (...)*.”

30 VITORIA, Francisco de *Relectio de Indis*, 1.2, 2, 150-160: “*De iure autem humano constat quod Imperator non est dominus orbis, quia vel esset sola auctoritate legis, et*

articulação entre *direito* e *lei* tal como VITORIA a expõe é aqui bem patente. Mas se o *direito* depende de uma *lei* que o estabeleça, também se verifica uma prévia determinação dos pressupostos da lei *válida*.

A definição tomista da lei enquanto causa eficiente do direito é reafirmada por VITORIA – no que é seguido pela generalidade dos autores peninsulares – designadamente contra a pretensão de que o direito é a lei³¹.

A distinção releva na medida em que enquanto causa eficiente, a lei é *ratio iuris*, o uso corrente do termo *lex* como sinónimo de *ius* é impróprio, uma vez que o objecto do *ius* é a *iustitia*, e a *lex* é *causa iuris*, exprimindo a razão, regulando, prescrevendo, concedendo *ius*. Donde decorre necessariamente que os *direitos* reconhecidos a uma pessoa são apenas os que são atribuídos pela *lei*. E este aspecto encontra-se especialmente fixado na fórmula com que VITORIA consagrou a definição subjectiva de *direito*: “*facultas conveniens alicui secundum leges, id est, facultas data, v. gr., mihi a lege*”³². Assim, a natureza da *lei* determina a natureza do *direito-faculdade*, pelo que os direitos estabelecidos pela lei natural são, em si e por isso mesmo, *naturais*³³.

O problema de saber se a limitação pela lei incluída na definição de VITORIA – e que se repete na generalidade dos teólogos peninsulares – é estranha à natureza do *direito* (que se identificaria tão somente com a *faculdade*) não passa despercebido e a resposta é também ela relevante para a caracterização dos *direitos*: apenas enquanto estabelecida pela lei a *faculdade* é jurídica, só aí existe uma verdadeira *faculdade moral*. Pelo que apenas existem *direitos* quando são estabelecidos pelas leis (naturais ou positivas). A limitação pela lei é inerente à própria natureza do direito enquanto *faculdade*, e não meramente acidental³⁴.

nulla talis est, et si esset, nihil operaretur, quia lex praesupponit iurisdictionem. Si ergo ante legem non habebat Imperator iurisdictionem in orbe, lex non potuit obligare non subditos. Nec hoc habuit Imperator aut per legitimam successionem aut donationem aut permutationem aut emptionem aut iusto bello aut electionem aut aliquot alio legali titulo, ut constat. Ergo nunquam Imperator fuit dominus totius mundi.”

31 VITORIA, Francisco de, *In II-II S. Thomae*, q. 57, a.1, n.7: “*Ibi jus non potest capi pro lege, quae est causa iusti, sed pro iusto*”; FOLGADO, Avelino, *Evolución histórica del concepto de derecho subjectivo*, cit., pp. 24-25.

32 VITORIA, Francisco de, *In II-II S. Thomae*, q. 62, a.1, n.5.

33 SOTO, *De iustitia et iure*, IV, 2.1, col. 1: “*Dominium quadruplex est, scilicet (...) Igitur, quod non sint plura quam haec dominiorum genera, inde patet quod nullo praeter haec potest Jure quispiam ullum obtinere dominium.*”

34 FOLGADO, Avelino, *Evolución histórica del concepto de derecho subjectivo*, cit., pp. 277-278.

Em que medida esta construção se reflecte na concepção do *sujeito* titular desses direitos?

Antes de mais, e para retomar a dicotomia que alguma doutrina pretende projectar no pensamento peninsular entre *pessoa* e *natureza*, importa reafirmar que a complementaridade entre estas realidades que tipicamente perpassa na generalidade dos autores não implica necessariamente, cremos, uma sobreposição de uma sobre a outra, designadamente a preferência pela *natureza* em detrimento da *pessoa*, secundarizada numa relação de subordinação. Não pelo menos quando se trata de fundamentar um conceito de *direito* enquanto *faculdade*. E isto porque, nesta sede, as referências à *natureza* servem essencialmente como referente último que visa justificar a prioridade concedida à *pessoa* quando se trata de definir e caracterizar os *direitos*.

É a caracterização da *pessoa* que mais imediatamente serve a determinação do que seja o *domínio* e de quem o pode ter e exercer. Como se retira da leitura da *Relectio de Indis*, é antes de mais uma formulação antropológica que predetermina a discussão sobre os direitos *de* e *sobre* os gentios. E se a discussão recai sobre a *natureza humana*, tal serve o claro propósito de estabelecer mais firmemente o conceito de *pessoa* – precisamente porque é ela o referente do *sujeito* de direitos.

A atestar esta leitura, está o facto de não bastar aos teólogos caracterizar a *natureza humana*, prosseguindo uma análise detalhada de quem, sendo *humano*, por força de limitações várias pode, ainda assim, ser considerado insusceptível de ser *sujeito de direitos*. Ao defender que o *sujeito* de direitos é a *pessoa* – apenas a pessoa (excluindo, *v.g.*, os animais) mas *toda* a pessoa (incluindo os inféís e os pecadores, os loucos ou as crianças) – VITORIA estabelece sem dúvida uma dimensão *personalista* dos direitos que não deve ser secundarizada. É a *pessoa* criada como *imagem de Deus*³⁵ que tem *domínio* e conseqüentemente tem *direito*, porque ele é distintivo do homem enquanto (única) criatura que é *propter se*³⁶.

Ainda que referido em última instância a uma *natureza humana*, a recondução a este âmbito de *si* revela em primeiro plano uma determinação

35 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.13, 5: “*Item diximus quod fundamentum domini est imago Dei (...)*”.

36 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.13, 5: “*(...) ergo est illis dominium, quod nihil aliud est quam ius. (...) Nec est idem de creatura irrationali, quia puer non est propter alium, sed propter se (...)*”.

eminentemente singular do sujeito, expresso na formulação dos elementos estruturais do direito.

Enquanto causa intrínseca material do direito, o sujeito é reconduzido, como vimos, à *pessoa*; mas a determinação do *domínio* de que é titular a *pessoa* em função de *si* dá-nos também a definição de uma outra causa intrínseca material, o *objecto* do direito, em termos que traduzem uma inequívoca dimensão individual: é objecto do direito aquilo que é ordenado ao bem do sujeito e a formulação de VITORIA não deixa qualquer dúvida de que este é aferido ao bem imediato do próprio homem³⁷.

Da mesma forma, enquanto causa extrínseca do direito a *causa final* identifica-se, como fim imediato do direito, com o *bem do seu titular*, e só mediamente com o *bem comum*. Dimensão individual que se reflecte na análise estrutural do *direito* porque ela é, afinal, inerente à prévia concepção de justiça enquanto *relação entre homens*: “*Justitia non potest esse nisi inter homines*”³⁸.

2.2. Conceito de *natureza* na definição do *direito*

Se, como procurámos demonstrar, a *pessoa* é um elemento fundamental na definição do *direito* formulada por VITORIA e não um elemento secundário, cabe ainda assim inquirir sobre a forma como ele se articula com a noção de *natureza*.

Importa, designadamente, aferir em que medida o discurso jurídico moderno peninsular incorpora a autonomização da *natureza* e qual o significado que este processo pode revestir para a caracterização dos *direitos* nesse contexto.

De facto, se VITORIA confronta uma nova e radical formulação de *naturalismo* – com que nos alvares do Renascimento se pretende autonomizar a reflexão política e jurídica – é certo que ele reconhece a autonomia da *natureza* face à ordem sobrenatural, na senda aliás de uma tradição escolástica.

É possível ponderar se o reconhecimento desta autonomização seria uma decorrência da adesão de VITORIA à teoria medieval da *dupla verdade*³⁹,

37 VITORIA, Francisco de, *In II-II*, 62, 1, 52: “*Probatur ex fine quia Dominus fecit oculos propter me; bona enim naturalia non habent alium finem immediatum nisi ipsum hominem.*”

38 VITORIA, Francisco de, *In II-II*, 58, 2,1.

39 Como faz WINDELBAND, W., *Storia della filosofia moderna*, traduz. di A. Oberdorfer, Valecchi edit., Firenze, 1942, vol. 1, p. 5.

mas esta é provavelmente uma matéria em que a fidelidade ao tomismo é mais patente. A verificar-se a influência daquela teoria, reforçar-se-ia, a partir da autonomização da natureza face à ordem sobrenatural, uma correlativa distinção entre filosofia e teologia que, no confronto das duas *verdades*, permitiria encontrar mais um factor de contraposição à matriz tomista.

S. TOMÁS DE AQUINO assumira no tratado *De unitate intellectus contra Averroistas* a crítica da divergência de interpretações do *corpus* aristotélico, designadamente a adesão, por parte dos “averroístas latinos” às interpretações dos comentadores árabes incompatíveis com a ortodoxia da doutrina cristã. Suscitada no contexto da querela estabelecida no seio da universidade e tendo em vista também defesa da imagem dos teólogos – e particularmente das ordens mendicantes envolvidas no ensino da teologia – a crítica de S. TOMÁS viria a adoptar, todavia, um caminho de conciliação da antiga exegese clerical, orientada para a harmonização das verdades, com as apertações da nova metodologia de interpretação filosófica (processo de conciliação esse que é ainda, ele próprio, típico da tradicional *concordia discordantium*⁴⁰). É assim que S. TOMÁS DE AQUINO introduz o argumento em favor da conciliação entre fé e razão, entre revelação e filosofia: de entre as verdades reveladas, haveria que distinguir aquelas que eram filosoficamente demonstráveis, pois não só as verdades puramente sobrenaturais, intelectualmente inatingíveis eram objecto de revelação. S. TOMÁS incorpora, desta forma, a diferenciação metodológica introduzida pelos filósofos entre verdades de natureza distinta – e, portanto, objectos de processos de indagação distintos – ao mesmo tempo que sustenta a unidade do conhecimento na origem comum de toda a verdade que é Deus. A unificação era agora atingida pela deslocação do conflito entre sistemas de conhecimento distintos, que originaria verdades contraditórias, para o plano unificado da teologia, distinguindo a teologia revelada, que tinha por objecto os mistérios de fé, da teologia natural, cujas verdades seriam atingíveis pela razão natural. Em última instância, a compatibilidade entre fé e razão, entre revelação e filosofia sustentava, no plano epistemológico, a própria complementaridade entre *natureza* e *graça*⁴¹.

40 LOHR, Charles H., “The medieval interpretation of Aristotle”, in *The Cambridge History of Later Medieval Philosophy – From the Rediscovery of Aristotle to the Disintegration of Scholasticism 1100-1600*, ed. Norman Kretzmann, Anthony Kenny, Jan Pinborg, Cambridge University Press, 1997, pp. 80- 99, p. 92.

41 AQUINO, S. Tomás de, *Summa Theologiae*, I, q. 1, a 8: “Cum igitur gratia non tollat naturam, sed perficiat...”.

O reconhecimento da autonomia da natureza face à ordem supra-positiva patente em VITORIA não implica necessariamente uma adesão à teoria da *dupla verdade*. Mesmo não sendo unívoca a interpretação do pensamento de VITORIA a este respeito, a tese de que a autonomização da *natureza* face à ordem supra-positiva implicaria necessariamente, por si só, uma adesão à teoria da *dupla verdade*, fica fragilizada se se tomar em consideração o tomismo subjacente ao naturalismo de VITORIA, que se apoia expressamente na fórmula de complementaridade entre a *natureza* e a *graça* usada na *Suma Teológica* do aquinate⁴².

Para defender a antiga visão teológica da harmonização de verdades, S. TOMÁS incorporou a distinção entre revelação e filosofia. A admitir-se uma influência dos postulados da *dupla verdade* sobre o conceito de *natureza* em VITORIA, ela seria essencialmente a que se encontra na génese da síntese formulada por S. TOMÁS DE AQUINO, e não uma adesão aos corolários da teoria que colidiriam com a matriz tomista. Uma influência visível da revolução introduzida pelos mestres parisienses no século XIII que alterou a concepção do conhecimento e forneceu a matriz do pensamento científico moderno, mesmo perante a fragmentação dos diversos aristotelismos renascentistas⁴³.

Prova dessa mesma influência sobre matéria que mais directamente respeita este capítulo é a fórmula hipotética “*si Deus ipse non esset*” usada por Gregório de RIMINI em 1344 para autonomizar a lei natural, fundando-a não em Deus, mas na *recta ratio*⁴⁴.

O desenvolvimento moderno do conceito de *natureza* e mais particularmente de *natureza humana* seria ainda condicionado pelo influxo do *pesimismo* que caracteriza a concepção protestante do homem após a queda original⁴⁵ e que terá acolhimento dentro do catolicismo – designadamente do jansenismo – no âmbito da querela do *probabilismo* e da detracção da

42 RIVERA DE VENTOSA, Enrique, “Derechos humanos en Francisco de Vitoria: naturales o personales?”, *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, 20 (1993), pp. 191-203, pp. 197-198.

43 LOHR, Charles H., “The medieval interpretation of Aristotle”, cit., p. 92.

44 RIMINI, Gregório de, *Super primum et secundum Sententiarum*, 1344, II, dist. 34, art. 2, circa princ.: “*Nam si per impossibile ratio divina sive Deus ipse non esset aut ratio illa esset errans adhuc si quis ageret contra rectam rationem angelicam vel humanam aut aliam aliquam, si quae esset, peccaret. Et si nulla penitus est ratio recta adhuc si quis ageret contra illud quod agendum esse diceret ratio aliqua recta si aliqua esset, peccaret.*”

45 CRESPIY, Georges, *Le problème d'une anthropologie théologique*, Faculté de la théologie protestante de Montpellier, 1950, pp. 46-50.

doutrina naturalista jesuíta, que não se afastava, de resto, do naturalismo de VITORIA.

Para VITORIA, é na justificação do *dominium* que se encontra a explicação de como o *direito* é uma projecção da *natureza humana*: o domínio funda-se na imagem de Deus, mas o homem é imagem de Deus pela sua natureza, ou seja, pelas potências racionais; logo, não o perde pelo pecado mortal⁴⁶.

VITORIA estabelecerá a relação unificadora entre duas esferas nem por isso menos autónomas e estabelecia um critério jurídico suficiente no discurso sobre os títulos legítimos da coroa espanhola – conseguindo assim, designadamente, sustentar a sujeição dos pagãos ao direito natural⁴⁷. Ao reportar o vínculo que une todos os homens à *cognatio* – e não à *agnatio* – pretende estabelecer o *mutuo amor* entre os homens como exigência de direito natural, ao mesmo tempo que estabelece a identidade do género humano, negando que o homem possa ser lobo do homem, segundo o aforismo de Plauto a que HOBBS celebrenemente recorrerá⁴⁸.

A introdução deste *amor* (fundado num vínculo de sangue) como exigência de direito natural que sustentaria o complexo de direitos particulares enunciados por VITORIA tem sido apontada como demonstração de que a sua teoria dos direitos naturais não se sustenta num conceito individualista como o de *pessoa humana*, mas sim na mais objectiva ideia de *natureza humana*. Esta perspectiva do pensamento de VITORIA insere-se num quadro tradicional de demarcação teórica dos dois vectores alternativos para a explicação do desenvolvimento moderno da teoria dos *direitos*. Neste caso, demarcando VITORIA de qualquer concessão de fundo ao *individualismo* e acentuando a fidelidade à matriz tomista que serviria de chave à compreensão do pensamento do autor e da Escola peninsular em geral.

Todavia, no que respeita à definição do *direito* o tomismo de VITORIA não impediu que o seu contributo fosse determinante para a integração de

46 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.1, 3: “*Sed contra hanc sententiam ponitur propositio: Peccatum mortale non impedit dominium civile et verum dominium. (...) 30: Dominium fundatur in imagine Dei; sed homo est imago Dei per naturam, scilicet per potentias naturales; ego non perditur per peccatum mortale.*”

47 VITORIA, Francisco de, *De potestate civili*, n. 6: “*Quæ enim apud omnes naturalia sunt, a Deo, auctore naturæ, sine dubio sunt.*”

48 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.3, 2, 25-30: “*Et ut dicitur (...) inter homines omnes cognationem quandam natura constituit. Unde contra ius naturale est ut homo hominem sine aliqua causa adversetur. Non enim homini homo lupus est, ut ait Comicus, sed homo.*”

elementos marcadamente nominalistas e, como tal, para o desenvolvimento de um conceito subjectivo de *direito*.

Para a compreensão do conceito de *direitos naturais* e da sua eventual dimensão subjectiva importa, pois, também indagar se existe subjacente ao conceito de *homem* uma dicotomia operante entre *natureza humana* e *pessoa* (e esta tomada na acepção mais restrita de *indivíduo*), como pretende um sector relevante da doutrina tradicional ao questionar se os *direitos* enunciados pelos autores peninsulares, *maxime* VITORIA, são *naturais* ou *personais*⁴⁹.

A interrogação parte da formulação tomista segundo a qual a *faculdade* de agir do sujeito é uma faculdade de agir dentro da *ordem justa*⁵⁰. Esta, é certo, não é tão categórica que não admita que correntes de distintas filiações reclamem para VITORIA desde o mais assertivo objectivismo tomista até à “traição”⁵¹ do aquinate pela incorporação do subjectivismo e, mais recentemente, a fidelidade de VITORIA a S. TOMÁS DE AQUINO quando enuncia uma teoria de *direitos naturais*⁵².

49 RIVERA DE VENTOSA, Enrique, “Derechos humanos...”, cit., p. 192; pp. 202-203: “Se da, por tanto, una clara ausencia de motivaciones fundadas en la persona humana, al exponer Vitoria en sus célebres elecciones las bases doctrinales de los derechos humanos. Parece esto chocante desde nuestro clima mental. Y, sin embargo, nos parece muy explicable desde la historia de las ideas. Dos motivos influyen en Vitoria para silenciar, consciente o inconscientemente, la dignidad de la persona humana al fundamentar los derechos humanos: el clima epocal y el subjetivismo protestante. (...) La dignidad de la persona humana quedaba, en Vitoria, en segundo plano contra lo que acaece hoy día en nuestro clima de radical subjetivismo. (...) Esta breve trayectoria histórica, dada en escorzo, hace sentir al vivo por qué nosotros tenemos preferencia por la persona en la defensa de los derechos humanos. El que éstos hayan sido tan conculcados en nuestro siglo es otro motivo ulterior y muy urgente. Pero si atendemos al punto de partida de esta trayectoria, advertimos que el subjetivismo protestante pudo incitar a que Vitoria se desentendiera de la subjetividad, aún legítima, de la persona en la defensa de los derechos humanos.(...)Por todo lo dicho nos parece haber puesto en clara luz la pregunta inicial sobre si Vitoria optó por los derechos naturales o personales. Con respuesta decidida hay que afirmar que defendió los unos y los otros, por implicarse mutuamente. Pero que en su razonar se atuvo a exponer, más bien, los derechos dados por la misma naturaleza humana. Ateniéndose a ella, razona, motiva y sentencia.”

50 AQUINO, S. Tomás de, *Summa Theologiæ*, I-II, q. 57, a. 1.

51 VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1975, p. 362, pp. 365-366.

52 URDÁNOZ, T., *Francisco de Vitoria. Relectio de Indis*, ed. L. PEREÑA, J. M. PÉREZ PRENDES, 1967, XLVII.

Mas além da identificação do *subjectivismo* na definição de *direito*, que expusemos anteriormente, o conceito de *natureza humana* exige uma reflexão autónoma se pretendemos avaliar que *direitos naturais* resultam do pensamento de VITORIA e, assim, em que medida a Segunda Escolástica inaugura uma teoria moderna de *direitos naturais*.

É especialmente revelador que a primeira parte da *Relectio de Indis* comece com a interrogação sobre se os índios tinham verdadeiro *domínio*, público e privado, antes da chegada dos espanhóis. A determinação da existência de um poder político legítimo e de direito de propriedade estrutura a resposta de VITORIA a partir da definição do *domínio* como um *direito* e de quais os direitos dos índios; e uma vez que pelo direito humano os índios não eram súbditos dos reis de Espanha, a discussão parte da sujeição dos índios ao direito natural e centra-se, portanto, nos *direitos naturais*⁵³.

2.3. *Dominium* como atribuição da criatura racional

O facto de VITORIA reflectir, no tratamento de uma questão prática como era a dos títulos legítimos, sobre o significado de *domínio* e enunciar liminarmente que se trata de *um direito*, demonstra sobretudo que aquela doutrina se encontrava largamente difundida e conhecia generalizada aceitação.

Esta funciona, na *Relectio de Indis*, como elemento introdutório da indagação sobre o próprio estatuto dos índios enquanto homens. Analisando estruturalmente a argumentação desenvolvida na *Relectio*, VITORIA começa por determinar quem pode ter *domínio* para em seguida passar à refutação das situações que excluiriam, tradicionalmente, a possibilidade de ter *domínio*, baseadas na qualidade dos sujeitos (pecadores, infieis, loucos ou insensatos⁵⁴); estabelecido que os índios têm *domínio*, averigua-se em que se traduz este *domínio*, ou seja, que *direitos* têm os índios – e o que significa para as pretensões dos espanhóis o reconhecimento dos direitos dos índios.

Para tal, retoma o argumento enunciado por S. TOMÁS DE AQUINO segundo o qual cada pessoa tem o *domínio* dos seus actos e é em virtude desta qualidade que pode agir *livremente* – o que distingue o *homem*, criatura ra-

53 TIERNEY, Brian, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law. 1150-1625*, 1997, p. 265.

54 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.1, 1, 35: “(...) si barbari non haberent dominium, non videtur quod posset prætendi alia causa, nisi vel quia sunt peccatores vel quia infidels vel quia amentes vel insensate.”

cional formada à imagem de Deus (que tem o *domínio* absoluto) das restantes criaturas⁵⁵. VITORIA desenvolve o argumento de que o *domínio* é um *direito* e que, portanto, apenas o *homem* pode *ter um direito*⁵⁶. Levando o argumento mais além, VITORIA estabelece que *ter um direito* é manifestação da natureza do homem, enquanto criatura racional formada à imagem de Deus⁵⁷.

A refutação de que os índios se encontrariam impedidos de ter domínio em virtude de uma condição prévia permite desenvolver o conceito de natureza humana e a relação entre esta e o reconhecimento de *direitos*, incluindo por uma via especialmente eficaz como seja a da negação do direito implícita no reconhecimento da *iniuria* sofrida.

Assim, o Autor reconhece sem dificuldade o *domínio* quer de pecadores, quer de infiéis, ao retomar, afinal, a doutrina desenvolvida pelos canonistas desde o século XIII. A discussão em torno do estatuto jurídico do infiel desenvolvera-se na doutrina medieval no âmbito da definição das formas de *guerra justa*. A limitação jurídica da guerra conheceu um desenvolvimento significativo sob INOCÊNCIO IV, que adoptou a definição de guerra lícita explanada na *lex Hostes*⁵⁸ e restringiu o próprio conceito de *guerra* à guerra *ex auctoritate principis* (as restantes formas de conflito bélico seriam apontados no *Apparatus* de INOCÊNCIO IV como guerras em sentido impróprio).

É neste contexto que INOCÊNCIO IV reconhece os direitos dos infiéis – o seu lícito *domínio* – exigindo, portanto, para a determinação da guerra contra o infiel como guerra justa, a verificação dos pressupostos de licitude da actua-

55 AQUINO, S. Tomás de, *Summa Theologiæ*, II^aII^æ q. 66, a.1: “*Et sic habet homo naturale dominium exteriorum rerum, quia per rationem et voluntatem potest uti rebus exterioribus ad suam utilitatem, quasi propter se factis; semper enim imperfectiora sunt propter perfectiora, ut supra habitum est. Et ex hac ratione philosophus probat, in I Polit., quod possessio rerum exteriorum est homini naturalis. Hoc autem naturale dominium super ceteras creaturas, quod competit homini secundum rationem, in qua imago Dei consistit, manifestatur in ipsa hominis creatione, Gen. I, ubi dicitur, faciamus hominem ad similitudinem et imaginem nostram, et praesit piscibus maris, et cetera.*”

56 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.1, 12, 5: “*Patet, quia dominium est ius, ut fatetur etiam Conradus. Sed creaturae irrationales non possunt habere ius. Ergo nec dominium. Probatur minor, quia non possunt pati iniuriam; ergo non habent ius.*”

57 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.1, 12, 20-25: “*Et confirmatur propositio auctoritate S. Thomae (...): Sola creatura rationabilis habet dominium sui actus, quia, ut ipse etiam dicit (...) per hoc aliquis est dominus suorum actuum, quia potest hoc vel illud eligere (...).*”

58 D.,49, 15, 24.

ção bélica. A concepção posteriormente adoptada por HENRIQUE DE SUSANA negava que houvesse justo domínio fora da Igreja e correspondia, por sua vez, à denegação de personalidade jurídica ao infiel e à subtracção da guerra contra ele movida aos limites jurídicos da guerra justa. Esta tese conheceu a oposição de S. RAIMUNDO DE PEÑAFORTE, que recusou a validade de tal argumento e a necessária observância daqueles limites, sob pena de se tratar de uma guerra ilícita. Esta doutrina viria a ser consolidada no Concílio de Constança com a condenação de WYCLIF e da sua doutrina do domínio fundado na graça⁵⁹.

Pelo contrário, o domínio natural seria inerente ao homem enquanto criatura racional criada à imagem de Deus e por isso mesmo o pecador, ainda que perdesse o domínio civil, não perdia aquele domínio natural – traduzido, designadamente, num direito de legítima defesa⁶⁰.

Já quanto ao argumento da irracionalidade ou da incapacidade dos índios como factor de exclusão do seu justo domínio, ele é igualmente refutado com uma análise mais desenvolvida da doutrina de GERSON e de SUMMENHART a propósito do domínio e direitos dos animais e das coisas inanimadas. Importa determo-nos neste aspecto, para aferir como a crítica de VITORIA a tal doutrina no contexto da problemática sobre o estatuto dos índios contribuiu para a consolidação de um conceito de *natureza humana* e de *pessoa* subjacente ao dos *direitos* enunciados.

A refutação de que os animais ou as coisas inanimadas possam ter *domínio*

59 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.1, 3, 5-20: “*Sed contra hanc sententiam ponitur propositio: Peccatum mortale non impedit dominium civile et verum dominium. Hæc propositio licet sit determinata in Concilio Constantiæ (...). Si hoc negatur parum procedit: primum [quia] nec Armachanus nec Wyclif videntur procedure dominio naturali, sed civili. Secundo, negant qui dicerent quod in casu necessitatis licet alienum accipere. (...) Et ideo aliter arguitur: Primo, quia si peccator non habet dominium civile, de quo videntur loqui, ergo nec naturale. Consequens est falsum; ergo. Probo consequentiam, quia etiam dominium naturale est ex dono Dei, sicut civile; immo plus quam civile; quia civile videtur esse de iure humano.*”; MAKINEN, Virpi, “Dominion rights of the aboriginals in Francisco de Vitoria’s *De Indis*”, in *Inherited Wealth, Justice and Equality*, ed. John Cunliffe, Guido Erreygers, Routledge, London, 2013, pp. 17-38, p. 23; TIERNEY, Brian, *The Idea of Natural Rights...*, cit., p. 266.

60 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.3, 20-25: “*Ergo, si propter offensam Dei homo perderet dominium civile, eadem ratione perderet etiam dominium naturale. Falsitas autem consequentes probatur, quia non perdit dominium super proprios actus et super propria membra; ergo [habet peccator ius defendendi propriam vitam].*”

é categórica; ela segue, porém, uma via regressiva, ou seja, ao invés de seguir o percurso argumentativo de GERSON e de SUMMENHART – que parte de uma noção que diríamos material de *dominium* para chegar a um conceito de *ius* – VITORIA afasta essa conclusão (quase intuitiva) mantendo como eixo a associação *domínio* – *direito* para partir precisamente das consequências jurídicas da actuação sobre o (pretense) direito de outrem. E assim conclui que só o homem tem direito – *ius* – porque só o homem pode sofrer a violação do direito – *iniuria*. Assumindo-se também com facilidade intuitiva que os animais não sofrem *iniuria* quando lhes é, por exemplo, impossibilitado o acesso aos alimentos, então forçoso será reconhecer que não têm, antes de mais, um *direito* aos alimentos; ou que o sol não sofre um dano ilícito quando é impedido de iluminar quando alguém fecha uma janela⁶¹.

Esta conclusão, intuitivamente óbvia, seria também coerente com a premissa tomista já referida segundo a qual apenas o homem, enquanto criatura racional criada por Deus, tem *domínio*.

A refutação fica completa com a consideração do *domínio* das crianças. Nesta passagem da *Relectio* torna-se mais nítida a associação entre o *dominium* – *ius* e a natureza humana. Ter *domínio* – e ter *direitos* – não depende de um qualquer acidente – como uma especial aptidão intelectual – mas da própria essência, que é ser criatura racional formada à imagem de Deus. Desta forma, reconhece que não só as crianças como mesmo os loucos e débeis têm *domínio* e, portanto, *direitos* – desde logo porque podem sofrer *iniuria*⁶².

O facto de VITORIA rejeitar a ideia de que os índios eram criaturas irracionais ou de racionalidade limitada⁶³ não torna a refutação do *domínio* – e dos

61 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.1, 12, 5-10: “*Sed creaturae irracionales non possunt habere ius. Ergo nec dominium. Probatur minor, quia non possunt pati iniuriam; ergo non habent ius. Probatur assumptum, quia qui prohiberet lupum aut leonem a præda vel [bovem] a pastu, non faceret ei iniuriam, nec qui claudit fenestram ne sol illuminet, facit iniuriam soli.*”

62 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.13, 5: “*Hoc patet, quia possunt pati iniuriam; ergo habent ius rerum; ergo est illis dominium, quod nihil aliud est quam ius. (...) Item diximus quod fundamentum domini est imago Dei, quae adhuc est in pueris (...). Nec est idem de creatura irrationali, quia puer non est propter alium, sed propter se, sicut est brutum. Sed amentibus quid? Dico de perpetuo amentibus, quod nec habent nec est spes quod sint habituri usum rationis. Et sit 14. TERTIAM PROPOSITIO: Videtur adhuc quod possint esse domini, quia possunt pati iniuriam, ergo habent ius.*”

63 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.1, 15, 5-15: “*Probatur, quia secundum rei veritatem non sunt amentes, sed habent pro suo modo usum rationis. Patet, quia*

direitos – das criaturas irracionais despicienda. Pelo contrário, ela é essencial para uma redefinição do próprio conceito de *direito* enquanto prerrogativa inerente do *homem* – que se distingue pela capacidade de ter o *domínio de si*⁶⁴. Esta característica é imutável e todas as circunstâncias não são suficientes para a afastar – os índios têm direitos *porque* são homens.

Esta conclusão dificulta uma leitura compatível com a doutrina aristotélica da servidão natural, que VITORIA convoca⁶⁵ e a que aparentemente adere, não sem oferecer, todavia, uma interpretação alternativa que se pretende conciliadora mas que não deixa de ser, na verdade, contraditória: não era possível, afinal, que ARISTÓTELES entendesse a servidão natural em termos tais que ela implicasse que esses homens, por mais destituídos de qualidades intelectivas, pertencessem por natureza a outros e não tivessem domínio sobre si e sobre outras coisas; a conclusão necessária é que ninguém é escravo por natureza⁶⁶.

Não se verifica aqui a pretensa distinção, relativamente aos índios, de uma racionalidade apenas *in potentia*, mas incapaz de ser actualizada⁶⁷. Não só VITORIA oferece vários exemplos que comprovam que os índios tinham efectivamente capacidade de agir racionalmente, como rejeita a ideia de que uma tal diminuição possa afectar genericamente todo um povo, situação que seria

habent ordinem aliquem in sui rebus, postquam habent civitates quæ ordine constant, et habent matrimonia distincta, magistratus, dominos, leges, opificia, commutationes, quæ omnia requirunt usum rationis; item religionis speciem. Item non errant in rebus, quæ aliis sunt evidentes, quod est indicium usus rationis. Item Deus et natura non deficient in necessariis pro magna parte specie. Præcipuum autem in homine est ratio, et frustra est potentia, quæ non reducitur ad actum.”

64 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.1, 12, 20-25: “*Sola creatura rationalis habet dominium sui actus (...)*”.

65 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.1, 1, 5-20: “*Probatur, nam, ut Aristoteles (primo Ethicorum 5) eleganter et accurate tradit, aliqui sunt natura servi, quibus scilicet melius est servire quam imperare.(...) Et Aristoteles dicit iustum et naturale esse ut tales serviant. Ergo tales non possunt esse domini.*”

66 VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.1, 16, 10-15: “*Ad hoc respondeo quod certe Aristoteles non intellexit quod tales, qui parum valent [ingenio], sint natura alieni iuris et non habeant dominium et sui et aliarum rerum; haec enim est servitus civilis et legitima, quia nullus est servus a natura.*”

67 Como pretende PAGDEN, Anthony, *The Fall of Natural Man*, Cambridge, 1982, p. 94; contra, vide MAKINEN, Virpi, “*Dominion rights ...*”, cit., p. 29; TIERNEY, Brian, “*Aristotle and the American Indians – Again. Two Critical Discussions*”, in *Cristianesimo nella storia*, 12 (1991), pp- 295-322; Idem, *The Idea of Natural Rights*, cit., p. 270.

incompatível com a perfeição de Deus e da natureza⁶⁸. O argumento reforça, pois, a conclusão de que a capacidade de *ter domínio* não se afere por uma capacidade concreta de exercer a razão, mas sim pela própria racionalidade inerente ao homem⁶⁹.

Resulta claro que é ainda o conceito de *natureza* que confronta a tese de VITÓRIA com a do Filósofo. A natureza do homem não é compatível com a ausência do *domínio natural sobre si* e sobre as coisas. Mesmo aqueles que para Aristóteles seriam *escravos naturais* teriam, enquanto homens, domínio natural; aquelas limitações decorreriam apenas da escravatura civil ou legal, que não poderia, portanto, fundamentar-se simplesmente numa pretensa servidão natural.

Creemos, por isso, que demarcar a doutrina de VITÓRIA de qualquer traço de subjetivismo na sua formulação dos direitos – que seriam, nesse caso, mais *naturais* que *personais* – se encontra condicionada por uma leitura demasiado rígida que não articula devidamente as conclusões expostas por VITÓRIA a propósito do estatuto dos índios enquanto *homens* e titulares de *direitos* – tributárias, sem dúvida, de um conceito de *natureza humana* que só pode ser devidamente compreendida por referência à *criação* – com a inovação jurídica que a síntese de VITÓRIA representou.

CONCLUSÃO

Ao recuperar a matriz tomista ao mesmo tempo que integrava os elementos definidores da teoria marcadamente nominalista dos mestres parisienses GERSON e SUMMENHART, a doutrina de VITÓRIA expõe a complexidade do conceito de *ius*.

A referência à natureza do homem deverá ser entendida tendo presente a sua articulação com a identificação entre *domínio* e *direito*, com a definição deste como *poder ou faculdade* e ainda com uma noção de *liberdade de agir* que define o *domínio* e, como tal, o *direito*, reportando-o também necessariamente à dimensão do *indivíduo*, como se infere do recurso à expressão *dominium sui*⁷⁰.

68 VITÓRIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, 1.1, 15, 5-15: “*Item Deus et natura non deficient in necessariis pro magna parte specie. Præcipuum autem in homine est ratio, et frustra est potentia, quæ non reducitur ad actum.*”

69 MAKINEN, Virpi, “Dominion rights ...”, cit., p. 29; TIERNEY, Brian, *The Idea of Natural Rights*, cit., p. 271.

70 MAKINEN, Virpi, “Dominion rights ...”, cit., p. 28; TIERNEY, Brian, *The Idea of Natural Rights*, cit., p. 271.

Apesar de resultar de uma síntese em que confluem as tradições discursivas da teologia e da jurisprudência medievais, a forma como VITORIA elabora um conceito de *direito* que radica no *homem* e naquilo que o define é também já profundamente moderna.

Quando VITORIA afasta a hipótese de todos os índios poderem ser considerados *amentes*, fá-lo por força do argumento da completude do homem, enquanto criatura de Deus; a perfeição do acto da criação projecta-se necessariamente na criatura, feita à semelhança do Criador; essa perfeição traduz-se por sua vez na capacidade de *cada* homem, enquanto tal, de ter o *dominium sui*, e não apenas *in potentia*. Na medida em que o *dominium sui* é por sua vez um *direito*, este é na sua essência determinado não só pelo facto de o homem ser parte de um todo (de uma comunidade), mas também, e antes de mais, em função da qualidade de *cada* homem, enquanto tal, ser senhor (*dominus*) de si, revestindo-se, pois, de uma clara dimensão individual.

Nas palavras de Brian TIERNEY, VITORIA introduziu, assim, uma visão profundamente humanista, que submetia todas as coisas criadas por Deus ao serviço da humanidade⁷¹.

A relação entre *natureza* e *pessoa humana* não deve, pois, ser entendida como antagónica no pensamento de VITORIA ou no da Escola peninsular: pelo contrário, a simbiose entre as duas é condição necessária à compreensão do sentido que os *direitos* adquirem no renovado pensamento jurídico de uma escola que promoverá a universalização do direito com recurso à singularidade individual de cada ser humano, traduzido na ideia de *pessoa*. Como expressou Juan de OVANDO, numa síntese em que ressalta a influência nominalista, “*In humanis natura praecedit suppositum, quia personalitas est ultima realitas... personalitas ad naturam se habet sicut punctum ad lineam*”⁷².

Atentando na exposição da ideia de *natureza* na doutrina de Francisco de VITORIA, verifica-se que não é por exercício de estilo que a *Relectio de Indis*

71 TIERNEY, Brian, *The Idea of Natural Rights...*, cit., p. 272: “Vitoria substituted a vision that was, in its way, profoundly humanistic. His work was not influenced so much by the literary humanism of his age as by an older theological and philosophical humanism that saw humankind as the end of all creation. Vitoria was convinced that all the things in the universe God had created, even the last star, were meant to serve humanity. Otherwise, he asked, a little naively perhaps, why should they have been made at all?”

72 OVANDO, Juan de, *In III Sententiarum Doctoris Johannis Duns Scoti*, Valentiae, 1597, L. III, Dist. 1, q. 1, art. 1, pág. 7, *apud* CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, “Dos nociones históricas de la libertad”, cit., I.

começa por definir o que é *humano* e o que *não é humano*: o conceito de *humanidade* é o fundamento da ideia de que aos indivíduos se reconhecem direitos não apenas por pertencerem a uma comunidade, mas porque são titulares de direitos subjectivos individuais, precisamente por integrarem esse universo que é o da *humanidade*, face ao qual não se apresenta qualquer outro sujeito perante quem limitar os direitos. E esta seria já uma marca indelével daquele individualismo tipicamente nominalista que a doutrina jesuíta da Segunda Escolástica – que se demarcou da linha dominicana que VITÓRIA encabeçou – acolheria e consolidaria, alterando profundamente a própria noção de direito natural. De facto, é essencial perceber *de que direito natural* falamos quando olhamos para esse *corpus* monumental mas não monolítico que é a Escolástica Peninsular.

VITÓRIA partiu da afirmação de pressupostos como o de *liberdade natural* e o de *igualdade jurídica* de todos os *homens* para determinar quais os títulos ilegítimos e quais os legítimos da coroa espanhola na ocupação da América, e esta metodologia é reveladora de uma particular forma de entender o direito, precisamente em função do *homem* e a sua *natureza*. Uma concepção que afirmava com renovado sentido a universalidade do *direito* e do *homem*, livres na sua essência dos constrangimentos das fronteiras, dos senhorios, da cultura e mesmo das crenças⁷³. Tomando a enunciação daqueles “direitos”, eles caracterizar-se-iam por serem subjectivos, inatos, universais e iguais, baseando-se a sua titularidade na natureza racional do homem⁷⁴. E assim se compreende também que VITÓRIA desenvolva o direito de liberdade dos índios – uma liberdade fundada na natureza racional do homem.

BIBLIOGRAFIA

- BRETT, Annabel, *Liberty, Right and Nature: Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge University Press, 2003
- Idem*, “The Development of the Idea of Citizens’ Rights”, in Quentin Skinner, Bo Stråth, *States and Citizens. History, Theory, Prospects*, Cambridge University Press, 2003, pp. 97-112
- CALAFATE, Pedro, VENTURA, Ricardo (dir.), *A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (Século XVI)*, vol. III *Da Restituição: sobre a propriedade e a origem do poder civil*, Almedina, 2020

73 VITÓRIA, Francisco de, *De Indis*, I, 2, 9; I, 3, 10.

74 GOTI ORDEÑANA, Juan, *Del Tratado de Tordesillas a la Doctrina de los Derechos Fundamentales en Francisco de Vitoria*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, p. 267.

- CARPINTERO, Francisco, *La Ley Natural. Historia de un concepto controvertido*, Madrid, 2008
- CRESPY, Georges, *Le problème d'une anthropologie théologique*, Faculté de la théologie protestante de Montpellier, 1950
- FOLGADO, Avelino, *Evolución Histórica del Concepto del Derecho Subjectivo*, San Lorenzo de El Escorial, 1960
- FUENTESECA, Pablo, *El gran dilema histórico del pensamiento jurídico europeo ¿ley política o ley natural?*, in *Estudios de derecho romano*, Madrid, 2009
- GOTI ORDEÑANA, Juan, *Del Tratado de Tordesillas a la Doctrina de los Derechos Fundamentales en Francisco de Vitoria*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Historia de la denominación del derecho-facultad como «subjectivo»", in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Historia del Pensamiento Jurídico]*, XXV (Valparaíso, Chile, 2003), pp. 407-443
- Idem*, *El Derecho como Facultad en la Neoescolástica Española del Siglo XVI*, Iustel, Madrid, 2009
- Idem*, "História de la atribución de categorías o predicamentos a "derecho" ("ius")", in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección História del Pensamiento Jurídico y Político]*, XXXIII, Valparaíso, Chile, 2011, pp. 273-317
- KOSKENNIEMI, Martti, "The Political Theology of Trade Law: The Scholastic Contribution", in *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, ed. Ulrich Fastenrath, Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Andreas Paulus, Sabine von Schorlemer, and Christoph Vedder, Oxford University Press, 2011, pp. 90-112
- LOHR, Charles H., "The medieval interpretation of Aristotle", in *The Cambridge History of Later Medieval Philosophy – From the Rediscovery of Aristotle to the Disintegration of Scholasticism 1100-1600*, ed. Norman Kretzmann, Anthony Kenny, Jan Pinborg, Cambridge University Press, 1997
- MAKINEN, Virpi, "Dominion rights of the aboriginals in Francisco de Vitoria's *De Indis*", in *Inherited Wealth, Justice and Equality*, ed. John Cunliffe, Guido Erreygers, Routledge, London, 2013
- PAGDEN, Anthony, *The Fall of Natural Man*, Cambridge, 1982
- RIVERA DE VENTOSA, Enrique, "Derechos humanos en Francisco de Vitoria: naturales o personales?", *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, 20 (1993), pp. 191-203
- TIERNEY, Brian, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law. 1150-1625*, 1997
- TORRENT, Armando, "Segunda Escolástica Española y renovación de la ciencia del derecho en el siglo XVI. Un capítulo de los fundamentos del derecho europeo. I. Francisco de Vitoria, Domingo de Soto", in *Teoria e storia del diritto privato*, n.º 6, 2013
- TUCK, Richard, *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, 1979, reimpresão Cambridge, USA, Cambridge University Press, 1998
- VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1975
- WINDELBAND, W., *Storia della filosofia moderna*, traduz. di A. Oberdorfer, Valecchi edit., Firenze, 1942

FONTES

- AQUINO, S. Tomás de, *Summa Theologiæ*, (textum Leoninum Romae 1888 editum), Corpus Thomisticum, subsidia studii ab Enrique Alarcón collecta et edita Pompaelone ad Universitatis Studiorum Navarrensis aedes ab A.D. MM (Fundación Tomás de Aquino) <https://www.corpusthomisticum.org/sth0000.html>
- SOTO, Domingo de, *De iustitia et iure. De la justicia y del derecho*, introd. Venancio Diego Carro, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967
- VITORIA, Francisco de, *Comentarios a la Secunda secundae*, Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca, ed. Beltrán de Heredia, Madrid, 1932
- Idem, Relectio de Indis: O Libertad de los Indios* [Corpus Hispanorum de Pace, vol. V], L. PEREÑA, J. M. PÉREZ PRENDES (ed.), introd. V. Beltrán de Heredia, R. Agostino Iannarone, T. Urdánoz, A. Truyol y L. Pereña, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967

RÉGIMEN JURÍDICO DEL EXAMEN DE ABOGADO ANTE EL REAL ACUERDO DE LA CHANCILLERÍA DE VALLADOLID (1495-1834)

Víctor Gautier Fernández¹

Resumen: El estudio de la sala de gobierno de la Real Audiencia y Chancillería dispone de sus actas como la fuente más relevante a través de la que conocer aquellas funciones que el Real Acuerdo desarrollaba en su práctica diaria. Una de ellas, fue el examen de Abogado, un procedimiento llevado a cabo desde el reinado de los Reyes Católicos que, con escasos cambios, analizamos hasta mediados del siglo XIX. Los requisitos, tanto personales como académicos de los examinandos, el procedimiento en sí y el juramento como la única circunstancia mantenida desde las Partidas, nos ayudarán a conocer cómo se llevó a cabo esta práctica a través de fuentes indirectas como las actas de recibimiento ante el Colegio de Abogados de la Real Chancillería y de la bibliografía publicada por la doctrina histórico-jurídica. Haciendo mención, a su vez, a las similitudes existentes en relación con el oficio público en la administración de justicia, por la presencia del examen en su régimen jurídico.

Palabras clave: Real Acuerdo, Examen, Real Chancillería de Valladolid, Abogado, Oficial público.

Abstract: The study of the government's room in the Royal Chancillería of Valladolid shows us his acts as the source with more relevance for know the functions that the Royal Agreement had in his diary practice. One of there was the exam of the lawyers, an the procedure that this organism carry out since the reign of the Catholic Kings which, even with some changes, we study until the middle of the nineteenth century. The requirements, both personal and academic of the examinate, the procedure and the jury, as the unique requirement that we can analyse since the promulgation of the Partidas, can help us for know how this practice carry out in the acts of reception of the lawyers in his school in the Royal Chancillería of Valladolid and, also, the bibliography of the historical-legal doctrine. Besides, we have to mention certaints similaritys with the public office, due to the law that is apply in the administration regulate, also, this type of exam.

Keywords: Royal Agreement, Exam, Royal Chancillería of Valladolid, Lawyer, Public Official.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL EXAMEN: FUENTES LEGALES; III. ACCESO A LA ABOGACÍA EN LOS SIGLOS XIV-XV; IV. CONSOLIDACIÓN Y EVOLUCIÓN EN EL EXAMEN DE RECIBIMIENTO: SIGLOS XV-XIX; V. ABOGADOS Y OFICIALES PÚBLICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA; VI. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES: A. BIBLIOGRAFÍA; B. FUENTES.

¹ Contratado Predoctoral de Historia del Derecho y de las Instituciones españolas por la convocatoria Concepción Arenal. Universidad de Cantabria. España.

I. INTRODUCCIÓN

La sala de gobierno de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid, el Real Acuerdo, ha desarrollado desde 1496 y hasta 1835 un amplio número de competencias adquiridas principalmente a través de las Ordenanzas dictadas por los Reyes Católicos en 1489 para el tribunal y las posteriores de 1566, además de otras que se han ido consolidando en la práctica diaria de esta institución. Esta situación ha rodeado al Real Acuerdo de un clima de complejidad, ya que se trata de una sala cuyo rasgo fundamental es la multidisciplinariedad.

La diversidad competencial de la sala de gobierno va a conllevar el abandono de las tradicionales creencias que la doctrina histórico-jurídica ha expresado en torno a este organismo, ya que se le ha definido como una institución dedicada a tareas gubernativas de gestión y de administración de la Chancillería, de sus órganos y de sus cargos², detentando otras que alcanzaban a todo el territorio que se encontraba bajo su dominio jurisdiccional y que excedían, con mucho, del estricto gobierno de la institución.

Algunas de estas competencias fueron, por ejemplo, la resolución de las consultas planteadas por las justicias inferiores en su papel de asesor de la instrucción judicial, como un órgano intermedio de la administración consultiva entre el Consejo de Castilla y las justicias inferiores³. Se trataba de un órgano que se encargaba de la elección de los cargos municipales propuestos por los Ayuntamientos de los pueblos que se encontraban bajo su jurisdicción en pleno siglo XIX, entre los años 1824 y 1833, coincidiendo con la restaura-

2 El estudio de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid como un tribunal de justicia que formó parte de la administración entre los siglos XIV y XIX debe partir, necesariamente, de la obra de GARRIGA, C., *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525): historia política, régimen jurídico y práctica institucional*, Madrid (Centro de estudios constitucionales), 1994, en la que se analizan los primeros años de esta institución. La alusión al Real Acuerdo en esta obra es breve, es por ello por lo que este estudio puede servir para conocer mejor la gestión realizada por el Real Acuerdo en la Chancillería, así como, para incorporar alguna idea acerca de otras competencias que esta sala tenía, con mayor importancia que el examen para acceder a la profesión de abogado.

3 Son diversas las fuentes que certifican el carácter consultivo de esta institución como, por ejemplo, los libros de consultas realizadas al Real Acuerdo entre 1608 y 1728 (REAL CHANCILLERÍA, LIBROS, 214) o el libro de tramitación de consultas entre 1826 y 1836 (REAL CHANCILLERÍA, LIBROS, 238).

ción absolutista de Fernando VII⁴, aunque con anterioridad a estas fechas, entre 1814 y 1815, el Real Acuerdo también desarrolló esta competencia. A su vez, se trataba de una institución partícipe, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, en la censura de los libros, papeles, panfletos, etc., en este momento el conocimiento que en torno a esta competencia tenemos es escaso, aun así, su participación en esta tarea le situaría dentro de la conocida como censura gubernativa⁵.

A la luz de las competencias señaladas no parece ser el examen de Abogado la tarea más relevante de las que desempeñaba el Real Acuerdo, pero sí la que mayor cotidianidad tenía, ya que son sus actas, como testimonio diario de los negocios que se abordaban en las reuniones del Acuerdo, las que así lo señalan. Ante esta situación, es necesario formularse la siguiente cuestión, ¿Cómo se desarrollaba este procedimiento en la Chancillería? Las fuentes documentales a las que hemos acudido demuestran la ausencia de actas en las que se testimonie el desarrollo de esta práctica, es por ello por lo que hemos procedido al análisis de fuentes indirectas, como las peticiones de los examinandos presentadas ante el Real Acuerdo para ser recibidos por esta institución⁶ o las actas de incorporación de los letrados al Colegio de Abogados de

4 La participación del Real Acuerdo en la elección de los oficios de aquellos Ayuntamientos que se encontraban bajo la jurisdicción de la Chancillería cuenta con algunas normas promulgadas entre 1814 y 1815 (Gaceta de Madrid, nº 106, 2 de agosto de 1814), y entre 1824 y 1833 (Gaceta de Madrid, nº 138, 30 de octubre de 1824, pp. 553-554; Instrucción de 4 de agosto de 1825 del Real Acuerdo; Reales Decretos de 2 de febrero y 10 de noviembre de 1833 publicados en FERNÁNDEZ, T. R.; SANTAMARÍA, J. A., *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Madrid (Instituto de Estudios administrativos), 1977, pp. 724-727).

5 Son diversos los expedientes conservados por el Archivo de la Chancillería de Valladolid que parecen indicar la participación del Real Acuerdo en la censura, como una institución ejecutora de las normas promulgadas por el rey, como son, por ejemplo, el expediente por el que se prohíbe imprimir cualquier papel sin que primero se apruebe y examine por el Real Acuerdo (Archivo de la Chancillería de Valladolid, CÉDULAS Y PRAGMÁTICAS, CAJA 26, 27) o la Real Cédula sobre cómo se deben observar las prohibiciones de libros y la publicación de edictos (Archivo de la Chancillería de Valladolid, CÉDULAS Y PRAGMÁTICAS, CAJA 30, 10). Cuando hacemos referencia al término «censura gubernativa», este debe entenderse como el desarrollo práctico por parte de la justicia de las disposiciones normativas dictadas por el poder real en torno a la censura. En este caso, es la Chancillería, a través del Real Acuerdo la encargada de ejecutarlas en su jurisdicción.

6 El Archivo de la Chancillería cuenta con un gran número de expedientes en los que se han conservado las actas de recibimiento a bachilleres, como, por ejemplo, la de Juan

la Chancillería, así como a lo previsto para otros tribunales de la Monarquía como la Real Audiencia del Principado de Cataluña.

De la misma manera, el estudio del examen de Abogado no debe concebirse como una práctica presente en el hacer diario de la Chancillería y del Real Acuerdo desde su fundación, sino que ha pasado por diferentes situaciones y etapas que se pueden observar a través del estudio de su régimen jurídico. En él se encuentra tanto la legislación general de la Corona de Castilla, como la normativa dictada para regular el funcionamiento del tribunal, como la práctica y uso de la Chancillería representada a través de los libros de actas del Real Acuerdo.

Finalmente, la participación de los examinandos y de los abogados en la administración de justicia no difiere, en relación con los requisitos de acceso a la profesión, con las previsiones normativas presentes en la regulación aplicable al oficio público. Por ello, brevemente al final del presente estudio, señalaremos ciertas similitudes en torno a los requisitos exigidos a los abogados y a los oficiales públicos de la administración de justicia para acceder a sus respectivas profesiones.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL EXAMEN: FUENTES LEGALES

El régimen jurídico que rodea el examen de Abogado ante el Real Acuerdo de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid se concretaba en un amplio abanico de fuentes, entre las que se encuentran la legislación general de Castilla, las normas que se dictaban exclusivamente para la Chancillería de Valladolid y la práctica procesal consolidada por el Real Acuerdo.

En primer lugar, en lo que concierne a la legislación general de Castilla debemos tener en cuenta tanto el Fuero Real⁷ como las Partidas⁸, las Leyes

de Torres Castellanos, natural de la villa de Sahagún. Un expediente en el que se recoge el juramento de este por el que cumplía con los requisitos académicos (estudios y pasantía) y la solicitud de ser atendido en su petición por la sala de gobierno (Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, SECRETARÍA DEL ACUERDO, CAJA, 15, 4).

⁷ *Opúsculos legales del Rey Don Alfonso El Sabio, publicados y cotejados con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, Madrid, 1836, Leyes históricas de España, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 2015.

⁸ *Las Siete Partidas del sabio Rey don Alfonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad*, Salamanca, 1555, en Madrid (Boletín Oficial del Estado, Imprenta nacional del Boletín Oficial del Estado), 1985.

de Toro⁹, la Nueva Recopilación¹⁰ y la Novísima Recopilación¹¹, en ellas se citan algunas disposiciones normativas referidas a nuestro objeto de estudio, y, también, aquellas fuentes que fueron promulgadas para la regulación de la administración de justicia como las Ordenanzas de Medina del Campo de 1480 que deben interpretarse como legislación general del sector de la justicia¹², las Ordenanzas de los Abogados y Procuradores de 1495¹³, las Ordenanzas de las Audiencias de 1563 de Felipe II (Ordenanza 217), la Pragmática de 7 de noviembre de 1617¹⁴, y la Real Provisión de 21 de agosto de 1770¹⁵ y, en materia de juramentos, la Real Orden de 23 de enero de 1839¹⁶ que se encuentra en íntima relación con las Ordenanzas de las Audiencias de 19 de diciembre de 1835¹⁷.

En segundo lugar, en cuanto al derecho dictado expresamente para el funcionamiento de este tribunal, contamos con las Ordenanzas de los Reyes Ca-

9 GÓMEZ, A., *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1785, Valladolid (Lex Nova), 1981.

10 *Recopilación de las Leyes destos reynos, hecha por mandado de la Magestad Católica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor*, Madrid, por Catalina de Barrio y Angulo y Diego de la Carrera, 1640, Edición facsímil, Valladolid (Lex Nova), 1982.

11 *Novísima Recopilación de las Leyes de España. En que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año de 1567, reimpresa últimamente en el de 1775*, Madrid, 1805, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 1985.

12 *Actas de las Cortes de Castilla publicadas por Acuerdo de las Cortes españolas a propuesta de su comisión de gobierno interior*, Madrid (Imprenta y Editorial Maestre norte), 1962.

13 AA. VV., *Ordenanzas a los Abogados y Procuradores*, Valladolid (ed. Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid), 1995.

14 «Pragmática de 7 de noviembre de 1617» en *Novísima Recopilación de las Leyes de España. En que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año de 1567, reimpresa últimamente en el de 1775*, Madrid, 1805, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 1985, Libro V, Título XXII, Ley I.

15 «Real Provisión de 21 de agosto de 1770» en *Novísima Recopilación de las Leyes de España. En que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año de 1567, reimpresa últimamente en el de 1775*, Madrid, 1805, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 1985, Libro V, Título XXII, Ley I.

16 «Real Orden de 23 de enero de 1839» en TORMO CAMALLONGA, C., *El Colegio de Abogados de Valencia entre el Antiguo Régimen y el Liberalismo*, Valencia (Universitat de Valencia) 2004, p. 272.

17 *Ibidem*, p. 272.

tólicos de 1489¹⁸, las Ordenanzas de la Chancillería de 1566¹⁹ y la Reimpresión de las Ordenanzas del tribunal de 1765²⁰ tras aceptarse su elaboración por Real Cédula de 13 de julio de 1761²¹. Así como también, la Real Cédula de 14 de septiembre de 1497²², incorporada al texto de las Ordenanzas de 1566, y dictada para recordar al tribunal de Valladolid la obligación que tenía de someter a los futuros abogados a examen²³.

En tercer lugar, en cuanto a la práctica procesal consolidada por la sala de gobierno desde su fundación y hasta su disolución, son sus libros de actas los que recogen el testimonio de la actuación diaria del Real Acuerdo, una serie de volúmenes que constituyen el origen del presente trabajo²⁴. Recientemente han sido publicadas en la plataforma virtual PARES las actas fechadas entre 1496 y 1835, lo que ha facilitado la tarea investigadora. Su publicación contribuye a la afirmación de que la actividad del Real Acuerdo se prorrogó más allá de la disolución de la Chancillería por Real Decreto de 26 de enero de 1834²⁵.

18 *Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid: hechas y otorgadas por el Rey Fernando y la Reina Isabel*, Madrid (Biblioteca Nacional de España), 1489.

19 «Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de su Magestad, que reside en la Villa de Valladolid, Impreso en Valladolid por Francisco Fernández de Córdoba», Valladolid, 1566, en GARRIGA, C., *Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid*, 1.ª ed., Madrid (Consejo General del Poder Judicial), 2007.

20 *Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de su Magestad que reside en la Villa de Valladolid*, Valladolid, 1765. Disponible en <<https://patrimoniocumental.icam.es/es/consulta/registro.do?id=87728>>. [Consultado el 13/02/2020].

21 «Real Cédula de 13 de julio de 1761» en GARRIGA, C., *Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid*, ob.cit., pp. 105-106.

22 «Real Cédula de 14 de septiembre de 1497» en *Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de su Magestad, que reside en la Villa de Valladolid*, Libro II, Título I, Fols. 71v-72r.

23 *Ibidem*, Libro II, Título I, Folios 71v-72r.

24 Los Libros de Actas del Real Acuerdo se componen de 67 volúmenes que han sido publicados recientemente por la plataforma virtual PARES gracias a la digitalización llevada a cabo por el Archivo de la Chancillería. Estos volúmenes se desarrollaron desde 1496 y hasta 1835. El libro de Actas correspondiente al año de 1835 se redactó un año después de la disolución por Real Decreto de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid, y Granada, dando paso, en el tribunal que nos ocupa, a la Audiencia Territorial de Valladolid (REAL CHANCILLERÍA, LIBROS, 156-188; 254-267; 191-210). Disponible en <<http://pares.mcu.es/ParesBusquedas20/catalogo/description/5203417?nm>>. [Consultado el 12/02/2020].

25 «Real Decreto de 26 de enero de 1834» en *Gaceta de Madrid*, nº 13, 1834.

Una vez señalado el régimen jurídico que rodea esta práctica, es necesario plantear una serie de consideraciones previas en torno a las fuentes utilizadas.

El manejo de las Ordenanzas de la Chancillería de 1489 y de 1566, nos muestra una transición de un texto a otro que se hará patente en los requisitos exigidos para acceder a la profesión de abogado. Esta evolución, más que un cambio, se debe a la entrada en vigor de las Ordenanzas de 1495, que regulaban el examen como *conditio sine qua non* para el ejercicio de este oficio. En este punto, posteriormente deberemos aclarar la postura defendida por otros autores al considerar el origen del examen en las Partidas, mientras que, particularmente, a la luz de las fuentes analizadas, situaría tal origen en la norma del siglo xv o, de otra manera, incluso podríamos llegar a afirmar la existencia de dos orígenes distintos en virtud de si tenemos en cuenta su planteamiento teórico o su aplicación práctica.

Por otra parte, la mención a la Reimpresión de las Ordenanzas de 1566 en 1765 tras la promulgación de la Real Cédula de 13 de julio de 1761 que aceptaba la elaboración de esta obra, hace necesario aclarar que se redactó a petición del Real Acuerdo, una demanda en la que también se matizó que se iban a llevar a cabo una serie de aumentos o añadiduras²⁶. Por ello, en su publicación se tituló como «Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de su Magestad, que reside en la villa de Valladolid»²⁷. En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de una recopilación oficial, cuya reimpresión llevó a cabo Thomas de Santander tesorero y reimpresor de la Real Universidad. De la misma manera, en la tarea de recopilar aquellas nor-

26 GARRIGA, C., *Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid*, ob.cit., p. 107. Por orden del Acuerdo se incluyen: «Varios decretos de Su Magestad y Autos del Real Consejo mandados agregar a la reimpresión de las Ordenanzas de la Real Chancillería de Valladolid de orden del Real Acuerdo de ella. Año 1765. Por Thomas de Santander, Impresor de la Real Universidad y Thesorero de ella».

27 *Ibidem*, p. 105. «Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia, y Chancillería de Su Magestad, que reside en la villa de Valladolid. Imprimiose por mandado de los Señores Presidente, y Oidores de ella, sacada de lo que por las Visitas hechas, y por las Cédulas, y Provisiones Reales, y por Autos, y Probehimientos del Acuerdo en los casos que por tiempo ocurrieron, aumentados en esta reimpresión varios Decretos de S.M. y Autos de su Real Consejo, mandados agregar por modo de suplemento en esta reimpresión de orden del Real Acuerdo para el buen orden, y gobierno de dicha Real Audiencia, más breve, y mejor expedición de los negocios, y pleitos». Reimpreso en Valladolid por Thomas de Santander, tesorero de la Real Universidad. Año de 1765.

mas que se habían promulgado entre 1566 y 1765 se obvió la inclusión de ciertas innovaciones legislativas referentes tanto al examen de Abogado, por ejemplo, la Pragmática de 7 de noviembre de 1617 referida a la incompetencia de algunos letrados, como otras que se remiten a otros ámbitos del tribunal, sobre todo en materia penal²⁸.

De la misma manera, el hecho de que la elaboración de esta recopilación responda a la necesidad de garantizar «...el buen orden, y gobierno de dicha Real Audiencia...» nos sitúa ante un contexto que coincide con otras innovaciones jurídicas que se llevaron a cabo en la segunda mitad del siglo XVIII en Valladolid, como la división de la ciudad en cuarteles²⁹, la desaparición de la sala de hijosdalgo con la consiguiente fundación de la sala segunda del crimen y de hijosdalgo, y el establecimiento de una sala de gobierno en el ámbito criminal, el Gobierno de la sala del crimen³⁰. Todo ello en el contexto de una nueva justicia penal que se instauró en España de la mano de Manuel de Lardizábal y que surgió en el seno del pensamiento de Montesquieu y Beccaria. Por lo tanto, ¿la promulgación de esta obra debe entenderse en el marco de las reformas judiciales que se abordaron entre 1760 y 1780? Particularmente, la motivación ofrecida para solicitar esta Reimpresión, en virtud del incorrec-

28 La Reimpresión de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid obvió una serie de cambios jurídicos que se produjeron en el tribunal, sobre todo, desde el reinado de Carlos II en adelante, ya que no incorporó a la obra ni la figura del oidor-presidente creada por la administración de Carlos II para dirigir la sala del crimen, ni su institucionalización en 1705 por Felipe V denominándole Gobernador de la sala del crimen.

29 Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, CÉDULAS Y PRAGMÁTICAS, CAJA 30, 24. «Expediente relativo al establecimiento de cuarteles en la ciudad de Valladolid, similar a lo producido en Madrid o en San Sebastián, con la forma de provisión de los oficios de alcaldes de barrio y la definición de sus competencias».

30 *Real Cédula de su magestad a consulta del Consejo por la que se sirve mandar que las salas de hijosdalgo de las dos Chancillerías se erijan en criminales*, Madrid (En la Oficina de Don Antonio Sanz, Impresor del Rey nuestro señor, y de su Real Consejo), 1771.

«...la sala primera, del primero, tercero, quinto, y séptimo Alcalde; y la segunda, del segundo, cuarto, sexto, y octavo, en cuya forma habrá en cada sala dos antiguos con cuartel, y provincia, y dos modernos sin él, optando por sus antigüedades a los cuarteles, y provincias en lo sucesivo, entendiéndose ahora por los más modernos los que actualmente lo son de hijosdalgo, debiendo el Gobernador, no estando ausente, o enfermo, asistir a la vista de las causas capitales en cada una, cesando en lo sucesivo la preferencia, que va referida de los Alcaldes, por haber de componer un Acuerdo Criminal, según el orden de sus antigüedades...».

to ejercicio de la administración de justicia por parte de algunos jueces que no contaban con ejemplares de la «Recopilación», constituye un ejemplo más de la formación de una nueva realidad jurídica en Valladolid formada a partir de la segunda mitad del siglo XVIII.

Finalmente, debemos hacer referencia a la obra compuesta por Manuel Fernández de Ayala y Aulestia, escribano de su Magestad en el siglo XVIII y procurador del número de la Chancillería³¹, titulada *Práctica y Formulario de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid*³² y publicada en 1667. Se trata del elemento bibliográfico de mayor entidad de esta investigación, en él se dedica su capítulo décimo séptimo al estudio de los abogados, proporcionándonos la perspectiva práctica y el uso de la Chancillería. A su vez, contamos con la referencia, a través de una anotación, al primer examen practicado en la Chancillería de Valladolid el 18 de marzo de 1495, menos de un mes después de la entrada en vigor de las Ordenanzas de los Abogados y Procuradores. No se conserva el expediente en torno a este primer examen, sino que únicamente disponemos de su referencia en el margen de las Ordenanzas del tribunal de 1566³³.

La fecha en la que se práctica este primer examen, debe relacionarse con las Ordenanzas de la Chancillería y, de esta manera, interpretarse como un reconocimiento implícito del origen del examen. Es por ello por lo que en el desarrollo de esta investigación tendremos que dar respuesta a la siguiente pregunta ¿La no regulación del examen en las Ordenanzas de la Chancillería de 1489 y la práctica de la primera prueba en Valladolid en 1495, son indicadores de una tendencia previa del legislador a no reconocer las Partidas como la primera norma en la que se regulaba esta práctica? Para dar respuesta a

31 Auñamendi Eusko Entziklopedia, Fondo Bernardo Estornés Lasa, *Fernández de Ayala Aulestia, Manuel*. Disponible en <<http://aunamendi.eusko-ikaskuntza.eus/es/fernandez-de-ayala-aulestia-manuel/ar-65233/>>. [Consultado el 11/02/2020].

32 FERNÁNDEZ DE AYALA Y AULESTIA, M., *Práctica y formulario de la Real Chancillería de Valladolid*, Valladolid, 1667, Edición facsímil, Valladolid (Lex Nova), 1998, capítulo XVII, Fols. 28v-29r. Hay otra edición publicada en 1733 cuya composición le corresponde a Francisco Revilla.

33 En las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid de 1566 (Libro II, Título I) dentro del capítulo dedicado a los Abogados, se recoge la referencia «Libro Antiguo Fol. 54». A priori, podemos afirmar que esta referencia indica dónde se encuentra el primer examen que se practicó a un letrado en la fecha señalada, pero, tras consultar al Archivo de la Chancillería, se desconoce este dato y, por tanto, el lugar en el que se encuentra depositado este libro.

esta cuestión es necesario conocer el régimen jurídico que rodeó el acceso a la abogacía y las diferentes posturas adoptadas por la doctrina.

Una vez señaladas tanto las fuentes normativas y no normativas que componían el régimen jurídico, así como ciertas precisiones básicas que es necesario tener en cuenta, a continuación, abordaremos cómo, a través de su contenido, evolucionaron los diferentes requisitos exigidos a los examinandos para poder ejercer la profesión de abogado.

III. ACCESO A LA ABOGACÍA EN LOS SIGLOS XIV-XV

El estudio del régimen jurídico que organizaba el modo en el que se accedía a la profesión de abogado debe dividirse en dos etapas, una primera etapa en la que podría aceptarse la presencia del examen en las Partidas, aunque en la práctica no se llevó a cabo sino que se reforzó el juramento como un elemento indispensable para la práctica de la abogacía, acarreado responsabilidad para el abogado ante su actuación negligente y basándose el juramento en una práctica oral que se llevaba a cabo ante los jueces para garantizar que iban a usar bien y fielmente de su oficio. A partir de las Ordenanzas de los Abogados y Procuradores de 1495, es posible referirse a una segunda etapa en la que se recoge la referencia al examen de manera expresa y, a consecuencia de ello, se comienzan a practicar estas pruebas en la Chancillería de forma casi inmediata.

Durante los siglos XIV y XV, más en concreto desde la entrada en vigor del Ordenamiento de las Cortes de Alcalá en 1348³⁴, con la consiguiente promulgación de las Partidas en su orden de prelación, y hasta el reinado de los Reyes Católicos, se confió en el juramento como el requisito más importante, y necesario, para acceder a la profesión de abogado. La relevancia que esta práctica tuvo en este largo periodo realmente no garantizaba la correcta diligencia de los letrados en su actuación, lo que suponía redundar en la proble-

34 TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de historia del derecho español*, Madrid (Tecnos), 2016, p. 243. El Ordenamiento de las Cortes de Alcalá de 1348 debe entenderse como un ordenamiento de leyes cuya importancia radica en su Ley I, Título XXVIII, donde se establece el orden por el que se debían aplicar en Castilla los derechos tradicionales. En dicha ley se manda que se aplique, en primer lugar, el Ordenamiento de Alcalá, lo que se ha interpretado como una referencia al Derecho Real, en su defecto los Fueros municipales, con ciertas restricciones, y en ausencia del Derecho Real y de los Fueros municipales, se aplicarían las Partidas como derecho supletorio. Por lo tanto, se trata de una norma en la que entran en vigor por primera vez las Partidas.

mática que la administración de justicia había tenido en torno a los abusos cometidos por los abogados.

Las Partidas, como punto de partida de esta primera etapa, ordenaban que ningún letrado debía ser recibido como tal sin que, primeramente, se le hubiera otorgado que lo pudiera ser. De esta manera, su Ley decimotercera ordenaba que ninguno podía ejercer las labores propias de abogado si previamente no había sido escogido por los «...judgadores, e de los sabidores, de derecho de nuestra corte...»³⁵. El contenido de esta norma ha sido interpretado por algunos autores como la primera referencia al examen, entendido como una práctica necesaria para poder ejercer junto con otros requisitos como el juramento y la inscripción de los abogados en un libro registro. Aun así, se han apresurado a plantear la dificultad que supuso aplicar estas previsiones en el periodo que medió entre las Partidas y el reinado de los Reyes Católicos³⁶. Las dificultades mencionadas se refieren a los abusos cometidos por algunos letrados como, por ejemplo, la presencia de abogados legos o, incluso, la falta de medios por parte de la administración de justicia para hacer frente a esta situación, inconvenientes estos que son aclarados en las Cortes de Toledo de 1480 donde se hace referencia a la malicia, a la negligencia y a la ignorancia de algunos letrados³⁷.

35 *Partidas*, III, VI, 13. «Como ninguno non debe ser recibido por abogado si primeramente no le otorgare que lo pueda ser: Historiadores y embargadores de los pleitos, son los que se hacen abogados non seyedo (sic.) sabidores, de derecho, ni de fuero, o de costumbres, que deben ser guardadas en juicio. Y por demandamos, que de aquí adelante, ninguno, no sea osado, de trabajarse, de ser abogado, por otro, en ningún pleito, a menos de ser primeramente escogido, de los judgadores, e de los sabidores, de derecho de nuestra corte. O de las tierras, o de las ciudades, o de las villas en que hubiere de ser abogado. E aquel que fallaré que es sabidor, o hombre para ello, debe le hacer jurar que el ayudará bien y lealmente a todo hombre, a quién prometiere su ayuda. E que non se trabajará, a sabiendas, de abogar, en ningún pleito, que sea mentiroso, o falso, o de que entienda que no podrá haber buena cima. E aún los pleitos verdaderos, que tomare, que puñara, que se acaben a una, sin ningún alojamiento, que el hiciese maliciosamente. E el que así fuere escogido: mandamos que sea escrito, el su nombre en el libro, do fuere escritos, los nombres, de los otros, abogados a quién fue otorgado, tal poder como este. E cualquier que por si quisiere tomar poderío, de tener pleito por otro contra este nuestro mandamiento: mandamos que non sea oído, ni le consientan los judgadores que abogue ante ellos».

36 ALONSO ROMERO, M.P., GARRIGA ACOSTA, C., *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid (Universidad Carlos III), 2014, p. 36. Disponible en <<http://hdl.handle/10016/16884>>.

37 Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, Ordenamiento de las Cortes de Toledo de

Las dudas planteadas en torno al origen del examen quedan despejadas a partir de la consideración de las Partidas y de las Ordenanzas de 1495 como dos elementos complementarios y no contrapuestos, ya que, en virtud de lo ya señalado, la Ley decimotercera de la norma alfonsina se debe entender como el origen teórico de esta práctica, mientras que las Ordenanzas del siglo xv deben considerarse como su origen práctico, ya que es en este momento cuando la Chancillería comenzó a examinar. De la misma manera, la confirmación de esta teoría viene dada, implícitamente, por las Ordenanzas de la Chancillería de 1489, ya que, aunque los abusos cometidos por los letrados ya se habían identificado en las Cortes celebradas en Toledo en 1480, es en esta norma donde se reguló el examen pero únicamente para los Procuradores³⁸ y para los Relatores³⁹, desarrollándose como un examen de suficiencia ante

1480, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/cortes-de-los-antiguos-reinos-de-leon-y-de-castilla--2/html/fefc50do-82b1-11df-acc7-002185ce6064_104.html>. [Consultado el 11/02/2020].

Las referencias que en el Ordenamiento de las Cortes de Toledo de 1480 se hacen a los abogados son dos, en primer lugar, se señaló que «Para evitar los daños que a las partes se seguían de la ignorancia y malicia de los abogados, encargaron la fiel observancia de las leyes que los obligaban a prestar juramento en las manos de un juez de usar bien de su oficio aconsejando lo justo, absteniéndose de ayudar toda causa injusta y abandonando la defensa de la parte luego que conociesen la injusticia», y en segundo lugar que «Las reformas legislativas introducidas por los Reyes Católicos en las Cortes de Toledo de 1480, no satisfacían sus deseos de legar a la posteridad una compilación de leyes, ordenanzas y pragmáticas, descartando las superfluas, suprimiendo las derogadas, declarando las dudas, evitando las contradicciones, y en fin, formando un verdadero cuerpo legal que fijase el derecho y facilitase la administración de la justicia que carecía de regla cierta, y fluctuaba a merced de las caprichosas interpretaciones de los jueces y abogados».

38 En la administración de justicia del Antiguo Régimen, los Procuradores se pueden definir como oficiales que representaban a las partes en el pleito, se trata de un cargo cuya naturaleza jurídica no ha variado en exceso a la que hoy en día conocemos de los Procuradores.

39 La Real Audiencia y Chancillería de Valladolid contaba con diecisiete relatores que se dividían de la siguiente manera: doce en las salas de lo Civil, correspondían tres a cada una de las cuatro salas, tres para lo criminal, uno para la sala de Vizcaya y otro para la sala de Hijosdalgo, además del Relator para la sala del Acuerdo que tenía más bien un carácter testimonial.

El relator era un oficial de justicia que tenía como encargo llevar los pleitos conclusos de los Escribanos de Cámara para observar si esta conclusión era legítima o había algún defecto o nulidad que se pudiese oponer. De estas relaciones se sacaban memoriales de lo sustancial de cada pleito. En aquellos que fuesen más arduos e importantes las partes po-

el Presidente y ante los Oidores, pero excluyendo expresamente de él a los abogados⁴⁰.

La superación de los conflictos que en torno a este gremio se sustanciaron en los siglos anteriores, se pueden observar a partir de 1495 con la entrada en vigor de la normativa reguladora de los Abogados y Procuradores, que no sólo se refería expresamente al examen, sino también a otros requisitos tales como la obligación de elaborar matrículas de abogados o la prohibición de ejercer para todos aquellos que no fueran graduados⁴¹. Esta norma señalaba que nadie podía ser abogado ante el Consejo ni la Chancillería sin que, previamente, hubiera sido examinado y aprobado por el Consejo o por los oidores de la Au-

dían mandar que se hiciese dicha relación, es decir, que se hiciese un memorial ajustado. A su vez, asistían a los Acuerdos con los procesos por sí al tiempo de votarse por los jueces se ofrecía alguna dificultad, así como para extender las sentencias y autos conforme a los decretos que para ello les daban no pudiendo revelarlos ni decir hasta que estuviese publicado. El cargo de relator fue uno de los más relevantes en la justicia del Antiguo Régimen y a la vez el más sensible a la corrupción, ya que en muchas ocasiones las sentencias dadas por las justicias se correspondían con el memorial dado por los Relatores en virtud de los hechos probados y de la aplicación del derecho.

40 ALONSO ROMERO, M. P., «La abogacía en Castilla (siglos XIII-XVII)» en *Historia de la Abogacía española*, vol. I, Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2015, pp. 458-460.

41 AA. VV., *Ordenanzas a los Abogados y Procuradores*, ob.cit., p. 20.

Ordenanzas a los abogados y procuradores de 1495, ordenanza primera, « Que los abogados sean esaminados y puestos en matrícula antes que abogen so çiertas penas» «Primeramente porque el uso e ofiçio de los abogados es muy necesario en la prosequcion de las cabsas e pleitos quando bien lo fassen es grande provecho de las partes e por reprimir e oviar la maliçia e tiranía de algunos abogados que usan mal de sus ofiçios mandamos que agora e de aquí adelante ninguno sea ni pueda ser abogado en el nuestro Consejo ni en la nuestra Corte e Chançelleria syn que primeramente sea hesaminado e aprobado por los del nuestro Consejo o por los oidores de nuestra Abdiencia y escripto en la matrícula de los abogados, e qualquier que lo contrario fisyese por la primera vez sea suspendido del ofiçio de abogado por un año, e pague diez mil maravedís, e por la segunda que sea doble la pena, e por la tercera que quede inhabile y más non pueda usar del dicho ofiçio de abogaçia, pero mandamos que otras personas algunas que no sean graduadas no hagan peticiones algunas de los pleitos e proçesos, agora sea petiçion nueva, o sobre los abtos de lo proçesado, o requerimientos, o suplicaciones o de otra qualquier manera para que se presenten en el nuestro Consejo ni en la nuestra abdiencia ni ante otros juezes algunos de nuestra corte y si se presentaren las tales peticiones que no sean resçevidas e los que las fisyeren e presentaren sean punidos segund el albitro del juez ante quien la cabsa pendiere salvo sy el dueño del negoçio fiziere petiçion en su cabsa propia».

diencia⁴², manteniendo el juramento como un elemento necesario que a partir de este momento tendría un carácter complementario⁴³, y exigiendo que, necesariamente, los opositores tuviesen titulación académica⁴⁴. Esta cuestión no se recogía, al menos expresamente, en las Partidas, sino que es la primera ocasión en la que encontramos esta referencia en la normativa castellana⁴⁵, aunque con anterioridad, en 1493, la Pragmática dictada en Barcelona el 6 de julio para la regulación del acceso al oficio público, señalaba que los oficiales de la administración de justicia debían haber estudiado leyes durante al menos 10 años. Por lo tanto, la estrecha vinculación entre la abogacía y el oficio público puede llevarnos a entender la norma de 1493 como uno de los antecedentes recogidos en las Ordenanzas de 1495.

El estudio de las Ordenanzas de los Abogados y Procuradores debe entenderse como el punto de partida para el análisis de una segunda etapa en la que los requisitos para acceder a la abogacía cambiarían y se implementarían. De esta manera, la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid se apresuró a

42 ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J. M., «Las Ordenanzas de Abogados de los Reyes Católicos», *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº 23, 1997, p. 103. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4714401>>. [Consultado el 12/02/2020].

43 AA. VV., *Ordenanzas a los Abogados y Procuradores*, ob.cit., pp. 20-21.

Ordenanzas a los abogados y procuradores de 1495, ordenanza segunda, «Que cada año juren los abogados una vez en cierta forma. Otrosy mandamos que todos los dichos abogados asy los que resyden en el nuestro Consejo y en nuestra Corte e Chançelleria como en todas las otras cibdades, e villas, e lugares de nuestros reynos e señoríos en el comienço que usaren del dicho ofiço de abogaçia y en cada un año una vez / sean obligados de jurar e juren en forma devida de derecho que usaran de su ofiço bien e fielmente e guardaran a todo su poder lo contenido en estas hordenanzas, e otrosy que non ayudaran en cabsas desesperadas en que ellos sepan e conozcan que las partes no tengan justicia, e que sy ovieren comenzado a ayudar en algunos pleitos en qualquier estado de ellos que supieren y les constaren que sus partes no tienen justicia que luego les avisaran de ello y les dirán que se conçierten o que se dejen de los tales pleitos e que los dichos abogados en tal caso luego se desistirán e apartaran de ayudar en los tales pleytos lo mejor e mas syn daño de las partes que puedan, e mandamos que por este dicho juramento no se escusen los abogados de hazer el juramento que manda la ley de Toledo quando les fuere mandado por los jueces ante quien penden sus cabsas».

44 *Ibidem*, p. 20. El artículo 1º de las Ordenanzas de 1495 señala que «...pero mandamos que otras personas algunas no sean graduadas no hagan peticiones algunas de los pleitos e proçesos...»

45 ALONSO ROMERO, M.P., «La abogacía en Castilla (siglos XIII-XVII)», cit., p. 462.

aplicar estos cambios, ya que el 18 de marzo de 1495, tan solo un mes después de la entrada en vigor de la norma, practicó su primer examen a un bachiller. Previsiblemente, la presteza con la que actuó la sala de gobierno del tribunal no se mantuvo en el tiempo, ya que tan solo dos años después, en 1497, por Real Cédula incorporada a las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid de 1566⁴⁶, los Reyes Católicos recordaron y compelieron al tribunal para que continuara examinando a aquellos que opositaran a letrado. Esta Real Cédula también incorporó un nuevo criterio a tener en cuenta por los examinadores, la suficiencia del opositor, es decir, debían superar el examen únicamente aquellos que fuesen suficientes para ejercer el oficio, un criterio que en virtud de cómo se desarrollaba el procedimiento conocido ante el Real Acuerdo, constituye un elemento de examen claramente objetivo⁴⁷.

La incorporación dentro del texto de las Ordenanzas de la Real Cédula de 14 de septiembre de 1497 debe llevarnos a plantear la siguiente cuestión, ¿aquellos que fueron reconocidos como abogados entre 1495 y 1497 sin ser

46 «Real Cédula de 14 de septiembre de 1497» en «Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid», Libro II, Título I, Fols. 71-72.

«REVERENDO in Christo Padre Obispo de Oviedo nuestro Presidente, & Oydores de la nuestra Audiencia, a nos es fecha relación que en esta nuestra Corte & Chancillería, ay algunos Abogados que no son suficientes ni tienen las letras y otras cosas que son menester para el officio de que usan y que ay otros que no guardan lo contenido en la pragmática por nos fecha & promulgada para en los negocios de la abogacía & que ay otros que usan mal de sus officios & y son muy remisos & negligentes en la prosecución de las causas & se ausentan de la dicha nuestra Corte sin dejar recaudo en las causas que tienen & que cura poco de los negocios recebido el salario de las partes, & que ay algunos de los dichos Abogados que con ruegos & dadivas y se yendo favorecidos de algunas personas & por otras maneras illicitas procuran de aver muchos pleytos & de obtener y vencer en ellos en qualquier manera que pueden & que sobre la dicha razón pasan, y se cometen otros muchos agravios y sin razones en de servicio de Dios y en nuestro, y en daño, & perjuicio de los litigantes, y por qué esto es cosa de mal exemplo, y digno de castigo nos vos encargamos & mandamos que luego entendays en ello y examineys a los dichos Abogados dexando los que fueren suficientes en el dicho cargo & officio y expeliendo y desechando a los otros, y en lo uno, y en lo otro proveáis de tal manera que la dicha pragmática se guarde y cesen de aquí adelante los dichos agravios & sin razones castigando a los que en lo pasado hallaredes culpantes, y enviadnos a hacer relación de lo que en ello hubieredes proveydo. Fecha en la villa de Madrigal a catorce días del mes de septiembre año del señor de mil & quatrocientos y noventa & siete años. Yo el Rey. Yo la Reyna. Por mandado del Rey & de la Reyna. Miguel Pérez de Almagar».

47 *Ibidem*, Fols. 71v y 72r.

sometidos a examen, deben ser considerados como tales? Las dificultades presentes en la administración de justicia en torno a la abogacía en los siglos xiv y xv hace complicado dar respuesta a esta pregunta, ya que probablemente la justicia carecía de elementos de control con los que poder apartar de la profesión a aquellos letrados que actuaban negligentemente, siendo esta una tarea más propia de un Colegio de Abogados, que, en el caso de Valladolid, se fundó el 19 de marzo de 1592⁴⁸ y fue dotado de unas Ordenanzas para regular su funcionamiento, donde tampoco se hacía referencia a la disponibilidad de elementos de control frente a las actuaciones negligentes⁴⁹.

Previsiblemente, a partir de 1497 la práctica del examen debería haberse desarrollado de forma continuada, aunque existen testimonios de incumplimiento de las ordenanzas e incluso de negligencias manifiestas por parte del propio tribunal al permitir, en el siglo xvi, el acceso a la abogacía a examinandos que no habían superado el examen «por negociación»⁵⁰. Aun así, estas

48 Información disponible en <<https://www.icava.org/historia>>. [Consultado el 11/02/2020].

Tal y como establece el Colegio de Abogados de Valladolid, los letrados decidieron organizarse en 1592 «...al servicio de los pobres de esta Corte y Cárcel Real» y «para que usen de la caridad y amor que se deben tener mutuamente en el caso de que algún Abogado viniera a pobreza, recordando la obligación en que están los demás de socorrerle con la limosna que fuera de su agrado hecha con decoroso secreto y en la forma y por la orden que al Decano pareciera o ya procurándole algún oficio para su remedio». Y así dispusieron también nombrar entre ellos una diputación de Abogados con la misión de «velar por la buena asistencia y necesidades de los presos y para que visitando el semanero una vez al menos por semana la cárcel diese cuenta al Oidor, para el remedio, respecto a las faltas que notaran en el servicio o dependencia interior, en la enfermería, médico, cirujano, despensero; vigilando especialmente sobre el beneficio de los pobres así en lo corporal como en lo espiritual...», dotándose, así mismo, de una regulación propia a través de las Ordenanzas de la Hermandad y Cofradía de los Abogados de Valladolid.

49 *Hermandad y Cofradía de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid*, Valladolid (Imp. Andrés de Merchán), 1592. Estas Ordenanzas se encuentran depositadas en la biblioteca complutense de Alcalá de Henares bajo el título «Estatutos y Ordenanzas De la Hermandad y Cofradía que a honra y gloria de Dios nuestro Señor se ha instituido por los Abogados desta Real Audiencia y Chancillería de Valladolid, para el ministerio de los pobres presos de la cárcel real desta Corte, y los demás institutos della. Confirmados por el Ordinario Eclesiástico. Y aprobadas y mandadas guardar por los Señores Presidente y Oidores del Acuerdo desta Real Audiencia del Rey nuestro Señor». Disponible en <<https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5315924916&view=2up&seq=2>>. [Consultado el 11/02/2020].

50 ALONSO ROMERO, M.P., GARRIGA ACOSTA, C., *El régimen jurídico de la abo-*

deficiencias no suponen que no podamos pergeñar cómo se desarrollaba este procedimiento ante el Real Acuerdo de Valladolid.

De esta manera, el examinando debía cumplir con una serie de requisitos personales, es decir, edad, sexo y religión, y académicos, es decir, titulación académica y pasantía⁵¹. En cuanto a la pasantía, su duración variaba en virtud de cada territorio, ya que hay ciertas particularidades en Navarra y en los territorios de la Corona de Aragón. En cuanto al grado, podían ser abogados tanto los bachilleres como los licenciados y los doctores, aunque sí que es cierto que la graduación de los examinandos tenía cierta influencia en los años que debían actuar como pasantes⁵². A colación de su preparación aca-

gacia en Castilla (siglos XIII-XVIII), ob.cit., pp. 36-37. La aclaración del término «por negociación» viene dada en esta obra (a través de la referencia R.C. Valladolid 16-III-1554 (OChV 1566, f. 277v), donde puede interpretarse como la manera de acceder a la abogacía a través de una contraprestación para aquellos que no eran suficientemente hábiles para ejercer dicho oficio.

51 *Novísima Recopilación*, V, XXII, 2. «...y sin que después de estos estudios no acredite haber tenido por dos años la pasantía con algún abogado de Chancillería o Audiencia...». La pasantía era una primera experiencia profesional que desarrollaban los futuros abogados durante un tiempo junto con un abogado en ejercicio. En Castilla tenía una duración de cuatro años, en cambio, en otros lugares como el Reino de Navarra se exigían tres. En 1805 la *Novísima Recopilación* redujo el tiempo que debían actuar como pasantes a dos años y para el caso de que el título de bachiller lo hubieran recibido con solo tres años por medio del examen a Claustro Pleno, la pasantía debía tener una duración de tres.

Tal y como señala JACOBSON, S., *Els Advocats de Catalunya. Dret, societat i política a Barcelona, 1759-1900*, Barcelona (Universitat Pompeu Fabra), 2015, pp. 63-67, En el ejercicio de la pasantía en el Principado de Cataluña, la normativa reguladora de esta práctica lo que buscaba era que los abogados hubieran estudiado al menos durante ocho años. Por ello, los bachilleres, que habían obtenido el título en cuatro años, tenían que actuar como pasantes durante otros cuatro, mientras que los doctores, que habían estudiado durante seis, debían ejercer como pasantes durante dos años. A través de este largo periodo académico y profesional, se buscaba que en la Universidad estudiarán jurisprudencia teórica, es decir, Derecho Romano o *Ius Comunque*, y durante el aprendizaje, jurisprudencia práctica, es decir, la pasantía, el Derecho Real y el Derecho Municipal, el *Ius Proprium*.

52 PAVÓN ROMERO, A., BLASCO-GIL, Y., ARAGÓN-MIJANGOS, L.E., «Cambio académico. Los grados universitarios. De la escolástica a los primeros ensayos decimonónicos», *Revista Iberoamericana de educación superior*, nº 11, vol. 4, 2013, p. 67. Con carácter general los examinandos habían alcanzado el grado de bachiller, que era un grado terminal que equivale a nuestras licenciaturas, existiendo bachilleres en artes, cánones, leyes, medicina y teología.

De la misma manera, en relación con la tarea investigadora en torno a las Facultades,

démica en relación con las materias que se estudiaban en las Facultades, debemos tener en cuenta el cambio que en los planes de estudio se llevó a cabo durante el siglo XVIII, ya que con anterioridad los alumnos se dedicaban al estudio del Derecho Común, mientras que, con posterioridad, el conocimiento de las Leyes del Reino se introdujo en las Facultades de Leyes y Cánones. Esta reforma se abordó durante el reinado de Carlos III, promulgando legislación de carácter general que afectaba a la docencia y se centraba en la supervisión de los planes de estudio de las Facultades, mostrándonos el conflicto entre el intervencionismo estatal y la autonomía de las Universidades⁵³.

Una vez presentada la instancia jurando cumplir con estos requisitos y solicitando ser sometido a examen, el Real Acuerdo debía facilitar al opositor una fecha y un pleito. Este pleito constituía el objeto de examen, ya que el examinando debía trabajar con él y el día señalado dar su análisis en derecho. En algunos tribunales encontramos preguntas directas formuladas a los examinandos en el desarrollo de este procedimiento como, por ejemplo, en la Real Audiencia del Principado de Cataluña, donde se le formulaba la siguiente pregunta «¿Qué sentencia daría si fuese juez en aquella causa?»⁵⁴.

Posteriormente, si lo superaba debía jurar ante el Real Acuerdo, en caso

es recomendable el estudio de algunas de las obras publicadas por el grupo de investigación dirigido por el Dr. Peset Reig. En relación con este aspecto, considero conveniente exponer ciertos ejemplos de su bibliografía como son: PESET REIG, M., PESET REIG, J.L., «Felipe V y la Universidad de Valencia las constituciones de 1733», *AHDE*, nº 43, 1973, pp. 467-480; PESET REIG, J.L., PESET REIG, M., «Las Universidades españolas del siglo XIX y las ciencias», *Ayer*, nº 7, 1992, pp. 19-50; PESET, M., CORREA, J. (Coords), *La Facultad de Derecho de Valencia, 1499-1975*, Valencia (Universitat de València), 2018; PESET REIG, M., «Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII», *AHDE*, vol. 45, 1975, pp. 273-340; PESET REIG, M., PESET, J.L., *La universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid (Biblioteca Taurus), 1974; PESET REIG, M., «Las facultades de leyes y cánones. Siglos XVI a XVIII», *Salamanca: revista de estudios*, nº. 47, 2001, pp. 41-68, etc.

53 ARIAS DE SAAVEDRA, I., «La reforma de los planes de estudios universitarios en España en la época de Carlos III. Balance historiográfico», *Chronica Nova*, 24, 1997, p. 8.

54 JACOBSON, S., *Els Advocats de Catalunya. Dret, societat i política a Barcelona, 1759-1900*, ob.cit., pp. 63-67. Es conveniente tener en cuenta que la obra de este autor estudia la abogacía en Cataluña sólo desde 1759, por ello la reforma abordada en la Corona de Aragón con los Decretos de Nueva Planta a principios del siglo XVIII pudo modificar sustancialmente esta situación, aunque, ciertamente, nos permite tener una idea cercana a como se desarrollaba el examen de Abogado ante la carencia que de un procedimiento concreto conocido tenemos para la Chancillería de Valladolid.

contrario se le facilitaba una segunda fecha. En este momento, desconocemos si había un número limitado de ocasiones en las que el examinando podía presentarse a examen o si, realmente, esta práctica tenía un carácter ilimitado.

Tras la práctica del juramento, el ya abogado que quisiera formar parte del Colegio de Abogados de la Chancillería debía solicitar ser recibido ante esta institución, algunas de las actas de recibimiento ante el Colegio son conservadas por el Archivo de la Chancillería, probablemente por la vinculación existente entre el tribunal y esta institución. De la misma manera, quedaban obligados a prestar juramento anualmente, una práctica que fue derogada en el ambiente liberal del constitucionalismo⁵⁵. Por lo tanto, es conveniente diferenciar entre el juramento practicado tras el examen y el que debía realizarse anualmente, ya que el primero debía ser llevado a cabo por un examinando que, a falta de este acto formal, todavía no era abogado, mientras que el segundo debe interpretarse como una garantía de que los letrados habían actuado diligentemente en el ejercicio de su oficio en el año anterior.

Una vez señalado, someramente, el procedimiento de examen practicado en Valladolid, es conveniente destacar que a partir del siglo XVI la referencia al examen en la normativa castellana se consolidó. De esta manera, no sólo encontramos la normativa relacionada con el funcionamiento de la Chancillería, sino también las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación, la Novísima Recopilación, y todas aquellas disposiciones normativas de rango inferior que se encuentran citadas en ellas, y que nos indican que ya se trataba de una práctica cotidiana y con un cierto desarrollo por parte de los tribunales.

55 «Real Orden de 23 de enero de 1839» en TORMO CAMALLONGA, C., *El Colegio de Abogados de Valencia entre el Antiguo Régimen y el Liberalismo*, ob.cit., p. 272. La Real Orden de 23 de enero de 1839 derogó el artículo 190 de las Ordenanzas de las Audiencias de 19 de diciembre de 1835 que establecía que «...todos los que actúen en cada Audiencia se presentarán en ella el día de apertura solemne de la misma al principio de cada año, para prestar ante el tribunal pleno el juramento prescrito por las leyes; y los que no pudieran concurrir aquel día, lo harán en el mes inmediato hábil. A ninguno se le permitirá ejercer la abogacía sin este requisito». Este autor ha publicado otras obras relacionadas con la abogacía que pueden resultar de gran interés para el lector como son: TORMO CAMALLONGA, C., «El ejercicio de los abogados» en PESET REIG, M., CORREA BALLESTER, J. (Coords.), *La Facultad de Derecho de Valencia, 1499-1975*, Valencia (Universitat de València), 2018, pp. 181-188; TORMO CAMALLONGA, C., «El Col·legi d'Advocats» en PESET REIG, M. (coord.), *Història de la Universitat de València*, Valencia (Universitat de València), vol. 2, 2000, pp. 273-280; TORMO CAMALLONGA, C., «Berní y Catalá, el derecho común y las universidades», *CIAN, Revista de historia de las universidades*, n.º. 3, 2000, pp. 279-316, etc.

IV. CONSOLIDACIÓN Y EVOLUCIÓN EN EL EXAMEN DE RECIBIMIENTO: SIGLOS XV-XIX

Desde la celebración de las Cortes de Toro y hasta la promulgación de la Novísima Recopilación, la regulación del examen de acceso a la abogacía se convirtió en una práctica consolidada en la legislación castellana, tal y como se recoge tanto en la legislación general de Castilla promulgada entre los siglos XVI y XIX, como en otras normas de rango inferior citadas en ellas, por ejemplo, la Pragmática de 7 de noviembre de 1617 o la Real Provisión de 21 de agosto de 1770.

En este periodo, las principales reformas que se abordaron en este campo, se centraron en la incorporación de nuevos criterios al examen y en la aparición de los abogados examinadores.

En primer lugar, en cuanto a los criterios que los miembros de la sala de gobierno debían identificar en los examinandos para que estos pudieran superar el examen, su razón de ser se encuentra en las Cortes celebradas en Toro en 1505. En ellas se redundó en los problemas ya identificados por los Reyes Católicos, señalando, de la misma manera, la existencia de deficiencias académicas en la abogacía, ya que había algunos letrados que eran legos en Derecho. Por esta razón, se ordenó que los bachilleres pasaran ordinariamente las leyes, ordenamientos, pragmáticas, Fuero Real y Partidas⁵⁶. La referencia a esta problemática se encuentra estrechamente vinculada con la Real Cédula de 14 de septiembre de 1497, la cual se refiere a la suficiencia como una característica de los futuros abogados, además de señalarse en las Ordenanzas de 1566 que debían ser hábiles y doctos, es decir, conocedores de las leyes que tenían que aplicar en el ejercicio de su profesión. Por lo tanto, los criterios

⁵⁶ *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro*, ob.cit, Ley II, Fols. 10 y 11. En relación con el contenido de este párrafo, es necesario especificar aun más en la dicotomía entre Derecho Real y Derecho Común, una problemática ampliamente estudiada por la doctrina histórico-jurídica, pero que, en este caso, debe tenerse en cuenta en el examen de abogado, para considerar que el Derecho Común se acreditaba a través del grado universitario aportado para poder ser recibido, mientras que el conocimiento del Derecho Real se entendía como una deficiencia en las Universidades que se buscaba paliar a través de la pasantía y, para ello, se estableció esta práctica, para garantizar un conocimiento jurídico completo de los posibles letrados, es decir, el Derecho Común, la práctica forense y las leyes del reino. Prueba clara de esta situación es, por ejemplo, que se prohibía a los abogados alegar según el Derecho Común para ceñirse al Derecho Real.

exigidos se pueden resumir en: suficiencia, habilidad y conocimiento de las leyes, es decir, que fueran doctos e idóneos para el ejercicio de la abogacía.

La incompetencia de los letrados y su necesaria formación, se planteó por la Pragmática de 7 de noviembre de 1617, mencionada en la *Novísima Recopilación*⁵⁷, lo que nos debe llevar a concluir que este gremio desde el siglo xiv y hasta el siglo xix destacó por dos problemáticas, la primera de ellas ya ha sido abordada en los epígrafes anteriores, la dicotomía entre el juramento y el examen, mientras que la segunda fue latente, sobre todo, a partir del reinado de los Reyes Católicos, ya que se identificó en la justicia la presencia de letrados que no eran concedores de las leyes. Es por ello, por lo que tanto la legislación general de la Corona como las disposiciones normativas de rango inferior se esforzaron en garantizar la pericia de los letrados a través de las Universidades y del conocimiento del Derecho Común y, a partir del siglo xviii, de las leyes del reino.

En segundo lugar, en cuanto al tribunal examinador, una de las disposiciones normativas con mayor relevancia para la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid en el régimen jurídico expuesto, fue la Real Provisión de 21 de agosto de 1770, una norma que ordenaba reordenar el tribunal examinador de las Audiencias y Chancillerías. Con anterioridad a su entrada en vigor, esta tarea fue desarrollada por el Presidente y por los Oidores de las salas de lo civil, ministros superiores del tribunal y miembros en sentido estricto del Real Acuerdo. Esta norma incoó a los tribunales a nombrar nueve abogados para que tres de ellos examinaran alternativamente a los que pretendieran serlo después de que hubieran presentado en el Consejo la certificación de cuatro años de práctica.

La propia norma indicaba que se podían nombrar únicamente a seis en aquellos tribunales donde su número fuera limitado, ya que, aunque inicialmente su contenido estaba previsto para su aplicación en el Colegio de Abogados de Madrid, posteriormente, se extendió al resto de Audiencias y Chancillerías⁵⁸. Su aplicación práctica en la Chancillería de Valladolid únicamente

57 La *Novísima Recopilación* hace referencia a la Pragmática de 7 de noviembre de 1616 dictada ante la reconocida incompetencia de algunos abogados, reiterando que ninguno podía abogar en el Consejo, ni en los demás tribunales de la corte si no había sido examinado, y aprobado, conforme a lo previsto en la Nueva Recopilación. ALONSO ROMERO, M. P., «La abogacía en Castilla (siglos XIII-XVII)», ob.cit, p. 485.

58 *Novísima Recopilación*, V, XX, 1.

«Y en Real provisión de 21 de agosto de 1770 se mandó, que el Colegio de Madrid nombre nueve Abogados, para que tres de ellos examinen alternativamente a los que pre-

la hemos encontrado en el libro de actas referente al año 1775. En él se mencionan como abogados examinadores a los siguientes: Andrés Sáenz Durango, Cristóbal de la Mancha, Santiago Aragón, Bartolomé Ruiz Agüero y Manuel de Orbaneja⁵⁹.

Por lo tanto, el amplio abanico de fuentes normativas y no normativas analizadas ha situado al examen de acceso a la abogacía como una práctica cotidiana para la sala de gobierno de la Chancillería y de gran relevancia para la administración de justicia.

V. ABOGADOS Y OFICIALES PÚBLICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El régimen jurídico que ha rodeado tanto a la abogacía como al oficio público indica la presencia de ciertas similitudes en torno a los requisitos de acceso a ambas profesiones. Con carácter previo a su exposición, es necesario diferenciar entre dos conceptos: agente privado y oficial público. El abogado actuaba como un agente privado al servicio de un particular para la defensa de sus intereses, mientras que el oficial público desarrollaba sus funciones en la administración pública. Aun así, los abogados podían formar parte de la administración como es el caso, por ejemplo, de los abogados examinadores, que, dada su actuación en el Real Acuerdo, deben considerarse como oficiales públicos mientras desempeñaban esa función.

Una vez señalado lo anterior, las principales similitudes entre ambas situaciones vienen dadas por los requisitos de acceso exigidos a sus respectivas profesiones, que se pueden resumir en: formación o titulación académica, examen de idoneidad y edad.

En cuanto a la formación o titulación académica del oficial público, debemos tomar como punto de partida la Pragmática de Barcelona fechada en el 6 de junio de 1493⁶⁰, ya señalada, donde se establecía que «...ningún le-

tendieren serlo, después que hubiesen presentado en el Consejo la certificación de quatro años de práctica, y los demás documentos: y que esta providencia se entendiese general para todas las Chancillerías y Audiencias; con la declaración de que se puedan nombrar seis Abogados examinadores en donde su número fuese limitado».

59 Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, *Libros de Actas del Real Acuerdo*, REAL CHANCILLERÍA, LIBROS 175, p. 1757.

60 «Pragmática de Barcelona de 6 de junio de 1493» en TORRES AGUILAR, M., «El requisito de edad para el acceso al oficio público», *Cuadernos de Historia del Derecho*, n.º 2, Madrid (ed. Complutense), 1995, pp. 134-135. Disponible en <<https://revis->

trado pueda haber ni haya oficio ni cargo de justicia, ni pesquisadores...sino contare...haber estudiado en los estudios de cualquier Universidad...Derecho canónico o civil, a lo menos por espacio de 10 años». Con anterioridad, hemos señalado que las Ordenanzas de los Abogados de 1495 constituyeron la primera ocasión en la que en la normativa castellana se les exigía titulación académica, en este momento, debemos matizar esta afirmación y señalar que fue la primera ocasión en relación con los abogados, ya que en torno al oficio público esta previsión fue anterior.

La formación académica del oficial público se encuentra íntimamente relacionada con la experiencia o idoneidad que se le debía exigir en relación con el cargo que iba a ocupar, es decir, con las cualidades y los méritos, entendiendo por ello el desarrollo teórico y práctico de una determinada técnica que se había ido perfeccionando durante su carrera administrativa⁶¹. La naturaleza jurídica del examen de idoneidad es semejante a la del examen de suficiencia, ya que en ambos se intentaba garantizar la futura pericia del optante al cargo.

No a todos los oficiales se les exigía el conocimiento de las leyes, pero aquellos que dependían de la administración de justicia, necesariamente, debían acreditar una formación jurídica suficiente, que se podía poner a prueba a través del examen. Estas afirmaciones han sido interpretadas por Castillo de Bobadilla en relación con la Pragmática de 1493, aseverando que era justa para aquellos que quisieran acceder al cargo de Corregidor, Teniente, Pesquisidor o Relator, o algún otro oficio de justicia, cargos cuya naturaleza exigía haber estudiado leyes por un tiempo de 10 años y haber cumplido 26⁶². A su vez, incluso afirmó que este tiempo de formación era escaso para ejercer como Alcalde u Oidor de las Audiencias reales y Consejos. Por lo tanto, el examen debía servir como una prueba de idoneidad en la que sus contenidos se tenían que interpretar no sólo en relación con el Derecho Común, sino también en cuanto a las Leyes del Reino⁶³.

tas.ucm.es/index.php/CUHD/article/view/CUHD9595110133A/20549>. [Consultado el 13/02/2020].

61 *Ibidem*, pp. 134-135.

62 La normativa castellana establecía una edad límite de 17 años para poder ser abogado, tal y como señalan las *Partidas*, III, VI, 2. Quién puede ser vocero y quién no lo puede ser por sí, ni por otro, «Todo ome que fuere sabidor de derecho, o del fuero, o de la costumbre de la tierra, porque lo haya usado de gran tiempo, puede ser abogado por otro. Fuera ende, el que fuese menor de diez e siete años...».

63 Para el estudio del oficio público en Castilla en la época de los Austrias, GARCÍA MARÍN, J. M^a., «El dilema ciencia-experiencia en la selección del oficial público en

Finalmente, debemos referirnos al Corregidor, un cargo perteneciente a las justicias inferiores de la Corona, cuyo oficio ostentaba cuatro principios básicos: idoneidad, independencia, indelegabilidad y responsabilidad. Es la idoneidad de este oficial de justicia la que le exige cumplir con una serie de requisitos personales (nacimiento o adscripción familiar, cualidades morales y cualificación técnica) y académicos (preparación y experiencia)⁶⁴. Condicionantes estos similares a los ya planteados con respecto a los abogados.

Por lo tanto, parafraseando a GARCÍA MARÍN, el examen «...se ha de convertir en requisito indispensable para que alguien pueda acreditar su suficiencia como letrado...»⁶⁵, tanto como letrado como oficial público de la administración de justicia, ya que ambas realidades son, cuanto menos, similares y, por tanto, los regímenes jurídicos que los rodean deben ser comparables.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

A. Bibliografía

AA. VV., *Ordenanzas a los Abogados y Procuradores*, 1ª ed., Valladolid (Ed. Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid), 1995.

ALONSO ROMERO, M. P., «La abogacía en Castilla (siglos XIII-XVII)» en *Historia de la Abogacía española*, vol. I, Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2015, pp. 458-460.

ALONSO ROMERO, M. P., GARRIGA ACOSTA, C., *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid (Universidad Carlos III), 2014.

ARIAS DE SAAVEDRA, I., «La reforma de los planes de estudios universitarios en España en la época de Carlos III. Balance historiográfico», *Chronica Nova*, 24, 1997, pp. 7-34.

BERMÚDEZ, A., «La abogacía en el ámbito de la monarquía hispana de los siglos XVI y XVII» en *Historia de la abogacía española*, vol. 1, Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2015, pp. 591-634.

la España de los Austrias», *Revista de Administración Pública*, nº 103, 1984, pp. 192-194. Mientras que para la Baja Edad Media, GARCÍA MARÍN, J. M^a., *El oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media*, 2.ª ed., Alcalá de Henares (Instituto nacional de Administración pública), 1987. Obras estas complementadas con otras como: GARCÍA MARÍN, J. M^a., *La reconstrucción de la Administración territorial y local*, Madrid (Instituto nacional de Administración pública), 1987 o GARCÍA MARÍN, J. M^a., *La burocracia castellana bajo los Austrias*, Madrid (Instituto nacional de Administración pública), 1986.

64 GONZÁLEZ ALONSO, B., *El Corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid (Instituto de Estudios administrativos), 1970, pp. 139-146.

65 GARCÍA MARÍN, J.M^a., «El dilema ciencia-experiencia en la selección del oficial público en la España de los Austrias», cit., p. 194.

- COLMEIRO PENIDO, M., *Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla*, Madrid (Real Academia de la Historia), 1999.
- FERNÁNDEZ DE AYALA Y AULESTIA, M., *Práctica y formulario de la Real Chancillería de Valladolid*, Valladolid, 1667, Edición facsímil, Valladolid (Lex Nova), 1998.
- FERNÁNDEZ, T.R.; SANTAMARÍA, J. A., *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Madrid (Instituto de Estudios administrativos), 1977.
- GARCÍA MARÍN, J. M^a., «El dilema ciencia-experiencia en la selección del oficial público en la España de los Austrias», *Revista de Administración Pública*, n^o 103, 1984, pp. 185-207.
- GARCÍA MARÍN, J. M^a., *El oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media*, 2.^a ed., Alcalá de Henares (Instituto nacional de Administración pública), 1987.
- GARCÍA MARÍN, J. M^a., *La reconstrucción de la Administración territorial y local*, Madrid (Instituto nacional de Administración pública), 1987.
- GARCÍA MARÍN, J. M^a., *La burocracia castellana bajo los Austrias*, Madrid (Instituto nacional de Administración pública), 1986.
- GARCÍA-OLIVA, M., *La abogacía en Cantabria. Notas para la historia del Ilustre Colegio de Abogados (1838-1991)*, 1^a ed., Santander (Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria), 1993.
- GARRIGA, C., *Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid*, Madrid (Consejo General del Poder Judicial), 2007.
- GARRIGA, C., «Observaciones sobre el estudio de las Chancillerías y Audiencias castellanas (siglos XVI-XVII)» en *Hispania. Entre derechos propios y nacionales*, CLAVERO, B., GROSSI, P., TOMÁS Y VALIENTE, F., Milano, II, 1990, pp. 757-803.
- GONZÁLEZ ALONSO, B., *El Corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid (Instituto de Estudios administrativos), 1970.
- GONZÁLEZ ALONSO, B., «La Justicia» en *Enciclopedia de Historia de España dirigida por Miguel Artola*, vol. 2, Madrid (Alianza Editorial), 1988, pp. 343-420.
- JACOBSON, S., *Els Advocats de Catalunya. Dret, societat i política a Barcelona, 1759-1900*, Barcelona (Universitat Pompeu Fabra), 2015.
- MARCOS DIEZ, D., «Funcionamiento y praxis de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid: los Informes para la puesta en marcha de la Audiencia de Extremadura», *Investigaciones históricas: Época moderna y contemporánea*, n^o 33, 2013, pp. 263-287.
- MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Historia de la Abogacía española*, vol. 1, Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2015.
- NAVAS, J. M., *La abogacía en el siglo de Oro*, Madrid (Edición especial IV Centenario del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), 1996.
- ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J. M., «Las Ordenanzas de Abogados de los Reyes Católicos», *Revista jurídica de la Región de Murcia*, n^o 23, 1997, pp. 95-114.
- PAVÓN ROMERO, A., BLASCO-GIL, Y., ARAGÓN-MIJANGOS, L. E., «Cambio académico. Los grados universitarios. De la escolástica a los primeros ensayos decimonónicos», *Revista Iberoamericana de educación superior*, n^o 11, vol. 4, 2013, pp. 61-81.

- PESET REIG, J. L., PESET REIG, M., «Las Universidades españolas del siglo XIX y las ciencias», *Ayer*, nº 7, 1992, pp. 19-50.
- PESET, M., CORREA, J. (Coords), *La Facultad de Derecho de Valencia, 1499-1975*, Valencia (Universitat de València), 2018.
- PESET REIG, M., PESET REIG, J. L., «Felipe V y la Universidad de Valencia las constituciones de 1733», *AHDE*, nº 43, 1973, pp. 467-480.
- PESET REIG, M., «Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII», *AHDE*, nº. 45, 1975, pp. 273-340.
- PESET REIG, M., PESET, J. L., *La universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid (Biblioteca Taurus), 1974.
- PESET REIG, M., «Las facultades de leyes y cánones. Siglos XVI a XVIII», *Salamanca: revista de estudios*, nº. 47, 2001, pp. 41-68.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manuel de historia del derecho español*, Madrid (Tecnos), 2016.
- TORMO CAMALLONGA, C., *El Colegio de Abogados de Valencia entre el Antiguo Régimen y el Liberalismo*, Valencia (Universitat de València), 2004.
- TORMO CAMALLONGA, C., «El ejercicio de los abogados» en PESET REIG, M., CORREA BALLESTER, J. (Coords.), *La Facultad de Derecho de Valencia, 1499-1975*, Valencia (Universitat de València), 2018, pp. 181-188.
- TORMO CAMALLONGA, C., «El Col·legi d'Advocats» en PESET REIG, M. (coord.), *Història de la Universitat de València*, vol. 2, 2000, pp. 273-280.
- TORRES AGUILAR, M., «El requisito de edad para el acceso al oficio público», *Cuadernos de Historia del Derecho*, nº 2, Madrid (ed. Complutense), Madrid, 1995, pp. 133-150.
- VISCARRET IDOATE, E., «La abogacía navarra y el proceso de creación del M. I. Colegio de Abogados de Pamplona» en *Navarra en la monarquía hispánica: algunos elementos claves de su integración*, Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2012, pp. 403-436.

B. Fuentes

- Actas de las Cortes de Castilla publicadas por Acuerdo de las Cortes españolas a propuesta de su comisión de gobierno interior*, Madrid (Imprenta y Editorial Maestre norte), 1962.
- «Expediente por el que se prohíbe imprimir cualquier papel sin que primero se apruebe y examine por el Real Acuerdo», Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, CÉDULAS Y PRAGMÁTICAS, CAJA, 26, 27.
- «Expediente en el que se recoge el juramento de cumplir con los requisitos académicos y la solicitud de ser atendido en su petición por la sala de gobierno», Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, SECRETARÍA DEL ACUERDO, CAJA, 15, 4.
- «Expediente relativo al establecimiento de cuarteles en la ciudad de Valladolid, similar a lo producido en Madrid o en San Sebastián, con la forma de provisión de los oficios de alcaldes de barrio y la definición de sus competencias», Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, CÉDULAS Y PRAGMÁTICAS, CAJA 30, 24.

- GÓMEZ, A., *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1785, Valladolid (Lex Nova), 1981.
- Hermanidad y Cofradía de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid*, Valladolid (Imp. Andrés de Merchán), 1592.
- Novísima Recopilación de las Leyes de España. En que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año de 1567, reimpressa últimamente en el de 1775*, Madrid, 1805, Madrid (Edición Boletín Oficial del Estado), 1985.
- Las Siete Partidas del sabio Rey don Alfonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad*, Salamanca, 1555, Madrid (Edición Boletín Oficial del Estado), 1985.
- «Libros de Actas del Real Acuerdo», Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, REAL CHANCILLERÍA, LIBROS, 156-188; 254-267; 191-210.
- «Libros de consultas al Real Acuerdo entre 1608 y 1728», Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, REAL CHANCILLERÍA, LIBROS, 214.
- «Libro de tramitación de consultas entre 1826 y 1836», Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, REAL CHANCILLERÍA, LIBROS, 238.
- «Oficio de Francisco Simón Moreno, secretario de la Chancillería de Valladolid, comunicando oficio del Gob Cº Castilla que remite oficio del Secretario de Gracia y Justicia, informando que los Diputados del Común, Procuradores, Síndico General y Personero deben votar las propuestas de individuos del Ayuntamiento», Archivo Municipal de Santander, A-117, nº 38, 1825.
- Opúsculos legales del Rey Don Alfonso El Sabio, publicados y cotejados con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia*, Madrid, 1836, *Leyes históricas de España*, Madrid (Edición Boletín Oficial del Estado), 2015.
- Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid: hechas y otorgadas por el Rey Fernando y la Reina Isabel*, Madrid (Biblioteca Nacional de España), 1489.
- «Pragmática de Barcelona de 6 de junio de 1493» en TORRES AGUILAR, M., «El requisito de edad para el acceso al oficio público», *Cuadernos de Historia del Derecho*, nº 2, Madrid (ed. Complutense), 1995, pp. 134-135.
- Pragmática sanción en fuerza de ley por la cual se establece una Audiencia Real en la Provincia de Extremadura, que tendrá su residencia en la Villa de Cáceres*, Madrid (En la oficina de la viuda de Marín), 1790.
- Recopilación de las Leyes destes reynos, hecha por mandado de la Magestad Católica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor*, Madrid, 1640, Valladolid (Lex Nova), 1982.
- Real Cédula de su magestad a consulta del Consejo por la que se sirve mandar que las salas de hijosdalgo de las dos Chancillerías se erijan en criminales*, Madrid (En la Oficina de Don Antonio Sanz, Impresor del Rey nuestro señor, y de su Real Consejo), 1771.
- «Real Cédula sobre cómo se deben observar las prohibiciones de libros, la publicación de edictos de la Inquisición y la ejecución de bulas concernientes al Santo Oficio», Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, CÉDULAS Y PRAGMÁTICAS, CAJA 30, 10.
- «Real Cédula de S.M. y Señores del Consejo de 30 de julio de 1814», *Gaceta de Madrid*, nº 106, 2 de agosto de 1814.

- «Real Cédula de S.M. y Señores del Consejo de 17 octubre de 1824», *Gaceta de Madrid*, nº 138, 30 de octubre de 1824.
- «Real Cédula de 14 de septiembre de 1497» en *Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de su Magestad, que reside en la Villa de Valladolid*, Valladolid (Impreso por Francisco Fernández de Córdoba), 1566.
- «Real Orden de 23 de enero de 1839» en TORMO CAMALLONGA, C., *El Colegio de Abogados de Valencia entre el Antiguo Régimen y el Liberalismo*, Valencia (Universitat de Valencia), 2004.
- «Real Provisión de 21 de agosto de 1770» en *Novísima Recopilación de las Leyes de España. En que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año de 1567, reimpressa últimamente en el de 1775*, Madrid, 1805, Madrid (Edición Boletín Oficial del Estado), 1985.
- «Real Provisión de 15 de febrero de 1772» en ALONSO ROMERO, M.P., GARRIGA ACOSTA, C., *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid (Universidad Carlos III), 2014.
- «Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de su Magestad, que reside en la Villa de Valladolid, Impreso en Valladolid por Francisco Fernández de Córdoba», Valladolid, 1566, en GARRIGA, C., *Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid*, Madrid (Consejo General del Poder Judicial), 2007.
- «Real Decreto de 2 de febrero y de 10 de noviembre de 1833» publicados en FERNÁNDEZ, T. R.; SANTAMARÍA, J. A., *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Madrid (Instituto de Estudios administrativos), 1977.

O PRETENSO TRIBUNAL DE RESGATE DE CATIVOS

(O REGIMENTO DE 20 DE MARÇO DE 1461)

Isabel Graes¹

Resumen: El repositorio del Archivo del Distrito de Évora incluye un manuscrito con fecha del 20 de marzo de 1461, titulado «Regimento del rey nosso Senhor da redempção de cativos», mandado redactar por determinación de D. Afonso V. Fundado en algunas medidas gubernamentales tejidas desde 1454, el monarca estatuyó sobre la forma de recolectar limosnas destinadas a la redención de los cautivos, asunto que pasaba a estar bajo la tutela de algunos magistrados reales. Ignorada por la historiografía legal, la nueva institución que recibiría la designación de tribunal para la redención de los cautivos, siempre fue cuestionada por la Orden de la Santísima Trinidad, que reclamó, aunque sin éxito, las competencias previamente conferidas.

Palabras clave: tribunal, redención de cautivos; Regimiento; D. Afonso V.

Abstract: The repository of the Districtal Archive of Évora includes a manuscript dated from March 20th, 1461, entitled «Regimento del rey nosso Senhor da redempção de cativos» ordered by D. Afonso V. Founded on several governmental measures adopted since 1454, the monarch statutes about the way of collecting alms to be used in the redemption of captives, a matter that was evoked and placed under the tutelage of some royal magistrates. Ignored by the legal historiography, the new institution got the designation of court for the redemption of captives, despite the permanent disapproval sustained by the Order of the Holy Trinity that kept on claiming its previous competences.

Keywords: court, redemption of captives; Regiment; D. Afonso V.

SUMARIO: I. INTRODUÇÃO; II. O *NOVO TRIBUNAL*; 1. Antecedentes. A criação; 2. Do juiz dos resíduos ao *Tribunal da Redempção de Cativos*; 3. O órgão e as competências; A. O mamosteiro dos cativos; III. CONSIDERAÇÕES FINAIS; IV. ANEXO.

I. INTRODUÇÃO

No período de 1461 a 1561 foi entregue a um conjunto funcionários régios a competência para arrecadar e controlar as verbas destinadas ao resgate de cativos portugueses. A medida decorre da iniciativa de D. Afonso V, tendo-lhe atribuído, mais tarde, Frei Jerónimo de S. José a designação de *Tribunal da*

¹ Doutora em Direito e Professora Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. isabelgraes@campus.ul.pt

redempção de cativos ou *tribunal da rendição de cativos*. Ainda que tenha sido polémica a contestação apresentada pela Ordem da Santíssima Trindade, entidade que até então detinha o monopólio concernente ao resgate de cativos, o propósito do presente trabalho não terá por objecto a questão histórica então suscitada, procurando determinar, ao invés, a natureza da *instituição* que então foi criada e quais as características que revestiu.

As fontes primárias utilizadas na presente reflexão incidem sobre um documento datado de 20 de Março de 1461 que se encontra registado no livro 2º de Originais do Arquivo Distrital de Évora² e cujo teor entendemos ter sido complementado por mais dois documentos emitidos no mesmo ano, respectivamente em 26 de Março e 22 de Abril³. Desde o momento da sua lavratura, os citados manuscritos apenas foram transcritos, em 1850, por Joaquim Heliodoro Cunha Rivara⁴ sem que para tanto tenham servido até à presente data de suporte a qualquer trabalho de que tenhamos conhecimento⁵. A este respeito, apenas é indicada a criação desta *instituição* sem que o documento que lhe deu origem seja transcrito ou sequer mencionado. Assim, na obra intitulada *História Chronologica da Esclarecida Ordem da Santíssima Trindade, redempção de cativos da Província de Portugal*, Frei Jerónimo de S. José (Cronista, ex-Definidor e ex-Visitador Geral Apostólico da província de Portugal)⁶ menciona ter sido criado um tribunal no ano de 1460 que tinha por competência tratar do resgate de cativos, sendo a sua presidência ocupada por um provedor, no caso, o clérigo João d'Évora. Esta informação foi retomada, posteriormente, sem qualquer aditamento, por Fortunato de Almeida⁷

2 Este documento tem a cota actual: Arquivo Distrital de Évora, sala 9, caixa 29, Livro 72, fols. 65-65v. Cfr. anexo, doc. 1.

3 Idem, fols. 65v-67v. Cfr. Anexo, documentos 2-3.

4 Colecção de traslados de documentos do Arquivo Histórico Eborense, Fundo Histórico de Évora, Évora (?), cerca de 1850-1851, Livro n.º 154, vol. 2 (1450-1485), fols. 54-58.

5 Para além da análise atenta de diversas monografias em que é tratada, designadamente, a História da Igreja em Portugal e do resgate de cativos, consultámos ainda a base de dados BITAGAP que nos permitiu chegar à citada conclusão, como resulta do registo com a referência manid 2547, texid 8296 disponível em http://bancroft.berkeley.edu/philobiblon/search_en.html (última consulta em 11 de Fevereiro de 2020).

6 *História Chronologica da Esclarecida Ordem da Santíssima Trindade, redempção de cativos da Província de Portugal*, Lisboa, Simão Thaddeo Ferreira, 1794, I vol., pp. 292(-296).

7 *História da Igreja em Portugal*, Imprensa Académica, Coimbra, 1910-1912, tomo II e III.

e, mais recentemente, por Edite Alberto⁸, sem que, frise-se, os documentos que servem de base ao presente trabalho tenham sido analisados ou sequer mencionados por nenhum dos referidos autores.

Neste contexto, compulsadas as obras dos cronistas régios, designadamente, Rui de Pina, constatamos que se revelam silentes quanto a esta tomada de posição por parte do monarca⁹, assim como à efectiva criação de um novo órgão judiciário. Idêntica opção é mantida nos textos dos processualistas Manuel Chaves e Castro, Afonso Costa e Alberto dos Reis que no período que compreende a segunda metade de oitocentos e o final da primeira metade do século XX exerceram a docência da disciplina de Organização Judiciária nas Faculdades de Direito de Coimbra e de Lisboa¹⁰ e que muito embora tenham exposto de modo magistral a evolução histórica do modelo judiciário português, nada dizem a respeito da *instituição* criada em 1461.

Note-se ainda que a existência e competência deste *novo órgão* tampouco foram tratadas no texto das Ordenações Manuelinas ou sequer foram expressamente mencionadas as novas funções que eram conferidas aos cargos de provedor das capelas e resíduos de Lisboa (II,60) ou do provedor da comarca (II,62) que continuam a receber ali um tratamento genérico. O mesmo deve ser dito a respeito a regulação dos ofícios de corregedor, provedor, mamosteiro e escrivão cujas funções atinentes ao resgate de cativos apenas são indicadas na legislação avulsa.

Face ao exposto e dado que nos últimos anos temos dedicado total atenção à matéria da história da administração da justiça portuguesa, a classificação

8 *As Instituições de resgate de cativos em Portugal, sua estruturação e evolução no século XV*, Lisboa, 1994, dissertação de mestrado em História dos Descobrimentos e da Expansão Portuguesa apresentada à Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, pp. 76-104, 155-163; apêndice documental, pp. 380-397; e *Um negócio piedoso: o resgate de cativos em Portugal na época moderna*, tese de Doutorado em História, área do conhecimento de Idade Moderna, Universidade do Minho, Instituto de Ciências Sociais, Setembro, 2010, pp. 69-84. Nestes trabalhos, a historiadora em questão procede à apresentação dos róis de funcionários que vieram a ser nomeados, ainda que não se tenha debruçado sobre os documentos de 1461 ora em apreço.

9 *Crónica de D. Afonso V*, cfr. em especial os capítulos CXLIV a CXLVI que tratam dos episódios ocorridos nos anos de 1460 e 1461.

10 Cfr., respectivamente, *Organização e competência nos tribunais de justiça portugueses*, Coimbra, França Amado-editor, 1910; *Lições de Organização Judiciária*, Coimbra, Typographia França Amado, 1899, pp. 74-89, 94-99 e 136-142; e *Organização judicial*, Coimbra, Imprensa Académica, 1909, pp. 66-80.

introduzida por Frei Jerónimo de S. José suscitou-nos uma curiosidade imediata, procurando a reflexão que ora expendemos aferir se estamos, ou não, perante uma instituição judiciária autónoma e que contornos revestiu¹¹.

II. O NOVO TRIBUNAL

1. Antecedentes. A estrutura judiciária existente e a *criação de um novo tribunal*

1. Em tom de contextualização histórica político-social, o período que enquadra a presente análise corresponde ao reinado de D. Afonso V governante que foi entronizado com apenas seis anos de idade, em 9 de Setembro de 1438¹² (15 de Janeiro de 1432-28 de Agosto de 1481). Atingida a maioridade, o jovem monarca dá continuidade ao legado político recebido e opta pela prossecução de expedições na costa ocidental africana, ao mesmo tempo que mantém a política de povoamento dos territórios descobertos. De certo modo, podemos dizer que *O Africano* representa a existência de dois mundos, um de configurações medievais em que se manifesta uma vincada ética moralista que não descarta a defesa do ideal da fé ou o combate anti otomano, como exaltou Vasco de Lucena, em Roma, em 1485, e outro que acolheu o Humanismo. Ante esta caracterização, de imediato, é notória a atenção conferida por aquele governante à temática espiritual e ao cuidado com o destino dos cristãos cativos.

Centrando a nossa atenção no momento em que foi mandado lavar o *regimento del Rei nosso senhor sobre a rendição dos cativos*, sabemos que o monarca está de regresso, uma vez mais, a Évora, localidade que tinha sido escolhida no ano anterior para dar continuidade aos trabalhos iniciados nas cortes convocadas para Lisboa¹³. Muito embora a medida possa parecer inusitada, não podemos afirmar que tenha deixado surpreso o seu conselho régio, visto que nos anos de 1454 e 1456¹⁴ este órgão tinha sido consultado pelo monarca com o fim de ser encontrada uma solução que permitisse viabilizar

11 Por este motivo, optámos por indicar o termo tribunal em itálico.

12 António Caetano de Sousa, *História Genealógica da Casa Real Portuguesa*, Lisboa Occidental, Oficina de Joseph Antonio da Silva, vol. III, 1737, p. 2.

13 ANTÓNIO GOMES, Saúl, *D. Afonso V*, Temas e Debates, Rio de Mouro, 2008, p. 383.

14 Exemplificativamente cumpre referir que nesta última data a arrecadação de esmolas destinadas à redempção é conferida aos mamosteiros do reino.

o resgate de um número significativo de cristãos que se encontravam cativos no norte de África¹⁵. A este respeito, explica Edite Martins Alberto que pela consulta régia efectuada em 1454¹⁶, o monarca procurava obter mais esmolas com vista ao resgate ou redempção de cativos, arrogando inclusive tal competência. Enunciada a medida, a mesma colheu a concordância de um conjunto de dignitários onde se contavam: o infante D. Henrique; o Marquês de Vila Viçosa e 2º Duque de Bragança, D. Fernando de Portugal, assim como o filho deste último; bem como o conde de Odemira e governador de Ceuta, D. Sancho de Noronha; o arcebispo de Braga, D. Fernando da Guerra; o bispo de Évora; o Regedor da Casa da Suplicação, D. Vasco Perdigão e os desembargadores Rui Gomes de Alvarenga, Vasco Fernandes de Lucena, Pedro Lobato e Lopo Vasques de Serpa; assim como o corregedor da Corte, Álvaro Pires Vieira. Em suma, é possível afirmar que dados os passos preliminares, estava preparado o ambiente que conduziria, em 1461, à aprovação de uma medida régia mais assertiva¹⁷ justificada por uma natureza moralista e redentora¹⁸, mas em que os contornos político-administrativos são indiscutivelmente viáveis.

2. Tomando como referência o citado ano de 1461, entre os diversos tribunais existentes e herdados dos reinados anteriores contam-se a Casa da

15 Frise-se que entre os citados anos de 1454 e 1461 decorreram diversas operações militares que deram azo a elevado número de capturas de cristãos, como é o caso das sucessivas investidas contra os turcos em 1459; da realização da Grande Cruzada (1456-1457); a conquista e o cerco marroquino a Alcácer-Ceguer (respectivamente, em 1458 e 1459).

16 *As instituições de resgate ...*, p. 77.

17 Como afirma Barbas Homem ao estudar as diversas instituições que caracterizaram o período moderno «a glória dos governantes e a grandeza do Estado pode ser obtida, não apenas no campo de batalhas, mas igualmente pela criação de instituições e aprovação de novas leis» (*in O Espírito das Instituições*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 35).

18 Recorde-se que a importância do resgate ou redenção de cativos é explicada enquanto propósito de retirar do cativo um conjunto de indivíduos que havia sido capturado quer em virtude de uma batalha ou de qualquer outro acto, designadamente, uma investida de pirataria. Paralelamente procurava-se ainda evitar a apostasia, aspecto que dava à medida um cunho espiritual enaltecido pelos monarcas e justificado pela Santa Sé. Por este motivo, também aqueles que concediam as esmolas beneficiavam espiritualmente do acto praticado. Recorde-se que o resgate de cativos está compreendido entre as sete obras de misericórdia corporais.

Suplicação, a Casa do Cível¹⁹, a Audiência da Portaria e a Casa dos Contos, a par de um conjunto numeroso de magistrados e demais funcionários que integravam e garantiam o exercício das funções judiciais régias. Assistese, deste modo, à construção de um arquétipo escrupulosamente estruturado e ordenado, do qual faz parte um conjunto de sábios letrados e em que é desenhada uma hierarquia de precedências a que não é alheia a linhagem nobiliárquica ou heráldica dando a conhecer que o provimento dos cargos estava fundado na estrita confiança do monarca que era coadjuvado na arte de governar por cavaleiros, escudeiros e moços-fidalgos. Ante esta descrição concretizava-se a exigência subjacente à construção do Estado moderno cuja criação passava pela apropriação dos poderes privados em favor das instituições públicas. Ou seja, ao novo modelo do poder político estava imbricado o conceito de especialização refletido sobretudo na minúcia que assistia à enumeração de competências conferidas nos regimentos institucionais, como é o caso daqueles que se destinavam a regular o funcionamento das instituições judiciais, por mais singelo que se apresentasse o respectivo articulado. Estas são, designadamente, as características da Mesa da Consciência, entidade criada, em 1532, no amplo quadro de conselhos e tribunais com jurisdição em áreas especializadas que marcou de modo indelével o período moderno e que viria a ser responsável pelas operações de resgate de cativos cristãos. Por este motivo, impõe-se indagar se é possível considerar que a ter sido criada esta hipotética instituição em 1461, a mesma revestiu também a natureza de tribunal especial, tornando-se a antecessora da Mesa joanina.

Na senda do delineamento do aparelho político renascentista, e sem ferir uma interpretação de natureza moral que também já deixámos implícita, entendemos que à medida régia esteve subjacente o ensejo da centralização ao viabilizar que o aparelho administrativo-financeiro fosse dotado de mais uma competência, bem como o propósito em estabelecer uma garantia que impedisse certos abusos e excessos cometidos pelo clero, em particular pelos membros da Ordem da Santíssima Trindade. Dir-se-ia que o monarca, influenciado pelos ensinamentos dos seus conselheiros, mestres na arte do

19 Sem adentrar com minúcia na competência destes tribunais, podemos dizer que enquanto o primeiro julgava os feitos crimes e cíveis em grau de apelação dos lugares onde o monarca se encontrava; ao segundo competia conhecer das apelações dos feitos crimes e dos feitos cíveis da cidade de Lisboa. Cfr. HOMEM Barbas, *O Espírito das Instituições...*, pp. 162-164 e GRAES, Isabel, *O poder e a justiça em Portugal no século XIX*, AAFDL, Lisboa, 2014, pp.110-116.

ius commune, revelava um particular interesse em organizar o aparelho judiciário que lhe permitia deter um controlo *rigoroso* e atento do exercício do poder político.

Todavia, a iniciativa não podia ser mais delicada, visto que a *criação* do *novo tribunal* centrava-se num complexo de actividades exercidas até então em regime de exclusividade pelos Trinitários, ordem religiosa que se encontrava estabelecida em Portugal desde o século XIII ²⁰. Explica Fortunato de Almeida que realizando-se os resgates de cativos com o produto das esmolas recolhidas junto dos fiéis, fosse por aquelas terem diminuído ou porque o valor final obtido pelos citados clérigos fosse insuficiente face ao elevado número de cativos, a nova medida não só se impunha como se justificava ²¹. Enunciada a bondade da solução, e ainda que o monarca não pretendesse fazer uso pessoal dos valores arrecadados, não é possível negar que, ao longo do tempo, o próprio tesouro régio não tenha beneficiado e utilizado parte das verbas constantes do cofre dos cativos ²². De qualquer modo, este era, sem

20 A Ordem foi fundada por S. João da Mata e S. Félix de Valois, sendo reconhecida, em 1198, e confirmada em 1217, respectivamente por Inocêncio III e Honório III. Nos anos que antecederam a criação do tribunal de resgate de cativos, designadamente em 1431, tem-se notícia de resgates gerais efectuados pelo provincial Frei Gomes Martins, de quem Frei Pedro, superior do convento de Santarém, informa o Papa Martinho V proceder à arrecadação de esmolas destinadas a outros fins que não o resgate de cativos. Fosse por carência generalizada de meios, fosse pela administração de alguns provinciais, é inegável a verificação de iniciativas que desvirtuavam o propósito para que havia sido instituída esta ordem. Para uma análise comparativa da obra da Ordem dos Trinitários em Espanha, vd. SAN JUAN, FREI RAPHAEL DE, *De la redención de cautivos sagrado instituto del Orden de la Ss.^{ma} Trindad de Su Antigüedad, calidad, y privilegios que tiene, y de las contradicciones que ha tenido*, Madrid, Antonio Gonzalez de Reyes, 1686. Sobre a implementação da Ordem em Portugal, vd. na mesma obra de o cap. XXIII.

Pela mesma altura era criada em Espanha um segunda Ordem com a missão de resgatar cativos, trata-se da *Orden de Santa Maria de la Merced Redención de Cautivos Cristianos* fundada por São Pedro Nolasco, em 10 de Agosto de 1218, em Barcelona. Vd. RIBERA, FRAT MANUEL MARIANO, *Celeste Real Patronato de el Real y Militar Orden de Nuestra*, Barcelona, Pablo Campins impressor, 1725.

21 Sobre o procedimento adoptado no resgate para os séculos XVII e XVIII, vd. MARTINS ALBERTO, Edite, *Dos Açores para o Norte de África, contributo para o estudo dos cativos faialenses nos séculos XVII e XVIII*, texto da conferência proferida na sessão de lançamento da edição do n.º 22 do Boletim do Núcleo Cultural da Horta, pp. 475-510.

22 Neste sentido, vd. a carta régia de 3 de Dezembro de 1603 e ALMEIDA, Fortunato de, *Historia da Igreja*, cit., tomos II, pp. 145-147, e III, Parte I, pp. 401-414.

dúvida, um golpe que se desferia nas relações entre aquela Ordem e o poder régio, o qual não encontrava paralelo nem nos demais reinos peninsulares nem em França. Em suma, Portugal apresentava-se como um caso isolado.

Descrito deste modo, e sem que possamos afirmar que as relações entre a coroa portuguesa e o clero nacional tenham sido constantemente pontuadas por alguma fricção, este episódio revelou-se como sendo mais uma medida régia que desagradou, pelo menos, a um determinado quadrante do universo clerical. Se a instituição do Beneplácito Régio (1361) configurou um dos exemplos clássicos, a enumeração de ocorrências não se cingiu à medida tomada nas cortes de Elvas, devendo ser lembrados, na constância do reinado de D. Afonso V, os incidentes verificados nas cortes de 1455 e 1456 (Lisboa). Nestas assembleias rapidamente sobressaem os agravos apresentados pelo Clero em que são reclamados os privilégios judiciais com o propósito de denunciar a constante imiscuição da justiça secular visível desde que fora criado o recurso à coroa²³, acentuado, posteriormente, com o estabelecimento do direito de prevenção entre o foro eclesiástico e secular que resultou da letra da lei de 9 de Janeiro de 1458, no que diz respeito às contas dos testamentos. Ainda nas vésperas da criação do novo tribunal (1460), uma nova disposição régia pontuaria as relações com o clero ao ser determinado que todos os súbditos com idade superior a 10 anos deveriam confessar-se obrigatoriamente no domingo de Páscoa, sob pena de lhes ser aplicada a pena de prisão. Por outras palavras, se a *empatia* ou identidade de entendimentos não havia sido uma característica transversal às relações entre o governante e o clero, tampouco é possível defender que a conflituosidade tenha sido permanente. Em suma, as decisões *musculadas* entre o rei e o clero não reflectiam a definição de um alvo preferencial, mas antes uma estratégia de definição e construção do poder político.

Ante o exposto, como resposta à iniciativa régia, a Ordem da Santíssima Trindade não tardou em manifestar o seu desagrado, reclamando as competências de que havia sido privada, mas que o diploma régio de 31 de Julho de 1461 confirmava²⁴ sem que qualquer alteração tivesse sido introduzida.

23 Sobre esta matéria, vd. GRAES, Isabel, *O recurso à coroa, um exemplo de controlo régio ou a aplicação da recta iustitia*, in Revista n.º 1, 2016, Revista Teoria e História do Direito, Centro de Investigação Teoria e História do Direito, pp.5-26; ISSN 2183-7864 (http://media.wix.com/ugd/6ac201_5c7904ad72fe459a9e4806987b0bda29.pdf).

24 *História da Ordem da Santíssima Trindade*, tomo I, p. 292 e ss. e FREY DE SAN JUAN, *De la redención de cautivos*, cit., cap. XXIII, n.ºs 629-631.

Assim, muito embora pudessem proceder a peditórios²⁵, a obtenção ou arrecadação de valores destinados ao resgate de cativos passava a estar-lhe interdita, apenas sendo confirmado o direito de preferência com vista à pregação das indulgências concedidas à obra do resgate. Como forma de compensação, o monarca destinava-lhes uma determinada quantia em que procurava assegurar a manutenção da Ordem; sem, contudo, deixar de nomear, ao mesmo tempo, um número considerável de funcionários que doravante seria responsável pelas operações de resgate, acto que revelava de modo indubitável o desejo de reforçar as estruturas político-administrativas recentemente criadas. Cumpre ainda frisar que a opção afonsina não comprometia a operação de resgate de cristãos, dado que era viabilizada pelas esmolas cedidas pelos particulares²⁶ e pelas importâncias obtidas com a atribuição de indulgências, prevendo-se ainda a canalização de valores pecuniários obtidos em sede de legados instituídos com esta finalidade, assim como das heranças daqueles que haviam falecido sem herdeiros e do produto do pagamento de penas aplicadas em determinados crimes, como era o caso da barregania²⁷.

A solução ora traçada manteve-se inalterada até ao reinado de D. Sebastião²⁸, sendo apenas revista durante a regência de D. Catarina²⁹ pelo acto de 16 de Maio de 1561³⁰ aprovado, mais tarde, por Pio V na Bula *Quia libenter*, de 14 de Fevereiro de 1566³¹ que contou com a intervenção de Frei Roque do Espírito Santo, provincial da referida Ordem em Portugal, e de Pedro Sanchez, em representação do monarca. Fundado nas alterações ora enunciadas

25 Tal como sucedia com as demais ordens mendicantes era mantida a autorização para pedir esmola de pão, vinho, vestuário e outros bens necessários.

26 Cfr. IANTT, Chancelaria de D. Afonso V, lv. 8, f. 23, lv. 9, f. 162 e Livro de Extras, fols. 42v-43 e 82-82v. (PT/TT/LN/0037).

Importa recordar que o procedimento adoptado compreendia, grosso modo, três momentos, a saber: a exortação à contribuição ou liberalidade; a realização do peditório e, por fim, a arrecadação dos valores que compreendia não só as esmolas, mas também o pagamento de diversas importâncias que poderiam ter a natureza de penas pecuniárias, valores dos abintestados e respectivos frutos.

27 Chancelaria de D. Afonso V, lv. 8, f. 114;

28 Vd. FREY DE SAN JUAN, *De la redención de cautivos*, cit, cap. XXIII, n.ºs 632-639.

29 Cfr. a Bula *Humilius supplicum*, de 16 de Março de 1498.

30 *História da Ordem da Santíssima Trindade*, tomo I, p. 355. Tal medida havia sido cogitada já no reinado de D. João III, ainda que em virtude da sua morte não tenha sido possível executá-la.

31 Vd. ainda a Provisão de 8 de Julho de 1573; o Alvará com força de lei de 13 de Julho de 1624 e a provisão de 9 de Junho de 1635.

e segundo a descrição de Frei de San Juan, muito embora o resgate passasse a ser efectuado pelos religiosos, a Coroa mantinha o controlo da arrecadação das esmolas, rendas e demais actos atinentes a esta obra pia. Ou seja, a tutela régia sobre estas matérias era conservada, com a ressalva de que passava a estar na dependência do Tribunal da Mesa da Consciência, instituição régia a que já fizemos referência e que tinha sido criada em 1532³². Em resumo, os Trinitários não voltariam a arrecadar e deter o controlo das verbas destinadas ao resgate de cativos.

2. Do juiz dos resíduos ao Tribunal da Redempção de Cativos

Para que se possa compreender o leque de competências desenvolvido pelo então designado *tribunal* de 1461, é necessário recordar algumas das características que assistiram à magistratura dos resíduos³³ atribuída no pe-

32 Op. cit. cap. XXIII, n.ºs 635-636.

Nos termos do diploma de 24 de Novembro de 1558, determinava o parágrafo 5 que doravante cabia àquela instituição conhecer das «*cousas dos cativos pera se fazer na maneira que se ora faz, de que se fará regimento da maneira que estava ordenado*». Acrescia o disposto nos parágrafos 33 a 36 que cabe ao presidente e respectivos deputados ver «os *petitórios de licenças das rendiçoens dos cativos*»; tomar «*assento na composição antre a orden da Trindade e a rendição dos cativos; tirar a limpo as graças e indulgencias dos cativos de que se não achão bullas originaes authenticas*» e ver «*de principio o negocio e a bulla dos resgates para se tomar nisso algum assento*». Cfr. WITTE, O.S.B., Charles-Martial de, *Le «Regimento» de la «Mesa da Consciência» du 24 novembre 1558*, in Revista Portuguesa de História, tomo IX, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1960, pp. 277-284. Vd. ainda o Regimento concedido por D. João III data de 1532 (Biblioteca Nacional de Portugal, manuscrito com o número 274) e o Regimento de 23 de Agosto de 1608, em especial os n.ºs 6 e 28.

Sobre a extinção do juiz dos cativos, cfr. carta régia de 16 de Junho de 1603 devendo os feitos que ali tramitavam ser despachados na Casa da Suplicação e no tribunal da Relação do Porto «*por ser o que mais convem ao bem dos mesmos captivos; e que se passe sobre isso Provisão, que se registará nas ditas Casas*».

33 Por resíduo e no caso concreto da Casa dos Resíduos deve entender-se o «tribunal composto de provedor, escrivão, contador &c. Arrecada o dinheiro que o defunto apartar para obras meritórias e deixar no peito do testamenteiro. O contador da dita Casa revê as contas que os juizes dos órfãos deram, provê sobre as capelas, hospitais, albergarias e confrarias e não se intromete nos bens do morgado (BLUTEAU, Rafael, *Vocabulario Portuguez e Latino*, Coimbra, Colégio das Artes da Companhia de Jesus, 1712-1728, vol. 7, pp. 282-283).

ríodo anterior ao reinado de D. João I a diversas entidades com exclusão dos magistrados ordinários, como explica Gama Barros³⁴. A vontade popular que diversas vezes tinha manifestado e solicitado dever ser reconhecida tal jurisdição a estes juízes só veio a ser respeitada em 1410, data em que são extintos os juízes dos resíduos e que se manteve até 1418 como o dão a conhecer as Cortes de Santarém nas diversas alusões feitas aos procuradores dos resíduos. Desagradadas com a reintrodução desta magistratura especial³⁵, as assembleias extraordinárias subsequentes retomam o pedido anterior, como sucede em 1427³⁶, mantendo-se a já habitual animosidade³⁷. Convém frisar que o provimento e estabelecimento de competências conferidas aos juízes dos resíduos, ainda que dependesse apenas da vontade do monarca, não estava uniformizado³⁸, reconhecendo-se naquelas o percebimento das importâncias destinadas *pera acabamento dalgumas obras dos nossos regnos e pera outras obras piadosas* provenientes *v.g.* dos valores que não tivessem sido cumpridos durante o período em que eram prestadas contas da execução dos testamentos. Cabia ainda aos citados magistrados superintender a administração orfanológica, o que não excluía, contudo, a acção dos provedores e procuradores. Das decisões dos referidos juízes, conhecia em grau de recurso (apelação e agravo), o ouvidor dos resíduos.

34 *História da Administração pública em Portugal nos séculos XII a XV*, 1914, Typographia Castro Irmão, Lisboa, tomo III, pp. 304-313.

35 Cfr. Cortes de Santarém de 1468 onde se tratava, em especial do resgate dos cativos de Tanger e das penas gravosas que eram aplicadas a este respeito.

36 Para os anos de 1435 e 1436, Gama Barros dá nota de haver um juiz dos resíduos função que era desempenhada no primeiro caso pelo ouvidor d'el rei, Luís Afonso, com alçada em todo o reino.

37 Segundo a narrativa de Rui de Pina foi nas cortes de Évora de 1481-1482 que pela primeira vez se estabeleceram os contadores e oficiais das terças, resíduos, capelas, hospitais e órfãos, divididos por comarca (Crónica de D. João II, cap. II). Nesta mesma data, os povos solicitam a redução das magistraturas especiais de que a dos resíduos era um exemplo, passando tudo para a competência dos juízes ordinários. No entanto, seria na provedoria que se acumulariam as atribuições relativas a resíduos, capelas, hospitais e órfãos com as fiscais. Nas cortes de Évora de 1490 volta a mencionar-se o juiz dos resíduos, capelas e contador dos órfãos invocando-se uma vez mais, a prática de diversos abusos. Das apelações conheciam agora os desembargadores da corte. Cfr. ainda Ordenações Afonsinas, II, 58, 8.

38 Por este motivo, a matéria dos resíduos é integrada também na competência do juiz dos órfãos, como sucedeu no caso de Gonçalo Annes, criado do infante D. Henrique (1436).

Face ao exposto, uma vez confrontado com esta matéria, D. Afonso V determina ao bispo de Coimbra que reveja os regimentos em vigor ao tempo de D. João I, ordenando a estruturação de um texto que estatuisse o modo pelo qual passariam a ser arrecadados os resíduos de tal forma que *se guardasse o que fosse de direito e não se desse oppressão e vexame ao povo*³⁹. Sem implicar em qualquer incoerência ou duplicação de funções, é possível concluir que o legislador de 1461, ao conferir novas competências ao provedor não extingue a magistratura dos resíduos, a qual continua vertida na compilação manuelina (II, 35.1)⁴⁰. Se aquele tinha a esfera administrativo-financeira a caracterizar as funções desempenhadas, novo *tribunal* replicava esta natureza, chamando para a sua órbita o referido magistrado régio, ao qual era reconhecida competência para julgar dos litígios emergentes. Podemos dizer que o provedor contagiava e delimitava o universo jurisdicional que integrava, ou, por outras palavras, a que dava corpo, associando a uma linha de exercício económico-financeiro as funções inspectivas desempenhadas pelos magistrados comuns como sucedia com os juízes de fora e os corregedores. Tais características permitiam-lhe conhecer da correcta arrecadação de valores destinados ao resgate de cativos, sem que possa falar-se de um órgão judiciário autónomo, criado especificamente para o fim já enunciado.

3. O órgão e as competências

Se o diploma de 1454 diz respeito ao modo de *tiramento e remjmento dos cativos* cristãos em poder dos *inimigos da santa fe catholica* de modo a cumprir *as sete obras de misericordia para salvação das almas*, regulando assim a via de obtenção de valores, como o exemplifica a nomeação de D. Vasco Tinoco, abade do mosteiro de Santa Maria de Bouro⁴¹; o alvará de 1461

39 «...os provedores, escrivães e outros oficiais dos resíduos usem de seus officios, como dantes usavam, com este temperamento, que os feitos dos resíduos de que os prelados, ou seus vigários tomassem conhecimento, citando primeiro os testamenteiros que os oficiais del rei, os ditos prelados, ou seus vigários conhecessem dos tais feitos, com tanto que eles, ou seus officiais não citassem, nem fizessem citar os testamenteiros durante o tempo de um ano, e um mês, que lhes pela Ordenação é dado, ou durando o tempo assinado pelos testadores, ou o tempo dos espaços que por el rei fossem dados aos testamenteiros para cumprirem os testamentos (OM, II, 35.4). Sobre o modo de demandar e requerer os resíduos, cfr. OA, II, 58.

40 Vd. ainda OF, I.62.1.

41 Igualmente procurador e esmoler-mor do Reino.

vem moldar e articular a competência de diversos funcionários régios, mormente magistrados, viabilizando por inerência uma determinada estrutura orgânica. Recorde-se que na carta destinada aos arcebispos e bispos dizia-se expressamente que «*consyderando nos a gram dano de nosos naturaes que por defensom e acreçentamento da santa fe catollica som cativos em poder de mouros e como por myngua de rendiçom mujtas vezes blasfemam e arrenegam a dicta fe de nosso semhor Jhesu Christo em grande damno e perdiçom de suas almas pella negligencia e culpa daqueles que per dyreito som theudos de os remijr e tirar de cativeiro hordenamos çertos modos pera se auerem per nosos regnos dñhejros per que se posam remijr os dictos cativos apricando pera ello parte dos resydos e çerta parte das rendas da Arca da Piadade*»⁴². Deste modo, começam por ser providos os lugares de provedor, procurador, requeredor e escrivão a que se associam os de capelão, mamposteiro, contador-mor, chanceler da rendição, e tesoureiro mor, estrutura que é complementada por um vasto conjunto de escrivães. Logo em 20 de Março de 1461, assiste-se à designação de Afonso Álvares para o cargo de procurador da rendição dos cativos e *requeredor por nosa parte*⁴³; enquanto Rui de Lisboa recebe a provedoria que abrangia a comarca de Entre Tejo e Odiana, sendo João de Lisboa nomeado seu escrivão⁴⁴. Dois anos mais tarde, João d'Évora é provido no lugar de provedor-mor⁴⁵, cargo que aquele

42 AHDE, Livro 2º de Originais, fls. 190 v.-191.

43 Vd. Carta de doação de D. Afonso V a Álvaro Dias que exercia ainda as funções de capelão da casa Real (chancelaria D. Afonso V, livro 35, f. 85), na qualidade de procurador da Rendição dos Cativos da vila de Estremoz e aí morador de todos os bens que eram da pertença de Jorge Vasques que os possuía sem autorização régia conforme documento datado de 25 de Janeiro de 1463 (idem, lv. 9, f. 30).

44 O livro 9 da Chancelaria de D. Afonso V apresenta um conjunto de atribuição de cartas de mercê com vista ao provimento de lugares de escrivão da rendição dos cativos na sequência do disposto no regimento dos mamposteiros. Com base nos demais livros da citada chancelaria, são nomeados para o desempenho das mesmas funções: Pedro de Lisboa (livro 31, fl. 34 v.); Rui de Lisboa (Livro 1, fls. 63, 119); Garfim Vasques (liv. 1, f.129); João de Óbidos (liv. 1, f.129); Valentim Lopes (liv. 8, f.19); Nuno Fernandes (liv. 8, f.26); Vasco Fernandes (liv. 8, f.92); João Rodrigues Aranha (liv. 9, f.97); João de Guimarães (liv. 9, f.31); Pedro Eanes (liv. 9, f.38); Lourenço Esteves (liv. 9, f.86) e Diogo da Maia (livro 37, fl. 125).

45 IANTT, Chancelaria de D. Afonso V, livro 9, fol. 162. Igualmente nas funções de provedor, será nomeado, mais tarde, Rui de Lisboa. Deste último sabe-se ter sido escudeiro do infante D. Fernando e morador na cidade de Évora, sendo provido no cargo de recebedor de todos os dinheiros e coisas que se destinavam à rendição dos cativos do bispado

acumula com o de capelão⁴⁶, sucendendo-lhe nas funções de provedor-mor, Rui Gomes de Azevedo⁴⁷.

Importa precisar que para a superintendência e composição do *novo tribunal* não é encaminhado um juiz dos resíduos, sendo, ao invés, nomeado um provedor, função que é desempenhada por Rui de Lisboa⁴⁸. A decisão não enseja qualquer estranheza, posto que, como referimos, à provedoria, instituição já existente, eram reconhecidas as competências financeiras⁴⁹, particularizando-se, doravante, a função de arrecadação de verbas com vista ao resgate de cativos⁵⁰.

Face à interrogação que deixámos subjacente acerca da possibilidade de estarmos diante de um órgão judiciário, para utilizarmos a expressão de *Tribunal da redempção de cativos* ou *tribunal da rendição de cativos* da autoria de Frei Jerónimo de S. José, temos de responder de modo negativo. Ou seja, é inegável que o monarca arroga um tipo de competência político-administrativa que poderia levar-nos a acreditar ter sido criado um tribunal especial que se dedicava ao resgate de cativos. Todavia compulsada atentamente a letra do texto de 20 de Março, entendemos não ter sido criado um órgão independente que tivesse recebido esta designação, ou sequer definida propositadamente uma categoria de magistrados destinada ao conhecimento das

da cidade de Évora (1463), in IANTT, Chancelaria de D. Afonso V, Livro 1, f. 119.

46 Na estrutura orgânica do tribunal estava previsto ainda um capelão, sendo referenciados os nomes do capelão régio João d'Évora e Pero Gomes, este último nomeado a 1 de Junho de 1479 (in ANTT, Livro de Extras, fl. 166).

47 Sobre Rui Gomes de Azevedo, provedor mor da rendição dos cativos, vd. IANTT, Chancelaria de D. Manuel I, liv. 32, fl. 1, com data de 26 de Julho de 1497.

48 Carta de D. Afonso V a Rui de Lisboa, escudeiro do infante D. Fernando para o cargo de juiz dos resíduos, panos e coisas da rendição dos cativos na comarca e correição de Entre-o-Tejo e Guadiana, em substituição de João de Lisboa que renunciara (26 de Junho de 1465), in IANTT, Chancelaria de D. Afonso V, lv. 8, f. 111.

49 Neste âmbito eram centralizadas as receitas da Coroa, fiscalizadas as contas dos recebedores e dos cobradores locais, inspeccionadas as contas locais, assim como era exercida a jurisdição sobre testamentos, causas e bens dos órfãos, causas das viúvas e miseráveis, sobre o património das capelas, hospitais, confrarias e albergarias, assim como superintendia as obras de fortificação. Os provedores poderiam ainda exercer as funções de contadores ou recebedores gerais, independentes dos corregedores e de igual categoria. Em alguns casos, podiam acumular as funções de corregedor e de provedor, ainda que em regra constituíssem magistraturas separadas. Cfr. ainda, OM, II.35.29, Lei de 18 de Abril de 1570, §2 e OF, I.62.

50 Das dúvidas suscitadas era dada vista ao procurador dos cativos.

causas da rendição dos cativos, sendo, pelo contrário, chamadas algumas das magistraturas já existentes que doravante passam a contar com mais um tipo de competência. Passamos a explicar. Ainda que exista uma especialização de funções o seu destinatário não é um oficial régio criado *ad hoc* com um leque de competências inovadoras e independentes. Assim, se por um lado, a competência para fiscalizar e proceder à operação atinente ao resgate de cativos passa a ser conferida ao provedor, esta categoria não é nova, havendo uma identificação da nova competência com as que já eram desempenhadas, ou seja, apenas foi dilatado o leque de competências daquele oficial régio. Por outro lado, era estabelecida uma articulação com a figura dos mamposteiros ou arrecadadores de rendas destinadas àquele tipo de redenção⁵¹ e com um conjunto de funcionários como o contador, o tesoureiro ou o escrivão sem que se presencie a criação de uma estrutura física que permita falar numa nova jurisdição especial. Utilizavam-se recursos já existentes, não se tendo optado por estabelecer um arquétipo inovador. A existência de uma dependência entre o provedor e o escrivão ou uma conjugação com o procurador e o solicitador não são suficientes para poder ser indicada a existência *per se* de um tribunal apartado da estrutura ordinária existente. Assim, acreditamos que o exercício de funções com vista ao resgate propriamente dito e à fiscalização financeira das operações envolvidas, por parte de um provedor, levou a que o autor da *História Chronologica da Esclarecida Ordem da Santíssima Trindade* tenha justificado a utilização do vocábulo «tribunal». Ainda que aquelas funções fossem, de facto, desempenhadas por um magistrado que conhecia da boa e devida arrecadação de verbas e de cujas decisões era possível recorrer para o supremo tribunal do reino, ou seja, a Casa da Suplicação, não é possível defender a existência formal de um tribunal⁵². Se o foi, desconhe-

51 Cfr. IANTT, Livro de Extras, fls. 138v.-139v. Note-se que a acção destes magistrados e respectivos funcionários deve ser complementada com o disposto no regimento de 1454 onde eram consagradas as regras de arrecadação das esmolos destinadas à redenção dos cativos.

52 No diploma de 22 de Abril apresentado no apenso (doc.n.º 3) é mencionada a figura do desembargador da Casa da Suplicação, Pedro Lobato, a quem tinha sido «cometydo o carregio» dos feitos da rendição dos cativos, devendo proceder-se à notificação dos juizes das comarcas para que não dessem apelação nem agravo, salvo perante o referido desembargador ou perante aquele que o substituísse quando estivesse na Casa da Suplicação, sob pena da imposição do pagamento de cem dobras que reverteriam para a dita rendição. Sem que o nome tenha sido mencionado, a figura do desembargador da Casa da Suplicação surge já no Regimento de 20 de Março (cfr. apenso, doc. n.º1).

ce-se qual o documento que o viabilizou, já que a expressão não é da lavra do legislador, mas apenas do cronista. Por este motivo, a sua utilização deve ser feita com precaução, de modo a não dar azo a que se extraia a ilação de que foi criada uma novel estrutura judiciária especial.

É devida ainda uma palavra a respeito dos demais cargos identificados no diploma de 20 de Março de 1461. A par do provedor, são ali mencionados o procurador, o escrivão e o capelão, a que os registos da Chancelaria Régia acrescentam o contador⁵³, tesoureiro⁵⁴, mamposteiro⁵⁵ ou recebedor⁵⁶, caminheiro e o solicitador⁵⁷, sendo considerável o número de nomeações efectuadas sobretudo a partir de 1463. De certo modo, pode dizer-se que esta tendência reflectia a premente necessidade em arrecadar verbas destinadas ao resgate de cativos a que não era alheia uma certa complexidade das funções desempenhadas exercidas maioritariamente por oficiais judiciários e que, como tal, dependiam de uma nomeação régia (*Ordenações Afonsinas*, II, 24, §25⁵⁸). Quanto a este último requisito, cumpre frisar que em ocasiões pontuais a nomeação dos escrivães podia decorrer de um acto do provedor-mor,

53 É o caso dos contadores-mores e chanceleres da Rendição, Diogo Cardoso nomeado em 1462, (Chancelaria de D. Afonso V, livro 9, fl. 149v.) e de Gil da Feira nomeado em 1471, referido na carta régia datada de 2 de Agosto de 1490 (Chancelaria de D. Manuel I, livro 26, fl. 106).

54 Fernão de Santarém (Chancelaria de D. Afonso V, liv. 8, f.135) e Vasco Leite e Pedro Álvares (idem, liv. 9, fls.57 e 123).

55 Gonçalo Martins (IANTT, Chancelaria de D. Afonso V, livro 24, fl. 25v.). Cfr. ainda o livro 9, f. 108, 114, 117 e 158.

56 Da chancelaria de D. Afonso V registam-se as seguintes entradas: Rui de Lisboa (liv. 9, f.63 e liv. 1, f.119); Álvaro Gonçalves (liv. 9, f.63); João Gonçalves (liv. 9, f. 54); João de Trancoso (liv. 1, f.120); João Gonçalves (liv. 8, f.103); João de Coimbra (liv. 8, f.17); Rui de Faro (liv. 9, f.8); Martim de Mancelos (liv. 9, f.36); Pedro de Santarém, (liv. 9, f.71); João da Barca (liv. 9, f.82); Pedro Esteves (liv. 9, f.82); Luís Eanes (liv. 9, f.86) e João de Freitas (liv. 9, f.8 149).

57 Vd., exemplificativamente, André Rodrigues (IANTT, Chancelaria de D. Afonso V, liv. 9, f.101).

58 «Direito real é o poderio para fazer oficiais de justiça, assim como são corregedores, ouvidores, juízes, *meirinhos*, *alcaldes*, *tabeliães* e *quaisquer outros oficiais deputados para ministrar justiça; não embargante que o poderio e fazer juízes usurparam de longo tempo as cidades e vilas universalmente por todas as partes do mundo, pêro que em algumas partes, assim como no reino de Portugal, necessariamente devem pedir a el-rei confirmação deles, antes que usem dos officios, em sinal de senhorio que a ele principalmente pertence de os crear e fazer por direito»*

ainda que não fosse dispensada a confirmação régia. A este respeito cite-se o caso específico de João d'Évora que à arrecadação de valores acumulava a competência para nomear e suspender titulares de cargos⁵⁹, devendo os magistrados comuns respeitar integralmente as suas determinações⁶⁰.

Em resumo, podemos dizer que com o escopo de zelar pela correcta arrecadação de esmolos direccionadas à redenção de cativos passa a ser nomeado o provedor-mor que contava no exercício das respectivas funções com a coadjuvação de escrivães, tesoureiros, caminheiros e contadores. Paralelamente e com funções conexas a esta estrutura, era provido um vasto número de indivíduos na qualidade de mamposteiros ou recebedores das diversas esmolos determinando a carta de 22 de Junho de 1463 que em todas as vilas, cidades e lugares fosse criado um mamposteiro para redempção de cativos⁶¹.

A. O mamposteiro dos cativos

Se particularizámos, anteriormente, as magistraturas da provedoria e dos resíduos, dado que são fundamentais para a compreensão do novo órgão, de igual modo não pode ser descurada uma referência ainda que sumária à figura do mamposteiro ou recebedor.

Por mamposteiro era compreendido um indivíduo oficialmente autorizado a pedir esmolos, assumindo papel de relevo aqueles que se destinavam a arrecadar os valores necessários para o resgate de cativos⁶². Ainda que os diplomas de 1454 e 1461 os identifiquem, o primeiro regimento seria apenas concedido por D. Manuel, seguindo-se os diplomas de 1560 e 1754 onde igualmente são classificados e hierarquizados segundo as diferentes categorias (mamposteiros-mores⁶³ e mamposteiros-menores), ao mesmo tempo que se

59 A partir do reinado de D. João II, passa a ser reconhecido ao provedor dos cativos poder mandar degredar, suspender e prender os mamposteiros e outros oficiais que não exercessem correctamente o ofício da rendição, sem excluir os próprios mamposteiros (11 de Novembro de 1494). Assim, ao chegarem aos diversos lugares, deveriam solicitar aos escrivães da comarca e almotaçarias, assim como aos tabeliães e demais escrivães que apresentassem os livros, as escrituras, os feitos e as penas aplicadas.

60 In IANTT, Livro de extras, fols. 182v-183.

61 ANTT, Livro de Extras, fol. 139.

62 O dicionarista Raphael Bluteau define mamposteiro como «o homem posto por mão de alguém para algum negócio» (*Vocabulario Portuguez e Latino*, cit., vol. 5, pp. 277-278).

63 Vd. alvará de 12 de Janeiro de 1590 e NUNES DE LEÃO, Duarte, *Colecção de Leis Ex-*

especificavam as funções daqueles e dos tesoureiros. Enquanto os primeiros exerciam a sua jurisdição nos arcebispados e bispados do reino, ilhas e praças do norte de África, superintendendo e recebendo ao final as arrecadações de esmolas efectuadas pelos segundos, competindo-lhes abrir os cofres, as arcas e registar as receitas⁶⁴; os mamposteiros-menores procediam aos peditórios nos demais lugares, cabendo-lhes nomeadamente arrecadar os valores depositados na arca da piedade que era aberta duas vezes por ano (Janeiro e Maio). Aos mamposteiros menores, como sucederá com os mamposteiros dos cativos, eram reconhecidos diversos privilégios sendo-lhes dada *escusa do encargo dos concelhos* e da tutoria e curadoria *salvo se as tutorias forem lidimas e de pousentadoria* do mesmo modo que não eram nomeados enquanto *beesteiros dos contos*. Entre as prerrogativas concedidas, eram escusados do exercício de certos cargos como era o caso da vereação e almotaçaria ou ainda da magistratura vintaneira ou de vintena que tal como o provedor dos cativos beneficiava da concessão da aposentadoria.

À semelhança da provedoria ou de qualquer outro cargo judiciário e administrativo, o exercício da mampostaria era trienal, período findo o qual eram efectuadas as respectivas sindicâncias ou residências. Por este motivo, entendemos possível afirmar que havia um certo decalque em termos do procedimento adoptado, face ao que era desencadeado no âmbito da verificação

travagantes, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1987, título XXXVII, lei 1. Sobre o regimento dos mamposteiros de 1560, vd. BN, Colecção Pombalina, códice 472.

64 Sempre que os mamposteiros-mores chegassem a uma vila deveria fazer reunir os vereadores, procuradores e escrivão da câmara que deveriam publicar as cartas e regimentos que os acompanhavam para que fossem cumpridos. Em seguida, era solicitado o nome das pessoas de boa fama, consciência e abonadas que seriam providas no cargo de mamposteiro (menor) nos termos do mesmo diploma que regulava o exercício da mampostaria-mor. De igual modo, deviam os mesmos mamposteiros-mores requerer aos juizes e oficiais que colocassem na(s) igreja(s) das ditas vilas ou lugares as arcas destinadas à arrecadação de esmolas que, mais tarde, seriam destinadas ao resgate de cativos. Os valores despendidos com estas diligências eram suportados pelas localidades, cabendo-lhes o respectivo ressarcimento por altura do apuramento dos primeiros valores arrecadados. Mais se dispunha que os mamposteiros-mores não deveriam abandonar os lugares até que todo o procedimento de colocação das arcas estivesse concluído; cabendo-lhes ainda dar cópia das indulgências outorgadas para aquele fim. Atendendo ao texto de 1454, de tudo era feito o devido registo que deveria ser trasladado e remetido ao esmoler do reino (que no momento em apreço dizia respeito a D. Frei Vasco Tinoco) e ao tesoureiro de Lisboa, cargo à altura desempenhado por João Vaz. Cfr. diploma datado de Janeiro de 1456 in AHDE, livro 2 de Originais, fls. 193v-196v.

das distintas judicaturas e /ou controlo do exercício dos cargos de nomeação régia⁶⁵.

Do cotejo dos diplomas de 1461 com a demais legislação vigente, concluímos que se a arrecadação estava a cargo dos mamposteiros a quem eram conferidos os valores por determinação do provedor, o acto de redempção propriamente dito continuava a ser efectuado pelo *ministro da Trindade* ou qualquer outro que tivesse aquela incumbência de andar pelos senhorios e demais lugares do reino, segundo decorre da letra do diploma de 1456. Ou seja, o que fora subtraído à alçada dos trinitários era a arrecadação e o controlo dos valores, mantendo-se o titular da operação de resgate. Para esta era aproveitada parte do valor global da arca da piedade e dos dinheiros arrecadados dos resíduos, bem como das esmolas recolhidas nas arcas distribuídas por cada bispado, na razão de um terço⁶⁶. Os valores então recolhidos eram contados na presença do juiz ou juízes dos lugares que eram registados pelos escrivães e entregues ao mamposteiro de cada freguesia. Em última instância, uma vez obtidas as esmolas para a redempção, os montantes eram entregues, designadamente, ao tesoureiro da cidade de Ceuta.

Mais tarde, segundo a redacção dada por D. Sebastião ao Regimento dos Mamposteiros, são traçadas algumas alterações ao diploma instituído por D. Afonso V. Assim, faz-se saber aos deputados do despacho da Mesa da Consciência que lhes cabia prover e despachar as «cousas do despacho da Provedoria-mor, e contas da Redempção dos Cativos», revogando-se parcialmente o disposto no diploma concedido por D. Manuel⁶⁷. Doravante determinava-se que ao ser provido o mamposteiro-mor dos cativos independentemente do arcebispado ou bispado, fosse no reino ou nas Ilhas, Índia e Brasil, assim como o respectivo escrivão que o acompanharia, estes deveriam percorrer as localidades ali circunscritas, requerendo aos juízes e oficiais dos respectivos

65 Vd. GRAES, Isabel, *Das residências e outros actos de correição nas Ordenações Manuelinas* (in e-Slegal History Review, n.º 22- Janeiro de 2016, Editorial IUSTEL, ISSN 1699-5317, RI§416913 e *Para uma reflexão sobre o estatuto dos corregedores no ordenamento jurídico português*, in Estudos em homenagem ao Professor Martim de Albuquerque, vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 745-812 e *O poder e a justiça no século XIX em Portugal*, AAFDL, Lisboa, 2014.

66 Recorde-se que na descrição de Frei Jerónimo de S. José e segundo determinação de Inocêncio III, das verbas obtidas pela Ordem da Santíssima Trindade que eram divididas em três partes, um terço era destinado aos cativos (in op. cit. I vol., p. 171).

67 Cfr. alvarás de 6 de Setembro de 1524 e 16 de Fevereiro de 1525 e as cartas de lei de 19 de Outubro de 1641 e 27 de Setembro de 1669.

lugares que procedessem à indicação de três nomes com vista à eleição de um que tomava a designação de mamposteiro-menor ou mamposteiro pequeno. A estes últimos cabia conhecer dos agravos que fossem interpostos dos juizes ou oficiais das cidades, vilas e lugares, e quaisquer outras pessoas, devendo dar agravo às partes para o corregedor da corte, ao invés de apelação⁶⁸, assim como conheciam dos actos dos testamenteiros, do mesmo modo que o faziam os provedores dos resíduos (n.º 10). Os ditos mamposteiros percorreriam uma vez por ano na companhia dos respectivos escrivães a todos os lugares do arcebispado e bispado com o fito de arrecadar e receber dos mamposteiros menores⁶⁹ *«todo o dinheiro, que á dita Redempção pertencer, assim depositários, cepos, e arcas, como quaesquer esmolas de penas, e quaesquer outras cousas, que para a dita Redempção se devão arrecadar; e quando se os ditos cepos, e arcas houverem de abrir, serão juntos os Officiaes do Concelho, se o poderem ser, e quando não hum dos juizes, ou Prior, ou Cura, capelão da Igreja donde estiver o dito cepo, ou arca, para ante os quaes, ou cada hum delles, com os Mamposteiros pequenos dsse lugar, ou freguesia, e se abrirá o dito cepo, ou arca, e o dito mamposteiro pequeno contará o dinheiro que nelle estiver, e logo ahi o receberá o Mamposteiro mór, e o escrivão o carregará sobre elle em receita»*, sendo aquele valor registado no respectivo livro da Câmara⁷⁰.

68 Regimento, n.º 4.

69 Sobre a competência dos mamposteiros menores, vd. n.ºs 33-38.

70 Idem, n.º 5.

De modo mais explícito e detalhado, o regimento concedido por D. Sebastião em 1560 aos mamposteiros mores e menores, reconhecia a competência aos primeiros de conhecer dos agravos feitos aos mamposteiros menores e penas que fossem aplicadas aos oficiais que não cumprissem os seus mandados, devendo agravar-se, ao invés de apelar-se para os corregedores (cap. IV); por sua vez, cabia aos desembargadores dos resíduos conhecerem dos agravos dos mamposteiros mores (cap. VII); na ausência de juizes e provedores dos resíduos, cabia aos mamposteiros mores conhecer das contas dos testamenteiros (cap. X); das apelações e agravos das causas dos cativos conheciam privativamente os desembargadores da Casa do Cível nomeados para este efeito (cap. XVII); nas cidades, vilas e lugares eram nomeados pelo monarca procuradores dos cativos (cap. XIX); os mamposteiros menores podiam procurar, tal como os anteriores, nas vilas e lugares onde exerciam as suas funções (cap. XXXIX).

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob a designação de «Regimento da redempção de cativos», o legislador de 1461 confere competência ao provedor, neste caso, da comarca *dantre Tejo e Odiana* para proceder à arrecadação de esmolas com vista ao resgate de cativos. Reflete a citada iniciativa um atento e maturado acto de governação motivado pelo ensejo de fortalecimento do poder do monarca que assim retirava da alçada dos Trinitários uma das suas competências primárias. Ao invés de poder ser indicada a criação de um verdadeiro órgão judiciário especializado, entendemos que é acrescida esta competência ao leque de funções que eram reconhecidas ao provedor. Se não era criada uma magistratura específica com o propósito de tratar do resgate de cativos, as novas funções tornam necessária a nomeação de diversos funcionários judiciais régios que são dispostos hierarquicamente sob a dependência do já citado provedor. A natureza das funções que este desempenha, bem como a possibilidade de ser dada conhecimento das suas decisões a um dos desembargadores da Casa da Suplicação permitiu que alguma doutrina não jurídica tenha adoptado a designação de «tribunal», sendo que nem o próprio regimento de 20 de Março, nem a restante legislação avulsa se lhe referiu deste modo. Por este motivo, estão explicadas as razões conducentes ao silêncio por parte de processualistas e historiadores do direito judiciário, posto que apenas era conferido a uma magistratura já existente mais uma competência que lhe permitia especificar o respectivo leque de actuação.

Estas são as características que estrutura administrativo-judiciária afon sina apresentou durante o período de 1461-1532, data da criação da Mesa da Consciência e Ordens, entidade que em 1566 passou definitivamente a deter o citado controlo financeiro e judiciário da arrecadação das verbas destinadas ao resgate de cativos. À Ordem da Santíssima Trindade apenas era reconhecida a possibilidade de efectuar a operação de resgate, sem que qualquer domínio sobre os valores envolvidos lhe fosse facultado, estando obrigada, inclusive, à devida prestação de contas.

Por último, se o «novo tribunal» não configurou a instituição *ex novo* de mais um órgão judiciário, como aliás é possível concluir da leitura dos diversos registos constantes nos livros das chancelarias régias, não deixa de representar um marco na linha da densificação e especialização de funções que caracterizou o período moderno e, por inerência, as instituições vigentes, do mesmo modo que permite uma reapreciação do *modus governandi* de D. Afonso V.

IV. ANEXO

Doc. n.º 1

O Regimento *do Tribunal* da rendição de cativos (20 de Março de 1461)⁷¹(f.65) Regimen^{to} delRey nosso *Senh^{or}* sobre a rendiçom dos cativos

Nos ElRey fazemos saber a vos *pero* godyz cavaleiro e *corregedor*| per nos em esta comarca dantre tejo e Odiana E aos Juizes e Justi|ças das cidade e villas e luguares da dita comarca e a todollos outr^{os}| officiaes e pessoas a que o *conheçimen^{to}* desto *pertençer*| *per quall que^r* guisa que| seja a que este nosso *aluar^a* for mostrado que nos hordenamos ora *geerall*|mente *per* todos nosos Regnos por *seruiço* de *deus* e noso se saber como som| arecadados Resydoos e cousas apropiadas a Rendiçom dos catiuos E *pera*| se saber esto proueer hordenamos *pera* ello çertas pessoas as *quaaes* man|damos per as comarquas *pera* nos de todo trazerem Recadaçom E con|fiando nos de Ruy de lixboa *escudeir^o* noso vasallo *morad^{or}* em esta çidade *deuora*|E *dafomso* *alvarez morad^{or}* em a ujlla *darrayollos* e de *Joham delixboa* noso| moço da estribeira *que* faram bem e como *deuem* cometeemos ao dito Ruy| de lixboa *compridamen^{te}* a *prouedorja* das ditas cousas E *exucuçam* dellas| *em* a dita comarca *dandolhe pera* ello nosa *autorjdade*. E ao dito *afons^o* *alvarez*| *que* seja *procura^{dor}* dellas e *Requeredor* por nosa parte E ao dito *Joham* de lixboa| *que* seja dello o *escripuam* o *quall* Ruy de lixboa todo *prouera* com| o dito *procura^{dor}* presente o dito *escripuam* que todo *escrepuera* *conprindo em* todo| os Regimentos e mandados *que* lhe som dados per *diog^o* da silueira do| noso conselho e *escripuam* da nosa *puridade* e *veedor* moor das *nosas*| obras quanto *pertence* aos feitos dos Resydoos E per *Joham* *deuora* nosso| *capellam* no que *pertence* a Rendiçom dos ditos catiuos *de* que lhe teemos| dado *carrego*. E defendemos a todollos *corregedores* e *Justiças* e a *quaaes*| *que^r* outros nosos officiaes *que* nom *conheçam* *nem* se *tremetam* tomar| *conhoçimen^{to}* de *cousa* feita *per* o dito *prouedor* *saluo* *aquelle* *desenbar|gador* a que teemos dado e *cometydo* o *carrego em* a nosa casa| da *soprিকাçam* esto *desenbargar* ao *quall* *vyram* todos os feitos e *agra|uos* dantre o dito *prouedor*. E fazendo cada *huum* de uos o *contrario*| vos *auemos* por *apenados em* çem *dobras* *pera* a dita Rendiçam E per| (fol.65v.) este mandamos que lhe sejam dadas *pousadas* e *camas* sem| *dinheir^{os}* E todo o all *que* lhe *fezer* *mester* *pello* estado da terra sob a dita| *pena*. feito *em* a çidade *deuora* a xx dias do mes de *março* *Joham* do| *auellar* o fez ano do *naçimen^{to}* de noso *Senh^{or}* *Jeshu Crist^o* de *mjll* *iiij^e* *lxj^e* ¶

⁷¹ Arquivo Distrital de Évora Livro 2 de Originais, com a seguinte cota actual: sala 9, caixa 29, Livro 72.

Doc. n.º 2

Carta a Pedro Godins datada de 26 de Março de 1461⁷²

(fol. 66v.) *Outr^osy saberees parte se alguma pessoa ou pessoas foy em parte ou em| todo contra o priu]legio dos monposteiros moores e menores E aquelles| que achardes per proua ou per quall quer outr^o modo que em alguma culpa| som farees em elles enxucutar as penas segundo no priu]legio no [sic] dito Senh^{or} he mandado que som iiij^c rreaes s. scilicet ij^c pera os catiuos e çento pera| oh monposteiro moor ou menor a que asy o dito agrauo for feito| E çento pera uos pello asy dardes a enxucuçom fazendo logo vender| E rrematar tantos dos beens dos sobreditos que valham os ditos iiij^c rreaes pera se Repartirem como dito he¶* (fol. 67)

(fol. 67) *Outr^osy mandarees da parte do dito Senh^{or} a todollos ofiçiaaes da| Justiça conuem saber mer]nho e alcaldes E porteiros ca|da huuns em seus ofiçios que vos sejam deligentes em seus ofiçios| ao que lhe per vos for mandado por seruiço do dito Senh^{or} e se per| ventura algum em ello for rrem]so ou njgr]gente a uoso man-|-dadoo ho auee por condapnado em dous mjll rreaes pera a dita Rendiçom| E seja sospenso do ofiçio atee merçee do dito Senh^{or} vos posaaes poer| porteiro ou outr^o quall quer ofiçiall que sentirdes seer posto por proueito| dos catiuos ¶*

Outr^osy requerees aos monposteiros moores e menores e procura^do^{res}| que nos ditos lugares ouuer que vos dem e entreguem todollos Roolles| liur^{os} de quaaes quer penas que em sy teuerem pera demandar asy das que| foram postas pellos corregedores como pellos Juizees e ofiçiaes| dos lugares pera as dardes logo a enxecuçom como vos per o dito| Senh^{or} he mandado E todos os feitos que moujdos forem farees| vyr perante vos no ponto e estado em que esteuerem pera dardes em elles finall liuramen^{to} como achardes que he direi^{to} sem delonga| dando apellaçam e agrauo as partes nos casos que com direi^{to} deuem| seer dados e se per ventura achardes que alguum taballi^{am} ou taballiaens| ou escripnam alguum outr^o asy dos que teem cargo descrepuer pellos| catiuos como dos outr^{os} leixaram descrepver algumas penas dalguuns| a que os ditos Julgadores posesem por fauor ou por afeiçoees da|m]zade ou per outr^a alguma nom boa maneira| os auerees por priua|dos dos ofiçios atee merçee do dito Senh^{or} segundo per elle he mandado.feito em Euora a xxbj de março de mjll iiij^c lxj.¶

72 Idem.

Doc. n.º 3

Nova carta dirigida a Pedro Godins datada de 22 de Abril de 1461⁷³

(f.65v.) A uos pero godjnz caualeiro e *corregedor* da comarca dantre tejo e| odiana E a todollos Juizes E ofiçiaaes das çidades villas e| luguares da dita correiçom. Joham deuora capellam delRey noso| *Senhor* que *per* seu espiçiall mandado ora tenho carrego *em* todos seus| Regnos e Senhorjo das Rendas *que* som apropiadas *pera* Rendiçom dos| catiuos, faço saber que *per* mandado do dito *Senh^{or}* Eu dey carrego| algumas pesoas *que* ouuese darrecadar todallas penas *que* *pera* a dita| Rendiçom fosem postas e hes o meesmo dos *que* morrem abentestados| E por quanto nom som çerto o que se acerqua dello obrou, o dito| *Senhor* hi ordenou por *seru*çço de *deus* e seu mandar ora a esa comarca| Ruy de lixboa *portador* da presente *proueer* as ditas cousas *segundo* em| este Regimen^{to} *que* lhe *pera* ello foy dado he *contheudo* o *quall* vos Requeiro| da parte do dito *Senhor* *que* cada *huum* *em* seu Julgado ho faça *conprir* e| guardar.¶

Primeiramen^{te} como chegardes a cada *huum* dos ditos luguares costran-|ge-rees os escripuaaes da camar^a e almotaçarjas E os tabaliaaes| E outr^{os} quaes *quer* espriuaaes *que* nos ditos luguares ouuer E asy os| das comunas *que* uos mostrem quaees *quer* liur^{os} Esprituras e feitos *em* *que*| sejam e posam seer algũas penas *contheudas* assy liures como| por liurar E vistas *per* uos saberees como foram liures os *em*| elles apenados. E os *que* ajnda nom foram demandados farees| *vyr* *perante* vos e os ouuirees com seu *direit^o* com aquella ten-|perança *que* mjlh^{or} poderdes. (fol. 66) ¶

(fol. 66) Outr^osy *conheçerees* geerallmen^{te} *em* quanto nos ditos luguares| *es-teuerdes* de todollos feitos e penas asy postas *pera* a dita Rendiçom| como *pera* a chançallarja como *pera* outra *quallque^r* parte que postas| forem porque o dito *Se-nh^{or}* *determjna* se Recadarem *pera* a dita Rendiçom| *conuem* a saber dos *em* *que* nom he feita *enxecuçom* E se as partes *que*| condenardes se sentirem agrauadas dalhe *apellaçom* e agrauo nos casos| *que* o *direito* outorgua.¶

Outr^osy vos trabalharees saber parte como os Juizes e ofiçiaaes *que* desto| carrego teuerem husarom de seus ofiçios e achando *que* husaram como| nom deujam Relleuando ou asoluendo algumas penas os *condepnarees*| *que* as paguem de suas casas em dobro fazendo logo *enxucuçom* em seus |*beens* E tomarees conta a todollos monposteiros do que Recadaram E em-|tregaram aos monposteiros moores E quanto e *em* *que* tempo e se achardes |*que* *em* alguma ficam deuedores farees todo *vyr* a boa Recadaçom E os| asentarees *em* uoso liur^o *que* o escripuam

73 Idem.

que com uosco andar ha de fazer, o quall| asentara cada huum lugar em seu titollo E o que nello rrecadom ou| fazem rrecadar.¶

Outro^osy prouerees os Regiment^os e mandados que foram dados| aos ofiçiaaes deste ofiçio e per elles e per este uos rregerees E farees| todo o que sentirdes por serujço do dito Senh^{or} e bem do poboo e se alguuns| quiserem escusar demandas e contendas e quiserem dar alguma cousa do| seu que Justa e Rezoada seja segund^o o rrespeito e calidade da pena em que| Jouuer uos com o dito escripuam verdadeiramen^{te} leuaee aquello que sentirdes| seer bem leuado dereitament^e a serujço de deus e do dito Senh^{or} e proueito dos ditos| catiuos E farees poer no liur^o da recepta E asy a cantidade da pena| como da auença que com quallquer fezerdes¶ (fol. 66 v.)

(fol. 66 v.) Item todas outr^{as} cousas e penas que ao dito Senh^{or} pertencerem e beens que se| pera elle segund^o suas hordenaçoees perderem se della atee feitura deste nom| nom he feita merçee e se a demanda per as partes nom for moujda todas| farees rrecadar pera a dita Rendiçom porque o dito Senh^{or} as atrebuue a dita Ren|diçom e todollos feitos e apellaçoees e agrauos que dante uos vyerem asy| destas cousas como das outr^{as} de que vos he dado carrego venham a pero| lobato a que o dito Senh^{or} teem cometydo o cargo E asy o notificarees e| mandarees fazer saber aos Juizes dos luguares desa comarca que daquy| em diante nom dem apellaçom nem agrauo saluo perante o dito doutor ou| perante aquelle que em seu logo estouer na nosa casa da sopricaçom.¶

Outro^osy costringerees Os escripuaees da camar^a E ofiçiaaes dos conçelhos| que vos mostrem as pusturas e hordenaçoees asy feitas per elles como per| os corregedores e tambem os Regimentos dos luguares pera per elles| tirardes as penas nom excutadas e fazerdes o que vos atras he mandado| Os quaees se uoso mandado nom conprirem os apenarees em çerta pena e se| conprir os em prazarees a dya çerto que venham presente o dito doutor a dar| Rezom por sy por que nom conpriram o mandado de seu Rey e Senh^{or}.¶

Outro^osy serees auisado tanto que chegardes a quall quer lugar desa| comarca de enquererdes e saberdes parte se se finaram hi alguuns aben-|-testados que herdeiros de direito nom ouuesem e quaees beens mouys e| de Raiz de que ouuerdes notiçia que delles ficassem farees aRecadar pera os catiuos| e entregaillos aos monposteiros deses lugares carregandoos sobre elles| em uosos liur^os em rrecep^{ta} e os beens de rraiz sejam proueitados pellos ditos| monposteiros e todollos frujt^os e nouos se Recadem pera os catiuos| E o escripuam da camar^a asentara em huum liur^o sobre ese monposteiro esas| noujdades que eses beens de Raiz ren-

derem E quanto aos beens mouys| sejam logo vendidos em *pregam* nos lugares acostumados e os| *dinheir*^{os} por *que* forem vendidos sejam *entregues* aos ditos monposteiros| e carregados sobre elles *em* Reçep^{ta} fazendo declaraçom como os ditos| *dinheir*^{os} Reçeberam E *que* de *que* pesoas e de taees beens mouys *que* foram| vendidos em *pregam* *que* ficaram de tall pesoa *que* se finou abentestado *em* tall *maneira* que todo seja bem declarado fazendoo em| tall *guisa* *que* todo se bem Recade.¶

Outr^osy *em* estes luguares honde fordes saberees parte *per* *quall* *quer*| *guisa* se ha hi *algumas* cousas sobnegadas daquello *que* o dito *Senh*^{or}| teem apropiadas aos catiuos dando a *quaees* *quer* pesoas *que* vos esto fezerem| saber e alguuns teuerem rrazom desto vos descobrjrem ataa terça parte| daquello *que* *per* seu aazo for arrecadado *pera* os catiuos E todas estas| cousas e cada huma dellas farees *conprir* e dar a *enxucuçom* *em* todo bem e *conprida*-|*mente* *segundo* *em* elles he *contheudo* sem outro *embargo* *algum* feito *em* evora| a xxij dias dabrill. Lopo fernandez o fez ano de noso *Senh*^{or} *Jeshu Crist*^o de mjll e iiij^c lxj anos¶

ENTRE TRIBUNALES, MINISTROS Y PROCEDIMIENTOS

LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA Y SOCIAL SOBRE LAS AUDIENCIAS REALES
EN EL ANTIGUO RÉGIMEN

Francisco Miguel Martín Blázquez¹

Resumen: los frecuentes desencuentros con que han contado las disciplinas histórica y jurídica para entablar diálogos fructíferos en relación a temas comunes han estado siempre en boca de especialistas de una y otra rama. A este respecto, el presente trabajo tratará de ahondar en dicha problemática a través del caso de las Reales Audiencias, instituciones por antonomasia de la administración de la justicia real en la Monarquía hispánica. De esta manera, trazaremos un estado de la cuestión sobre las formas en que han sido investigados dichos tribunales, los acercamientos a sus integrantes y a sus procedimientos administrativos, poniendo en valor la necesidad de abordajes comunes a las diferentes áreas para así realizar, desde enfoques pluridisciplinarios, una propuesta metodológica coherente que abarque toda su entidad en cuanto a su dimensión institucional, más allá de los límites impuestos por cada una de las disciplinas dedicadas a su estudio.

Palabras clave: Audiencias, historiografía jurídica, historia social de la administración.

Abstract: the frequent disagreement where juridical and historical disciplines don't do productive dialogues around common topics is always in specialists' minds in one area and another. Regarding all that, this work will try to inquire in that problem through the *Reales Audiencias*, the most characteristic institutions of royal administration of justice in Spanish Monarchy. With this, we will establish a state of the art around the kind of approach which are being used to research this High Courts, the study of its integrants and its administrative procedure, putting in value the necessity of dealing with it with common approaches in the two areas to do, with a multi-disciplinary perspective, a coherent methodological proposal that covers all of its institutional entity, beyond the limits that every discipline put in its own studies.

Keywords: *Audiencias*, Law Historiography, Social History of Administration.

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DE UNA LABOR INCONCLUSA; II. TENDENCIAS Y CORRIENTES DE ESTUDIO SOBRE LAS AUDIENCIAS REALES; 1. Apreciaciones institucionales; 2. Corrientes jurídicas; 3. Corrientes sociológicas; 4. Apreciaciones culturales; III. ESTUDIOS DE CASO PARTICULARIZADOS DESDE LA REAL AUDIENCIA DE MÉXICO AL FINAL DEL PERIODO VIRREINAL; 1. Los Mesía de

¹ Doctor por el programa de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Francisco de Vitoria, Madrid. Colaborador honorario en el Foro hispanoamericano de la misma universidad. Becario postdoctoral del Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

la Cerda: vínculos y estrategias familiares; 2. Los Bataller: una genealogía de magistrados; 3. Juan Ramón Osés: un perfil propio de su tiempo; 4. Ciriaco González Carvajal: un enfoque más allá de la judicatura; IV. CONSIDERACIONES FINALES; VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DE UNA LABOR INCONCLUSA

El estudio sobre las Reales Audiencias, los tribunales o cortes de apelación a la justicia real en los territorios de la Monarquía hispánica durante el Antiguo Régimen, ha gozado siempre de una entidad particular. Sin entrar en cuantificaciones exactas, la cantidad de trabajos de investigación publicados hasta la fecha es sin lugar a dudas ingente². A pesar de gozar de tal condición, el estudio de estos centros resulta bastante desigual tanto en sus demarcaciones geográficas y temporales como temáticas. Las formas de abordar un acercamiento hacia estas instituciones pueden dar respuesta a tantas preguntas como se nos ocurra hacerles: aún faltan muchas por formularles y, aparte, las respuestas cambiarán en función del enfoque desde el que se hagan.

A nuestro parecer, la especificidad de los abordajes acaba por causar una cierta exclusividad metodológica que, en una cantidad significativa, hace que no se tengan en cuenta determinadas perspectivas a la hora de contrastar los resultados obtenidos en su aplicación de cara a abordar casos particulares. El debate historiográfico continúa ahondando en interpretar, desde distintas ópticas, los mismos fenómenos y procesos, aunque a partir de fórmulas que por necesidad acaban consiguiendo que el conocimiento generado en torno a

² Sólo para las provincias ultramarinas de la Monarquía, Santiago-Gerardo Suárez recopiló la referencia, a la altura de 1989, de más de cuatrocientas publicaciones monográficas sobre el tema. SUÁREZ, S. G., *Las reales audiencias indianas. Fuentes y bibliografía*, Caracas (Academia Nacional de Historia), 1989. Sobre las peninsulares, existen algunas panorámicas hechas a mediados de los años noventa del siglo pasado en CLAVERO, B., «La Monarquía, el Derecho y la Justicia», en MARTÍNEZ RUIZ, E. y PI CORRALES, M. (coords.), *Instituciones de la España moderna I: las jurisdicciones*, Madrid (Actas), 1996, pp. 18-25 o los trabajos de MOLAS RIBALTA, P., «La estructura del Estado y las élites de poder», en GUIMERÁ, A. (ed.), *El reformismo borbónico. Una visión interdisciplinar*, Madrid (Alianza Universidad, CSIC, Fundación Mapfre), 1996, pp. 61-74, «Consejos y Audiencias» *Studia Historica. Historia moderna*, núm. 15, 1996, pp. 9-22 y «Elites y poder en la Administración española del Antiguo Régimen», en IMÍZCOZ, J. M. (dir.), *Elites, poder y red social. Las élites del País Vasco y Navarra en la Edad Moderna*, Bilbao (Servicio editorial UPV), 1996, pp. 51-64. Haría falta un nuevo repaso sobre la producción en torno al tema durante los últimos lustros.

dichos aspectos a veces acabe resultando descriptivo e incompleto. Antes que los problemas de indagación, resultan más llamativas las limitaciones producidas por el recurso a aproximaciones que, bien pudiendo ser complementarias, evitan contactar para ofrecer panorámicas más detalladas sobre aspectos relativos al estudio de estas instituciones. Es evidente que las limitaciones de acceso a la toda la documentación o bibliografía referente a un tema o a comprenderlo desde ciertas percepciones que parten de otras premisas preconcebidas son también factores a tener en cuenta a la hora de entender los elementos y procesos que intervienen en el devenir de estas formas analíticas.

Nuestra intención en estas líneas es la de destacar esta cuestión, pues apelar al necesario diálogo interdisciplinar es la única manera por la que vemos viable darle la adecuada dimensión a los fenómenos históricos que produjeron las Audiencias reales en su singularidad y en su conjunto, entendiendo siempre la necesidad de partir de sus diferentes particularidades específicas. Esta comparativa en las formas de apreciar realidades y contextos sin duda valdrá para contribuir al avance de un conocimiento más extenso del rol de estos tribunales, pero no sólo en lo que respecta a su complejidad institucional, sino también en la humana y simbólica. Para ello, ofreceremos una reflexión que nace de las definiciones existentes sobre el objeto de interés que hemos enunciado para, seguidamente, presentar una panorámica sobre su condición como objeto de estudio, valorando su propia historia y los enfoques historiográficos desde los que se ha abordado su análisis hasta el momento. A continuación, mostraremos una panorámica de estudios de caso elaborados en los últimos años para incidir en el valor del estudio de los ministros de Audiencia dentro de las líneas de aproximación sobre el tema audiencial. Con ello, tratamos de incidir en la necesidad de hacer converger modelos de análisis para diversificar la obtención de resultados más allá de la clásica delimitación disciplinaria entre ciencia histórica y ciencia jurídica.

II. TENDENCIAS Y CORRIENTES DE ESTUDIO SOBRE LAS AUDIENCIAS REALES

Antes de ahondar en la problemática historiográfica que aquí nos concierne, quisiéramos especificar a qué nos referimos con las Audiencias reales de la Monarquía española. De esta forma, evitaremos caer en posibles malentendidos que han ocasionado que se incurra en una comprensión inadecuada de

esta institución, que han resultado en llamativos errores de bulto³. Así, Bartolomé Clavero nos da la siguiente explicación: «La Audiencia puede ser quien escucha, el colectivo en su caso que lo haga [...] un colectivo de jueces [...] que se reúne para quienes acuden en demanda de justicia, y poder así desempeñar su cometido de impartirla»⁴. Esta consideración se extrae también de lo que sobre ella nos dicen algunos diccionarios históricos. En el *Tesoro de la lengua llamada castellana o española* de Sebastián de Covarrubias se recoge esta definición de «Avdiencia» como «el tribunal de justicia, donde se ventilan las causas, y algunas vezes significa las Chancillerias»⁵. El *Diccionario de Autoridades* da el siguiente significado en su tercera acepción: «Tribunál compuesto de Ministros togádos»⁶. El *Diccionario de la Lengua española* define en diferentes acepciones a la Audiencia de la siguiente manera: «Atender los ruegos, súplicas o avisos de alguien, o a alguien» o «Dicho de la autoridad: Tomar en consideración las alegaciones de las partes antes de resolver la cuestión debatida». Para lo que aquí nos ocupa, interesa esta otra acepción para ver cómo se ha mantenido el recurso a esta denominación en el tiempo: «Tribunal de justicia colegiado y que entiende en los pleitos o en las causas de determinado territorio»⁷.

¿De dónde procedía entonces la Audiencia real? Como se puede inferir de su etimología, del acto de escucha del rey para impartir su justicia que acabó por delegar a jueces que representaban su majestad. Conforme los iba incrementando el número de reinos bajo la égida de la Corona de Castilla, la

3 Al respecto, hay que mencionar la anotación que Carlos Garriga hace sobre la obra de María Teresa Tatjer Prat. En ella, asevera que existió una confusión entre la audiencia del rey, la labor que el monarca desempeñaba para administrar justicia para conflictos entre partes, y la Audiencia como tribunal constituido a los efectos que le eran encomendados. GARRIGA, C., «La imposible Audiencia real en la Corona aragonesa del siglo XIV. Un comentario», *Initium. Revista Catalana d'Historia del Dret*, núm. 15, 2010, pp. 737-760 sobre TATJER PRAT, M. T., *La Audiencia Real en la Corona de Aragón. Orígenes y su primera etapa de actuación (siglos XIII y XIV)*, Barcelona (Universitat Pompeu Fabra), 2009.

4 CLAVERO, B., «Sevilla, Concejo y Audiencia: invitación a sus ordenanzas de justicia» en *Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla*, Sevilla (Guadalquivir Ediciones), 1995, p. 9.

5 COVARRUBIAS, S. de, *Tesoro de la Lengua castellana o española*, Madrid (impresión de Luis Sánchez), 1611, f. 103r.

6 *Diccionario de Autoridades*, tomo I, 1729. Voz «audiencia». Disponible en <<http://web.frl.es/DA.html>> [consultado el 25/2/2020].

7 *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 23ª ed.

necesidad de tener cerca al rey o, al menos, cercana su presencia, hizo que desde la Corte se delegara a estos órganos colegiados la autoridad pertinente y se les delegó la capacidad de administrar la justicia real en última instancia de apelación. Dicha delegación estaba presente desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348, puesto que el primer tribunal radicado *ex profeso* para realizar despachos no fue establecido hasta casi un siglo después, a mediados del siglo XV en Valladolid, fundándose así la primera Audiencia real⁸, a la vez Chancillería, pues cobijaba un sello real que, a todos los efectos, reproducía la firma del rey.

La constante expansión territorial y las paulatinas reformas relativas a la impartición de justicia real en los reinos bajo control de la Monarquía castellana implicaron la necesaria multiplicación de este órgano. Así, partiendo de la duplicación, primero en Ciudad Real y después trasladada a Granada, de otra Audiencia y Chancillería (1494-1505)⁹, nos encontramos con una pléyade de tribunales que fueron erigiéndose paulatinamente a la expansión y reestructuración de los territorios patrimoniales de la Corona española. Así, aparecieron tanto en la propia península (Barcelona, Zaragoza, Valencia, Sevilla, Galicia, Asturias, Extremadura) como en espacios insulares adyacentes (Canarias, Mallorca, Cerdeña) o a lo largo de las Indias¹⁰ (Santo Domingo, México, Lima, Guadalajara, Santiago de Guatemala, Panamá, Santa Fe de Bogotá, Quito, Manila, Concepción primero y Chile después, Buenos Aires, Caracas, Santiago de Cuba y Cuzco).

Vistos brevemente algunos de los antecedentes que entendemos necesarios para comprender las bases del conocimiento derivado con respecto a las Audiencias, a continuación procedemos a observar diferentes perspectivas analíticas sobre la formulación de sus estudios históricos y jurídicos.

8 GARRIGA, C., *La Audiencia y las Chancillerías castellanas. (1371-1525)*. Historia política, régimen jurídico y práctica institucional, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1994 y DÍAZ MARTÍN, J. V., *Los orígenes de la audiencia real en Castilla*, Sevilla (Universidad de Sevilla), 1997.

9 CORONAS; S. M., “La Audiencia y Chancillería de Ciudad Real (1494-1505)”, *Cuadernos de Estudios Manchegos*, núm. 11, 1981, pp. 47-139 y GÓMEZ GONZÁLEZ, I., *La justicia, el gobierno y sus hacedores. La Real Chancillería de Granada en el Antiguo Régimen*, Granada (Comares), 2003.

10 POLANCO ALCÁNTARA, T., *Las reales audiencias en las provincias americanas de España*, Madrid (Fundación Mapfre), 1992 y MARTIRÉ, E., *Las audiencias y la Administración de Justicia en las Indias*, Madrid (Universidad Autónoma de Madrid), 2005.

1. Apreciaciones institucionales

El funcionamiento y jerarquización de las diferentes instituciones que componen el entramado de espacios destinados a la administración de justicia ha sido un campo abonado recurrentemente por los enfoques de corte más institucionalista. Ha sido habitual que este modelo se enseñe de manera sistemática en los cursos de asignaturas que contengan secciones relativas a la historia del derecho, aunque empiezan a encontrarse algunos que dan también cabida a otras aproximaciones. Es un enfoque que prima lo descriptivo frente a lo analítico, pues ha dado cuenta sobre todo de la composición, mecanismos, constitución y demás elementos que crean y hacen funcionar a estos engranajes de la administración, y el recurso a sus fuentes es en su mayoría de corte legalista.

Para el caso de la Monarquía española, cuyos tribunales fundamentales eran los Consejos y las Audiencias, un acercamiento a los manuales más socorridos en Historia del Derecho español nos invita a reflexionar sobre el particular. La primacía de este enfoque, ya sea por la toma de posición de sus autores o bien por el hecho de ofrecer una introducción sucinta a los temas en lugar de ahondar en ellos, con vistas a fomentar un aprendizaje superficial para hacer accesible un temario por lo general muy extenso, es significativa. Así, las instituciones se estudian desde un abordaje normalmente impersonal, sin conocer apenas a los artífices, manipuladores o integrantes de las mismas. Con lo cual, el conocimiento y análisis sobre dichos actores y sus papeles particularizados queda relegado a un puñado de investigadores o especialistas en la materia.

En este sentido, es habitual encontrarse con explicaciones en donde la mención o designaciones de los sistemas en los cuales se insertan dichas instituciones se dan de formas variadas. Para el caso que comentamos, existen numerosas denominaciones que, a día de hoy, continúan vigentes y son de uso frecuente para referirse a dichos entramados. Lo cual, todo sea dicho, no invalida sus bases y sus postulados inherentes, pero sí que requieren de una mayor profundización para comprender mejor su propia idiosincrasia. Así, tenemos las fórmulas del sistema polisindial¹¹, que destacan el papel

11 ESCUDERO, J. A., *Administración y Estado en la España moderna*, 2ª ed. Valladolid (Junta de Castilla y León), 2002 y *Estudios de historia del derecho*. Madrid (Boletín Oficial del Estado), 2016. También 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), 2016.

de los Consejos reales cuya labor sería la de asesorar al rey con sus funciones jurídico-gubernativas, el llamado «régimen virreino-senatorial»¹², un equivalente al anterior implementado a la hora de trasplantar a los territorios distantes de la Corte un modelo de gobierno basado en las autoridades regias –el virrey o gobernador aconsejado por asesores letrados a través de la figura del Real Acuerdo–, o, más recientemente, el del «gobierno de la justicia»¹³, que parte de la comprensión de la cultura gubernativa jurisdiccional, basada en la impartición de justicia por parte del rey, sus representantes y otros cuerpos como garante del buen gobierno o la *policía*. Todos ellos nos hablan del funcionamiento del sistema jurídico y político de la Monarquía hispánica y de los reinos que la componían, en la que, justo por sus características particulares, las Audiencias desempeñaban un rol significativo para su adecuado funcionamiento.

2. Corrientes jurídicas

Al igual que las tendencias derivadas del apartado anterior, la historiografía jurídica se ha ocupado de muy diversas formas de la aproximación al estudio de las Audiencias. La mayoría de estas aproximaciones incidieron en episodios significativos que vivieron las propias instituciones, tales como visitas, los juicios de residencia, el paso de grandes personalidades, el momento de su constitución o las normativas promulgadas para su organización, funcionamiento y reforma. También cuentan con su espacio las normativas elaboradas en el seno del propio tribunal, como libros cedularios, manuales de práctica forense o, simplemente, la forma de proceder de los ministros con base en testimonios como archivos particulares, memorias y otros escritos o a partir de la reconstrucción de sus bibliotecas.

Otro apartado significativo lo desarrollaría el análisis de la tratadística jurídica, género muy cultivado entre quienes integraron los tribunales de la Monarquía, pero también entre otros letrados y hombres formados en derecho que recomendaban, en calidad de asesores, formas de proceder o comen-

12 LALINDE ABADÍA, J., «El régimen virreino-senatorial en Indias», *AHDE*, núm. 37, 1967, pp. 5-244. Una reivindicación reciente de esta propuesta en ARRIETA ALBERDI, J., «La dimensión institucional y jurídica de las cortes virreinales en la Monarquía Hispánica», en CARDIM, P. y PALOS, J. L. (eds.), *El mundo de los virreyes en las monarquías de España y Portugal*, Madrid (Iberoamericana-Vervuert), 2012, pp. 33-70.

13 GARRIGA, C., «Gobierno y justicia. El gobierno de la justicia», *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 7, 2008, pp. 45-113.

tarios a la normativa vigente de cada momento. El estudio sobre las formas de entender el derecho, su propia evolución doctrinal o las diferentes escuelas que disputaban la hegemonía de las interpretaciones, la orientación del campo del saber o de la redacción de las propias normas son aspectos a considerar a la hora de proceder con el conocimiento del derecho como disciplina viva. También en lo que se refiere a su inserción en corrientes de pensamiento que se dieron a lo largo de los siglos que integraron el Antiguo Régimen y que afectaron a las formas de impartir justicia hasta el establecimiento del Estado liberal. Por ello, hay que saber dilucidar el lugar que su propio desarrollo ha tenido en el desempeño judicial y del buen obrar de estos jueces en tanto rectos hacedores de la justicia a aplicar.

3. Corrientes sociales

El análisis de los componentes de estas instituciones resulta pertinente en cuanto eran estas personalidades las que, con su labor cotidiana, generaban el modelo basado en lo que se ha venido a denominar como la *justicia de jueces*. Nuestra propuesta abunda en recurrir, a partir de diccionarios o repositorios de datos¹⁴, en generar una primera prosopografía de los componentes de los diferentes organismos que componían la red de tribunales de distinto rango para así poder entablar lo que José María Imízcoz denomina un análisis relacional¹⁵. Dicho análisis se basa en el recurso a cuatro metodo-

14 MAGDALENO, R., *Títulos de Indias. Catálogo XX del Archivo General de Simancas*, Valladolid (Patronato Nacional de Archivos Históricos), 1954, BURKHOLDER, M. A. y CHANDLER, D. S., *Biographical Dictionary of Audiencia Ministers in the Americas, 1687-1821*, Westport (Greenwood University Press), 1982, BARRIENTOS GRANDÓN, J., *Guía prosopográfica de ministros togados de las Indias (1511-1898)*, Madrid (Fundación Mapfre), 2000, *Diccionario biográfico español*, 50 vols. Madrid (RAH), 2010-2013. También está disponible el *Fichier Ozanam*, Fichoz, proyecto actualmente dirigido por el profesor Jean-Pierre Dedieu: <http://www.fichoz.org/home/accessweb> [Consultado el 24/02/2020].

15 IMÍZCOZ, J. M., «Actores de procesos de cambio. Reflexiones metodológicas desde el “análisis relacional”», en NAVA RODRÍGUEZ, T.(ed.), *De ilustrados a patriotas. Individuo y cambio histórico en la monarquía española*, Madrid (Sílex, 2017), pp. 20-40 y «El paradigma relacional. Actores, redes, procesos para una historia global», en ANDÚJAR CASTILLO, F., BERTRAND, M. y GLESENER, M. (eds.), *Gobernar y reformar la monarquía. Los agentes políticos y administrativos en España y América. Siglos XVI-XIX*, Valencia (Albatros), 2017, pp. 65-80.

logías que, interactuando con los datos de individuos concretos, nos facilitan comprender su inserción en los circuitos de poder de la Monarquía. Dichos métodos serían 1) la biografía como estudio de una vida, reconstruyendo una trayectoria vital en su contexto, 2) la prosopografía relacional dentro de los colectivos de pertenencia de los sujetos estudiados, ya sea tanto familiar como profesional, además de otros aspectos –congregaciones y cofradías, vida universitaria, paisanaje...–, 3) el estudio de las redes sociales y la reconstrucción de vínculos interpersonales, y 4) la genealogía social, entroncada con el segundo punto.

A partir de estos enlaces, se pueden elaborar, en distintos grados y niveles, panorámicas sobre quienes desempeñaron cargos en el entramado institucional de la Monarquía y por ende reconstruir tanto sus carreras en la judicatura como su ejercicio profesional y los resortes de los que pudieron valerse para desarrollarla. Pero no sólo nos sirve este modelo para el caso de los ministros, sino también para los distintos oficiales subalternos y demás oficios secundarios que operaban dentro de estas instituciones: abogados, relatores, escribanos, verdugos, porteros e incluso intérpretes, entre otros. Todos ellos, con sus funciones bien definidas y sus labores asignadas, participaban del correcto funcionamiento de los engranajes de la justicia real de manera ordinaria¹⁶.

4. Apreciaciones culturales

Más allá del propio carácter constitutivo de las instituciones y de quienes componían su planta, existen otros aspectos que han sido llamativos en torno no sólo a la cultura jurídica, sino a la operatividad y la ritualidad en torno a la justicia real y sus hacedores. Si bien podemos empezar desde la representación¹⁷, podemos continuar con los aportes más característicos sobre el ceremonial, las simbologías del Antiguo Régimen y sus manifestaciones en programas iconográficos, o por los rituales públicos a los que las instituciones estaban obligadas a mostrarse dentro de la relevancia que en ese universo tenían la etiqueta y la apariencia, los procedimientos han empezado a ser relevantes para entender mejor la actuación del tribunal como un ente corpo-

16 Para esto, el mejor trabajo hasta la fecha ha sido el de GAYOL, V., *Laberintos de justicia. Procuradores, escribanos y oficiales de la Real Audiencia de México (1750-1812)*, 2 vols., Zamora (El Colegio de Michoacán), 2007.

17 GÓMEZ GÓMEZ, M., *El sello y registro de Indias. Imagen y representación*, Colonia (Böhlau Verlag), 2008.

rativo más en el complejo entramado de la realidad cotidiana jurisdiccional¹⁸. La distinción en el seno de esta organización jerárquica, alcanzada a través de la acumulación de derechos privativos que a día de hoy entendemos como privilegios, era una aspiración para cualquiera que estuviera inmerso en las dinámicas que eran propias de este orden social.

Es por ello que, muchas veces, para mantener tal estatus, se recurría a operaciones que se escapaban de lo lícito. Recientemente, los estudios en torno a la corrupción en este tipo de instituciones se han planteado desde una perspectiva más integral, de cara a comprender mejor los mecanismos sociales que movían a los actores, regidos a su vez por sus propios compromisos y aspiraciones, que integraban los mecanismos administrativos a operar de maneras subrepticias, no acordes con el propio orden estipulado en tales instituciones¹⁹. En este sentido, dentro de este campo amplio podríamos incluir además los estudios referentes a la conflictividad en el seno de los tribunales, presente entre sus componentes, y también su papel mediador en los conflictos jurisdiccionales en los que, a menudo, dictaban sentencias interesadas a conveniencia de partes con las que había algún tipo de trato interesado. No obstante, también conviene estar al tanto de las medidas y prevenciones que se hacían para evitar estos comportamientos abusivos, al igual que todo el aparataje reformista que, aduciendo unas realidades determinadas, pero pudiendo significar por su contexto otras, se elevaron con tal de poner fin o limitar de manera sustantiva tales fenómenos que se entendían como anomalías en el correcto funcionamiento de todos estos organismos dependientes de la Corona y que afectaban al gobierno y sus apreciaciones.

III. ESTUDIOS DE CASO PARTICULARIZADOS DESDE LA REAL AUDIENCIA DE MÉXICO AL FINAL DEL PERIODO VIRREINNAL

Vistos los antecedentes relativos a los diferentes enfoques metodológicos e interpretativos –resumidos, eso sí, a muy grandes rasgos con las aportacio-

18 Uno de los trabajos más llamativos al respecto ha sido CAÑEQUE, A., *The king's living image. The Culture and Politics of Viceregal Power in Colonial Mexico*, Nueva York (Routledge), 2004.

19 En este sentido, una visión panorámica reciente en ANDÚJAR CASTILLO, F., PONCE LEIVA, P. y FEROS, A., «Corrupción y mecanismos de control en la Monarquía Hispánica: una revisión crítica», *Tiempos modernos*, vol. 8 núm. 35, 2017, pp. 284-311.

nes de diferentes disciplinas—, evidenciamos que las formas de aproximarse a las cuestiones que los tribunales hispánicos del Antiguo Régimen continúan ofreciendo numerosas vetas que explorar. A partir de las investigaciones que venimos realizando sobre los últimos ministros de la Real Audiencia de México, podemos ofrecer una serie de ejemplos sobre diferentes perspectivas de abordaje de estos tribunales desde el análisis de la realidad de los integrantes de su planta. Así, podemos vincular el *officium iudiciorum* de la Monarquía española con las expectativas de colectivos e individuos concretos por alcanzar, a través de su posicionamiento y el paulatino ascenso en la jerarquía basada en el sistema de escalafón, según la expresión utilizada por Burkholder y Chandler²⁰, la gracia que conlleve el grado de distinción más elevado. Todo ello se producía a través del desempeño de este tipo de puestos, de inmensa responsabilidad, como depositarios sobre los que el mismísimo rey descargaba su conciencia. Pero no sólo eran esos objetivos los que estaban en el horizonte de estos súbditos. Algunos de los resultados fruto de nuestras indagaciones han dado lugar a la apreciación de otros fenómenos particulares en el actuar de algunos de estos ministros, con lo que incidimos en la necesidad de un análisis atento de la casuística en cada uno de los objetos de estudio a los que nos vayamos a acercar.

1. Los Mesía de la Cerda: vínculos y estrategias familiares²¹

Los integrantes de esta familia procedían de una de las más antiguas de la oligarquía de Jaén, pues al parecer se instalaron en la ciudad tras su toma en la época de Fernando III, transcurrido el primer tercio del siglo XIII. Desde entonces, ascendieron a las cotas más altas de poder municipal, se vincularon de manera endogámica con otras familias aristocráticas de la región del Alto Guadalquivir y alcanzaron los cargos más elevados de la administración local, entre otras muchas prebendas.

20 BURKHOLDER, M. A. y CHANDLER, D. S., *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las audiencias en América, 1687-1808*, México (Fondo de Cultura Económica), 1984, p. 16-17.

21 En este apartado, nos basamos en MARTÍN BLÁZQUEZ, F. M., «Los primeros marqueses de Acapulco. Notas introductorias al estudio de la familia Mesía de la Cerda durante el siglo XVIII», en FORTEA PÉREZ, J. I., GELABERT GONZÁLEZ, J. E., LÓPEZ VELA, R. y POSTIGO CASTELLANOS, E. (coords.), *Monarquías en conflicto. Linajes y noblezas en la articulación de la Monarquía Hispánica*, Madrid (Universidad de Cantabria, CSIC), 2019, pp. 551-560.

Tras la Guerra de Sucesión y durante el reinado de Felipe V, se les agració con un título de nobleza, el del marquesado de Acapulco. Poco después, los descendientes del primer marqués entroncaron con otro linaje ennoblecido en el mismo periodo, los Beltrán de Caicedo, una potentada familia granadina de origen converso. Así, el enlace culminó en la persona del tercer marqués de Acapulco, quien también adquirió el título de marqués de Caicedo en su persona.

Es en este particular donde la judicatura entra a desempeñar un papel relevante para la consolidación de este entramado. Los cabezas de familia recurrieron a una estrategia de colocación en diferentes cargos de autoridad en la Monarquía –clero, administración y ejército a los varones, a las mujeres las utilizaban para casar con otros potentados de la nobleza o de la administración– con los segundones de la cuarta generación. Mientras el primogénito continuó encabezando el gobierno de la Casa y se hacía con el mayorazgo, sus hermanos y hermanas desempeñaban un rol complementario para el mantenimiento del estatus del linaje y trataban de honrar, con sus servicios al rey y a su propia causa, a su apellido. Así, dos de sus parientes accedieron a la carrera letrada tras realizar sus correspondientes estudios en Leyes. El mayor de ambos en edad, José, fue destinado a la Audiencia de Santa Fe al culminar sus cursos en la Universidad de Granada, adonde le acompañó su hermano menor, Nicolás, que a su vez ingresó en la Universidad Javierana. Desde aquel instante, estos dos hermanos seguirían itinerarios distintos.

Hay que dejar constancia de que tampoco fueron los primeros de la familia en hacer la travesía atlántica a causa de un nombramiento. Otro vástago del primer marqués, José Mesía de la Cerda y Pérez Vargas, accedió a mediados del siglo XVIII a algunas magistraturas novohispanas, primero en Guadalajara y después en México. Volviendo a los dos hermanos del cuarto marqués, debemos hacer alusión a que ambos desarrollaron un *cursus honorum* ejemplar en la magistratura indiana. José ascendió hasta las salas de la Audiencia de México, donde hacia 1815 culminó su carrera –y pocos años después su vida– en el puesto de regente tras un ascenso paulatino en el seno de este tribunal. Entretanto, Nicolás hizo lo propio en su trayectoria particular, en este caso, se proyectó en la de Manila, donde a la larga también alcanzó la condición de regente a inicios del siglo XIX.

Aun con todo, los aportes de ambos cayeron en saco roto ante el inexorable devenir de los tiempos. El proceso de decadencia en el que entró la familia tras la Guerra de Independencia, agobiada por las deudas y algunos pleitos,

aparte de la extinción del régimen señorial, hizo que se mantuviera en un cierto grado de estancamiento hasta hacia aproximadamente la mitad de la centuria decimonónica. Aparte, tampoco hemos conseguido hallar constancias documentales para aseverar si alguna de sus miembros volvió a acceder a la judicatura para contribuir a las aspiraciones encaminadas a medrar en la alta sociedad de la época con más servicios a la Corona.

2. Los Bataller: una genealogía de magistrados²²

Originarios del municipio alpujarreño de Ugíjar, pero con ancestros procedentes de otras localidades valencianas, los Bataller son un claro ejemplo de una familia volcada al ascenso de su posición social a través del desempeño profesional de sus miembros. Con unos recién llegados al municipio ugijareño en cargos de escribanía al final del siglo XVII, hacia mediados de la centuria siguiente mandaron a un vástago, Miguel Antonio Bataller y Basco, a la Universidad de la cabeza de ese reino a formarse como letrado. Allí, comenzó a ejercer la abogacía hasta que fue promocionado a la asesoría del virrey de la Nueva España en 1770. Se trasladó junto a su esposa, María del Ros, su primogénito Francisco y su hija María Teresa. Allí desempeñó diferentes cargos letrados hasta acceder a la sala del crimen de la Audiencia capitalina, desde donde promocionó a oidor poco después. A la vez que las labores propias a la sala de lo civil, ejercía también como auditor de guerra a modo de comisión. Este cargo estaba en teoría designado para un juez letrado autónomo, en régimen de dedicación exclusiva sin servir en otros oficios, para acometer su trabajo designado como asesor letrado al capitán general en materia de justicia militar. El exceso de trabajo que suponía esta acumulación de comisiones, sumado a su ya avanzada edad, acabó por costarle primero la salud y, al final, la vida, pues fallecería en mayo de 1795 a causa de las complicaciones de una apoplejía.

Su esposa, ni corta ni perezosa, escribió al mes siguiente al virrey Branciforte para que ascendiese a su hijo al puesto de su padre para que les apoyara en su sustento, ya que habían perdido los ingresos del cabeza de la familia y

22 Aquí, exponemos los resultados obtenidos en MARTÍN BLÁZQUEZ, F. M., «De ministros del rey a magistrados constitucionales. Oficio y familia en la magistratura hispánica a lo largo de los siglos XVIII y XIX: el caso de la familia Bataller», en ORTEGA DEL CERRO, P. e IRIGOYEN LÓPEZ, A. (coords.), *Profesiones, ciclos vitales y trayectorias familiares entre la continuidad y la transformación (ss. XVII-XX)*, Murcia (EditUM), 2019, pp. 231-244.

con la pensión y la situación que vivían no era la propicia para su manutención. ¿Quién era este hijo al que hacía referencia en la misiva? No era otro que Miguel Antonio Nicolás Bataller y Ros. Cuando sus padres marcharon a la Nueva España, él se encontraba formándose en Leyes en la Universidad de Granada, tal como su padre hizo. Allí alcanzó el título de doctor y alguna cátedra. Una vez recibido de abogado, fue nombrado fiscal en la Audiencia de Guatemala en 1787, donde pasó unos años hasta ser nombrado alcalde del crimen en la de México a instancias del virrey.

El desarrollo de la trayectoria en el tribunal de Bataller y Ros fue parejo al de su implicación en materias de gobierno. Con el advenimiento de la crisis en 1808, tomó claro partido por el mantenimiento del statu quo y actuó en consecuencia: se enfrentó a la postura juntista del Cabildo de México en las negociaciones propuestas por el entonces virrey José de Iturrigaray, apoyó el golpe de autoridad de Gabriel de Yermo contra este virrey y manejó en las sombras la política capitalina durante el siguiente bienio. Después, se opuso firmemente a la insurgencia, despachó causas de infidencia con mano de hierro, incluida la ejecución del cabecilla José María Morelos y Pavón, e impulsó la suspensión de garantías constitucionales como la libertad de imprenta. Esto le valió, al morir José Mesía y Caicedo, acceder a la regencia de la Audiencia en 1820. Poco después de su ascenso, se volvió a promulgar en la Ciudad de México la Constitución de Cádiz tras restituirse dicho régimen en la península y se especula con su participación en la llamada conspiración de la Profesa para derrocar la proclamación constitucional en Nueva España a través de su separación de la Monarquía. Pero con la caída del régimen virreinal, decidió dejar su puesto y regresar a la Europa, a pesar de las ofertas que le hicieron desde el ejército trigarante para quedarse en México.

De Bataller y Ros fue hijo Miguel María Alejandro Bataller y Arroyo, que nació durante su paso en Guatemala y siguió, como su abuelo y su padre, la carrera judicial. Estudió Leyes en México y su primer cargo fue acceder a una plaza vacante de oidor en la Audiencia de Barcelona en octubre de 1824. Desde allí, se declaró cesante una década después y optó, sin demasiado éxito, por acceder a tribunales sitios en Madrid. Finalmente, accedió a la Audiencia territorial de la capital tras su paso por otros cargos menores. Este paso le sirvió para acceder a la magistratura del Tribunal Supremo en 1866, puesto que tuvo que abandonar poco después, por jubilación forzosa, tras el advenimiento de un nuevo régimen político al triunfar la Revolución gloriosa. Su verdadero éxito fue contraer nupcias con María del Carmen Matheu Arias-

Dávila y Carondelet, procedente de una familia de alta alcurnia quiteña. Con ello, obtuvo la condición de conde consorte, lo cual contribuyó a que se le concediera también el hábito de Calatrava en 1866.

3. Juan Ramón Osés: un perfil propio de su tiempo²³

El ministro navarro Juan Ramón Osés del Arce fue lo que podría calificarse como un *doceañista*, siguiendo la acepción de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna. Formado en la efervescente Salamanca de finales del siglo XVIII, coincidiendo con una época de gran ebullición cultural, se vinculó con el grupo de destacados ilustrados que a la postre serían destacados representantes del primer liberalismo hispano bajo el magisterio de Ramón Salas. Esto le aportó un bagaje que le acompañaría en su carrera profesional dentro de las Audiencias reales, primero en Canarias (1803-1810), después en México (1811-1821) y, finalmente, en Puerto Rico (1831-1841).

De hecho, lo que nos llama poderosamente la atención en él es la evolución de su carrera y de sus posiciones en los diferentes grados que alcanzó en las cortes de justicia real en las que se integró. En Canarias, tras años de una destacable gestión, fue apresado junto al regente por oponerse a apoyar la Junta que convocó el capitán general desde Tenerife durante la crisis de 1808. En México, su militancia a favor de las medidas constitucionales generó notables diferencias con el resto del colectivo de la Audiencia y en particular con el virrey Félix María Calleja, antiguo dirigente realista, quien intentó deshacerse de él relegándolo a un puesto en la Audiencia de Guatemala en 1815. Este traslado no llegó a efectuarse, pues se preocupó por mover sus hilos tanto en la Corte como entre las corporaciones de la ciudad para prorrogar lo máximo posible aquella disposición. Tras la sustitución de Calleja por Juan Ruiz de Apodaca, Osés fue ascendido a alcalde de la sala del crimen de la Audiencia mexicana en 1816. Desempeñó esa plaza, aunque intentó ascender hasta oidor sin éxito, hasta la independencia.

Durante esos años, se pueden reconstruir parte de sus actuaciones a partir de su archivo personal, donde se conservan algunos expedientes de las causas que tuvo que atajar durante su desempeño en la fiscalía y la alcaldía del

23 Para este caso, nos valemos de la información recogida en MARTÍN BLÁZQUEZ, F. M., «El archivo personal de Juan Ramón Osés. Fuentes para conocer el desempeño judicial durante la Independencia de México», *Temas Americanistas*, núm. 42, 2019, pp. 33-50, en especial pp. 41-46.

crimen. Este fondo nos aporta información relevante no sólo para estudiar el fenómeno insurgente o las disputas acaecidas en el seno de la Audiencia con polémicas significativas en función de las interpretaciones de problemas legales, sino también para el seguimiento del proceso de incoación de causas abiertas por distintos motivos.

Tras estos eventos, las Cortes le designaron como comisionado para negociar con México la condición de los peninsulares todavía residentes en ese territorio, misión por otro lado abocada al fracaso. Este hecho, apoyado en su colaboración con el gobierno constitucional, hizo que no se le permitiera regresar a la península tras su caída. Por tanto, tuvo que mantenerse en Cuba junto a su familia prácticamente durante una década, hasta que se erigió una Audiencia en la isla de Puerto Rico, donde fue designado primero oidor decano y, casi inmediatamente, regente de la misma. Es aquí donde se vinculó con el gobernador de la misma, Miguel de la Torre y Pando, el I conde de Torrepano, y actuó de manera diametralmente opuesta en sus decisiones como apenas veinte años antes había hecho en México: apoyó la censura de publicaciones, persiguió a disidentes y colaboró con las altas esferas en el mantenimiento del Leviatán ultramarino.

4. Ciriaco González Carvajal: un enfoque más allá de la judicatura²⁴

Si hasta el momento hemos establecido unos parámetros de acercamiento más sociales y políticos de algunos ministros, en el caso del sevillano Ciriaco González Carvajal podemos acercarnos a otros aspectos destacables del estudio de los ministros de Audiencia, esto es, una faceta más cultural e intelectual. Proveniente de familias de renombre, prontamente se relacionó con uno de los más destacados eruditos del sur de España de la segunda mitad del Dieciocho, Francisco de Bruna y Ahumada, ministro de la Audiencia de Grados de Sevilla, quien a su vez era un reconocido coleccionista y anticuarista vinculado a la Real Academia de la Historia.

24 Hemos realizado un primer acercamiento a la figura de González Carvajal en MARTÍN BLÁZQUEZ, F. M., «Composición, trayectoria y vicisitudes ocurridas a la colección de objetos naturales y antigüedades prehispanicas del magistrado Ciriaco González Carvajal», en HOLGUERA CABRERA, A., PRIETO USTÍO, E. y URIONDO LOZANO, M. (coords.), *Actas del I congreso internacional de jóvenes investigadores Coleccionismo, mecenazgo y mercado artístico en España e Iberoamérica*, Sevilla (Universidad de Sevilla), 2017, pp. 760-775.

González Carvajal estudió Cánones en la Universidad de Granada y se recibió de abogado en la Audiencia sevillana. Allí compartió con Bruna sus inquietudes y conocimientos hasta que, al dar comienzo la década de 1780, se desplazó hasta las islas Filipinas como oidor de la Audiencia de Manila. La labor que le fue encomendada durante sus primeros compases en su nuevo destino fue muy intensa: se le nombró el primer –y único– intendente de Guerra y Hacienda del archipiélago y primer director de su recién fundada Sociedad de Amigos del País, implantó una serie de medidas encaminadas a la mejora de la explotación de recursos en las islas, no sin contar con la oposición de las oligarquías allí asentadas, entre ellos algunos ministros del tribunal, y del propio gobernador de las islas, José de Basco y Vargas. Cabe señalar que en esta época comenzó a reunir una colección de significado valor científico, consistente en piezas de artesanía local, instrumentos autóctonos y objetos naturales –corales, minerales, conchas y fósiles, entre otras variedades–.

En 1787 fue ascendido a oidor en la Audiencia de México, por lo que se trasladó a la Nueva España y tomó posesión de su cargo en 1790. Una vez instalado con su familia, aparte de sus labores como togado, desempeñó además una significativa actuación como juez de Minas y de Temporalidades, entre otras comisiones anejas a la plaza. Lo más destacado de su paso por América fue su interés anticuario, pues en las casi dos décadas que vivió en la capital novohispana hizo acopio de una buena cantidad de piezas arqueológicas prehispánicas, creando con ello una de las colecciones más significativas para la época. Tal como indicaba el prusiano Alexander von Humboldt, la mayor que había de este tipo en la ciudad de México. Pero no quedó sólo en esto su interés. Mantuvo intensas relaciones con parte de los sabios novohispanos afincados en la capital e instigó la realización de campañas y expediciones arqueológicas en diferentes zonas con vistas a encontrar yacimientos arqueológicos en aras de alimentar ese afán por saciar la curiosidad y la sed de conocimientos, tan propios de aquellos tiempos. También apadrinó otras muchas iniciativas de corte ilustrado y técnico.

Con el advenimiento de la crisis de la Monarquía de 1808, fue paulatinamente distanciándose de la facción contraria al fenómeno juntero novohispano hasta que las diferencias fueron insalvables. Enfrentado al entonces regente y cara visible de la reacción frente a las demandas de los españoles americanos de la capital, Guillermo de Aguirre y Viana, regresó a la península a principios de 1810. Allí, se instaló en el Cádiz asediado de las Cortes y desempeñó algunos cargos y comisiones encomendadas por la Regencia.

Entre ellas, la interinidad del Ministerio de Ultramar, lugar que se había encomendado al también ministro de la Audiencia de México Tomás González Calderón. Sus labores más destacadas allí fueron la preparación de una lotería nacional y del cuestionario para pueblos de indios de 1812.

Debido a su relación con los gobiernos liberales que tomaron el mando en la ausencia de Fernando VII, dejó de contar con la gracia real hacia el final de sus días. Tanto en la primera restauración fernandina de 1814 como en la segunda de 1823 vio truncada su carrera en las altas esferas de la Monarquía, con lo que hubo de conformarse con pequeñas comisiones y cargos de carácter simbólico y escasa remuneración. Hacia finales de la década de 1820 trató de vender sus colecciones para conseguir algo de dinero, cosa que finalmente hubo de llevar a cabo su esposa tras su fallecimiento, acaecido alrededor de 1830. Es por este medio como Juan Wetherell, hijo de un potentado industrial de origen británico afincado en Sevilla, se hizo con sus piezas prehispánicas, las cuales acabó donando en 1842 al Museo británico cuando volvió a Inglaterra. En lo relativo a la colección de minerales, acabó por adquirirla la recientemente creada Escuela de Minas a mitad de la década de 1830, donde Sainz de Baranda la catalogó y enumeró más de 3.000 piezas.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Tal y como hemos tratado de mostrar, las experiencias relativas a una serie de personajes que vivieron en una época de intensos cambios dentro de lo que podríamos considerar un órgano ciertamente conservador –en la medida en que se posicionó en contra de las transformaciones a la hora de demostrar en la práctica su adhesión ante tales cambios– que actúa como valedor de un statu quo vigente desde hacía siglos. Tal efecto se aprecia en determinados comportamientos sociopolíticos de quienes integraban su planta. Pero, a la par, también mostraron ser el reflejo de las complejas situaciones presentes en aquella época, con la viva manifestación de las tendencias imperantes en ese momento: el apoyo o rechazo a la causa constitucional, comportamientos favorables a los avances científicos e intelectuales, cierta sensibilidad con las nuevas corrientes de pensamiento, actuaciones en pos de lograr una serie de logros materiales, etc. Toda una serie de aspectos que muestran la complejidad intrínseca no sólo de un momento histórico, sino desde una pluralidad de aspectos y puntos de vista que dotan de una mayor riqueza al estudio de tal contexto.

Es, pues, importante vincular estas cuestiones con las diferentes apreciaciones que hemos hecho sobre los avances relativos a la vinculación de la historia del derecho con otras disciplinas históricas. Así, podemos valorar una serie de aspectos en los ejemplos presentados que se vinculan con esas apreciaciones y corrientes de corte institucional –los comportamientos como un solo cuerpo–, jurídico y cultural –instrumentalización de elementos a su disposición en tanto ministros de Audiencia, tendencias para mostrar su adhesión o repulsa hacia las facciones enfrentadas en un tiempo bélico de profundas transformaciones o sus posiciones y actuaciones políticas– o social –recurso a estrategias de promoción recurriendo a los determinados contactos interpersonales, las consecuencias que sufrieron a causa de sus posicionamientos en un contexto determinado, etc.–. Todo esto, reiteramos, nos ofrece una panorámica fruto del esfuerzo de comprender, desde los aportes de todos estos enfoques, estos periodos del pasado de una manera caleidoscópica.

Con esta panorámica que acabamos de abarcar, proponemos, más que la apertura de nuevas líneas de investigación, la recuperación de otras que ofrecían ciertas posibilidades de ampliar el conocimiento sobre el colectivo judicial entre los ministros del Antiguo Régimen hispánico. Su inserción en un marco amplio de convergencia entre intereses poliédricos obliga a un diálogo necesario entre quienes se dedican a realizar investigaciones sobre estos tribunales de la justicia del rey. Es por esto que continuamos poniendo el acento en el estudio integral de las «historias de vida» de los ministros de Audiencia. La base fundamental del estudio biográfico, basado en la reconstrucción contextualizada de una trayectoria vital más allá de quien la protagoniza, es también válida para enseñar y desarrollar la disciplina iushistórica, más allá del mero análisis de tratados y normativas.

En este sentido, y desde el ejercicio de una historiografía holística, creemos necesario apelar a un sentido más amplio en la apreciación de la historia del derecho, que trate de comprender más allá del origen y la evolución del derecho como praxis o de su vocación eminentemente didáctica. Manifestarlo, en este sentido, como una actividad humana más. La historia del derecho ayuda a comprender las lecturas del pasado desde distintos presentes y aporta un sustento específico para la comprensión omnimoda de ambos, más si cabe en lo referente a los estudios sobre instituciones. De esta forma, preguntarse por cómo actuaba, se maleaba, a causa de qué, con qué procedencia y desarrollo, a través de la expresión de sus propias fórmulas y posibilidades, desde la comparación y el contraste de casos, etc. Es muy amplio el espectro

de cuestiones a tratar no sólo ya de las instituciones, sino de los fenómenos derivados de las formas de ejercicio y aplicación del derecho vigente, o las reflexiones propias de cada momento, para ahondar en un mejor conocimiento de tiempos pretéritos, en donde se puedan aplicar tales elementos para dar respuesta, u otras respuestas, a problemas patentes en la actualidad.

En este sentido, nuestra intención con este trabajo ha sido el de potenciar las vinculaciones interdisciplinarias ante tendencias y tentaciones aislacionistas de ambos gremios. Con ello, contribuimos a una concentración interdisciplinar, a través de un diálogo fluido entre métodos, enfoques e interpretaciones para afrontar el estudio de instituciones y hombres del pasado. En definitiva, esta invitación, que queda reflejada a lo largo de esta propuesta, está abierta a quien desee entablar dicho diálogo. Por nuestra parte, ofrecemos este sucinto aporte con vistas a formular una de las muchas cuestiones pertinentes que se pueden arrojar en el intercambio planteado: ¿conviene revalorizar la figura del ministro como *iudex perfectus* para una mejor comprensión de la historia jurídica? La cuestión social sigue ahí, y los avances en esos campos nos plantean otras pistas que seguir para desmontar visiones preconcebidas que, desde un trabajo centrado en una sola tipología documental o bibliográfica, no nos permitan atisbar otras formas de comprender las realidades pasadas.

Para finalizar, y a modo también de homenaje, queremos recordar las palabras que, hace ya cinco lustros, exponía a inicios de la década de 1990 Johanness-Michael Scholz: «ya no hay duda de que la concepción legalista del derecho no resiste un examen serio de la realidad jurídica», a lo que añadía que «tras la era de la codificación, el descubrimiento de la práctica judicial finaliza con la exploración de la historia social del sector judicial [...] como segmento del campo jurídico»²⁵. Así, apelamos a la adecuada contextualización de los sujetos sin por ello olvidar la cosmovisión imperante que regía prácticamente su actividad cotidiana, pues como a su vez apuntaba con tanta sabiduría Francisco Tomás y Valiente, «las instituciones no son meros andamios montados en el aire, sino que están servidas por hombres de sangre y hueso y situados en un tiempo y un lugar determinados»²⁶.

25 SCHOLZ, J. M., «En busca de la justicia española», en CARASA, P., *Elites. Prosopografía contemporánea*, Valladolid (Universidad de Valladolid), 1994, p. 155.

26 TOMÁS Y VALIENTE, F., *Los validos en la monarquía española del siglo XVII. Estudio institucional*, Madrid (Siglo XXI), 1982, p. 1.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANDÚJAR CASTILLO, F., PONCE LEIVA, P. y FEROS, A., «Corrupción y mecanismos de control en la Monarquía Hispánica: una revisión crítica», *Tiempos modernos*, vol. 8 núm. 35, 2017, pp. 284-311.
- ARRIETA ALBERDI, J., «La dimensión institucional y jurídica de las cortes virreinales en la Monarquía Hispánica», en CARDIM, P. y PALOS, J. L. (eds.), *El mundo de los virreyes en las monarquías de España y Portugal*, Madrid (Iberoamericana-Vervuert), 2012, pp. 33-70.
- BARRIENTOS GRANDÓN, J., *Guía prosopográfica de ministros togados de las Indias (1511-1898)*, Madrid (Fundación Mapfre), 2000.
- 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), 2016.
- BURKHOLDER, M. A. y CHANDLER, D. S., *Biographical Dictionary of Audiencia Ministers in the Americas, 1687-1821*, Westport (Greenwood University Press), 1982.
- BURKHOLDER, M. A. y CHANDLER, D. S., *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las audiencias en América, 1687-1808*, México (Fondo de Cultura Económica), 1984.
- CAÑEQUE, A., *The king's living image. The Culture and Politics of Viceregal Power in Colonial Mexico*, Nueva York (Routledge), 2004.
- CLAVERO, B., «Sevilla, Concejo y Audiencia: invitación a sus ordenanzas de justicia» en *Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla*, Sevilla (Guadalquivir Ediciones), 1995, pp. 7-95.
- CLAVERO, B., «La Monarquía, el Derecho y la Justicia», en MARTÍNEZ RUIZ, E. y PI CORRALES, M. (coords.), *Instituciones de la España moderna I: las jurisdicciones*, Madrid (Actas), 1996, pp. 15-38.
- CORONAS, S. M., «La Audiencia y Chancillería de Ciudad Real (1494-1505)», *Cuadernos de Estudios Manchegos*, núm. 11, 1981, pp. 47-139.
- COVARRUBIAS, S. de, *Tesoro de la Lengua castellana o española*, Madrid (imprenta de Luis Sánchez), 1611.
- DÍAZ MARTÍN, J. V., *Los orígenes de la audiencia real en Castilla*, Sevilla (Universidad de Sevilla), 1997.
- Diccionario de Autoridades*, 4 tomos, 1729-1737. Disponible en <<http://web.frl.es/DA.html>>.
- Diccionario biográfico español*, 50 vols. Madrid (RAH), 2010-2013. Disponible en: <<http://dbe.rah.es/>>
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 23ª ed. Disponible en <<https://dle.rae.es/>>.
- ESCUADERO, J. A., *Administración y Estado en la España moderna*, 2ª ed. Valladolid (Junta de Castilla y León), 2002.
- ESCUADERO, J. A., *Estudios de historia del derecho*, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 2016.

- Fichier Ozanam* (Fichoz). Proyecto dirigido por Jean-Pierre Dedieu. Disponible en <<http://www.fichoz.org/home/accessweb>>.
- GARRIGA, C., *La Audiencia y las Chancillerías castellanas. (1371-1525). Historia política, régimen jurídico y práctica institucional*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1994.
- GARRIGA, C., «La imposible Audiencia real en la Corona aragonesa del siglo XIV. Un comentario», *Initium. Revista Catalana d'Historia del Dret*, núm. 15, 2010, pp. 737-760.
- GAYOL, V., *Laberintos de justicia. Procuradores, escribanos y oficiales de la Real Audiencia de México (1750-1812)*, 2 vols., Zamora (El Colegio de Michoacán), 2007.
- GÓMEZ GÓMEZ, M., *El sello y registro de Indias. Imagen y representación*, Colonia (Böhlau Verlag), 2008.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, I., *La justicia, el gobierno y sus hacedores. La Real Chancillería de Granada en el Antiguo Régimen*, Granada (Comares), 2003.
- IMÍZCOZ, J. M., «Actores de procesos de cambio. Reflexiones metodológicas desde el "análisis relacional"», en NAVA RODRÍGUEZ, T. (ed.), *De ilustrados a patriotas. Individuo y cambio histórico en la monarquía española*, Madrid (Sílex, 2017), pp. 20-40.
- IMÍZCOZ, J. M., «El paradigma relacional. Actores, redes, procesos para una historia global», en ANDÚJAR CASTILLO, F., BERTRAND, M. y GLESENER, M. (eds.), *Gobernar y reformar la monarquía. Los agentes políticos y administrativos en España y América. Siglos XVI-XIX*, Valencia (Albatros), 2017, pp. 65-80.
- LALINDE ABADÍA, J., «El régimen virreino-senatorial en Indias», *AHDE*, núm. 37, 1967, pp. 5-244.
- MAGDALENO, R., *Títulos de Indias. Catálogo XX del Archivo General de Simancas*, Valladolid (Patronato Nacional de Archivos Históricos), 1954.
- MARTÍN BLÁZQUEZ, F. M., «Composición, trayectoria y vicisitudes ocurridas a la colección de objetos naturales y antigüedades prehispánicas del magistrado Ciriaco González Carvajal», en HOLGUERA CABRERA, A., PRIETO USTÍO, E. y URIONDO LOZANO, M. (coords.), *Actas del I congreso internacional de jóvenes investigadores Coleccionismo, mecenazgo y mercado artístico en España e Iberoamérica*, Sevilla (Universidad de Sevilla), 2017, pp. 760-775.
- MARTÍN BLÁZQUEZ, F. M., «Los primeros marqueses de Acapulco. Notas introductorias al estudio de la familia Mesía de la Cerda durante el siglo XVIII», en FORTEA PÉREZ, J. I., GELABERT GONZÁLEZ, J. E., LÓPEZ VELA, R. y POSTIGO CASTELLANOS, E. (coords.), *Monarquías en conflicto. Linajes y noblezas en la articulación de la Monarquía Hispánica*, Madrid (Universidad de Cantabria, CSIC), 2019, pp. 551-560.
- MARTÍN BLÁZQUEZ, F. M., «El archivo personal de Juan Ramón Osés. Fuentes para conocer el desempeño judicial durante la Independencia de México», *Temas Americanistas*, núm. 42, 2019, pp. 33-50.
- MARTÍN BLÁZQUEZ, F. M., «De ministros del rey a magistrados constitucionales. Oficio y familia en la magistratura hispánica a lo largo de los siglos XVIII y XIX: el caso de la familia Bataller», en ORTEGA DEL CERRO, P. e IRIGOYEN LÓPEZ, A. (coords.),

- Profesiones, ciclos vitales y trayectorias familiares entre la continuidad y la transformación (ss. XVII-XX)*, Murcia (EditUM), 2019, pp. 231-244.
- MARTIRÉ, E., *Las audiencias y la Administración de Justicia en las Indias*, Madrid (Universidad Autónoma de Madrid), 2005.
- MOLAS RIBALTA, P., «La estructura del Estado y las élites de poder», en GUIMERÁ, A. (ed.), *El reformismo borbónico. Una visión interdisciplinar*, Madrid (Alianza Universidad, CSIC, Fundación Mapfre), 1996, pp. 61-74.
- MOLAS RIBALTA, P., «Consejos y Audiencias», *Studia Historica. Historia moderna*, núm. 15, 1996, pp. 9-22.
- MOLAS RIBALTA, P., «Elites y poder en la Administración española del Antiguo Régimen», en IMÍZCOZ, J. M. (dir.), *Elites, poder y red social. Las élites del País Vasco y Navarra en la Edad Moderna*, Bilbao (Servicio editorial UPV), 1996, pp. 51-64.
- POLANCO ALCÁNTARA, T., *Las reales audiencias en las provincias americanas de España*, Madrid (Fundación Mapfre), 1992.
- SCHOLZ, J. M., «En busca de la justicia española», en CARASA, P., *Elites. Prosopografía contemporánea*, Valladolid (Universidad de Valladolid), 1994, p. 155-162.
- SUÁREZ, S. G., *Las reales audiencias indianas. Fuentes y bibliografía*, Caracas (Academia Nacional de Historia), 1989.
- TATJER PRAT, M. T., *La Audiencia Real en la Corona de Aragón. Orígenes y su primera etapa de actuación (siglos XIII y XIV)*, Barcelona (Universitat Pompeu Fabra), 2009.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *Los validos en la monarquía española del siglo XVII. Estudio institucional*, Madrid (Siglo XXI), 1982.

**DO TRABALHO LIVRE NOS TEXTOS
DA SEGUNDA ESCOLÁSTICA PENINSULAR:
MANUSCRITOS PORTUGUESES NO FINAL DO SÉCULO XVI**

Margarida Seixas¹

Resumo: No final do século XVI, dois tratados *De restitutione* manuscritos dos portugueses Pedro Simões e Cosme de Magalhães (professores nas Universidade de Évora e Coimbra, respectivamente) examinaram com pormenor e rigor diversos temas e procederam a uma delimitação do trabalho livre, extravasando as referências esporádicas que encontramos noutros textos da época.

Inseridos numa linha mais tardia da Segunda Escolástica Peninsular – a que pertenceram também outros dois professores de Évora e Coimbra, Luís de Molina e Francisco Suarez – estes autores revelam nos seus textos um conhecimento exaustivo das fontes anteriores e contemporâneas e uma sofisticação técnico-jurídica invulgar na regulação do trabalho livre, por contraposição ao trabalho escravo (para outros autores, a distinção entre trabalho livre e trabalho escravo era gizada apenas em função do tempo de vinculação).

A análise crítica destes textos – manuscritos que são este ano editados pela primeira vez – permite topar uma delimitação do dever de obediência dos serviçais livres em função do contrato celebrado e da condição dos mesmos, estabelecendo limites para a subordinação do serviçal/criado ao senhor/amo e uma dilatação da esfera de liberdade, em que o domínio do segundo não poderia ser exercido sobre o primeiro.

Este texto visa destacar o rigor de Pedro Simões e de Cosme de Magalhães nesta matéria, no confronto com o texto posterior de Suarez.

Palavras-chave: trabalho livre; jurisdição; Portugal; século XVI

Abstract: At the end of the 16th century, two manuscript treatises *De restitutione* and by the Portuguese Pedro Simões and Cosme de Magalhães (professors at the Universities of Évora and Coimbra, respectively) examined in detail and rigorously various subjects and proceeded to delimit free work, surpassing sporadic references that we find in other texts of that century.

Inserted in a later line of the Second Peninsular Scholastic – to which two other teachers from Évora and Coimbra, Luís de Molina and Francisco Suarez also belonged – these authors reveal in their texts an exhaustive knowledge of previous and contemporary sources and an unusual technical-legal sophistication in the regulation of free labour, as opposed to slave labour (for other authors, the distinction between free and slave labour was only defined according to the length of service).

The critical analysis of these texts – manuscripts that are going to be edited for the first

¹ Professora Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do IURIS – Instituto de Investigação Interdisciplinar.

time this year – allows to find a delimitation of the duty of obedience of free servants according to the contract signed and their condition, establishing limits for the subordination of the servant to the master and an expansion of the sphere of freedom, in which the domain of the second could not be exercised over the first.

This text aims to emphasize the accuracy of Pedro Simões and Cosme de Magalhães in this matter in confrontation with the later text by Suarez.

Keywords: free labour; jurisdiction; Portugal, 16th century

SUMÁRIO: I. OS TEXTOS E O SEU CONTEXTO; II. OS TEXTOS E O SEU CONTEÚDO: 1. *Restitutio e tratados de restitutione*; 2. *Restitutio*, jurisdição e trabalho livre; A. Jurisdição económica, obediência e vinculação contratual; B. Punição e sustento; III. CONCLUSÃO.

I. OS TEXTOS E O SEU CONTEXTO

A investigação que deu origem a este texto surgiu na sequência da anotação que fiz, juntamente com Ana Caldeira Fouto, de um conjunto de tratados *De restitutione*, do século XVI, no projecto *De restitutione: A Escola Ibérica da Paz e a Ideia de Justiça na Ocupação da América (Século XVI)*, coordenado por Pedro Calafate, da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, tratados publicados como III volume da colecção *A Escola Ibérica da Paz*². Entre eles, destaca-se um texto de Francisco Vitória (1483-1546), já anteriormente editado em latim, mas que foi agora traduzido pela primeira vez. Os restantes textos são manuscritos de autores menos conhecidos: Fernando Peres, António de Santo Domingo, Pedro Simões e Cosme de Magalhães.

Os tratados abordam vários temas e entre eles também o da escravidão, a cujo estudo me dedico há vários anos e que estes autores abordam de forma interessante, mas maioritariamente coincidente com a linha dos autores ibéricos quinhentistas³. Neste texto, não será tratado o tema da escravidão e

2 CALAFATE, P., e VENTURA (dir.), R., *A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (Século XVI)*, Volume III *Da restituição sobre a propriedade e a origem do poder civil*, anotação CALDEIRA FOUTO, A., e SEIXAS, M., Coimbra (Almedina), 2020.

3 Pode ver-se, para uma perspectiva de síntese, por exemplo, GARCÍA-AÑOVEROS, J., «Los argumentos de la esclavitud», *Nuevas Aportaciones a la Historia Jurídica de Iberoamérica*, coord. ANDRÉS-GALLEGO, publicação digital, Madrid (Fundación Histórica Tavera/Digibis), 2000, pp. 102-114, ou, com maior desenvolvimento, SORIANO, R., *Historia Temática de los Derechos Humanos*, Sevilha (Editorial MAD), 2003, 25-57, com indicação de bibliografia temática, pp. 57-67; SEIXAS, M., *Pessoa e Trabalho no Direito Português (1750-1878): escravo, liberto e serviçal*, Lisboa (AAFDL/Lisbon Law Editions),

antes um outro, o do trabalho livre, com uma abordagem mais original por parte de dois dos autores (Pedro Simões e Cosme de Magalhães), face ao tratamento que podemos encontrar nos séculos XVI e XVII.

Na maioria dos autores destes séculos, a distinção entre trabalho escravo e trabalho livre assentava no tempo de vinculação (por toda a vida para o primeiro, por certo período de tempo para o segundo): o recurso a este critério estava generalizado, mas era, obviamente, pouco rigoroso. Assim, por exemplo, Hugo Grócio (1583-1645) referia uma servidão *praeter perfectam*, limitada, onde incluía quer a escravidão por tempo determinado (como a prevista entre os judeus, por sete anos⁴), quer a dos «mercenários», trabalhadores por conta de outrem, apontando o exemplo dos aprendizes em Inglaterra⁵, por referência à condição bastante gravosa dos mesmos.

Thomas Hobbes (1588-1679) distinguia dois tipos de «serviçais»: os escravos, sob domínio total do senhor, e «os outros», «serviçais domésticos» que serviam voluntariamente, nos limites do acordo celebrado com o amo⁶. Porém, Hobbes marcava a proximidade e afirmava que uns e outros tinham em comum «ser-lhe o seu trabalho indicado por outrem»⁷. Ao longo da sua obra mais divulgada, Hobbes colocava por inúmeras vezes os «*servants*» (sem distinguir a sua condição de liberdade ou escravidão), assim como os filhos, sob poder do «*master*», entendido aqui simultaneamente como senhor, amo, pai e chefe da família⁸.

2016, pp. 60-79, também com indicação de diversa bibliografia; CASTILLA URBANO, F., «The Salamanca School on Slavery: From Naturalism to Culture and Awareness (March 31, 2019)», *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series* No. 2020-02. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3526000> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3526000>.

4 GRÓCIO, H., *De iure belli ac pacis libri tres, in quibus jus naturae et gentium; item júris publici praecipua explicantur*, Amesterdão (Johannem Blaeu), 1646 [a 1^a edição desta obra é de 1625], livro II, cap. V, §. XXX, pp. 159-160.

5 Idem, livro II, cap. V, nota ao §. XXX, p. 169: «*Mercenariorum] Inter quos ii in Anglia apprenrisii dicuntur durante disciplinae suae tempore proxime ad servilem conditionem accedunt*».

6 HOBBS, T., *Leviathan or the matter, form, and power of a common-wealth, ecclesiastical and civil*, Londres (Andrew Crooke), 1651, III, cap. XLV, p. 358: «[...] *Domesticque servants, to whose services the Masters have no further right than is contained in the Covenants made betwixt them*».

7 Idem, ibidem: «*These two kinds of Servants have thus much common to them both, that their labour is appointed them by another [...]*».

8 Detectei tal associação pelo menos nos seguintes locais: idem, I, cap. XIII, p. 62; II,

Samuel Pufendorf (1632-1694), no *De iure*, de 1672, enquadrava a prestação de serviços na *locatio conductio*⁹ e admitia o contrato perpétuo, uma vez que o referia, mas na sua obra de 1673, distinguia dois tipos de servidão: uma transitória, que integrava os «mercenários temporários», e outra perpétua (a escravidão)¹⁰. Na primeira, o amo devia ao «mercenário» a remuneração acordada contra a prestação de serviços. Porém, a condição do amo neste contrato era superior, devendo o serviçal demonstrar reverência e podendo o amo corrigi-lo em caso de malícia ou negligência na execução das obras ou serviços, ainda que essa punição não pudesse traduzir-se em castigos corporais graves e muito menos em morte¹¹.

Outro critério, mais rigoroso, assente numa delimitação em função do ofício, foi utilizado por Francisco Suarez (1548-1617), como foi assinalado há já várias décadas por Manuel Alonso Olea¹². Na passagem do *De legibus* em que utiliza este critério, Suarez é muito lacónico:

«De igual modo, também o escravo deve em consciência obedecer ao senhor, como ensinou Paulo no lugar citado e Pedro no cap. 1 de *coniugio servorum*, e assim todos os criados *no que pertence ao seu ofício*, o que é igualmente evidente [...]»¹³.

cap. XX, pp. 104, 105 e 106; II, cap. XXII, p. 121; II, cap. XXVI, p. 149; II, cap. XXX, p. 183; III, cap. XLII, pp. 270 e 305; III, cap. XLIII, pp. 321 e 330.

9 PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium*, Lund (Scanorum), 1672, livro V, cap. VI, §. 1, pp. 657: «*Locatio conductio, qua pro mercede alteri usus rei aut opera addicitur vicina [...]*».

10 PUFENDORF, S., *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo*, Leipzig (Gottlieb Gerhard Titius), 1709 [a 1ª edição é de 1673], livro II, cap. IV, §. 2, p. 512.

11 Idem, ibidem: «*Prout autem sunt diversi velut gradus servitutis; ita & potestas herorum, & servorum condition variat. Mercenario temporario dominus conventam mercedem; iste huic vicissim conventam operam debet. Et quia in eo contractu domini melior est condition, ideo etiam ejusmodi minister domino pro ratione dignitatis reverentiam exhibere tenetur; & ubi malitiose aut negligenter opus fecerit; ejusdem coercitioni est obnoxious; quae tamen ad gravem corpora afflictionem, multo minus ad mortem, propria autoritate fumendam, procedure nequit*».

12 OLEA, M.A., *De la servidumbre al contrato de trabajo* Madrid (Tecnos), 1979. Sobre o tema, SEIXAS, M., «Trabalho livre e trabalho escravo na obra de Francisco Suarez», *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 75, nº 2 (A Escola Ibérica da Paz: *Direito Natural e Dignidade Humana / The Iberian Peace School: Natural Law and Human Dignity*, eds. CALAFATE, P., e BALSAS, A.), Julho 2019, pp. 1165-1194, https://doi.org/10.17990/RPF/2019_75_2_1165

13 SUAREZ, F., *Tractatus De legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*, Coimbra (Diogo Gomez de Loureiro), 1612, livro III, capítulo XXI, 8, p. 288, col. 2: «*Si-militer etiam servus tenetur in conscientia parere Domino, ut plane docet Paulus locis*

Face a esta referência tão breve, foi surpreendente o material que encontrei em alguns manuscritos do final do século XVI, nomeadamente nos tratados de Pedro Simões e Cosme de Magalhães. Professor da Universidade de Évora, Pedro Simões (1539-1619) foi contemporâneo de Luís de Molina (1535-1600, tendo leccionado em Évora entre 1568 e 1583). Pouco sabemos sobre este autor. Cosme de Magalhães (1551-1624) foi professor em Coimbra e é também uma figura ainda pouco estudada. Diz-nos Mário Santiago de Carvalho que era natural de Braga e apresenta-nos um breve *curriculum*¹⁴.

Que estes autores conhecessem a obra de Suarez e que este também tivesse lido os tratados *De restitutione* afigura-se bastante provável. Os tratados datam de 1585 (Pedro Simões) e 1586-1589 (Cosme de Magalhães) e, embora o *De legibus* só tenha sido publicado em 1612, sabemos que existem muitos manuscritos bastantes anteriores¹⁵ – que os nossos autores poderiam conhecer, especialmente Magalhães, contemporâneo de Suarez no ensino em Coimbra, mas apenas a partir de 1597, ou seja, passada uma década da elaboração dos textos aqui analisados.

II. OS TEXTOS E O SEU CONTEÚDO

Ambos os textos são tratados *de restitutione* e, embora o tema abordado nesta sede seja mais específico, pareceu-me relevante, para melhor compreender o alcance do seu conteúdo, enquadrar a matéria da *restitutio*, tal como a mesma era trabalhada no século XVI, e tratar de seguida dos aspectos relativos à jurisdição e ao trabalho livre.

citatis, & sumitur ex 1. Petri a ex. cap 1. de coniugio servorum, & de omnibus famulis in eo, quod ex officio facere tenentur, idem est manifestum [...]», sublinhado meu.

14 SANTIAGO DE CARVALHO, M., *O Curso Filosófico Jesuíta Conimbricense*, Coimbra (Imprensa da Universidade de Coimbra), 2018, DOI: <https://doi.org/10.14195/978-989-26-1544-8>, pp. 15-16: «Magalhães ingressou na Companhia a 27 de junho de 1567, cursou Humanidades em Coimbra (1568 -70) e filosofia em 1570 -74. Nesta mesma cidade, em 1580, proferiu o elogio fúnebre nas exéquias do cardeal-rei D. Henrique, em nome do respetivo colégio. Da cidade do Mondego, Magalhães passou a Lisboa, de novo para ensinar (1585 -92), tendo reentrado em Coimbra para lecionar Escritura (1601-05), matéria em que se celebrizou com vários títulos publicados sobretudo nos prelos de Leão.»

15 Sobre o processo de elaboração da obra e os vários manuscritos existentes, pode ver-se o estudo preliminar na edição do *De Legibus* dirigida por PEREÑA VICENTE, *Corpus hispanorum de pace*, vol. XIII, Madrid (Consejo Superior de Investigaciones Científicas – Instituto Francisco Vitória), 1974, pp. XXVI-XLI.

1. *Restitutio e tratados de restitutione*

O conceito de *restitutio* surgiu primeiramente no contexto da penitência e da absolvição dos pecados, num plano muito concreto: a restituição do indevidamente apropriado era condição ou pressuposto da absolvição, como estabelecido por Santo Agostinho (*Epistola ad Macedonium*), concepção integrada no *Decretum* de Graciano (C. 14, q. 6, c. 1 *Penitentia non agitur, si res aliena non restituitur*) e, mais tarde, no *Livro Sexto das Decretais* (L.5, t. 13, 4: «*Peccatum non dimittitur, nisi restituatur ablatum*»).

Também de enorme relevância para o tratamento do tema foi a obra de Pedro Lombardo (conhecido como *Magister Sententiarum* ou apenas *Magister*). Nas *Sentenças* (*Sententiarum Libri Quattuor*, obra elaborada entre 1155 e 1158), no livro IV (dedicado aos sacramentos, entre os quais a penitência), era introduzida a matéria da restituição na *distinctio XV*; esta obra seria citada e referida abundantemente nos textos posteriores que durante séculos se dedicaram ao tema e é, aliás, a primeira referência de ambos os tratados que vou analisar¹⁶.

A matéria foi posteriormente desenvolvida por São Tomás (*Suma Teológica*, II^a-II^{ae}, q. 62) e, a partir da sua análise, foi construída uma teoria da *restituição*, que superará o contexto inicial da penitência para se afirmar como regra jurídica no âmbito da justiça comutativa. São Tomás de Aquino, recriando o pensamento aristotélico (Aristóteles, na *Ética a Nicómaco*, L. V, II [1130b] - L. V, IV, 1132a)], distinguiu modalidades de justiça particular. Relembro que o ponto de partida era esta última, enquanto «constante e perpétua vontade de atribuir a cada um aquilo que é seu», na lapidar definição de Ulpiano (*Digesto* 1.1.10. pr).

Assim, na esfera da justiça particular, a atribuição do seu poderia obter-se através da justiça comutativa, das trocas, dos contratos, das relações entre privados, que São Tomás decalcou da *igualdade aritmética* da obra de Aristóteles:

16 O tratado de SIMÕES, P., *Materia de restitutione*, *Biblioteca Nacional de Portugal* (BNP), cod. 6015, fl. 1, começa deste modo: «Desta matéria disputam os teólogos doutores em 4^o *Sententiarum*, d. 15». O tratado de MAGALHÃES, C., *De materia restitutionis*, BNP, cod. 5995, fl. 1, inicia-se da seguinte forma: «Há doutores de teologia que tratam desta matéria: em IV, d. 15», em ambos os casos em referência à obra de PEDRO LOMBARDO *Sententiarum Libri Quattuor*, liber IV, d. 15. *Quod pluribus irretitus peccatis non potest poenitere de uno vere, nisi de omnibus poeniteat*. Utilizei as traduções de JOSÉ CARLOS DE MIRANDA e SARA MAURÍCIO, preparadas para edição dos manuscritos já acima mencionada.

«[...] as partes são susceptíveis de dupla relação. Uma, entre si a que se assemelham as relações das pessoas particulares entre si. E esta relação é dirigida pela justiça comutativa, que regula os actos entre duas pessoas particulares (*Suma Teológica*, II^a - II^{ae}, q. 61, a. 1 co.).

[...] Nas comutações, uma pessoa dá uma coisa a outra em troca daquilo que recebeu desta última, como é o caso, sobretudo, da compra e venda, onde se manifesta primariamente a razão de comutação. Daí, é preciso que uma coisa seja igual a outra, de modo que quem recebeu de outrem mais do que era seu, isso mesmo lhe restitua. E então a igualdade realiza-se por uma medida aritmética» (q. 61, a. 2 co.).

Ao lado desta, existia uma outra modalidade, a justiça distributiva, presente nas relações desiguais – entre a comunidade e os seus membros –, que corresponde à proporção, à igualdade geométrica de Aristóteles:

«Outra é a relação entre o todo e as partes, à qual é comparável a relação entre o comum e o particular. A essas relações dirige-se a justiça distributiva, que distribui os bens comuns proporcionalmente (*Suma Teológica*, II^a - II^{ae}, q. 61, a. 1 co.).

[...] a justiça distributiva dá tanto mais aos particulares, do bem comum, quanto maior for a importância que cada um tiver na comunidade. [...] Por isso o Filósofo diz que essa medida se funda numa proporção geométrica, na qual se atende à igualdade não segundo a quantidade, mas segundo a proporção.» (q. 61, a. 2 co.).

A igualdade aritmética ou comutativa é uma igualdade de iguais, assente na troca (comutação) e na reciprocidade. Assim, na relação entre particulares, a reciprocidade realiza a igualdade, a justiça. Contudo, a atribuição do seu não pode, no âmbito da justiça distributiva, corresponder a uma igualdade absoluta e sim a uma igualdade relativa, com o tradicional critério do mérito, que pode ser ajustado ou mesmo invertido, para corresponder à justiça geral ou redistributiva.

Assim, é a igualdade que obriga a tratar de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente: tratar de forma igual o desigual provocaria desigualdade, ou seja, injustiça. Em Aristóteles, o desigual era natural, na medida em que os homens não nasciam todos iguais: uns nasciam livres e outros escravos, não por acidente, mas por natureza. Esta desigualdade natural foi, porém, negada por Cícero e também pelos estoicos do estoicismo novo, como Séneca.

A matéria da restituição estava integrada nesta esfera da justiça comutativa, como resultado da caracterização apresentada por São Tomás, ao defini-la:

«E assim a restituição é um acto da justiça comutativa quer quando a coisa de um está em poder de outro, por vontade daquele, como no mútuo ou no depósito; quer quando está contra a sua vontade, como na rapina ou no furto» (*Summa Theologiæ*, II^a-II^{ae}, q. 62, a. 1 ad 1).

Os tratados *de restitutione* tornaram-se abundantes, utilizando a construção tomista, adoptando uma perspectiva jurídica – mas sem obnubilar a relevância do conceito no âmbito religioso da penitência – e abordando questões frequentemente inesperadas, cuja integração nos textos ocorria sempre em articulação com a obrigação de restituir, objecto principal dos tratados. Os manuscritos que aqui analiso também referem com abundância a *Suma Teológica*, não só a q. 62 da II^a-II^{ae}, mas várias outras *quaestiones* da *Secunda Secundae*, nomeadamente a q. 64 (sobre o homicídio) e q. 66 (sobre o furto e o roubo/rapina).

A relevância dos tratados *de restitutione* manifestar-se-ia também através do comentário de Francisco de Vitória à mesma q. 62 da II^a-II^{ae} e da sua repercussão nas universidades da Península Ibérica, através dos comentários contemporâneos, em especial de Domingos de Soto (1494-1560)¹⁷, e posteriores. Uma vez que a matéria, na *Suma Teológica*, é enquadrada através do conceito de *dominium*, a construção de Vitória avançaria para uma dimensão subjectiva do direito, utilizando uma definição anterior:

«[...] Vitória socorre-se da definição de direito, de Conrad Summenhart, esta não considerada nominal, mas atingindo a essência mesma do direito, isto é, a sua condição real, de expressão prática do exercício da justiça: *ius est facultas vel potestas conveniens alicui secundum leges.*»¹⁸.

Embora com variabilidade entre os actuais estudiosos, tem sido admitida

17 Nos textos aqui analisados, de Pedro Simões e Cosme de Magalhães, encontramos referências a Francisco de Vitória, mas, de forma muito mais abundante, a Soto, em especial ao livro IV, dedicado à *restitutio*: SOTO, D., *De Iustitia et Iure*, Lugduni (apud Gulielmum Rovillum), 1559, liber IV, pp. 201-282. Esta edição é uma das que poderia ter sido utilizada pelos nossos autores, datada do ano anterior ao da morte de Soto.

18 OLIVEIRA E SILVA, P., «Causa dos índios e direitos dos povos. Significado do contributo de Francisco Vitória para a Filosofia do Direito», *Mediaevalia. Textos e estudos*, 30 (2011), p. 156. Sobre a utilização da expressão de Conrado Summenhart por Vitória, ver TELKAMP, J.A., «*Ius est idem quod dominium*: Conrado Summenhart, Francisco de Vitória y la conquista de America», in *Veritas*, vol. 54, n^o 3 (set./dez. 2009) pp. 34-51, disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/25530432.pdf>.

a importância dos textos de Francisco de Vitória na moderna concepção de direito subjectivo¹⁹, nomeadamente através da definição de Conrad Summenhart (c.1450-1502), bebida por este na obra de Jean de Gerson (1363-1429)²⁰:

«Também, sobre a definição desta matéria deve registrar-se o que Conrado, que elaborou o famoso tratado *De contractibus*²¹, na q. 1, considera ser a definição do termo “direito”. Estabelece duas definições, que, todavia, coincidem numa só. Diz que o direito é o poder ou a faculdade que se aplica a alguém de acordo com a lei, isto é, que é uma dada faculdade, v.g. ser-me necessária uma lei para qualquer coisa. Conrado recebe esta definição de Gerson no tratado *De potestate ecclesiastica*, consideração 13²², e, por isso, chama-se direito porque é uma faculdade.»²³.

19 Para um trabalho ancorado na experiência jurídica portuguesa, pode ver-se: CALDEIRA FOUTO, A., *Da génese dos direitos fundamentais no discurso jurídico-político da Segunda Escolástica: a doutrina e a prática jurídica portuguesas*, tese de doutoramento apresentada à Universidade de Lisboa, 2016, com um uma rica exposição sobre o estado da arte (pp. 26-50, até ao pensamento de Vitória) e amplíssima bibliografia indicada (pp. 340-372). Ver ainda, entre muitas outras obras, BRETT, A.S., *Liberty, right and nature. Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge (Cambridge University Press), 1997.

20 CALDEIRA FOUTO, A., *Da génese dos direitos fundamentais no discurso jurídico-político da Segunda Escolástica: a doutrina e a prática jurídica portuguesas*, cit., p. 42: «Foi Iohannes GERSON, teólogo de filiação nominalista e figura destacada do movimento conciliarista, quem formulou uma teoria do direito como “poder ou faculdade”. Juntamente com Conrad SUMMENHART, seu comentador, e John MAYR, que acolhe o ensino deste último, servirá de fonte mais directa a Francisco de VITÓRIA (que estudou na Universidade de Paris, de que GERSON foi grão-chanceler e onde aqueles três autores exerceram o seu magistério), consumando-se por esta via a difusão do conceito entre os autores da Escolástica Peninsular no quadro de uma superação aperfeiçoada dos quadros tomistas.».

21 SUMMENHART, C., *Opus septipartitum de contractibus*, [Hagenau] (Henricum Gran), 1500, I, q. 1: «*Ius est potestas vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen recte rationis.*».

22 GERSON, J., *De ecclesiastica potestate et de origine juris et legum*, Jean Bonhomme, circa 1484, *Tredecima consideratio. Potestas ecclesiastica*, fol. 31v.: «*Subiugamus de dominio. q[uo]d ita describi potest. Dominium est p[otes]tas p[ro]pinqua assumendi res ali[qu]as ut ali[qu]as in sui facultatem vel usum licitum secundum iura vel leges rationabiliter institutas.*».

23 VITÓRIA, F., *De restitutione*, *Biblioteca General Histórica – Universidad de Salamanca*, códice ms. 43 (antigo 4-6-15), que consiste no comentário de toda a *II^a-II^{ae}* da *Suma Teológica*. O comentário da q. 62 foi agora editado em tradução portuguesa, na edição já referida. Este manuscrito foi transcrito e editado por BÉLTRAN DE HERÉDIA, V.,

Apesar de não ser o tema central da presente análise, esta é uma nota, necessariamente breve, que se impõe a propósito da *restitutio*, uma vez que o poder exercido sobre os serviçais (como sobre a mulher, os filhos e os escravos) era também uma espécie de *dominium*, conceito anterior ao direito (subjectivo) e que tinha sido utilizado nesse sentido por Bártolo, como salientava Pedro Simões:

«[...] tomado em sentido estrito, o domínio define-se assim: Domínio é o direito ou faculdade de dispor inteiramente de uma coisa corpórea, a menos que tal seja proibido por lei. Assim Bártolo, na lei *Si quis*, § *differentia*, ff. *De acquirenda possessione*»²⁴.

E o mesmo afirmava Cosme de Magalhães, fazendo questão de recusar, para definir o conceito, a palavra «corpórea»:

«Aliás, para incluirmos todos os casos, melhor se apresentará decerto a definição retirando-se esse inciso sobre a coisa corpórea, de tal sorte que ela fique assim completa: “Domínio é o direito de dispor inteiramente de alguma coisa excepto no que seja proibido por lei”»²⁵.

Recorrendo a uma outra definição mais sofisticada – que identificava com a de Jean de Gerson, frequentemente referido nos tratados *de restitutione* – definia assim direito:

«No nosso sentido, “direito” costuma ao presente definir-se mais ou menos como segue: “Direito é uma potestade para se fazer, receber, reter ou, de qualquer outro modo, ter alguma coisa, de tal sorte que, em se lhe contravindo, se comete uma injustiça para com aquele que possui essa potestade”. [...]

Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomas, Salamanca, 1932-1935, 5 volumes (existe um 6º volume editado em 1952).

24 SIMÕES, P., *Materia de restitutione*, BNP, cod. 6015, Parte 1 *Dos preâmbulos à matéria da restituição*, art. 3.º *O que é o domínio. O título de domínio*, fl. 6. A referência é de *Digesto* 41.2 (*De acquirenda vel amittenda possessione*) 17 (cujo pr. começa com «*Si quis*») 1. O comentário de BÁRTOLO a este passo do *Digesto* pode ser consultado na edição *Bartoli a Saxo Ferrato I.V. Luminis*, In *primam Digesti Novi partem Commentaria*, Vincentivs de Portonariis de Tridino de Monte Ferrato, 1537, *De acquir. poss.*, *Si quis*, 4., fl. 159vº: «*D[omi]nium est ius de re corporali p[er]fecte disponendi nisi [lege] prohibeatur*».

25 MAGALHÃES, C., *De materia restitutionis*, BNP, cod. 5995, Tratado 1.º *Da diversidade dos direitos e domínios*, Segunda Parte *Do domínio*, distinção 1ª *O que vem a ser o domínio, em quantas e quais circunstâncias e de que maneira se há de instituir*, fl. 14-14vº.

Ora, esta definição é idêntica, quanto à substância, à apresentada por Gerson, *De potestate ecclesiastica*, consideração 13²⁶, e *De vita spirituali*, lição 3.²⁷, embora em termos ligeiramente diferentes.»²⁸.

A necessidade de resgatar e estudar os tratados *de restitutione* tem sido assinalada por vários autores, nomeadamente salientando que «a consolidação de uma estrutura interna comum a estes tratados, favorecida pela integração da matéria no plano do curso de Teologia, introduziu uma sistemática inovadora, revelando-se como verdadeiro factor de modernização do discurso jurídico»²⁹.

2. *Restitutio*, jurisdição e trabalho livre

Os textos em análise, da autoria de Pedro Simões e Cosme de Magalhães, são tratados *de restitutione*, escarpelizando inúmeras questões da maior relevância político-jurídica e social. Nesta sede, a análise incidirá sobre o problema do trabalho livre inserido, em ambos os tratados, no tema da jurisdição. O aspecto mais interessante é o tratamento relativamente extenso dado ao tema pelos dois autores, em contraposição com o trecho de Suarez acima mencionado.

A. Jurisdição económica, obediência e vinculação contratual

Começamos pelo manuscrito de Pedro Simões, de 1585. Após introduzir certas matérias preambulares ao tema da restituição (divisão das coisas, di-

26 GERSON, J., *De ecclesiastica potestate et de origine juris et legum*, cit., *Tredecima consideratio. Potestas ecclesiastica*, fol. 31v.

27 GERSON, J., *De vita spirituali*, Parissijs : per Magistru[m] Nicolau[m] de la barre; [Johnne Petit], 1513, Incipit Lectio tertia: «*Ius est facultas seu potestas p[ro]pi[n]qua cõviēs alicui s[e]c[un]du[m] dictamē rectae rationis*» (edição com fólhos não numerados).

28 MAGALHÃES, C., *De materia restitutionis*, BNP, cod. 5995, Tratado 1.º *Da diversidade dos direitos e domínios*, Primeira parte, em que se trata dos direitos, distinção 1.ª *O que é o direito e de que forma se divide*, fls. 1vº-2.

29 CALDEIRA FOUTO, A., *Da génese dos direitos fundamentais no discurso jurídico-político da Segunda Escolástica: a doutrina e a prática jurídica portuguesas*, cit., p. 133. E mais à frente, p. 238: «Apesar de resultar de uma síntese em que confluem as tradições discursivas da teologia e da jurisprudência medievais, a forma como VITORIA elabora um conceito de direito que radica no homem e naquilo que o define é já profundamente moderna.».

reito, domínio), abordava-o expressamente e, em sequência do domínio, tratava *Do domínio de jurisdição* (artigo 8.º), apresentando a definição:

«[...] jurisdição é uma faculdade ou, o mesmo é dizer, um direito a mandar sobre outrem.»³⁰.

Já antes o autor afirmara que o domínio da jurisdição não era o mesmo que o domínio da propriedade, pois não permitia a quem exercia para dispor «inteiramente» de quem à mesma estava submetido:

«[...] pois o domínio de jurisdição que têm o pai e o rei sobre os filhos ou os súbditos não é propriamente domínio, em não tendo sobre eles faculdade para todo e qualquer uso ou de inteiramente dispor deles e de seus bens»³¹.

Era através da jurisdição que o autor se aproximava do tema que aqui trato. Dividindo a jurisdição entre eclesiástica e civil, subdividia esta última em política e económica («segundo Aristóteles 1.º *Politicorum*»³²). Quanto à económica, definia-a do seguinte modo:

«[...] a económica tem a ver com o bem da família privada, cuja inteira perfeição se compõe de várias jurisdições, a saber, do marido para com a esposa, dos pais para com os filhos, do senhor para com os serviçais.»³³.

O ponto que aqui interessa é exactamente esta jurisdição («direito a mandar») do senhor sobre serviçais. Sem tratar nesta sede especificamente da jurisdição sobre a mulher e os filhos, não posso deixar de realçar esta natureza mais familiar do que profissional do serviço de criados, o que também resultava claramente da regulação jurídica da época, prevista nos títulos XVII a XXII do livro IV das *Ordenações Manuelinas*.

Pedro Simões apresentava diferentes causas para cada um dos vínculos: o direito natural para a jurisdição do marido e pai sobre a mulher e os filhos; o direito das gentes para a do senhor sobre o escravo e o contrato «se se trata de serviçais livres»³⁴.

30 SIMÕES, P., *Materia de restitutione*, cit., Parte 1, art. 8.º *Do domínio de jurisdição*, fl. 13.

31 Idem, Parte 1, art. 3.º, fl. 6.

32 Idem, Parte 1, art. 8.º, fl. 13, com referência a ARISTÓTELES, *Política*, I, IV 1254a.

33 Idem, Parte 1, art. 8.º, fl. 13.

34 Idem, *ibidem*.

Mais à frente, ao iniciar a *Parte sobre os escravos*, vincava a distinção entre estes e os serviçais livres:

«Não respeita este tratado aos serviçais que mediante pagamento alugaram por contrato, a outrem, o seu trabalho, senão aos servos que não são livres, mas escravos»³⁵.

O autor fazia, assim, reportar a causa da obediência dos serviçais à vinculação contratual e desenvolvia o tema mais à frente nos seguintes termos:

«No que toca à jurisdição sobre os serviçais que não são escravos, e que servem com base num contrato, deve observar-se que o senhor terá sobre eles tanta autoridade quanto ficar estipulada no contrato, de modo que, se o contrato não for limitado a certos serviços, o serviçal terá de obedecer em todas as coisas em que os outros serviçais da sua condição e qualidade em geral obedecem. Se, porém, o contrato se limitou a determinados serviços, só tem obrigação de prestar esses»³⁶.

Embora a obediência, exigida por efeito contratual, fosse mais lata quando o contrato a não limitava a certos serviços, ficava ainda assim circunscrita ao exigível a uma certa *categoria profissional* (salvo o anacronismo), enunciada como «condição e qualidade».

Um aspecto que julgo relevante prende-se com a ausência absoluta de citação ou remissão para outros autores – esta ausência é dissonante face a outros trechos do texto em que as referências são abundantes, quer a autores quinhentistas (Cardeal Tommaso de Vio, dito Caetano, Francisco de Vitória, Juan de Medina, Martim de Azpilcueta, dito o Doutor Navarro, Domingos de Soto, Alfonso de Castro, António Gómez, Martinho de Ledesma, Diego Covarrubias de Leyva), quer a outros, muito ou menos anteriores (Aristóteles, Santo Agostinho, Pedro Lombardo, São Tomás, Bártolo, Paulo de Castro, Santo Antonino, dito o Florentino, Ângelo de Clavasio, Silvestre Mazzolini de Prierio, Adriano Florentius), bem como a textos normativos (*Codex de Justiniano, Digesto, Institutiones, Decreto de Graciano, Decretais de Gregório IX, Livro Sexto das Decretais, Extravagantes de João XXII, Ordenações do Reino, Cânones e Decretos do Concílio de Trento*) e bíblicos.

No outro tratado *De restitutione*, um pouco posterior (1586-1589), da autoria de Cosme de Magalhães, encontramos diversas referências a autores e obras muitos semelhantes às de Pedro Simões e uma abordagem do tema

35 Idem, *Parte sobre os escravos*, art. 1.º *Por que modos alguém se torna escravo*, fl. 17.

36 Idem, *Parte 1*, art. 8.º, fl. 14v.

partindo igualmente dos conceitos de direito e de domínio. Na definição de jurisdição económica, remetendo igualmente para o mesmo trecho de Aristóteles, introduzia uma modulação face ao texto de Pedro Simões, uma vez que a atribuía também, em segunda linha, à mulher, sobre os filhos e escravos, mas sem referir expressamente os serviçais ou criados:

«Jurisdição económica é a que pertence à governação [da casa], a qual governação reside sobretudo no pai de família e é a que ele tem em razão do filho, da mulher e do escravo, por ser o chefe em ordem às pessoas da casa. Logo a seguir ao marido, tem a mulher, essa mesma jurisdição sobre os filhos e os escravos pois é, de direito, consorte na governação da família.»³⁷.

Esta classificação ampla de jurisdição económica de Pedro Simões e de Cosme de Magalhães não era seguida por todos os autores; Francisco Suarez, por exemplo, designava *oeconomica* apenas a *potestas* sobre os *famulis* (serviçais ou criados) como diferente do poder sobre os escravos (que designava *potestas proprii domini*) e sobre os filhos (*patria potestas*)³⁸.

Cosme de Magalhães dedicava a distinção 15^a à «jurisdição de domínio sobre os serviçais», fazendo questão de os distinguir expressamente dos escravos (de que tratava posteriormente) e aí topamos uma caracterização próxima da de Pedro Simões:

«Tem o senhor, para com os serviçais que arregimentou, aquela jurisdição que, entre si e eles mesmos, foi ajustada ao momento do contrato. De onde se segue que, se um serviçal foi contratado para determinadas tarefas, não pode o senhor obrigá-lo indistintamente a quaisquer outras. Se, porém, não se houver ajustado limitação alguma no momento do contrato, [pode obrigá-lo] às tarefas que os serviçais de sua condição costumam comumente prestar.»³⁹.

Também aqui fica claro que o serviçal apenas está vinculado às tarefas estipuladas no contrato ou, na falta dessa estipulação, às tarefas que cabiam aos serviçais «de sua condição». E igualmente faltam as referências bibliográficas

37 MAGALHÃES, C., *De materia restitutionis*, cit., Tratado 1.º, Segunda Parte, distinção 9.^a *A quem compete a jurisdição de domínio, civil e eclesiástico*, fl. 24v.

38 SUAREZ, F., *De fide em Opus De Triplici Virtute Theologica, Fide, Spe, Et Charitate: In tres Tractatus, pro ipsarum virtutum numero distributum*, Moguntiae (Mylius Birckmannus), 1622, pars II, disputatio XVIII, sectio V, 1, p. 273.

39 MAGALHÃES, C., *De materia restitutionis*, BNP, cod. 5995, Tratado 1.º, Segunda Parte, distinção 15.^a *Da jurisdição de domínio sobre os serviçais*, 1^a proposição, fl. 34.

(abundantes noutras passagens), com uma única excepção: a propósito da obrigação de sustentar os serviçais, que referirei infra, mencionava Silvestro Mazzolini de Prierio, no vocábulo *Familia* da sua *Suma*⁴⁰.

Os contratos sem uma definição dos serviços a prestar deveriam ser abundantes, como resulta da minuta que consta do *Tratado* de Gregório Martins Caminha (depois reformado por João Martins da Costa), que aqui utilizo numa edição de 1592, próxima da data dos manuscritos; nela o serviçal comprometia-se a servir durante o tempo ajustado e declarava qual a sua obrigação: «pera q vos sirva o dito tẽpo em todo o q me mãdares, & honesto & possível seja»⁴¹.

Pertinente nesta sede é ainda o livro II, dedicado aos contratos, da obra de Luís de Molina, *De iustitia et iure*, publicada em vários volumes entre 1593 e 1609. Este segundo livro foi publicado pela primeira vez em 1597 (ainda em vida do Autor) e republicado inúmeras vezes. Para o tema aqui tratado, interessa em especial o contrato de *locatio conductio*, na variante em que Molina tratava dos *famulis qui se ad seruiendum locant* (serviçais que se alugam para servir), nas *disputationes* 505 e seguintes⁴².

B. Sustento e punição

Pedro Simões e Cosme de Magalhães trataram também outras questões relacionadas com os serviçais e o poder dos amos sobre os mesmos. Uma delas, que analisei em trabalhos anteriores, era a da correcção dos criados, que na legislação portuguesa estava regulada juntamente com a da mulher, dos filhos e dos escravos.

Nas *Ordenações Manuelinas* (1521) – como mais tarde nas *Filipinas* (1603) –, no livro V, o título XI isentava de pena aquele que castigava criado, mulher, filho, escravo ou marinheiro, excepto se ferisse com arma:

40 MAZZOLINI DE PRIERIO, S., *Syluestrinae Summae, quae Summae Summarum merito nuncupatur pars prima*, Antuérpia (Petri Belleri), 1578, na palavra *familia* (*De familia et famulis*), pp. 427-428.

41 MARTINS CAMINHA, G., *Tractado da forma dos libellos e das allegações iudiciaes e forma de proceder no iuizo secular & ecclesiastico e da forma dos contratos cõ suas glosas & cotas de dereyto / feito por o licenciado Gregorio Martinz Caminha*, Coimbra (por António de Barreira), 1592, fl. 55. Nas edições anteriores e posteriores consultadas (1558, 1567, 1680, 1610, 1621, 1764), a minuta era a mesma.

42 A análise destas *disputationes* não tem aqui lugar porque será objecto de um outro texto, que estou neste momento a preparar para publicação.

«Nem averá lugar [a pena] em quem castigar criado, ou sua molher, ou seu filho, ou seu escravo. Nem em mestre, ou piloto de navio, que castigar cada huu dos marinheiros ou servidores do navio, em quanto estiverem sob seu mandado; porem se em castigando ferirem com arma, nom seram relevados das ditas penas.»⁴³.

Saliento a equiparação do criado a outras pessoas que era lícito castigar – nomeadamente o escravo – bem como a limitação imposta a tal castigo, quanto ao meio usado. Regra semelhante estava plasmada no livro V, título LXVIII: não seria sujeito à pena prevista para o autor de cárcere privado aquele que encarcerasse o seu filho ou escravo para o corrigir de *más manhas*:

«§. 3 Pero Mandamos, que esta Ley nom haja lugar em aquelle que encarcerar seu seruo, ou filho, polos castigar de algũas maas manhas, o custumes que ouuerem; ca em tal caso os poderá cada huũ prender»⁴⁴.

A faculdade de punir os criados ou serviçais não abrangia, ao que parece, este cárcere, apenas previsto para a correcção do filho e do escravo. A dúvida pode surgir pela seguinte razão: esta regra estava já prevista nas *Ordenações Afonsinas* (1446-47) e era igualmente utilizada a palavra «servo»:

«§. 6 Pero Mandamos, que esta Ley nom aja lugar em aquelle, que encarcerar seu seruo, ou filho, polos castigar d'algũas maas manhas, e custumes que ouuerem; ca em tal caso os poderá cada huũ prender, sem embargo desta nossa Ley»⁴⁵.

Sabemos que os redactores das *Ordenações Manuelinas* substituíram quase sempre a palavra «servo» das *Ordenações Afonsinas* pela palavra «escravo». Ao manter a palavra «servo», teria aqui o legislador a intenção de abranger também os serviçais? Julgo que não, uma vez que em diversos títulos se marca a distinção entre escravos e serviçais – foi provavelmente um lapso, que as *Ordenações Filipinas* vieram corrigir:

«§. 4 E esta Lei não haverá lugar no que encarcerar seu filhofamilias, ou scravo, polos castigar e emendar de mas manhas e costumes; porque em tal caso os poderá prender.»⁴⁶.

43 *Ordenações Manuelinas*, livro V, título XI, *Das penas pecuniárias dos que matam, ou ferem, ou tiram arma na Corte*, §. 3, edição fac-similada da edição da Real Imprensa da Universidade de Coimbra no ano de 1797, Lisboa (Fundação Calouste Gulbenkian), 1984, p. 47.

44 *Idem*, livro V, título LXVIII, *Dos que fazem carcere privado*, §. 3, cit., p. 217.

45 *Ordenações Afonsinas*, livro V, título LXXXII, *Dos que fazem Carcer privado per sy sem autoridade d' ElRey*, §. 6, edição fac-similada da edição da Real Imprensa da Universidade de Coimbra no ano de 1797, Lisboa (Fundação Calouste Gulbenkian), 1984, p. 340.

46 *Ordenações Filipinas*, livro V, título XI, edição fac-similada da edição de Cândido

Todavia, ainda no final do século XVIII, o famoso professor de Coimbra, Pascoal José Mello Freire dos Reis, no projecto de Código Criminal, propunha que o cárcere de criados e escravos – ao contrário do dos filhos, em certas circunstâncias, título XX, §§. 17 e 18 – fosse sempre considerado crime e aduzia as razões para tal:

«Os amos, que prenderem os seus criados e servidores, incorrem no crime de cárcere privado; porque só os podem reprehender por palavras ou por outras maneiras brandas, e despedir do seu serviço. O mesmo mandamos se estenda á proporção a respeito dos senhores com seus escravos, por se não poder considerar em uns e outros aquelle amor natural, que faz cessar nos pais e parentes o receio no excesso do castigo.»⁴⁷.

Esta formulação poderia pressupor que anteriormente o cárcere de «criados e servidores» era legítimo – embora, como vimos, as *Ordenações Filipinas* em vigor o não previssem.

Este poder de punir⁴⁸ também encontra expressão nos manuscritos de que tratamos, aliás até com referência à punição do filho, como aponta Cosme de Magalhães:

«Lícito é aos senhores punir com penas moderadas seus serviçais, como acima se disse a respeito de um filho. Para o que deverá sempre o senhor ter em consideração a idade e a condição do serviçal, pois muito conta se é moço ou velho, nobre ou plebeu. De onde se segue que, se o senhor exceder, em qualidade ou em quantidade, a justa medida do castigo, o qual nunca deve ser atroz, não se eximirá de pecado, por vezes mesmo, mortal, e ficará obrigado a restituição para com o serviçal, na proporção da injustiça que lhe fez»⁴⁹.

Saliento não apenas o reforço da inserção desta matéria na esfera familiar,

Mendes de Almeida (*Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*, Rio de Janeiro), 1870, Lisboa (Fundação Calouste Gulbenkian), 1985, p. 1245.

47 MELLO FREIRE DOS REIS, P.J., *Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria II com as provas*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1844 [1789], título XX, §. 20, p. 51.

48 Referido, por exemplo, quanto aos filhos e à mulher, por VITÓRIA, F., *De potestate ciuili*, in *Relectiones theologicae XII in duos tomos divisae*, Lugduni (Jacques Boyer), 1557, §. 24, *Praecepta parentum, quòd eodem modo obligent, sicut leges ciuiles. Ey idem de praeceptis maritorum in uxores*, pp. 209-211, trecho que SIMÕES, P., *Materia de restitutione*, cit., Parte 1, *Dos preâmbulos à matéria da restituição*, art. 8º *Do domínio de jurisdição*, fl. 15, refere expressamente.

49 MAGALHÃES, C., *De materia restitutionis*, cit., Tratado 1.º, Segunda Parte, distinção 15.ª, 3ª proposição, fl. 34.

mas também a exigência de ponderação quanto à aplicação do castigo e às características do serviço, matéria que se inseria na sempre necessária concretização da justiça. Relembro que estes são tratados *De restitutione*, nunca abandonando os autores a preocupação com esta obrigação de restituir no caso de injustiça e dano causado pela mesma, inserindo-se a obrigação no âmbito da justiça comutativa, como referido supra. Acresce que também a justiça punitiva era encarada como comutativa, assente na concepção de pena como contrapartida do dano causado.

Cosme de Magalhães acrescentava ainda uma particularidade quanto às ofensas praticadas por filhos e serviçais à senhora da casa que se traduzia também numa ofensa contra o pai ou senhor:

«Quando, à senhora, é feita alguma ofensa, por filhos ou serviçais, outro tanto é feito também ao pai ou senhor sob cujo poder se acham; embora, por vezes, se não faça injustiça àqueles que se acham sob poder de outrem, pelo facto de consentirem (àquele que consente não se faz injustiça).»⁵⁰.

Pedro Simões, por sua vez, fundava essa punição na faculdade do senhor obrigar os serviçais ou criados a executar o que estava contratado e de os castigar quando ao mesmo se recusassem:

«Acerca da matéria precedente, devemos perguntar-nos, primeiro, se o senhor pode obrigar aos serviçais sob pecado mortal. Respondo que bem pode ser o mais provável, entenda-se, naquilo a que os serviçais estão obrigados por contrato; e, por conseguinte, podem os senhores castigar os serviçais, havida, porém, consideração do delito, da idade e condição dos serviçais. De onde se segue que, em excedendo-se os senhores em castigar, pecarão, por vezes, mortalmente.»⁵¹.

É relevante realçar as limitações ao direito de punir, como no texto de Cosme de Magalhães (idade e condição), a que Pedro Simões acrescentava expressamente a consideração do «delito». Julgo, porém, que, neste trecho, o aspecto mais interessante não é o direito de punição em si, mas o seu fundamento contratual: o amo pode exigir e obrigar às tarefas que ficaram contratualmente fixadas e, em consequência, pode punir, no caso de incumprimento.

Existe aqui uma manifestação do poder disciplinar, não entendido como actualmente na esfera jurídica laboral, mas como um conceito com aspectos

50 Idem, 4^a proposição, fl. 34.

51 SIMÕES, P., *Materia de restitutione*, cit., Parte 1, art. 8.º, fl. 15.

coincidentes. Exercido milenarmente, este tipo de poder viria a sofrer profundas transformações no final da Idade Moderna⁵², mas, no século XVI, inseria-se ainda exclusivamente numa esfera familiar ou corporativa, contendo, porém, um traço comum às diferentes épocas: como bem realçou Michel Foucault, esta «arte de punir no regime do poder disciplinar» não tem como principal objectivo a expiação ou a repressão mas a correcção⁵³. O poder disciplinar pode, é claro, ser aceite por via contratual, mas, segundo Foucault, existe uma oposição entre o «laço disciplinar» e o «laço contratual», porque o primeiro introduz «assimetrias» ou «desigualdade» e exclui «reciprocidades», permitindo «sistematicamente falsear» o segundo; é através do contrato de trabalho que muitos «procedimentos reais» acomodam juridicamente os seus objectivos⁵⁴.

A análise dos textos em estudo oferece-nos um exemplo concreto de uma relação contratual justificando o poder disciplinar do amo ou senhor sobre o serviçal ou criado, numa esfera em que se ajustam, num mesmo molde, liberdade e sujeição, contrato e jurisdição, sem que essa fusão fosse percebida como uma contradição. Nesse sentido, talvez tenhamos de admitir uma percepção do contrato numa perspectiva diferente da obrigacional-liberal, que parece ser também a pressuposta por Foucault nas suas observações.

Cosme de Magalhães fundava igualmente no contrato as obrigações do senhor quanto ao sustento, incluindo no mesmo a *sustentação* que pertencia ao *bem espiritual*:

«Tem ainda o senhor obrigação de prover ao necessário à sustentação corporal de seus serviçais, bem como ao que pertence a seu bem espiritual, segundo as condições estipuladas no contrato. Assim Silvestre, no vocábulo Família. De onde se segue que, se nem por palavras nem por castigos, lograr emendar um serviçal, tem obrigação de o afastar ou de lhe negar alimentação e vestuário se isso puder vir a ser útil; conquanto que, de tal remédio, não venha o dito serviçal a tirar maior ocasião de pecado nem o senhor a sofrer algum dano de monta em seus bens.»⁵⁵.

52 FOUCAULT, M., *Surveiller et punir*, Paris (Gallimard), 1975 (reimpressão de 2011), p. 208. A importância do poder disciplinar foi decisiva nos processos de acumulação de capital, especialmente em ligação com as inovações tecnológicas e a divisão do trabalho, cf. idem, p. 257.

53 Idem, p. 211.

54 Idem, p. 259.

55 MAGALHÃES, C., *De materia restitutionis*, cit., Tratado 1.º, Segunda Parte, distinção 15.^a, 2.^a proposição, fl. 34.

Atente-se na extensão da conduta do amo, para o caso de não conseguir «emendar» o serviçal ou criado através de palavras ou castigos. Ainda assim, sempre com a condição de que não fosse pior o remédio que a maleita. E formulação semelhante encontramos em Pedro Simões:

«Tem por seu turno o senhor obrigação de prover aos serviçais no necessário em conformidade com as condições estatuídas em contrato e ainda naquilo que respeita à consciência deles, de tal sorte que se ache obrigado a expulsar de casa o serviçal, ou a sonegar-lhe o necessário se crer com alguma probabilidade que em tal modo se emendará (entenda-se, se sem grande incómodo seu o puder expulsar).»⁵⁶.

Os contratos com previsão de sustento seriam frequentes: na minuta que consta do *Tratado* de Gregório Martins Caminha, acima referido, estabelecia-se que ao amo competia providenciar ao serviçal de «comer, & beber, vestir, & calçar, & cama em q durma, & vida razoada, & tãtos cruzados de soldada em cada hũ anno por tal dia, &c.»⁵⁷.

Cosme de Magalhães encerrava o tema dos serviçais livres com a matéria das ofensas à senhora da casa, trecho já acima mencionado. Pedro Simões, após a individualização do tema dos serviçais por alguns parágrafos, conforme visto, colocava questões de forma menos específica, questionando «se a mãe de família pode obrigar a seus filhos contra pecado mortal» (não incluindo, pelo menos expressamente, os serviçais) e de seguida «se os pais podem em qualquer matéria obrigar a seus domésticos sob pecado». Neste último caso, podem incluir-se os serviçais:

«Respondo que nem os senhores nas matérias humanas sobreditas, quer eclesiásticos, quer seculares, que têm potestade tão só naquilo em que lhes estão sujeitos os súbditos, podem impor preceitos que obriguem sob pecado, como ensina São Tomás (2^a 2^{ae}, q. 104, a. 5⁵⁸) e é comum opinião dos doutores. De onde se segue que os filhos só estão obrigados a obedecer a seus pais.»⁵⁹.

56 SIMÕES, P., *Materia de restitutione*, cit., Parte 1, art. 8.º, fl. 15.

57 MARTINS CAMINHA, G., *Tractado da forma dos libellos e das allegações iudiciaes e forma de proceder no iuizo secular & ecclesiastico e da forma dos contratos cõ suas glosas & cotas de deryto / feito por o licenciado Gregorio Martinz Caminha*, cit., fl. 55.

58 TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiæ*, II^a-II^{ae}, q.104, a. 5 Quinto, *utrum subditi suis praelatis teneantur in omnibus obedire*.

59 SIMÕES, P., *Materia de restitutione*, cit., Parte 1, art. 8.º, fl. 15-15vº.

Os serviçais – ou pelo menos os filhos – estavam, assim, obrigados a obedecer sob pecado mortal, mas, de seguida, Pedro Simões alargava um pouco a esfera em que filhos, serviçais, escravos e mulher não estavam obrigados a obedecer:

«Do que acima se disse poder concluir-se que os filhos, no que pertence aos bons costumes, não têm obrigação de obedecer aos pais se não no necessário à salvação da alma, como notam os sumistas na voz *Filius* (e o mesmo se demonstra acerca das esposas a respeito de seus maridos, bem como dos escravos e serviçais a respeito de seus senhores). Por conseguinte pode concluir-se ainda que o pessoal doméstico de um pai de família não tem comumente obrigação de obedecer senão quando ele manda ou proíbe aquilo que, por outra via, já se manda e proíbe em virtude de algum preceito natural ou divino positivo ou, ao menos, humano [...]»⁶⁰.

E acrescentava que os filhos também não estavam obrigados a obedecer se os pais lhe ordenassem que tomassem ordens ou que não casassem, pois essas eram apenas matérias «de aconselhamento».

III. CONCLUSÃO

Para concluir, saliento que os tratados se inserem na tradição europeia e, mais especificamente, peninsular dos séculos XVI e XVII, na abordagem do tema da *restitutio*, incluindo na mesma a discussão sobre os conceitos de domínio, direito e jurisdição. Um dos aspectos que merece, em minha opinião, destaque, é, como ficou visto, o da jurisdição do amo ou senhor sobre o serviçal, limitada pelo estipulado pelas partes no contrato.

Julgo que a originalidade indiciada dos manuscritos neste último ponto pode, por ora, ser considerada apenas como uma hipótese que necessita de ampla confirmação, no cotejo com os vários textos da época, em especial os dos autores portugueses e espanhóis que escreveram sobre estes temas.

Por fim, acrescento uma perspectiva comparatista, alertando, todavia para a distanciamento cronológico, contextual e conceptual. Vejamos como consagra hoje a legislação portuguesa a vinculação em função da actividade do trabalhador:

Código do Trabalho - Artigo 118.º Funções desempenhadas pelo trabalhador
1 - O trabalhador deve, em princípio, *exercer funções correspondentes à actividade*

60 Idem, art. 8.º, fl. 15vº.

para que se encontra contratado, devendo o empregador atribuir-lhe, no âmbito da referida actividade, as funções mais adequadas às suas aptidões e qualificação profissional.

2 - A actividade contratada, ainda que determinada por remissão para categoria profissional de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou regulamento interno de empresa, compreende as *funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas*, para as quais o trabalhador tenha qualificação adequada e que não impliquem desvalorização profissional.

3 - Para efeitos do número anterior e sem prejuízo do disposto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, consideram-se afins ou funcionalmente ligadas, designadamente, as *funções compreendidas no mesmo grupo ou carreira profissional.*

Parece-me que podemos divisar algumas semelhanças com a delimitação da actividade que encontramos nos manuscritos, quer quanto à delimitação contratual das funções (n.º 1 do art. 118.º), quer quanto às «funções compreendidas no mesmo grupo ou carreira profissional» (n.º 2 do art. 118.º), redacção que faz lembrar o texto de Pedro Simões («todas as coisas em que os outros serviçais da sua condição e qualidade em geral obedecem») e o de Cosme de Magalhães («tarefas que os serviçais de sua condição costumam comumente prestar»).

O que realmente quero aqui acentuar é esta delimitação do dever de obediência dos serviçais livres em função do contrato celebrado e da condição dos mesmos, estabelecendo limites para a subordinação do serviçal/criado ao senhor/amo e uma dilatação da esfera de liberdade, em que o domínio do segundo não poderia ser exercido sobre o primeiro.

BIBLIOGRAFIA⁶¹

MANUSCRITOS

MAGALHÃES, C., *De materia restitutionis*, *Biblioteca Nacional de Portugal*, manuscritos reservados, cod. 5995

SIMÕES, P., *Materia de restitutione*, *Biblioteca Nacional de Portugal*, manuscritos reservados, cod. 6015

VITORIA, F., *De restitutione*, *Biblioteca General Histórica – Universidad de Salamanca*, ms. 43

61 A bibliografia foi organizada seguindo as regras utilizadas em Espanha – os autores são ordenados de acordo com os apelidos finais. Contudo, adverte-se que, em Portugal, os autores estão ordenados nas bibliografias e nos registos bibliotecários com o um só apelido, o último.

IMPRESSOS

- AMEZÚA AMEZÚA, L. C., «Libertad natural y esclavitud voluntaria: reflexiones de F. Suárez sobre la esclavitud», *Human rights and ethics/Derechos humanos y ética – Proceedings of the 22nd IVR World Congress Granada 2005*, edição de ANDRÉS OLLERO, ARSP Beiheft N^o 108/ Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Estugarda (Franz Steiner Verlag), 2007, pp. 191-198
- ANDRÉS SANTOS, F. J. e AMEZÚA AMEZÚA, L. C., «Observaciones sobre el contrato de servicios a la luz de un dictamen de Francisco Suárez», in *O Sistema Contratual Romano*, coordenação de MIRANDA, J., e organização de VERA-CRUZ PINTO, E., Lisboa (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora), 2010, pp. 427-447
- BÁRTOLO DE SASSOFERRATO, *Bartoli a Saxo Ferrato I.V. Luminis, In primam Digesti Novi partem Commentaria*, (Vincentivs de Portonariis de Tridino de Monte Ferrato), 1537
- BRETT, A. S. *Liberty, Right and Nature. Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge (Cambridge University Press), 1997
- CALAFATE, P. e VENTURA, R., *A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (Século XVI)*, Volume III *Da restituição sobre a propriedade e a origem do poder civil*, anotação CALDEIRA FOUTO, A. e SEIXAS, M., Coimbra, Almedina, 2020
- CALDEIRA FOUTO, A., «Perspectivas históricas acerca do direito subjetivo», in *Ensaios sobre a história e a teoria do direito social: construção do saber jurídico & função política do direito*, org. NAGAO PIRES, N.F. e GAZETTA SIMÕES, A., São Paulo (Letras Jurídicas), 2012, pp. 35-52
- CALDEIRA FOUTO, A., *Da génese dos direitos fundamentais no discurso jurídico-político da Segunda Escolástica: a doutrina e a prática jurídica portuguesas*, tese de doutoramento em Direito (Ciências Histórico-Jurídicas), apresentada à Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2016.
- CALDEIRA FOUTO, A., SEIXAS, M. e CARIDADE FREITAS, P. (coord), *Suárez em Lisboa 1617-2017. Actas*, Lisboa (AAF DL Editora), 2018
- CASTILLA URBANO, F., «The Salamanca School on Slavery: From Naturalism to Culture and Awareness (March 31, 2019)», *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2020-02*. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3526000> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3526000>
- FOUCAULT, M., *Surveiller et punir*, Paris (Gallimard), 1975 (reimpressão de 2011)
- GARCÍA-AÑOVEROS, J., «Los argumentos de la esclavitud», *Nuevas Aportaciones a la Historia Jurídica de Iberoamérica*, coord. ANDRÉS-GALLEGO, publicação digital, Madrid (Fundación Histórica Tavera/Digibis), 2000, pp. 102-114
- GERSON, J., *De ecclesiastica potestate et de origine juris et legum*, (Jean Bonhomme), c.1484
- GERSON, J., *De vita spirituali*, Paris (per Magistru[m] Nicolau[m] de la barre), [Johnne Petit], 1513

- GRÓCIO, H., *De iure belli ac pacis libri tres, in quibus jus naturae et gentium; item júris publici praecipua explicantur*, Amesterdão (Johannem Blaev), 1646
- HOBBS, T., *Leviathan or the matter, form, and power of a common-wealth, ecclesiastical and civil*, Londres (Andrew Crooke), 1651
- MARTINS CAMINHA, G., *Tractado da forma dos libellos e das allegações iudiciaes e forma de proceder no iuizo secular & ecclesiastico e da forma dos contratos cõ suas glosas & cotas de dereyto / feito por o licenciado Gregorio Martinz Caminha*, Coimbra, por António de Barreira, 1592
- MAZZOLINI DE PRIERIO, S., *Syluestrinae Summae, quae Summae Summarum merito nuncupatur pars prima*, Antuérpia (Petri Belleri), 1578
- MELLO FREIRE (DOS REIS), P. J., *Instituições de Direito Civil Português*, traduzido por Miguel Pinto de Meneses, Lisboa (Boletim do Ministério da Justiça), 1966
- MELLO FREIRE (DOS REIS), P. J., *Institutiones juris civilis Lusitani: cum publici tum privati*, Lisboa (Typ. Academia Regia), 1828
- MOLINA, L., *De iustitia et iure*, Maguncia, 1602
- OLEA, M. A., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Madrid (Tecnos), 1979
- OLEA, M. A., «La Persona Humana y la Prestacion de sus Servicios (Un apunte sobre historia de las ideas de Bodina a Hegel)», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 53 (1976), pp. 205-245
- OLIVEIRA E SILVA, P., «Causa dos índios e direitos dos povos. Significado do contributo de Francisco Vitória para a Filosofia do Direito», *Mediaevalia. Textos e estudos*, 30 (2011), pp. 139-162
- Ordenações Afonsinas*, edição fac-similada da edição da Real Imprensa da Universidade de Coimbra no ano de 1797, Lisboa (Fundação Calouste Gulbenkian), 1984
- Ordenações Manuelinas*, edição fac-similada da edição da Real Imprensa da Universidade de Coimbra no ano de 1797, Lisboa (Fundação Calouste Gulbenkian), 1984
- Ordenações Filipinas*, edição fac-similada da edição de Cândido Mendes de Almeida (*Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*, Rio de Janeiro), 1870, Lisboa (Fundação Calouste Gulbenkian), 1985
- PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium libri octo*, Lund, 1672 [1ª edição]
- PUFENDORF, S., *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo*, Leipzig (Gottlieb Gerhard Titius), 1709 [a 1ª edição é de 1673]
- SANTIAGO DE CARVALHO, M., *O Curso Filosófico Jesuíta Conimbricense*, Coimbra (Imprensa da Universidade de Coimbra), 2018, DOI: <https://doi.org/10.14195/978-989-26-1544-8>
- SEIXAS, M., *Pessoa e Trabalho no Direito Português (1750-1878): escravo, liberto e serviçal*, Lisboa (AAFDL/Lisbon Law Editions), 2016
- SEIXAS, M., «Trabalho livre e trabalho escravo na obra de Francisco Suarez», *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 75, nº 2 (*A Escola Ibérica da Paz: Direito Natural e Dignidade Humana / The Iberian Peace School: Natural Law and Human Dignity*, eds. CALAFATE, P., e BALSAS, A.), Julho 2019, pp. 1165-1194, https://doi.org/10.17990/RPF/2019_75_2_1165

- SORIANO, R., *Historia Temática de los Derechos Humanos*, Sevilla (Editorial MAD), 2003
- SOTO, D., *De Iustitia et Iure*, Lugduni (apud Gulielmum Rovillium), 1559
- SUAREZ, F., *Tractatus De legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus, ac Deo legislatore*, Coimbra (Diogo Gomez de Loureiro), 1612 [1ª edição]
- SUAREZ, F., *De fide em Opus De Triplici Virtute Theologica, Fide, Spe, Et Charitate: In tres Tractatus, pro ipsarum virtutum numero distributum*, Moguntiae (Mylius Birkmannus), 1622
- SUAREZ, F., *De Legibus*, com estudo preliminar e edição bilingue de Luciano Pereña e V. Abril, XIII volume de *Corpus Hispanorum de Pace*, Madrid (Consejo Superior de Investigaciones Científicas – Instituto Francisco Vitória), 1974
- SUMMENHART, C., *Opus septipartitum de contractibus*, [Haguenau] (Henricum Gran), 1500
- TELKAMP, J. A., «*Ius est idem quod dominium: Conrado Summenhart, Francisco de Vitória y la conquista de America*», *Veritas*, vol. 54, nº 3 (set./dez. 2009), pp. 34-51, disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/25530432.pdf>.
- VITORIA, F., *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomas*, ed. BÉLTRAN DE HERÉDIA, V., col. *Biblioteca de teólogos españoles*, Salamanca, 1932-1935, 5 volumes
- VITORIA, F., *Relectiones theologicae XII in duos tomos divisae*, Lugduni (Jacques Boyer), 1557
- VITORIA, F., *Relectio De Indis o libertad de los indios*, edição crítica bilingue por Luciano Pereña e J. M. Pérez Prendes, V vol. do *Corpus Hispanorum de Pace*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967

**DOMINGO DE SOTO Y LA DEFENSA DEL *IUS MIGRANDI*
E *IUS COMMUNICATIONIS* EN LA CONTROVERSIA
DE LA REFORMA DE ASISTENCIA SOCIAL DEL SIGLO XVI**

Sandro Alex Souza Simões¹

Resumen: Este artículo analiza la contribución de Domingo de Soto en el contexto de la reforma de la asistencia en el siglo XVI, del libro *Deliberación en la causa de los pobres*, en el que el autor analiza la legislación reciente de la época que prohíbe la mendicidad de extranjeros y los problemas de un modelo secularizado de asistencia a los pobres. Busca enfatizar que Soto, una inteligencia sobresaliente de la Escuela Ibérica de la Paz, al participar en la discusión relevante sobre el tema, resalta la coherencia de los argumentos y características clave en la Escuela mencionada, lo que permite una mirada humanista bastante distinta de sus premisas y conclusiones en relación con los reformadores humanistas. Esta peculiaridad nos permite proponer, al final, que los fundamentos estructurantes del discurso de los pensadores de la Escuela Ibérica no establezcan líneas de demarcación exclusivas entre el derecho interno y externo, sino que reconozcan el fenómeno legal como universal y uniforme. **Palabras clave:** Domingo de Soto; Colegio de Salamanca; Escuela Ibérica de la Paz; Pobreza; mendicidad; España; siglo 16; Migraciones; *ius migrandi*.

Abstract: This article analyses the contribution of Domingo de Soto in the context of the reform of assistance in the sixteenth century, from the book *Deliberación en la causa de los pobres*, in which the author discusses the recent legislation of the time prohibiting the begging of foreigners and the problems of a secularized model of assistance to the poor. It seeks to emphasize that Soto, outstanding intelligence of the Iberian School of Peace, when engaging in the relevant discussion around the theme, highlights the coherence of the key arguments and characteristics on the aforementioned School, which allows a rather distinct humanist look at its premises and conclusions in relation to the humanist reformers. This peculiarity allows us to propose, in the end, that the structuring foundations of the discourse of the thinkers of the Iberian School do not establish exclusive demarcation lines between internal and external law, but instead recognize the legal phenomenon as universal and uniform.

Keywords: Domingo de Soto; School of Salamanca; Iberian School of Peace; Poverty; begging; Spain; 16th Century; Migrations; *ius migrandi*.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; II. PEREGRINACIÓN, MIGRACIONES Y MOVILIDAD; III. DOMINGO DE SOTO Y LA COMPRESIÓN INTEGRAL DEL *IUS*, SEGUN LA ESCUELA IBÉRICA DE LA PAZ; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFIA.

¹ Assistente convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do IURIS - Instituto de Investigação Interdisciplinar. Professor Efectivo no Centro Universitário do Pará – CESUPA, Brasil (sandrosimoes@fd.ulisboa.pt).

I. INTRODUCCIÓN

Domingo de Soto nació en Segovia en 1494, de origen bastante modesto, se distinguió rápidamente por su gran capacidad intelectual. Estudió en Alcalá de Henares, donde pudo estudiar con Santo Tomás de Villanueva y en la Sorbona, donde fue discípulo de Frei Francisco de Vitoria.

Se convirtió en fraile dominico en 1524 y en 1533 asumió la prestigiosa Cátedra de Vísperas de la Universidad de Salamanca, que ya había incorporado los cambios sustanciales de estudio importantes introducidos por Vitoria en la dirección del trabajo de Santo Tomás de Aquino. En Salamanca y desde allí, junto con Frei Melchor Cano, también discípulo de Vitoria, intentarán consolidar la vocación de método y debate que destacó la Escuela Salmantina.

Sin embargo, en comparación con Vitoria y Melchor Cano, el trabajo de Domingo de Soto, aunque extenso, está menos estudiado y su autor solo ha sido analizado en las últimas décadas, aunque de una manera menos sistemática e incipiente. Esto no debería engañarnos con respecto a su estatura intelectual e importancia en el contexto de la formación y difusión de la Escuela Ibérica de Salamanca, ya que sus libros serán reeditados posteriormente y tendrán un impacto especialmente amplio y temporal, proyectando también su influencia en las recientes universidades de Hispanoamérica.²

El trabajo de Domingo de Soto objeto de este artículo es la *Deliberación en la causa de los pobres* (1545) y su inserción en el debate sobre la mendicidad y la vagancia en el período, cuyo trasfondo legislativo inmediato se basa en la Pragmática Real del 24 de agosto de 1540 y el Ordamento de los pobres de Zamora, pero que se reproducirá en Salamanca y Valladolid poco después. Ambas normas se insertan significativamente en un contexto verdaderamente europeo de reforma social que busca establecer nuevos parámetros de lo que podríamos considerar, sin temor a los anacronismos, principios de justicia social.

² “Profundo conocedor de los problemas de su época, se enfrentó, con decisión plenamente consciente de su responsabilidad, a la aplicación de los principios, con una independencia de ánimo que sorprende aún hoy día. No descuidó el estudio de los hechos históricos, ni de las fuentes profanas; si sus especulaciones fueron discutidas y llegaron a imponerse en la legislación, ello se explica en buena parte por su concordancia con la realidad histórica y por sus consecuencias sobre la conducta pública y privada. Sin sentirse impulsado por el afán de novedades, no retrocede ante la proposición de innovaciones que en su tiempo podían parecer audaces, cuando las cree justificadas”. J. Brufau Prats, *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo* (Salamanca:1989), p.61.

La línea distintiva en este caso fue dada menos por la divergencia acerca de la mendicidad y la vagancia como un problema, ya sea social, ético y moral, sino por las soluciones planteadas para superarlo. En este aspecto, las distancias son a menudo difíciles de transponer y las afiliaciones se vuelven más evidentes, como trataremos de señalar a continuación.

“Por otra parte, y como ha señalado F. Calero, había una razón circunstancial que podía motivar el escrito: una nueva mentalidad sobre el problema de la mendicidad estaba recorriendo Alemania, los Países Bajos, Inglaterra y España. El mismo Erasmo había escrito, dos años antes, el *Diálogo de los mendigos* (1524), donde se plasma dicha mentalidad, que considera la pobreza perniciosa socialmente, pues la mendicidad es sinónimo de ociosidad, aunque también se critica al opulento por su falta de virtud. Y en esta obra ya se habla de que pronto no se permitirá que los mendigos vayan de una ciudad a otra, sino que cada ciudad podrá albergar sólo a sus propios mendigos. No cabe la hospitalidad para el extraño, es lo que viene a decirse. Además, la mendicidad es nido de delitos, por lo que se hace todavía más recomendable dicha política.”³

Hay que decir que la configuración rediviva de la mendicidad era que ahora era objeto de una disputa de mentalidades que ocupaba el trasfondo del siglo XVI, que acababa de comenzar. Por un lado, las bases de las tesis de Lutero que fortalecieron el institucionalismo y la autoridad del Estado, y estimularon a los pensadores de su tiempo a reflexionar sobre las propuestas de una reforma para la asistencia a los pobres que podría superar la beneficencia y la red de instituciones de caridad y limosnas, se supone que son insuficientes para responder al problema en la medida en que se presenta. Y esto, enfatizamos, va más allá de los límites de un punto de ruptura entre los reformadores protestantes y la Iglesia Católica, ya que es relevante señalar que la Iglesia misma también está experimentando una reforma teológica e institucional de la cual las Órdenes Mendicantes ya fueron parte y que culmina en el Consejo de Trento, que incluirá representantes conspicuos de la Escuela Ibérica como Domingo de Soto.

Así, Luis de Vives publicó en 1526 un libro llamado *De subventionem pauperum*, que puede considerarse el marco teórico inicial de la amplia propuesta de reforma asistencial para los pobres en el siglo XVI, que estableció los puntos principales de la controversia a partir de ahora, como la necesidad de atención primordial a la mendicidad de los extranjeros o deambular por

³ J. M. Panea Márquez, “Juan Luis Vives y la responsabilidad para con los pobres”, *PENSAMIENTO*, vol. 73, n.º. 278, (2017): p. 1176.

los riesgos de revueltas y epidemias, así como la distinción imperativa que se debe hacer entre los pobres verdaderos y los falsos, lo que implica, en el último análisis, la adopción indispensable de criterios de definición medibles de la pobreza. Vives no escapó de la dimensión económica de las políticas de asistencia a defender, especialmente el hecho de que esta “población flotante” podría constituir la fuerza laboral más baja y tan escasa en una España afectada por la crisis del trabajo y de la producción.

“Vives aspiraba a la supresión de la mendacidad mediante la *integración*. No es de extrañar, por tanto, que su obra causara verdadero impacto, y fuera atacada incluso años después, en 1562 por Gilles Wyts, y en 1564 por fray Lorenzo de Villavicencio, quien acusará a Vives de intromisión en materias que son de competencia eclesiástica, como la caridad. Villavicencio, confesionalista y censor, consideraba que el municipalismo defendido por Vives implicaba una herejía de tufo luterano, pues la beneficencia dejaba de estar en manos del poder eclesiástico, para estarlo bajo la jurisdicción del Consejo municipal. Pero la novedad de la propuesta vivista no quedará aquí, sino que también contemplará la atención dispensada a los niños, quienes carecían de todo valor y estima en su tiempo. Y del mismo modo, sus ideas sobre la integración de los discapacitados, o la dignificación del trabajo manual, considerado en la época de modo servil, otorgan a su enfoque una extraordinaria actualidad”.⁴

Bajo la influencia generalizada del debate iniciado por Vives, Fray Juan de Robles publicó en 1545 su *De la orden que en algunos pueblos de España si hay un puesto en la limosna, para remediar a los pobres verdaderos*, lo que da una amplia bienvenida a tesis de Vives y busca reflejar el modelo de reforma asistencial que se estaba comenzando a adoptar en varios países europeos, incluido el Reino de España.

Son de particular importancia debido a su protagonismo, pero también debido a la función paradigmática representada por las Leyes Municipales de Yprés, en Bélgica (1525) y la del Ayuntamiento de Zamora, en España. También tendremos en cuenta la Pragmática Real de 1540, preparada por el cardenal Tavera y que tendrá una influencia significativa en el asunto.

Pero, se destaca como uno de los puntos más importantes y originales de la reforma de asistencia, las restricciones y prohibiciones frente a la movilidad humana, las migraciones y las peregrinaciones, que la convierte de un elemento característico del mundo medieval, de ninguna manera ajeno a la dinámica de los pueblos y grupos significativos como comerciantes, peregrini-

4 J. M. Panea Márquez, “Juan Luis Vives y la responsabilidad para con los pobres”, -cit., p. 1176.

nos y personal militar, además de los mendigos, en un problema a principios de siglo XVI, lo que impone un corte que presupone la existencia, a partir de las nuevas leyes y pragmáticas, de una movilidad buena y aceptable, digamos una “movilidad virtuosa” y en línea con el bien social y otra que es nefasta, la “movilidad dañina”, que es el resultado de defectos humanos y vinculado a la ausencia de virtud.

Con el fin de aclarar los principales puntos comunes de las reformas sociales introducidas por las “Leyes de los pobres” sobre las cuales la Deliberación en la causa de los pobres tejerá sus reflexiones y críticas, usamos el resumen esquemático de Soto:

“El primero, que ninguno demande por Dios sin que sea examinado si es pobre;

El segundo, que aunque sea pobre, nadie pida sino en su naturaleza, dentro de ciertos límites, salvo si fuese en caso de pestilencia o grave hambre;

El tercero, que esos mismos, en sus naturalezas, no puedan pedir sin cédulas del cura o del diputado;

Lo cuarto, que estas cédulas no se las den sin primero que las personas confiesen como lo manda la Iglesia;

Y, lo quinto, que los peregrinos que van a Santiago no puedan salir a pedir más de cuatro leguas del camino derecho. Todas las otras cosas que allí se añadieron fueron santas e buenas. E no tienen necesidad de más examinación.

El postrer artículo que se puso fue, que por que si se pudiese hacer que los pobres se alimentasen sin que anduviesen a pedir por las calles, los Provisores y los Corregidores tuviesen cuidado cada uno en lo tocante a su oficio y pusiesen diligencia como los hospitales dotados se reformasen, para que allí fuesen alimentados y curados.”⁵

Sobre estos hitos, estamos interesados en avanzar específicamente con tres argumentos desarrollados por Domingo de Soto en su Deliberación:

a. La mendicidad es un problema que se debe enfrentar y, de hecho, puede constituir una situación grave para las ciudades, pero no es legal prohibirla, porque no existe un título legal para respaldar dicha prohibición;

b. Dado que el derecho a migrar (*ius migrandi*) es un derecho natural y universal y, como tal, antes de los Reinos, no es lícito establecer una prohibición a cualquiera que lo ejerza sin que esto constituya un delito contra el derecho mismo;

5 Domingo de Soto, *Deliberación en la causa de los pobres* (Instituto de Estudios políticos: Madrid, 1965), 18. V. Beltrán de Heredia, *Domingo de Soto. Estudio biográfico documentado* (Salamanca, 1960), 85. V. D. Carro, *Domingo de Soto y su doctrina jurídica: estudio teológico-jurídico e histórico* (Madrid: Hijos de E. Minuesa, 1943), 40.

c. El derecho a migrar (*ius migrandi*) implica un concepto de uso común de los bienes de la tierra, especialmente en casos de necesidad, de modo que el derecho a la propiedad no puede entenderse como absoluto, sino referido al bien común del conjunto sociedad.

II. PEREGRINACIÓN, MIGRACIONES Y MOVILIDAD

Domingo de Soto es plenamente consciente de la gravedad de lo que la intensificación de las migraciones motivadas por la pobreza puede aportar a los centros urbanos, como el mayor riesgo de epidemias y revueltas, el aumento de la delincuencia y el empeoramiento del hambre. Del mismo modo, es necesario abordar el problema con la conciencia de disponer correctamente de los conceptos y separar el problema de la naturaleza de las cosas.

Como miembro de una orden mendicante como la de los predicadores dominicanos, Soto está alerta para no confundir la mendicidad con el nuevo fenómeno de los riesgos sociales que plantea en el entorno europeo del siglo XVI, en el que representa más una consecuencia de otros factores que un causarse a sí mismo.

Por lo tanto, hay quienes se convierten en mendigos por elección, así como miembros de las órdenes de mendicidad medieval de los franciscanos y dominicanos, entre otros. La mendicidad es una forma de vida basada en el desapego de los bienes, la humildad y la confianza plena, valiente y necesaria en la Providencia. Es activo y da frutos, uno de los principales es la respuesta de la caridad fraterna, de ayudar a los necesitados. La existencia de mendigos desafía la indiferencia y permite la generosidad y la liberalidad de los demás. La mendicidad se asocia con el deseo de libertad evangélica, que consiste en creer y depender completamente de Dios, en una rendición audaz y no pasiva, como si fuera el resultado de reveses y desgracias, para seguir la promesa de las bienaventuranzas (“Felices son los pobres de espíritu, porque de ellos es el Reino de los Cielos. Felices los que lloran, porque serán consolados”).

Debido a la naturaleza de esta mendicidad, ya sea religiosa o no, la libertad de migrar y moverse está intrínsecamente involucrada. Lo que cambia con las “Leyes de los pobres” del siglo XVI es que se introdujo la necesidad de lidiar con algunas clasificaciones que no se hicieron antes. Desde el principio, separe a los verdaderos pobres de los falsos y, en segundo lugar, establezca que entre los migrantes están los llamados “vagabundos”, que en adelante serían los tipos violentos de migrantes, dados a los malos hábitos y trastornos,

marcados por la ociosidad. Como resultado, terminan perjudicando a los verdaderos pobres que dependen de la ayuda. Así es, advierte Soto, invocando a Justiniano:

“Descendiendo al derecho común, por esta razón el emperador Justiniano hizo aquella ley que está en el libro XI del Código *De mendicantibus validis*: que quiere decir de los hombres que siendo sanos y teniendo bastantes fuerzas para trabajar andan so color de pobres a mendigar, quitando el alimento y poniendo en necesidad a los verdaderos pobres”.⁶

La línea de clasificación es tenue. Entre los falsos y los verdaderos pobres, es fundamental distinguir quién puede y quién no puede trabajar, que se les asigne alguna función social, así como resaltar la necesidad de mendigar a los peregrinos en general. En cuanto a los vagabundos, Soto los ve como un páramo, inactivo y no perteneciente al consorcio humano y, por lo tanto, intrínsecamente alejado de la *civitas*. Coccoli recuerda sobre esto, no solo la leyenda negra sobre vagabundos en el período medieval, muy típica de una literatura de presa en boga en ese momento como aparece en *Speculum cerretanorum* de Teseo Pini y su correspondiente alemán *Liber vagatorum*, sino especialmente la referencia a una tercera especie de bárbaros a que, siguiendo las enseñanzas Aristóteles, se refirió Bartolomé de Las Casas en Valladolid:

“Per certi versi, i vagabondi di Soto ricordano “la terza specie di barbari” di cui parla Las Casas nel Sumario della celebre disputa di Valladolid, quelli che, per i loro costumi perversi e per la rozzezza dell’ingegno e l’indole brutale, sono paragonabili a delle fiere selvagge che vivono nei campi, senza città, senza case, senza Stato (policia), senza leggi, senza riti, né comportamenti secondo il diritto delle genti. Anzi, essi vanno errando – palantes, come si dice in latino – ovvero rapinando e facendo violenze [...]. Di essi si potrebbe accettare quello che sostiene Aristotele, ossia che, così come è lecito dare la caccia alle fiere, allo stesso modo è lecito fare loro guerra, difendendoci da essi, perché non ci arrechino danno, e facendo in modo da ricondurli a una civile convivenza (policia) umana”.⁷

Se puede ver que la prohibición del vagabundeo no se opone a la Deliberación, mientras que la preocupación recae en la mendicidad, especialmente en dos aspectos. Primero, incluso cuando se considera que los mendigos son “verdaderos pobres”, las “Leyes de los pobres” mantienen el sello de la cer-

6 Soto, *Deliberación en la causa de los pobres*, cit., p. 30.

7 Coccoli, Lorenzo. “Il conflitto sulla mobilità alle soglie dell’età moderna”. *Jura Gentium*, XI, 1 (2014): 40-57., p. 47.

ca migratoria, permitiendo a los municipios adoptar las disposiciones para prohibir y castigar a los mendigos extranjeros. La única excepción sería en caso de guerra o gran hambruna, como ya se vio. Y, en segundo lugar, la creación de la obligación legal de clasificar a los pobres reales para obtener las “cartas” que permitirían la mendicidad legal, solo agrava la ya delicada situación de quienes dependen de la limosna.

Domingo de Soto, en esta línea, comienza sus argumentos con la necesaria diferenciación conceptual dirigida a orientar mejor la hermenéutica y la aplicación de las nuevas disposiciones de las Leyes y la pragmática que se extienden por toda España:

“...hay diferencia entre los vagabundos baldíos y holgazanes que no siendo pobres, fingiendo pobreza, andan pidiendo limosna y los que siendo legítimamente pobres andan fuera de sus naturalezas a pedir por todo el reino. Porque de los primeros no solamente es ley antigua del reino, empero es más antigua de derecho común y mucho más antigua de derecho divino y natural, que no sean permitidos ni se sufran sin castigo. Y lo segundo, que es de lo que ahora se trata, salvo el parecer de otros que mejor lo supieren, a mi pobre juicio es cosa nueva y no fundada en ley común ni en ley antigua del reino, antes no conforme a lo que por el Evangelio y buena razón parece”.⁸

Y Soto continúa estableciendo la diferencia más precisa entre los vagabundos y los verdaderos pobres, especialmente dirigida a la pobreza voluntaria y los peregrinos de las órdenes de mendicidad, de la cual es miembro como fraile dominico:

“...aunque el nombre de vagabundo no parece suena más de hombre que no tiene propia casa ni habitación señalada, sino que anda vagando por el mundo, como bien lo notan los juriconsultos sobre el capítulo final de *foro competenti* y sobre la ley *heres absens. ff. de iudici*, y en otros lugares, empero la propiedad deste nombre añade que anden por el mundo sin necesidad ni utilidad. Porque vagar no sólo quiere decir no tener casa, empero no tener oficio ni legítima causa o necesidad de discurrir. Que de otra manera no sería este nombre infame como lo es ni sonaría mal como suena, porque significa ociosidad. Y así, en castellano, se llaman baldíos, como ganado sin dueño. *Por lo cual el que por razón de su trato o su oficio, o su necesidad, anda por el mundo, ni es digno de reprehensión ni se puede, por ende, juzgar por vagabundo*”.⁹

Soto usa la energía para hacer una distinción firme entre aquellos que emigran por necesidad u ocupación, a pesar de que son pobres y sin hogar, y

8 Domingo de Soto, *Deliberación en la causa de los pobres*, cit., p. 23.

9 Domingo de Soto, *Deliberación en la causa de los pobres*, cit., p.24.

aquellos que lo hacen debido a la ociosidad o la vacante deseada. Este énfasis no debe interpretarse de manera reduccionista como si su alcance fuera solo personal y parcial, es decir, el de preservar las órdenes de mendicidad de los sellos de migración que establece. Esto equivaldría a subestimar la inteligencia y la riqueza argumentativa del maestro segoviano. Soto, al elaborar su sutil distinción, permite aclarar que las Leyes y la pragmática sobre los vagabundos que limosna fuera de su naturaleza no deben entenderse y aplicarse de la misma manera que las disposiciones anteriores del derecho consuetudinario y el derecho del reino, que se referían a casos de extrema necesidad, lo que justificaría la limosna, pero sin distinciones entre nativos y extranjeros. Esto se debe a que es un fenómeno nuevo precisamente debido a la introducción de la distinción antes mencionada.

Sobre la ley precedente, explica Fatica:

“Quanto alla legge giustiniana, essa consente agli invalidi dei due sessi e agli anziani di rimanere in Costantinopoli, senza discrimine tra indigeni e stranieri. Carlo imperatore, d'altra parte, nelles cortes del 1540 nientr'altro stabilì, se non che fosse stato provveduto nelle loro case ai poveri non entro i limii dello stretto necessario, ma entro la soglia del più che sufficiente, non sarebbe stata più permessa la mendicità. Essendo ciò impossibile, anche che per le miserie corrennti, i cristiani, sul presupposto del vincolo strettissimo che, in Cristo e secondo il diritto di natura, lega gli uomini di tutto l'universo, non solo dovrebbero ammettere nelle loro città i poveri do qualsiasi parte del regno, ma anche quelli provenienti dai territori degli infedeli, se non fossero nostri nemici e so non temessimo da parte loro un danno alla fede”.¹⁰

Por lo tanto, Soto continúa insistiendo en que las nuevas disposiciones cubren solo a los vagabundos, excluyendo de su alcance a aquellos que se hacen pobres por el Evangelio, como los frailes de las órdenes de mendicidad, pero también agrega otra distinción delicada, bien al gusto de la escolástica, entre los mendigos “sanos” y “válidos”. Teniendo en cuenta la Ley de los Reinos de Castilla y León de 1387, de D. Juan I, Soto intenta demostrar que no se refería a los mendigos, sino a los mendigos válidos, es decir, a aquellos que tenían la fuerza suficiente para trabajar y, por lo tanto, las restricciones y las cercas estarían justificadas por la ley natural.

La distinción es importante dentro del nuevo contexto al que el problema en la Deliberación se refiere por tres aspectos igualmente importantes en

¹⁰ Michele Fatica, *Il problema della mendicità nell'Europa moderna -secoli XVI-XVII* (Napoli:Liguori Editore, 1992), p. 103.

Soto: primero, para que la característica de pobreza no se elimine simplemente por la ausencia de signos externos de enfermedad o enfermedades físicas, lo que implica que en caso de duda, elija concluir la pobreza y, en segundo lugar, existen otras motivaciones para la necesidad de mendigar y deambular además de la enfermedad incapacitante. Allí, incluido, en la línea de razonamiento de Soto, no solo la pobreza voluntaria antes mencionada de las órdenes de mendicidad, sino también las migraciones causadas por el hambre y la miseria extrema, por el desalojo involuntario en las ciudades y por las guerras que constituirán un escenario actual de desolación en el Península Ibérica de los siglos XVI y XVII, como se muestra en el fondo de la novela picaresca “Lazarillo de Tormes”. Y, por último, pero no menos importante, piedad al juzgar cuáles son los pobres que tienen derecho a mendigar.

En cuanto a este último cuadrante, sostenemos que tiene un papel estructurador en el argumento del ilustre fraile segoviano por resaltar una sospecha de premisa en la transición cultural e institucional que, al final, implica la reforma de asistencia en curso, ya sea con respecto a papel sin precedentes atribuido a las autoridades locales y al cuerpo burocrático de los estados naciendo, ya sea por la subrogación de la justicia a la ley, en lugar de la misericordia, cuya tarea no es distinguir entre lo bueno y lo malo, sino llegar a todos¹¹.

Soto entiende que hay cinco razones para caracterizar la prohibición de la migración de los pobres o “mendigos extranjeros” como injusta. Esto equivale inmediatamente a una sanción como el destierro o el destierro a todos los efectos y el único título justo para imponer una sanción es la comisión de un delito y, ahora, cualquiera que sea realmente pobre no tiene culpa legal, ni cometió un delito.

La Ley no obliga a los ciudadanos naturales de una ciudad a retener a todos sus pobres, pero en otra no lo hace, ni podría obligarlos a ofrecer limosnas, de modo que puedan mantener su propia supervivencia, lo cual es un precepto de derecho natural, los pobres tendrían que emigrar y nadie sería justo para detenerlos.

La tercera razón se refiere a la existencia de los ricos y los pobres en cada sociedad como un dato del mundo tal como es, así como el cuerpo tiene dife-

11 “Pues luego porque la doctrina destes santos pongamos en suma delante de los ojos: lo que ellos enseñan es que el oficio de la misericordia no es discernir entre buenos y malos, eso se reserva a solos los ministros de la justicia; la misericordia es socorrer a todos” (Domingo de Soto, *Deliberación en la causa de los pobres*, cit., p. 91).

rentes partes, pero de esta diferencia nace la necesidad de cooperar y ayudarse mutuamente.

Así también, hay tierras más abundantes y más escasas, ya sea en riqueza natural o en generosidad personal y liberalidad. Cada uno debe poder buscar su supervivencia donde el mejor desembarco y la mejor fruta puedan cosechar.

La quinta razón es particularmente relevante para nosotros porque se refiere a una vasta tradición que atraviesa la religión y la filosofía, que es el deber de la hospitalidad. La tradición judía ya enfatizaba el imperativo de tratar bien a los extranjeros y darles la bienvenida, dado que los judíos deben recordar que eran extranjeros y peregrinos en Egipto. Pero también la tradición de la filosofía grecorromana clásica apunta a la hospitalidad como una virtud del más alto y un deber derivado de la *philia*.

“Un’ospitalità dovuta – è bene evidenziarlo – non solo a fronte di una condizione permanente di debolezza o invalidità. Soto, a differenza della maggior parte dei riformatori, ammette anche il caso della disoccupazione involontaria: non tutti coloro che non lavorano sono da etichettare come vagabondi oziosi; può accadere talvolta che un uomo, benché “sano e in forze”, non trovi chi lo assuma o lo prenda a servizio. È allora che egli ha il diritto di andare a cercare lavoro “in tutto il regno”. Non solo. Lo stesso *ius migrandi* si applica anche a tutti coloro che vogliono migliorare il proprio livello di vita (certo, sempre nei limiti di una giusta misura), magari andando in cerca di condizioni lavorative più favorevoli: in questo caso, “per diritto naturale e per diritto delle genti ciascuno ha la libertà di andare dove vuole, a patto che non sia un nemico e non faccia nulla di male”. Una tesi non del tutto anodina, soprattutto quando si pensi che una delle poste in gioco dei conflitti scatenati dal nascente capitalismo fu proprio la libertà del lavoratore di rompere il vincolo di lavoro e spostarsi alla ricerca di opportunità di vita migliori.”¹²

Con respecto al requisito legal de distinguir entre verdaderos y falsos pobres, Soto entiende que el objetivo que tal medida busca alcanzar es la eliminación de la vagancia por asfixia, por así decirlo, combatiendo la ociosidad y adoptando precauciones de control. Resulta que los gravámenes que están conectados sobrecargan a las personas que ya se encuentran en una situación social angustiada, aún más bajo la justificación de la ayuda.

Esto se debe a que Soto se preocupa por las injusticias que pueden surgir de los criterios restrictivos y limitantes para determinar qué es un “verdadero pobre”, ya que estos no son solo los enfermos y los discapacitados lisiados. Soto entra en esta categoría y, por lo tanto, acepta como verdadero la necesidad de mendigar a aquellos que tienen serias dificultades para trabajar, a

12 Cocoli, “Il conflitto sulla mobilità alle soglie dell’età moderna”, cit., p. 51.

pesar de que no están enfermos o discapacitados, aquellos que, incluso habiendo tenido algunos bienes, lo perdieron todo o enfrentan serias necesidades permanentes o temporales y, sobre todo, para los intereses del artículo, los desplazados por desempleo o mejores condiciones de vida son realmente pobres, a pesar de ser capaces y saludables. Para Soto, las disposiciones de las “Leyes de los pobres” solo serían justas si tuvieran en cuenta que es la misericordia y no la justicia la que preside el cuidado de la pobreza.

“...aunque sea equidad y razón entresacar los vagabundos y fingidos pobres de entre los verdaderos, empero lo que aquí ante todas cosas se debe considerar es que estas dos virtudes de misericordia y justicia son muy distintas y aunque en Dios siempre estén juntas, empero en los hombres cometéosla a diversos ministros. La misericordia mandola y encárgala a todo linaje y condición de gente; y la ejecución de la justicia y el castigo de los malos cometéosla a pocos ministros de justicia, que, como dice San Pablo (Rom., 13), por eso traen armas, porque son los que como hombres justamente airados toman venganza de los malhechores. (...) Porque a la verdad poner tantos ojos y tantos ejecutores contra los pobres, que no tengan otro negocio sino el escudriñarlos y acusarlos y examinarlos, no parecer nacer tanto del amor y misericordia de los verdaderos pobres como de algún odio o hastío de todo este miserable estado. Principalmente que aun las justicias no traen tanto cuidado en rastrear las culpas de los ricos sino bástaes que los que caen en sus manos esos castiguen”.¹³

13 Soto, *Deliberación en la causa de los pobres*, cit., p. 73. Por cierto, tratando de resumir los argumentos de Soto como líneas para la interpretación y una mejor aplicación de las “Leyes de los pobres”, agrega CASTAÑO: “Por lo tanto, si la finalidad de toda ley de pobres debe ser la satisfacción de las necesidades materiales y corporales de los menos favorecidos, queda claro que los tres preceptos lícitos de la ley del cardenal Tavera estarán bien aplicados siempre que redunden en el beneficio de los pobres y colmen de forma eficiente las urgencias de los más necesitados. En primer lugar, Soto va a tratar todo lo relacionado con el examen de pobres y con la obtención de la cédula de mendicidad, es decir, va a indagar cómo se puede poner en marcha todo esto para para no causarles problemas o perjuicios que ahondarían aún más en su delicada situación. Nuestro autor señala cinco limitaciones al examen de pobres y, en consecuencia, al condicionante de ligar el ejercicio de la mendicidad a la concesión de la cédula pertinente por parte de las autoridades (SOTO, 2006: 89-92). La primera, parte de la distinción entre justicia y misericordia y relaciona el auxilio de los pobres únicamente con lo segundo. Eso quiere decir que el examen debe ser flexible y no buscar únicamente la captura de vagabundos ya que, un solo error, causaría un perjuicio irreparable al verdadero pobre. En segundo lugar, los exámenes deben ser hechos por funcionarios buenos y justos para evitar cualquier tipo de negligencia. El motivo aducido por Soto es que los pobres no tienen voz y no pueden defenderse de injusticia. La tercera limitación al examen está en que se deben ampliar los casos en los que se concede el permiso para pedir. No sólo deben ser considerados pobres

III. DOMINGO DE SOTO Y LA COMPRENSIÓN INTEGRAL DEL IUS, SEGUN LA ESCUELA IBÉRICA DE LA PAZ

Una de las características más relevantes de la Escuela Ibérica de la Paz es, en nuestra opinión, la capacidad de sus pensadores más distinguidos para articular teología, *mater scientiarum*, filosofía y derecho romano en la búsqueda de respuestas a los problemas más urgentes de sus tiempo, que desafía los cimientos de ese mundo como lo había sido hasta entonces.

Pero si en teología y filosofía la fuente es proporcionada por Santo Tomás de Aquino, especialmente en *Summa*, y por él, Aristóteles, para el derecho romano, los maestros de la Escuela Ibérica vuelven a encontrar el potencial del *ius gentium*, que les permite soluciones inmediatamente desarraigadas de localismos y regionalismos, pero para razonar legalmente con el apoyo de la universalidad de un derecho que no está conformado por la sociedad civil más estrecha, sino por preceptos de la ley natural.

La fuente del *ius gentium* demostró ser más armoniosa con las premisas de la Escuela Ibérica, además, porque considera la categoría de pueblos, que impone un lenguaje distinto de una ley civil más patrimonial y contractual.

A partir de esto, conceptos relevantes como *ius migrandi*, *ius commercii* y *jus communicationis* estarán presentes de manera habitual y transversal en el lenguaje de los argumentos básicos de la Escuela y estarán presentes incluso en un debate como el desarrollado en la *Deliberación*, que, estrictamente hablando, excluye uno de los temas más candentes que celebraron sus autores, como la guerra justa, los títulos de la conquista y colonización del Nuevo Mundo, el poder político y los límites entre la jurisdicción papal y la real, etc.

Sin embargo, una mirada más cercana demuestra que la línea transversal y común de la Escuela está presente en el argumento de Domingo de Soto y es responsable de las características peculiares de sus premisas que lo llevaron a conclusiones divergentes en relación con los reformadores sociales de su época

los enfermos, sino que se debe tener en cuenta a otros tantos que, aún sin estar enfermos, tienen dificultades para trabajar. Eso nos lleva a la cuarta limitación: se debe conceder cédula para mendigar también a aquellos que se desplazan para conseguir trabajo. Este permiso sería temporal y se limitaría obviamente al periodo en el que la persona estuviera desempleada. El quinto y último motivo tiene que ver con el tercero ya que amplía la consideración de pobres a aquellos de buena sangre y familia que han perdido la hacienda y que, de otra forma, se verían compelidos a ejercer profesiones mucho más vergonzantes.” (Castaño, *Revista de filosofía moderna e contemporânea*, p. 79).

ca como Erasmo y Luís de Vives, así como Juan de Robles, quien respondería al libro de Soto.¹⁴

“Notiamo tre cose. Innanzitutto, come già segnalato da Annabel Brett, qui il teologo di Salamanca non fa che applicare allo scenario europeo quello stesso *ius peregrinandi* che Francisco de Vitoria aveva teorizzato all’interno della sua ricognizione dei possibili “titoli legittimi” della guerra contro gli Indios. Anche nella *Relectio de Indis* (1538) troviamo infatti l’idea di un diritto degli Spagnoli a viaggiare e trattenersi nei territori dei “barbari” (sia pure a condizione di non arrecargli danno). Un diritto per di più sostenuto con argomenti assai simili a quelli della *Deliberación*: la legge dell’ospitalità, la proprietà comune delle vie di comunicazione, l’impossibilità giuridica di infliggere l’esilio a stranieri senza colpa. A questo proposito, quel che è interessante sottolineare è la facilità con cui Soto può trasferire al contesto interno uno strumento giuridico elaborato nell’ambito di quello che potremmo anacronisticamente definire “diritto internazionale”: prova ulteriore della già rilevata fiducia della tarda scolastica nell’uniformità dell’ordine razionale dell’essere, un ordine che non conosce fratture normative di rilievo tra relazioni interne ed esterne agli Stati.”¹⁵

El último punto mencionado por Coccoli resalta la comprensión unitaria del derecho que está presente en Soto, Vitória y Suárez, entre otros, y que permitió formular argumentos que, de hecho, se basaron en la universalidad y la igualdad como elemento de validez de tus conclusiones

Muchos de los esfuerzos intelectuales de la Escuela Ibérica de Paz apuntaban a encontrar la base para el mejor conocimiento clásico que permitiera establecer un camino de solución para enfrentar los problemas titánicos surgidos por la conquista del Nuevo Mundo frente a los nuevos pueblos, sin ninguna conexión con el cristianismo y sin los lazos que permitirían entenderlos como participantes en la misma historia.

Uno de los puntos fuertes de reflexión de la Escuela es, en esta línea, la recepción y el desarrollo renovado de la tradición del *ius gentium* como un legado del derecho romano fundado en la relación entre los pueblos y que, al

14 Un ejemplo se encuentra en el *ius peregrinandi* y el *ius commercii* cuando se considera fundado en la ley de las personas y que pertenece, por lo tanto, a todos los hombres, ya sean europeos o indígenas. Enseña sobre CALAFATE: “Vitoria havia considerado que um dos principais títulos que poderia justificar a guerra contra os índios e a permanência dos espanhóis na América era a licitude do estabelecimento de relações comerciais com os habitantes dessas terras, desde que as mesmas os não prejudicassem, considerando tal preceito inscrito no direito das gentes”. Calafate, *A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (século XVI)*, 37.

15 Coccoli, “Il conflitto sulla mobilità alle soglie dell’età moderna”, 53.

mismo tiempo, presupone las realidades concretas de la migración. , de comercio y alta movilidad dentro del Imperio entre diferentes comunidades, estaba forjando una utopía legal de una *ius commune humanitatis* alimentada por las nociones filosóficas de *philia*, por un lado, y la de *dignitatis humanae* por el otro, con la contribución del cristianismo.

Aunque cada forma de pensar acerca de la Escuela estaba umbilicalmente vinculada a una renovación del estudio teológico y, a partir de ahí, arraigada en el cristianismo y en los Evangelios, siendo precisamente cristocéntrica, puede avanzar hacia una elaboración ética que encontró conceptos comunes que unen a los pueblos de la cristiandad y el mundo los indios del Nuevo Mundo que no le pertenecían. En metafísica, los autores utilizaron una idea de racionalidad universal y derechos naturales de una manera que marca la forma en que se afirma una doctrina de derechos subjetivos contra el abuso del poder político, por ejemplo. En la filosofía del derecho, la doctrina tomista del derecho natural proporciona bases comunes para la organización de la sociedad, incluso entre diferentes comunidades.

“...the whole humanity was conceived as a natural occurrence, divided into differing cultural communities; and the concrete regulation of their relations was expressed via a positive law, founded upon natural and common principles of justice and natural right that represented the will of an international community of republics: the *ius gentium* or law of nations, and equally a just war doctrine (*ius belli*), which set forth the principles by which the aims and methods of aggressive foreign policy were to be limited. Such ruminations heralded the great works that later were to address more systematically the nature of the international legal order and of the modern secular state”.¹⁶

Las conexiones entre los argumentos de Domingo de Soto contra los erigidos por la Real Pragmática de 1540 y la Ley Municipal de Zamora, tanto leyes “locales” como “nacionales” en la denominación moderna, y los dilemas actualmente propuestos en la crisis de inmigración son innegables. A respeto de los refugiados, por ejemplo, el mismo razonamiento utilizado para combatir las limitaciones consideradas injustas en las leyes locales son las que se derivan de la forma de pensar sobre el derecho internacional que emerge en la Escuela Ibérica de la Paz. Esto se debe a que la base de esta estructura de

¹⁶ Luis Valenzuela-Vermeheh, “Vitoria, humanism and the School of Salamanca in early sixteenth-century Spain”, *Logos* 16:2 (2013):117. A respeto también el clásico James Brown Scott, *The catholic conception of international law* (Washington:Georgetown University Press, 1934), 488.

argumentos se deriva invariablemente de una concepción de la libertad humana que es antes del estado y las organizaciones políticas y encuentra apoyo en la ley natural. La noción de que este debate se sitúa en el plano de la ley natural y el *ius gentium* y no en el derecho civil y positivo marca la universalidad con la que los pensadores de la Escuela buscan construir sus premisas y conclusiones.

Soto entenderá la movilidad humana, en este diapasón, también como un bien común, ya que corresponde, permite y mejora la sociabilidad humana. Las civilizaciones encuentran la movilidad como el medio para resolver sus dificultades recíprocas a través del comercio, equilibrando la escasez de unos con la abundancia de otros, dado que ninguna persona está dotada de todo lo que necesita para vivir. Esto implica el intercambio de conocimiento y la expansión de la misión de evangelizar, además de intercambios materiales. En este sentido, prohibir la migración y restringir la movilidad, incluso ante supuestas buenas intenciones, nunca está justificado por la ley natural y el *ius gentium*.

Por fin, un argumento relevante de la *Deliberación*, es aquel según el cual las restricciones en relación con la mendicidad y, en particular, con las migraciones de los extranjeros pobres implican concebir la propiedad de los bienes como absoluta, o que en el pensamiento económico y moral desarrollado por los pensadores de la Escuela Ibérica de Paz, en particular por el propio Domingo de Soto y por Luis de Molina, es una violación de la ley natural.

Nuevamente, aquí hay argumentos básicos identificables previamente postulados por Francisco de Vitória con respecto a títulos justos a favor de los españoles, que permitirían la colonización del Nuevo Mundo y que ejercen la función de dar forma a la comprensión de la soberanía o autonomía de las comunidades y diferentes pueblos. Para los pensadores de la Escuela Ibérica desde Vitória en adelante, la igualdad de todos los pueblos implica una sociabilidad natural y una comunicación libre entre todos los pueblos del mundo, de modo que la disposición de los pueblos de todo el mundo no hace que este derecho sea contemporáneo o desaparezca. igual que antes, pero lo presupone.

La comprensión de que la propiedad no es absoluta es importante para admitir que la delimitación espacial de los pueblos, sino también la propiedad de los individuos, no debe asumirse como exclusiva o absoluta en el sentido de estar por encima de otros derechos y eliminarlos por completo. Los pensadores de la Escuela no cuestionan el reconocimiento del derecho de propie-

dad, sin embargo, no puede justificar la conquista, de la misma manera que no es suficiente considerarlo injusto. De lo contrario, los europeos no pueden atribuir la propiedad de las tierras amerindias porque la ley natural los reconoce como sus dueños, y no es razonable invalidar ese dominio con argumentos de rudeza, gentileza y paganismo o servilismo por naturaleza, que fueron sistemáticamente combatidos por la Escuela Ibérica. Pero también, la propiedad de los indios no puede ser, a la inversa, un argumento para excluir los derechos de viajar, emigrar y la sociabilidad de los europeos que llegan al Nuevo Mundo. Así, lejos de postular un argumento eurocéntrico en relación con los pueblos del Nuevo Mundo, Belda Plans observa que Vitória hace lo contrario, indicando argumentos basados en la humanidad.:

“...la distribución de las tierras por personas, familias o pueblos no puede abolir un derecho natural subyacente propio de todo hombre en relación a todo el Orbe, que se debe reconocer por todos. Además todas las razas forman parte del género humano y por tanto existe un derecho natural de amistad y fraternidad entre los hombres que postula solidaridad, respeto y ayuda mutua, que los poderes públicos deben proteger y no pueden quebrantar. Con estos serios planteamientos Vitoria rompe la visión tradicional puramente europeísta del, así llamado, *Orbis Christianus*, sustituyéndola por la *Communitas Orbis* o *Comunidad de todo el género humano*, construida sobre un fundamento natural anterior”.¹⁷

Siguiendo este razonamiento, para Soto en la *Deliberación*, la embestida de las “Leyes de los pobres” frente a los mendigos extranjeros enfrenta un obstáculo legal de doble orden, ya sea el cuestionamiento de la mendicidad como una actividad que debe ser regulada por la ley y sometido al aparato de las autoridades políticas en la forma del requisito de la “carta” que clasificará a los “pobres reales”, ya sea la prohibición de la migración a los pobres extranjeros.

Esto se debe a que la propiedad debe ordenarse de acuerdo con el bien común y la existencia de los pobres y los mendigos constituye una responsabilidad para aquellos que tienen los recursos para ayudar a aquellos que no los tienen, así como uno no puede obligar a aquellos que no los tienen a no pedir ayuda. Aunque Soto está de acuerdo con el argumento de Juan de Robles de que la mejor situación sería que no hay mendigos, no puede admitir que si esto es una realidad, las leyes les imponen gravámenes, ya que esto presupone que la propiedad debe ser protegida contra ellos. Es bastante evidente en

17 Plans, *La Escuela de Salamanca y la renovación de la teología*, cit., p. 388.

Soto, como se mencionó anteriormente, que el propósito de las “Leyes de los pobres” es mucho menos eliminar la pobreza al enfrentar sus causas, y más erradicarla al combatir a los pobres y contenerlos.¹⁸

Del mismo modo, cuando se considera no la propiedad de los individuos, sino la de los pueblos, la prohibición de deambular y migrar viola un derecho natural universal que es anterior a la ley positiva y debe cumplirla, que es *ius communicationis*, que incluye *ius peregrinandi* y el *ius migrandi*. En una perspectiva complementaria, tales derechos corresponden a las facultades y libertades humanas fundamentales y, aunque los pensadores de la Escuela no desarrollan claramente una teoría de los derechos subjetivos individuales, creemos que no hay duda de que la correspondencia entre *ius y facultas* o libertades es en varias de sus obras y, no de manera diferente en *Deliberación*, las inserta en la historia del concepto de derechos subjetivos con cierta importancia, especialmente, como es el caso, tales argumentos trabajan para elaborar las líneas divisorias entre los pueblos y las comunidades y límites del poder político y el derecho positivo.¹⁹

18 “They engaged, for example, in a lively philosophical debate on the advantages and disadvantages of private property, inspired by reports of the primitive American communities, especially the collectivist society of Peru, which were seized upon as survivals of a lost Golden Age when all things were held in common. And the practical problems of business life were growing daily more pressing. The inflationary economy of the period offered unprecedented opportunities for enrichment, and the Church’s solemn warnings against undue love of gain passed all too often unheeded. Lip-service was paid to the prohibition of usury, but, since theologians themselves differed as to the definition of the term, laymen could scarcely be blamed if they lapsed into ‘error’. The most blatant forms of usury were universally practiced, though generally under cover of some device invented to conceal the true nature of the transaction. In Spain, the great stronghold of religious authoritarianism, such a situation could not idly be tolerated”. Marjorie Grice-Hutchinson, *The School of Salamanca. Readings in Spanish Monetary Theory, 1544-1605* (Oxford, 1952), 41.

19 “Por este motivo, albergaba DS (Domingo de Soto) serias dudas de que se pudiera prohibir a los pobres legítimos salir a mendigar, porque equivalía a obligarles a pasar necesidad injustamente. Idéntica libertad de movimientos reivindicaba para el peregrino, sobre todo si era extranjero. No negaba que el trasiego de peregrinos ocasionara problemas, pero le parecían tan pocos, numéricamente, los que mendigan en suelo extranjero, que no consideraba necesaria la expedición de una ley para regularlos (Soto, 2006). Concluía que no es lícito a ningún poder político restringir la libertad a ningún necesitado. Para Soto, el dominio sobre las cosas o el derecho de propiedad privada no es un derecho absoluto, sino relativo y limitado al bien común de toda la sociedad.” (Hernández, *Análisis*, 284).

IV. CONCLUSIONES

Al final de este artículo, es importante para nosotros señalar algunas conclusiones, aunque sean parciales, sobre los argumentos más relevantes de Domingo de Soto y su conexión con la Escuela Ibérica de la Paz, para indicar la relevancia expresiva de los temas en torno a los cuales orbitó esa Escuela.

El alcance intelectual de la Escuela Ibérica de Paz se debe principalmente a una actitud de consternación en el diagnóstico de los principales problemas de su tiempo, algunos de los cuales constituyen crisis axiales y civilizadoras, basadas en una teología renovada. Aunque no fue el objetivo del análisis del artículo, es imposible pasar por alto algunas de las características sobresalientes de la Escuela, presentes en sus autores más expresivos, como Vitória y Soto, como la aplicación de la teología, que eliminan de algunos siglos anteriores de especulaciones escolásticas muy especializadas y herméticas, como si estuvieran vinculadas a un juego circular de pensamientos y derivaciones, para posicionarlo de manera convincente en el lugar de *mater scientiarum* y desde allí para iluminar la dramática realidad que rodea todo el siglo XVI.

Francisco de Vitória deja esto singularmente expresado en la inauguración del famoso *De indis* cuando afirma sin dudar el título de los teólogos sobre los asuntos pertinentes a las conquistas y colonizaciones, cuestiones de justicia, derecho y jurisdicción:

“Digo que no pertenece a los jurisconsultos fallar este asunto, o al menos a ellos solos. Porque como aquellos bárbaros no están sometidos al derecho humano, sus cosas no pueden ser examinadas por las leyes humanas, sino por las divinas, en las cuales los juristas no son suficientemente peritos para poder definir por sí semejantes cuestiones. Ni sé con certeza que hayan sido llamados para el examen y sentencia de este asunto teólogos dignos que pudieran con garantía ser oídos sobre materia de tanta importancia. Y puesto que se trata de algo que entra en el fuero de la conciencia, al sacerdote, esto es a la Iglesia, toca fallar”.²⁰

La misma actitud se puede ver en Domingo de Soto en el compromiso demostrado por la Deliberación en un tema de gran preocupación y que rápidamente recibe un entusiasmo reformador en toda Europa que no siempre se refleja cuidadosamente. El trabajo de Domingo de Soto, como se explicó anteriormente, no se alinea con el pensamiento crítico reaccionario o conservador, incluso si pudiera serlo, mucho menos descarta todas las propuestas y críticas presentes en los reformadores. Por el contrario, Soto está alineado

20 Francisco de Vitoria, *Obras de Francisco de Vitoria* (Madrid: BAC, 1960), 18.

con muchos de ellos, pero siempre imbuido de celo y conciencia de las premisas básicas de la Escuela Ibérica de la Paz, a saber, la prevalencia del derecho natural sobre la libertad positiva y humana como un valor fundamental en oposición a los abusos de lo poder político.

Y Soto lo hace con una precisión, erudición y claridad que lo hacen notable y fructífero hasta el día de hoy. Frente a las crisis que se repiten con características similares en nuestros tiempos, como el problema de la migración de refugiados y el desplazamiento forzado por razones humanitarias, ambientales o la búsqueda de mejores condiciones de vida y trabajo, incluso en situaciones donde no existe una situación de riesgo, son innumerables argumentos que parecen evocar de inmediato la memoria histórica del debate en el que participó Domingo de Soto.

Esto se debe a que la mayoría de los elementos centrales de la crisis actual se refieren a la migración de los pobres, los enfermos y los problemas relacionados con el aumento de las tensiones de seguridad y los enfrentamientos de religión. En esencia, son versiones con una nueva apariencia para las mismas que ya aparecieron en el siglo XVI y para las cuales Domingo de Soto construyó una refutación que puede ser de gran valor para nosotros hoy, porque a pesar de que no responden a todos los aspectos de una Europa post-Westfalia, de un pluralismo del orden político que no puede leerse bajo la categoría de “cristianismo” o de los Estados-nación encerrados dentro de los límites de sus Constituciones, incluso si esto se rompe en cada paso, el valor pedagógico es insuperable de la *Deliberación sobre la causa de los pobres*.

Fue escrito en su momento dentro del modelo de *speculum princeps*, pero supera con creces sus objetivos iniciales. Al tratar de iluminar al Emperador sobre una controversia social relevante y urgente, Soto nos dejó un trabajo sólidamente fundado en una comprensión profunda del valor de la persona humana y su dignidad universal.

V. BIBLIOGRAFIA

- Anónimo. *Lazarillo de Tormes*, trad. Pedro Câncio da Silva. São Paulo: Página Aberta; Brasília, DF: Consejería de Educación de la Embajada de España, 1992.
- Belda Plans, Juan. *La Escuela de Salamanca y la renovación de la teología*. Madrid: BAC, 2000.
- Beltrán de Heredia. *Domingo de Soto. Estudio biográfico documentado*. Salamanca, 1960.
- Brufau Prats, J. *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*. Salamanca, 1989.

- Calafate, Pedro (org). *A Escola ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (Século XVI)*. Coimbra: Almedina, 2015.
- Calero, F. *Juan Luis Vives, autor del Lazarillo de Tormes*. Valência, 2006.
- Carro, Venâncio D. *Domingo de Soto y su doutrina jurídica: estudio teológico-jurídico e histórico*. Madrid: Hijos de E. Minuesa, 1943.
- Castaño, David Jiménez. “El Caso de La *Deliberación en la causa de los pobres*: un ejemplo del humanismo de Domingo de Soto”. *Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea*, Brasília, vol. 4, nº 1 (2016):65-83.
- Coccoli, Lorenzo. “Il conflitto sulla mobilità alle soglie dell’età moderna”. *Jura Gentium*, XI, 1 (2014): 40-57.
- Comparato, Fábio. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 3º ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- Fatica, Michele. *Il problema della mendicITÀ nell’Europa moderna -secoli XVI-XVII*, Napoli:Liguori Editore, 1992.
- García, José Barrientos. “Los tratados “de legibus” Y “de iustitia et iure” en la escuela de salamanca de los siglos XVI y XVII”. *SALAMANCA, Revista de Estudios*, 47 (2001).
- González , Miguel Anxo Pena. “Aproximación histórica al concepto «escuela de salamanca»”, *Salmanticensis* 52 (2005) 69-119.
- Grice-Hutchinson, Marjorie. *The School of Salamanca. Readings in Spanish Monetary Theory, 1544-1605*. Oxford:Clarendon Press, 1952.
- Hernández, Paz Molero. “La aparente actualidad en el debate sobre los inmigrantes y refugiados”. *ANÁLISIS*, Vol. 48, nº 89 (2016):269-289.
- LE GOFF, Jacques. *La civilización del occidente medieval*. Barcelona: Paidós.
- *Mercadores e banqueiros da Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- Panea Márquez, J. M. “Juan Luis Vives y la responsabilidad para con los pobres”. *PENSAMIENTO*, vol. 73, núm. 278 (2017):1173-1196.
- Roaro, Jorge. “La Escuela de Salamanca y la interpretación histórica del Humanismo renacentista español”. *Disputatio. Philosophical Research Bulletin*, Vol. 3, Nº4. (2014):189-261.
- Scott, James Brown. *The catholic conception of international law*. Washington:Georgetown University Press, 1934.
- Soto, Domingo de. *Deliberación en la causa de los pobres*. Instituto de Estudios políticos: Madrid, 1965.
- Valenzuela-Vermehen, Luis. “Vitoria, humanism and the School of Salamanca in early sixteenth-century Spain”, *Logos* 16:2 (2013):99-125.
- Vera-Cruz, Eduardo. *História do direito comum da humanidade*. Vol.I, Lisboa:AAF DL, 2003.
- Vitoria, Francisco de. *Obras de Francisco de Vitoria*. Madrid:BAC, 1960.

DA ORDEM DO JUÍZO DE 1526 À NOVA ORDEM DO JUÍZO DE 1577:

NOTAS SOBRE REFORMAS PROCESSUAIS NO PORTUGAL QUINHENTISTA

Jorge Veiga Testos¹

Resumo: A morosidade da justiça constituía um problema intrínseco ao processo romano-canónico do *ius commune*, determinado em oferecer às partes uma oportunidade equivalente para expor o seu caso perante o tribunal.

Na transição entre o modelo processual medieval e moderno, o século XVI português viria a conhecer importantes reformas processuais que tinham como principal finalidade atacar esse eterno problema da administração da justiça: a sua crónica lentidão.

Propomo-nos analisar as reformas, enquadrando-as nas reflexões quinhentistas em torno da administração da justiça e identificando as várias dimensões dos mecanismos nelas consagrados.

Palavras-chave: Administração da justiça, processo romano-canónico, direito processual.

Abstract: A slow justice represented an inherent problem to the *ius commune*'s roman-canonical procedure, determined to offer the parties an equivalent opportunity to present their cases to the court.

In the transition between the medieval and modern procedural model, 16-century Portugal would develop significant procedural reforms which aimed to attack the administration of justice's eternal problem: the slow pace of litigation.

In this article we will analyse those procedural reforms, relate them to the 16-century reflections on the administration of justice and identify the multiple dimensions of the established measures.

Keywords: Administration of justice; roman-canonical procedure; procedural law.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. DA ORDEM DO JUÍZO; III. AS REFORMAS PROCESSUAIS QUINHENTISTAS; 1. Enquadramento; 2. Ordem do Juízo Velha (1524); 3. Ordem do Juízo Nova (1526); 4. Ordenação da nova ordem do juízo sobre o abreviar das demandas e execuções delas (1577); IV. SOLUÇÕES CONSAGRADAS NAS REFORMAS; 1. Volume de trabalho do tribunal; 2. Extensão dos adiamentos ou suspensões; 3. Recusa de julgador por suspeição; 4. Dilações em matéria probatória; 5. Dilações na execução das sentenças e em sede de partilhas; 6. Desempenho dos oficiais de justiça; V. CONSIDERAÇÕES FINAIS; VI. BIBLIOGRAFIA.

¹ Assistente convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do IURIS - Instituto de Investigação Interdisciplinar. jorgetestos@fd.ulisboa.pt.

I. INTRODUÇÃO

No ano de 1526, do prelo de Germão Galharde, tipógrafo francês estabelecido em Lisboa a partir de 1519², saiu a chamada ordenação da ordem do juízo³, mandada imprimir por ordem de D. João III (1502-1557). O jovem monarca subira ao trono em dezembro de 1521, aos 19 anos de idade, sucedendo a seu pai, D. Manuel I (1469-1521), que deixara um importantíssimo legado reformista⁴, cuja pedra angular fora terminada nesse mesmo ano de 1521, com a conclusão, no mês de março, da impressão dos cinco livros da edição definitiva da reforma das Ordenações do Reino, cuja designação acolheria o nome do seu impulsionador (Ordenações Manuelinas⁵). Os 45 parágrafos da nova lei processual vinham introduzir alterações ao já reformado livro III das Ordenações, dedicado ao direito processual civil.

A profunda ligação entre a «nobre arte de ympressam» e o mundo do Direito fora logo assinalada pelo próprio D. Manuel, que em carta régia de 20 de fevereiro de 1508, dirigida ao impressor Jacob Cromberger, sublinhara o quão necessária aquela nova arte era «pera o bom gouerno porque com mais facellidade e menos despesa os ministros da Justiça possam usar de nossas leys e ordenações»⁶.

2 Germão Galharde afirma-se como o sucessor da primeira geração de impressores ativos em Portugal: Valentim Fernandes (ativo entre 1495 e 1516), João Pedro Buonhomini ou de Cremona (ativo entre 1501 e 1517) e Hermão de Campos (ativo entre 1509 e 1518). A primeira obra conhecida impressa por Galharde surge em 1519 e ao longo da sua carreira utilizará material tipográfico dos anteriores. Sobre Galharde e os primeiros impressores em Portugal, v. DIAS, J. Alves, *No quinto centenário da Vita Christi: os primeiros impressores alemães em Portugal*, Lisboa (Instituto da Biblioteca Nacional e do Livro), 1995, pp. 15-27.

3 Disponível na Biblioteca Nacional Digital em <http://purl.pt/15212>.

4 Sobre as reformas manuelinas no campo do Direito, v. ALBUQUERQUE, R. e ALBUQUERQUE, M., *História do Direito Português*, vol. II, Lisboa (Faculdade de Direito), 1983, pp. 88-91; CAETANO, M., *História do Direito Português*, 4.^a ed., Lisboa (Verbo), 2000, pp. 603-617; COSTA, M. J. Almeida, *História do Direito Português*, 3.^a ed., Coimbra (Almedina), 2008, pp. 313-317; 351-353; DIAS, J. Alves, *Ordenações Manuelinas: Livros I a V: Reprodução em fac-símile da edição de Valentim Fernandes (Lisboa, 1512-1513)*, Livro Primeiro, Lisboa (Centro de Estudos Históricos, Universidade Nova de Lisboa), 2002, pp. XIII-XXXV; DOMINGUES, J., «A última reforma do direito medieval português», *Revista Lusíada. Direito (Porto)*, n.º 1-2, 2010, pp. 359-437; SILVA, N. E. Gomes da, *História do Direito Português. Fontes de Direito*, 4.^a ed., Lisboa (Fundação Calouste Gulbenkian), 2006, pp. 330-337, 344-347.

5 Adiante OM, na sua versão de 1521.

6 FIGUEIREDO, J., *Synopsis Chronologica de subsidios ainda os mais raros para*

A impressão da ordenação da ordem do juízo por Germão Galharde em 1526⁷, embora ocupe somente dez fólios, mereceu atenções decorativas que permitem reconhecer a importância atribuída ao diploma. Na portada, onde se encontra a designação da ordenação, Galharde serviu-se de um grande escudo das armas reais portuguesas, com um grifo no timbre, enquadrado por tarjas decorativas de origem diversa, recuperando material tipográfico utilizado anteriormente por impressores distintos⁸. No verso da portada, Galharde colocou a imagem de um rei sentado no trono, com a legenda «Deo in celo tibi autem in mundo», igualmente enquadrada por portada de origem variada. Na gravura, a figura idealizada do rei-juiz, em audiência, apresenta-se com o cetro na mão esquerda e a esfera armilar na mão direita, dentro da qual se repete parcialmente a legenda acima identificada, assinalando a origem do poder régio. Importa notar que a mesma gravura fora usada no livro III da edição de 1514 das Ordenações Manuelinas de Buonhomini e tem, aliás, origem fora de Portugal⁹. A opção iconográfica recuperada do livro das Orde-

a historia e estudo critico da legislacão portugueza, tomo I, Lisboa (Academia Real das Ciências), 1790, p. 165.

7 ANSELMO, A., *Bibliografia das obras impressas em Portugal no século XVI*, Lisboa (oficinas gráficas da Biblioteca Nacional), 1926, n.º 575. Conhecem-se outras impressões posteriores do diploma, do próprio Germão Galharde (impressa em Lisboa em 1539; v. ANSELMO, A., *Bibliografia...*, cit., n.º 620; disponível em <http://purl.pt/14571>); da oficina de João de Barreira (ativo entre 1542 a 1590), “*imprimidor del Rey*” (impressa em Lisboa em 1557; v. ANSELMO, A., *Bibliografia...*, cit., n.º 148; disponível em <http://purl.pt/15316>) e da oficina de João Álvares (ativo entre 1536 e 1587), impressor do rei (impressa em Lisboa mas não datada; v. ANSELMO, A., *Bibliografia...*, cit., n.º 54, disponível em <http://purl.pt/21987>).

8 O escudo das armas reais, ao centro, já fora utilizado por Valentim Fernandes na edição de 1512-1513 das Ordenações Manuelinas (ANSELMO, A., *Bibliografia...*, cit., n.º 556; DIAS, J. Alves, *No quinto ...*, cit., p. 122, G.46). A composição à volta do escudo utiliza tarjas de proveniências distintas: a tarja lateral direita, ornada com aves entre elementos florais, fora utilizada por Valentim Fernandes em 1497 na impressão do *Baculum Cecorum* de António Martins (DIAS, J. Alves, *No quinto ...*, cit., p. 105, T.19); as tarjas lateral esquerda e inferior, ornamentadas com figuras e frutos, já tinham sido utilizadas por Hermão de Campos em 1518 no *Espelho de Cristina* (ANSELMO, A., *Bibliografia...*, cit., n.º 442).

9 ANSELMO A., *Bibliografia...*, cit., n.º 532. Buonhomini já utilizara esta gravura em obras anteriores impressas em Lisboa (*Grammatica Pastrane*, 1512; *Liuro e legenda dos santos martires*, 1513), mas a gravura fora utilizada em Sevilha, em 1503, na portada da obra *Artis grammaticae precepta*, de Stephanus Miles, impressa por Johann Pegnitzer (v. DIAS, J. Alves, *Ordenações...*, cit., p. 51).

nações dedicado ao direito processual civil marcava uma linha de continuidade quanto ao conteúdo da obra, para além do imediato significado visual que permitia ao leitor.

A ordenação impressa por Galharde e as opções iconográficas então adotadas constituem o ponto de partida para nos debruçarmos sobre o modelo processual vigente e as principais reformas processuais no Portugal quinhentista.

II. DA ORDEM DO JUÍZO

É bem conhecida a íntima ligação entre o direito processual e o renascimento do direito romano do séc. XII¹⁰. Embora o *Corpus Iuris Civilis* justinianeu contivesse vários preceitos de direito processual, não se encontravam secções autónomas e dedicadas de forma exaustiva ao processo. Foi o labor e atenção dos prudentes medievais que, através de uma literatura especializada e pela primeira vez na história, conferiu unidade e autonomizou o direito processual. O direito romano tornou-se, assim, a fonte principal do novo processo medieval, fornecendo-lhe os fundamentos e uma terminologia altamente técnica e precisa. O novo processo veio dar resposta à necessidade que a Igreja, que conservara a tradição romana na sua prática processual, sentia de modernizar os seus tribunais e procedimentos. Assim, das universidades medievais o direito processual foi rapidamente acolhido pela extensa rede europeia de tribunais eclesiásticos. O direito canónico, inspirado por Graciano, criado pelos Papas-juristas e desenvolvido pelos canonistas, adicionará ao trabalho dos romanistas novos elementos substanciais¹¹. Se o trabalho dos prudentes medievais garantiu ao direito processual a sua validade intrínseca, a rede de tribunais eclesiásticos, na qual as novas regras e conceitos foram introduzidas e aplicadas no dia-a-dia, assegurou o seu sucesso¹². Atendendo à dupla dimensão das suas fontes, o novo processo medieval seria designado por romano-canónico¹³.

10 Sobre a história do processo civil na Europa e, em particular, sobre o processo romano-canónico, v. VAN CAENEGEM, R., «History of European Civil Procedure», *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI: Civil Procedure, Tübingen (J.C.B.Mohr), 1973, pp. 11-23; CAMPITELLI, A., «Processo civile (Diritto intermedio)», *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVI, Milão (Giuffrè), 1987, pp. 93-100; PICARDI, N., «Processo civile (Diritto moderno)», *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVI, Milão (Giuffrè), 1987, pp. 100117.

11 VAN CAENEGEM, R., «History...», cit., p. 16-17.

12 VAN CAENEGEM, R., «History...», cit., p. 4.

13 Sobre o processo romano-canónico, v. NÖRR, K. W., *Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus*, Berlin (Springer), 2012.

O novo processo rapidamente se transmitiu da esfera eclesiástica, onde possuía um carácter unitário, para os tribunais seculares, onde adquire uma dimensão casuística. Com efeito, a aplicação do processo romano-canónico na esfera secular, embora mantendo traços comuns, produziu alterações na literatura processualista, que adquire uma dimensão local, na qual cada jurisdição específica desenvolve o seu próprio estilo (*stylus*). Ganham particular destaque as formas processuais específicas dos tribunais da corte¹⁴, cuja emergência encontra igualmente a sua origem no renascimento do direito romano. A partir do séc. XII, os monarcas adotam medidas a nível nacional para melhorar a administração da justiça, destacando-se o desenvolvimento das iniciativas legislativas e o controlo exercido sobre os tribunais locais, por via dos mecanismos romanos dos recursos, fortalecendo o papel dos tribunais superiores¹⁵.

O processo romano-canónico representa, nas palavras de Van Caenegem, “*uma das maravilhas da História do Direito*”¹⁶, por atingir a sua maturidade de forma surpreendentemente rápida: a literatura processual desenvolve-se, decorrendo somente quatro ou cinco gerações entre a pequena *summa De judiciis* (1123-1141) de Búlgaro e o enciclopédico *Speculum Judiciale* (último quartel do séc. XIII) de Guilherme Durante.

A palavra-chave do modelo romano-canónico é o *iudicium* (juízo)¹⁷, cuja definição, depois acolhida e repetida pela literatura processualista, foi consagrada por Búlgaro: “*iudicium accipitur actus ad minus trium personarum, actoris intendentis, rei intentionem evitantis, iudicis in medio cognoscentis*”¹⁸. Os tratados dedicados ao processo romano-canónico¹⁹ adotaram, por

14 Sobre o estilo da corte, v. FREITAS, P. Caridade de, «O Estilo da Corte - do século XIII à Lei da Boa Razão», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Vol. I, Coimbra (Coimbra Editora), 2003, pp. 741-803.

15 VAN CAENEGEM, R., «History...», cit., pp. 4-5.

16 VAN CAENEGEM, R., «History...», cit., p. 22.

17 PICARDI, N., «Processo civile (Diritto moderno)», cit., p. 102.

18 WUNDERLICH, A. (ed.), *Anecdota quae processum civilem spectant*, Göttingen (Vandenhoeck & Ruprecht), 1841, pp. 20-21.

19 Sobre a literatura jurídica processual romano-canónica, v. NÖRR, K. W., «Ordo iudiciorum und ordo iudiciarius», *Studia Gratiana*, 11, Bolonha (Institutum Gratianum), 1967, pp. 327-343; FOWLER-MAGERL, L., ‘*Ordines iudiciarii*’ and ‘*Libelli de ordine iudiciorum*’. *From the Middle of the Twelfth to the End of the Fifteenth Century*, Turnhout (Brepols), 1994; para o contexto ibérico, v. PÉREZ MARTÍN, A., *El derecho procesal del “ius commune” en España*, Murcia (Universidad de Murcia), 1999.

consequente, a designação de *ordines iudicarii* ou *ordines iudiciorum* porque identificam a ordem em que se sucedem os atos processuais e o papel que estes desempenham. A literatura processualista descreve minuciosamente as diferentes fases da tramitação processual, na busca de garantir o equilíbrio entre as atividades do juiz e das partes. O esquema básico da ordem do júízo pode ser dividido em três grandes fases: na primeira as partes apresentavam as suas razões; na segunda produziase a prova das razões alegadas; na terceira o juiz decidia com base nos elementos alegados em júízo.

O sucesso do modelo romano-canónico resulta das vantagens que dele decorrem, por contraposição à ordem processual da Alta Idade Média. O processo passa a ser marcado pela sua complexidade, em que as solenidades e o formalismo desempenham um papel essencial, exigindo um juiz profissional, com formação específica, e assente na escrita. A introdução do processo escrito provocou atrasos intencionais, conferiu uma artificialidade aos procedimentos e colocou as partes nas mãos dos advogados²⁰.

O novo processo irá também generalizar o mecanismo de recurso, isto é, a revisão da decisão de um tribunal inferior por um tribunal superior, o qual, por razões de direito ou de facto, pode considerar errada a decisão do tribunal inferior e substituí-la por outra decisão melhor. O recurso, que pressupõe uma hierarquia de tribunais, foi utilizado pelo direito romano mas desconhecido no direito germânico. Será o direito canónico, em consequência da centralização do poder pontifício e da criação de uma hierarquia de tribunais, com a sua cúpula em Roma, que se irá servir do tratamento romano dado aos recursos. O acesso aos recursos torna-se fácil e frequente²¹.

O novo modelo romano-canónico não era, todavia, perfeito, sendo vítima da sua obsessão pelo formalismo, na busca da justiça do caso²². A oportunidade equivalente concedida às partes para expor o seu caso perante o tribunal permite-lhes, de certo modo, manipular o ritmo e velocidade do caso, tornando-o num assunto crescentemente dispendioso²³. A inerente complexidade do processo resultava, portanto, em lentidão na resolução dos litígios e em

20 VAN CAENEGEM, R., «History...», cit., p. 18.

21 VAN CAENEGEM, R., «History...», cit., pp. 18-19.

22 V. ALONSO ROMERO, M.P., «El solemne orden de los juicios. La lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autonoma de Madrid*, n.º 5, 2001, pp. 23-54.

23 VAN RHEE, C. H., *Litigation and legislation: Civil Procedure at First Instance in the Great Council for the Netherlands in Malines (1522-1559)*, Bruxelas (Archives Générales du Royame), 1997, p. 313.

custos elevados. O modelo passou a ser visto da perspectiva dos respetivos excessos ou perversões, daqui resultando, por conseguinte, a necessidade de combater estas tensões e problemas, designadamente, pelo estabelecimento, por via legislativa, de remédios processuais.

A realidade portuguesa enquadra-se perfeitamente na descrição que temos vindo a fazer sobre o desenvolvimento do direito processual²⁴. As marcas mais evidentes da receção do direito romano em Portugal encontram-se na legislação do reinado de D. Afonso III (1210-1279), o *Bolonhês*, que desenvolve o seu projeto de centralização do poder também em torno de um novo direito processual, de evidente influência romano-canónica. O desenvolvimento conferido à dinâmica processual no tribunal da corte e, em particular, à figura dos recursos, é disso prova. O direito processual civil²⁵ será acolhido, de forma sistematizada, no Livro III das Ordenações Afonsinas (OA), que, de acordo com a sua própria introdução, trata “*dos Autos judiciaes, e ordem, que acerqua deles se deve ter*”, não sem antes fazer notar, como fundamento para o tratamento do direito processual, que “*a principal virtude das Leys está na execução dellas, a qual sem pratica de hordenado Juizo, não pode ser trazida à boa perfeição*”²⁶. Por outro lado, a legislação portuguesa evidencia desde cedo o combate à morosidade dos pleitos e a capacidade dos sujeitos processuais, em particular os advogados das partes, manipularem o excessivo formalismo a favor dos interesses dos seus clientes. O preâmbulo de uma lei de D. Dinis de 15 de setembro de 1314, assinalando “*as delongas e as maliçias que os precuradores e os vogados faziam a todos os do meu senhorio que preytos e demandas aujam na mha corte. e a todos os outros que hi uijnham dos outros lugares demandar Justiça e dereyto*”, propõe soluções para “*esquiuar estas maliçias e delongas e danos. e querendo que os preytos se tragam chãamente e per uerdade e ssem maa perlonga como he mha uoontade*”²⁷.

24 Sobre a aplicação do processo romano-canónico em Portugal, v. ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, vol. I, tomo II, Lisboa (Faculdade de Direito), 1983, pp. 253 e ss.; CAETANO, M., *História...*, cit., pp. 580 e ss.; NOGUEIRA, J.A. Duarte e ALVES, S., «O Direito Processual Civil Português: Linhas Gerais», *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Coimbra (Almedina), 2000, pp. 391-418.

25 O desenvolvimento processual penal é realizado de forma mais sucinta e menos sistematizada no livro V das Ordenações do Reino.

26 OA.3.20.pr.

27 *Livro das Leis e Posturas*, Lisboa, 1971, p. 52.

III. AS REFORMAS PROCESSUAIS QUINHENTISTAS

1. Enquadramento

As reformas processuais desempenham um papel determinante na história do direito processual. Representam, por um lado, o reconhecimento das limitações e insuficiências do direito estabelecido e, por outro lado, a vontade de as superar e de alterar a prática judicial: *“the history of civil procedure in any country is in essence a history of procedural reform”*²⁸.

O séc. XVI representa o início de uma nova fase em matéria processual que caracterizará a Idade Moderna. O modelo romano-canónico continua a servir, em grande parte, o estilo autoritário e burocrático deste período, com a multiplicação de atos escritos, o fortalecimento do papel do juiz ou as decisões tomadas *in camera*. Por outro lado, o direito nacional alcança a sua maturidade e contribui para o desenvolvimento do direito processual. Trata-se, portanto, de um período de assinalável continuidade, por via da ação dos poderosos tribunais superiores, do triunfo do procedimento letrado e da autoridade dos tratadistas medievais²⁹.

O principal destaque deste período reside nas iniciativas legislativas régias destinadas a simplificar o processo e a organização judicial. A Europa conhecerá, no início da Idade Moderna, diversas reformas processuais. No entanto, na medida em que o processo romano-canónico formava a base do modelo processual vigente e sendo este bem conhecido dos advogados e dos oficiais envolvidos na administração da justiça, as leis processuais da primeira Idade Moderna são invariavelmente incompletas, sem carácter de exaustividade: não havia necessidade de cobrir todo o campo de litigância de forma extensiva em legislação separada. Os seus objetivos residiam na introdução de reformas, no reforço de regras determinadas por legislação anterior que não eram cumpridas na prática ou na validação da prática já existente através da sua redução a escrito³⁰.

Novamente, o caso português não é exceção: as reformas processuais levadas a cabo ao longo do séc. XVI, nos reinados de D. João III e D. Sebastião, que passaremos a analisar, destinam-se a implementar um conjunto de alte-

28 MILLAR, R.W., “Editorial preface” in Engelmann, Arthur (ed.), *A History of Continental Civil Procedure*, Boston (Little Brown & Co.), 1927, p. xxxvii, citado por VAN RHEE, C. H., *Litigation...*, cit., p. vii.

29 VAN CAENEGEM, R., «*History...*», cit., pp. 54-55.

30 VAN RHEE, C. H., *Litigation...*, cit., p. 16.

rações na ordem do juízo, tendo como principal objetivo promover a celeridade processual. As matérias que não forem objeto da reforma continuarão a ser aplicadas nos termos estabelecidos pela legislação anterior³¹. Estas reformas constituem o esforço mais completo, de carácter unitário e sistematizado, feito no século XVI para aplicar remédios à ordem do juízo. Note-se, porém, que, a par destas ordenações chamadas da ordem do juízo, existiram outras iniciativas legislativas que visavam alterar, de forma mais cirúrgica, determinados aspetos do direito processual. Coube em 1603 ao legislador filipino integrar nas Ordenações do Reino todas as alterações determinadas pelas reformas processuais e demais legislação extravagante³².

2. Ordem do Juízo Velha (1524)

No Verão de 1524 (29 de julho), encontrando-se a corte em Évora, D. João III promulga, menos de três anos volvidos sobre a edição definitiva das OM, a depois chamada ordenação da “*ordem do juízo velha*”^{33 34}, que ensaia soluções distintas das previstas nas Ordenações³⁵. Trata-se de uma iniciativa legislativa de início de reinado, que consagra uma reforma experimental cirúrgica, dirigida somente ao principal tribunal do reino, a Casa da Suplicação. Composta por 20 parágrafos³⁶, esta lei ou ordenação não terá sido impressa, sendo somente publicada pelo Chanceler-mor na chancelaria régia, para ser cumprida por todos os julgadores da Casa da Suplicação, e tresladada a mando do Regedor no “*liurinho que anda na dita casa*”³⁷.

O preâmbulo do diploma assinala duas importantes obrigações régias: “*olhar E prouer as cousas da justiça*” e “*dar maneira como os preitos E de-*

31 “*E em todas as outras cousas que per esta ordenaçam nam for prouido: se teera a ordem: que per as outras ordenações he determinado: assy nos feytos ciueis: como crimes*” (Ordem do Juízo de 1526, §44).

32 Deixaremos assinalado ao longo do texto a relação entre as disposições previstas nas reformas e as correspondentes nas Ordenações Filipinas (adiante OF).

33 Que adiante designaremos por OJ1524.

34 Compilação manuscrita de Duarte Nunes de Lião, de 1566 (adiante designada por Lião1566), f. 209. V. FIGUEIREDO, J.A., *Synopsis...*, cit., p. 315.

35 Particularmente na OM.3.15.

36 Embora não esteja numerada, tomámos por base os vinte parágrafos autónomos que surgem em Lião1566.

37 A ordenação foi registada no Livro roxo (ou terceiro) da Casa da Suplicação, de onde foi recolhida por Duarte Nunes de Lião na sua compilação manuscrita.

mandas se acabem com a mor brevidade que possiuel seja”, sendo esta justificada “pollas grandes despesas E muitos inconuenientes que da longura das ditas demandas se seguem o que he muito contra meu serviço E bem de meu povo”. A existência de demandas longas, em oposição a tais obrigações, encontra como principal fundamento a “ordem que se tem no proçessar E ordenar dos feitos”³⁸, justificando, por isso, a iniciativa régia de introduzir alterações à ordem do juízo.

Tais alterações possuem, contudo, um âmbito de aplicação limitado aos feitos que se processarem na Casa da Suplicação, da publicação da ordenação em diante, assim como *“nos que atee agora são começados E ajnda não forem acabados assim na primeira Instancia como na causa d’apelação E aggrauo e que no continuar deles no que ajnda esteuer por procesar se proçesse E guarde em todo esta minha ordenação como se nella contem E asy no Reçeber dos artigos como em todo o mais nella conteudo”*. O diploma fixa igualmente uma cláusula derogatória, determinando que *“todas as outras ordenações que no processar E julgar dos feitos falarem se guardarão naquela parte em que esta minha ordenação não for contraira porque na parte em que as contrariar quero que se cumpra e guarde sem embargo dellas e de como assi for notificada se fara assento pera depois se não poder alegar que não foj publicada ante em todo se comprir como encima dito he”³⁹.*

3. Ordem do Juízo Nova (1526)

Dois anos após a implementação da reforma processual na Casa da Suplicação, D. João III promulgará em Santarém, a 5 de julho de 1526, a denominada *“Ordenação da Ordem do Juízo”*^{40 41}. Composta por 45 parágrafos, a

38 OJ1524, pr.

39 OJ1524, §20.

40 Que adiante designaremos por OJ1526.

41 v. FIGUEIREDO, J.A., *Synopsis...*, cit., pp. 323-327; FREIRE, P.J. de Melo, «Instituições de Direito Civil Português» (tradução portuguesa de Miguel Pinto de Meneses), *Boletim do Ministério da Justiça*, ns. 161, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 170 e 171 (1967), livro IV, tít. VII, §XII; SILVA, J. V. Álvares da, «Sobre a Forma dos Juízos nos Primeiros Séculos da Monarchia Portuguesa», *Memórias de Litteratura Portuguesa*, tomo VI, Lisboa (Academia Real das Ciências de Lisboa), 1796, pp. 86-87; CASTRO, M. Chaves e, *Estudos sobre a reforma do processo civil ordinario portuguez*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1866, pp. 51-53. A numeração dos parágrafos segue a edição impressa de Germão Galharde (a numeração seguida por FIGUEIREDO desconsidera o §4 da edição impressa, integrando-o no §3).

ordenação faz igualmente menção à sua publicação, iniciada pela publicação pelo chanceler-mor na corte e posterior envio do traslado dela, sob sinal do chanceler e o selo régio, aos corregedores da comarcas para a fazerem publicar em todas as cidades, vilas e lugares de suas comarcas⁴². Como já deixámos assinalado, o diploma seria impresso a 27 de julho de 1526 por Germão Galharde em Lisboa. A venda da impressão cabia em exclusivo ao livreiro Afonso Lourenço⁴³, “*estante minha corte*”, sob pena de 50 cruzados para ele, não podendo ser vendida por mais que 15 reais cada uma. Cada exemplar seria assinado pelo chanceler-mor “*E nom sendo por elle assinada nom lhe sera dada fee alguma nem credito*”⁴⁴.

O diploma veio, por um lado, alargar as medidas previstas na ordem do juízo velha de 1524⁴⁵ e, por outro, aumentar o seu âmbito de aplicação, destinada agora a todo o território. O preâmbulo do diploma identifica de imediato, tal como na ordenação anterior, o problema a combater: “*o muyto tempo que ate ora se gastaua no processar: e ordenar os feytos: primeyro que as demandas fossem acabadas: de que se seguïam grandes despesas: E muitos danos aas partes: E outros inconuenientes*”. A ordenação visa resolver o problema, “*de maneira que com mais brevidade: E menos trabalho E despesa: as partes possam proseguir sua justiça*”⁴⁶.

Com maior detalhe do que na OJ1524, o monarca recorda que o ataque ao problema fora já prosseguido no reinado anterior através de diversas iniciativas, fazendo menção à “*tenção del Rei meu senhor: E padre que sancta gloria*

42 OJ1526, §45.

43 Livreiro de origem espanhola, serviu a rainha D. Catarina; referido em 1523 como editor da obra “*Manipulus Curatorum*”, impressa em Lisboa por Germão Galharde “*acosta y mission de Allonso lorenço librero vezino dela dicha ciudad de lisbona*”; já falecido em 1550. Por alvará de 4 de janeiro de 1554 é dado privilégio a Gil Marinho, livreiro do Infante D. Luís, para a impressão e venda das ordenações sobre a ordem do juízo, da defesa das sedas e cumprimento das espadas, conforme o tivera Afonso Lourenço, “*que foy liureiro da Rainha minha sobre todas muito amada e prezada molher*”, por este ser “*falecido ha annos*” e haver necessidade de se imprimirem tais ordenações; a ordenação da ordem do juízo não poderia ser vendida por mais que 15 reais (ANTT, Chancelaria de D. João III, Livro 3 de privilégios, fls. 161-161v). V. VITERBO, F.S., *A Livraria Real, especialmente no reinado de D. Manuel*, Lisboa (Tipografia da Academia das Ciências), 1901, p. 27.

44 OJ1526, §45.

45 Todos os parágrafos da OJ1524 são acolhidos na OJ1526, sendo os demais acrescentados.

46 OJ1526, pr.

aja: que com muyto cuydado sempre entendeo de dar ordem na breuidade das demandas: E pera ello fez muytas ordenações: y boons regimentos: per que muyta parte encurtou a ordem judicial: do que ante de seus tempos se guardaua: E praticaua". No entanto, as iniciativas legislativas manuelinas não produziram os efeitos esperados, na medida em que, "*como per esperiençia se mostrou nam ser prouido inteiramente aos modos: E maneyras que as partes buscauan pera alongar as demandas: E cauillarem as ditas ordenações*"⁴⁷.

O preâmbulo revela-nos, com maior pormenor, o modo prosseguido para atacar o problema (e que se materializou na chamada ordem do juízo velha, acima identificada), com particular relevância para o estudo do processo legislativo nos alvares da Idade Moderna. A iniciativa legislativa foi conduzida em duas fases: em primeiro lugar foi discutida por um grupo de letrados – não identificados –, que discutiu o remédio que se podia ter para reduzir as delongas processuais; numa segunda fase, obtido o parecer dos letrados, a reforma legislativa contou com a participação dos conselheiros régios ("*mandey praticar: E veer por letrados: o remedeo que pera yssso se podia teer E com seu parecer: E dos do meu conselho fiz esta ordenaçam: acerca da ordem do juyzo*")⁴⁸.

Como vimos, antes de ser aplicada a todo o reino, a reforma foi inicialmente aplicada somente na Casa da Suplicação, "*pera da pratica della se poder veer a breuidade: E proueito que se dela seguia: E assy alguns inconuenientes se os hy ouuesse*". Ensaíada durante dois anos no tribunal supremo, a reforma produziu resultados positivos, atingindo o duplo objectivo de mais celeridade e menos gastos para as partes ("*e por ora auer ja dous anos que se usa: E pratica: E se achar por experiencia o grande proueyto que se della segue: E que com muyta breuidade: E menos despesa das partes: se daa por ella fim aas demandas*"). Por isso, o monarca determina o alargamento do âmbito de aplicação da reforma processual aos demais tribunais do reino e senhorios, "*assy nos feytos que daqui em diante se começaram: como nos que ja sam começados: E ainda nam sam fijndos: naquelles termos que esteuerem por processar: posto que pendam per apelaçam: ou agrauo*"⁴⁹.

47 OJ1526, pr.

48 OJ1526, pr.

49 OJ1526, §45.

4. Ordenação da nova ordem do juízo sobre o abreviar das demandas e execuções delas (1577)

Decorridos mais de cinquenta anos sobre a reforma joanina – e sem prejuízo da existência de diversas ordenações que introduziram pequenas alterações em matérias alterações –, o reinado de seu neto D. Sebastião (1554-1578)⁵⁰ conheceu uma nova iniciativa robusta de alteração processual. Composta por 57 parágrafos, a ordenação (ou ordenações) “*da nova ordem do juízo sobre o abreviar das demandas e execuções delas*” foi promulgada em Lisboa a 18 de novembro de 1577⁵¹. O diploma apenas seria publicado na Chancelaria perante os oficiais da dita chancelaria e “*outra muita gente que vinha requerer seu despacho*” a 28 de janeiro de 1578. Após a sua publicação o chanceler-mor deveria enviar, sob o seu sinal e o selo régio, cartas com o traslado da ordenação aos corregedores e ouvidores das comarcas e aos ouvidores das terras em que os corregedores não entram por via da correição, para que estes as publicassem logo nos lugares onde estivessem e fizessem publicar em todos os lugares das suas comarcas e ouvidorias, “*para que a todos seja notório*”⁵². A ordenação deveria ser igualmente registada “*nos livros das Relações das ditas Casas da Suplicação e Casa do Cível em que se registam as semelhantes leis*”⁵³.

São conhecidas duas impressões do ano de 1578 por Manuel João⁵⁴ e por Francisco Correia⁵⁵. Com opções iconográficas mais modestas do que a OJ1526, com o escudo das armas reais portuguesas na portada⁵⁶, correspon-

50 D. Sebastião sucedeu ao seu avô apenas com 3 anos de idade e depois dos períodos de regência de sua avó D. Catarina de Áustria (r. 1557-1562) e de seu tio-avô D. Henrique (r. 1562-1568), assumiu o governo do reino aos 14 anos de idade em 1568. No Verão de 1578 o jovem rei, de 24 anos de idade, viria a sucumbir na malograda Batalha de Alcácer-Quibir.

51 Será adiante designada por OJ1577. V. FIGUEIREDO, J.A., *Synopsis...*, cit., pp. 323-327; FREIRE, P.J. de Melo, «Instituições...», cit., livro IV, tít. VII, §XII; SILVA, J. V. Álvares da, «Sobre a Forma...», cit., pp. 87-88; CASTRO, M. Chaves e, *Estudos...*, cit., p. 53.

52 OJ1577, §57.

53 OJ1577, §57.

54 V. ANSELMO, A., *Bibliografia...*, cit., n.º 723. Edições com variantes disponíveis em <http://purl.pt/15216> e <http://purl.pt/15199>.

55 V. ANSELMO, A., *Bibliografia...*, cit., n.º 512. Disponível em <http://purl.pt/16434>.

56 Na edição de Francisco Correia o escudo é encimado por uma coroa e ladeado por dois anjos, sustentando cada um a esfera armilar e a cruz de Cristo.

dem ambos a um caderno de dez fólhos, dividido em 57 parágrafos assinalados mas não numerados. A edição de Manuel João apresenta uma tentativa de sistematização interna, que não abrange todos os parágrafos, assente em títulos⁵⁷.

O preâmbulo identifica o mesmo problema que as anteriores reformas já tinham anunciado, ou seja, as “*grandes dilações, que atee agora ouue em meus Reynos, & senhorios, dos feitos, & processos das demandas, E dos muitos inconuenientes que disso recreciam, em grande perjuyzo de meus pouos, & vassalos*”. Ao contrário da reforma joanina, que recordava e enaltecia as iniciativas anteriores, o preâmbulo da OJ1577 não faz qualquer referência às reformas passadas, recordando somente a consciência de que “*a principal & mayor obrigaçãoo, que os Reys & Principes Christãos tem, he fazer inteiramente, & com breuidade administrar justiça a seus vassallos*”.

No que respeita ao processo legislativo, a OJ1577 fornece-nos informações mais detalhadas. A reforma foi confiada igualmente a um grupo de letrados, composto por “*algumas pessoas do meu Conselho, & de letras, & experiência*”, que, numa primeira etapa, discutiu “*as cousas da justiça (em que lhes parecesse que deuia prouer e sobre o remedio que nisso poderia auer.) Principalmente pera se não dilatarem os feytos, & demandas, & se dar breve despacho às partes*”. Por ordem régia, a comissão foi encarregada, numa segunda fase, de obter as informações necessárias e ouvir “*os Desembargadores antigos da casa da Supplicaçam, & do Ciuel, & as mais pessoas que lhes parecesse*”. A audição dos julgadores mais experientes dos tribunais superiores por parte da comissão demonstra a dupla dimensão teórica e prática que a reforma assumiu, assente, em primeiro lugar, numa reflexão conjunta sobre os problemas e, num segundo momento, na participação dos magistrados mais experientes, capazes de trazer para a discussão as dificuldades práticas que enfrentavam. Num terceiro momento, cumprindo as determinações régias, “*despois de se ajuntarem muytos dias & praticarem largamente sobre os casos, & cousas em que parecia que se deuia prouer, & de tomarem acerca della as enformações que conuinha que se tomassem, pera se prouer em todas como compria a minha obrigaçam, & ao bem de meus pouos, & vassalos*”, os letrados “*deram de tudo conta, & relação*” ao rei⁵⁸. O trabalho realizado pela comissão culminou, portanto, num parecer ou relatório dirigi-

57 Dos Escrivães (§16-20); Dos Advogados (§21-27); Das Suspeições (§28-34); Das Partilhas (§35-41); Das Execuções (§42-50).

58 OJ1577, pr.

do ao monarca⁵⁹. O monarca encontrava-se, então, em condições de aprovar, por via legislativa, novas medidas de combate à morosidade da justiça.

IV. SOLUÇÕES CONSAGRADAS NAS REFORMAS

A partir das ordenações da ordem do juízo é possível traçar o retrato dos problemas do direito processual quinhentista e a forma como se pretendia lidar com esses problemas. Na sua maioria, as críticas ao direito processual, na medida em que resultavam de características comuns ao processo romano-canónico, não eram exclusivas da realidade portuguesa e, por isso, os remédios propostos são também comuns a outras experiências jurídicas⁶⁰.

O principal problema a atacar era a morosidade dos processos, com causas muito distintas. Com base nas medidas levadas a cabo pelas reformas processuais, podemos identificar como principais causas das delongas o número elevado de processos (IV.1), a extensão e número de adiamentos ou suspensões processuais (IV.2), a faculdade de recusa do juiz por suspeição (IV.3), as dilações em matéria probatória (IV.4), as dilações convocadas na execução das sentenças e em sede de partilhas (IV.5) e o desempenho dos oficiais (IV.6). Vejamos, com maior detalhe, os principais e mais relevantes remédios processuais estabelecidos pelas novas ordenações da ordem do juízo.

1. Volume de trabalho do tribunal

A generalização do acesso aos tribunais para a resolução de contendas e a possibilidade de reforma das sentenças pela via recursal significaram um crescente aumento do volume de trabalho nos tribunais, em particular nas jurisdições superiores, que o aumento do número de julgadores não permitia, por si só, acompanhar. Como consequência, a capacidade de expedição dos tribunais diminui e o tempo de espera para que se faça justiça aumenta.

59 O método de trabalho descrito partilha semelhanças com o seguido em 1582 na reforma da justiça promovida por Filipe II de Espanha em Portugal, assente num trabalho em comissão ou junta. V. TESTOS, J., «Organização judiciária e administração da justiça no Portugal filipino: a “reformaçãom da justiça” de Filipe I de Portugal (1582)» in L. BECK, M. J. SOLLA (ed.), *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho / Estudos Luso-Hispanos de História do Direito*, Madrid (Editorial Dykinson), 2018, pp. 93-121.

60 V., por exemplo, para o caso espanhol, ALONSO ROMERO, M.P., “El solemne...”, cit., pp. 2836; no contexto dos Países Baixos Espanhóis para o período em análise, VAN RHEE, C. H., *Litigation...*, cit., pp. 313 e ss.

Os remédios tendentes a atacar os atrasos motivados pelo volume de trabalho do tribunal têm como objetivo a redução do número de casos com que se lida ou a simplificação do processo (cujas particularidades analisaremos no ponto IV.2), de modo a garantir que a demanda decorre num período mais curto de tempo.

A redução do número de litígios submetidos ao tribunal é mais facilmente alcançável em matéria de recursos do que em primeira instância. Tendo isso em vista, são aprovadas medidas que visam a limitação da possibilidade de recursos. Os meios de recurso facultados pelas Ordenações⁶¹ são os embargos⁶², as apelações⁶³, os agravos (por petição⁶⁴, por instrumento⁶⁵ ou ordinários⁶⁶) e as revistas⁶⁷. O elemento essencial para os distinguir resulta da contraposição entre sentenças interlocutórias e sentenças definitivas (i.e., que põem fim à causa). O direito romano e o direito canónico apresentam, a este propósito, soluções distintas: se o direito canónico permitia apelar das sentenças interlocutórias, o direito romano proibia a apelação das sentenças interlocutórias sem força de definitivas. Implementando uma *media via*, as Ordenações admitiram, para remediar a impossibilidade de apelação das sentenças interlocutórias, os agravos por petição ou por instrumento. Ora, a possibilidade de recorrer de sentenças interlocutórias, assim como o efeito suspensivo associado à interposição de determinados recursos, concorrem para que as partes, recorrendo a estes mecanismos, prolonguem ou mesmo eternizem as demandas.

61 V. SOUSA, J.J.C. Pereira e, *Primeiras linhas sobre o processo civil*, tomo II, Lisboa (Imprensa Nacional), 1834; FREIRE, P.J. de Melo, «Instituições...», cit., livro IV, tít. XXIII.

62 Alegados perante o mesmo juiz que deu a sentença, podem ser interpostos de sentença interlocutória ou definitiva e têm, por regra, efeito suspensivo.

63 Interpostas, pela parte vencida, das sentenças definitivas ou das interlocutórias com força de definitiva do juiz inferior para o juiz superior, têm, por regra, efeito suspensivo.

64 Interpostos da sentença interlocutória do juiz inferior para o superior que fica sediado no mesmo lugar ou dentro de cinco léguas, têm efeito suspensivo por via da expedição dos autos para o juiz superior.

65 Interpostos da sentença interlocutória do juiz inferior para o juiz superior fora das cinco léguas, não têm efeito suspensivo porque os autos não se transmitem, extraindo-se dos autos apenas o que pode justificar o recurso.

66 Interpostos das sentenças definitivas de juizes das quais, pela sua graduação, não se pode apelar, têm efeito suspensivo durante seis meses.

67 Interpostas das sentenças da maior alçada para o príncipe, são recursos extraordinários apenas concedidos em casos excepcionais.

Tendo isso em vista, a OJ1526 generaliza um novo tipo de recurso⁶⁸, denominado agravo no auto do processo, a que as OM já faziam menção⁶⁹ e que a OJ1524 explicitara⁷⁰. Este agravo é interposto para o juiz superior de sentenças interlocutórias sem força de definitivas que digam respeito à ordem do processo, através de um termo lavrado nos autos, para que dele se tome conhecimento apenas quando o feito subir por qualquer incidente. Para além da sua simplicidade, o principal objetivo da implementação deste recurso é evitar a suspensão do processo: o feito mantém o seu curso, sem qualquer suspensão, e o agravo só será conhecido quando o feito subir ao juiz superior. Com a disseminação do novo recurso do agravo no auto do processo, afasta-se, nesses casos, a possibilidade de apelação ou agravo por petição ou instrumento, o que implica que as partes deixam de poder, por via da interposição do recurso, suspender o feito.

Por seu turno, a OJ1577 introduzirá limitações ao recurso de embargos, frequentemente utilizado pelas partes para dilatar os feitos. Assim, proíbe-se a admissão de segundos embargos de qualquer sentença final ou interlocutória. Na interposição dos primeiros embargos, o feito só será entregue ao procurador mediante juramento em como “*se pede a vista bem & verdadeiramente, & nam a fim de dilatar*”⁷¹.

A redução do número de casos submetidos ao tribunal pode também ser obtida por via da regulação das custas judiciais. O princípio do pagamento das custas com a demanda pela parte perdedora, proveniente do direito romano, se fosse aplicado com maior firmeza, poderia dissuadir os potenciais litigantes de dar início às demandas ou de as alongar⁷². Determina-se, portanto, a obrigatoriedade de condenação nas custas, pelo menos nas do processo⁷³, à parte vencida, quando o juiz der sentença final, em qualquer caso e

68 Por regra, das determinações do juiz de primeira instância de que não for possível apelar ou agravar e das condenações em custas do retardamento. V. OJ1524, §§ 11, 15, 17; OJ1526, §§ 7, 8, 14, 23, 27, 33, 37.

69 V. OM.3.54.8 e OM.3.77.17.

70 “(...) *sem do tal lançamento haver aggrauo porem escreverseha no auto do processo por termo aggrauando a parte pera depois no caso do aggrauo ou quando se ouuer de determinar o feito finalmente em Relação ser prouido como for Justiça*” (OJ1524, §11).

71 OJ1577, §2; OF.3.88.pr.

72 VAN RHEE, C. H., *Litigation...*, cit., p. 326.

73 A OJ1524 determinava “*por evitar que as partes não fação muitas demandas nem as alonguem*” a obrigatoriedade de condenação nas custas “*asy do processo como pessoas*” (OJ1524, §19). A OJ1526 vem admitir que as partes possam ser escusadas do

de qualquer qualidade que seja, sem que o juiz possa relevar, “*salvo entre as pessoas que por bem de minhas ordenações não há custas*”⁷⁴. Por outro lado, generaliza-se o pagamento de custas do retardamento nos casos em que uma decisão do juiz revele que a parte condenada dilatou maliciosamente o feito⁷⁵.

2. Extensão dos adiamentos ou suspensões

Já vimos como o modelo romano-canônico pressupõe a possibilidade de as partes manipularem o tempo do processo através do adiamento da realização dos atos processuais. O remédio para este problema pode residir na implementação de medidas de economia e simplificação processuais orientadas para a eliminação ou redução da possibilidade das partes serem novamente ouvidas e demais atos que resultem supérfluos⁷⁶.

Uma medida essencial neste âmbito consiste na fixação de prazos concretos para a realização de atos processuais. Assim, na ausência de indicação do tempo processual nas OM, a OJ1526 estabelece a fixação de prazos para o libelo (primeira audiência⁷⁷), contrariedade do réu (segunda audiência após o libelo), réplica do autor (primeira audiência após a contrariedade) e tréplica do réu (audiência seguinte)⁷⁸. Por seu turno, as exceções dilatórias⁷⁹ e perentórias⁸⁰ devem ser alegadas pelo réu até à segunda audiência⁸¹. O incumprimento dos prazos fixados determina, no caso do prazo do libelo, a absolvição do réu da instância⁸². Se o réu não comparecer na primeira audiência para

pagamento das custas pessoais se tiverem justa causa para litigar, salvo nas custas que se fizerem sobre alguma execução (OJ1526, §41).

74 OJ1524, §19; OJ1526, §41; OF.3.67, pr. e OF.3.86.31. Altera a OM.3.71.14. Na OJ 1524, §19 previa-se a obrigatoriedade de custas quer pessoais quer do processo.

75 OJ1524 §§ 3, 13; OJ1526, §§5, 7, 15, 16, 18, 24, 27, 29, 33, 34; OJ1577, §2.

76 V. VAN RHEE, C. H., *Litigation...*, cit., pp. 332-333; ALONSO ROMERO, M.P., «El solemne...», cit., pp. 31-32.

77 OJ1524, §1; OJ1526, §1; OF.3.20.4. A OM.3.15.17 previa somente que seria assinado termo para o autor vir com libelo.

78 OJ1524, §2; OJ1526, §2; OF.3.20.5. A OM.3.15.17 previa somente que seria assinado termo para as partes virem com seus artigos.

79 OJ1524, §4; OJ1526, §7; OF.3.20.9.

80 OJ1526, §8; OF.3.20.15.

81 OJ1526, §7; OF.3.20.9.

82 OJ1524, §5; OJ1526, §9; OF.3.20.18; revoga a OM.3.15.17, que determinava a concessão de segundo e terceiro termos para o autor que não viesse com o libelo.

que foi citado, o juiz assinará termo para que venha com contrariedade à segunda audiência⁸³.

Por outro lado, procede-se a uma limitação quanto à possibilidade de novas intervenções processuais. Assim, os artigos acumulativos ou dependentes dos artigos recebidos que as partes queiram trazer antes da prova só podem ser alegados na audiência oralmente (e não por escrito) e devem ser trazidos à primeira audiência⁸⁴. Depois de ser concedida dilação probatória, as partes não poderão vir com mais artigos acumulativos ou dependentes⁸⁵. A OJ1524 fundamenta esta proibição com o facto de “*os mais artigos que alegão depois de dado lugar a proua o fazem com malicia e por dilatar E por tanto mando que nunca lhes mais seja dado lugar pera offerecerem os taes artigos asy na primeira instancia como na causa do aggrauo*”⁸⁶. Contudo, a OJ1526 virá admitir que, nos casos de apelações ou de agravos de sentenças definitivas ou quando o juiz despachar os feitos em relação, as partes venham com “*rezam de nouo: ou com outra rezam jurídica: que veresimelmente pareça que a não leyxou de aleguar maliciosamente: E que faz a seu deryto: posto que a nam ouuesse de nouo*”⁸⁷.

Entre as duas reformas processuais foi promulgada a lei de 24 de março de 1558 (“*Ley dos artigos acomullatiuos*”)⁸⁸, que refere no seu preâmbulo “*que as partes vem muytas vezes em seus feytos com artigos de reprica: E trepica aos artigos acomulatiuos, ou dependentes por a ordenação da nova ordem do juyzo lhes dar a isso lugar: E que articulão algumas vezes nos ditos artigos de Reprica E Trepica de cousas de que ja tem articulado em outros artigos, o que he causa de se dilatarem as demandas, E se fazerem grandes processos E despesas*”. A lei determina então que a parte que entender apresentar artigos acumulativos em resposta à apresentação dos mesmos pela parte contrária, deverá fazê-lo no prazo concedido para a contrariedade, sem lhe ser dado novo termo; proibem-se os artigos de réplica e tréplica aos ditos acumulativos. No entanto, a dilação provocada pela sucessão de artigos acumulativos manteve-se, levando o legislador, de forma mais drástica, a estabelecer na OJ1577 a proibição de artigos acumulativos ou de nova razão: os

83 OJ1524, §8; OJ1526, §12; OF.3.20.21.

84 OJ1524, §14; OJ1526, §19. O §14.OJ1524 apenas refere a alegação pela parte de “*alguma Razão que nouamente veo a sua noticia E que se espera dajudar da prova della*”. Alterado pela OJ1577, §1.

85 OJ1524, §14; OJ1526, §20. Alterado pela OJ1577, §1.

86 OJ1524, §14, parte final.

87 OJ1526, §20.

88 Disponível em <http://purl.pt/21774>.

únicos artigos admitidos nos processos-crime ou cíveis são o libelo, a contrariedade, a réplica e a tréplica. Admitem-se, porém, artigos de nova razão nos casos de apelação ou agravo, havendo somente lugar à contrariedade do réu, sem mais artigos de uma e outra parte⁸⁹.

As novas ordenações processuais insistem também na simplificação do processo, introduzindo alterações ao processo ordinário ou desenvolvendo aspetos do processo sumário. Deste modo, a OJ1526 determina que, com a apresentação do réu em juízo após a citação, o juiz fará às partes “*as perguntas que lhe bem parecer*”, determinando finalmente a causa se a logo puder determinar com base nas perguntas realizadas, dando apelação ou agravo da sua determinação⁹⁰. Quando o libelo é oferecido em audiência, o juiz dirá sumariamente que o recebe “*enquanto de direito é de receber*”, sem o analisar nem mandar ler⁹¹; em prol da celeridade processual, o juiz considerará também a demanda contestada e receberá a contrariedade, a réplica ou a tréplica nas audiências em que forem apresentadas, sem as analisar⁹².

Com um objetivo unificador, o processo penal é também objeto de simplificação na OJ1526, prevendo-se que as regras estabelecidas na ordenação para o processo civil são também aplicáveis ao processo penal, com as seguintes especificidades: o libelo será lido na audiência; o julgador mandará as partes fazer as declarações necessárias; os demais artigos das partes serão recebidos na audiência sem se lerem⁹³. A OJ1577 determina, por seu turno, como simplificação em matéria penal, que o acusado apenas será obrigado a citar os parentes do morto até ao primeiro grau, citando apenas os do segundo grau na ausência daqueles⁹⁴.

As reformas da ordem do juízo irão ainda introduzir significativas alterações ao processo sumário da chamada ação de assinação de dez dias (ou ação decendiária), cujas regras haviam sido previstas nas OM⁹⁵. Este processo era

89 OJ1577, §1; OF.3.20.27 e 29; OF.3.83.pr.

90 OJ1524, §1; OJ1526, §1; OF.3.20.4.

91 Esta disposição será alterada pela Lei da Reforma da Justiça de 1582, §21.

92 OJ1524, §2; OJ1526, §2; OF.3.20.5. Revoga a OM.3.48.8, que determinava que o juiz devia ver se os artigos eram ou não de receber.

93 OJ1526, §43; OF.5.124, pr. e 3.

94 OJ1577, §13; OF.5.124.9. Altera a OM.5.1.3, que determinava a obrigação de citar os parentes do morto até ao segundo grau inclusive.

95 V. MOREIRA, F. M. H., «Uma hipótese sobre a possível origem da ação decendiária ou ação de assinação de dez dias nas ordenações manuelinas», *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de S. Paulo*, v. 104 (2009), pp. 571-587.

aplicável às demandas fundadas em escrituras públicas, as quais devem “*com muita razam mais breuemente de seer acabadas (...) pera que os credores possam sem delonga cobrar o que lhe for devido, e seu paguamento se nom delongue com as maliciosas excepções, que os devedores muitas vezes poem ao que per escripturas pubricas sam obrigados*”⁹⁶. Assim, demandando o autor o réu por razão de alguma coisa ou quantia que este lhe seja obrigado a dar ou entregar, mostrando a escritura pública da obrigação ou alvarás com força de escritura pública, o juiz assinaria, de modo sumário, um termo perentório de dez dias ao réu para que pagasse, mostrasse quitação ou alegasse e provasse qualquer outra razão de embargos para não pagar aquilo a que escritura o obrigava. Passados os ditos dez dias, se o réu não mostrasse quitação nem outra razão que o desobrigasse a pagar, era sumariamente condenado ao pagamento.

As OJ1524 e 1526 confirmam a especialidade desta recente ação, ao determinar que as regras definidas na nova ordenação não lhe são aplicáveis⁹⁷. A OJ1577 veio introduzir alterações a este processo sumário⁹⁸, entre as quais se destaca a possibilidade do demandado vir com embargos de incompetência ou de alguma exceção dilatória, procedendo-se nos tais embargos e exceções sumariamente, “*abreuiandose os termos o mais que poder ser*”⁹⁹.

3. Recusa do julgador por suspeição

A par dos recursos, o direito processual admitia a recusa do juiz como mecanismo destinado a permitir a reação das partes contra o mal julgado. A limitação quanto à possibilidade de recurso das decisões dos juízes superiores reforçava a importância do instituto da recusa do juiz, transformado em principal garantia de justiça a favor dos litigantes. Assim, qualquer julgador podia ser recusado por suspeição que, se provada, determinava o seu afastamento do processo. A recusa de juiz por suspeição, processualmente concebida como a primeira das exceções dilatórias a alegar, devia ser deduzida perante o juiz recusado mas a competência para o conhecimento e decisão pertencia a outro magistrado. Ao determinar a suspensão do feito até a exceção ser decidida, a recusa por suspeição representou um mecanismo frequentemente

96 OM.3.16, pr.

97 OJ1524, §15; OJ1526, §28; OF.3.25.4.

98 OJ1577, §§5, 6 e 7; OF.3.25.2, 3 e 6.

99 OJ1577, §6; OF.3.25.6.

utilizado pelas partes tendo em vista o prolongamento das demandas, com gastos e despesas desnecessárias.

As OM¹⁰⁰, reconhecendo como “*aas vezes se poem em Nossa Corte muitas suspeições nom verdadeiras, a fim de dilatar os feitos, de que se recrece perda, e dano, e grande impedimento pera seus despachos*”, procuraram, como medida preventiva, aumentar os custos associados a esta exceção, estabelecendo, para certos casos¹⁰¹, a obrigação da parte recusante fazer um depósito no valor de dez cruzados, como condição para lhe fosse dada dilação probatória, sendo o recusante condenado nesse valor se não provasse a suspeição¹⁰².

A OJ1526 veio reforçar o mecanismo de combate às suspeições meramente dilatórias, ao proibir a invocação da suspeição, nos casos em que as partes sabiam ou podiam saber quais os julgadores que haviam de despachar o feito, depois de o julgador ter posto no feito a sua tenção, escrito a sentença no feito ou de terem sido dadas vozes (i.e., depois de a parte recusante poder ter conhecimento de que a sentença lhe seria desfavorável)¹⁰³.

Por outro lado, “*porque as partes muitas vezes vêm com suspeições que não entendem provar nem prosseguir somente por terem os juizes impedidos para não poderem em nenhum outro feito seu conhecer*”, procura acautelar-se o efeito da suspensão noutros feitos que estejam a ser julgados pelo mesmo juiz, ao determinar a obrigação da parte recusante de prosseguir a suspensão nos termos previstos nas ordenação e apresentar, no prazo de um mês a contar do dia em que a suspeição foi intentada, uma certidão, do julgador competente, atestando a decisão favorável quanto à suspeição, ou atestando que a parte prosseguiu em juízo a suspeição mas é necessário uma prorrogação do prazo, até quinze dias, para esta se determinar; se a parte não apresentar a certidão no prazo de um mês, ou trazendo, se decorrerem os quinze dias adicionais, o julgador recusado pode prosseguir pelo feito em diante e ser juiz em todos os outros feitos da parte¹⁰⁴.

Apesar desta determinação a fixar um prazo máximo de 45 dias para provar e determinar as suspeições, os julgadores das suspeições continuavam a proceder com a suspeição, sem embargo do termo do prazo ter passado,

100 OM.3.22. V., para as Ordenações Afonsinas, OA.3.28.

101 Nas suspeições postas aos julgadores dos tribunais superiores em feitos cíveis superiores a vinte mil reais e em todos os feitos crimes.

102 OM.3.22.6.

103 OJ1526, §39; OF.3.21.5 e 6.

104 OJ1526, §40; OF.3.21.21.

julgando nalguns casos os julgadores por suspeitos, tendo estes já voltado a tomar conhecimento do feito. Por isso, por carta de 27 de novembro de 1547, foi reforçado que, passados os 45 dias sem a suspeição ser determinada por sentença, a causa da suspeição se extingue¹⁰⁵.

Para evitar que a suspeição seja invocada apenas para suspender a execução de sentenças, a OJ1526 prevê ainda que, sendo intentada suspeição ao julgador que mande fazer uma execução, o outro julgador parceiro, se o houver, vá com a execução em diante, enquanto se proceder na suspeição¹⁰⁶.

O reinado de D. João III conheceu outros remédios em matéria de suspeições. Por carta régia de 19 de setembro de 1537 determina-se o despacho das suspeições nos feitos dos presos e quaisquer outros que se mandarem despachar durante as férias¹⁰⁷, generalizando-se, por carta régia de 27 de setembro do mesmo ano, o despacho das suspeições em todos os outros feitos durante as férias judiciais¹⁰⁸. Por seu turno, o alvará de 27 de novembro de 1547, “*por euitar as suspeições que muitas vezes se poem para dilatar as causas aos desembargadores ou officiaes de minha corte E das casas da supplicação E do çiucl*”, determina que o já referido depósito dos dez cruzados, exigido nas suspeições contra os julgadores dos tribunais superiores¹⁰⁹, fosse feito logo que a parte viesse com a suspeição por escrito, antes de ser levada ao julgador para se pronunciar sobre a suspeição¹¹⁰.

Pouco após a morte de D. João III (que ocorre a 11 de junho de 1557), no início do período da regência de D. Catarina de Áustria, surgem novas alterações legislativas em matéria de suspeições, ensaiadas também de forma gradual, primeiro nas Casas da Supplicação e do Cível e na cidade de Lisboa, através do alvará de 7 de julho de 1557¹¹¹ e, posteriormente, através da chamada Lei das suspeições de 24 de março de 1558¹¹². Nestes diplomas determinou-se a proibi-

105 Lião 1566, ff. 233-233v; OF.3.21.22.

106 OJ1526, §41; OF.3.21.28.

107 As férias da Casa da Supplicação ocorriam nos meses de setembro e outubro. V. OM.3.28.16.

108 Lião1566, f. 235. V. OF.3.18.11.

109 OM.3.22.6, que determinava que o depósito fosse feito depois de recebida a suspeição.

110 Lião1566, ff. 233v-234; OF.3.22.pr., que consagra o valor de vinte cruzados de depósito.

111 Com um âmbito de aplicação restrito às Casas da Supplicação e do Cível e à cidade de Lisboa. V. Lião1566, ff. 231v.

112 Disponível em <http://purl.pt/21983>. V., sobre a produção de efeitos da chama-

ção de segunda suspeição, depois de uma primeira suspeição infrutífera, “*salvo se a causa de tal suspeição nascesse de novo*”¹¹³; ampliou-se a proibição de suspeição “*para o que mais crescer depois da sentença final*”¹¹⁴; limitou-se o recurso à suspeição, devendo esta recair exclusivamente sobre o julgador e não sobre os seus parentes¹¹⁵; estabeleceu-se também que os que não tiverem dez cruzados para depositar o deverão provar por testemunhas¹¹⁶. Ainda do final da regência de D. Catarina data o alvará de 1 de agosto de 1562, o qual, “*pera melhor E mais breue despacho das partes E por outros justos Respeitos que me a isto mouem*”, veio determinar que o chanceler da Casa da Suplicação e o juiz da chancelaria despachem as suspeições em Relação com os desembargadores para isso ordenados, deixando de despachar os feitos sozinhos, com possibilidade de agravo para os desembargadores do agravo¹¹⁷.

O tratamento dado às suspeições na OJ1577 merece destaque, encontrando-se autonomizado em sete parágrafos. Tendo a obrigação do referido depósito sido entretanto alargada aos corregedores das comarcas e outros julgadores através de provisões régias¹¹⁸, a OJ1577 determina que, sendo posta suspeição aos julgadores da cidade de Lisboa que não são desembargadores, a parte recusante será obrigada a depositar o valor de quatro cruzados, “*como depositam as partes que recusam os corregedores das comarcas dos meus Reinos*”¹¹⁹. O depósito é também alargado às suspeições levantadas aos juizes de fora (no valor de dois cruzados) e aos ouvidores letrados dos senhores de terras (no valor de quatro cruzados)¹²⁰. Nos casos em que, havendo depósito,

da “*lei nova das suspeições*”, o assento de 31 de agosto de 1564 da Casa da Suplicação (Lião1566, ff. 234v-235).

113 V. OF.3.21.12. V. também, sobre esta disposição da “*ordenação nova das suspeições*” e sua interpretação, o assento de 11 de janeiro de 1564 da Casa da Suplicação (Lião1566, ff. 234v).

114 V. OF.3.21.5 e 6.

115 V. OF.3.21.10.

116 V. OF.3.22.2.

117 Lião1566, ff. 234. V. OF.1.4.13 e OF.1.14.3.

118 Referidas na ordenação de 24 de março de 1558 (v. *Leis extravagantes collegidas e relatadas pelo Licenciado Duarte Nunes do Lião*, Lisboa, 1569, adiante designada por Lião1569, Parte III, tít. II. lei VI, §3, parte final).

119 OJ1577, §29. A OF.3.22.pr subiu o valor do depósito nestes casos para cinco cruzados.

120 OJ1577, §33. A OF.3.22.pr subiu o valor do depósito nestes casos para cinco e dez cruzados, respetivamente.

haja pronúncia de que a suspeição não procede, a parte recusante perderá a metade do depósito; a parte perderá a totalidade do depósito caso desista da suspeição e se não a provar, sem prejuízo do pagamento das custas do retardamento¹²¹.

A OJ1577 estabelece ainda outros custos associados à suspeição, como o pagamento de dois vinténs da assinatura no despacho final do julgador que conhecer da suspeição, quer a suspeição proceda ou não¹²², e nas determinações dadas nas suspeições dos escrivães¹²³; ou o pagamento do salário por inteiro ao escrivão recusado, caso seja julgado por não suspeito, além do pagamento do salário ao outro escrivão que escreveu no feito enquanto pendia a suspeição¹²⁴.

4. Dilações em matéria probatória

A fase da produção de prova representava igualmente um momento processual em que as partes podiam dilatar o feito, particularmente, através da invocação da necessidade de prazos mais alargados para apresentação de provas.

Nesse sentido, a OJ1526 vem estabelecer que o juiz deve conceder “*dilatação conveniente, segundo a distancia do lugar onde se a prova ha de fazer*” para as partes provarem os seus artigos¹²⁵. Pedindo as partes dilação para apresentação de prova produzida em lugar distante, o juiz mandará que as partes identifiquem os artigos para os quais pedem a dilação, “*sem para isso lhe mandar dar o feito*” e avaliará se os artigos são pertinentes, se as partes pedem a dilação maliciosamente ou se a prova é necessária¹²⁶.

Por outro lado, nos casos em que os artigos das partes tiverem de ser provados por escritura pública, a produção de prova é antecipada, devendo a sua apresentação ocorrer juntamente com o respetivo artigo; a falta da sua apresentação deve ser invocada pela parte contrária na audiência e não por escrito¹²⁷.

A OJ1526 estabelece ainda que, nos casos em que as partes invoquem a

121 OJ1577, §28; OF.3.22.3 e 4.

122 OJ1577, §30; OF.3.96.pr.

123 OJ1577, §31; OF.3.96.pr.

124 OJ1577, §31; OF.3.23.2 e OF.3.96.pr.

125 OJ1524, §2; OJ1526, §2; OF.3.20.5.

126 OJ1526, §§3 e 4; OF.3.54.12.

127 OJ1524, §§9, 11, 12; OJ1526, §§13, 14 e 16; OF.3.20.22, 23 e 25.

necessidade de alguma escritura ou autos que não estejam em seu poder para fazerem os seus artigos, o juiz dá-lhes tempo conveniente para os trazer, sob juramento de que não os podem fazer sem eles¹²⁸. A OJ1577 irá alterar esta disposição, de modo a evitar que a invocação de documentos que se encontrem fora de Portugal possa suspender indefinidamente o processo. Assim, determina-se que, nos casos em que as partes invocarem alguns *papéis* que dizem ter na Índia, S. Tomé ou outros lugares ou reinos estrangeiros, o juiz assinará termo conveniente para os trazerem, prosseguindo o feito principal até nele se dar sentença final¹²⁹.

5. Dilações na execução das sentenças e em sede de partilhas

A execução das sentenças constituía outro momento em que as delongas, promovidas pelas partes condenadas para impedir ou atrasar a execução, se faziam sentir, em prejuízo da realização da justiça à parte vencedora. O preâmbulo da Lei das dilações e execuções de 30 de novembro de 1557 assinala as *“muytas dilações de que as partes usam nas execuções das sentenças contra elles dadas, a fim de se nam executarem as taes sentenças, nem pagarem o em que per ellas sam condenadas, o que he causa de as ditas execuções durarem muyto tempo, & as partes vencedoras não poderem auer o que lhes he julgado & de se fazerem sobre isso grandes despesas”*¹³⁰.

A matéria das execuções de sentenças foi tratada na OJ1577, encontrando-se autonomamente vertida em oito parágrafos¹³¹. Neles se procura agilizar as execuções, encurtando prazos para os bens a penhorar andarem em pregão¹³² e estabelecendo-se um processo sumário para os embargos à sentença¹³³. Determinam-se, ainda, limites aos embargos ou suspeições na fase da execução da sentença, prevendo-se, designadamente, a prisão da parte condenada que não dê penhores, quando um terceiro possuidor vier com embargos à execução¹³⁴ ou da parte que retarde com embargos a execução da sentença, caso

128 OJ1524, §13; OJ1526, §18.

129 OJ1577, §8; OF.3.20.26.

130 Disponível em <http://purl.pt/21855>.

131 OJ1577, §§42-50. A matéria encontrava-se regulada na OM.3.71.

132 OJ1577, §45; OF.3.86.25. Os prazos são encurtados para vinte dias no caso bens de raiz e oito dias no caso de bens móveis. A OM.3.77.12 previa o prazo de trinta e dez dias, respetivamente.

133 OJ1577, §45; OF.3.87.pr.

134 OJ1577, §49; OF.3.86.17.

esta não acabe no prazo de três meses¹³⁵ e a proibição de recusa por suspeição de mais do que dois escrivães “*porque quando se recusam mais, se entende que se faz a fim de dilatar*”¹³⁶.

Por outro lado, a OJ1577 dedica também seis parágrafos à matéria sucessória das partilhas¹³⁷. As medidas visam evitar as dilações durante a partilha, suscetíveis de beneficiar, desde logo, a pessoa que detém os bens a partilhar¹³⁸. O detentor dos bens será retirado da posse da herança se alegar dúvidas durante a partilha, sendo imposto o prazo de um ano, contado do dia da morte do defunto, para se acabarem as partilhas, sob pena de sequestro dos bens¹³⁹. Os juízes das partilhas são também visados nestas alterações legislativas, conferindo-lhes, por um lado, competências para promoverem o sequestro dos bens *ex officio*, sem depender do requerimento das partes, mas acompanhando essa competência oficiosa de uma fiscalização mais apertada, estabelecendo que nas residências aos juízes dos órfãos e outros julgadores que fazem partilhas se pergunte particularmente se as fizeram nos termos previstos na lei¹⁴⁰.

6. Desempenho dos oficiais de justiça

Podemos identificar nos remédios previstos na OJ1526 e, com maior intensidade, na OJ1577, uma preocupação dirigida ao desempenho dos que ocupam ofícios de justiça. Com efeito, sem prejuízo das determinações de natureza adjetiva que o legislador pretende implementar, existe a consciência da necessidade de complementar essas medidas com outras que garantam que os oficiais de justiça desempenham corretamente os seus ofícios: oficiais incapazes são uma garantia de atrasos. As orientações dirigem-se, por um lado, às partes (em particular, aos seus procuradores) e, por outro, aos julgadores, aos escrivães e aos demais oficiais de justiça.

O papel dos advogados na dilação maliciosa dos feitos foi reconhecido des-

135 OJ1577, §48; OF.3.86.18.

136 OJ1577, §47. Na OF.3.23.3 proíbe-se as suspeições aos escrivães que escreverem nas execuções.

137 OJ1577, §§35-41. Prevista na OM.4.77.

138 Nos apontamentos dos Prelados nas Cortes de 1562 já se havia solicitado o sequestro dos bens de quem, estando em sua posse, impugnar as partilhas (RIBEIRO, J.P., *Reflexões Históricas*, Parte II, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1836, p. 107).

139 OJ1577, §35; OF.4.96.12 e 13.

140 OJ1577, §35; OF.4.96.12 e 13.

de cedo, sucedendo-se os remédios que visam limitar o seu papel no processo. A OJ1526 estabelece a proibição da utilização de palavras “*desonestas ou difamatórias*” nos artigos das partes, dando o juiz ao procurador ou à parte que tais artigos fizer a pena que merecer, segundo a qualidade das pessoas e da infâmia das palavras¹⁴¹. A OJ1577, que regula a matéria relativa aos advogados em sete parágrafos¹⁴², reconhece que “*alguns aduogados aconselhão muitas vezes as partes, & lhe dizem que tem justiça em suas causas, sem a terem, por fazerem demandas & procurarem nellas, de que se segue grande prejuízo & trabalho às mesmas partes*”¹⁴³. Por conseguinte, o advogado que aconselhar contra direito expresso incorrerá nas mesmas penas em que incorrem os julgadores que julgam contra direito expresso¹⁴⁴. Qualquer advogado que não der o feito no termo que lhe for assinado será condenado pelo juiz, sem apelação nem agravo, nas custas do retardamento, sendo também condenado em dez cruzados¹⁴⁵.

Regulando o ofício nos tribunais superiores, fixa-se um número máximo de trinta advogados na Casa da Suplicação, confirmando-se a sua entrada por exame¹⁴⁶. Os advogados das Casas da Suplicação e do Cível serão obrigados a estar ordinariamente presentes nas audiências, sob pena de não lhes serem recebidos artigos, razões ou petições em feitos que pendam nas Relações¹⁴⁷. Proíbe-se que os advogados da Casa do Cível advoguem nos feitos que pendam na Casa da Suplicação, aplicando-se o mesmo aos advogados da Casa da Suplicação na Casa do Cível¹⁴⁸.

No que respeita aos julgadores, a principal preocupação que resulta das

141 OJ1526, §32; OF.3.20.34.

142 OJ1577, §§21 a 27.

143 OJ1577, §25.

144 OJ1577, §25; OF.1.48.7.

145 OJ1577, §26; OF.3.20.45.

146 OJ1577, §27. A provisão régia de 25 de julho de 1567, fixando o número de 24 procuradores, determina que os letrados que pretendam servir como procuradores da Casa da Suplicação devem opor-se ao ofício que se encontrar vago, sendo examinados pelo Regedor, pelo Chanceler e pelos desembargadores do agravo “*em qualquer maneira de exame, que lhes bem parecer*” (Lião1569, Parte I, tít. XXI, lei. III). As OF.1.48.1 fixaram o número de 40.

147 OJ1577, §21; OF.3.19.2.

148 OJ1577, §§22 e 23. Com a reforma da organização judiciária de Filipe I de Portugal e a separação física entre os dois tribunais superiores (antes fixados na cidade de Lisboa) as disposições não foram integradas nas OF.

alterações legislativas parece decorrer do volume de trabalho que impende sobre os julgadores e que determinam o atraso na determinação das demandas. A OJ1526 aprova uma medida destinada a aliviar a sua carga de trabalho, ao prever que as inquirições judiciais que as Ordenações determinam que sejam tiradas por juízes (casos de morte, aleijamento, deformidade de rosto ou furto que mereça morte e feitos cíveis de quantidade acima de cem cruzados) possam ser feitas pelos inquiridores mediante acordo das partes¹⁴⁹.

Nos tribunais superiores, quer seja por força das suas atividades judiciais quer por assuntos privados, é também frequente a ausência de alguns desembargadores nas respetivas audiências, onde deviam ouvir as partes e tornar públicas as sentenças. A OJ1577 determina então que os dois desembargadores que em cada momento forem os “*mais modernos*” em cada uma das Casas da Suplicação e do Cível (ou, em caso de impedimento, os que depois destes forem mais modernos) façam as audiências dos desembargadores do agravo, dos ouvidores e do juiz da chancelaria, publicando por si todas as sentenças, não as podendo haver por publicadas¹⁵⁰.

Por outro lado, a natureza dos feitos crimes, em particular nos casos em que pudesse vir a ser aplicada a pena de morte, determinou sempre do legislador uma atenção especial no seu despacho, prevendo-se um número mais elevado de desembargadores. As OM determinavam que, nos feitos crimes que merecessem morte caso provados, estivessem na mesa cinco desembargadores, exigindo-se o acordo de três. Não havendo acordo de três, seriam chamados mais desembargadores, de modo a que sempre ficassem três de acordo a condenar ou absolver¹⁵¹. Contudo, a falta de acordo de três desembargadores seria frequente e gerava dúvidas interpretativas, sendo, na prática, necessário chamar à mesa mais desembargadores, com a conseqüente delonga dos feitos¹⁵². Por isso, a OJ1577 determina que no despacho dos feitos

149 OJ.1526, §35; OF.1.86.3. Altera a OM.1.65.6.

150 OJ1577,§51; OF.1.5.15 A Lei da Reformação da Justiça de 1582, §9, virá proibir que as audiências sejam cometidas aos advogados.

151 OM.1.1.9.

152 Por alvará de 19 de outubro de 1526, “*por alguns justos Respeitos E pelo que confio que em todo se guardaraa justiça aas partes por que ellas com mais brevidade possão ser despachadas*”, foi admitida a redução do número de desembargadores para despacho dos feitos crimes que provados merecessem pena de morte, caso três desembargadores fossem conformes na absolvição ou tormento ou outra pena arbitrária que não passasse de cinco anos de degredo, sem embargo da ordenação que exigia cinco desembargadores (Lião1566, f. 96). O alvará de 5 de julho de 1568 veio também interpretar a OM.1.1.9, pronunciando-se

crimes que provados merecessem pena de morte devem estar sempre, no mínimo, seis desembargadores, e se não estiverem quatro deles conformes em condenar ou absolver, se meterão mais desembargadores em número igual (i.e., par), de modo que nunca se vença o condenar ou absolver senão por mais dois votos ao menos¹⁵³. A solução da OJ1577, ao impor, à partida, a participação de um número maior de desembargadores no despacho do feito, visava garantir, por um lado, uma maior probabilidade de esses chegarem a acordo, sem necessidade de chamar mais desembargadores e alongar o feito, e, por outro, uma maior segurança na tomada da decisão pela sensibilidade, gravidade e irreversibilidade da pena em causa¹⁵⁴.

Prevêem-se também medidas concretas para uma fiscalização mais ativa dos feitos crimes, aqueles em que as delongas processuais produzem um impacto maior, designadamente pela prisão dos que aguardam julgamento. Determina-se, portanto, que o promotor e o solicitador da justiça de cada uma das Casas elaborem mensalmente um rol de todos presos que estiverem nas cadeias da corte e da cidade, para que o Regedor e Governador lhes mandem dar livramento com brevidade¹⁵⁵. Para promover o despacho dos feitos

sobre a seguinte dúvida: se no caso em que são dados cinco desembargadores bastará serem três conformes em condenar, posto que sejam em diversas condenações, e os dois em absolver, ou se não-de ser os três conformes na mesma condenação. Foi então determinado que, sendo três desembargadores conformes em condenar, ainda que em diferentes condenações, e dois em absolver, a sentença fosse posta conforme aos ditos três votos em condenar, “*reduzindo a maior condenação aa menor*” (i.e., sendo condenado na menor das três condenações), sem o feito ir a mais desembargadores. A mesma ordem se guardaria no caso em que todos os cinco desembargadores fossem em voto de condenar, ainda que em diferentes condenações, dando-se a sentença “*conforme aos tres votos da maior condenação, reduzindo se aa menor condenação dos ditos tres votos*” (i.e., na menor das três de maior condenação), “*por se achar que este foi o mais comum stilo, de que ategora se vsou na dita casa da supplicação*” (Lião1569, Parte I, tít. V, lei XIX). Cfr., sobre a redução dos votos à luz da OF.1.1.6, que incorpora a solução da OJ1577, o assento da Relação do Porto de 29 de abril de 1659, transcrito na *Collecção Chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação e do Cível*, Coimbra (Real Imprensa da Universidade), 1791, pp. 154-177.

153 OJ1577, §14; OF.1.1.6 e 8.

154 Desta preocupação davam já nota os apontamentos dos Prelados nas Cortes de 1562 ao defenderem que nos feitos de morte, “*pollo muyto perigo que nisso ha, se não deve vencer a determinação por hum soo voto, e que para se isto evitar, se devem dar Juizes pares, ou tomarse outro meo que melhor parecer*” (RIBEIRO, J.P., *Reflexões...*, cit., pp. 106-107).

155 OJ1577, §52; OF.1.15.5 e OF.1.26.3.

crimes, o distribuidor da Casa da Suplicação distribuirá os feitos crimes em número igual sem fazer outra alguma declaração, cabendo ao Regedor declarar por sua letra os nomes dos ouvidores que deles hão-de conhecer¹⁵⁶. Por outro lado, para permitir o andamento dos feitos nos casos de ausência ou impedimento dos desembargadores dos feitos crimes, estabelece-se que cada desembargador que por razão de seu ofício tomar as lembranças para as sentenças dos feitos crimes que se dão nas Relações¹⁵⁷ terá um livro próprio em que escreva as ditas lembranças. Assim, estando ausente ou impedido algum dos desembargadores que participaram na lembrança, a sentença será dada em conformidade com a mesma¹⁵⁸.

Os escrivães desempenhavam um papel muito relevante no andamento do processo, na medida em que asseguravam o registo dos atos processuais, por si próprios ou entregando os feitos às partes e aos julgadores. Um escrivão remisso significava um processo lento. Insiste-se, por conseguinte, na fixação de penas concretas (destacando-se a suspensão dos ofícios) para combater os desempenhos negligentes e numa maior fiscalização sobre a atuação dos diversos oficiais de justiça menores (como meirinhos, alcaides, contadores ou inquiridores). Deste modo, a OJ1526 determina que os escrivães que perderem o feito devem pagar as perdas, danos e custas às partes e ser privados ou suspensos do seu ofício, segundo a qualidade do caso e a culpa que tiver, sem que lhe possa ser dada pena menor que a da suspensão do ofício até o feito ser reformado ou achado¹⁵⁹. A OJ1577 – que regula especificamente a matéria dos escrivães em cinco parágrafos¹⁶⁰ – reforça a obrigação dos escrivães do crime e do cível no cumprimento dos mandados dos seus superiores, sob pena de suspensão dos seus ofícios até seis meses, sem apelação nem agravo¹⁶¹. Os escrivães que não entregarem os feitos aos julgadores ou advogados nos termos estabelecidos pagarão às partes as custas do retardamento, descon-

156 OJ1577, §54; OF.1.1.35.

157 A OM.5.1.17 tinha determinado que em todos os feitos crimes desembargados nos tribunais superiores, quando os desembargadores se pronunciarem sobre contraditas (i.e., as razões opostas a um testemunho), “*ponham loguo em lembrança assinada por todos os que nella forem da sentença que se poera prouando-se as contraditas ou nom se prouando; e depois no final os mesmos que foram na lembrança seram na sentença final*”.

158 OJ1577, §55; OF.5.124.26.

159 OJ1526, §36; OF.1.24.25. Altera a OM.1.20.14, que estabelecia que a pena seria determinada pelo Regedor com alguns Desembargadores.

160 OJ1577, §§16 a 20.

161 OJ1577, §18; OF.1.79.46.

tadas no seu salário¹⁶². Proíbe-se também que os escrivães tomem das partes dinheiro ou alguma outra coisa adiantada à conta de seu salário, sob pena de perdimento do ofício¹⁶³. Proíbe-se igualmente que os meirinhos, alcaides ou escrivães levem dinheiro às partes pelas penhoras sem primeiro as terem feitas, estabelecendo-se um prazo de cinco dias para que estes oficiais façam as penhoras, sob pena de suspensão do ofício¹⁶⁴.

Nos tribunais superiores os escrivães dos ouvidores (competentes em matéria de apelações crimes) darão mensalmente conta aos ouvidores sobre as diligências mandadas fazer e a causa pela qual não tenham sido feitas, sob pena de suspensão do ofício até seis meses, sem apelação nem agravo¹⁶⁵. De modo a fiscalizar o trabalho dos oficiais de justiça dos tribunais superiores, a OJ1577 determina a nomeação, a cada três anos, de um desembargador “*de muita confiança*” para tirar devassa dos escrivães, advogados, meirinhos, alcaides, contadores, inquiridores e de todos os mais oficiais, exceto os desembargadores das Casas da Suplicação e do Cível e dos juízos da cidade de Lisboa; tal desembargador proverá os cartórios dos escrivães e verá se cometeram erros ou falsidades nos seus ofícios, sob pena da suspensão dos ofícios e da devolução das quantias recebidas nesses feitos¹⁶⁶.

Como medida especial de controlo nos tribunais superiores da documentação produzida pelos tabeliães e escrivães, a OJ1577 estabelece a existência, em cada uma das Relações das Casas da Suplicação e do Cível, de um livro próprio no qual todos os tabeliães e escrivães do reino, quando tirarem as cartas dos seus ofícios, farão os seus sinais públicos e um termo de sua letra, para nas ditas Relações se poderem ver e cotejar os ditos sinais e letra todas as vezes que cumprir a bem da justiça¹⁶⁷.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reformas que aqui procurámos analisar constituíram fontes próximas das alterações que, em 1603, ficaram consagradas no livro III das OF, vigen-

162 OJ1577, §17; OF.1.79.6.

163 OJ1577, §17; OF.1.79.16.

164 OJ1577, §50; OF.3.86.20.

165 OJ1577, §16; OF.1.24.39.

166 OJ1577, §20.

167 OJ1577, §19; OF.1.1.44 e OF.1.80.1. Depois da reforma judiciária levada a cabo por Filipe I de Portugal, cada tribunal terá o livro relativo aos oficiais dos lugares dos distritos de cada tribunal.

tes, ainda que com alterações, até ao séc. XIX. A atualidade dos diagnósticos e de vários dos remédios processuais que estas reformas procuraram implementar revela-nos, de forma evidente, como estas medidas não conseguiram pôr fim às delongas processuais e a outros problemas da administração da justiça.

O jusnaturalismo racionalista dos sécs. XVII e XVIII virá denunciar a influência romano-canónica como a causa de todos os males da justiça. As palavras duras de Pascoal de Melo são a este propósito bastante elucidativas: *“depois que aqueles direitos [romano e canónico] foram recebidos na Universidade e no foro, com o uso de tantas solenidades e a invenção de tantos géneros de acções começaram a ser imortais. A este mal, que aflige tanto o interesse público como o particular, tentaram os nossos Reis, mas em vão, dar remédio para todo o sempre. Tãmanha era nessa altura a autoridade, para não dizer a superstição, do direito canónico, isto é, das Decretais, e do direito romano, que os Juristas, criados apenas com os seus princípios, seriamente pensavam que nada de mais excelente se podia conceber”*¹⁶⁸.

A visão crítica à influência do *ius commune* não permitia aos autores juracionistas reconhecer como, face à complexidade do ordenamento jurídico de referência, o tempo era necessário: nas palavras de Alonso Romero, *“no eran caprichosas las solemnidades de los juicios: eran un criterio de verdad”*¹⁶⁹.

Apesar das iluminadas soluções propostas no séc. XVIII, Pascoal de Melo vaticinava já, recorrendo às palavras de Christian Thomasius, que a emenda *“não é fácil nem impossível, mas muito difícil e delicada”*¹⁷⁰. Por tentador que seja relativizar a importância ou considerar, até mesmo, inglórios os esforços reformistas do legislador quinhentista, entendemos que, a esta luz, os mesmos merecerão, pelo menos, a benevolência ou tolerância do intérprete atual.

VI. BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, R. e ALBUQUERQUE, M., *História do Direito Português*, vol. I, tomo II, e vol. II, Lisboa (Faculdade de Direito), 1983.
- ALONSO ROMERO, M.P., «El solemne orden de los juicios. La lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autonoma de Madrid*, n.º 5, 2001, pp. 23-54.

168 FREIRE, P.J. Melo, *Instituições...*, cit., Livro IV, Título VII, §XII.

169 ALONSO ROMERO, M.P., «El solemne...», cit., p. 53.

170 FREIRE, P.J. Melo, *Instituições...*, cit., Livro IV, Título VII, §XII.

- ANSELMO, A., *Bibliografia das obras impressas em Portugal no século XVI*, Lisboa (oficinas gráficas da Biblioteca Nacional), 1926.
- CAETANO, M., *História do Direito Português*, 4.^a ed., Lisboa (Verbo), 2000.
- CAMPITELLI, A., «Processo civile (Diritto intermedio)», *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVI, Milão (Giuffrè), 1987.
- CASTRO, M. Chaves e, *Estudos sobre a reforma do processo civil ordinario portuguez*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1866.
- COSTA, M. J. Almeida, *História do Direito Português*, 3.^a ed., Coimbra (Almedina), 2008.
- DIAS, J. Alves, *No quinto centenário da Vita Christi: os primeiros impressores alemães em Portugal*, Lisboa (Instituto da Biblioteca Nacional e do Livro), 1995.
- DIAS, J. Alves, *Ordenações Manuelinas: Livros I a V: Reprodução em fac-símile da edição de Valentim Fernandes (Lisboa, 1512-1513)*, Livro Primeiro, Lisboa (Centro de Estudos Históricos, Universidade Nova de Lisboa), 2002.
- DOMINGUES, J., «A última reforma do direito medieval português», *Revista Lusíada. Direito (Porto)*, n.º 1-2, 2010.
- FIGUEIREDO, J., *Synopsis Chronologica de subsidios ainda os mais raros para a historia e estudo critico da legislação portugueza*, tomo I, Lisboa (Academia Real das Ciências), 1790.
- FOWLER-MAGERL, L., ‘*Ordines iudicarii*’ and ‘*Libelli de ordine iudiciorum*’. *From the Middle of the Twelfth to the End of the Fifteenth Century*, Turnhout (Brepols), 1994.
- FREIRE, P.J. Melo, «Instituições de Direito Civil Português» (tradução portuguesa de Miguel Pinto de Meneses), *Boletim do Ministério da Justiça*, ns. 161, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 170 e 171 (1967).
- FREITAS, P. Caridade de, «O Estilo da Corte - do século XIII à Lei da Boa Razão», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, vol. I, Coimbra (Coimbra Editora), 2003.
- PÉREZ MARTÍN, A., *El derecho procesal del “ius commune” en España*, Múrcia (Universidad de Murcia), 1999.
- MOREIRA, F. M. H., «Uma hipótese sobre a possível origem da ação decendiária ou ação de assinação de dez dias nas ordenações manuelinas», *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de S. Paulo*, v. 104 (2009), pp. 571-587.
- NOGUEIRA, J.A. Duarte e ALVES, S., «O Direito Processual Civil Português: Linhas Gerais», *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Coimbra (Almedina), 2000, pp. 379-418.
- NÖRR, K. W., «Ordo iudiciorum und ordo iudiciarius», *Studia Gratiana*, 11, Bolonha (Institutum Gratianum), 1967, pp. 327-343.
- NÖRR, K. W., *Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus*, Berlin (Springer), 2012.
- PICARDI, N., «Processo civile (Diritto moderno)», *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVI, Milão (Giuffrè), 1987.
- RIBEIRO, J.P., *Reflexões Históricas*, Parte II, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1836.
- SILVA, J. V. Álvares da, «Sobre a Forma dos Juízos nos Primeiros Séculos da Monarchia

- Portuguesa», *Memórias de Litteratura Portuguesa*, tomo VI, Lisboa (Academia Real das Ciências de Lisboa), 1796, pp. 35-128.
- SILVA, N. E. Gomes da, *História do Direito Português. Fontes de Direito*, 4.^a ed., Lisboa (Fundação Calouste Gulbenkian), 2006.
- SOUSA, J.J.C. Pereira e, *Primeiras linhas sobre o processo civil*, tomo II, Lisboa (Imprensa Nacional), 1834.
- TESTOS, J., «Organização judiciária e administração da justiça no Portugal filipino: a “reformaçam da justiça» de Filipe I de Portugal (1582)» in L. BECK, M. J. SOLLA (ed.), *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho / Estudos Luso-Hispanos de História do Direito*, Madrid (Editorial Dykinson), 2018, pp. 93-121.
- VAN CAENEGEM, R., «History of European Civil Procedure», *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI: Civil Procedure, Tübingen (J.C.B. Mohr), 1973.
- VAN RHEE, C. H., *Litigation and legislation: Civil Procedure at First Instance in the Great Council for the Netherlands in Malines (1522-1559)*, Bruxelas (Archives Générales du Royame), 1997.
- VITERBO, F.S., *A Livraria Real, especialmente no reinado de D. Manuel*, Lisboa (Tipografia da Academia das Ciências), 1901.
- WUNDERLICH, A. (ed.), *Anecdota quae processum civilem spectant*, Göttingen (Vandenhoeck & Ruprecht), 1841.

LA II REPÚBLICA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LOS TERRITORIOS ESPAÑOLES DEL GOLFO DE GUINEA

José Luis Bibang Ondo Eyang¹

Resumen. Dijo Sánchez Albornoz en la sesión de presentación de la Constitución republicana: «[...] nos encontramos delante de una constitución que procura mantener el equilibrio entre la realidad y el ideal, entre el pasado y el mañana, esas dos fuerzas eternamente en choque a través del tiempo y del espacio». La regulación del hecho colonial no pudo reflejar mejor aquellas sabias palabras del diputado de Acción Republicana. El colonialismo era la afirmación de la desigualdad entre los pueblos, era la negación de la libertad de los pueblos. Pero, desgraciadamente, a la altura de 1931, era impensable su renuncia no sólo por la joven República española sino también por el resto de Estados coloniales. Las siguientes líneas hacen un breve repaso de cómo se reflejó en las normas coloniales republicanas aquel choque entre los ideales republicanos y los del colonialismo, «un pasado» y «una realidad» asunta por la joven democracia española. Nuestra norma de referencia ha sido el Decreto de 22 de julio de 1931, por el que se aprobó el nuevo Estatuto Orgánico para la Guinea Española.

Palabras claves: II República, territorios españoles del Golfo de Guinea, Estatuto Colonial de 1931, absolutismo del gobernador colonial.

Abstract: In August 1931, during the presentation of the project of the Spanish republican constitution, Sánchez Albornoz said: «[...]we are before a constitution that seeks to maintain a balance between reality and deal, between the past and the future, those two forces eternally in collision through the time and the space». The colonial legal reforms approved by the Spanish Second Republic were a good reflection of those Albornoz's words. The colonialism was the affirmation of inequality between peoples, it was the denial of the freedom of peoples. But, unfortunately, by 1931, its resignation was unthinkable, not only by the Spanish Republic, but also by the rest of the colonial states. The aim of this review, is to surline how that clash between republican ideals and those of colonialism, "a past" and "a reality" assumed by the young spanish democracy, was reflected in the colonial reforms approved by the new Spanish government. This work is focus on the Decree of 22 of July 1931, which approved the new Organic Statute for Spanish Guinea.

Keywords: Spanish second republic, Spanish Guinea, Colonial Republican Statute, the absolutism of the colonial governor.

1 Doctorado en derecho por la Università degli Studi di Camerino (Italia) y por la Universidad de Huelva (España). El presente trabajo es fruto de las investigaciones conducidas durante el referido programa del doctorado comprendido entre febrero de 2017 y julio de 2020, siendo el título de la tesis doctoral: "*Weimar in Africa: human rights and government in the Spanish Territories of the Gulf of Guinea, 1931-1936*". Contacto: jose-luisbibang.ondo@alu.uhu.es // jose.bibangondoeyang@unicam.it.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ENTRE LA RENTABILIZACIÓN DE LOS TERRITORIOS DE GUINEA Y LA DESHUMANIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES COLONIALES; III. LOS TERRITORIOS DE GUINEA BAJO CONTROL ABSOLUTO DEL GOBERNADOR COLONIAL; IV. LOS DERECHOS DE LOS RESIDENTES DE LOS TTEEGG. V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El vocabulario, según Fradera², constituyó uno de los primeros puntos de ruptura entre el Constituyente de Cádiz³ y el colonialismo pre-liberal. En las Constituyentes gaditanas, términos como *imperio*, *colonias*, *dominios*, o *posesiones*, fueron sustituidos por términos o giros como *territorios de ambos hemisferios*, *territorios de Ultramar*, *provincias de Ultramar*, o simplemente, *Ultramar*. Cristina N. Da Silva⁴, resaltando la impronta del primer constituyente español en el portugués de 1822, recuerda que el término *Ultramar* no hacía referencia a los territorios controlados por Portugal en África. Sin embargo, ambos constituyentes, el español y portugués, siguieron utilizando la terminología del colonialismo clásico para referirse a África. Sus territorios africanos eran *propiedades*, *posesiones*, *dominios*, *plazas*, *departamentos*, *colonias*, o simplemente *territorios*, en el mejor de los casos. Efectivamente, la Guinea Española, hasta su provincialización en 1959⁵, fue siempre consi-

2 FRADERA J. M^a, *Colonias para después de un imperio*, 1^a ed., Barcelona , 2005 (Editorial Bellaterra), p. 62.

3 Primer Constituyente español, que aprobó la constitución de Cádiz de 1812, conocida oficialmente como Constitución Política de la Monarquía Española (CPME).

4 NOGUEIRA DA SILVA, C., *Constitucionalismo e imperio. A cidadanía no Ultramar português*, 1^a ed., Coimbra, 2009 (Edições Almeida, SA), p. 384.

5 Fue una ley de julio de 1959 la que incorporó Guinea como una provincia de España. Desde entonces los guineanos adquirieron la ciudadanía española y pudieron designar procuradores en las Cortes españolas. Antes de 1959, los nativos de Guinea ni eran extranjeros, ni eran ciudadanos españoles. Eran, simplemente, súbditos de la monarquía española, o si se prefiere el eufemismo, eran españoles, pero “de segunda”. Sobre los cambios que supuso esta provincialización de la Guinea Española, puede leerse, a título ilustrativo: Ley 46/1959, de 30 de julio sobre organización y régimen jurídico de las Provincias Africanas (BOE N^o 182, de 31/07/1959, pp. 10370-10371) disponible en <https://www.boe.es/datos/datos/pdfs/BOE//1959/182/A10370-10371.pdf>; CARRASCO GONZÁLEZ, Antonio Manuel, *Estatuto del Indígena en la Guinea Española: nacionalidad, ciudadanía y capacidad*, en e-Legal History, n^o12, 2011, p. 18; OBIANG BIKÓ, Adolfo, *Guinea Ecuatorial: del colonialismo español al descubrimiento del petróleo*, Madrid, Sial Ediciones, 2016, pp. 99-133;

derada una posesión, una colonia⁶. Y como tal, fue administrada al margen de todos los regímenes constitucionales que se sucedieron en la metrópoli, y estuvo siempre sujeta a sus propios estatutos orgánicos⁷. El Gobierno provisional republicano, tan pronto como pudo, preparó un nuevo estatuto para la colonia, que fue recogido en el Decreto de 22 de julio de 1931⁸. Se trató de una especie de mini-constitución en la que el nuevo régimen, igual que el precedente, condensó aquellos principios en que se inspiraría su gestión del hecho colonial. Aunque el referido decreto fue reformado por otro aprobado el 14 de noviembre de 1935, lo cierto es que esta última norma no sólo reprodu-

NDONGO BIDYOGO, Donato, *Historia y tragedia de Guinea Ecuatorial*, Madrid, Editorial Cambio 16, 1977, pp. 79-95; BALLANO GONZALO, Fernando, *Aquél negrito del África tropical: el colonialismo español en Guinea (1778-1968)*, Madrid, Sial Ediciones, 2014, pp. 528 y ss; De CASTRO, Mariano y NDONGO, Donato, *España en Guinea Ecuatorial: construcción del desencuentro*, Madrid, Sequitur, 1998, pp. 192 y ss; NEGRÍN FAJARDO, Olegario, *Historia de la educación en Guinea Ecuatorial. El modelo educativo colonial español*, Madrid, UNED, 1993, pp. 142 y ss.

6 El Estatuto orgánico colonial de 1858, el primero aprobado para la Guinea Española, empezaba justo con un fragmento que condensaba casi toda esta terminología utilizada por el colonialismo clásico para referirse a los territorios africanos: «Desde que en 1778 adquirió España sobre la costa occidental de África sus *posesiones* actuales de Fernando Poo y Annobón, aumentadas en 1843 con la isla de Corisco y sus dependencias de Elobey, y muy recientemente con el territorio de Cabo San Juan, se han intentado varias expediciones a fin de establecer de una manera efectiva la *propiedad nacional* sobre aquellos *dominios*; pero todas las tentativas han fracasado por diversos accidentes que han reconocido una causa común». Véase MIRANDA JUNCO, A., *Leyes Coloniales: Legislación de los territorios españoles del Golfo de Guinea*, 1ª ed., Madrid, 1945 (Imprenta Sucesores de Rivadeneyra), p. 23.

7 En el lapso que va de 1778 a 1945, período que comprende la compilación legislativa de Miranda Junco, se sucedieron en la Guinea Colonial un total de diez estatutos. Seis de los cuales precedieron al régimen republicano: el de 1858 (R.D de 13 de diciembre de 1858), el de 1868 (D. de 12 de noviembre de 1868), el de 1872 (R.D. de 26 de octubre de 1872), el de 1880 (R.D. de 26 de noviembre de 1880), el de 1888 (R.D. de 17 de febrero de 1888), y el de 1904 (R.D. de 11 de julio de 1904). Durante la República, se sucedieron dos estatutos orgánicos: uno de 1931 (Decreto de 22 de julio de 1931) y otro de 1935 (Decreto de 11 de noviembre de 1935). Este último, no sólo reprodujo el texto precedente, sino que tampoco le añadió gran novedad. Caída la República, el Franquismo aprobó su primer estatuto orgánico colonial el 27 de agosto de 1938. Todas estas disposiciones pueden consultarse en MIRANDA JUNCO, A., *Cit.*, pp. 23-26, 57-59, 63-66, 70-71, 82-84, 138-142, 806-808, 1139-1142.

8 *Ibidem*, pp. 806-808.

jo el decreto precedente, sino que tampoco añadió gran novedad al mismo. Por eso, precisamente, que las presentes líneas, sin perjuicio de hacer rápidas referencias a los artículos correlativos de la versión de 1935, se centran en la versión del estatuto de 1931. Y para una cita fácil, se hará siempre referencia a dicha norma bien como estatuto colonial republicano, bien, simplemente, como el estatuto colonial del 31.

II. ENTRE RENTABILIZAR LA GUINEA ESPAÑOLA Y DESHUMANIZAR LAS RELACIONES LABORALES COLONIALES

Si en los siglos XVI y XVII se esgrimió el discurso misional-civilizador para justificar ocupaciones de territorios en el llamado Nuevo Mundo, fue en los siglos siguientes cuando el discurso de los conquistadores empezó a ser más congruente respecto de los que habían sido siempre los verdaderos fines de los descubrimientos de tierras allende el viejo continente⁹. Según Nogueira Da Silva¹⁰, a partir del siglo XVIII, la cuestión de la legitimidad de la conquista, centro del debate colonial clásico, fue sustituida por una nueva preocupación: la rentabilidad de las colonias. Arthur Girault¹¹ insistió en que el éxito de un proyecto colonial, esto es, el logro de esta rentabilidad, dependía en gran medida de la política y del régimen colonial configurado. En otras palabras, entre un régimen colonial y el éxito de un proyecto colonial rige una relación de *causa-efecto*. Sólo una política colonial, o unas instituciones coloniales adaptadas a las particularidades de la colonia, pueden conducir al éxito de un proyecto colonial.

9 Es opinión de gran parte de los historiadores de que fueron propósitos y fines económicos los que impulsaron la gran empresa colonial. Sólo a modo ilustrativo, puede verse: ANDREA CASSI, A., *Ultramar. L'invenzione europea del nuovo mondo*, 1ª Ed., Roma, 2007 (Editori Laterza), p.10; BACCELLI, L., *Bartolomé de Las Casas. La conquista senza fondamento*, 1ª Ed., Milano, 2016 (Feltrinelli Editore), p.180; CAMPOS SERRANO, A., «Colonia, Derecho y territorio en el golfo de Guinea: tensiones del colonialismo español en el siglo XX», *Quaderni Fiorentini*, n° 33-34, 2004/2005, p.866; GOZZI, G., *Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*, 1ª ed., Bologna, 2010 (Il Mulino), p. 13; ANGHIE, A., KOSKENNIEMI, M., y ORFORD, A., *Imperialismo y Derecho internacional*, 1ª ed., Bogotá, 2016 (Siglo del Hombre Editores), p.25-26.

10 NOGUEIRA DA SILVA, C., *Constitucionalismo e imperio. A cidadanía no Ultramar português*, Cit., p.67.

11 EL MECHAT, S., «Sur les Principes de colonisation d'Arthur Girault (1895)», *Revue Historique*, n° 657, 2011, pp.124-125.

Las exposiciones de motivos de los estatutos coloniales pre-republicanos revelan este carácter económico-utilitarista que marcó el discurso colonial desde finales del siglo XVIII. El legislador español, en el estatuto de 1858¹², decía que el Gobierno, no obstante las dificultades y el esfuerzo que suponía la civilización de los territorios olvidados de Guinea, abrigaba «la voluntad decidida de superarlas, sin retroceder ante sacrificios necesarios y por los cuales espera obtener recompensas». Precisamente, el éxito de superar los obstáculos que se le planteaban al Gobierno español por una parte, y el de «obtener recompensas» por otra parte, pasaba necesariamente por establecer en la colonia un régimen y unas instituciones *ad hoc*. De modo que, seguía insistiendo el legislador, era «indispensable dotar a aquellas islas de las autoridades y funcionarios que son el primer fundamento de toda administración, no olvidando que ésta ha de guardar perfecta armonía con las condiciones especiales del país. En Fernando Póo¹³ e islas adyacentes, donde las necesidades son escasas, sería inútil aplicar instituciones que suponen grados más altos de civilización, como inconveniente no establecerlas en pueblos más avanzados»¹⁴. Los cinco estatutos sucesores no dejaron de insistir sobre el mismo aspecto económico de la misión civilizadora. Podemos tomar prestadas las palabras del legislador colonial de 1904 y concluir que todas las reformas coloniales que se aprueban en Guinea hasta la Segunda República iban «encaminadas a transformar los territorios españoles del Golfo de Guinea en una explotación mercantil, cuyo derecho positivo, lejos entorpecer la afluencia de personas y capitales, sirva de incentivo a tan esenciales elementos colonizadores, constituyendo con ellos la base de la prosperidad y riqueza de aquel país»¹⁵.

12 Véase la exposición de motivos del Real Decreto de 13/12/1858 en MIRANDA JUNCO, *Leyes Coloniales: Legislación de los territorios españoles del Golfo de Guinea*, Cit., p.23.

13 Fernando Póo es la mayor de las islas del Golfo de Biafra. Los españoles la llamaron así en honor a Fernão do Pó, explorador portugués que descubrió la isla hacia finales del siglo XV. En el Tratado del Pardo de 1778 entre Portugal y España, se utilizó dos denominaciones: Fernando del Pó (arts. 13 y 14), y Fernando del Póo (art.15). Todos los estatutos coloniales utilizaron la forma “Fernando Póo”. La historiografía también maneja una variedad de voces entre las que se citan: “Fernando Po” (I. K. Sundiata), y “Fernando Poo” (Voz mayoritaria: D. Ndongo Bidyogo, M. Castro Antolín, A. Campos Serrano, D. García Cantús, M. Vilaró i Güel, etcétera).

14 MIRANDA JUNCO, A., *Leyes Coloniales: Legislación de los territorios españoles del Golfo de Guinea*, Cit., p.24.

15 Véase el Real Decreto de 11/07/1904 en MIRANDA JUNCO, A., *Leyes Coloniales: Legislación de los territorios españoles del Golfo de Guinea*, p. 138.

En pleno inicio del siglo XX, aún vigente en las colonias un régimen laboral cuasi-esclavista¹⁶, el propósito de configurar un derecho positivo capaz de fomentar la afluencia de inversores y demás personas a la Guinea colonial, era difícilmente conciliable con la idea de mejorar las condiciones laborales de los africanos. Bien se sabe que Guinea fue vista siempre como un territorio hostil para la salud de los occidentales¹⁷. Y como tal, no era un destino atractivo para aquellos europeos que disfrutaban de una mínima estabilidad económica en la metrópoli¹⁸. A la colonia se iban, o los que no tenían nada que perder en la metrópoli¹⁹, o aquellos inversores que tenían un «espíritu de cuervo», como diría Francisco Madrid²⁰. Lógicamente, si algo empujaba a estos aventureros a la colonia, era su esperanza en una fortuna fácil y rápida²¹. Pero una fortuna fácil y rápida no se conseguía precisamente con un derecho positivo que garantizaba la adecuada manutención de los braceros indígenas, su asistencia sanitaria, sus descansos semanales y festivos, y demás derechos laborales mínimos.

Ricardo Ferrer Barbero²² investigó el régimen laboral vigente en la colonia

16 A principios del siglo XX, la esclavitud ya estaba abolida en todas las colonias de los Estados coloniales occidentales. Pero tal abolición que se produjo a lo largo del siglo XIX, sólo fue un formalismo, ya que la institución y todas sus manifestaciones persistieron aunque bajo el camuflaje del denominado “trabajo forzoso”. Así lo reconoció la misma Sociedad de Naciones cuando sostuvo que la aprobación de la Convención sobre la Esclavitud de 1926 no supuso la liberación de los trabajadores colonizados del yugo del trabajo servil. Véase BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Travail forcé. Rapport et projet de questionnaire*, Genève, Conference Internationale du Travail, Douzième Session, Première Discussion, 1929, p.3, disponible en el link: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1929/29B09_10_fren.pdf.

17 SANZ CASAS G., *Política colonial y organización del trabajo en la isla de Fernando Póo: 1880-1930*, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona (Facultad de Geografía e Historia, Departamento de Antropología Cultural), Noviembre de 1983, p.37.

18 CABANELLAS, G., *iEsclavos! Notas sobre el África negra*, 1ª Ed., Madrid, 1933 (Redacción y Administración), p.9, 12.

19 Idem.

20 MADRID, F., *La Guinea incógnita. Vergüenza y escándalo colonial*, 1ª Ed., Madrid, 1933 (Editorial España), pp.-81-82.

21 NERÍN, G., *Un guardia civil en la selva*, 1ª Ed., Barcelona, 2008 (Editorial Ariel), pp. 227-228; CABANELLAS, G., *iEsclavos! Notas sobre el África negra*, Cit., pp. 9,12.

22 Fue el auditor nombrado por la Segunda República para investigar todas las denuncias que se formularon contra la gestión colonial de Miguel Núñez de Prado, Gobernador General de la Guinea Española en el lapso entre 1925 y 1931. Véase AGA, CAJA G-168(81/6437), Comunicado de 10/06/1931.

en el momento de proclamación de la República, y su informe²³ no pudo ser más crítico con la realidad de los trabajadores africanos. Según el auditor republicano, el régimen colonial vigente hasta entonces, al hacer primar el «factor económico» sobre lo humano y lo moral, llevó a una *deshumanización* del obrero nativo, quien fue reducido a la condición de «una cosa accesoria a la propiedad», un simple «instrumento» para la maximización de los beneficios de los finqueros. A las mismas conclusiones llegaría Gustavo de Sostoa Sthamer²⁴, primer gobernador republicano en la colonia. Éste, tras las observaciones realizadas en su primera gira por los territorios coloniales, se pronunció con menos eufemismos que el Sr. Ferrer, y comparó el régimen de recluta de braceros con un «mercado de esclavos en el que se comercializa con la mercancía humana conforme a la ley de la oferta y demanda».

Si los informes de los republicanos pudieron adolecer de parcialidad por el hecho mismo de valorar la gestión colonial de la recién caída monarquía, no ocurrió lo mismo, sin embargo, con la opinión de observadores tanto extranjeros como internacionales. La escasa población de la Guinea Española hizo que su economía dependiera de brazos procedentes de Liberia o de colonias inglesas de África Occidental (Sierra Leona, Costa de Oro –actual Ghana–, Lagos, Calabar)²⁵. Pero las autoridades de Fernando Póo, en connivencia con sus finqueros, se emplearon a fondo no precisamente para fomentar esta cooperación con los referidos Estados, sino más bien para enturbiarla. En el lapso que corre de 1880 a 1930, los súbditos coloniales ingleses denunciaron constante y reiteradamente los maltratos y demás incumplimientos contractuales perpetrados por los finqueros de Fernando Póo. Las autoridades inglesas se hartaron de presentar quejas formales, y ante el pasivismo de las autoridades coloniales españolas, los ingleses prohibieron a sus súbditos volver a salir para la colonia española²⁶. Por los mismos motivos, el gobierno

23 AGA, CAJA N^o 146 (81/6415), Expediente n^o 133/2, escrito de 04/06/1932 por el que la DGMC (Dirección General de Marruecos y Colonias) envía al Gobernador las conclusiones del informe de Ricardo Ferrer, auditor de la República. Véase también *LA GUINEA ESPAÑOLA* (Principal Revista de la colonia), n^o673 de 09/08/1931, Sección de «NOTICIAS DE L COLONA», pp.252-254.

24 AGA, CAJA G-1928 (81/8197), Expediente n^o 2, Diario de la gira del Gobernador, día 16/04/1932, Visita a la Delegación de la Curaduría en Bata.

25 SANZ CASAS, G., *Política colonial y organización del trabajo en la isla de Fernando Poo: 1880-1930*, Cit., pp. 208-209.

26 Las constantes denuncias y quejas de los súbditos coloniales pueden verse en: SANZ CASAS, G., *Política colonial y organización del trabajo en la isla de Fernando Poo:*

de Liberia, tras suspender tres veces el convenio de cesión de trabajadores que tenía firmado con España desde 1914, puso fin al mismo en 1927²⁷. Pero tales medidas tomadas por las colonias inglesas y Liberia, no bastaron para fundar un cambio de actitud en los agentes coloniales españoles. La Sociedad de Naciones, tras la adopción de la Convención sobre la Esclavitud de 1926, y en pleno proceso de negociación del convenio sobre el trabajo forzoso (Convenio número 29 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–), designó tres expertos para investigar denuncias por prácticas esclavistas en Liberia²⁸. Según el informe de la comisión de 8 de septiembre de 1930²⁹, en Liberia, aunque la esclavitud había desaparecido según la definición clásica del art.1.1³⁰ de la Convención de 1926, sí seguía siendo una realidad bajo otras formas análogas como insistía el art.2.b) de la Convención. Precisamente, entre estas prácticas esclavistas, la comisión, entre las páginas 52 y 72 de su informe, abordó el tema de la recluta de braceros liberianos con destino a

1880-1930, Cit., p. 170; K. SUNDIATA, IBRAHIM, *From Slaving to Neoslavery. The Bight of Biafra and Fernando Po in the Era of Abolition, 1827-1930*, 1ª Ed., Madison (Wisconsin), 1996 (The University of Wisconsin Press), p.132-134; SANT GISBERT, J., «El modelo colonial y sus contradicciones: Fernando Póo, 1900-1936», *Afro-Hispanic Review*, Vol. 28, nº 2, 2009, pp.68; BIBANG ONDO EYANG, J. L., «La II República, ¿o la llegada de un mesías para los olvidados Territorios Españoles del Golfo de Guinea?», *Cuadernos Republicanos*, nº102, 2020, pp. 70-72.

27 AGA, CAJA G-1856 (81/8125), Escrito del Cónsul de Liberia en Fernando Póo de 23/09/1927; K. SUNDIATA, IBRAHIM, *From Slaving to Neoslavery. The Bight of Biafra and Fernando Po in the Era of Abolition, 1827-1930*, Cit., p. 139; SANT GISBERT, J., «El modelo colonial y sus contradicciones: Fernando Póo, 1900-1936, Cit. pp. 57-80; BIBANG ONDO EYANG, J. L., «La II República, ¿o la llegada de un mesías para los olvidados Territorios Españoles del Golfo de Guinea?», Cit, p. 75.

28 LUSTIG, DOREEN, *The loss of slavery as a humanitarian cause? The League of Nations and the case of Firestone in Liberia*, Disponible en weblaw.haifa.ac.il/en/Events/IntlLborLaw/Documents/Doreen.pdf.

29 UNITED STATES GOVERNMENT PRINTING OFFICE WASHINGTON, *Report of International Commission of Inquiry into the Existence of Slavery and Forced labor in the Republic of Liberia. (Monrovia, Liberia 8 September; 1930. Commission Members: Dr. Cuthbert Christy, League of Nations, Chairman; Dr. Charles Spurgeon Johnson, United States; Honorable Arthur Barclay, Liberia)*. Publication nº147; pp. 52-71, disponible en: <https://babel.hathitrust.org/cgi/ptid=uiug.30112059732252;view=1up;seq=8>.

30 Convención sobre la Esclavitud de 25/09/1926; Art.1.1: «La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos» ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx.

Fernando Póo. Según se extrae del relato de la comisión, tras el término del convenio de 1914 entre España y Liberia, el envío de braceros a Fernando Póo continuó, aunque bajo procedimientos y prácticas cada vez más ilegales. Siempre según el informe, un tal Hoto, jefe de un poblado liberiano donde habían sido reclutados braceros con destino a Fernando Póo, se trasladó a Santa Isabel para observar las condiciones laborales de sus paisanos. Una vez en la capital colonial, le impidieron ver a los braceros; pero, por casualidad, pudo verse con un paisano suyo, quien describió las condiciones laborales de las fincas de la isla como una “aflicción” (“*Woe*”, en inglés). Regresado a Liberia, el Sr. Hoto se negó rotundamente a volver a enviar a sus paisanos a Fernando Póo. Pero ante su negativa, fue detenido y encarcelado, al tiempo que los soldados reclutaron a fuerza a varios muchachos de su pueblo. Sírvase el testimonio del Sr. Hoto sólo como un ejemplo entre los otros testimonios reflejados en el informe de la que se conoció como “Comisión Christy”³¹, en honor a su presidente, el Dr. Cuthbert Christy.

Parece que el estatuto colonial republicano partió de una nueva ponderación de los valores coloniales. En principio, no se trataba de renunciar a los propósitos económicos de la colonización. De hecho, cuando la base 13 (artículo 13) del texto sostenía que «[...] se emprenderá una política económica que tienda a aumentar los ingresos [...]»³², no se estaba sino declarando precisamente aquel plan de convertir Guinea en una colonia rentable, aunque esta vez con un matiz muy importante. En los estatutos precedentes el factor económico aparecía como el centro de todo el proyecto colonial y el derecho no obedecía a más fin que el de atraer capital e inversores. En cambio, en el estatuto colonial del 31, como bien insistía el referido informe de Ferrer Barbero³³, el objetivo económico viene fijado como un medio más al servicio del factor humano, verdadero fin del proyecto colonial. Cuando la exposición de motivos del estatuto del 31 declaró que el nuevo régimen colonial de Guinea tenía que ser un reflejo de los principios republicanos³⁴ no hizo sino afirmar

31 DOREEN LUSTIG, *The loss of slavery as a humanitarian cause? The League of Nations and the case of Firestone in Liberia*, disponible en weblaw.haifa.ac.il/en/Events/IntlLborLaw/Documents/Doreen.pdf.

32 MIRANDA JUNCO, A., *Leyes Coloniales: Legislación de los territorios españoles del Golfo de Guinea*, Cit., p. 808.

33 Véase *supra*, nota 22.

34 «La modificación trascendental que en todo nuestro régimen jurídico supone el advenimiento de la República tenía que llegar, en su repercusión, al régimen colonial de los territorios que, formando parte integrante de la soberanía, están sitos en las islas y

aquella *humanización* y aquella *dignificación* que hasta entonces se había echado en falta en el trato hacia los trabajadores africanos en la colonia.

III. LOS TERRITORIOS DE GUINEA BAJO CONTROL ABSOLUTO DEL GOBERNADOR COLONIAL

Según la base 1^a del estatuto del 31, «las islas de Fernando Póo, Annobón, Corisco, Elobey Grande, Elobey Chico y el territorio continental continuarán denominándose Territorios Españoles del Golfo de Guinea»³⁵. La República mantuvo así la denominación oficial introducida por el estatuto de 1904, y que estuvo en vigor hasta la provincialización de los territorios en 1959. Pero, a diferencia del legislador precedente, que dividió la Guinea Española en cuatro distritos (Fernando Póo, Bata, Elobey y Annobón –art.1–)³⁶, el republicano dividió la colonia en dos distritos: Fernando Póo y la Guinea continental. Según el decreto de 13 de abril de 1935³⁷, norma que estableció la nueva organización territorio-administrativa de la colonia, Fernando Póo quedó dividido en Santa Isabel, San Carlos y Basakato del Este. Por su parte, la Guinea continental, al ser más extensa, quedó dividida en diez demarcaciones territoriales: Bata, Río Benito, Kogo, Niefan, Mikomesén, Ebebiyín, Ebi-

continente de la Guinea. Era, por tanto, necesario llevar al Estatuto de 1904, para su época, y dentro de aquel régimen progresivo, modificaciones que respondan a estas directrices cuya sola enumeración explica el articulado que las sigue: mayor amplitud para la libertad individual en todas sus manifestaciones, comenzando por la conciencia; democratización gradual de las instituciones y ejercicio de autoridad para ello, influjo prudentemente escalonado de la ciudadanía en la función consultiva, que no deberá ser mera Junta de Autoridades; amplia descentralización que otorgue libertad al régimen colonial, aun dadas las mayores facilidades para comunicarse con la Metrópoli; inspección eficaz y directa, a la injerencia minuciosa y falta de datos y agilidad de los Negociados centrales; disminución de las subvenciones peninsulares y desarrollo de la Hacienda peculiar y fortalecida de Guinea, selección del personal, cerrando el paso a apetitos y sistemas en que el descrédito sea el mayor de los años. Tales normas, cuya justificación no parece necesaria, porque basta con su enunciado, inspiran la reforma. Y en virtud de ello, El Gobierno provisional de la República decreta: [...]». Véase MIRANDA JUNCO, A., *Leyes Coloniales: Legislación de los territorios españoles del Golfo de Guinea*, Cit., p. 806.

35 *Idem*.

36 MIRANDA JUNCO, A., *Leyes Coloniales: Legislación de los territorios españoles del Golfo de Guinea*, Cit, pp.116-117.

37 *Ibidem*, p.933.

nayong, N'Sork, Akurenan, Annobón³⁸. En la demarcación territorial de Kogo quedaron también incluidas las tres islas menores: Corisco, Elobey Grande y Elobey Chico.

El gobernador era el máximo representante de la República sobre toda la organización territorial apenas descrita. Como tal, el estatuto del 31 decía que «le estarán subordinados todos los funcionarios de la colonia [...]» (base 2^a). Se respetó así un principio clave del derecho colonial: si el gobernador era el eje de la colonia, el resto de instituciones no constituían sino una estructura auxiliar que giraba en torno a él³⁹. Su nombramiento se hacía libremente por el Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente. Igual que el estatuto de 1904, el de 1931 omitió no sólo la clásica duración del mandato colonial de dos años, sino también el requisito de la militarización del cargo de gobernador, esto es, la clásica exigencia según la cual los gobernadores coloniales tenían que ser sujetos procedentes de la carrera militar⁴⁰. De hecho, la República fue la primera en nombrar un gobernador civil en la colonia: se trató del ya mencionado Gustavo de Sostoa Sthamer⁴¹, quien, desafortunadamente, terminaría siendo asesinado por el cabo Restituto en la isla de Annobón el 14 de noviembre de 1932⁴².

38 Se escribe las demarcaciones territoriales aparecen en el texto como fueron escritos en el referido Decreto de 13/04/1935. Pero debe apuntarse que muchos de estos nombres tienen una escritura nueva a día de hoy.

39 GUILLAUME, P., *Le Monde Colonial. XIX-XX Siècle*, 1^a ed., Paris, 1974 (Librairie Armand Collin), p.140 y ss; ROMANO, S., *Corso di diritto coloniale impartito nel R. Istituto di scienze social C. Alfieri di Firenze*, 1^a ed., Università degli studi di Ferrara, 1918 (ATHENAEUM), p.159.

40 Todos los estatutos coloniales anteriores al 1904 exigían que el cargo de Gobernador debía ser desempeñado por una autoridad militar. Entre los gobernadores precedentes, se repiten más los rangos de Capitán de Navío de 1^a o 2^a clase, Teniente de Navío de 1^a clase, Capitán de fragata. Véase ÁLVAREZ CHILLIDA, G., «Los Gobernadores de Fernando Poo (1858-1930)», en *L'État dans ses colonies. Les administrateurs de l'Empire espagnol au XIX siècle*, L. Jean-Philippe (Collection de la Casa de Velázquez), 2015, 1^a ed., p.159

41 Un breve Curriculum de Gustavo de Sostoa puede verse en: LUZ (Diario de la República), n^o 269 de 15/11/1932, pp.15-16.

42 Sobre el asesinato de Gustavo de Sostoa, véase NERÍN, G., «Socialismo utópico y tiranía: La isla de Annobón bajo el cabo Restituto Castilla (1931-1932)», *Afro-Hispanic Review*, Vol. 28, n^o 2, 2009, pp.311-330; *LA GUINEA ESPAÑOLA*, n^o 740 de 15/11/1932, página única; *LA GUINEA ESPAÑOLA*, n^o 741 de 20/11/1932, Sección de «NOTICIAS DE LA COLONIA», p. 367.

Siempre según la base 2ª, párrafo segundo⁴³, el gobernador «publicará, ejecutará y hará que se ejecuten todas las disposiciones emanadas del Gobierno de la República y dictará las instrucciones necesarias para su inmediato y debido cumplimiento». En consonancia con estas declaraciones, la base 14 atribuía al Ejecutivo central la facultad reglamentaria y la facultad de adaptar las leyes metropolitanas a las particularidades de los territorios coloniales. Por si hubiera algún tipo de duda, el art.8⁴⁴ de la reforma de noviembre de 1935 aclaraba que «la facultad de dictar disposiciones administrativas que afecten a los territorios españoles del golfo de Guinea es privativa de la Presidencia del Consejo de Ministros». Como se extrae de todas estas disposiciones, el Ejecutivo metropolitano, como siempre, era el legislador de la Guinea colonial; le correspondía al Gobernador decidir sólo los pormenores relativos a la aplicación de las normas previamente aprobadas desde la metrópoli. Pero este reparto de competencias entre el Gobierno central y el colonial debe entenderse sólo en el plano estrictamente formal, ya que si en algo coinciden los críticos del colonialismo, es precisamente en situar a los gobernadores coloniales como los verdaderos legisladores de las colonias. En otras palabras, los Ejecutivos centrales, una vez aprobadas las normas coloniales, dejaban su ejecución y aplicación bajo control absoluto de los gobernadores coloniales.

Según el art.1º del estatuto colonial de 1888⁴⁵, el gobernador «será responsable de la conservación y defensa de dichas posesiones. A este fin, disfrutará de las atribuciones, así ordinarias como extraordinarias, que las leyes vigentes confieren a las autoridades Superiores de Ultramar». Parece que al legislador colonial le pareció insuficiente hablar sólo de “atribuciones ordinarias y extraordinarias” y tuvo que incluir un criterio interpretativo, aclarando que el alcance de estos poderes era el mismo que el de las facultades de las autoridades Superiores de Ultramar, o el de las facultades inherentes a la condición de un Vicerreal Patrono, como matizaba el estatuto de 1904. Pero, ¿qué poderes o facultades ejercían los Superiores de Ultramar? Petit⁴⁶ estudió

43 MIRANDA JUNCO, A., *Leyes Coloniales: Legislación de los territorios españoles del Golfo de Guinea*, Cit., p. 807.

44 *Ibidem*, pp. 964-965.

45 MIRANDA JUNCO, A., *Leyes Coloniales: Legislación de los territorios españoles del Golfo de Guinea*, Cit., p. 83.

46 PETIT, C., *Detrimentum Rei Publicae: Constitución de España en Guinea*, en *Constitución de España en Guinea: Orígenes y destinos*, J. M^a Iñurrategui y J. M^a Portillo Valdés (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1998, 1ª ed., pp. 425-494.

los poderes de los gobernadores de Guinea, y la definición que hace de éstos, no es precisamente la de unos administradores que se limitaban a ejecutar y aplicar las leyes metropolitanas. Según Petit, el Gobernador ejercía amplísimas atribuciones en la colonia: concentraba los tres poderes⁴⁷. Joseph Fradera⁴⁸, en la misma línea que Petit, matiza que era tan absoluto el poder de los gobernadores de Ultramar que era imposible distinguir más leyes fuera de su voluntad. Según Bartolomé Clavero⁴⁹, citando también a Petit, ya constituía arbitrariedad en sí el hecho mismo de dejar en manos del Ejecutivo central la aprobación de las leyes especiales para Ultramar. Pero dicha arbitrariedad podría incluso considerarse leve en comparación a aquella producida en el momento de aplicar dichas leyes especiales. La colonia era considerada como una gran familia, un espacio sobre el que se proyectaba la sombra del poder del gobernador, el *paterfamilias*⁵⁰. Éste decidía qué normas habría que aplicar en la colonia, cómo interpretarlas y cómo aplicarlas; decidía las modificaciones que creía convenientes sin necesidad de retocar siquiera la letra de la ley⁵¹. En fin, como bien recuerda Clavero, los poderes del gobernador no podían ser reducidos por escrito.

El absolutismo de los gobernadores no era una peculiaridad del colonia-

47 *Ibidem*, pp.435-450.

48 Desde la constitución española de 1937, se adoptó el principio de la legislación especial para las provincias de Ultramar. El artículo adicional 2º rezaba: «Las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales». Fradera critica tanto el carácter discriminatorio de esta disposición, como la poca voluntad que hubo por parte del Gobierno español de hacer respetar las pocas leyes que se aprobaron para ultramar. Decía: «No fue así, a las colonias no se las dio ni ese triste consuelo: se las dejó sin “leyes”, a expensas de la arbitrariedad de los Capitales generales. [...] Dicho con máxima concisión posible: las leyes especiales eran la ausencia de leyes especiales». Véase FRADERA, J. M^a, *Colonias para después de un imperio*, Cit., pp. 163-164. En otra obra suya, hablando del mismo principio de legislación especial, decía: «[...] Unas leyes especiales que eran a suma de la inhibición del poder ilimitado de los Capitanes generales en las tres posesiones ultramarinas. Las leyes especiales eran, en realidad, la inexistencia de leyes especiales u ordinarias, adaptadas a la especialidad de las colonias [...]». Véase FRADERA, J. M^a, *Gobernar Colonias*, 1ª ed., Barcelona, 1999 (Editorial Península), pp. 93.

49 CLAVERO, B., «Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, derecho internacional consuetudinario del trabajo mediante», *Quaderni Fiorentini*, nº 35, 2006, pp. 440, 532.

50 *Ibidem*, pp. 487, 492, 539.

51 *Ibidem*, p. 529.

lismo español. Cuando Petit habla de un «*ius publicum europaeum*»⁵² construido en Berlín en 1885, y cuando Clavero habla después de un «*ius commune* [colonial]»⁵³, se refieren precisamente a aquellos principios sobre los que se levantó la teoría o filosofía del colonialismo, y que estaban presentes, *mutatis mutandis*, en todos los sistemas y regímenes de colonización. En el *Travail sur l'Algérie* de Alexis Tocqueville⁵⁴ se puede observar que la situación de la Argelia colonial no era muy distinta a la de las colonias españolas. En Argelia regía un derecho de excepción; la Administración colonial, civil o militar, era opresora⁵⁵. No existían libertades constitucionales⁵⁶; pero aunque fuesen reconocidos mínimos derechos, su ejercicio impactaba siempre contra el poder absoluto del gobernador⁵⁷, quien llevaba el sumo mando de las fuerzas militares, juzgaba soberanamente como el rey en la metrópoli⁵⁸ y ejercía la potestad reglamentaria, aprobando disposiciones en casos de urgencia y necesidad. Según Tocqueville, si bien el ejercicio de esta facultad reglamentaria se previó como una excepción, en la práctica se convirtió en la regla general, erigiendo así a los gobernadores en los verdaderos legisladores coloniales⁵⁹. Según Pierre Guillaume⁶⁰, en las colonias francesas, el gobernador era el «responsable du maintien de l'ordre»; y como tal era el depositario de los poderes de la República. Como jefe del ejecutivo, disponía de las fuerzas armadas; nombraba, suspendía y cesaba a los funcionarios. Como titular del poder legislativo, podía impedir la aplicación de leyes metropolitanas en la colonia y ejercía la potestad reglamentaria dictando disposiciones que eran

52 PETIT, C., *Detrimentum Rei Publicae: Constitución de España en Guinea*, Cit. pp. 440-445.

53 CLAVERO, B., «Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, derecho internacional consuetudinario del trabajo mediante», Cit., 513, 515.

54 TOCQUEVILLE, A., *Travail sur l'Algérie (1841)*, Université du Québec à Chicoutimi, Les Classiques des Sciences Sociales, pp. 40-46. Disponible en:

http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/de_colonie_algerie/travail_sur_algerie/travail_sur_algerie.html

55 Ibidem, p. 41.

56 Ibidem, p. 42.

57 Idem.

58 «En Algérie c'est le gouverneur général qui juge souverainement les conflits, de même que le roi le fait en France». Ibidem, p.46.

59 Ibidem, pp.38-39.

60 GUILLAUME, P., *Le Monde Colonial. XIX-XX Siècle*, Cit., p.158.

consideradas una «véritable législation spécifique»⁶¹. También controlaba el poder judicial. Guillaume insiste en que este absolutismo de los gobernadores coloniales, era común a todos los imperios coloniales: «Cette concentration de l'autorité aux main du haut personnage responsable se trouve dans tous les empires coloniaux»⁶².

Los republicanos también consideraron conveniente asegurar cierta libertad de actuación al gobernador de Fernando Póo para los casos en que peligrase el orden público o la seguridad en la colonia. Para ello, el tercer párrafo de la base 2^a de su carta colonial estableció que el gobernador «tomará cuantas medidas considere necesarias para conservar la seguridad de los territorios, informando de ellas»⁶³. Era lógico que esta disposición se inspirase en el tenor del art.4.3 del estatuto de 1904⁶⁴, y no en los equivalentes preceptos de los estatutos anteriores a 1904. Si el régimen colonial tenía que ser reflejo de los principios y valores republicanos como se explicaba en la justificación del estatuto del 31, entonces convenía evitar giros o expresiones inconciliables con los principios de la democracia republicana. Giros como “poderes discrecionales”, “atribuciones extraordinarias”, o “facultades de los Superiores de Ultramar”, todos estos utilizados en los estatutos anteriores a 1904, evocaban al descrito poder fáctico y absoluto que siempre detentaron los gobernadores, y que era contrario al espíritu de libertad que inspiró al constituyente español de 1931.

El que los republicanos hubiesen evitado terminología autoritaria en su carta colonial no implicó automáticamente una interpretación restrictiva del margen de discrecionalidad atribuido a los gobernadores. Las facultades que reconocía la base 2^a a los gobernadores coloniales republicanos eran las mismas que ejercían los gobernadores anteriores en base a las “atribuciones extraordinarias” que les reconocían expresamente los estatutos pre-republicanos. Prueba de ello fue que, después que las informaciones⁶⁵ del Sr. Ferrer confirmaran muchas de las arbitrariedades denunciadas bajo el régimen de

61 Idem.

62 Ibidem, p.140.

63 MIRANDA JUNCO, A., *Leyes Coloniales: Legislación de los territorios españoles del Golfo de Guinea*, Cit., p. 807.

64 Ibidem, p.139.

65 En la colonia, este término hacía referencia a los expedientes tramitados ya sea para investigar una irregularidad administrativa, ya sea para investigar un delito. De modo que “abrir una información”, era sinónimo de “abrir un expediente”.

Núñez de Prado⁶⁶, la República determinó la responsabilidad de algunos colaboradores⁶⁷ de Núñez de Prado, pero nunca la de éste mismo⁶⁸. Como bien razonó el auditor republicano en una de las informaciones tramitadas⁶⁹, Núñez de Prado, en tanto que máximo responsable de la seguridad y de la paz de la colonia, tenía reconocidas atribuciones especiales que, precisamente, ampararon muchas de las medidas y decisiones que adoptó durante su mandato colonial.

El 2 de noviembre de 1932⁷⁰, el Sr. Rubio planteó en las Cortes una petición en nombre y defensa del doctor Juan García Bote, un funcionario que, según el diputado, había sido víctima de los poderes arbitrarios de Gustavo de Sostoa, entonces Gobernador de Guinea. La cuestión de fondo sigue revelando los amplios poderes que detentaba el Gobernador en relación a la aplicación de las normas coloniales. Según el art.12 del estatuto de los funcionarios coloniales⁷¹, éstos, por cada 18 meses de servicio en la colonia, tenían

66 Era el gobernador de Guinea en el momento de declaración de la Segunda República. Declarada ésta, tanto los nativos de la colonia, como los dirigieron varios escritos al nuevo régimen denunciando varias arbitrariedades cometidas bajo el régimen de dicho gobernador. Léase BIBANG ONDO EYANG, J. L., «La II República, ¿o la llegada de un mesías para los olvidados Territorios Españoles del Golfo de Guinea?», Cit.

67 Algunos de los que fueron cesados por motivo de dichas investigaciones fueron: García Loygorri, subgobernador de Bata, acusado por estar implicado en la recluta de braceros; David Carillo; Enrique Mené, acusado por asesinar a dos indígenas, el Sr. Touchard. Véase NERÍN, G., *Un Guardia Civil en la selva*, Cit., pp. 229-230.

68 Según Nerín, después de la proclamación de la República, Núñez de Prado fue convocado a Madrid. Y tan pronto como el Gobernador manifestó su firme adhesión al nuevo régimen, la izquierda hizo todo para ocultar los escándalos del Gobernador en la colonia, y la misma Presidencia de la República intervino para paralizar todos los expedientes tramitados contra el Gobernador. Véase NERÍN, G., *Un Guardia Civil en la selva*, Cit., p.229. Esta misma opinión de Nerín la defiende también BALLANO GONZALO, F., *Aqué! negrito del África tropical: el colonialismo español en Guinea (1778-1968)*, 1ª ed., Madrid, 2014 (Sial Ediciones), p. 386.

69 AGA, CAJA G-179 (81/6448), Expediente tramitado entre el 07/08/1931 y el 22/08/1931, para investigar las intromisiones de Núñez de Prado en el funcionamiento de la administración colonial.

70 Diario de Sesiones de las Cortes, Cit., Sesión de 02/11/1932, pp. 9223 y ss.

71 «Todo funcionario tendrá, cada dieciocho meses, derecho a seis meses de licencia reglamentaria, en los que estará incluido el tiempo necesario para efectuar los viajes de ida y vuelta a España».

El funcionario percibirá durante la licencia reglamentaria de seis meses el sueldo y sobresueldo íntegros. Estas licencias podrán prorrogarse por dos meses en caso de en-

derecho a una licencia de 6 meses. En febrero de 1932, la Dirección General de Marruecos y Colonias (en adelante, DGMC)⁷² adoptó una disposición según la cual, «no se podrá disfrutar de las licencias que taxativamente concede el estatuto de funcionarios, en su art.12, sin que, a juicio del gobernador, queden cubiertas las necesidades administrativas coloniales y que el número de funcionarios ausentes no pueda exceder de la tercera parte de los asignados a cada servicio». El 7 de agosto de 1932, el Dr. Juan Bote publicó un artículo en el periódico colonial *El Defensor de Guinea*⁷³, subrayando la contradicción existente entre las normas en cuestión. El gobernador consideró dicho artículo como una injuria hacia su persona. Además de llamar la atención al director del periódico por publicar el texto, convocó a la Junta de Autoridades⁷⁴ para tratar el caso. La mayoría de las autoridades consideraron que

fermedad plenamente comprobada a satisfacción de la Dirección General de Marruecos y Colonias, de tal anticipación que, en caso denegarse, pueda el funcionario presentarse en su puesto a terminar los seis meses de licencia no prorrogada.

Por delegación especial permanente de la Dirección General estará el Gobernador general facultado para conceder estas licencias reglamentarias que se solicitarán por conducto del Jefe de Servicio y con el informe de éste. En ningún caso podrán concederse estas licencias sin que el funcionario lleve dieciocho meses completos de servicio en su puesto». Véase el estatuto los funcionarios públicos coloniales en: AGA, CAJA G-179 (81/6448); MIRANDA JUNCO, A., *Leyes Coloniales: Legislación de los territorios españoles del Golfo de Guinea*, Cit. p. 822.

72 La Dirección General de Marruecos y Colonias se creó en 1925. Fue una Administración dependiente del Ejecutivo español. Funcionaba como eslabón entre el Gobierno central y las administraciones colonias. Sobre la constitución de este organismo, véase en: ALVARADO PLANAS, J., Y DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J.C., *La Administración del Protectorado Español de Marruecos*, 1ª Ed., Madrid, 2014 (BOE: (CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES), pp.120-124.

73 *El Defensor de Guinea* fue un periódico publicado en la Guinea Española. Según Carlos González Echegaray, su publicación se inició el 1 de mayo de 1930. La publicaban los servicios de correos bisemanalmente. Se trató de una publicación afín al régimen colonial. Según el periódico colonial *La Guinea Española*, *El Defensor de Guinea* anunció el 30 de octubre de 1932 que dejaba de publicar. Según Carlos González Echegaray, *El Defensor de Guinea* estuvo activo hasta su nº 423 de 1934, aunque algunos que números sueltos aparecieron hacia 1936. Véase en: AGA, CAJA G-195(81/6464), Escrito 14/05/1930 de la Dirección General de Marruecos y Colonias que consiente la publicación del periódico *El Defensor de Guinea*; *LA GUINEA ESPAÑOLA*, nº 738 de 06/11/1932, Sección de «NOTICIAS DE LA COLONIA», p. 351.

74 La Junta de Autoridades Coloniales reunía a los representantes de las principales instituciones coloniales: El Gobernador General, el Pte. del Consejo de Vecinos, el presi-

las críticas del Dr. Juan Bote iban contra una disposición, y no contra nadie. No obstante el parecer de la Junta, el gobernador, alegando necesidades de servicio, ordenó el traslado del doctor a la estación sanitaria de Niefang⁷⁵. Parece que, legalmente, la vacante de Niefang no debía cubrirla el Dr. Bote, ya que, siendo este hospital de segunda, debía ser atendido por un médico de la misma categoría, y no por un médico de primera como lo era el Sr. Bote. Pese a esta irregularidad, y pese a haber disponibilidad de médicos, el gobernador lo envió a dicho hospital. El doctor recurrió la decisión del Gustavo de Sostoa ante la Dirección General de Marruecos y Colonias, pero esta le respondió diciendo que no podía hacer nada contra la decisión ya adoptada por el máximo colonial. Por todos estos hechos, el Sr. Rubio pidió que el parlamento declarara la primacía del estatuto de los funcionarios sobre la citada disposición de la Dirección General de Marruecos y Colonias. Denunció esta disposición, alegó que venía a otorgar «facultades excesivas» al gobernador, sujetando al arbitrio de éste el ejercicio del derecho reconocido en el art.12 del estatuto de funcionarios. Desgraciadamente, la petición de Sr. Rubio no sólo no fue acogida por el parlamento, sino que siquiera abrió un debate que mereciera la atención de las Cortes republicanas.

Como se dijo antes, este control absoluto que tenían los gobernadores sobre la efectividad de la norma colonial, no lo ejercían sólo en el momento de aplicar la norma en el interior del territorio colonial; también lo ejercían en el momento mismo de la aprobación de la disposición. Cuando una norma aprobada en la metrópoli podía suponer una alteración de la tranquilidad y del estado de cosas vigente en la colonia, el gobernador podía impedir su extensión a la colonia. Por ejemplo, los gobernadores coloniales negaron la extensión a la colonia del Código Penal de 1929⁷⁶, de la Convención Internacio-

dente del Patronato de Indígenas, presidente de la Cámara Agrícola Oficial, y los Jefes de los distintos Servicios Coloniales. Véase el art.9 de Estatuto colonial de 1904 en MIRANDA JUNCO, A., *Leyes Coloniales: Legislación de los territorios españoles del Golfo de Guinea*, Cit. p. 140.

⁷⁵ Es una ciudad del interior de la parte continental de Guinea Ecuatorial. Se encuentra a 70 km de Bata, capital de la Región Continental. Durante el periodo colonial, se conoció como Sevilla de Niefang.

⁷⁶ «Claro está que se propone la aplicación con diferentes reformas; pero aceptar unos preceptos y otros no, desarticulando el código, e quita estructura y armonía, [...] le convertiría en una de aquellas compilaciones sin unidad, de los tiempos jurídicos pasados». Véase AGA, CAJA G-211 (81/6480), Expediente nº 198/3, Resolución de 08/06/1929 de la Junta de Asuntos Judiciales de la DGMC.

nal sobre la represión de la trata de mujeres mayores (Ginebra, 11/10/1933)⁷⁷, y del estatuto de los refugiados alemanes que no gozaban de la protección del Reich (Ginebra, 04/07/1936)⁷⁸. La otra posibilidad era admitir la extensión de dicha norma a la colonia, pero después de establecer las nuevas condiciones particulares que regirían su aplicación local. Fue, por ejemplo, el caso del Convenio n° 29 de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930), cuya aplicación en la colonia, según dictamen de las autoridades coloniales, quedó sujeta a un periodo transitorio más largo que el previsto para la metrópoli⁷⁹.

Después de todo lo dicho en los párrafos precedentes sobre la potestad normativa del Gobernador, se puede concluir con la misma afirmación de partida. Si las bases 2ª (párrafo segundo) y 14 del estatuto del 31 erigían al Ejecutivo central como el legislador colonial formal, el párrafo 3º de la misma base 2ª venía a permitirle al Gobernador un control absoluto sobre la aplicación del régimen jurídico colonial. Tenía su lógica aquella fórmula. Como bien se diría en las Constituyentes republicanas, en la colonia, la seguridad y el orden público se hallaban en una situación delicada. Vincular al Gobernador a un formalismo que emanaba a miles de millas de la colonia, no hacía sino mermar la inmediatez que debía caracterizar la actuación del máximo colonial para conservar la paz en el interior del territorio colonial. El gobernador era el *paterfamilias* de la gran familia colonial; conocía la realidad colonial *in situ*. De modo que si era responsable de mantener el orden público colonial, era necesario reconocerle «una gran amplitud de medios» como diría luego el Santiago Alba en las Constituyentes republicanas⁸⁰. Fue precisamente esta «gran amplitud de medios» la que le vino a reconocer el párrafo 3º de la base 2ª. La ambigüe-

77 AGA, CAJA N° 86 (81/6355), Informe n° 508 del Gobernador de 16/07/1934.

78 *Ibidem*, Comunicado del Subsecretario del Gobierno colonial de 10/10/1936.

79 «[...] El atraso del indígena ha de ser causa de que el periodo de transición que conduzca a la supresión absoluta del trabajo obligatorio no sea tan breve como en la metrópoli y de que, en algunas ocasiones, a ley no tenga la aplicación restringida que fuera de desear del mejoramiento y progreso en general de aquella población autóctona, debiendo hacer presente a V.E. que por el Gobierno de Guinea se procura remunerar el trabajo del indígena aún en el caso de ser forzoso; nuestra acción colonial no puede tampoco sustraerse el ritmo seguido por los demás países colonizadores en el África occidental, cuyos procedimientos, por cierto, en lo que se refiere al trato de indígena, no son mejores que los nuestros, -peores muchas veces- [...]». Véase AGA, CAJA G-1910(81/8179), Expediente n°5, escrito de 15/07/1932 emitido por la Sección Colonias de la DGMC.

80 Diario de Sesiones de las Cortes, Cit., sesión de 01/12/1931, p.2754.

dad del tenor de esta disposición no vino sino a hacer difícil la distinción entre la voluntad del gobernador y las normas coloniales. El párrafo 3º de la base 2ª no especificó qué «medidas necesarias» podía adoptar la máxima autoridad colonial; se limitó a incluir una tímida garantía estableciendo que las medidas adoptadas fueran comunicadas al Gobierno central. Pero de esta comunicación no derivaría ni una revisión, modificación, suspensión, o una anulación de las decisiones ya tomadas por el máximo colonial. ¿Para qué serviría, entonces, este deber de comunicación? Como puede observarse, con la mentada disposición en mano, gobernador se erigía en el verdadero legislador colonial. Valoraba libremente cuándo peligraba la paz y el orden público en la colonia y podía adoptar todas las medidas que más convenientes le parecían. Podía utilizar tanto su potestad reglamentaria como su poder fáctico para modificar las normas vigentes; podía suspender su aplicación y cumplimiento⁸¹; y podía negar la extensión a la colonia de las normas metropolitanas y los convenios internacionales ratificados por España.

Como dirigente de la administración colonial, se le reconocía también al gobernador una serie de atribuciones que iban desde facultades inspectoras, presupuestarias, diplomáticas, hasta facultades sancionadoras. Como supervisor del funcionamiento de la administración colonial, podía (y debía hacerlo al menos una vez al mes) reunir a todos los Jefes de Servicios públicos coloniales con el objeto de oír sus informes (base 5ª). Y si así lo exigieran las necesidades locales observadas en los informes o en las visitas de inspección, podía proponer la creación o constitución de los organismos públicos pertinentes (base 8ª). En materia de presupuestos, decía el estatuto del 31 que «formulará el proyecto de presupuesto anual de ingresos y gastos de la colonia y propondrá la alteración de los créditos del mismo»; ordenará los gastos y dispondrá los pagos sujetándose al presupuesto y al resto de normativa (base 2ª). Su aprobación era también necesaria para que sean ejecutivos los acuerdos adoptados por los Consejos de Vecinos (Ayuntamientos) sobre los presupuestos municipales (base 8ª).

81 El art.4 del Estatuto Orgánico colonia de 1904, entre las facultades que reconocía al GG, estaba la de «2º Suspender la publicación y cumplimiento de las disposiciones que le comunique el Ministerio de Estado cuando, su juicio, pudieran causar daño a los intereses generales de la Nación o a los especiales de los territorios de su mando, de que dará, sin pérdida de momento, cuenta razonada a dicho Ministerio», y la de «4º Proponer el indulto de la toda clase de penas y suspender la ejecución de la muerte». Ambas disposiciones fueron asumidas por el Estatuto colonial republicano, ya que éste no derogó expresamente el Estatuto de 1904.

Como bien recuerda Drincourt Álvarez⁸², la expresión “Estado colonial” debe aplicarse siempre a las potencias coloniales europeas, y nunca a los territorios coloniales, que eran considerados, al menos formalmente, “partes integrantes de los Estados colonizadores”. Cualquier negociación o relación establecida entre dos o más autoridades coloniales, se entendía realizada en representación de sus respectivos gobiernos metropolitanos. La base 2ª del estatuto del 31 permitía que el gobernador, en materia colonial, pudiera establecer contacto con las autoridades locales de las colonias vecinas. En base a esta disposición, los gobernadores republicanos, al igual que hicieran los monárquicos, negociaron con las coloniales vecinas acuerdos y tratados que fueron luego ratificados por los respectivos ejecutivos metropolitanos. Por ejemplo, en 1931, una delegación oficial se desplazó de Fernando Póo para la colonia portuguesa de Santo Tomé y Príncipe con objeto de estudiar *in situ* la posibilidad de contratar braceros de aquella colonia portuguesa⁸³. En 1933, el gobernador puso a Antonio Nombela al frente de una comisión oficial que debía partir para Yaundé con objeto de negociar con dicha colonia un tratado de cesión de braceros⁸⁴. Las negociaciones tendrían como resultado un tratado firmado entre el Gobierno español y el Gobierno francés el 8 de enero de 1934⁸⁵.

Para terminar con las atribuciones de gobernador, hay que recordar que la carta colonial republicana, en su último párrafo, establecía que las resoluciones del gobernador eran recurribles sólo cuando una así lo establecía expresamente una disposición. Así que el gobernador agotaba la vía administrativa en el ejercicio de los recursos administrativos.

82 DRINCOURT ÁLVAREZ, J. R., *Estado constitucional: un análisis histórico de Francia (1871-1931) con referencia comparada a Gran Bretaña*, Tesis doctoral dirigida por Juan Carlos Pereira Castañares, Universidad Complutense de Madrid (Departamento de Historia Contemporánea, Facultad de Geografía), 2015, p. 43.

83 AGA, CAJA N°146 (81/6415), expediente n°133/20, Escrito de 16/05/1931 del GG a Director general de DGMC.

84 AGA, CAJA G-1856 (81/8125), Memoria de los trabajos llevados a efecto por la comisión designada por el GG para negociar la salida de braceros de Camerún hacia Fernando Póo.

85 AGA, CAJA G-1878 (81/8147), Convenio de contratación de braceros cameruneses firmado en Yaundé el 8 de enero de 1934.

IV. DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS RESIDENTES EN LOS TTEEGG

Fue el estatuto orgánico de 1868 el primero en hacer mención expresa de los derechos de los residentes en los territorios de Guinea. Decía su art.16: «Disfrutarán iguales derechos para todos los efectos de la ley los indígenas sometidos a España, los nacionales y los extranjeros que se avecinden y arraiguen en dichas posesiones»⁸⁶. Esta disposición estuvo presente en los tres estatutos que se sucedieron hasta el estatuto de 1904⁸⁷. Es verdad que los derechos a los que se referían estas disposiciones no eran los constitucionales sino los reconocidos por los mismos decretos. También es verdad que entre el *dicho* y el *hecho* hubo siempre un *trecho*. Pero pese a estos dos matices, no debe negarse el hecho de que tal declaración de la igualdad jurídica entre “nacionales e indígenas”, o entre “blancos y negros”, además de progresista, no dejaba de ser anacrónica en un siglo XIX marcado por una mentalidad colonialista reacia a equiparar colonizados con colonizadores. Por su parte, el art.27 del estatuto colonial de 1904⁸⁸, tras extender los derechos constitucionales a la colonia, confió al Gobierno la regulación de los derechos de los extranjeros residentes en la colonia. En otras palabras, el estatuto de 1904, al extender los derechos constitucionales a la colonia, no distinguió entre españoles y nativos; más bien distinguió los súbditos de la monarquía de los extranjeros. En suma, como puede observarse, todos los estatutos pre-republicanos, exceptuando el de 1858, aunque fuera sólo formalmente, declararon la igualdad jurídica entre los españoles y los nativos de Guinea. Los anteriores a 1904 lo hicieron en relación a los derechos estatutarios, mientras que el estatuto de 1904 lo hizo en relación a los derechos constitucionales.

Como no iba ser de otra manera, los republicanos se sumaron a las declaraciones de derechos ya iniciadas por los estatutos coloniales anteriores. El estatuto colonial del 31, en su base 7^a, convertido luego en el art.12 de la refundición de 14/11/1935⁸⁹, declaró que los «los derechos y deberes de los españoles y extranjeros en los territorios españoles del golfo de Guinea serán

86 MIRANDA JUNCO, A., *Leyes Coloniales: Legislación de los territorios españoles del Golfo de Guinea*, Cit., p. 59.

87 Ibidem, pp. 59, 64, 71, 84.

88 Ibidem, p. 141.

89 Ibidem, pp. 964-966.

regulados por la Constitución de la República española [...]»⁹⁰. Como un matiz dentro de esta declaración general, el estatuto colonial republicano, además de recordar que el gobernador debía sujetarse a las disposiciones vigentes en el ejercicio de sus competencias (base 2ª, párrafo 1º), insistió en que debían respetarse en Guinea el principio de independencia del poder judicial (base 2ª, párrafo 1º), las garantías procesales vigentes en la metrópoli (base 6ª), y la libertad de conciencia y de culto (base 7ª, párrafo 2º). Pero junto a esta declaración, los republicanos establecieron tres principios adicionales. En virtud del principio de legislación especial, quedaron fuera de la cobertura de base 7ª materias como la libertad de reunión y asociación (base 7ª, párrafo 2º); la libertad de prensa (ídem); la enseñanza; la sanidad; las concesiones, el aprovechamiento y la propiedad; los derechos y obligaciones del personal administrativo (base 12). No hace falta un gran espíritu crítico para notar que con este principio de legislación especial, los republicanos excluyeron del régimen constitucional todas las materias sobre la que gravitaba el día a día del régimen colonial. Pero por si alguna garantía jurídica pudo escaparse a este principio de legislación especial, ahí estaban el principio de legislación complementaria y el principio de adaptación de la legislación metropolitana. Como ha quedado dicho (epígrafe III), el carácter vinculante de la opinión del gobernador a la hora de adaptar las normas metropolitanas en colonia, actuó siempre como principal barrera para extender muchas garantías jurídicas a la colonia.

Pero si las excepciones del estatuto colonial de 1931 ya hacían sospechar el vacío de la declaración de derechos del mismo texto, el mismo Constituyente republicano se encargó de disipar cualquier presunción de extensión de garantías constitucionales a la colonia. Durante las Constituyentes republicanas, el Partido Radical de Lerroux propuso que fuera añadido a la Carta magna un artículo adicional en los siguientes términos: «Los territorios españoles del África occidental forman parte integrante de la nación. Se regirán por leyes especiales, pero los residentes en dichos territorios gozarán de los derechos individuales consignados en el Título III de esta constitución. Como derecho supletorio regirá el general de la metrópoli»⁹¹. Como puede observarse, tal enmienda de los radicales no aportaba mucho al régimen del decreto de julio

90 Ibidem, p. 807.

91 AGA, CAJA Nº 156 (81/6425), enmienda propuesta por el PRR; Diario de Sesiones de las Cortes, Serie Histórica disponible online en el link app.congreso.es/est_sesiones/; sesión de 01/12/1931.

del 31; más bien se trataría de constitucionalizarlo. Pero los republicanos, en vez de optar por un silencio prudencial como era costumbre del constituyente español, no sólo negaron la extensión de las garantías constitucionales a la colonia, sino que incluso incurrieron en los clásicos argumentos colonialistas manejados por las constituyentes monárquicas.

Hacia mediados del siglo XIX, en plenas Cortes, un diputado español se expresaba con franqueza sobre la situación de los derechos de los españoles residentes en Cuba: «[...] En España hay una libertad constitucional, una gran libertad, como tiene que reconocer S.S., y esa libertad la pueden gozar los ciudadanos españoles que residen en Cuba, siempre que salgan de aquel, que se halla en el estado excepcional de una plaza de guerra [...]»⁹². Si en este fragmento cambiamos Cuba por la Guinea colonial, el resultado es casi igual al discurso esgrimido por los republicanos. Si en 1866 el P. Antonio de Alarcón Ariza definió Cuba como un territorio en una «posición especial», esto es, en un «estado excepcional de una plaza de guerra», en 1931 el Santiago Alba cambió sólo una palabra para definir las colonias como territorios en una «situación [y no “posición” como decía Alarcón] especial»⁹³. Pero los republicanos fueron un poco más finos; prefirieron eufemismos y evitaron comparar explícitamente la situación colonial con la de “una plaza en estado de guerra” como hizo el liberal. Alcalá Zamora sostuvo que «los territorios coloniales no

92 Continuación del fragmento de la intervención del Sr. Alarcón: «[...] Pues bien: hay en Cuba cierto número de españoles allí acampados, cultivando el azúcar y el tabaco, porque les conviene cultivarlos, porque les da para vivir y les proporciona grandes ganancias, y para adquirirlas se privan de lo que se goza aquí, que es la libertad a que me he referido. La isla de Cuba está en una posición especial, como na plaza fronteriza, como una ciudadela, lo dije el otro, y lo repito hoy. Los cubanos no tienen libertad por razón de localidad, por un bando de buen gobierno que hay en Cuba; pero no obstante, son ciudadanos libres». Véase Diario de Sesiones de las Cortes, *Cit.*, sesión de 09/071866; R. M^a LABRA, *La colonización en la historia, Tomo I*, Madrid, Editor el Libro de Oro, 1877, p.63. Tales palabras del diputado español confirman la veracidad de la afirmación de Gustavo Gozzi cuando sostiene que «Nelle terre d’oltramare vigeva un costante stato di guerra». Véase G. GOZZI, *Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 144

93 «[...] creo que las autoridades de Fernando Póo, por la situación especial en que se encuentra aquel territorio, deben disponer de una gran amplitud de medios, que no se pueden someter al régimen de la Península. Entiendo, sin ahondar más en el problema, que una definición de tal género en la Constitución no es necesaria y que, como casi todas las cosas innecesarias en ella, vendría a resultar perjudicial y perturbadora en la práctica». Véase Diario de Sesiones de las Cortes, sesión de 01/12/1931, p. 2755.

están en estado de guerra»⁹⁴, pero admitió que la misión civilizadora se desarrollaba en aquellos territorios en unas «circunstancias singulares»⁹⁵. Son éstas circunstancias las que, para el mantenimiento de orden público colonial, imponían el empleo de métodos más exigentes y distintos a los metropolitanos. Como se observa, en unas colonias así descritas [igual que la Cuba de 1866], la atribución de derechos y libertades a los ahí residentes no habría hecho sino agravar la situación delicada que, de entrada, ya caracterizaba el orden público colonial. Así, pues, a esta situación especial de las colonias se le vinculó, como regla general, la negación de derechos políticos. Pero a diferencia de la base 7ª del estatuto colonial republicano, que sólo incluía a los españoles y extranjeros, [blancos, desde luego], la limitación de derechos defendida por los constituyentes no discriminó entre nativos, españoles o extranjeros; más bien afectó a todo aquel que entraba en contacto con la descrita «situación especial» de las colonias. En otras palabras, la limitación de los derechos, como bien recordó Alcalá Zamora, estuvo vinculada no tanto a las personas, sino al territorio. Y tan pronto como los afectados perdían el contacto directo con aquella «situación especial» de la colonia, podían volver a ejercer sus derechos y garantías constitucionales que permanecían suspendidas mientras permanecían en el espacio colonial.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si algo marcó siempre la filosofía colonial fue precisamente su ambivalencia. A lo largo de todo el proceso de colonización, principios iusnaturalistas como la igualdad, la libertad, la justicia, pasaron a ser perfectamente compatibles con sus realidades más inconciliables tales como la esclavitud, la trata de esclavos, o el trabajo forzoso. Que la joven República española enarbolará la bandera de la igualdad y de la justicia, o que entonara el himno de la libertad, no la convirtieron en anticolonialistas. Como bien recordó Jiménez de Asúa⁹⁶ –reproduciendo, por cierto, lo dicho en las Constituyentes weimarianas–, la diferencia entre «declamaciones de derechos» y «declara-

94 Véase Diario de Sesiones, sesión inmediatamente anterior.

95 Idem.

96 Diario de Sesiones de las Cortes, Serie Histórica, sesión de 27/08/1931, p. 646, disponible en <https://app.congreso.es/estsesiones/>; SOLÉ TURA, J. y AJA, E., *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, 10ª ed., Madrid, 1983 (Siglo XXI de España Editores, S.A.), pp. 166-175.

ciones de derechos», radicaba precisamente en el hecho de que mientras las primeras nacían para no trascender del discurso, las últimas, a través de un serie de garantías constitucionales, nacían para cobrar vida en el día a día de los destinatarios de tales derechos. Decir que la colonia tenía que reflejar los valores democráticos republicanos como rezaba la exposición de motivos del estatuto de 1931, sólo era una “declamación de derechos”. Pero hacer de esta afirmación una verdadera “declaración de derechos” era un verdadero reto para los republicanos españoles. Implicaba no sólo emprender una verdadera acción reformadora, sino también cuestionar en sí las bases del *ius commune* colonial. ¿Cómo era posible garantizar la libertad individual en todas sus manifestaciones en la colonia? ¿Cómo era posible garantizar la libertad de conciencia y culto a los nativos, y luego pretender su aculturación o cristianización? ¿Cómo se compaginaba la libertad laboral de los nativos con el principio colonial según el cual se establecía el trabajo como el principal instrumento de la civilización de los llamados primitivos? ¿Cómo era posible compaginar la democratización y descentralización de las instituciones coloniales con la sagrada misión de los gobernadores de garantizar el orden público y la seguridad en el ámbito colonial?

Ante tales dilemas, la postura de los republicanos, como no iba a ser de otro modo, fue un tanto ambigua. Adoptaron tibias reformas institucionales, pero en nada afectaron éstas a las bases del colonialismo. Se reconoció derechos a los españoles y extranjeros residentes en la colonia, pero, acto seguido, la eficacia de dichos derechos, quedó sujeta al principio de adaptación de las normas metropolitanas a las particularidades del ámbito colonial. O lo que es lo mismo, se estableció que los gobernadores debían sujetarse a las disposiciones vigentes en el ejercicio de sus poderes, pero acto seguido, se les reconoció una ilimitada libertad no sólo para valorar cuándo peligraba el orden público colonial, sino también para decidir los medios más convenientes para restablecer dicho orden.

Tampoco fueron menos las contradicciones de las reformas republicanas en relación con la realidad de los nativos de Guinea. Aquella República que se definió como una democracia “de trabajadores de toda clase” (art.1 CE’31)⁹⁷, no fue, sin embargo, congruente cuando tuvo que decidir la ratificación de todos los convenios de contenido colonial adoptados en el seno del Sistema

⁹⁷ Art.1, párrafo 1º de la Constitución Española de 1931: «España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia».

de la Sociedad de Naciones. En el periodo que va de 1931 a 1936, periodo de vigencia de la República en las colonias africanas, los republicanos sólo ratificaron dos convenios internacionales de contenido colonial: la Convención sobre la Esclavitud de 1926 y el Convenio sobre el trabajo forzoso (Cnº29 de 28/06/1930). Pero, además del contenido mínimo y transitorio de tales convenios⁹⁸, la monarquía española, en virtud de la cláusula colonial del art. 421⁹⁹ del Tratado de Versalles, negó la extensión de la Convención de 1926 al Protectorado de Marruecos¹⁰⁰. La República, no sólo no abolió dicha declaración, sino que hizo algo parecido al decidir la extensión a Guinea de la eficacia del convenio nº 29 de la Organización Internacional del Trabajo. Como ha quedado dicho, la Dirección General de Marruecos y Colonias emitió un dictamen sosteniendo que la abolición del trabajo forzoso en las colonias precisaba de un periodo transitorio más largo que el estimado para su abolición en el territorio metropolitano.

En el ámbito local, los republicanos aprobaron reformas laborales. Pero, como era de esperar, tales reformas no pasaron de ser letra muerta. Se crearon Bolsas de Trabajo, un sistema de colocación o registro voluntario de trabajadores desocupados, que pretendía terminar con la recluta forzosa de braceros¹⁰¹. Como una medida encaminada a proteger la propiedad de los nativos frente a las ambiciones de los finqueros blancos, se suspendió todos los contratos de arrendamientos de fincas celebrados entre colonos blancos y nativos¹⁰². Y para terminar con el maltrato de trabajadores, se agravaron considerablemente las multas por tales actos¹⁰³. No obstante todas estas medidas, la

98 En tales instrumentos, los Estados, más que abolir la esclavitud y el trabajo forzoso, se comprometieron sólo a esforzarse de cara a la eliminación de tales instituciones en un periodo transitorio que no quedó determinado. Disponible en ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx.

99 En virtud de este precepto, los miembros de la Sociedad de Naciones, a la hora ratificar un convenio de la OIT, podían negar su extensión a sus colonias o protectorados.

100 BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Travail Forcé. Rapport et projet de questionnaire*, Cit., p. 19, disponible en https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1929/29Bo9_10_fren.pdf.

101 Véase el D.G.G. de 27 de septiembre de 1934 (BOC de 01/10/1934), D.G.G. de 31 de diciembre de 1934 (BOC de 01/01/1934) y D.G.G. de 12 de febrero de 1935 (BOC de 15/02/1935) en MIRANDA JUNCO, A., Cit., pp. 897-898, 917-918, 925-927.

102 Idem.

103 Véase la Orden del Gobierno General de 28 de junio de 1936 en MIRANDA JUNCO, A., Cit., pp.

realidad colonial de los nativos siguió siendo la misma que bajo la monarquía. Siguieron registrándose la explotación del negro por el blanco, los maltratos de braceros, la recluta forzosa de braceros, las ejecuciones hipotecarias fraudulentas sobre la propiedad de los nativos, etc. Ante tal realidad, el Estado y las autoridades coloniales siguieron manteniendo su pasivismo. Así lo confirmaron no sólo las críticas de los algunos testigos directos¹⁰⁴ o de instituciones coloniales¹⁰⁵, sino también denuncias y críticas desde el exterior¹⁰⁶.

104 MADRID, F, *La Guinea incógnita. Vergüenza y escándalo colonial*, Cit., pp. 92-94, 109, 127, 137, 192, etc.; CARLES, E., *Misioneros, negreros y Esclavos: notas de un viaje a Fernando Poo*, Cit., pp.1-30; CABANELLAS, G., *iEsclavos! Notas sobre el África negra*, Cit. pp. 10-16, 21-23.

105 AGA, CAJA G-1799 (81/8068), Legajo 21-0, Escrito del Patronato de Indígenas de mayo de 1933: denuncia de las arbitrariedades coloniales; AGA CAJA G-1887(81/8156), Expediente n°5, Escrito del Inspector de 25/05/1933: En el escrito se puede ver que los nativos organizaron una manifestación por la falta de libertades que seguía registrándose en la colonia.

106 En mayo de 1936, un documento oficial recogía la traducción al español de un fragmento de una revista anglófona denunciando la existencia de prácticas esclavistas en la Guinea Española: «Los súbditos ingleses han conocido la libertad de la esclavitud desde cerca de cien años: el mundo por medio de su cuerpo representativo, la Sociedad de Naciones, ha demostrado que no tiene simpatía para con las Naciones que aún continúan en tan despreciable negocio. Hemos visto a Liberia y Abisinia reprendidos por esta ofensa, y sin embargo poco o nada se ha dicho de la trata que aún mantiene España dentro de sus territorios del Golfo de Guinea. Muy poca publicidad se ha dado a las actividades ilegales de la gente empleada por España para la recluta de hombres por sus fuerzas, desde otras partes de Nigeria. [...] No puede negarse que la práctica está autorizada por las autoridades [...]». Véase AGA, CAJA G-1759 (81/8028), Expediente n° 6, Traducción de un fragmento del n° 104 de la Revista inglesa *The West African Review*. En otro documento se pueden leer también más acusaciones de parte de la prensa anglófona: «Reclutaban los nacionales liberianos en números crecidos. Más tarde las noticias de brutalidad y condiciones asemejadas a la esclavitud se iban filtrando por el África Occidental. Se circulan noticias al efecto de que los braceros estaban a la clemencia de los amos quienes no evitaban esfuerzos para emplear el vergajo para ejecutarlo. Los azotan y lo que más eran vendidos y cambiados sin su conocimiento ni consentimiento. En varios casos se negaban los pagos a los braceros, y a veces, se confiscaba sus salarios de resulta de multas pesadas [...]». «Que la inhumanidad de Fernando Poo, sea sacada a la luz. Pero España es una potencia colonial y un Estado europeo, y esto explica mucho». Véase AGA, CAJA G-1759 (81/8028), Expediente n° 6, Escrito de 27/05/1936, que traduce al castellano fragmentos publicados en algunos periódicos ingleses, entre ellos, *The Morning Post*.

BIBLIOGRAFÍA:

- ALVARADO PLANAS, J., Y DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J.C., *La Administración del Protectorado Español de Marruecos*, 1ª Ed., Madrid (BOE), 2014
- ÁLVAREZ CHILLIDA, G., «Los Gobernadores de Fernando Poo (1858-1930)», en *L'État dans ses colonies. Les administrateurs de l'Empire espagnol au XIX siècle*, L. Jean-Philippe (Collection de la Casa de Velázquez), 2015, 1ª ed., pp. 157-166
- ANDREA CASSI, A., *Ultramar. L'invenzione europea del nuovo mondo*, 1ª Ed., Roma (Editori Laterza), 2007
- ANGHIE, A., KOSKENNIEMI, M., y ORFORD, A., *Imperialismo y Derecho internacional*, 1ª ed., Bogotá (Siglo del Hombre Editores), 2016
- BACCELLI, L., *Bartolomé de Las Casas. La conquista senza fondamento*, 1ª ed., Milano (Feltrinelli Editore), 2016
- BALLANO GONZALO, F., *Aquél negrito del África tropical: el colonialismo español en Guinea (1778-1968)*, 1ª ed., Madrid (Sial Ediciones), 2014
- BIBANG ONDO EYANG, J. L., «La II República, ¿o la llegada de un mesías para los olvidados Territorios Españoles del Golfo de Guinea?», *Cuadernos Republicanos*, nº102, (2020), pp. 54-80
- CABANELLAS, G., *¡Esclavos! Notas sobre el África negra*, 1ª Ed., Madrid (Redacción y Administración), 1933
- CAMPOS SERRANO, A., «Colonia, Derecho y territorio en el golfo de Guinea: tensiones del colonialismo español en el siglo XX», *Quaderni Fiorentini*, nº 33-34, (2004/2005), pp. 865-898
- CLAVERO, B., «Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, derecho internacional consuetudinario del trabajo mediante», *Quaderni Fiorentini*, nº 35, (2006), pp. 430-556
- EL MECHAT, S., «Sur les Principes de colonisation d'Arthur Girault (1895)», *Revue Historique*, nº 657, (2011), pp. 119-144
- DRINCOURT ÁLVAREZ, J.R., *Estado constitucional: un análisis histórico de Francia (1871-1931) con referencia comparada a Gran Bretaña*, Tesis doctoral dirigida por Juan Carlos Pereira Castañares, Universidad Complutense de Madrid (Departamento de Historia Contemporánea, Facultad de Geografía), 2015
- FRADERA J. Mª, *Colonias para después de un imperio*, 1ª ed., Barcelona (Editorial Bellaterra), 2005
- FRADERA, J. Mª, *Gobernar Colonias*, 1ª ed., Barcelona (Editorial Península), 1999
- GOZZI, G., *Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*, 1ª ed., Bologna (Il Mulino), 2010
- GUILLAUME, P., *Le Monde Colonial. XIX-XX Siècle*, 1ª ed., Paris (Librairie Armand Colin), 1974
- K. SUNDIATA, IBRAHIM, *From Slaving to Neoslavery. The Bight of Biafra and Fernando Po in the Era of Abolition, 1827-1930*, 1ª Ed., Madison (The University of Wisconsin Press), 1996

- MADRID, F., *La Guinea incógnita. Vergüenza y escándalo colonial*, 1ª Ed., Madrid (Editorial España), 1933
- LUSTIG, DOREEN, *The loss of slavery as a humanitarian cause? The League of Nations and the case of Firestone in Liberia*, Disponible en weblaw.haifa.ac.il/en/Events/IntlborLaw/Documents/Doreen.pdf
- MIRANDA JUNCO, A., *Leyes Coloniales: Legislación de los territorios españoles del Golfo de Guinea*, 1ª ed., Madrid (Imprenta Sucesores de Rivadeneyra), 1945
- NERÍN, G., *Un guardia civil en la selva*, 1ª Ed., Barcelona (Editorial Ariel), 2008
- NERÍN, G., «Socialismo utópico y tiranía: La isla de Annobón bajo el cabo Restituto Castiella (1931-1932)», *Afro-Hispanic Review*, Vol. 28, nº 2, (2009), pp.311-330
- NOGUEIRA DA SILVA, C., *Constitucionalismo e imperio. A cidadania no Ultramar português*, 1ª ed., Coimbra (Edições Almeida, SA), 2009
- PETIT, C., *Detrimentum Rei Publicae: Constitución de España en Guinea*, en *Constitución de España en Guinea: Orígenes y destinos*, J. Mª Iñurritegui y J. Mª Portillo Valdés (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1998, 1ª ed., pp.425-494
- SANT GISBERT, J., «El modelo colonial y sus contradicciones: Fernando Póo, 1900-1936», *Afro-Hispanic Review*, Vol. 28, nº 2, (2009), pp.57-80
- SANZ CASAS, G., *Política colonial y organización del trabajo en la isla de Fernando Póo: 1880-1930*, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona (Facultad de Geografía e Historia, Departamento de Antropología Cultural), Noviembre de 1983
- ROMANO, S., *Corso di diritto coloniale impartito nel R. Istituto di scienze social C. Alfieri di Firenze*, 1ª ed., Università degli studi di Ferrara (ATHENAEUM), 1918
- TOCQUEVILLE, A., *Travail sur l'Algérie (1841)*, Université du Québec à Chicoutimi, Les Classiques des Sciences Sociales, pp. 40-46. Disponible en http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/de_colonie_algerie/travail_sur_algerie/travail_sur_algerie.html

A ESTRANHA ALQUIMIA DA CLÁUSULA MARTENS DE 1864 ATÉ À I CONFERÊNCIA DE PAZ DA HAIA DE 1899

Anabela Paula Brízido¹

Resumen: El contexto cultural, económico, social y jurídico del siglo XIX fue decisivo para el diseño de la cláusula Martens en la redacción contenida en el Preámbulo de la II Convención de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra y su anexo del 29 de julio de 1899. Diferentes actores con diferentes intereses y poderes, expresaron varios puntos de vista sobre la guerra, la ocupación beligerante, la necesidad militar y la humanidad. Estos, a su vez, fueron los asuntos que dieron lugar a la cláusula Martens. El artículo intenta analizar cómo el contexto y los actores, con sus diferentes poderes, impactaron la cláusula de Martens como constante en ese Preámbulo.

Palavras clave: cláusula Martens, humanidad, necesidad militar, ocupación beligerante.

Abstract: The cultural, economic, social and legal environment of the XIX century was a critical key factor for the Martens Clause as enshrined in the Preamble of the II Convention with respect to the Laws and Customs of War on Land and its annexe: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. Signed at The Hague, of the 29 July 1899. Indeed, several actors with its interests and powers expressed different views related to war, belligerent occupation, military necessity, and humanity. These were indeed the grounding issues, which lead to debates of great importance for the birth of the Martens Clause. This article seeks, therefore, to analyse how the background, several actors with its powers had a profound impact on the Martens clause conception and its final wording.

Keywords: Belligerent occupation, Humanity, Martens Clause, Military Necessity.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. CONTEXTUALIZAÇÃO DA CLÁUSULA MARTENS; 1. A equação possível entre ocupação beligerante, necessidade militar e humanidade; A. Os conceitos de soberania e de ocupação beligerante; B. Necessidade militar; C. Humanidade, Comité Internacional da Cruz Vermelha, movimentos pacifistas, sociedade civil e a imprensa; III. DAS DECLARAÇÕES DE SÃO PETERSBURGO DE 1869 E DE BRUXELAS DE 1874 À I CONFERÊNCIA DE PAZ DA HAIA DE 1899; 2. A expressão negocial vertida

1 Doutoranda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (FDUNL), Investigadora no Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS), Jurista, Mail: anabela.brizado@gmail.com. O presente artigo foi redigido com elementos recolhidos durante um período de investigação no *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*, a quem, desde já, agradeço toda a ajuda prestada e amabilidade com que me receberam. Mais cumpre-me agradecer à Professora Doutora Daniela Serra Castilhos e Mestre Marco Ribeiro Henriques pelos *inputs* dados aquando da redação deste artigo.

nos documentos oficiais; D. A Declaração de São Petersburgo de 1869; E. A Declaração de Bruxelas de 1874; F. A I Conferência de Paz e a adoção da II Convenção da Haia de 1899; IV. CONCLUSÕES, V. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUÇÃO

A *cláusula Martens* é fruto do seu contexto, época, local, em torno da qual gravitaram várias dinâmicas de poder, com diferentes atores e discursos distintos². Inserida no preâmbulo da II Convenção da Haia de 1899, referente às leis e costumes da guerra em terra, e que, em anexo, também aprovou o seu Regulamento com o mesmo objeto³ (doravante designada por II Convenção da Haia), ficaria a dever o seu nascimento a uma tentativa de resolução de um impasse diplomático ocorrido entre pequenas potências, então lideradas pela Bélgica, e grandes potências na I Conferência de Paz da Haia de 1899 (doravante designada por I Conferência de Paz).

Aquela Convenção e seu Regulamento anexo seriam revistos em 1907, aquando da II Conferência de Paz da Haia. Dela viria, por isso, resultar a adoção da IV Convenção relativa às leis e costumes da guerra em terra e, mais uma vez, o seu Regulamento anexo com o mesmo objeto⁴.

2 Pelo que o seu campo discursivo requer o entendimento do enunciado com relação à situação em que se produz. Por um lado, pelo aferir da unicidade e singularidade desse enunciado. E, por outro lado, pela determinabilidade da sua correlação com outros enunciados, com os quais possa apresentar um vínculo, para assim se poder determinar e delimitar o seu respetivo perímetro. FOUCAULT, M., *L'Archéologie du Savoir*, France, (Gallimard), 1969, p. 40.

3 A II Convenção relativa às leis e costumes da guerra em terra e seu Anexo: Regulamento relativo às leis e costumes da guerra em terra foi adotada em 29/07/1899, pela I Conferência de Paz da Haia e entrou em vigor na comunidade internacional em 04/09/1900. Cinquenta e um países ratificaram-na, incluindo Portugal, que o fez em 04/09/1900. Disponível em <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=150>, [Consultado em 15/01/2020] e SCHINDLER, D., TOMAN J., *The Laws of Armed Conflicts : A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Leiden / Boston, (Martinus Nijhoff), 2004, cit., pp. 55-56.

4 A IV Convenção relativa às leis e costumes da guerra em terra e seu Anexo: Regulamento relativo às leis e costumes da guerra em terra foi adotada em 18/10/1907, pela II Conferência de Paz da Haia, e entrou em vigor na comunidade internacional em 26/01/1910. Trinta e oito países ratificaram-na, incluindo Portugal, que o fez em 13/04/1911. No entanto, cumpre referir que 17 estados, que ratificaram a II Convenção da

Cumpre, por isso, e para melhor perceptibilidade, esclarecer que a nossa atenção irá cingir-se, com relação à *cláusula Martens*, ao *iter* percorrido desde, sensivelmente, a Declaração de São Petersburgo de 1868, até à adoção, ocorrida em 29/07/1899, da II Convenção da Haia de 1899, e seu Regulamento anexo pela I Conferência de Paz da Haia.

Muitas questões, então, se suscitaram, mas com relevância para o nascimento da referida cláusula, importando referir três: os poderes de administração da força ocupante no território inimigo ocupado, aquando de uma ocupação beligerante ou militar⁵; quem deve ser considerado combatente; e em que termos a população pode pegar em armas para poder lutar contra o inimigo.

Neste contexto, seria *Fyodor Fyodorovich Martens* (1845-1909)⁶ (doravante designado por *Martens*), delegado russo à I Conferência de paz, e presidente da segunda comissão e subcomissão responsável, naquela Conferência, por rever a Declaração de Bruxelas de 1874, a propor um texto que viria a ficar conhecido pela *cláusula Martens*, assim designado em “homenagem” ao seu autor.

Haia, não ratificaram a IV Convenção referida. Pelo que, na atualidade, ambas as Convenções são vigentes, fazendo, ainda, parte integrante do direito costumeiro. Disponível em <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195>>, [Consultado em 16/08/2020] e SCHINDLER, D., TOMAN J., *The Laws of Armed Conflicts : A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, cit., pp. 55-56.

5 Para efeitos deste estudo, os termos de ocupação beligerante e ocupação militar são usados como sinónimos.

6 A identificação de *F.F. Martens* não é isenta de dúvidas por o seu nome ter sido traduzido para várias línguas, como se pode ver em MÄLKSOO, L. «Friedrich Fromhold Von Martens (Fyodor Fyodorovich Martens) (1845-1909)», em *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, (Oxford University Press), 2012, pp. 1-4; MÄLKSOO, L., «F.F. Martens and His Time: When Russia Was an Integral Part of the European Tradition of International Law», *European Journal of International Law*, vol. 25, num. 3, 2014, pp. 811-829; PUSTOGAROV, V., *Our Martens : FF. Martens International Lawyer and Architect of Peace*, Hague, (Simmond & Hill Publishing Ltd., Kluwer Law International), tradução por W.E. Butler, 2000, pp. 7-12; PUSTOGAROV, V., «Fyodor Fyodorovich Martens (1845-1909) - a humanist of modern times», *International Review of the Red Cross*, núm. 312, 1996; MARTENS, F., «La Russie et L'Angleterre dans l'Asie Centrale», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, pp. 227-301; MARTENS, F., «La Russie et l'Angleterre dans l'Asie Centrale : Réplique a M. Westlaque», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1880, pp. 47-59. Da nossa parte, iremos designá-lo, para efeitos deste texto, por *Martens*.

Todavia, cumpre desde já referir, que a autoria daquela cláusula é, na atualidade, controvertida. *Martens* nunca viria a reclamar a sua paternidade, e recentes descobertas mostram a mão providencial do então Ministro belga dos assuntos estrangeiros, *Lambermont*, aquando da sua redação⁷.

No entanto, também neste particular, esclarece-se que, para este efeito, continuaremos a intitular a cláusula *Martens* por ser a sua designação corrente.

Após a sua génese, ela foi objeto de diferentes redações e interpretações que chegaram até à atualidade. A sua receção nos competentes textos jurídicos, jurisprudência e doutrina, não tem sido, por isso, unívoca.

Se os textos jurídicos não são imunes à mudança do seu sentido durante o seu percurso histórico, esta mesma ordem de ideias pode, em nosso entendimento, ser despendido com relação ao período que antecedeu a sua génese⁸.

Assim, um determinado texto jurídico, quando vê a luz do dia, foi, decerto, “recetor” do contexto cultural, social, económico e jurídico que o precedeu, independentemente das suas futuras interpretações.

Face ao exposto, nasceu a curiosidade, e espera-se algum engenho, em aferir dos antecedentes da cláusula *Martens* para perceber em que medida o contexto em que os diferentes atores se moveram impactuaram no seu resultado final, plasmado na II Convenção da Haia.

Para tanto, observou-se a complexa “galáxia” de atores a operar em diferentes estruturas, com dinâmicas de poder e discursos distintos para melhor contextualização e perçutibilidade do nascimento e conteúdo desta cláusula à luz daqueles diálogos e conceitos, enquadrados, por sua vez, no seu contexto.

Nesta procura, privilegiou-se, na medida da disponibilidade das fontes, o estudo dos textos, diálogos, doutrina, vertidos em textos da época e na literatura relevante neste assunto.

7 Assim o refere recentemente e entre outros: DAVID, É., *Principes de Droit des conflits armés*, Belgium, (Éditions Bruylant), 6.^a ed., 2019, pp. 89-90, pelo que o autor sugere que a referida cláusula deveria, em bom rigor, designar-se por *Lambermont/Martens*.

8 Adere-se ao pensamento de António Hespânia, em que os textos jurídicos não são imunes à mudança do seu sentido durante o seu percurso histórico. Apesar de ficar comprometida a ideia da continuidade, tal não é incompatível com a tradição. O sentido do texto trará algo que esteve na sua génese, mas sofre de alterações “fruto da diversidade dos sucessivos contextos culturais em que a mensagem original é lida”. HESPANHA, A. M., *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*, Coimbra, (Almedina editora), reimpressão de 2019, 2012, p. 48.

II. CONTEXTUALIZAÇÃO DA CLÁUSULA MARTENS

Pese embora a *cláusula Martens* ter conhecido a luz do dia, como se verá, em 20/06/1899, aquando dos trabalhos ocorridos no âmbito da sexta sessão, da segunda subcomissão na I Conferência de Paz, não lhe foram indiferentes os fatores económicos, culturais, jurídicos e sociais do século XIX.

As várias guerras ocorridas na Europa; a proliferação do modelo neoliberal assente no desenvolvimento industrial e económico; a disseminação dos ideais nacionalistas; as correntes do romantismo, a conceção do estado nação, resultante da revolução francesa, repercutiram-se nos conceitos de soberania, conquista, ocupação, ocupação militar, necessidade militar e humanidade. O período compreendido entre 1871 e 1914 constituiu um importante marco para o “apogeu” das leis da guerra⁹ e, naturalmente, para a própria construção dos conceitos jurídicos da ocupação beligerante, necessidade militar e humanidade.

1. A equação possível entre ocupação beligerante, necessidade militar e humanidade

Neste capítulo, pretende-se ver as tensões entre os diferentes poderes em confronto, o seu contexto e atores, e a sua repercussão nos conceitos jurídicos com relevância para a *cláusula Martens*: ocupação beligerante; necessidade militar e humanidade.

A. Os conceitos de soberania e de ocupação beligerante

Para *Girault*¹⁰, o movimento de construção dos estados nação dominou a história do século XIX. A delimitação pelos estados de fronteiras reconhecidas internacionalmente e o confinamento da nação àqueles limites tinham de ser justificados à comunidade internacional e aos seus nacionais.

A necessária conscrição militar, ocorrida a partir Revolução Francesa

9 BEST, G., *Humanity in Warfare*, New York, (Columbia University Press), 1980, p.129.

10 GIRAULT, R., « Guerres et sentiment national au XIX siècle », *Le Bulletin de la S.H.M.C*, vol. 1-2, 1996, p. 14. A nação assentava em princípios válidos em todos os tempos e lugares. Se a escola francesa alicerçou o seu pensamento na vontade, já a escola alemã recorria à nação, cultura, língua e raça.

(1789), fez surgir na Europa os exércitos em massa e a sua necessidade de organização através de uma pesada máquina burocrática estadual. Um outro ator emergiu com os seus respetivos poderes, os militares¹¹.

Essa conscrição mudou a forma de condução da guerra (*warfare*) pelos exércitos em massa. As guerras moviam agora populações inteiras a lutarem entre si agressivamente. As muitas mortes, doentes, feridos e a impossibilidade da prestação de cuidados aos que deles careciam constituíam uma realidade. Por isso, os princípios humanitários costumeiros já existentes conheceram um grave retrocesso¹².

Por sua vez, o próprio paradigma da ordem existente até à revolução francesa mudou. O acento tónico deslocou-se para o povo, estado nação com naturais repercussões para a guerra e soberania.

Esta última deixou de ser uma sucessão dinástica entre monarcas para passar a residir no povo, pelo que a guerra, de uma luta entre aqueles e a sua classe aristocrática, transitou para o povo. O território nacional, agora pertença do povo, tornou-o responsável pela sua defesa, em que um dos elementos justificativos para os sacrifícios exigidos na luta contra o inimigo foi o sentimento patriótico¹³.

Por último, o alimento daquele sentimento centrou-se nas correntes românticas disseminadas pela Europa, através da exaltação de heróis nacionais e as glórias passadas. Os militares foram um dos muitos heróis nessas mesmas histórias¹⁴.

O monopólio do uso da força passar a ser estadual foi uma natural consequência do facto de os nacionais exercerem, sob o seu comando, os poderes dele decorrente. E se o estado era o único sujeito ou, pelo menos, o principal sujeito de direito internacional, também teria de ser ele o centro de imputação da responsabilidade pelos atos por si cometidos e pelos seus nacionais¹⁵.

11 Segundo *Ballard*, a revolução francesa e a revolução americana facultariam o material humano para estes exércitos em massa ao transformarem conceção do estado em que a soberania passa, agora, a residir no povo. BALLARD, K. M., «The Privatization of Military Affairs : A Historical Look into the Evolution of the Private Military Industry», em *Private Military and Security Companies : Chances, Problems, Pitfalls and Prospects*, Wiesbaden,(VS Verlag für Sozialwissenschaften), 2007, p. 37.

12 PICTET, J.S., *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Geneva, (Martinus Nijhoff Publishers), 1985, p. 24.

13 GIRAULT, R., « Guerres et sentiment national au XIX siècle », cit., p. 18.

14 Idem, cit., p. 17.

15 RANITO, J. J., *Regulating US Private Security Contractors*, Switzerland, (Pal-

A regulamentação interna e internacional da violência tornou-se um pressuposto necessário para a determinabilidade daquela responsabilidade.

A Europa do século XIX também foi rica em diferentes correntes de pensamento que nela coabitavam, se confrontavam, o que se fez repercutir na própria determinabilidade do significado de conceitos relevantes, concretamente, os de guerra, soberania e ocupação beligerante.

O facto de a soberania residir no povo não afastava dúvidas em relação ao que por ela se havia de entender: um poder absoluto, ilimitado ou mais restrito? Por sua vez, se o poder bélico era do monopólio estadual, qual o seu conceito da guerra? A guerra justifica todos os meios para atingir os seus fins ou conheceria limites? Em caso afirmativo, quais? As operações militares podem ser direccionadas contra qualquer alvo ou apenas contra os que enfraquecem o poder militar do inimigo? Qual o critério para a determinabilidade das operações militares legítimas? E porque a ocupação garantia o êxito da campanha, quais os poderes de administração que poderiam ser exercidos pela autoridade ocupante perante o governo inimigo deposto? Poderes ilimitados ou restritos? Quando é que se tem a ocupação por iniciada e/ou finda? Qual a proteção a dar à população no território ocupado pela força ocupante? Quem é que deve ser reconduzido à categoria de combatente?

Os estados não deram, como se verá, respostas uniformes relativamente às questões elencadas e que estiveram bem presentes nos trabalhos conducentes à Declaração de Bruxelas de 1874, e na I Conferência de Paz.

Para além dos diferentes entendimentos estaduais tidos face a estas matérias, outros importantes fatores contribuíam para a falta de consenso. Com efeito, a própria perceptibilidade daquelas questões oscilava em função do complexo sistema balanço de poderes então vivido na Europa. Por último, os

grave Macmillan), 2019, p. 28. CRAWFORD, J. R., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, (Oxford University Press), 8ª ed., 2012, p. 540. SILVA, C. N. d.. «Como contar a história dos Direitos Humanos na Europa: Algumas questões metodológicas» em *Direitos fundamentais e soberania na Europa: História e atualidade*, Lisboa, (Biblioteca Colloquia; Ifilnova FCSH/NOVA), 2014, p. 36. Segundo a autora, a revolução francesa e o liberalismo oitocentista apresentaram uma rutura com o direito natural e, conseqüentemente, com a conceção dos direitos previamente existentes à humanidade por ser estabelecida uma ligação entre direitos humanos e cidadania. Nesta forma de conceber as coisas, “só os membros da Nação podem ter direitos” e, acrescentamos nós, deveres, pelo que importava determinar quem eram aqueles membros para determinar e evitar, entre outros, a responsabilidade estadual pelos seus atos.

conceitos de soberania e guerra¹⁶ conheceram importantes alterações, o que se repercutiu noutros importantes conceitos com eles interligados.

Um desses conceitos foi o da ocupação beligerante por ser um reflexo do conceito da soberania então em construção¹⁷.

Para melhor perçetibilidade do significado atual da ocupação beligerante, socorremo-nos da resolução de 02/09/2003, do *Institut du Droit International*, que elenca os principais princípios a serem respeitados pela força ocupante em matéria de exercício dos seus poderes de administração e deveres para com os habitantes¹⁸.

Para além de referir não haver lugar à transmissão da soberania sobre o território ocupado, determina, ainda: a afetação dos recursos existentes no território tem como limite a administração corrente, a satisfação das necessidades dos habitantes e a salvaguarda da segurança e ordem pública, nela se incluindo a proteção do património cultural, histórico e das infraestruturas essenciais. Por último, devem ser garantidos os direitos dos habitantes vertidos pelos Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário, cujo conteúdo mínimo consta no artigo 75 do I PA e, ainda, o artigo 42 da IV Convenção relativa às leis e costumes da guerra em terra e seu Anexo de 18 de outubro de 1907¹⁹.

Pelo exposto, afere-se que os dois núcleos de matérias importantes na ocupação beligerante são: os deveres da força ocupante, com os seus poderes de administração, e a proteção dos habitantes e sua propriedade.

Da resolução supra referida resulta, ainda, a natureza temporária da ocupação beligerante e a necessidade de um controlo efetivo sobre o território ocupado pela força ocupante, tratando-se, assim, de uma “vicissitude que garante a continuidade do estado”²⁰.

Na atualidade, o artigo 2/4 da Carta das Nações Unidas consagra o princí-

16 KISSINGER, H., *World Order*, New York, (Penguin Books), 2015, pp. 76-82. MACHADO, J. E. M., *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 4.^a ed., Coimbra, (Coimbra editora), 2013, pp. 83-87.

17 BENVENISTI, E., «The Origins of the Concept of Belligerent Occupation», *Law and History Review*, vol. 26, núm. 3, pp. 621-622.

18 INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Bruges session, Bruges Declaration on the Use of Force, 02/09/2003. Disponível em <http://www.idi-iil.org/en/sessions/bruges-2003/?post_type=publication> [consultado em 20/01/2020].

19 Idem, cit., p. 2.

20 Conforme MACHADO, J. E. M., *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, cit., p. 255.

pio da proibição do uso da força, dela se excepcionando, todavia, as situações contempladas no seu artigo 51, que são a legítima defesa e, eventualmente, as intervenções humanitárias.

Distintas da ocupação militar são as situações de ocupação definitiva e conquista. Na atualidade, a ocupação definitiva apenas pode ocorrer com relação às *res nullius*, de forma pacífica e com um controlo pelo estado adquirente²¹. Por se tratar de um modo de aquisição definitiva do território, ela não tem, ao contrário do que sucede com a ocupação beligerante, uma natureza temporária.

A conquista na atualidade apenas pode justificar situações passadas. Até 1919, a conquista era vista como forma legítima de adquirir definitivamente um determinado território desde que a guerra se iniciasse em conformidade com os respetivos pressupostos e que, na altura, eram diminutos. Com ela, podia ocorrer a anexação completa de todo um território estadual, em que a soberania passaria para o estado sucessor. A partir de 1945, a tendência é de não ver na conquista um fundamento legítimo para a aquisição de direitos territoriais, mesmo que aquela tenha ocorrido em situações de legítima defesa²².

Nem sempre o conceito da ocupação militar foi isento de dúvidas. Como refere *Oppenheim*, seria a partir do século XVIII que se começariam a notar as diferenças entre, por um lado, a ocupação militar de natureza temporária e, por outro lado, a real aquisição do território por conquista e subjugação²³. Além disso, por implicar um controlo sobre o território ocupado, questionava-se, então, a partir de que momento se deu a ocupação. Também, neste particular, existiam desentendimentos.

As pequenas potências pretendiam que os requisitos fossem bastante exigentes por lhes permitir a resistência da população até um momento mais tardio, já as grandes potências visavam justamente o contrário.

21 BAPTISTA, E. C., *Direito Internacional Público*, vol. II, *Sujeitos e Responsabilidade*, Lisboa (Associação Académica da Faculdade de Direito editora), reimpressão de 2004, 2015, pp. 267-269.

22 *Idem*, cit., pp. 264-267 e, entre outros, já neste sentido LAUTERPACHT, H., « Règles générales du droit de la paix », *Recueil de Cours*, vol. 62, 1937, pp. 110-111.

23 OPPENHEIM, L., *International Law : A Treatise : War and Neutrality*, London, (Longmans, Green, and Co.), 1906, p. 168. Na verdade, já *Vattel* teria notado a diferença no seu § 159. VATTEL, E. de, *O direito das gentes*, Brasília, (Instituto de pesquisa de relações internacionais, Universidade Brasília editora), tradução Vicente Marotta Rangel, 2004, pp. 301-302.

Determinantes para a regulação desta matéria foram os pensamentos de *Heffter* e *Fiore*, cuja influência podemos notar nos artigos 42 a 56 do Regulamento, anexo à IV Convenção, relativa às leis e costumes da guerra adotada, como referido no início, em 18/10/1907, na II Conferência da Paz.

Heffter viria com a sua *unmittelbare folgerung* (conclusão imediata) determinar um novo princípio aplicável às leis da guerra. Esta, quando conduzida entre nações civilizadas, não deveria ter como objetivo a destruição total das partes em conflito. Consequentemente, a sua duração deveria ser limitada e visar, sempre, o restabelecimento da paz. Com esta fórmula, *Heffter* dissiparia, ainda, as confusões então existentes entre a conquista (definitiva) e a ocupação beligerante²⁴.

Todavia, seria *Fiore* a fornecer as bases para o princípio da preservação da soberania, por sua vez, assente na ideia de nação resultante da revolução francesa. Com efeito, se todas as nações são iguais e autónomas, então o exercício da soberania sobre o seu território implica que o respetivo título territorial seja respeitado e, conseqüentemente, não possa ser retirado à força. Para *Fiore*, aquele título era similar à de uma propriedade privada, pelo que uma eventual transmissão apenas podia ocorrer com o consentimento do visado²⁵.

Como resulta do exposto no século XIX, os princípios inerentes à ocupação beligerante apenas eram aplicáveis entre as nações civilizadas dela se excluindo, portanto, o território colonial em que o poder do colonizador era absoluto e em que não se reconheciam aqueles direitos aos “incivilizados”²⁶.

Como sobre a força ocupante impendiam, para além dos poderes de administração, deveres de proteção da população e a sua propriedade, não podem deixar de ser referidas as influências, sem pretensão de exaustão, de *Vattel*, *Portalis* e *Rousseau*.

No pensamento de *Vattel*, já se encontram preocupações relacionadas com a atribuição de direitos aos inimigos que cessassem de resistir e, ainda, preocupações com a proteção da população e sua propriedade²⁷. No entanto, seria *Rousseau* a estabelecer o princípio cardinal do atual Direito Inter-

24 BENVENISTI, E., *The Law of Occupation*, Oxford, (Oxford University Press), 2.^a ed., 2012, pp. 28-29 e BENVENISTI, E., «The Origins of the Concept of Belligerent Occupation», cit., pp. 631-635.

25 Idem e ibidem.

26 BENVENISTI, E., «The Origins of the Concept of Belligerent Occupation», cit., pp. 631-635.

27 VATTEL, E. de, *O direito das gentes*, cit., pp. 485,490, 491, mais concretamente em §§ 140, 145,147.

nacional Humanitário ao fazer a distinção entre combatentes e não combatentes²⁸.

Para *Rousseau*, a guerra opunha os estados e não os particulares, pelo que estes últimos apenas acidentalmente eram inimigos. Por sua vez, eram-no na qualidade de soldados e defensores da pátria, pelo que, a partir do momento em que um soldado baixasse as suas armas, deixaria de ser um inimigo para passar a ser um homem em relação ao qual não se podia dispor da vida²⁹.

Encontramos em *Rousseau* o entendimento do monopólio da violência dever ser estadual e em que, por essa decorrência, o critério da distinção entre combatente e não combatente passaria a assentar na identidade estadual do sujeito, leia-se o soldado que era o combatente.

Por último, a doutrina de *Portalis-Rousseau* viria a consagrar o princípio da humanidade, segundo o qual a guerra deve causar o menor dano possível e os civis dela deverem ser poupados desde que nela não participem³⁰.

B. *Necessidade Militar*

Outro importante conceito foi o da necessidade militar fortemente influenciado, num primeiro momento, pela corrente doutrinária de soberania que defendia o poder absoluto ou ilimitado dos estados, então designada por *raison d'État*. Fruto de correntes positivistas radicais³¹, os seus alicerces estariam assentes no nacionalismo.

No entanto, também aqui os estados tinham concepções distintas relativamente à sua forma de conceber a sua *raison d'État* e à própria perceptibilidade da guerra. Se o poder bélico era um corolário da soberania, também teria de ser ela a determinar a sua necessidade militar³².

28 SCKELL, S. N., « Le Droit International Humanitaire: La controverse construction historique d'une morale universelle », *Janus Net e-journal of International Relations*, vol. 3, núm. 1, 2012, p. 81.

29 ROUSSEAU, J.J., *Du contrat social ou principes du droit politique*, s/local, (Mozambique), 2001, pp. 17-18.

30 BENVENISTI, E., « The Origins of the Concept of Belligerent Occupation », cit., p. 626.

31 PEREIRA, M. d. A. d. V., *Noções fundamentais de direito humanitário*, Coimbra, (Coimbra editora), 2014, p. 5.

32 Segundo *Kolb*, o conceito trouxe confrontos num mundo em que a *raison d'État*, concepções militares e sua respetiva necessidade eram tão diferentes. O que poderia haver em comum entre, por exemplo, a concepção militar alemã, a concepção comercial anglo

O princípio da necessidade militar encontra-se, hoje, contemplado no artigo 22 do Regulamento anexo à IV Convenção da Haia e insito aos artigos 35/1 e 36 do I PA³³, que rege os conflitos armados internacionais. Dele resultam os poderes das partes na opção pelos métodos e meios de guerra não serem ilimitados³⁴. Todavia, o referido princípio revela, também ele, um delicado balanço entre as medidas necessárias para alcançar os objetivos da guerra e todo o vertido nas leis e os costumes da guerra, que têm como objetivo proteger a população e o seu património³⁵.

O seu conceito é complexo por ter uma vertente positiva e negativa. Na sua dimensão positiva, permite usar da violência, mas, na sua última vertente, impõe-lhe restrições. O princípio da necessidade militar foi, no século XIX, o critério referencial para a determinabilidade da legalidade dos meios de guerra então utilizados e, conseqüentemente, o centro do sistema jurídico. Com efeito, a violação da sua dimensão negativa determinou a ilegalidade daqueles meios³⁶.

A delimitação do próprio conceito e as teorias que tentaram subjugar-lo também estiveram presentes no século XIX. Uma dessas teorias com impacto assentaria na ideia de *Kriegsraison geht vor Kriegsmanier*, ou seja, as necessidades da guerra teriam precedência com relação às leis da guerra e, por sua vez, *Not kennt kein Gebot*, nos termos em que a necessidade desconhece a lei³⁷.

Os combatentes passariam a ser as autoridades competentes para ajuizar da referida necessidade e decidiriam sobre a violação das leis da guer-

saxónica e a conceção militar mais moderada dos franceses assentes numa guerra defensiva e patriótica? KOLB, R., «The Protection of the Individual in Times of War and Peace», em *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford, (Oxford University Press), 2012, p. 8.

33 O I Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12/08/1949, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais, foi concluído em 08/06/1977, e iniciou a sua vigência na ordem internacional 07/12/1978. Em Portugal, o Protocolo entrou em vigor em 27/11/1992. Conforme site do Ministério Público. Disponível em <<http://www.ministeriopublico.pt/instrumento/protocolo-i-adicional-convencoes-de-genebra-de-12-de-agosto-de-1949-relativo-proteccao-1>>, [consultado em 03/01/2020].

34 U.K. MINISTRY OF DEFENCE, *The Manual of Law of Armed Conflict*, Oxford, (Oxford University Press), 2004, pp. 21-22, para cuja definição de necessidade militar se remete.

35 PREUX, J., «Comentário ao artigo 35», em *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, (Martinus Nijhoff Publishers, International Committee of the Red Cross), 1987, pp. 389-420.

36 KOLB, R., «The Protection of the Individual in Times of War and Peace», cit., p. 4.

37 PREUX, J., «Comentário ao artigo 35», cit., pp. 391-392.

ra³⁸. Como se verá, esta ordem de ideias está presente na correspondência trocada entre o militar prussiano *Moltke* e o Jurista *Bluntschli*, e no pensamento do general, também prussiano, *Carl von Clausewitz*.

Este último (1780-1831) foi autor de uma obra póstuma, intitulada *vom Kriege* (da guerra)³⁹. Nela abordou, nos capítulos III a VII, temas clássicos sobre estratégia militar e tratou, nos capítulos I, II e VIII, de problemas filosóficos complexos referentes à guerra e à sua relação com a política⁴⁰.

A interpretação da sua obra não tem sido isenta de dúvidas. Todavia, existe uma passagem que ficou célebre e é reproduzida em diferentes textos:

“A guerra não é apenas um ato político, mas um verdadeiro instrumento político, uma continuidade das relações políticas, uma sua realização só que através de outros meios”⁴¹ (tradução da nossa autoria).

Do exposto, parece resultar a relação umbilical entre a *raison d'État* e a necessidade militar da guerra através da sua continuidade pelas políticas estaduais como seu instrumento político. A violência desconhecia limites e a guerra passou de uma mera batalha campal para uma guerra absoluta, em que autoridade em campo era o comandante como, de resto, sucedeu na guerra franco-prussiana⁴².

Guerra e humanidade eram, segundo esta ordem de ideias, inconciliáveis. No entanto, esta forma de conceber a guerra foi rejeitada pela Declaração de São Petersburgo de 1868.

Esta teoria extremada que defendia a não regulamentação da guerra viria a conhecer opositores. As necessidades vividas no decurso de determinadas guerras propiciaram a sua regulamentação.

A primeira tentativa moderna de normatização da guerra ocorreu com o *Código Lieber*⁴³, assim designado em homenagem ao seu autor, *Francis Lieber*⁴⁴.

38 Ibidem cit., p. 392.

39 ANÓNIMO, artigo em jornal de 3 de dezembro de 1982. Disponível em < <https://www.zeit.de/1982/49/vom-kriege> > [consultado em 02/01/2020].

40 CLAUSEWITZ, C. v., *Vom Kriege*, Berlin, (Behr's Verlag), 12^a ed. ampliada de 1917, s/ano.

41 Idem, cit., p. 19.

42 Ibidem, cit., pp. 1,5,6.

43 Conhecido por Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field. Promulgado, em 24/04/1863, pelo Presidente Lincoln, como uma General Order n^o 100.

44 Sobre a vida e obra de Francis Lieber: VÖNECKY, S.. «Francis Lieber (1798-1872)», em *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, (Oxford

Durante a guerra civil americana (1861-1865)⁴⁵, *Lincoln* incumbi-lo-ia de preparar uma regulamentação da guerra que, após revisão, foi promulgada pelo Presidente⁴⁶.

Na sua génese, esteve a necessidade de garantir a disciplina do exército Norte-Americano da União⁴⁷, pelo que o seu destinatário é o pessoal militar. Nele foi consagrado um conjunto de normas jurídicas e costumes, que correspondiam ao direito da guerra então vigente.

Apesar de já se encontrarem afloradas algumas considerações sobre a humanidade, o seu conceito ainda é muito restrito por comparação com o defendido na atualidade⁴⁸. Acrescente-se ao exposto o facto de o *Código Lieber* ter sido elaborado durante o decurso da guerra civil norte-americana, logo a regulamentação nele constante estaria mais vocacionada para os problemas decorrentes daquele tipo de conflitualidade. Pela primeira vez, foram tratadas matérias delicadas como a ocupação e a necessidade militar.

Pese embora só ser vinculativo para os Estados Unidos, viria a ter uma grande influência na Europa. Assim, esteve na génese de um projeto para uma Convenção Internacional, apresentado na Conferência de Bruxelas de

University Press), 2012, pp.1-4; NYS, E., «Francis Lieber - His Life and His Work: Part I», *American Journal of International Law*, vol. 5, núm. 1, 1911, pp. 84-117; NYS, E., «Francis Lieber - His Life and His Work: Part II» *American Journal of International Law*, vol. 5, núm. 2, 1911, pp. 355-393.

45 HILGEMAN, W., KINDER, H., *Atlas Historique : De l'apparition de l'homme sur la terre à l'ère atomique*, Paris, (Librairie Académique Perrin), 3^a ed., tradução Raymond Albeck, 1992, p. 371.

46 Para maiores desenvolvimentos sobre os procedimentos adotados com relação ao *Código Lieber*: ROOT, E., «Francis Lieber», *American Journal of International Law*, vol. 7, núm. 3, 1913, pp. 453-456.

47 SPIEKER, H., «Der Lieber Code», *Humanitäres Völkerrecht*, vol. 2, 1989, pp. 26-27. O que permitiu a *Lincoln* uma disciplina à distância do seu exército por a maioria dos combates terem, então, ocorrido em território da confederação.

48 Segundo *Giladi*, o Código Lieber, pela noção de guerra nele constante, defendeu a guerra pública, ou seja, o monopólio estadual do uso da força e acabaria por influenciar todo um projeto de modernização das leis da guerra no século XIX. A guerra passa, assim, a ter uma identidade pública, ou seja, com o estado. GILADI, R., «Francis Lieber on Public War», *Goettingen Journal of International Law*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 455-461. Para a conceção do conceito da humanidade, no *Código Lieber*: GILADI, R., «A different sense of humanity: occupation in Francis Lieber's Code», *International Review of the Red Cross*, vol. 94, núm. 885, 2012, pp. 83-84,91-100.

1874⁴⁹, influenciou, ainda, o *Manual de Oxford* de 1880 e a II e IV Convenção da Haia de 1899 e 1907⁵⁰.

Em 1880, *Gustave Moynier* preparou, para o *Institut de Droit International*, o *Manual de Oxford* enviado, por sua vez, aos estados europeus para servir de diretriz às respetivas legislações nacionais. Nele foram compilados os costumes da guerra em terra, todavia, a sua aceitação pelos oficiais do exército não gozaria da mesma sorte por comparação com o *Código Lieber*⁵¹.

Isto está particularmente presente na correspondência trocada entre *Moltke* e *Bluntschli*. O primeiro foi um militar alemão que participou na guerra franco prussiana. Em carta de 11/12/1880, endereçada a *Bluntschli*, para se pronunciar sobre o *Manual de Oxford*, existe uma passagem que revela o pensamento daquele militar em relação à guerra⁵²:

“A paz perpétua é um sonho, e esta não passa mesmo de um bonito sonho. A guerra é um elemento da ordem no mundo estabelecido por Deus. As mais nobres virtudes do homem por ela se desenvolvem: A coragem e a renúncia, a fidelidade ao dever e o espírito de sacrifício; o soldado oferece a sua vida. Sem a guerra o mundo estagnaria e perder-se-ia no seu materialismo”⁵³ (tradução da nossa autoria).

A racionalidade do discurso de *Moltke* é consentâneo com o pensamento de *Clausewitz*, pelo que se opôs ao conceito de necessidade militar constante na Declaração de São Petersburgo por esta apenas permitir enfraquecer os poderes militares do inimigo. Tal constitui, para *Moltke*, uma intolerável limitação dos poderes militares, aquando da condução das hostilidades⁵⁴. Para ele, a autoridade militar seria a única com competência para reger a guerra e, conseqüentemente, a decidir, sem restrição, sobre, entre outros, os meios, força a empregar e objetivos militares a atingir. Assim, apenas viria admitir aquelas disposições do *Manual de Oxford* que não colidiam com aquele

49 Martens invocou o *Código Lieber* aquando da Conferência de Bruxelas de 1874. SCOTT, J.B., *The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899*, New York, (Oxford University Press), 1920, pp. 505-506.

50 GILADI, R., «Francis Lieber on Public War», cit., p. 456.

51 KOLB, R., «The Protection of the Individual in Times of War and Peace», cit., p. 6.

52 MARTENS, F., «Le Manuel des Lois de la Guerre : Lettre de S.A.I. le Duc Nicolas de Leuchtenberg et de M. de Martens», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1881, pp. 309-312, criticaria esta racionalidade de *Moltke*.

53 MOLTKE, «Les Lois de la Guerre sur Terre», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1881, cit., p. 79.

54 Idem, cit., p. 80.

pensamento, tais como as matérias referentes aos feridos, doentes, médicos, material sanitário e tratamento dos prisioneiros de guerra⁵⁵.

Esta abertura, mais ou menos presente na classe militar, aliada ao poder da imprensa, dos internacionalistas e aos movimentos pacifistas da época, constituiriam uma importante porta de ingresso para a possibilidade da “humanização da guerra”. O interesse dos próprios militares pela “preservação do seu ativo”, então dizimados pelas atrocidades da guerra, constituiu uma importante plataforma para a obtenção de algum consenso, concretamente, o acordo possível entre, por um lado, aquela humanização e, por outro lado, a necessidade militar.

Em resposta, dada por *Bluntschli*, em 25.12.1880, aparece um outro importante ator, concretamente, os juristas e estudiosos do Direito Internacional dedicados ao estudo da guerra⁵⁶.

Bluntschli defendeu a criação de um Direito Internacional da guerra assente em princípios aprovados pela consciência jurídica de todos os povos civilizados, ou seja, europeus e cristãos. A proteção dos mais fracos na ocupação e a implementação e controlo daquele direito a garantir pelos estados por disciplinarem os exércitos⁵⁷.

Todo o descrito é revelador dos naturais conflitos de poder entre os então diferentes atores. No caso, entre os militares que queriam ver salvaguardada a sua esfera de atuação, dos próprios estados pela determinação das competentes políticas, os internacionalistas que pugnavam pela regulação da guerra através da prestação de consultoria aos governos, aos próprios militares e, ainda, pugnavam pela garantia do próprio comércio internacional que, naturalmente, carecia de paz para florescer.

Importa, agora, ver de outro feixe de poderes que desafiavam aqueles pode-

55 *Ibidem*, cit., pp. 81-82.

56 *Bluntschli* (1808 a 1881) foi um jurista suíço internacionalista de renome. Para além destas objeções de *Moltke*, viria, ainda, a ser alvo de uma forte repreensão, ocorrida entre 1877-1878, pela parte do general prussiano *Hartmann* e à qual não tivemos acesso. O Coronel suíço *Von Rustow* também não o isentaria de críticas conforme se alcança, de resto, pela sua resposta àquele Coronel. BLUNTSCHLI, J.C., «Droit de la Guerre et Coutume de Guerre: A propos des attaques du Colonel von Rustow contre les Droits des Gens», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1877, pp. 663-672. Naquela época, os internacionalistas prestavam consultoria aos militares e aos governos em matéria militar. Com efeito, *Bluntschli* foi o representante da Alemanha na Conferência de Bruxelas de 1876. BEST, G., *Humanity in Warfare*, cit. pp. 144-146.

57 BLUNTSCHLI, J.C., «Les Lois de la Guerre sur Terre», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1881, pp. 82-84.

res, concretamente, o Comité Internacional da Cruz Vermelha, os movimentos pacifistas, sociedade civil e o poder da imprensa por manter o público informado.

C. Comité Internacional da Cruz Vermelha, movimentos pacifistas, sociedade civil e a imprensa

Em 1859, ocorreu a guerra franco-sardo-piemontesa contra a Áustria. Em 21/06/1859, deu-se a batalha sangrenta na localidade de Solferino, província da Lombardia, Itália, então sob o poder do Império Austríaco⁵⁸. Henry Dunant, comerciante e filantropo, presenciou um grande sofrimento humano pelo destino dado aos feridos em combate, muitos deles em agonia e todos entregues à sua sorte⁵⁹.

Para além da falta e/ou cuidados médicos organizados, constatou a ausência da proteção às pessoas e aos próprios equipamentos envolvidos naquela prestação. Neles incluíam-se os voluntários, pessoal sanitário, enfermeiros, médicos, hospitais de campanha, ambulâncias e seus tripulantes.

Neste contexto, Henry Dunant escreveu um livro sobre o que presenciou e vivenciou naquela batalha – *Un Souvenir en Solferino* – e nele finalizou com uma proposta para os estados organizarem, em tempo de paz, associações de socorro, a serem patrocinadas pelos respetivos governos, com o objetivo de auxiliar os feridos em combate e de instruírem voluntários para a prestação de cuidados médicos em tempo de guerra⁶⁰.

A então já existente *Société d'utilité publique* de Genebra constituiu, em fevereiro de 1863, um sub-comité internacional permanente para o auxílio aos feridos de guerra e que foi o embrião para a criação do Comité Internacional da Cruz Vermelha⁶¹.

58 A batalha de Solferino ocorreu no âmbito das guerras para a unificação e, posterior, independência da Itália (1850-1871). A Itália assim unificada viria a representar uma importante alteração geopolítica no século XIX. HILGEMAN, W., KINDER, H., *Atlas Historique : De l'apparition de l'homme sur la terre à l'ère atomique*, cit., p. 349.

59 Segundo Bugnion, foi a guerra mais sangrenta desde a batalha de Waterloo. BUGNION, F., «The International Committee of the Red Cross and the Development of the Red Cross and the Development of International Humanitarian Law», *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, núm. 1, 2004, pp. 191-215.

60 DUNANT, H., *A Memory of Solferino*. Geneva, (International Committee of the Red Cross), reimpressão de 1939 e 1959, sem ano, pp. 115, 116-117.

61 FORSYTHE, D. P., *The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross*, Cambridge, (Cambridge University Press), 2005, p. 17.

Formado por um comitê de cinco cidadãos de Genebra, entre eles, *Gustave Moynier* e o próprio *Henry Dunant*, foi abraçada a sua visão estratégica. Entre outras iniciativas, conceberiam um plano para garantir juridicamente a neutralidade a todos os envolvidos na prestação de cuidados médicos⁶².

Por conferência privada ocorrida em Genebra, em outubro de 1863, para além de se ter decidido implementar aquele plano, ela também viria a constituir um importante marco para o início do movimento internacional da Cruz Vermelha⁶³.

O passo subsequente foi convencer os representantes da Confederação Suíça em serem anfitriões de uma conferência diplomática e da qual resultou, em 1864, a I CG (Convenção de Genebra) para a melhoria da condição dos militares feridos em exércitos em campanha⁶⁴.

Neste particular, importa remeter para o artigo 6 daquela Convenção, por determinar que os combatentes feridos ou doentes, independentemente da sua nacionalidade, deveriam ser recolhidos e cuidados.

No fundo, subjaz aqui o pensamento de *Rousseau* a que já fizemos alusão, um soldado ferido, fora de combate, já não é um inimigo, mas um ser humano. Devido ao consenso assim obtido, passou a ser visto como uma regra geral⁶⁵. Pela condição do humano, expresso na pessoa, era irrelevante a nacionalidade para a prestação de cuidados por todos serem dignos deles.

Outra importante inovação foi a consagração do princípio da neutralidade com relação a todos aqueles que prestavam auxílio aos feridos e doentes, nele se incluindo os recursos humanos e materiais afetos (ambulâncias e hospitais de campanha).

Para além de constituir um convite para a participação dos civis nos cuidados, a alusão expressa de que a neutralidade abrangia as próprias ambulâncias ou hospitais de campanha disponibilizados por uma força militar, é reveladora da importância deste princípio. Como bem refere *Best*, o princípio da neutralidade assim amplamente concebido afirmou, neste primeiro momento, a supremacia do ideal humanitário e invadiu, corajosamente, o *habitat* natural dos militares⁶⁶.

62 Idem, cit., pp.17-18. DUNANT, H., *A Memory of Solferino*, cit., p. 85. Do comitê dos cinco, fariam ainda parte *Théodore Maunoir*, *Louis Appia*, *General Guillaume Henri Dufour*.

63 FORSYTHE, D. P., *The Humanitarians : The International Committee of the Red Cross*, cit., p. 18; DUNANT, H., *A Memory of Solferino*, cit., pp. 98-99.

64 A Conferência ocorreu entre 8 a 22 de agosto de 1864, nela estiveram representados 16 estados e a I CG foi imediatamente assinada por 12 estados ocidentais.

65 BEST, G., *Humanity in Warfare*, cit., p.150.

66 Idem, cit., p.150.

Os movimentos pacifistas do século XIX, disseminados pela Europa e E.U.A., também foram muito importantes por terem repercussão nas normas jurídicas internacionais adotadas, no desenvolvimento de determinadas instituições, estas últimas, pelas suas ações despendidas, estimularam, por sua vez, a negociação de tratados sobre arbitragem, humanitarismo e controlo de armas⁶⁷.

Cumpre destacar *Bertha Von Suttner*, que publicou, na altura, a sua obra *Lay Down the Arms*⁶⁸ e esteve presente na I Conferência de Paz. O seu descontentamento, perante os resultados alcançados naquela Conferência, foi notório na época⁶⁹, pois ficou muito aquém do esperado para a obtenção da paz, sendo que a conferência decorreu, ainda, à porta fechada⁷⁰.

A guerra da Crimeia constituiu outro marco importante para a demonstrabilidade do peso da imprensa junto à opinião pública. O desenvolvimento da tecnologia, concretamente o telégrafo, e a melhoria das vias rodoviárias permitiram uma maior rapidez na disseminação das notícias⁷¹.

A sociedade civil, agora mais informada, pressionou os governos por melhores condições para os seus soldados e criticaria as políticas da guerra estaduais. Todavia, esses mesmos governos também se socorriam da imprensa para, através do apelo ao sentimento patriótico, justificar os objetivos da guerra e, com isso, fundamentar a participação do exército nacional para os considerados desígnios da nação⁷².

67 LYNCH, C., «Peace Movements, Civil Society, and the Development of International Law», em *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, (Oxford University Press), p. 16.

68 PETER, S., «Bertha Von Suttner (1843-1914)», em *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, (Oxford University Press), 2012, pp. 1-4. Por sua vez, *Bertha Von Suttner* correspondia-se com *Henry Dunant*. DURAND, A., «The development of the idea of peace in the thinking of Henry Dunant», *International Review of the Red Cross*, vol. 26, núm. 250, 1986, p. 19.

69 Idem, cit., p. 654.

70 Esta forma pouco democrática seria, de resto, criticada por Lapradelle: LAPRADELLE, A. G., «La Conférence de la Paix», *Revue Générale de Droit International Public*, 1899, p. 655.

71 BENVENISTI, E., LUSTIG D., «Monopolizing War: Codifying the Laws of War to Reassert Governmental Authority, 1856-1874», Research Paper n.º 28/2017, *University of Cambridge Faculty of Law*. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2985781>>, [consultado em 03/01/2020], p.7.

72 Idem, cit., p. 7.

III. Da Declarações de São Petersburgo de 1869 e de Bruxelas de 1874 à I Conferência de Paz da Haia de 1899

2. A expressão negocial vertida nos documentos oficiais

Neste capítulo, pretende-se demonstrar o caminho percorrido, pela apreciação dos textos jurídicos com relevância, até à consagração da *cláusula Martens* no preâmbulo da II Convenção da Haia.

D. A Declaração de São Petersburgo de 1869

A Declaração de São Petersburgo de 1869 sobre a renúncia, em tempo de guerra, aos projéteis explosivos com um peso inferior a 400 gramas⁷³, verte importantes princípios que foram retomados na Declaração de Bruxelas de 1874, na I Conferência de Paz, e inerentes, por sua vez, à *cláusula Martens*.

Ela é fruto do contexto diplomático, político e militar, em que o desarmamento militar constituía um tema central da política europeia em matéria de segurança. Para além destes motivos, acrescem, ainda, a evolução tecnológica dos equipamentos bélicos empregues na guerra, cada vez mais sofisticados, mortíferos e do próprio aumento da dimensão dos exércitos, em que expressivos recursos estaduais foram alocados à economia de guerra⁷⁴.

Em 1863, foi inventado, pelas autoridades militares russas, um projétil cuja explosão ocorria aquando do contacto com superfícies duras. O seu objetivo era fazer explodir as carruagens com munições. Todavia, em 1867, foram introduzidas alterações que permitiram a sua explosão em contacto com superfícies moles, incluindo tecido humano e animal⁷⁵.

O governo russo, pela pessoa do então ministro da guerra, *Dmitry Milyutin*, preocupado com o uso futuro desses projéteis contra as tropas russas, e,

⁷³ A Declaração foi assinada, de acordo com o calendário gregoriano em 11/12/1868, em São Petersburgo, ao que corresponde a data de 29/11/1868, no calendário Juliano. SCHINDLER, D., TOMAN J., *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, cit., p. 91.

⁷⁴ CRAWFORD, E., «The Enduring Legacy of the St. Petersburg Declaration : Distinction, Military Necessity, and the Prohibition of Causing Unnecessary Suffering and Superfluous Injury in IHL», *Journal of the History of International Law*, vol. 20, p. 546 e KOLB, R., MILANOV, M., «The 1868 St Petersburg Declaration on Explosive Projectiles: A Reappraisal», *Journal of the History of International Law*, vol. 20, p. 516.

⁷⁵ SCHINDLER, D., TOMAN J., *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, cit., p. 91.

ao mesmo tempo, que pudessem constituir uma vantagem para as potências utilizadoras, sugeriu ao Czar Nicolau II que a eles renunciasse ⁷⁶.

O Czar, interessado na regulação da guerra, para seu melhor controlo, convidou as grandes potências a participarem numa Comissão Internacional Militar, em São Petersburgo, com o objetivo de ser firmado um tratado internacional a proibir o seu uso⁷⁷.

Durante as três sessões, as principais preocupações dos intervenientes prenderam-se com o fundamento da respetiva proibição e o âmbito de aplicabilidade daquele documento⁷⁸.

Nela, a Prússia proporia que outras proibições fossem contempladas, todavia com forte oposição pela Grã-Bretanha que queria, ao máximo, restringi-las. Com efeito, tudo o que atentasse, principalmente, contra o seu poder naval, ia contra os interesses Grã-Bretanha e, por isso, inaceitáveis⁷⁹.

Os diferentes interesses em jogo irão, mais tarde, ditar em Bruxelas e na Haia os diferentes posicionamentos das potências com relação às propostas formuladas. De São Petersburgo a Haia evidencia-se uma luta de poderes entre aquelas, cujo fio condutor das suas atuações diz respeito aos respetivos interesses individuais.

Vejamos, agora, o que resulta do próprio texto da Declaração com força vinculativa para os seus subscritores com relevância para a *cláusula Martens*. Objeto da declaração eram as guerras pelo que dela seriam excluídos todos os restantes conflitos não enquadráveis naquele conceito. Naquela

76 MARTENS, F. de., *Tratado de Derecho Internacional Apêndice: La Paz y la Guerra - La Conferencia de Bruselas - Derechos y deberes de los beligerantes, La Conferencia de La Haya*, Madrid, (La Espanã Moderna), tradutor anónimo, p. 104.

77 SCHINDLER, D., TOMAN J., *The Laws of Armed Conflicts : A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, cit., p. 91, KOLB, R., MILANOV, M., «The 1868 St Petersburg Declaration on Explosive Projectiles: A Reappraisal», cit., p. 521, CRAWFORD, E., «The Enduring Legacy of the St. Petersburg Declaration : Distinction, Military Necessity, and the Prohibition of Causing Unnecessary Suffering and Superfluous Injury in IHL», cit., p. 560. No entendimento da autora, a designação moderna seria de um controlo de armas entre parceiros com igual expressão.

78 KOLB, R., MILANOV, M., «The 1868 St Petersburg Declaration on Explosive Projectiles: A Reappraisal», cit., p. 516 e CRAWFORD, E., «The Enduring Legacy of the St. Petersburg Declaration : Distinction, Military Necessity, and the Prohibition of Causing Unnecessary Suffering and Superfluous Injury in IHL», cit., p. 550.

79 CRAWFORD, E., «The Enduring Legacy of the St. Petersburg Declaration: Distinction, Military Necessity, and the Prohibition of Causing Unnecessary Suffering and Superfluous Injury in IHL», cit., p. 560.

altura, a doutrina maioritária defendia a sua interestadualidade e a necessidade da demonstração da intenção de a ela recorrer (elemento subjetivo) expressa, em princípio, na respetiva declaração de guerra emitida pelo estado declarante⁸⁰.

Refere-se, ainda, no mesmo preâmbulo das necessidades de guerra, devem ceder perante as exigências da humanidade complementado, por sua vez, com a proibição do sofrimento humano desnecessário, vertidos nos quartos e quintos parágrafos daquele documento. Um corolário ficou assente: apesar de a guerra não ser proibida, nem tudo podia ser permitido. Estas mesmas palavras de “exigências da humanidade” seriam, mais tarde, incorporadas no texto da *cláusula Martens*.

Todavia, a humanidade ali referenciada foi fortemente condicionada pela utilidade militar. De resto, esta “tensão entre interesses e poderes contrapostos” marcou o diálogo entre os diferentes atores do século XIX e o que se repercutiu nos próprios textos. Com efeito, a Declaração e todos os textos produzidos até à adoção, com relevância para caso, da II Convenção da Haia de 1899, não tiveram como destinatários diretos os civis, apenas o pessoal militar.

Por isso, não é de estranhar nela se consagrar o fim da guerra dever ser o enfraquecimento das forças militares e, para tanto, ser suficiente colocar fora de combate o maior número de homens possíveis. Os civis, só pelo recurso à via indireta, aqui podem ser enquadrados, pelo facto de alvos militares apenas poderem ser os combatentes. O princípio da distinção entre combatentes e civis encontrava-se, ainda, numa fase muito embrionária e, por isso, seria objeto de discussões futuras.

Cotejada esta disposição com a própria Declaração de Genebra de 1864, reforça-se o referido. Com efeito, o objeto daquela Convenção é a melhoria das condições dos feridos num exército em campanha, ou seja, o centro da gravidade é o combatente. A alusão aos civis apenas ocorre, na medida em que eram necessários para prestarem auxílio aos que estavam em sofrimento. Com efeito, seria, ainda, necessário percorrer um longo e irregular percurso para que os civis ocupassem, finalmente, a centralidade do sistema⁸¹.

80 Idem, cit., p. 100.

81 Ibidem, cit., p. 534, BENVENISTI, E., LUSTIG, D., «Monopolizing War: Codifying the Laws of War to Reassert Governmental Authority, 1856-1874», cit., pp. 1-2 que menciona a ausência do envolvimento da população civil neste diálogo.

A utilidade militar marcou, no seu último parágrafo, a sua insígnia com a previsão de proibições futuras requererem novos acordos e, ainda, pela *cláusula si omnes* ou da participação geral que nasceria neste encontro⁸².

A preocupação da salvaguarda da vantagem militar em relação àqueles que aderiram à Declaração viria a ditar a solução de que os seus destinatários eram as suas partes subscritoras em contexto de guerra, mas caso, por algum motivo, se juntasse a um beligerante uma parte não subscritora do documento, todos os contraentes envolvidos ficariam desvinculados dos direitos e obrigações nela vertida à luz da reciprocidade.

Em nossa opinião, esta cláusula também é reveladora dos interesses militares terem sido o principal fio condutor no decurso das negociações reforçado, ainda, pela recondução das proibições ao mínimo possível. Esta mesma regulação seria vertida, com relevância para o caso, no artigo 2 da II Convenção da Haia⁸³.

Outro fator digno de registo reporta-se ao próprio entendimento relativamente ao conceito da humanidade constante neste documento por comparação com o vertido na Convenção de Genebra de 1864, que, em matéria de aplicabilidade, não conheceu restrições desta natureza⁸⁴.

Apenas podemos encontrar como justificativa o socorro às vítimas da guerra, por ser prestado de comum acordo com os militares, não afrontar tanto os seus poderes militares por comparação com a proibição do uso de um determinado tipo de arma presente na Declaração de São Petersburgo. A utilidade militar foi o alimento em torno do qual gravitaram as discussões entre as diferentes potências. Assim, a Declaração não viria necessariamente humanizar a guerra, mas antes militarizá-la por forma a ir ao encontro de conceitos e finalidades pré-existentes⁸⁵.

82 CRAWFORD, E., «The Enduring Legacy of the St. Petersburg Declaration: Distinction, Military Necessity, and the Prohibition of Causing Unnecessary Suffering and Superfluous Injury in IHL», cit., p.552.

83 KOLB, R., MILANOV, M., «The 1868 St Petersburg Declaration on Explosive Projectiles: A Reappraisal», cit., p. 530.

84 CRAWFORD, E., «The Enduring Legacy of the St. Petersburg Declaration: Distinction, Military Necessity, and the Prohibition of Causing Unnecessary Suffering and Superfluous Injury in IHL», cit., p. 561.

85 SCHÄFER, R., «The 150th Anniversary of the St Petersburg Declaration: Introductory Reflections on a Janus Faced Document», *Journal of the History of International Law*, vol. 20, 2018, cit., p. 507.

E. A Declaração de Bruxelas de 1874

Na origem da Declaração de Bruxelas, estiveram questões relacionadas com a guerra franco-prussiana (1870-1871). No decurso da guerra, a Prússia ocupou território francês e nele se incluíram a Alsácia e a Lorena. Algumas das competentes entidades alemãs, incumbidas pela administração do território ocupado militarmente, decidiram revogar a legislação francesa e implementar a autoridade alemã por entenderem tratar-se de território alemão. Esse foi o caso da Alsácia e de alguns outros territórios franceses. Com a vitória da Prússia, a Alsácia e a Lorena reverteram a favor da Alemanha que, então, se encontrava em processo de unificação⁸⁶. A controvérsia gerada em torno da ocupação, em geral, e, em particular, da ocupação militar alemã em território francês, suscitou debates intensos naquela época e, por isso, presentes na Conferência de Bruxelas.

Martens concordou com os poderes soberanos exercidos pela Alemanha ainda em tempo de guerra e defenderia um semelhante entendimento relativamente à ocupação territorial búlgara, então parte integrante do império otomano, pela Rússia na guerra russo turca (1877-1878)⁸⁷.

Martens, autor da proposta da futura convenção a ser adotada na Conferência de Bruxelas de 1874, não perdeu de vista os interesses da Rússia face àquele conflito, pelo que elaboraria uma proposta de convenção que ficaria a ser conhecida, nos ministérios europeus, como sendo o código da conquista por favorecer ostensivamente os poderes da força ocupante, no caso, também os russos⁸⁸.

Outro importante acontecimento ocorrido na guerra franco prussiana e, com interesse para a época, foi a proclamação da República Francesa e a constituição do governo de defesa nacional em 04/09/1870.

Determinado a prosseguir a guerra contra a Prússia, Léon Gambeta criou um exército popular com guardas nacionais, uma força proletária, e por franco-atiradores. Estes últimos eram voluntários irregulares, que tanto prati-

86 BENVENISTI, E., « The Origins of the Concept of Belligerent Occupation », cit., p. 640 e HILGEMAN, W., KINDER, H., *Atlas Historique : De l'apparition de l'homme sur la terre à l'ère atomique*, cit., p. 347.

87 MARTENS, F. de., *Tratado de Derecho Internacional Apêndice: La Paz y la Guerra*, cit., pp. 304-308.

88 NABULSI, K., *Traditions of War: Occupation, Resistance, and the Law*, Oxford, (Oxford University Press), 1999, p. 6.

cavam uma luta de guerrilha como, ao mesmo tempo, lutavam ao lado das forças regulares⁸⁹.

O estatuto a atribuir aos franco-atiradores não foi um assunto pacífico entre os prussianos e franceses. Enquanto os prussianos os viam como rebeldes com execução imediata, os franceses entendiam tratar-se de soldados regulares mandatados pelo governo.

Em agosto de 1870, no jornal oficial *Königlicher Preussischer Staats-Anzeiger*⁹⁰, a Prússia viria a indicar os requisitos para reconhecer os franco-atiradores como combatentes regulares: autorização escrita do governo francês para poderem participar nas operações militares; estar sob o comando dos oficiais franceses; usarem uniforme e serem parte integrante do exército francês. Eram requisitos impraticáveis contra os quais a França reagiu⁹¹. Pelo exposto, também a atribuição do estatuto de combatente regular foi um assunto abordado na Conferência de Bruxelas de 1874⁹².

Mais uma vez, foi a Rússia a ter a iniciativa de convocar uma Conferência⁹³. Todavia, aquela não foi bem aceite pelas potências de então. As pequenas potências tinham justo receio de que as práticas de ocupação implementadas pela Prússia fossem codificadas em legislação internacional e as suas piores suspeições confirmaram-se com o projeto do código da conquista russo. Já a Prússia queria preservar o novo *status quo*, obtido com a vitória na guerra franco prussiana, e, por isso, tinha conveniência de que as leis da guerra continuassem por redigir, razão pela qual *Bismarck* nela não

89 BENVENISTI, E., LUSTIG, D., «Monopolizing War: Codifying the Laws of War to Reassert Governmental Authority, 1856-1874», cit., p. 18.

90 Edições daquele jornal oficial podem ser encontrados neste link: disponível em <<https://digi.bib.uni-mannheim.de/periodika/reichsanzeiger/>> [consultado em 04/01/2020].

91 MARTENS, F. de., *Tratado de Derecho Internacional Apêndice: La Paz y la Guerra*, cit., p. 495.

92 Os Estados encontraram-se em 27/07/1874 e assinariam o protocolo final em 27/08/1874.

93 SCOTT, J.B., *The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899*, cit., pp. 505-506. Na I Conferência de Paz, *Martens* justificou a convocação da Conferência de Bruxelas pelo Czar Nicolau II. Era imperioso adotar leis que regulassem a guerra em tempo de paz “quando as mentes e paixões das pessoas não se encontram inflamadas”. Nela também se refere a importância do *Código Lieber* e que, em muito, inspiraram o próprio *Martens*.

participou⁹⁴. Na conferência, participaram 15 estados e, ao todo, 32 representantes.

Esclareça-se que a conferência não teve como objeto todos os assuntos com relação à guerra, mas apenas alguns. E, por sua vez, o *draft* final do projeto de convenção afastou-se consideravelmente do projeto originário russo, tornando-o mais favorável às pretensões das pequenas potências⁹⁵.

Três foram os grandes núcleos de questões então abordados com naturais desacordos e tensões face aos interesses em presença.

O primeiro relacionava-se com a definição a dar à ocupação, neste particular há que ter em mente que, durante o seu decurso, a população não podia resistir. Assim, as potências ocupantes pretendiam vê-la imediatamente reconhecida e com os menores requisitos possíveis. Já os ocupados, pela consagração de requisitos mais exigentes, tais como a necessidade da subjugação total da população e uso contínuo da força pelo ocupante pretendiam retardar no tempo a proibição da resistência populacional para poderem exercer os seus plenos poderes⁹⁶.

O segundo encontra-se relacionado com o primeiro pela noção a dar aos combatentes regulares. Quem é que podia legitimamente pegar em armas e combater?

As grandes potências, socorrendo-se das noções clássicas, entendiam poderem ser apenas os militares, pelo que os civis que lutassem eram vistos como ladrões, rebeldes e, por isso, alvos a serem sumariamente executados; este, de resto, era o entendimento da Prússia com relação aos franco-atiradores. Contrário, como se compreende, foi o posicionamento das pequenas potências para as quais qualquer nacional que usasse de armas para defender a nação era um combatente regular e, por isso, não deveria ser alvo de represálias quando capturado⁹⁷.

Este discurso estender-se-ia ao *levée* en masse, em que as forças ocupantes pela imposição de requisitos especiais, organizacionais e espaciais pretendiam reduzir o seu peso. Assim, exigiam que a população apenas pudesse pegar em armas para lutar contra o invasor se ocorresse em território não ocupado e mediante uma invasão inesperada. Naturalmente que as pequenas potências refutavam aquelas restrições ⁹⁸.

94 NABULSI, K., *Traditions of War: Occupation, Resistance, and the Law*, cit., p. 6.

95 Idem, cit., pp. 92-93.

96 NABULSI, K., *Traditions of War : Occupation, Resistance, and the Law*, cit., p. 18.

97 Idem, cit., p. 17.

98 Idem, cit., pp. 17-18.

O terceiro reportou-se às represálias, impostos e requisições. As grandes potências queriam poder ilimitado para o fazer, já os ocupados abominavam as represálias e defendiam critérios legais para a tributação e requisição civil para evitar a sua arbitrariedade⁹⁹.

O projeto do tratado, como se percebe, não foi ratificado pelos estados. Depois da Conferência de Bruxelas, o *Institut de Droit International* incumbir-se-ia de fazer um estudo sobre aquele projeto; nele participaram, entre outros, *Jaequemins*, *Martens* e *Moynier*¹⁰⁰.

As questões deixadas em aberto careciam de resposta que foram, mais uma vez, retomadas na I Conferência de Paz. Todavia, o concerto europeu de poderes conheceu, durante aquele hiato de tempo, alterações consideráveis. O mundo de 1874 não era o mesmo por comparação com o de 1899.

Alguns países consolidaram a sua unificação e estavam preocupados com o reforço da sua capacidade militar, entre outros, com a aquisição de armamento cada vez mais mortífero e sofisticado.

F. A I Conferência de Paz da Haia e a adoção da II Convenção da Haia de 1899

O Czar Nicolau II, através de duas circulares, convocaria os estados para participar numa conferência. Segundo *Lapradelle*, uma primeira em 12/08/1898, onde propôs um objeto mais abrangente para a conferência, por pretender que fossem estabelecidas medidas mais eficazes de garantia para os povos poderem vir a beneficiar de uma paz real e duradoura. Já na segunda circular, de 30/12/1898, cingiu-se a conferência ao desarmamento e à arbitragem¹⁰¹. Anexa àquela, e com interesse para o caso, foi o projeto

99 Ibidem, cit., p. 19

100 INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, «Travaux préliminaires a la session de La Haye 1874-1875 ; Quatrième Commission – Conférences de Bruxelles Règlementation des lois et coutumes de la guerre», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1876, pp. 438-529.

101 LAPRADELLE, A. G., «La Conférence de la Paix», cit., p. 657 e PILLET, A., FAUCHILLE, P., «La question du désarmement et la note du Tsar Nicolas II», *Revue Générale de Droit International Public*, 1898, p. 687. Como Martens admitiu, foram da sua autoria as alterações à segunda circular por não comprometerem tanto o êxito da conferência. PUSTOGAROV, V., *Our Martens: FF. Martens International Lawyer and Architect of Peace*, cit., pp. 164-166. MARTENS, F. de., *Tratado de Derecho Internacional Apêndice : La Paz y la Guerra*, cit., p. 98.

da Convenção de Bruxelas de 1874, com a finalidade de ser o instrumento de trabalho matriz para a regulamentação das leis e costumes da guerra em terra¹⁰².

Neste contexto, apesar de a I Conferência da Haia ser designada por paz, ela teve, em bom rigor, como objeto a regulamentação da guerra e a resolução de litígios pela arbitragem. Não foi totalmente inocente a escolha destes dois tópicos e, com ela, visava-se, pelo menos, tentar passar a ideia de que seria possível conciliar o melhor dos dois mundos.

Com a normatização jurídica da guerra e o desarmamento, pretendeu-se ir ao encontro das expectativas das potências, interessadas em controlarem-se reciprocamente. Já a arbitragem pretendeu cativar a opinião pública e os movimentos pacifistas com o ideal da paz. Era consabida, por um lado, a apêntia daqueles movimentos por esta matéria e, por outro lado, a influência daqueles grupos junto à população¹⁰³.

Na conferência que decorreu no período compreendido entre 18/5/1899 a 29/06/1899, participaram 26 estados¹⁰⁴. Os trabalhos a realizar foram distribuídos por três comissões. À segunda comissão, constituída por uma subcomissão, coube-lhe, entre outras matérias, rever a Declaração de Bruxelas de 1874, referentes aos usos e costumes da guerra¹⁰⁵, ambas presididas por Mar-

102 PUSTOGAROV, V., *Our Martens: FF. Martens International Lawyer and Architect of Peace*, cit., pp. 164-166. MARTENS, F. de., *Tratado de Derecho Internacional Apêndice : La Paz y la Guerra*, cit., p.98. O texto da segunda circular, efetivamente, destacaria a vertente do desarmamento cujo teor pode ser consultado em SCHINDLER, D., TOMAN J., *The Laws of Armed Conflicts : A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, cit., p. 41.

103 PUSTOGAROV, V., *Our Martens: FF. Martens International Lawyer and Architect of Peace*, cit., pp. 164-165. Apesar de não podermos ajuizar sobre as reais intenções de Martens, não deixa de ser um facto que aqueles interesses se encontravam em presença na época e, por isso, havia que arranjar uma forma de os articular entre si.

104 Áustria-Hungria, Bélgica, Bulgária, China, Dinamarca; França, Alemanha, Grã-Bretanha. Grécia, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Montenegro, Países Baixos, Pérsia, Portugal, Roménia, Rússia, Sérvia, Sião, Suécia e Noruega, Suíça, Turquia e E.U.A. SCHINDLER, D., TOMAN J., *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, cit., p. 43.

105 SCOTT, J.B., *The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899*, cit., pp. 18-19, conforme deliberação tomada em 20/05/1899, na segunda sessão plenária e da qual ainda resulta cada estado ter apenas um voto nas sessões plenárias e nas comissões.

tens¹⁰⁶. Por sua vez, as propostas finais eram aprovadas em sessões plenárias, após respetiva aprovação na comissão e subcomissão.

Na origem do impasse diplomático entre pequenas e grandes potências, estiveram os capítulos I, II e IX da Declaração de Bruxelas, que regiam respetivamente: a autoridade militar sobre território hostil (artigos 1 a 8); quem é que devia ser reconhecido como beligerante: combatentes e não combatentes (artigos 9 a 11), e os impostos e requisições civis (artigos 40 a 42)¹⁰⁷.

Os pequenos estados, agora representados pela Bélgica, pretendiam a restrição daquela autoridade, uma maior amplitude do conceito de combatente e a menor carga com impostos e requisições civis, já as grandes potências pretendiam o inverso. Estavam, assim, lançados os dados para um confronto de poderes entre pequenos estados e grandes potências. Esse confronto deu-se, principalmente, através da Grã-Bretanha a apoiar as pretensões belgas, e a Alemanha e Rússia a defender os interesses das grandes potências.

Em bom rigor, o ponto de partida já tinha sido debatido noutros fóruns da época. Na conferência de Bruxelas e nas sessões do *Institut de Droit International*, questionou-se sobre a possibilidade, conveniência e utilidade de regulamentar juridicamente, mediante preceitos concretos, a guerra¹⁰⁸.

O delegado belga defendeu a sua não regulamentação, com uma consequente remissão para as leis das nações civilizadas, por mais vaga que pudessem ser. Vejamos em que moldes, ainda que sumários, o fez.

No seu entendimento, foi pretensão da conferência de Bruxelas, quanto à ocupação militar, os vencidos reconhecerem *previamente* aos invasores determinados direitos vertidos no projeto da futura convenção sobre o seu próprio território e proibir o envolvimento da população na guerra¹⁰⁹.

Apesar de reconhecer as vantagens decorrentes da existência de uma regulamentação para a salvaguarda da ordem civil e proteção das populações, declina-a por questões de ordem moral e patrióticas¹¹⁰.

106 Idem, cit., p. 21 deliberação tomada em 23/05/1899, na terceira sessão plenária.

107 Ibidem, cit., p. 502 deliberação tomada em 06/07/1899, na sexta sessão da segunda sub-comissão e SCHINDLER, D., TOMAN J., *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, cit., pp. 25-26.

108 INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, « Travaux préliminaires à la session de La Haye 1874-1875 », cit., pp. 441-450. Em resposta ao delegado belga, Martens referiu a necessidade de leis específicas para esse fim. SCOTT, J.B., *The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899*, cit., p. 506.

109 Idem, cit. p. 502.

110 Ibidem, cit., p. 503.

Com relação à ocupação, impostos, requisição civil e penalidades, aquele delegado fundamentou a indesejabilidade de um tratado por aquele representar, para as pequenas potências, um reconhecimento e consentimento escrito e prévio dos direitos das forças ocupantes. Na eventualidade das grandes potências desrespeitarem a neutralidade belga, significaria, também, um prévio reconhecimento dos atos abusivos perpetrados pela força ocupante aquando da ocorrência de uma invasão.

Já com relação à determinabilidade dos beligerantes (combatentes e não combatentes) e a população poder pegar em armas para defender o país, o argumento assentaria, ainda, no patriotismo e localização do território belga. O cidadão tinha o dever patriótico de pegar em armas e a posição do território belga justificava o recurso à população para a sua defesa e resistência contra os invasores¹¹¹.

No final, aquele delegado propôs a revogação, a alteração e o adição de alguns preceitos no texto base, que, em termos práticos, restringiam os poderes da força ocupante.

Neste encaço, a resposta de *Martens* foi nitidamente direcionada para a plateia composta pelos mais diferentes atores e seus respetivos interesses. Por um lado, as pequenas e as grandes potências logo ali presentes e, por outro lado, os movimentos pacifistas e a sociedade civil preocupados com a paz. É assim uma retórica combinada entre uma exortação ao poder bélico das grandes potências temperado, o quanto baste¹¹², pela humanidade, justiça e direito, para assim acomodar a pretensão das pequenas potências, dos movimentos pacifistas e da sociedade civil.

Naquela sessão, *Martens* reitera a necessidade expressa pela adoção de uma legislação que consagre a regulamentação da guerra¹¹³.

O discurso prossegue, como referido, pela dialética entre os interesses mi-

111 Ibidem, cit., pp. 504-505.

112 GILADI, R., «The Enactment of Irony: Reflections on the Origins of the Martens Clause», *European Journal of International Law*, vol. 25, núm. 3, 2014, pp. 847-869. Na perspectiva do autor, tratou-se de um discurso calculista e que nunca perdeu de vista os interesses do império russo então em expansão. Pese embora não termos tido acesso a todos os elementos necessários para emitir opinião, denota-se, efetivamente, uma maior preponderância no discurso para os poderes da força ocupante em que a humanidade é apenas admitida, na medida em que com ela não colida.

113 SCOTT, J.B., *The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899*, cit., p. 506. Veja-se como a final *Martens* coloca a tónica nos deveres dos mais fracos ao referir “(...) se os deveres destes últimos (mais fracos) não forem reconhecidos (...).

litares estaduais e a humanidade. No final do seu discurso, *Martens* levanta a hipótese de não ser alcançado um acordo e alerta para as desvantagens daí resultantes. A falta de consenso pode levar à arbitrariedade na interpretação das leis existentes e ao ajustamento daquelas conforme os interesses e conveniências dos beligerantes¹¹⁴. Tal conduziria a um deplorável efeito na opinião pública do mundo civilizado¹¹⁵.

Martens termina a sua intervenção sem apontar soluções concretas, a sessão foi adiada e retomada em 20/06/1899, pela segunda subcomissão.

Sobre a metodologia usada na condução dos trabalhos, nesta sessão *Lapradelle* destacou a habilidade com que foi conduzida para alcançar um resultado que considerou muito aquém do desejado. Iniciou-se pelas questões mais fáceis (já consolidadas pela prática) e foram descartadas as mais controvertidas e relegar-se-iam as mais difíceis para final¹¹⁶.

Foi uma tática ardilosa por ninguém querer comprometer o êxito dos trabalhos, após tantos consensos obtidos, mesmo tratando-se de questões fáceis. Todavia, foi como *Lapradelle* referiu, as questões verdadeiramente controvertidas continuaram em aberto e o trabalho dos delegados, desprovidos de utilidade, com a sua retirada final¹¹⁷.

À luz daquela estratégia, os artigos 9 e 10, por serem os mais controvertidos, foram relegados para final. Para além de determinarem os requisitos a preencher para a determinabilidade do beligerante e, para tanto, apresentava uma dicotomia entre combatente e não combatente, previam, ainda, o *levée en masse*¹¹⁸.

Martens despendeu toda uma ordem de raciocínio, que viria justamente culminar na antítese da sua pretensão referida na sessão antecedente. As virtudes, antes defendidas com relação à regulamentação da guerra, perderiam a sua atração para, agora, darem lugar a uma remissão para a lei das nações, ou seja, retomar-se-ia, embora em moldes distintos, a proposta belga. Vejamos, então, como ocorreu este volte face.

Em suma, *Martens* lembrou não ter sido intenção da Conferência de Bruxelas abolir o direito à resistência. Com efeito, a Conferência tinha perce-

114 Ibidem, cit., p. 507.

115 Ibidem, cit., p., 507.

116 LAPRADELLE, A. G., «La Conférence de la Paix», cit., pp. 726-727.

117 Idem, cit. p. 727.

118 SCOTT, J.B., *The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899*, cit., p. 547.

bido que o seu dever não era tentar formular um código para casos que não são previsíveis e codificados, *como os do levée en masse*, mas antes garantir mais direitos à população¹¹⁹.

Todavia, relembramos que o *levée en masse* foi restringido pelas grandes potências através da exigibilidade de requisitos espaciais (apenas podia ocorrer em territórios não ocupados) e temporais (no momento da invasão) que são, por sua vez, os critérios constantes no artigo 10.

Acrescenta *Martens* que o propósito daqueles preceitos não foi codificar todos os casos que pudessem eventualmente ocorrer¹²⁰. Findo o seu discurso, requereu à assembleia para fazer uma declaração, pedindo, ainda, que ficasse consignada nas minutas da Conferência e que, pela sua importância, se transcreve¹²¹:

“A Conferência é unânime em pensar que é extremamente desejável que os usos da guerra sejam definidos e regulados. Neste espírito adotou um número considerável de previsões que têm como objeto a determinação dos direitos e deveres dos beligerantes e populações e como finalidade aliviar os males da guerra, na medida em que as necessidades o permitam. Todavia, não foi possível acordar imediatamente sobre disposições que abrangem todos os casos que ocorram na prática.

Por outro lado, não podia ser intenção da Conferência que os casos não previstos devessem, por falta de uma disposição por escrito, ser deixados ao julgamento arbitrário dos comandantes militares.

Até que possa ser estabelecido um código completo e perfeito sobre a lei da guerra, a Conferência julga acertado declarar que, nos casos não previstos no presente acordo, as populações e beligerantes permanecem sob proteção e império dos princípios do direito internacional, tais como resultam dos usos estabelecidos entre nações civilizadas, das leis da humanidade e das exigências da consciência pública¹²²” (tradução da nossa autoria).

Assistiu-se, assim, ao nascimento da *cláusula Martens*, vertida no último parágrafo da declaração, e que não foi isenta de contenda.

A discussão esteve sempre presente naquela sessão e o texto não foi adotado facilmente. A Grã-Bretanha tomaria partido das pequenas potências para, assim, contrapor argumentos ao poder militar Russo, Alemão e, por inerência, às grandes potências¹²³.

119 Ibidem, cit., p. 547.

120 Ibidem, cit., p. 547.

121 Ibidem, cit., pp. 547-548.

122 Ibidem cit., pp. 547-548.

123 Ibidem cit., pp. 552.

A final ficou consignada na ata da sessão a declaração do presidente ser adotada como um ato oficial da segunda subcomissão e a constar nos registos da conferência¹²⁴.

Os registos existentes não permitem aferir, com clareza, como é que a *cláusula Martens* foi inserida no preâmbulo da II Convenção da Haia. Na quarta sessão da segunda comissão de 05/07/1899, foi aprovado um preâmbulo que foi beber consideravelmente à declaração expressa por *Martens*¹²⁵. Naquele mesmo dia, foi aprovado, na quinta sessão plenária, o preâmbulo da II Convenção da Haia, no qual consta o texto final da *cláusula Martens*¹²⁶:

“Até que possa ser estabelecido um código completo sobre a leis da guerra, as Altas partes Contratantes julgam acertado declarar que, nos casos não previstos nos regulamentos por elas adotadas, as populações e beligerantes permanecem sob a proteção e império dos princípios do direito internacional, tais como resultam dos usos estabelecidos entre nações civilizadas, das leis da humanidade e das exigências da consciência pública” (tradução da nossa autoria)¹²⁷.

IV. CONCLUSÕES

A *cláusula Martens* nota, assim, uma estranha alquimia. O seu poder alquímico demonstra a presença dos diferentes interesses representados pelos seus atores e de difícil conciliação.

Na sua génese, esteve o diálogo que então opunha, principalmente, as grandes e pequenas potências sob as vestes, por um lado, da guerra, respetivo poderio militar e, por outro lado, uma então, ainda, embrionária humanidade. Para além daquelas potências, outros atores nela viriam impactuar. Entre outras, a sociedade civil, organizações humanitárias, movimentos pacifistas e o poder da imprensa.

Quando proposta por *Martens*, nos moldes em que o fez, este, decerto, teve em mente toda esta complexa galáxia de intervenientes, com os seus poderes. Ao que acresceu, ainda, a premente necessidade sentida pelos então Intervenientes na I Conferência da Paz e pelo próprio *Martens*, desta não ser havida como um fracasso absoluto.

124 Ibidem cit., p. 552.

125 Ibidem, cit., p. 413.

126 Ibidem, cit., p. 43.

127 SCHINDLER, D., TOMAN J., *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, cit., p. 55.

O impasse entre pequenas e grandes potências fruto, por sua vez, da delicada conjuntura vivida, explica, em certa medida, o facto de ela corresponder à antítese do por si pretendido, ou seja, a regulamentação da lei da guerra por preceitos concretos. A sua remissão para “os princípios do direito internacional tais como resultam dos usos estabelecidos entre nações civilizadas, das leis da humanidade e da consciência pública” demonstra a dificuldade na obtenção de um consenso mais pormenorizado.

Ironicamente, a cláusula acaba por acolher parte do texto da proposta belga a que *Martens*, inicialmente, se opôs. Com isto, ela retoma o ponto de partida cujo cenário pretendeu afastar, repete-se a não regulamentação, por preceitos concretos, da lei da guerra.

Este estudo pretende, assim, demonstrar a cláusula, expressar o consenso então possível perante os diferentes interesses, atores e poderes em presença. A constante tensão entre estas variáveis foi impeditiva de um diálogo mais assertivo e direto, o que, naturalmente, se repercutiu no texto final adotado.

Elas expressam, ainda, os diferentes contextos culturais, sociais, económicos e jurídicos dos atores em presença. Estas, por sua vez, ditaram concepções distintas perante uma mesma realidade, a guerra, o que impactou na própria determinabilidade do conteúdo de conceitos jurídicos relevantes, como ocupação, ocupação beligerante, necessidade militar e humanidade.

Não podemos, por isso, deixar de reconhecer, com *Giladi*, alguma ironia, mas isso não deve fazer perder de vista a atualidade, o mérito e a importância da cláusula para o direito. A sua natureza controvertida permanece, mas à luz de contextos, atores, poderes, diálogos distintos, por comparação com os do século XIX.

Cumprido, por isso, questionar, em jeito de conclusão, se não é justamente a omissão de uma regulamentação concreta com relação a determinadas matérias que permite, em parte, alicerçar, hoje, toda a dinâmica em torno da cláusula.

Usada como um importante referencial interpretativo, nos casos de ausência ou parca regulamentação, acaba sempre por partir da antítese do pensamento que esteve na sua origem - a necessidade de uma regulamentação mais pormenorizada - reiniciando, dessa forma, novos e sucessivos processos de diálogo como se da outra face de Janus se tratasse¹²⁸.

128 TEUBNER, G., «Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne», em *Liber Amicorum Josef Esser, Müller*, (Heidelberg), 1995, pp. 191-192.

V. BIBLIOGRAFIA

- BALLARD, K. M., «The Privatization of Military Affairs : A Historical Look into the Evolution of the Private Military Industry», em *Private Military and Security Companies: Chances, Problems, Pitfalls and Prospects*, Wiesbaden, (VS Verlag für Sozialwissenschaften), 2007.
- BAPTISTA, E. C., *Direito Internacional Público, vol. II, Sujeitos e Responsabilidade*, Lisboa, (Associação Académica da Faculdade de Direito editora), reimpressão de 2004, 2015.
- BENVENISTI, E., «The Origins of the Concept of Belligerent Occupation», *Law and History Review*, vol. 26, núm. 3, 2008, pp. 621-648.
- BENVENISTI, E., LUSTIG, D., «Monopolizing War: Codifying the Laws of War to Reassert Governmental Authority, 1856-1874», Research Paper n.º 28/2017, *University of Cambridge Faculty of Law*. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2985781>>, 2017, pp. 1-37.
- BENVENISTI, E., *The Law of Occupation*, Oxford, (Oxford University Press), 2.ª ed., 2012, pp. 28-29.
- BERNSTORFF, J. v., «Martens Clause», em *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, (Oxford University Press), 2012, pp. 1143-1146.
- BEST, G., *Humanity in Warfare*, New York, (Columbia University Press), 1980.
- BLUNTSCHLI, J.C., «Droit de la Guerre et Coutume de Guerre: A propos des attaques du Colonel von Rustow contre les Droits des Gens», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1877, pp. 663-672.
- BLUNTSCHLI, J.C., «Les Lois de la Guerre sur Terre», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1881, pp. 82-84.
- BUGNION, F., «The International Committee of the Red Cross and the Development of the Red Cross and the Development of International Humanitarian Law», *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, núm. 1, 2004, pp. 191-215.
- CLAUSEWITZ, C. v., *Vom Kriege*, Berlin, (Behr's Verlag), 12.ª ed. ampliada de 1917, s/ano.
- CRAWFORD, E., «The Enduring Legacy of the St. Petersburg Declaration: Distinction, Military Necessity, and the Prohibition of Causing Unnecessary Suffering and Superfluous Injury in IHL», *Journal of the History of International Law*, vol. 20, 2018, pp. 544-566.
- CRAWFORD, J. R., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, (Oxford University Press), 2012.
- DAVID, É., *Principes de Droit des conflits armés*, Belgium, (Éditions Bruylant), 6.ª ed., 2019.
- DUNANT, H., *A Memory of Solferino*, Geneva, (International Committee of the Red Cross), reimpressão de 1959, sem ano.
- DURAND, A., «The development of the idea of peace in the thinking of Henry Dunant», *International Review of the Red Cross*, vol. 26, núm. 250, 1986, pp. 16-51.

- FLECK, D., «Friedrich von Martens: A Great International Lawyer from Pärnu», *Baltic Defence Review*, vol. 2, núm.10, 2003, pp. 19-26.
- FORSYTHE, D. P., *The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross*, Cambridge, (Cambridge University Press), 2005.
- FOUCAULT, M., *L'Archéologie du Savoir*, France, (Gallimard), 1969.
- GILADI, R., «A different sense of humanity: occupation in Francis Lieber's Code», *International Review of the Red Cross*, vol. 94, núm. 885, 2012, pp. 81-116.
- GILADI, R., «Francis Lieber on Public War», *Goettingen Journal of International Law*, vol. 4, núm 2, 2012, pp. 447-478.
- GILADI, R., «The Enactment of Irony: Reflections on the Origins of the Martens Clause», *European Journal of International Law*, vol. 25, núm 3, 2014, pp. 847-869.
- GIRAULT, R., « Guerres et sentiment national au XIX siècle », *Le Bulletin de la S.H.M.C*, vol. 1-2, 1996, pp. 14-21.
- HESPANHA, A. M., *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*, Coimbra, (Almedina editora), reimpressão 2019, 2012.
- HILGEMAN, W., KINDER, H., *Atlas Historique : De l'apparition de l'homme sur la terre à l'ère atomique*, Paris, (Librairie Académique Perrin), 3.^a ed., tradução Raymond Albeck, 1992.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, «Travaux préliminaires a la session de La Haye 1874-1875; Quatrième Commission – Conférences de Bruxelles Règlementation des lois et coutumes de la guerre», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1876, pp. 438-529.
- KISSINGER, H., *World Order*, New York, (Penguin Books), 2015.
- KOLB, R., «The 1868 St Petersburg Declaration on Explosive Projectiles: A Reappraisal», *Journal of the History of International Law*, Vol. 20, 2018, pp. 515-543.
- KOLB, R., «The Protection of the Individual in Times of War and Peace», em *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, (Oxford University Press), 2012, pp. 1-14.
- LAPRADELLE, A. G., «La Conférence de la Paix», *Revue Générale de Droit International Public*, 1899, pp. 651-846.
- LAUTERPACHT, H., «Règles générales du droit de la paix», *Recueil de Cours*, vol. 62, 1937, pp.99-422.
- LYNCH, C., «Peace Movements, Civil Society, and the Development of International Law», em *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, (Oxford University Press), 2012, pp. 1-16.
- MACHADO, J. E. M., *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 4.^a ed., Coimbra, (Coimbra editora), 2013.
- MÄLKSOO, L. «Friedrich Fromhold Von Martens (Fyodor Fyodorovich Martens) (1845-1909)» em *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, (Oxford University Press), 2012, pp. 1-4.
- MÄLKSOO, L., «F.F. Martens and His Time: When Russia Was an Integral Part of the European Tradition of International Law», *European Journal of International Law*, vol. 25, núm. 3, 2014, pp. 811-829.

- MARTENS, F. de., *Tratado de Derecho Internacional Apêndice: La Paz y la Guerra - La Conferencia de Bruselas - Derechos y deberes de los beligerantes, La Conferencia de La Haya*, Madrid, (La España Moderna), tradutor anónimo, 1895.
- MARTENS, F., «La Russie et l'Angleterre dans l'Asie Centrale : Réplique a M. Westlaque», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1880, pp. 47-59.
- MARTENS, F., «La Russie et L'Angleterre dans l'Asie Centrale», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1879, pp. 227-301.
- MARTENS, F., «Le conflit entre la Russie et la Chine», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1880, pp. 582-620.
- MARTENS, F., «Le Conflit entre la Russie et la Chine», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1880, pp. 513-545.
- MARTENS, F., «Le Manuel des Lois de la Guerre: Lettre de S.A.I. le Duc Nicolas de Leuchtenberg et de M. de Martens», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1881, pp. 309-312.
- MARTENS, F., «Russie», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1889, pp. 91-103.
- MOLTKE, «Les Lois de la Guerre sur Terre», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1881, pp. 79-82.
- NABULSI, K., *Traditions of War: Occupation, Resistance, and the Law*, Oxford (Oxford University Press), 1999.
- NYS, E., «Francis Lieber - His Life and His Work: Part I », *American Journal of International Law*, vol. 5, núm. 1, 1911, pp. 84-117.
- NYS, E., «Francis Lieber - His Life and His Work: Part II», *American Journal of International Law*, vol. 5, núm. 2, 1911, pp. 355-393.
- OPPENHEIM, L., *International Law: A Treatise: War and Neutrality*, London, (Longmans, Green, and Co.), 1906.
- PEREIRA, M. d. A. d. V., *Noções fundamentais de direito humanitário*, Coimbra, (Coimbra editora), 2014.
- PETER, S., «Bertha Von Suttner (1843-1914)», em *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, (Oxford University Press), 2012, pp. 1-4.
- PICTET, J.S., *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Geneva, (Martinus Nijhoff Publishers), 1985.
- PILLET, A., FAUCHILLE, P., «La question du désarmement et la note du Tsar Nicolas II», *Revue Générale de Droit International Public*, 1898, pp. 687-743.
- PREUX, J., «Comentário ao artigo 35», em *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, (Martinus Nijhoff Publishers, International Committee of the Red Cross), 1987, pp. 389-420.
- PUSTOGAROV, V., «Fyodor Fyodorovich Martens (1845-1909) - a humanist of modern times», *International Review of the Red Cross*, núm. 312, 1996, pp. 1-5.
- PUSTOGAROV, V., *Our Martens: FF. Martens International Lawyer and Architect of Peace*, Hague, (Simmond & Hill Publishing Ltd. e Kluwer Law International), tradução W.E. Butler, 2000.

- RANITO, J. J., *Regulating US Private Security Contractors*, Switzerland, (Palgrave Macmillan), 2019.
- ROOT, E., «Francis Lieber», *American Journal of International Law*, vol. 7, núm. 3, 1913, pp. 453-469.
- ROUSSEAU, J.J., *Du contrat social ou principes du droit politique*, s/local, (Mozambique), 2001.
- SCHÄFER, R., «The 150th Anniversary of the St Petersburg Declaration: Introductory Reflections on a Janus-Faced Document», *Journal of the History of International Law*, vol. 20, 2018, cit., p. 501-514.
- SCHINDLER, D., TOMAN J., *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Leiden / Boston, (Martinus Nijhoff), 2004.
- SCKELL, S. N., «Le Droit International Humanitaire: La controverse construction historique d'une morale universelle», *Janus Net e-journal of International Relations*, vol. 3, núm. 1, 2012, pp. 79-96.
- SCOTT, J.B., *The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899*, New York, (Oxford University Press), 1920.
- SILVA, C. N. d., «Como contar a história dos Direitos Humanos na Europa: Algumas questões metodológicas», em *Direitos fundamentais e soberania na Europa: História e atualidade*, Lisboa, (Biblioteca Colloquia; Ifilnova FCSH/NOVA), 2014, pp. 27-65.
- SPIEKER, H., «Der Lieber Code», *Humanitäres Völkerrecht*, vol. 2, 1989, pp. 25-28.
- TEUBNER, G., «Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne», em *Liber Amicorum Josef Esser*, Müller, (Heidelberg), 1995, p. 191-214.
- U.K. MINISTRY OF DEFENCE, *The Manual of Law of Armed Conflict*, Oxford, (Oxford University Press), 2004.
- VATTEL, E. de, *O direito das gentes*, Brasília, (Instituto de pesquisa de relações internacionais, Universidade Brasília editora), tradução Vicente Marotta Rangel, 2004.
- VÖNECKY, S., «Francis Lieber (1798-1872)», em *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, (Oxford University Press), 2012, pp.1-4.
- LAPRADELLE, A. G., «La Conférence de la Paix», *Revue Générale de Droit International Public*, 1899, pp. 651-846.

A INFLUÊNCIA INTERNACIONAL NA ELABORAÇÃO DAS LEIS DE CAÇA EM MOÇAMBIQUE COLONIAL

Marcos Dias Coelho¹

RESUMO: A proposta deste artigo é fazer uma reflexão sobre o aspecto internacional que orientou o processo de regulamentação legal da atividade cinegética em Moçambique entre 1903 e 1932. Será evidenciado que as leis de caça elaboradas em Moçambique e impostas às populações africanas espelham-se na legislação internacional colonialista. A Comissão de Caça de Lourenço Marques, entidade estatal colonial, criada para elaborar a legislação sobre a caça em Moçambique, recebeu do Ministério dos Negócios da Marinha e Ultramar cópias de diversos regulamentos implantados em outras colônias. Além disso, Portugal havia participado, em 1900, de uma convenção realizada em Londres que estabeleceu os princípios norteadores no controle da vida selvagens pelas potências colonizadoras para os territórios africanos controlados pelas mesmas. Este fenômeno corrobora a dimensão inovadora e particular do empreendimento colonial, pelo qual os atores geopolíticos situados no continente europeu ditavam regras legais para o exercício da caça no continente africano.

PALAVRAS-CHAVE: Leis de Caça, Colonialismo, Moçambique

ABSTRACT: This article propose is to reflect on the international aspect that guides the legal regulation of hunting in Mozambique between 1903 and 1932. It will be shown how hunting laws elaborated in Mozambique and imposed on African populations reflected a similar international colonialist legislation. The Game Commission of Lourenço Marques, a colonial state entity created to draft hunting legislation in Mozambique, received copies of several regulations from other colonies from the Ministry of Navy and Overseas Affairs. In addition, Portugal had participated, in 1900, in a convention held in London that established to guiding principles in the control of wildlife by the colonizing powers for the African territories controlled by them. This phenomenon corroborates the innovative and particular dimension of the colonial enterprise, by which geopolitical actors located on the European continent dictated legal rules for the exercise of hunting on the African continent.

KEY-WORDS: Hunting Law, Colonialism, Mozambique

1 Professor Adjunto de História da África e da Ásia da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira – UNILAB. Doutor em História Social da África. Este artigo foi adaptado de um sub-capítulo da tese COELHO, Marcos Dias. *Maphisa & Sportsmen: a caça e os caçadores no sul de Moçambique sob o domínio do colonialismo – 1895-1930*. Tese de Doutorado. Campinas (Universidade Estadual de Campinas), 2015. Financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

A segunda metade do século XIX foi marcada, no sul da África, pelo aumento da migração ocidental para regiões anteriormente desconhecidas pelos ocidentais, como o Transvaal, onde no último quartel do mesmo século, foram descobertas jazidas de ouro. É possível que esta região tenha sido uma das mais ricas do mundo em abundância de caça. Contudo, tal como os minerais, a caça era explorada exaustivamente até o esgotamento, uma vez que era vista como recurso inexaurível bem como suprimento vital para a expansão europeia. Ademais, as caçadas realizadas propagaram, por meio de uma literatura de aventuras, o mito da abundância da fauna do sul da África e apresentava novos dados da fronteira colonial que estimulou outras incursões cinegéticas a esta região do continente. Na África central, a exploração dos recursos animais adotou as mesmas características que o sul da África, com a particularidade que as excursões venatórias na região se intensificaram a partir do último quartel do século XIX, devido ao esgotamento dos recursos animais no sul do continente.² No final do século XIX, a diminuição da quantidade dos rebanhos de grandes mamíferos e mesmo extinção de algumas espécies de animais selvagens africanos era alarmante. Este artigo pretende demonstrar como esse fenômeno foi um dos fios condutores que motivou a mobilização de um certo grupo de caçadores europeus estabelecidos nas colônias africanas a promover a implementação de leis internacionais para as práticas da caça.

Os *sportsmen* eram caçadores brancos e ricos. Contudo, é preciso entender como ávidos caçadores se transformaram em “açougueiro penitentes”. Ou seja, antigos e renomados caçadores que começaram a deplorar o declínio da vida selvagem, uma vez que na opinião deles os grandes animais selvagens constituía “uma preciosa herança do império” britânico.³ Tal fenômeno decorreu do fato de que alguns caçadores começaram a ver com grande alarme o declínio da caça e, por conseguinte, a diminuição da oportunidade de caçar como prazer social exclusivo. Daí que para coibir o extermínio das espécies mais cobiçadas, algumas medidas de proteção foram trazidas da metrópole e aplicadas com rigor, transformando costumes locais prévios em transgressão legal.⁴

2 MACKENZIE. John M. *The empire of Nature: hunting, conservation and British Imperialism*. Manchester/New York (Manchester University Press), 1988 p. 116-7; 121-4.

3 CARRUTHERS, Jane. *The Kruger National Park: a social and political history*. Pietermaritzburg (University of Natal Press), 1995, pp. 29.

4 BEINART. William. «Empire, hunting and ecological change in Southern and Central Africa», *Past & Present*, nº 128, 1990, p. 163-4; 175-6.

Esses *sportsmen*, via de regra, ocupavam altos cargos nas possessões coloniais na África. Entre os amantes e defensores da fauna bravia figuravam personalidades de destaque da administração colonial como Hermann von Wissmann que ocupou os cargos de comissário imperial e primeiro governador da África Oriental Alemã.⁵ Frederick Lugard, um dos mais importantes arquitetos do colonialismo britânico, foi outro proeminente caçador de elefantes.⁶ Em Moçambique, Freire de Andrade, último governador do período monárquico português, era creditado, do mesmo modo, como grande caçador.⁷ Entre os *sportsmen*, havia um debate sobre se as razões da destruição da fauna bravia africana eram decorrentes da ação dos colonos europeus ou das práticas dos caçadores africanos, recaindo a responsabilização bem mais para os últimos.⁸ Os *sportsmen* é que não tinham nenhuma responsabilidade sobre esse fenômeno, pelo menos não em suas próprias acepções.

As concepções sobre o protecionismo ambiental, ou seja, ideias sobre como proteger a fauna e a flora selvagens e seus habitats naturais da deprecação humana, estavam disseminadas entre as principais nações ocidentais nos primeiros anos do século XX. Havia um debate acerca de qual modelo protecionista implantar. De um lado, os preservacionistas advogavam a implementação de ecossistemas intocados, onde a ação humana não pudesse interferir no desenvolvimento e continuidade dos ecossistemas. Por sua vez,

5 CORREA, Silvio. «Caça e preservação da vida selvagem na África colonial», *Revista Esboços*, v. 18, n. 25, 2011, pp.167; STEINHART, Edward I. *Black poachers, white hunters: a social history of hunting in Colonial Kenya*. Oxford – Nairobi – Athens (James Currey, EAEP, Ohio University Press), 2006, pp. 91-9.

6 CIOC. Mark. «Hunting, Agriculture, and the Quest for International Wildlife Conservation during the Early Twentieth Century». Comunicação apresentada no Agrarian Studies Program, em 2008. Disponível em: <<http://www.yale.edu/agrarianstudies/colloppapers/04cioc.pdf>>, [Consultado em 20.02.2015].

7 DIREITO, Bárbara. «Caçados e caçadores nas fotografias do arquivo da Companhia de Moçambique». In: VICENTE, Felipa L. (org). *O império da visão: fotografia no contexto colonial português (1860-1960)*. Lisboa (Edições 70), pp. 141.

8 MACKENZIE, John. *The empire of Nature: hunting, conservation and British Imperialism*, cit., pp. 206. Importante ressaltar que os *sportsmen* não pensavam em si como colonos. Colonos eram, em sua concepção, aquelas pessoas que vinham das metrópoles europeias com a intenção de “tentar a sorte” na colônia africana. Estas pessoas recebiam incentivos para se mudar para os territórios coloniais e desenvolver atividades econômicas para a colonização. Para o caso de Angola e Moçambique ver CASTELO, Cláudia. *Passagens para a África: o povoamento de Angola e Moçambique com naturais da metrópole (1920-1974)*. Lisboa (Edições Afrontamentos), 2007.

havia os conservacionistas que defendiam a inserção de medidas políticas que permitissem o uso dos recursos cinegético de forma controlada para que pudesse haver recuperação. O antagonismo entre estas ideias variava conforme o interesse ambiental em cada continente.⁹

O debate estava muito mais politizado nos EUA, devido a uma aberta disputa entre estes campos. Entretanto, neste país, o modelo conservacionista foi adotado como plataforma política nacional pelo presidente Theodore Roosevelt, um dos mais destacado *sportsmen* de sua época, que abateu 512 espécimes de grandes animais em sua expedição de 1909 ao Quênia. O debate era mais ameno entre as nações colonialistas europeias e ganhou mais corpo na Conferência sobre a proteção da vida selvagem, ocorrida em Londres, no ano de 1900.¹⁰ O fato é que, independentemente das razões da depredação da fauna ou do tipo de modelo protecionista, o então governador da África Oriental Alemã, Hermann von Wissmann, propôs que fosse realizada uma conferência entre as potências coloniais para discutir o problema. A ideia foi amplamente promovida pelos britânicos que ao fim lograram que a reunião ocorresse em Londres.¹¹

Todas potências europeias com possessões coloniais na África compareceram à conferência. Contudo, sua realização foi responsabilidade direta de britânicos e alemães, cuja aplicação dos princípios, através da legislação de caça, foi mais recorrentes nas regiões sobre o controle destas duas potências coloniais.¹² Nesta reunião internacional, as potências coloniais decidiram, de forma orquestrada, os caminhos do protecionismo à vida selvagem no continente africano. A *Convenção para a Proteção dos Animais Selvagens, Pássaros e Peixes na África*, assinada em 19 de maio de 1900, foi o documento resultante da conferência, na qual foram definidos os princípios ordenadores da proteção à vida selvagem no continente africano. Contudo, para Mark Cioc, essa convenção era na verdade um tratado sobre a caça. Em vez de regulamento de proteção à vida animal, refletia o

9 CARRUTHERS, Jane. *The Kruger National Park: a social and political history*, cit., pp. 29.

10 CARRUTHERS, Jane. *The Kruger National Park: a social and political history*, cit., pp. 29-30. Sobre o volume de animais mortos por Roosevelt ver MACKENZIE, *The empire of Nature: hunting, conservation and British Imperialism*, cit., pp. 162.

11 MACKENZIE, John. *The empire of Nature: hunting, conservation and British Imperialism*, cit., pp. 206-7.

12 MACKENZIE, John. *The empire of Nature: hunting, conservation and British Imperialism*, cit., pp. 207-8.

funcionamento da mentalidade de caça dos *sportsmen* do referido período.¹³

Jane Carruthers afirma que as disposições estabelecidas na convenção de Londres foram “letra morta” para a África do Sul. Segundo ela, em virtude da complexidade do cenário colonial sul-africano está permeada pelos interesses econômicos dos colonos brancos e pela rivalidade entre as potências coloniais, as disposições da referida convenção não foram aplicadas na África do Sul.¹⁴ Na verdade, veremos ao final deste trabalho, que as disposições legais não foram implementadas na África do Sul porque esta região colonial encontrava-se fora da região geográfica a qual as disposições da Convenção de Londres abrangiam.

Para John Mackenzie, embora muitos dos participantes não tenham ratificado o acordo, a Inglaterra e a Alemanha trabalharam assiduamente para pôr os princípios da Convenção de Londres como ordenadora das leis de caça de suas colônias. Além disso, os britânicos incitaram algumas metrópoles a promulgarem leis em acordo com a convenção.¹⁵ Os portugueses em Moçambique, por exemplo, estabeleceram tais princípios nos regulamentos de caça tanto no território diretamente controlado por Lisboa quanto persuadiram as companhias concessionárias que atuavam no território moçambicano a fazer o mesmo nas possessões que administravam. Dessa forma, as disposições da convenção de Londres foram estendidas para regiões em Moçambique além das estabelecidas pelo capítulo 1 da Convenção de Londres, como logo veremos.¹⁶

Limitado nas fronteiras sul e oeste por colônias inglesas bem como por uma colônia alemã ao norte, a regulamentação sobre o exercício da caça em Moçambique seria fortemente influenciada pelos princípios da Convenção de Londres de 1900. As orientações da convenção já estavam referidas em um abaixo-assinado de 97 *sportsmen* de Moçambique, que se organizaram para

13 CIOC. Mark. «Hunting, Agriculture, and the Quest for International Wildlife Conservation during the Early Twentieth Century», ob. cit.

14 CARRUTHERS, Jane. *The Kruger National Park: a social and political history*, cit., pp. 29-30.

15 MACKENZIE, John. *The empire of Nature: hunting, conservation and British Imperialism*, cit., pp. 208.

16 COELHO, Marcos Dias. «O Regulamento de Caça de Lourenço Marques de 1910: um instrumento de domínio colonial». *Revista de Ciências Humanas*, Vol 14, nº 2 2014, 373-391.

solicitar a regulamentação da caça.¹⁷ Além disso, parte do território moçambicano passava a compor a região que havia sido, internacionalmente, delimitada para proteção da fauna africana. O artigo 1º da referida convenção determinava que:

A zona em que se hão de aplicar as disposições formuladas pela presente convenção é delimitada nos termos seguintes: ao norte, pelo 20º grau de latitude norte; a oeste pelo Oceano Atlântico; a leste, pelo mar Vermelho e pelo Oceano Índico; ao sul, por uma linha que segue a fronteira setentrional das possessões alemãs do sudoeste da África, desde a sua extremidade ocidental até o ponto onde se encontra o Zambeze e que, a partir d'esse encontro, corre ao longo da margem direita deste rio até o Oceano Índico.¹⁸

Essa delimitação incluía a região norte da colônia de Moçambique – território compreendido entre a fronteira sul da África Oriental Alemã, hoje Tanzânia, e a margem norte do rio Zambeze – que se tornava parte do território sob os desígnios das disposições da Convenção de Londres. Diante disso, era

17 *Abaixo assinado solicitando a regulamentação de caça. 10.02.1903.* Arquivo Histórico de Moçambique (AHM), Direcção dos Serviços da Administração Civil (DSAC), Secção A. Administração, cota: 368, maço: Proteção dos animais 1904-1907. Informo ao leitor que optei por nomear os documentos analisados. Ou seja, pus títulos, principalmente, nas correspondências, officio e memorando não nomeados, de acordo com o assunto que o documento discorresse. Com esta opção, tentei informar melhor aos leitores sobre qual assunto o documento versa. Explico. Em função da organização própria do Arquivo Histórico de Moçambique, alguns maços continham mais de 100 documentos. Para diferenciar os documentos de uma mesma caixa, alguns com a mesma data, achei mais apropriado nomeá-los para que o leitor possa perceber tratar-se de fontes de informações diferentes.

18 *Cópia traduzida dos artigos 1º e 2º da Convenção para a Preservação dos Animais Selvagens, Pássaros e Peixes na África. s/d.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 368, maço: Proteção dos animais 1904-1907. O texto original da “*Convention For The Preservation Of Wild Animals, Birds, And Fish In Africa*” rezava o seguinte: “The zone within which the provisions of the present Convention shall apply is bounded as follows: On the north by the 20th parallel of north latitude, on the west by the Atlantic Ocean, on the east by the Red Sea and by the Indian Ocean, on the south by a line following the northern boundary of the German possessions in South-Western Africa, from its western extremity to its junction with the River Zambesi, and thence running along the right bank of that river as far as the Indian Ocean”. Há uma lista de tratados internacionais sobre meio ambiente, entre os quais a Convenção de Londres de 1900, dispostos por assunto e data e organizada por MITCHELL, Ronald B., através do International Environmental Agreements Database Project (Version 2014.3). Disponível em: <<http://iea.uoregon.edu/>>. [Consultado em 15 de dezembro de 2014].

exigido de Portugal a apresentação de um regulamento de caça que garantisse, segundo as determinações da convenção, a proteção dos animais selvagens neste território sob sua responsabilidade.¹⁹ Contudo, na região norte de Moçambique, apenas os distritos da Zambézia, Tete e Moçambique encontravam-se sob o domínio direto de Lisboa. Com a agravante que, no Tete e Zambézia, havia uma companhia concessionária – a Companhia da Zambézia. Por isso, antes de dar prosseguimento ao estudo da influência internacional na regulamentação da caça, vale analisar o processo de implantação das disposições do Regulamento de Caça de Lourenço Marques na referida região.

Vejam os primeiro o distrito de Moçambique. Aqui houve pouca controvérsia. Quase um ano depois de ter sido enviado uma circular pelo governo geral requisitando informações sobre as adaptações do regulamento de caça de 1903, o governador do distrito de Moçambique respondia, em 22 de agosto de 1904, afirmando que não julgava que o mesmo fosse aplicável ao distrito sob a sua direção “nem mesmo convenientemente modificado”. Parecia-lhe melhor “restringir do que ampliar concessões” de caça com o risco de trazer mais inconvenientes que benefícios para a administração colonial. Informava que haveria casos nos quais o governo pudesse ou devesse conceder licenças para caçar, mas esta seria uma decisão a ser resolvida na ocasião e por decisão do governador “sem que para isso” fosse “necessário um regulamento”. Concluía declarando que esta era a sua opinião e caso o governador geral discordasse desta sua apreciação, estudaria a questão e proporia um parecer para adaptação do regulamento.²⁰

Não encontrei a resposta do governador geral, mas localizei outro documento sem data no qual o governador do distrito propunha a supressão de dois e a modificação de mais 17 artigos do regulamento de caça.²¹ No geral, as modificações propostas foram apenas técnicas. O governador desse distrito sugeria a substituição da nomenclatura das autoridades administrativas e a definição territorial usadas no sul pelas usadas no norte, o que no meu

19 Esta obrigação está disposta no artigo terceiro da *Convention For The Preservation Of Wild Animals, Birds, And Fish In Africa*. Disponível em: <<http://iea.uoregon.edu/>>. [Consultado em 15 de dezembro de 2014].

20 *Resposta sobre as alterações ao regulamento de caça de Lourenço Marques do governador do distrito de Moçambique. 22.08.1904*. AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 80, maço: Regulamento de caça 1903-1906.

21 *Proposta de alterações ao regulamento de caça de Lourenço Marques do governador do distrito de Moçambique. s/d*. AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 80, maço: Regulamento de caça 1903-1906.

entendimento não modificou muito os princípios do regimento. Sinal de que a adaptação foi uma exigência do governador geral. Que por sua vez indica também haver pressão do Ministério do Ultramar.

O debate sobre a adaptação do regulamento da caça de 1903 nos distritos do Tete e da Zambézia estava atravessado pelos interesses da Companhia da Zambézia. Entre 1878 e 1903 esta companhia havia recebido a concessão de exploração sobre um vasto território. Esse território estava fracionado em variadas subdivisões denominadas *prazos da coroa*. Os *prazos da coroa* podiam circunscrever terras na extensão de até 100.000 hectares, com o direito de exploração sobre os recursos minerais, florestais, fluviais e marítimos.²² Contudo, não gozava do estatuto de companhia majestática como as outras duas companhias concessionárias que atuavam no norte e no centro de Moçambique.

Diante desta realidade, o governador do distrito militar do Tete, Alfredo Coelho, encaminhou a cópia para o governo geral de Moçambique “d’uma proposta apresentada pelo subdiretor da Companhia da Zambézia em Tete, com o fim de regular o exercício do direito exclusivo da caça de elefante e em geral da caça grossa”. Dizia ter aprovado provisoriamente a proposta até a resolução do governador geral, mas que estendia aos territórios que constituíam o distrito do Tete o exercício daquele regulamento.²³ Na proposta, o subdiretor da Companhia da Zambézia, A. de Portugal Durão, alegava que o direito do exclusivo sobre a caça do elefante fora concedido pelo “art.º 3º do Decreto de 19 de abril de 1894 e Decretos de 25 de dezembro de 1878 e 28 de abril de 1892”. Durão declarava também os termos pelos quais cederia e transferiria os direitos da companhia. Na primeira alteração, propunha a obrigatoriedade da licença do porte de armas para aquisição da licença de caça. Ou seja, caso a licença de porte de armas expirasse a licença de caça seria cassada. Determinava ainda a alteração para os valores de concessão da licença de caça com e sem direito de abate de elefantes e rinocerontes. Eximia-se dos custos burocráticos, como selos e emolumentos, onerando os caçadores com estes custos e prometia definir posteriormente uma área para coutada do Estado.²⁴

22 COELHO, João P.. «Tete 1900-1926: o estabelecimento de uma reserva de mão-de-obra», *Revista Arquivo*, Volume Especial, nº 10, 1991, pp. 103-4.

23 *Nota de encaminhamento da proposta de alterações ao regulamento de caça de Lourenço Marques* do subdiretor da Companhia da Zambézia. 01.05.1903. AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 80, maço: Regulamento de caça 1903-1906.

24 *Cópia da proposta de alterações ao regulamento de caça de Lourenço Marques do subdiretor da Companhia da Zambézia*. 22.04.1903. AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 80, maço: Regulamento de caça 1903-1906.

As propostas foram avaliadas por Diogo Chrispiniano da Costa, procurador da Coroa e Fazenda. Seu parecer declarava não haver disposição nenhuma contrária à lei, mas ressaltava “que o art.º 3º do Decreto de 19 de abril de 1894 não designa[va] os territórios nos quais a aludida Companhia pode[ria] exercer o direito exclusivo da caça do elefante e em geral da caça grossa”.²⁵ E concluía indicando “a conveniência de se promulgarem providencias tendentes a evitar a completa extinção do elefante em toda a região da Zambézia” como descrito “pelas palavras do conhecido explorador e grande caçador Edouard Foá”. Na nota de encaminhamento do parecer, havia uma instrução manuscrita indicando que a definição sobre as licenças no Tete deveria esperar também o parecer do ministro dos negócios da marinha e ultramar.²⁶ Nota-se que a referência a Edouard Foà, um explorador francês que escreveu alguns relatos sobre suas caçadas e explorações no continente africano, também evidencia um ethos internacional dos *sportsmen*.²⁷

O governo do distrito da Zambézia igualmente propôs alterações sobre as leis de caça, declarando que o “projeto do regulamento de caça para o distrito de Lourenço Marques, adapta[va]-se, pela sua boa elaboração, às necessidades que havia no distrito da Zambézia de regulamentar” a caça. Os pequenos ajustes sugeriam vincular a autorização para a compra de pólvora à licença de caça, restringir a emissão de licenças apenas aos dois centros administrativos mais importantes do distrito – Chinde e Quelimane –, excluir os hipopótamos da lista de animais protegidos e proteger as fêmeas de elefantes.²⁸

Contudo, parece que antes de recomendar suas alterações, o governador encaminhara uma proposta de regulamentação da Companhia da Zambézia, na qual certamente a companhia solicitava dispensa de licença de caça para

25 *Parecer sobre a proposta de alterações ao regulamento de caça de Lourenço Marques do subdiretor da Companhia da Zambézia. 17.08.1903. AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 80, maço: Regulamento de caça 1903-1906.*

26 *Parecer sobre a proposta de alterações ao regulamento de caça de Lourenço Marques do subdiretor da Companhia da Zambézia. 17.08.1903. AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 80, maço: Regulamento de caça 1903-1906. L*

27 O livro indicado por Costa é *Chasses aux Grands Fauves dans l’Afrique Centrale*, cuja primeira edição é de 1900. O conhecimento sobre esse livro é mais uma indicação de que Diogo da Costa era um *sportsmen* ilustrado, pois estes estavam habituados com, e informados pela, leitura desse tipo de literatura.

28 *Parecer sobre a proposta de alterações ao regulamento de caça de Lourenço Marques do subdiretor da Companhia da Zambézia. 10.12.1903. AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 80, maço: Regulamento de caça 1903-1906.*

o exercício do seu direito exclusivo. Isto porque dez dias depois de ter enviado parecer sobre o documento remetido pelo governador do Tete, Diogo Chrispiniano da Costa emitia outro parecer para o governador da Zambézia reiterando o que havia declarado dez dias antes. Afirmava estranhar a petição da companhia, pois a mesma propunha a obrigatoriedade da licença de caça para o exercício a atividade cinegética no Tete, a qual havia sido submetida e aprovada pelo governador daquele distrito militar. Contudo, se contradizia, “sustentando agora que é dispensada tal licença” para o distrito da Zambézia. Costa não questionava o direito ao exclusivo da caça auferido pela Companhia da Zambézia, contudo ressaltava que “o exercício de tal direito está[va] dependendo da publicação do respectivo regulamento, devidamente aprovado pelo governo” e que ser dispensada “de tirar licenças para os seus caçadores como ela pretende, é que não (...) pode[ria] sustentar-se (...), pois que a aludida Companhia não passa[va] de uma mera arrendatária de prazos, sem direitos majestáticos”.²⁹ Finalmente, em 28 de setembro de 1904, o governador da Zambézia encaminhou um projeto de regulamento de caça da Companhia da Zambézia, com alterações muito semelhantes à proposta remetida pelo governador do Tete.³⁰

A Companhia da Zambézia era apenas especulativa e não possuía condições de desenvolver o imenso território sob seu controle, o qual abrangia quase todos os prazos dos distritos do Tete e da Zambézia. Como solução para sua incapacidade, a companhia sublocava os prazos a terceiros e estes adquiriam autoridade para cobrar impostos – *mussoco* – da população, assim como outros direitos de exploração que a companhia concedesse.³¹ Talvez por conta desta sublocação de direitos nos *prazos*, o governo geral tenha temido perder os ganhos sobre a caça do elefante.

Para pôr fim a esta querela, o governador geral enviou uma circular aos governadores do Tete e da Zambézia, com cópia para a Secretaria de Estado do Negócios da Marinha e Ultramar. Nesta correspondência, o governo geral esclarecia que, embora a Companhia da Zambézia tivesse recebido a conces-

29 *Parecer sobre a proposta de alterações do regulamento de caça do subdiretor da Companhia da Zambézia encaminhada pelo governo da Zambézia. 27.08.1903.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 80, maço: Regulamento de caça 1903-1906.

30 *Cópia da proposta de alterações do regulamento de caça da Companhia da Zambézia encaminhada pelo governo da Zambézia. 28.09.1904.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 80, maço: Regulamento de caça 1903-1906.

31 COELHO, João P. «Tete 1900-1926: o estabelecimento de uma reserva de mão-de-obra», cit., pp. 104-8.

são dos direitos de exploração, para transmitir por completo “um qualquer dos direitos a que se refere o artigo 1º a quaisquer particulares, sociedades ou companhias”, esta transferência deveria “ser previamente submetida à aprovação do Governo”. Afirmava que de acordo com esse princípio: a) só a referida companhia poderia caçar; b) para transmitir seu direito de caçar precisaria da aprovação do governo; c) que nenhuma disposição dispensava a companhia de cumprir as prescrições legais e regulamentares promulgadas sobre o exercício da caça e que isso incluía aqueles a quem fossem transmitidos os seus direitos.³² O governador geral sintetizava suas determinações desta forma:

Portanto quando a Companhia da Zambézia quiser usar do seu direito precisa de cumprir as disposições regulamentares em vigor, pagando as respectivas taxas regulamentares ao Governo. E além d’isso os indivíduos particulares que queiram caçar nos territórios da concessão deverão pedir a respectiva permissão à Companhia da Zambézia que lh’a dará ou não e dando-a o fará com as condições que entender; e obtida essa permissão ir[á] pedir ao Governo que aprove e lhe dê a licença de caça, conforme as prescrições regulamentares.³³

Parece patente que os atores coloniais em Moçambique estavam envolvidos em uma disputa para estabelecer quem iria auferir os lucros sobre a atividade cinegética. Contudo, é curioso que mesmo diante desta disputa, alguns princípios não estavam sendo questionados pelos atores em disputa.

Voltando ao processo desencadeado pela Conferência de Londres, em 30 de maio de 1904, a Secretaria de Estado do Negócios da Marinha e Ultramar, em Lisboa, solicitava ao governo geral de Moçambique que fosse enviado

o projeto de um regulamento destinado a prover a conservação de várias espécies de animais apreciáveis pela sua utilidade ou pela sua raridade, vivendo no estado selvagem na região dessa província compreendida na zona designada no art.º 1º da Convenção de Londres de 19 de maio de 1900.³⁴

32 *Parecer do governo geral sobre direitos da caça grossa e ao elefante nos distritos do Tete e da Zambézia. 09.11.1904.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 80, maço: Regulamento de caça 1903-1906.

33 *Parecer do governo geral sobre direitos da caça grossa e ao elefante nos distritos do Tete e da Zambézia. 09.11.1904.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 80, maço: Regulamento de caça 1903-1906.

34 *Solicitação do ministério dos negócios da marinha e ultramar de um regulamento para proteção dos animais no Vale do Zambeze. 30.05.1904.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 368, maço: Proteção dos animais 1904-1907.

Segundo essa correspondência, o regulamento deveria cumprir as disposições do artigo 2º da referida convenção, assim como se inspirar nas diferentes disposições legais sobre caça promulgadas nas colônias britânicas da África, cuja as cópias haviam sido previamente remetidas ao governo da colônia pela referida secretaria de estado entre 1901 e 1904. De fato, em 24 de maio de 1901, a Secretaria da Marinha e Ultramar havia remetido três documentos: a cópia de um edital – datado de 01 de janeiro de 1901 – que tornava obrigatório o porte de licença de caça para os nativos do distrito de Kassala, no Sudão; o Regulamento de Caça de 1897 do Protetorado da África Oriental (posteriormente a colônia do Quênia); O Regulamento de Caça de Uganda de 15 de novembro de 1900.³⁵ Novamente, após alegar pressão britânica para cumprimento das disposições da Convenção de Londres, a mesma secretaria de Lisboa, reiterando a exigência do envio do regulamento de caça, encaminhou mais três documentos em 26 de setembro de 1902, sendo estes os regulamentos de caça da Costa do Ouro Inglesa, de Ashanti e do Norte da Costa do Ouro.³⁶ Em janeiro de 1903, outro documento encaminhado pela Secretaria da Marinha e Ultramar foi a portaria de 17 de julho de 1902, do Protetorado da África Oriental, que estabelecia novas regras sobre a mudança dos limites de uma reserva de caça criada anteriormente nesse território colonial britânico.³⁷ Igualmente, em 18 de maio de 1904, foi despachada cópia de um decreto promulgado no Protetorado Britânico de Uganda, de 28 de janeiro de 1904, que proibia a caça dos hipopótamos no rio Nilo e litorais dos lagos do protetorado.³⁸ Isso, apenas para citar parte da correspondência envolvendo

35 *Cópia de edital sobre obrigatoriedade de porte de licença de caça no Sudão em 1901. 24.04.1901.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 368, maço: Proteção dos animais 1904-1907; *Cópia do Regulamento de Caça do Protetorado da África Oriental de 1897. 24.04.1901.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 368, maço: Proteção dos animais 1904-1907; *Cópia do Regulamento de Caça de Uganda de 1900. 24.04.1901.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 368, maço: Proteção dos animais 1904-1907.

36 *Circular da secretaria da marinha e ultramar reforçando o pedido do regulamento de proteção aos animais. 12.10.1902.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 368, maço: Proteção dos animais 1904-1907; *Nota de encaminhamento com anexos de três regulamentos da Costa do Ouro. 26.10.1902.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 368, maço: Proteção dos animais 1904-1907.

37 *Nota encaminhando portaria sobre modificação de reserva de caça do Porterado da África Oriental ao governo geral de Moçambique, com a mesma anexa. 30.01.1903.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 368, maço: Proteção dos animais 1904-1907.

38 *Cópia do decreto de proibição de caça do hipopótamo do Protetorado de Uganda.*

o intercâmbio sobre as leis de caça entre Portugal, Inglaterra e suas colônias africanas.

Com exceção do regulamento de caça do Protetorado da África Oriental, datado de 1897, todas as demais leis e regulamentos encaminhados baseavam-se nas disposições legais da Convenção de Londres de 19 de maio de 1900. Os princípios protecionistas presentes nas disposições da convenção indicavam que a partir do acordo, as potências signatárias deveriam: a) elaborar leis de caça nas quais o porte de licença de caça passasse a ser obrigatório; b) estipular um período de defeso; c) estabelecer territórios de reservas de caça; d) proibir o uso de técnicas de caça dos povos locais como fossos, armadilhas e veneno; e) reforçar a proibição do uso de armas de fogo para os povos africanos, conforme o estabelecido na Conferência de Bruxelas; f) estipular o tamanho mínimo para o comércio de presas de marfim a 5 kg; g) estabelecer taxas de exportação para os despojos de animais; h) constituir estratégias para o controle de zoonoses; i) classificar os animais de acordo com cinco seções diferentes, através da qual seria emitido tipos diferentes de licença de caça, protegidos os considerados em perigo de extinção e incentivado o abate de animais considerados nocivos.³⁹

De acordo com Mackenzie, os princípios orientadores da Convenção de Londres possuíam um viés preservacionista e objetivava inviabilizar as práticas de caça dos povos africanos. Lembro ao leitor que os ideais preservacionistas consistiam em criar ecossistemas intocados sem a presença humana. Ou seja, nesses santuários de caça, até as populações locais deveriam ser expulsas. Mas tais santuários necessitariam de fiscais que impedissem a caça clandestina. Não é muito difícil imaginar quem seria recrutado para fiscalizar esses santuários: os *sportsmen*!. Complementando a opinião de Mackenzie com os argumentos de Mark Cioc, no qual a convenção apenas estabelecia regras para caçar, posso concluir que estes princípios visavam apenas assegurar o direito de caça aos *sportsmen*.⁴⁰ Estas orientações só seriam substituídas por concepções conservacionistas que se disseminaram no continente a partir da década de 1920 e se consolidariam depois do *Acordo para a Proteção da*

28.01.1904. AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 368, maço: Proteção dos animais 1904-1907.

39 Estes princípios estão dispostos no artigo segundo da *Convention For The Preservation Of Wild Animals, Birds, And Fish In Africa*. Disponível em: <<http://iea.uoregon.edu/>>. [Consultado em 15 de dezembro de 2014].

40 CIOC. Mark. «Hunting, Agriculture, and the Quest for International Wildlife Conservation during the Early Twentieth Century», ob. cit.

Fauna e da Flora da África, de novembro de 1933.⁴¹ Por sua vez, a ocorrência da Segunda Guerra Mundial só permitiu que estas novas orientações fossem implementadas depois de 1945.⁴²

Até a Convenção de 1900, as leis de caça nas colônias britânicas da África Central e Oriental seguiam os princípios do regulamento do Cabo de 1886, embora nestas regiões a ideia de criação de reservas tenha sido mais rapidamente incorporada que na região meridional.⁴³ A Rodésia do Sul também esteve sob a influência das leis do Cabo até 1899, quando proclamou seu próprio regulamento.⁴⁴ Depois de 1900, os princípios legais da Convenção de Londres passaram a ser amplamente seguidos pelas colônias cujo o território estava delimitado pelo artigo 1º de referida convenção. Já a Rodésia do Sul, cujo o território escapava dos limites determinado por este artigo da convenção, via-se desincumbida de seguir aqueles princípios. É o que se pode depreender da resposta a uma correspondência do governo de Moçambique ao governo daquela colônia. Nela o governo de Moçambique perguntava sobre as medidas adotadas na Rodésia do Sul para cumprir as determinações da Convenção de Londres, o representante daquele governo respondia, afirmando que: “o artigo 6º dessa Convenção refere-se apenas aos territórios e possessões localizadas dentro da zona definida pelo artigo 1º e, conseqüentemente, não se aplica à Rodésia do Sul”.⁴⁵

Ao receber a correspondência de 30 de maio de 1904 sobre o envio do regulamento de caça, o governo geral de Moçambique remeteu uma circular para os distritos de Moçambique, do Tete e da Zambézia, juntamente com as

41 MACKENZIE, John. *The empire of Nature: hunting, conservation and British Imperialism*, cit., pp. 202-6.

42 STEINHART, Edward I. *Black poachers, white hunters: a social history of hunting in Colonial Kenya*, cit., pp. 185-7.

43 MACKENZIE, John. *The empire of Nature: hunting, conservation and British Imperialism*, cit., pp. 208-9.

44 MUTWIRA, Roben. «Southern Rhodesia wildlife policy (1890-1953): a question of condoning game slaughter?», *Journal of Southern African Studies*, vol. 15, nº 2, 1989, pp. 251-2.

45 *Resposta do governo da Rodésia do Sul ao governo de Moçambique sobre as medidas adotadas de proteção a caça em cumprimento à Convenção de Londres. 08.08.1901*. AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 368, maço: Proteção dos animais 1904-1907. Tradução livre do autor deste excerto: “Article VI of this Convention refers only to territories and possessions which lie within the zone defined in Article I and consequently does not apply to Southern Rhodesia”.

cópias das disposições legais sobre caça das colônias inglesas, pedindo que enviassem um projeto de regulamento para a proteção das espécies “animais apreciáveis pela sua utilidade ou pela sua raridade, vivendo no estado selvagem na região da província compreendida na zona designada no artigo I da convenção de Londres de 19 de maio de 1900”. Além disso, salientava que o regulamento deveria “ter em vista as disposições contidas no artigo 2º da citada convenção e ainda, na parte aplicável, as que constam das proclamações feitas com referência ao assunto nas colônias britânicas de África”.⁴⁶ Certamente, essa solicitação acelerou a elaboração do projeto de regulamento de caça para os três distritos em questão e com os quais vinham sendo negociadas a adaptação do Regulamento de Caça de 1903.

Tudo indica que após envio dos projetos do Tete e Zambézia, o governo geral decidiu aplicar naqueles distritos o regulamento elaborado pelo governo do distrito do Tete. A base da minha conclusão está no fato de não ter encontrado entre os documentos publicados, nem em separata e nem no *Boletim Oficial de Moçambique*, qualquer regulamento de caça para os distritos de Moçambique e da Zambézia. Ademais, em tom de lamento, o governador da Zambézia, Ernesto Jardim Vilhena enviara um ofício solicitando que o Regulamento de Caça do Tete não fosse aplicado ao distrito sob sua direção, mas sim um projeto elaborado pela Companhia da Zambézia. Para tanto fez um histórico das correspondências trocadas e depois explicava o porquê de sua preferência da seguinte forma:

Parece-me em não haver inconveniente em aceitar para a Zambézia o regulamento do Tete, mas, visto a Companhia da Zambézia ter já apresentado um projeto mais minucioso e bem elaborado, e especial a este distrito, é esse que na minha opinião, deve ser o preferido, sobretudo porque concilia os interesses da Companhia com os direitos que os arrendatários de prazos gozavam pelo decreto de 1892.⁴⁷

O fato é que os dois projetos de regulamento estavam, cada qual a seu modo, em estreito acordo com os princípios estabelecidos no artigo 2º da Convenção de Londres de 1900. Já no que tange a satisfazer os interesses da

46 *Circular do governo geral para os distritos de Moçambique, Tete e Zambézia solicitando projeto de regulamento de caça. 20.09.1904.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 368, maço: Proteção dos animais 1904-1907.

47 *Solicitação do governo da Zambézia sobre aplicação de regulamento de caça no distrito. 28.04.1905.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 80, maço: Regulamento de caça 1903-1906.

Companhia da Zambézia, o regulamento elaborado para o distrito da Zambézia reservava para aquela companhia, por meio do artigo 24º, “a totalidade das importâncias cobradas por taxa de licença na Intendência do Chinde e residência de Chilomo [território sob o controle da companhia], e um terço nas passadas no Governo do distrito, administração da Maganja da Costa e comando militar Anguros”, ou seja, territórios dominados por Lisboa.⁴⁸ O projeto de regulamento de caça do Tete, por sua vez, estabelecia no artigo 5º, o valor, o período de duração e quem estaria isento das taxas da licença para caçar animais de pequeno e médio porte. Por meio do artigo 6º, estipulava as mesmas regras para a caça grossa, incluindo os elefantes. No que tange aos interesses da Companhia da Zambézia, o artigo 7º determinava que:

As licenças de que trata o art.º 5º são concedidas pelo Governo do Distrito, e as do art.º 6º pela Companhia da Zambézia que as cobrará pagando os emolumentos e selos devidos e fazendo reverter para o fundo de caça de que trata o nº 4º do art.º 39º. 20% das taxas que cobrar.⁴⁹

No projeto do Tete, a Companhia da Zambézia continuava apenas com o direito exclusivo da caça grossa e do elefante, mas deveria remeter 20% do valor cobrado pelas taxas ao governo do distrito, sendo que a emissão de licença da caça pequena e de médio porte ficava sob o controle do governo do distrito do Tete. No projeto de Zambézia, cabia a companhia não apenas a caça grossa e do elefante, mas a totalidade do valor das taxas de emissão de qualquer licença de caça no território sobre seu controle, bem como um terço das licenças emitidas no território do distrito da Zambézia. No primeiro caso, havia mais vantagem para o governo colonial e no segundo mais vantagens para a companhia. Por isso, não parece haver dúvida do porquê da escolha do governo geral.

Ainda assim, a despeito do conflito de interesse existente entre o governo geral de Moçambique e a Companhia da Zambézia, todas as disposições legais, tanto as propostas pelo projeto do distrito da Zambézia quanto as estabelecidas pelo regulamento do Tete, estavam estritamente orientadas pelos princípios da

48 *Projeto de regulamento de Caça para o distrito da Zambézia. 18.02.1905.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 80, maço: Regulamento de caça 1903-1906.

49 *Projeto de regulamento de Caça para o distrito do Tete. s/d.* AHM, DSAC, Secção A. Administração, cota: 80, maço: Regulamento de caça 1903-1906. Este regulamento passou a vigorar no Tete em 22 de maio de 1907. Portaria Provincial nº 333 de 22 de maio de 1907. *Boletim Oficial de Moçambique*, Nº 21, de 25 de maio de 1907.

Convenção de Londres. A influência desses princípios é verificável até mesmo nos regulamentos promulgados pela Companhia de Moçambique e pela Companhia do Nyassa. Em que pese estas duas companhias concessionárias terem soberania para proclamar leis administrativas em seus territórios, os respectivos regulamentos promulgados em 1906, seguiam estritamente as orientações da Convenção de Londres.⁵⁰ Ou seja, a complexidade dos interesses econômicos e políticos divergentes no território moçambicano não inviabilizou a aplicação dos princípios da Convenção de Londres para a elaboração de leis de proteção à caça em Moçambique. Certamente pelo fato das disposições não serem extensivas à região estudada por Jane Carruthers, a África do Sul, é possível que a autora não tenha percebido a influência do acordo na região por ela estudada. A exemplo da Rodésia do Sul, a região do Parque Nacional Kruger estava fora da zona de aplicação dos preceitos da Convenção de Londres.

Para que fosse possível adotar no norte de Moçambique os princípios das disposições do acordo celebrado na Conferência de Londres, circulou na burocracia do governo geral de Moçambique, inúmeras disposições legais sobre a caça, oriundas de diferentes colônias do continente africano. Vale ressaltar que desde o primeiro momento, os *sportsmen* que compunha a alto escalão da burocracia colonial em Moçambique e foram convocados para compor a Comissão de Caça de Lourenço Marques, responsáveis pela elaboração do primeiro regulamento de 1903 estavam informados sobre as decisões tomadas em 19 de maio de 1900 em Londres.⁵¹ Por estar cientes dos acontecimentos ocorridos no norte da colônia e terem sido mais uma vez convocados para reformular a legislação da caça para Moçambique, certamente consideraram todas as informações arquivadas na burocracia da administração colonial.

É possível afirmar que os *sportsmen* conseguiram disseminar internacionalmente ideias acerca da proteção de animais selvagens. Essas ideias foram a base para a criação de um conjunto de leis por meio dos quais os africanos deveriam ser impedidos de caçar. Isso foi possível graças a articulação colonialista entre as potências europeias que influenciavam o controle

50 Decreto de 30 de julho de 1906, aprovando pelo ministro da marinha e ultramar o Regulamento de Caça do território de Manica e Sofala. *Boletim Oficial de Moçambique*, Nº 39, de 29 de setembro de 1906; Decreto de 06 de setembro de 1906, aprovando pelo ministro da marinha e ultramar o Regulamento de Caça da Companhia do Nyassa. *Boletim Oficial de Moçambique*, Nº 44, de 3 de novembro de 1906.

51 Sobre a Comissão de Caça de Lourenço Marques ver COELHO, Marcos Dias. «A Comissão de Caça de Lourenço Marques e seu papel no Estado Colonial em Moçambique», *Africana Studia*, nº 21, 2013, pp. 91-100.

colonial em Moçambique. Ou seja, em Moçambique, este processo sofreu grande influência dos acordos internacionais que envolveu as principais potências coloniais no continente africano, resultou na assinatura em Londres do acordo para a proteção da fauna na África e guiou os caminhos legais que se consolidaram nos regulamentos de caça nesta colônia portuguesa. Além disso, trago informações que questionam a afirmação de Jane Carruthers, segundo a qual, interesses internos de uma colônia seriam capazes de inviabilizar a implementação das orientações internacionais acordadas entre as potências coloniais. Em Moçambique não há dúvida sobre a força da articulação internacional dos *sportsmen*. Fato é que essas leis inauguraram uma nova forma de controlar a caça até aquele momento desconhecida na região e trouxe algumas modificações que afetaram a vida daqueles africanos que viviam do exercício da caça. Mas isso é assunto para outro trabalho.

Referências Bibliográficas:

- BEINART, William. «Empire, hunting and ecological change in Southern and Central Africa», *Past & Present*, nº 128, 1990, p. 162-186.
- CARRUTHERS, Jane. *The Kruger National Park: a social and political history*. Pietermaritzburg (University of Natal Press), 1995.
- CASTELO, Cláudia. *Passagens para a África: o povoamento de Angola e Moçambique com naturais da metrópole (1920-1974)*. Lisboa (Edições Afrontamentos), 2007.
- CIOC, Mark. «Hunting, Agriculture, and the Quest for International Wildlife Conservation during the Early Twentieth Century». Comunicação apresentada no Agrarian Studies Program, em 2008. Disponível em: <<http://www.yale.edu/agrarianstudies/colloquapers/04cioc.pdf>>, [Consultado em 20.02.2015].
- COELHO, João P.. «Tete 1900-1926: o estabelecimento de uma reserva de mão-de-obra», *Revista Arquivo*, Volume Especial, nº 10, 1991, pp. 103-4.
- COELHO, Marcos Dias. «A Comissão de Caça de Lourenço Marques e seu papel no Estado Colonial em Moçambique», *Africana Studia*, nº 21, 2013, pp. 91-100.
- *Maphisa & Sportsmen: a caça e os caçadores no sul de Moçambique sob o domínio do colonialismo – 1895-1930*. Tese de Doutorado. Campinas (Universidade Estadual de Campinas), 2015.
- «O Regulamento de Caça de Lourenço Marques de 1910: um instrumento de domínio colonial». *Revista de Ciências Humanas*, vol. 14, nº 2 2014, 373-391.
- CORREA, Silvio. «Caça e preservação da vida selvagem na África colonial», *Revista Esboços*, v. 18, n. 25, 2011, pp. 164-183.
- DIREITO, Bárbara. «Caçados e caçadores nas fotografias do arquivo da Companhia de Moçambique». In: VICENTE, Filipa L. (org). *O império da visão: fotografia no contexto colonial português (1860-1960)*. Lisboa (Edições 70), 2014.

- MACKENZIE, John M. *The empire of Nature: hunting, conservation and British Imperialism*. Manchester/New York (Manchester University Press), 1988.
- MUTWIRA, Roben. «Southern Rhodesia wildlife policy (1890-1953): a question of condoning game slaughter?», *Journal of Southern African Studies*, vol. 15, n° 2, 1989, pp. 250-262.
- STEINHART, Edward I. *Black poachers, white hunters: a social history of hunting in Colonial Kenya*. Oxford – Nairobi – Athens (James Currey, EAEP, Ohio University Press), 2006.

EL FINAL DE LOS PRETENDIENTES A OFICIOS:

PERFIL JURÍDICO DE UNA FIGURA PARA LA PROVISIÓN
DE EMPLEOS EN SU ÚLTIMA ETAPA (CA. 1805-1852)

Francisco Javier Díaz Majano¹

Resumen: Los pretendientes a oficios constituyen un fenómeno antiguo pero con una especial presencia tras el establecimiento definitivo de la Corte en la villa de Madrid en el siglo XVI. Presente a lo largo de varios siglos en todos los territorios de la Monarquía, tanto para oficios civiles como eclesiásticos, originó una abundante normativa que buscaba, por un lado, solucionar los problemas que ocasionaba la abundancia de estos personajes en el entorno de la Administración y, por otro, aprovechar su existencia como base para la provisión de empleos civiles, eclesiásticos o militares. A lo largo de los siglos XVIII y XIX persistirán los problemas relacionados con los pretendientes, pero la normativa acusa cambios que irán configurando una figura diferente, encuadrada en el contexto de una Administración contemporánea, y que desaparecerá lentamente fundiéndose con la nueva realidad institucional.

Palabras Clave: Pretendientes, Administración, Corte, Edad Contemporánea, Derecho

Abstract: Pretenders to offices are an old phenomenon but with a special presence after the definitive establishment of the Court in the villa of Madrid in the sixteenth century. Present throughout several centuries in all the territories of the Monarchy, both for civil and ecclesiastical offices, originated an abundant normative that sought, on the one hand, to solve the problems caused by the abundance of these characters in the Administration environment, on the other, to take advantage of their existence as a basis for the provision of civil, ecclesiastical or military jobs. Throughout the eighteenth and nineteenth centuries the problems related to the applicants will persist, but the regulation shows signs of changes that will shape a different figure, framed in the context of a contemporary Administration, and that will slowly disappear, merging with the new institutional reality.

Keywords: Pretenders, Administration, Court, Contemporary Age, Law

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES; 1. Los pretendientes como producto de la Corte; 2. Pretendientes y pretensiones; 3. Los pretendientes, víctimas y culpables; II. TRESCIENTOS AÑOS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA; III. EL DILATADO OCASO DE

¹ Doctorando en Derecho, Área de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM).

El presente artículo, en su contenido esencial, es una versión actualizada y ampliada del ya publicado bajo el título de «Los últimos pretendientes: El ocaso de una vía de acceso a la gracia regia civil y eclesiástica», en *Revista de Inquisición, Intolerancia y Derechos Humanos*, núm. 23, Instituto de Historia de la Intolerancia, vol. 25, 2019, pp. 183-221.

LOS PRETENDIENTES; 1. Siglo XVIII: síntomas de cambio; 2. Siglo XIX: una lenta desaparición; IV. CONCLUSIÓN; V. ANEXO: TABLA DE NORMATIVA; VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

Aunque la pretensión de cargos o mercedes es tan antigua como la existencia de éstas, lo que aquí se propone no es sino hacer un breve recorrido que permita esbozar, parcialmente, el dilatado período de existencia de los pretendientes en España como figura vinculada a la Administración, especialmente en su fase final, tras el largo trayecto de sus cerca de tres siglos de presencia en la abundante regulación que afecta a los pretendientes a oficios civiles y eclesiásticos durante los siglos XVIII y XIX. Al final del artículo se incluye una amplia tabla con gran parte de la normativa que se ha podido compilar en relación con los pretendientes.

Ya en la época bajomedieval hay importantes antecedentes que, indirectamente, esbozan rasgos de la regulación futura de los pretendientes que se mantendrán prácticamente hasta su desaparición. Al menos dos de ellos han sido ya advertidos: El primero estaría representado por las *Partidas* de Alfonso X, que en su libro II, título 27 regula diversos aspectos de los galardones militares, habiéndose destacado² la ley 7, sobre el que merecen los que por fuerza entrasen en una villa o castillo, que señala que «si alguno dellos muere en entrando a aquel lugar touieron por derecho que el gualardon que el deuia auer que lo ouiese su muger o sus fijos. E sy no los ouiese que lo ouiesen los parientes mas ppincos que del fincassen», antecedente de la alegación de méritos de los antepasados que sería habitual para los pretendientes modernos. Temprano reflejo tiene también el intento de poner coto a la presencia indeseada de personajes de toda índole en el entorno cortesano, habiéndose señalado³ el *Ordenamiento* de las Cortes de Madrid de 1329, en cuya petición 23 se señala «que por las grandes conpannas que andan conmigo de cada día, por las grandes conpannas que traen aquellos que biuen enla mi casa e vienen ami sse ssiguen muchos males et muchos dannos, e es grant erramiento et creçe grand costa a mi e aellos en manera que sse non pueden conplir, et que ffincan ellos pobres en manera por que non pueden yr ami amio sseruicio

2 MARILUZ URQUIJO, J. M., «Regulación jurídica de los pretenses», *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, V, 1980, p. 149.

3 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 y Fundación Rafael del Pino), 2016, p. 285.

quando es mester commo cunple que non tienen con que [...] quando algunos rrecudieren ami por algunas cosas que an de librar comigo, que yo que las mande librar luego en manera que por mengua de libramiento non pierdan lo que an, nin sse detengan en la mi corte».

Sin embargo, no será sino con la llegada de la compleja burocracia que caracteriza a la Monarquía bihemisférica de la España Moderna cuando la existencia de los pretendientes se haga verdaderamente patente y se generalice, alcanzando dimensiones sin precedentes que harán necesaria una normativa específica para intentar controlar el fenómeno, no exclusivo de los pretendientes, de la afluencia a la Corte.

Como punto de partida, para esta figura característica de toda la Edad Moderna y hasta bien superada ésta, podría articularse una sencilla definición, acorde con la terminología de la época, en torno al principal afán de estos personajes, afirmando así que pretendiente es aquel que busca *conseguir*⁴, sin necesidad, en principio, de más concreción. Pese al insistente esfuerzo normativo por erradicar el problema de su afluencia, éste se halla tan arraigado que alcanza los comienzos del siglo XIX sin haber encontrado una solución: quizás, en parte, porque la propia maquinaria administrativa favorecía la existencia de una amplia base con la que poder cubrir las vacantes, en una u otra punta de sus amplísimos territorios, de forma rápida y eficaz. Pese a la persistencia de gran parte de los problemas antedichos y la reiteración de la normativa en búsqueda de una solución, los pretendientes de mediados del siglo XIX habrán sufrido cambios suficientes como para constituir una figura muy alejada de su perfil original.

1. Los pretendientes como producto de la Corte

El final de la Corte itinerante en la segunda mitad del siglo XVI y su asentamiento estable definitivo⁵, junto al notable crecimiento de la mis-

4 ALMEYDA, A. de, *Pretendiente de la Tierra. Conseguir, y Carta para los que nauagan el golfo de la Corte*, Lima, Luis de Lyra, 1644.

5 Véase ALVAR EZQUERRA, A., «Los traslados de la Corte y el Madrid de los Austrias (1561 y 1601-1606)», en Miguel MORÁN y Bernardo J. GARCÍA, *El Madrid de Velázquez y Calderón. Villa y Corte en el siglo XVII*, vol. 1 (Estudios históricos), Madrid (Ayuntamiento de Madrid – Fundación Caja Madrid) 2000, pp. 41-60 y, del mismo autor, *Felipe II, la Corte y Madrid en 1561*, Madrid (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), 1985. El propio traslado desde Toledo, en el que a los miembros de la familia real y sus respectivos cargos cortesanos se unían los integrantes de los Consejos, diversos oficiales y no

ma⁶ y de la Administración de la Monarquía, vendrán a estabilizar también la presencia cada vez mayor de pretendientes en su entorno. Como bien introduce García García⁷:

La radicación permanente de la corte en la Villa de Madrid transformó extraordinariamente su entorno urbano y la realidad demográfica, social, económica y política que ésta albergaba. Como centro principal de la difusión de la gracia real (mercedes, oficios, privilegios, beneficios y dignidades), la corte atraía hacia sí a todo género de súbditos, desde los hombres de estado (alta nobleza, claro y letrados) que se incorporaban a los consejos de gobierno de la monarquía y a las casas reales, hasta los aventureros y desempleados que buscaban medios para ganarse la vida.

Se ha llegado a afirmar que «si hubiésemos de elegir una figura característica del mundo administrativo madrileño del Antiguo Régimen, ésta sería, sin duda, la del pretendiente de un empleo público o de un destino o beneficio eclesiástico de los de presentación regia»⁸. Dentro del conjunto de la población flotante de la Corte, para Bravo Lozano⁹:

destacan cualitativamente los pretendientes, no porque fueran de calidad superior a la del resto de los llegados a Madrid, que también, sino porque muchos de ellos dejaron rastro escrito de su estancia en la villa y sus relaciones con la Corte a través de los mecanismos de administración de la gracia real. Tuvieron, en primer lugar, que contactar con un procurador y así quedaron enganchados en las redes de la Administración hasta que la

pocos embajadores territoriales, condujo a que la operación implicase el desplazamiento de miles de personas.

6 Una manifestación temprana de la mala concepción de la Corte, en contraposición a las virtudes que se encuentran fuera de ella, es la conocida obra de GUEVARA, Fray A. de, *Menosprecio de Corte y alabanza de aldea*, publicada por primera vez en Valladolid, 1539, y dedicada al rey de Portugal.

7 GARCÍA GARCÍA, B. J., «La nueva Babilonia de España», en Miguel MORÁN y Bernardo J. GARCÍA, *El Madrid de Velázquez y Calderón. Villa y Corte en el siglo XVII*, I (Estudios históricos), Madrid, Ayuntamiento de Madrid y Caja Madrid, 2000, pp. 17-40, texto extractado correspondiente a p. 17.

8 BARRIOS PINTADO, F. *España 1808. El Gobierno de la Monarquía*, Madrid (Real Academia de la Historia), 2009, p. 35.

9 Resulta ineludible la cita de BRAVO LOZANO, J., «Pretensiones, pretendientes y similares en el Madrid de Carlos II», *Anales del Instituto de Estudios Madrileños*, t. LIII, Madrid, 2013, pp. 201-217, cita de p. 203. El autor analiza la trayectoria de dos casos concretos de pretendientes *institucionales* a través de los expedientes conservados de las villas de Castil Seco y Bollo.

Cámara de Castilla les concedió la merced, la gracia que solicitaban, o el Consejo Real dio una solución a sus pleitos. Los plazos se alargaban a merced de los escalones que había que trepar para llegar a “Vuestra Alteza”, tratamiento asignado al Consejo, o de los pasillos y salones que había que transitar hasta llegar a la Cámara. Las cosas de Palacio, van despacio. Tan despacio que algunos murieron en el intento.

No obstante, la Corte matritense no era el único escenario para estos pretendientes, sino que éste es «encontrable en todas las antesalas de quienes tienen facultades para dispensar nombramientos»¹⁰, lo que incluye a la Administración territorial y local, y también la extrapeninsular, especialmente la indiana, si bien, incluso en muchos de estos casos, era la Corte lugar idóneo para el ascenso burocrático o la consecución de destinos en otros territorios, por lo que fue allí donde la afluencia generó más problemas. Y en esa centralización de parte de las pretensiones tiene mucho peso, sin duda, la radicación de los Consejos en la propia Corte, especialmente si se tiene en cuenta el amplio ámbito de estos, que constituían el principal mecanismo de dispensa de la gracia regia y que muchos de ellos tenían competencias judiciales, lo que ha llevado a la conclusión de que:

serían los sínodos reales, y los ministros que los servían, los principales receptores de las peticiones y atenciones de los pretendientes a cargos en la Administración, o a mercedes de cualquier tipo, así como de aquellos que querían conocer el estado y la marcha de sus pleitos¹¹.

2. Pretendientes y pretensiones

Son variados los términos que aluden a la realidad de estos personajes, entre los que son habituales, como más generales, los de *pretendiente* o *pretensor* y, más relacionados con motivos judiciales, *pleiteante* o *litigante*. Para llevar a cabo labores de representación o seguimiento de negocios ya particulares, ya de villas, territorios o instituciones se enviaban también *delegados*, *comisionados* o *solicitadores* a la Villa¹², figuras muy diversas de los

10 MARILUZ URQUIJO, J. M., «Regulación jurídica de los pretenses», p. 137.

11 BARRIOS PINTADO, F. *La gobernación de la Monarquía de España*, p. 283.

12 Resulta de gran interés la radiografía de algunas de estas figuras que hace, para el caso navarro y hasta el siglo XIX, GALÁN LORDA, M., «Los “agentes del Reino en Madrid”: institucionalización y evolución hasta el siglo XIX», en Mercedes GALÁN LORDA (dir.), *Navarra en la Monarquía hispánica: algunos elementos clave de su integración*, Pamplona (Aranzadi), 2017, pp. 127-303, tratando el caso de los «agentes», diferenciando

pretendientes pero que compartían con ellos el intrincado espacio en torno a las instituciones de la Monarquía. Variados eran, igualmente, los *negocios* —término también genérico—, que podían hacer gravitar a los pretendientes en el entorno administrativo y cortesano, entre los que se hallan «solicitar mercedes, pensiones y nuevos destinos, cobrar atrasos, comparecer en pleitos, o entablar relaciones que mejoren su fortuna y estado»¹³. En definitiva, «pretendiente y pretensión se explican mutuamente»¹⁴, con independencia de las precisiones que, en su caso, puedan hacerse tanto del primero como de la segunda. Sin intentar hacer una enumeración exhaustiva, podría decirse que cabían, dentro de lo que se entiende por *pretensión*, especialmente cargos o destinos tanto civiles como militares, oficios y beneficios eclesiásticos, aunque también obtención de pensiones, rentas, mercedes¹⁵ y títulos, seguimiento de pleitos e incluso negocios públicos o privados. Todos ellos, pese a su aparente diversidad, tienen en común, entre otras cosas, el originar una variada afluencia de personajes en la Corte para su seguimiento, ya fuesen los interesados o representantes e, incluso, familiares suyos.

El perfil de los pretendientes en lo que se refiere a esta época —pues con el tiempo habrá de definirse notablemente— era absolutamente heterogéneo, pero puede intentar esbozarse una caracterización genérica de los diversos perfiles conocidos:

En cuanto a su *condición*, podían ser gentes no privilegiadas, ciudadanos y campesinos como en el caso del labrador zamorano que caracteriza Liñán y

primero entre otros tipos de enviados a la Corte, como los «embajadores» o «mensajeros» para el reparo de agravios y los «diputados» con comisiones o encargos concretos; el solicitador o agente defendía los intereses del reino en Madrid, radicando de forma permanente en la Corte y cruzándose ocasionalmente con otros comisionados o legados con misiones concretas. Estos personajes «eran las verdaderas voces de Navarra, tratando de hacer conocer y comprender el peculiar régimen Navarro a los miembros de los distintos Consejos, y en particular a los de la Cámara de Castilla, organismo que se ocupó especialmente de los temas navarros» (p. 129), proyectándose incluso una agencia permanente en la Cámara en 1632 (pp. 161 y ss.), que no prosperó. Avanzado el siglo XVIII y con la figura del agente ya institucionalizada, habrá ocasiones en las que los candidatos se postulen o sean recomendados para el puesto, como ocurría con otros cargos objeto de *pretensión*.

13 GARCÍA GARCÍA, B. J., «La nueva Babilonia de España», p. 24.

14 BRAVO LOZANO, J. «Pretensiones, pretendientes y similares...», p. 203.

15 Sobre esta cuestión es imprescindible la consulta de SANDOVAL PARRA, V., *Mañera de galardón. Merced pecuniaria y extranjería en el siglo XVII*, Madrid (Fondo de Cultura Económica), 2014, aunque se ha consultado aquí por la tesis que sirve de base a la obra, disponible en el repositorio de la Universidad de Murcia.

Verdugo¹⁶; o sujetos pertenecientes a la nobleza en búsqueda de los demandados hábitos de las Órdenes Militares¹⁷, ya fuesen hidalgos, como el que aparece también retratado en la Novela y Escarmiento primero de los *Avisos y guía de forasteros*¹⁸, o miembros de la nobleza titulada esperando obtener algunas de las denominadas encomiendas mayores de las Órdenes, disputadas por los más altos títulos¹⁹. Y es que las grandes personalidades no estaban en absoluto al margen de las aspiraciones a la gracia real pues, si bien la posición podía permitir mayor cercanía al rey, ello no aseguraba la satisfacción de lo demandado, como demuestra la correspondencia de Felipe IV con Luisa Enríquez Manrique de Lara, condesa viuda de Paredes de Nava, que solicitó durante años merced para un familiar²⁰.

Teniendo en cuenta su *origen*, los pretendientes podían ser *naturales* o *forasteros*, siendo muy abundantes estos últimos debido al crecimiento de la

16 El individuo es timado por unos personajes que aparentan querer ayudarlo nada más llegar a la Corte, LIÑÁN Y VERDUGO, A. de, *Avisos y guía de forasteros que vienen a la Corte*, Madrid (viuda de Alonso Marin), 1620, p. 186 y ss. de la edición de Enrique SUÁREZ FIGAREDO, *Lemir*, núm. 21, 2017, pp. 119-250. Este caso en particular es analizado por BARRIOS PINTADO, F. *La gobernación de la Monarquía de España*, pp. 291-292.

17 Véase la tesis de GIMÉNEZ CARRILLO, D. M., *Las Órdenes Militares castellanas en el siglo XVIII. Caballeros, pretendientes y mediadores*, Almería, 2014, que dedica el cap. 3 (pp. 85 y ss.) a la solicitud y vías de obtención, señalando que las pretensiones de hábitos eran tan abundantes que en el reinado de Carlos II se habría establecido, de acuerdo con Wright, que la Cámara de Castilla actuase de primera instancia en vez de ir directamente al Consejo de Órdenes, si bien recuerda que la Cámara ya conocía anteriormente de estas solicitudes para su consulta, incluso algunos «intentaron tramitar a través de ella diligencias exclusivas del Consejo de Órdenes» (p. 88). A pesar de haberse establecido en 1588 el procedimiento de solicitud y entrega de mercedes, mediante remisión de los memoriales al secretario del Consejo de Órdenes, quien daría relación al rey, fueron muchos los organismos que actuaron de intermediarios de las solicitudes, examinando los memoriales y dando detallada relación al monarca, coexistiendo para la concesión de la merced una «vía consultiva», sin necesidad de correlación entre el organismo que elevaba la solicitud y el consultado para su concesión, con otra «ejecutiva» o por decreto, predominante a finales del siglo XVII.

18 LIÑÁN Y VERDUGO, A. de, *Avisos y guía de forasteros que vienen a la Corte*, p. 147 y ss. de la edición de SUÁREZ FIGAREDO.

19 DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., *La sociedad española en el siglo XVII*, I (El estamento nobiliario), Monografías histórico-sociales, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas: Instituto “Balme” de Sociología, Departamento de Historia Social, 1963, p. 201. Se ha utilizado la ed. facsimilar editada por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y la Universidad de Granada en 1992.

20 BARRIOS PINTADO, F. *La gobernación de la Monarquía de España*, p. 288.

Corte y al amplio ámbito territorial que abarcaba la Monarquía, pues como parte de este grupo podían hallarse individuos no solo peninsulares, sino extranjeros de otras zonas de los territorios europeos o ultramarinos. En última instancia, la Administración periférica buscaba informarse de la calidad de los pretendientes, aun teniendo, en muchos casos, autonomía para los nombramientos dentro de su jurisdicción, como ejemplifica Mariluz Urquijo²¹ para los virreyes, audiencias y gobernadores de las Indias, cuya autonomía en esta cuestión hacía a veces inservibles incluso las cédulas de recomendación emanadas del propio Rey. La abundancia de forasteros en la Corte, fuesen o no pretendientes, será motivo de preocupación y recelo.

En lo que afecta al *ramo de pertenencia* del pretendiente —coincidente o no con el de la pretensión— se encuentran civiles, militares²² y miembros del clero que acudían por «la atracción que para los pretendientes a oficios eclesiásticos de presentación regia tenía Madrid como sede de aquellas instituciones civiles que los tramitaban»²³. No obstante, las particularidades en el ámbito del clero hispánico del Antiguo Régimen²⁴ obligan a una consideración especial, pues además del derecho de presentación como típica manifestación del patronato regio²⁵, influye decisivamente la configuración de su complejo sistema benefical²⁶, por lo que los pretenses podían hallarse en todo el ámbito de la Iglesia y sus categorías beneficales y jerarquías internas, con independencia de su sistema de provisión. También la Inquisición se vio afectada por la concurrencia de pretendientes a sus cargos y por la extensión de los vicios que el sistema de pretensiones llevaba aparejado²⁷.

21 MARILUZ URQUIJO, J. M., «Regulación jurídica de los pretenses», pp. 154-155.

22 GARCÍA GARCÍA, B. J., «La nueva Babilonia de España», p. 18.

23 BARRIOS PINTADO, F., *La gobernación de la Monarquía de España*, p. 283.

24 DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., *La sociedad española en el siglo XVII*, II (El estamento eclesiástico) o, más recientemente, BARRIO GOZALO, Maximiliano, *El Clero en la España Moderna*, Córdoba, CSIC – Caja Sur, 2010.

25 BARRIO GOZALO, M., *El Real Patronato y los obispos españoles del Antiguo Régimen (1556-1834)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

26 Para el tema es fundamental la consulta de BARRIO GOZALO, M., *El sistema benefical de la Iglesia española en el Antiguo Régimen (1475-1834)*, (Universidad de Alicante), 2010, especialmente pp. 67 y ss.

27 De un lado, el rey debía ser consultado para la provisión de los oficios del Consejo de la Suprema Inquisición que, junto con el Inquisidor General, presentaba tres candidatos al monarca. A principios del siglo XVII, la fuerte influencia de Luis de Aliaga como confesor real, consejero de Inquisición y de Estado y más tarde Inquisidor General, consiguió que se

De lo más variados, como es fácil imaginar, resultaban los *mecanismos* para llevar a buen término las pretensiones. Cuando estas se referían a un oficio, el deseo de la Administración será procurarse siempre los personajes de más calidad o más beneméritos a través de las relaciones de candidatos y los memoriales, pero los vicios inherentes al propio funcionamiento de la burocracia no siempre lo hacían posible. Factores bien distantes de los méritos se tenían en cuenta, como el dinero, la mediación, los regalos, las recomendaciones oficiales o privadas, los servicios de ascendientes o de parientes o la permanente presencia en el entorno de los ministros. Jugaban un fundamental papel en este punto los *agentes* que «velaban por los intereses de aquellos que, ausentes de la Villa, precisaban de alguien que tramitara sus pretensiones o quejas ante la instancia oportuna»²⁸. Para los oficios municipales, en cambio, era habitual la propuesta por parte de los regidores salientes, por lo que el pretendiente tenía que formar parte o contar con la anuencia de las oligarquías locales²⁹.

reservase una plaza en el Consejo de Inquisición para los dominicos, aunque «esta medida no supuso una inversión de la tendencia seguida por la Inquisición cada vez más cerrada en sí misma y cuya burocracia adquirió una suerte de poder autónomo favorecido por los continuos privilegios que el confesor real e Inquisidor General obtuvo de Felipe III, de modo que en la provisión de oficios y cargos se atendía al parentesco o la vinculación a la institución, mientras que los oficios menores se hicieron hereditarios», RIVERO RODRÍGUEZ, M., «La Inquisición española en Sicilia (siglos XVI a XVIII), en Bartolomé ESCANDELL BONET, y Joaquín PÉREZ VILLANUEVA, (dirs.), *Historia de la Inquisición en España y América*, vol. 3, Biblioteca de Autores Cristianos, 1984, pp. 1155-1156. No obstante, y a pesar de ese fortalecimiento temporal, «la intervención de la Corona en la provisión de las plazas de la Suprema sobresale a finales del siglo XVII», RODRÍGUEZ BESNÉ, J. R., *El Consejo de la Suprema Inquisición. Perfil jurídico de una Institución*, Madrid (Editorial Complutense), 2000, véase especialmente el capítulo que dedica a la provisión de oficios en pp. 131 y ss. En cualquier caso, las pretensiones en el ámbito inquisitorial existían en su propio seno con independencia de la intervención regia, y de *pretendientes* se calificaba a los aspirantes a sus oficios, de quienes se examinaba cuidadosamente la limpieza de sangre aunque, de modo similar a lo que acontecía en el ámbito civil, podían pesar recomendaciones e influencias externas, de modo que «en ocasiones la provisión de un cargo no depende necesariamente de la pureza de sangre, sino que deriva de la imposición de personajes poderosos», pp. 141 y ss. Señala el ejemplo del propio Inquisidor General, el obispo de Valladolid nombrado por el Duque de Lerma, sobre quien Cabrera de Córdoba expresaba los rumores de si su nombramiento se debía a haber sido maestro de los hijos del Duque.

28 BARRIOS PINTADO, F., *España 1808...*, p. 33.

29 SORIA MESA, E., *La nobleza en la España moderna. Cambio y continuidad*, Madrid (Marcial Pons), 2007, p. 46.

3. Los pretendientes, víctimas y culpables

Habiendo realizado una aproximación a las características del pretendiente y su tiempo, no debe extrañar que se haya afirmado que «la estimativa de la época oscila entre el desprecio hacia quienes suelen humillarse para conseguir su nombramiento y la compasión por quienes pasan tantas penurias hasta acceder al ansiado cargo público»³⁰. Además de las habituales referencias literarias, servirán los pretendientes para elaborar interesantes analogías morales y religiosas³¹. La doble concepción tendrá un reflejo en la normativa, si bien esta dicotomía no se basa en tal caso el desprecio o en la compasión, sino en el obstáculo o en la utilidad que la existencia de los pretenses suponga para el aparato administrativo, como se verá. En obras recientes se ha calificado a los pretendientes de «vecinos no deseados»³², dados los problemas derivados del estorbo que suponían para el funcionamiento de la Administración, pues el entorno institucional de la Corte se mostró incapaz de dar salida a los problemas derivados de la afluencia de los pretendientes.

Conviene tener muy presente, no obstante, que «los pretendientes no son personajes desdeñables pues proporcionan una base firme para la elección»³³, lo que explica que la Administración intente aprovecharlos y que su normativa vaya destinada a regular las medidas que habían de observar y a evitar el estorbo que suponía su presencia masiva en la Corte, pero resultaban imprescindibles para cubrir de forma rápida y efectiva las vacantes y su existencia

30 MARILUZ URQUIJO, J. M., «Regulación jurídica de los pretenses», pp. 137-138.

31 A mero título ejemplificativo, aparecerán estas analogías en las obras de LAVATA, F., *Discursos morales sobre los Evangelios de los Santos*, Valladolid (viuda de Francisco Fernandez de Cordova), 1625; BARCIA Y ZAMBRANA, J. de, *Despertador christiano divino y eucharistico de varios Sermones de Dios Trino, y Uno, y de Jesu Christo Nuestro Señor, en los Mysterios de sus Destividades, en orden à excitar en los Fieles a la Fè, adoracion, y devocion, con los frutos del Santissimo Sacramento en el Altar*, Madrid (Alonso Balvàs), 1727; o CASTILLO, D. del, *Stromas politicos y morales: en que con variedad de colores y matices hallados en el fecundo campo de letras divinas y profanas se pinta al hombre varonil en su perfeccion natural*, Valladolid (Imprenta de la Real Chancillería), 1729. También es interesante MARTIN SARMIENTO, «El porque sí, y porque no», en VALLADARES DE SOTOMAYOR, A., *Semanario erudito, que comprehende varias obras ineditas, criticas, morales, instructivas, politicas, historicas, satiricas y jocosas, de nuestros mejores autores antiguos, y modernos*, Madrid (Don Blas Román), 1787, pp. 111-118.

32 BARRIOS PINTADO, F., *La gobernación de la Monarquía de España*, p. 283.

33 MARILUZ URQUIJO, J. M., «Regulación jurídica de los pretenses», p. 140.

fue absolutamente natural a lo largo de casi tres siglos. Muestra de ello es la visibilidad pública que tenían cuando acompañaban a las comitivas de los Consejos en determinados eventos de la Villa, lo que «dice mucho de lo pública que era la posición y conocidas las aspiraciones» de estos personajes³⁴.

Aunque no es lugar para ahondar en este punto, cabe apuntar que la mala fama de los pretendientes se debe también a su inclusión, en muchos casos, como parte de los grupos molestos de la vida de Madrid, con los que compartían habitualmente espacios. Así, recogiendo las citas que de Du Dezert hace Sánchez Gómez³⁵, «la circunstancia de tener su residencia los Consejos en el regio Alcázar contribuía a la animación de sus patios con la afluencia de pretendientes, negociantes, curiosos y holgazanes». La Villa había creado «una sociedad cosmopolita de extranjeros comerciantes, viajeros, emigrantes, eclesiásticos, diplomáticos y hombres de negocios, de criados moros y esclavos negros y de súbditos de la monarquía procedentes de las provincias más diversas en seguimiento de sus pleitos, negocios y pretensiones»³⁶, un mundo caótico y desordenado donde convivían lo más fastuoso de la Corte con la mayor miseria de la gran ciudad, lo más alto de la Administración que gobernaba dos Mundos con «las incomodidades, los vicios y la confusión», hecho que llevó a hablar a los contemporáneos de la «gran Babilonia de España». Una de las mejores muestras del desacomodo de la Villa y de los problemas derivados, no ya de los pretendientes en sí como de la abundancia de personajes ociosos de toda condición en el entorno administrativo, es la que hace Gil González Dávila en su *Teatro de las grandezas de la Villa*, que lo relaciona con la despoblación de otras zonas del reino y una excesiva concesión de mercedes³⁷.

34 BARRIOS PINTADO, F., *La gobernación de la Monarquía de España*, p. 288.

35 SÁNCHEZ GÓMEZ, R. I., *Delincuencia y seguridad en el Madrid de Carlos II*, Madrid, Ministerio del Interior, 1994, p. 32

36 GARCÍA GARCÍA, B. J., «La nueva Babilonia de España», p. 20.

37 GONZÁLEZ DÁVILA, G., *Teatro de las grandezas de la Villa de Madrid Corte de los Reyes Catolicos de España...*, Madrid, Thomas Iunti, 1623, «Que pues para poblar el Reyno de gente no se auia de traer de fuera, por la imposibilidad que en si tiene, conuendrà traspassar la que sobra de vnas partes à otras, que la que ay en esta Corte es excessiua en numero, y assi es bien descargarla de mucha parte della, y mandar à los que huuieren de salir, que se vayan a sus tierras; [...] que si es la Corte fauorable, por ser patria comun, quanto mas lo deue ser la propia de cada vno, que es la natiua y verdadera. Y no se ha de començar por la gente comun y vulgar, que para que esta salga, el medio que se propondrà es el mas eficaz y releuante, y seria iniquidad dexar los ricos y poderosos, que son los que

II. TRESCIENTOS AÑOS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA

Efectivamente, la gran afluencia de pretensores ocasionaría numerosos problemas a la Administración y, como consecuencia, surgiría una abundante normativa «condenada a la inobservancia»³⁸, cuya ineficacia hará en gran medida infructuosa la búsqueda de soluciones para los problemas derivados de la presencia de los pretendientes durante casi trescientos años.

La normativa de todas las épocas, incluyendo leyes generales y sectoriales, sobre los pretendientes, es abundantísima y se halla muy dispersa. Mariluz Urquijo³⁹ categoriza la legislación en torno a tres grandes objetivos:

han de dar el sustento à los pobres [...] Los que deuen salir son los Grandes y Señores, y los Caualleros, y gente desta calidad; y muchas personas Eclesiasticas, que teniendo obligacion de residir en sus beneficios, so color de que tienen coadjutorias, o pleytos en esta Corte, y que sus Iglesias los embian à la defensa dellos, se vienen à ella [...] Aquí se auencindan los vnos y los otros; compran casas, y las hazen de nueuo muy costosas (cosa que pedia remedio). Que las ciudades y lugares principales que solian tener por vezinos tales personas, con las quales se sustentaua el esplendor en la tierra, y en los mismos vassallos, oy han descaecido, y se han despoblado, y los pobres naturales, que à la sombra destes viuian, y con sus haziendas se sustentauan, se vienen à la Corte a buscar otras comodidades, y con esto se va perdiendo todo; que gastando alli sus haziendas los señores y los demas Caualleros, y personas patriculares, los Labradores circunuezinos gastaràn mejor sus frutos, los señores conoceràn sus vassallos, querranlos bien, hazerles han justicia, y veràn al ojo los trabajos que padecen, y remediarselas han, poblarànse los lugares, que oy no tienen caudales, ni personas, ni lustre, ni cosa que pueda ayudarles à leuantar cabeça con los criados y allegados que lleyaràn tras si, que son muchos, y algunos dellos no muy bien entretenidos en esta Corte, y mas licensiosos de lo que fuera razon. Los premios y las mercedes no se daràn por importunidades, y por malos medios, conocerse ha a cada vno, y darsele ha lo que mereciere; y al que tuuiere justa causa para venir a la Corte a negocio, o a la pretension (aunque a esto segundo no se auia de admitir a nadie, dandoles los premios en sus casas, y buscando a los que huyessen dellos, y no los pretendiessen) se le podrá dar licencia por el tiempo que parecere, para que acabado el se buelua á su casa, y alli viua [...] que si la Corte, las Chancillerias y Vniuersidades estan siempre luzidas de gente, porque viene dinero de fuera, y se gasta alli, gastandose en el natural de cada vno, estarian los lugares mas luzidos, mas poblados y descansados, y la Corte sin tanta confusion, y aun sin tantos vicios y ofensas de nuestro Señor, à que no ayudan poco tantos Turcos y Moros, gente peligrosa y poco segura, y que naturalmente nos ha de tener odio y aborrecimiento; y tanta gente de las naciones estrangeras, cuyo trato, comunicaci3n y comercio no nos puede estar bien» pp. 346-347.

38 BARRIOS PINTADO, F. *La gobernaci3n de la Monarquía de Espa3a*, p. 287.

39 MARILUZ URQUIJO, J. M., «Regulaci3n jurídica de los pretensores», p. 141.

1º) evitar presiones por parte de los pretendientes que con su afán de conseguir un cargo interfieren y perturban la marcha de las oficinas e incurrir en gastos perjudiciales para sí mismos y sus familias 2º) evitar las picardías que a veces cometen solos o en colusión con algunos oficiales de la Administración 3º) aprovechar útilmente esa realidad social regulándola de modo de extraerle el máximo provecho en beneficio del Estado.

Sin perjuicio de ciertos antecedentes, el larguísimo itinerario de esta normativa se inicia en la primera mitad del siglo XVI, cuando ya se hace expresa mención a los pretendientes indianos, y se refleja también en las *Leyes Nuevas* de 1542, alcanzando una fuerte presencia a partir de la década de los 50, y destacando especialmente el año de 1588, en el que ve la luz una importante *Instrucción* para la Cámara de Castilla, junto a consultas al Consejo de Indias y varias Reales Cédulas, en su mayoría destinadas a evitar la incómoda presencia de los pretendientes. La normativa de 1588 es recordada por una Real Cédula de 20 de marzo de 1610, que insiste en que los pretendientes que permanecen en la Corte desde hace tres, cuatro, seis o más años dejen sus memoriales —en última instancia lo que verdaderamente interesaba para la valoración de los méritos— y regresen a sus lugares de origen. En los *Capítulos de Reformatión* de 1623, analizados por Barrios Pintado⁴⁰, en los que se adoptan medidas para conocer a qué se dedicaban los habitantes de la Villa dividiéndola en distritos, cada uno a cargo de un Alcalde de Casa y Corte y en los que habría de vivir un consejero asistido de un alguacil, debiendo informarse de los habitantes y sus ocupaciones para tomar las disposiciones oportunas. Incluso las *Ordenanzas del Consejo de Indias* de 1636 contendrán una disposición en referencia a los pretendientes, prohibiendo a los sinodales y oficiales recepción de cosa alguna por parte de los pretendientes.

Aunque la normativa de los siglos XVIII y XIX se detallará más adelante, cabe decir que las normas en relación con los pretendientes pasarán a las recopilaciones más importantes del período. Así, la principal normativa pasará a la *Nueva Recopilación* de 1567, libro VI, título segundo; también a la *Recopilación de Indias* de 1680, que en el libro II, en sus títulos 2 y 33 contiene varias leyes sobre el particular; y finalmente a la *Novísima Recopilación* de 1805, que compendia toda la normativa anterior, y que en su libro III, título 22, leyes 1 a 19, contiene una larga serie de preceptos que regulan, entre otras cosas, el cuidado que debe tener la Cámara en la elección de los pretendientes, la prohibición a éstos de detenerse en la Corte durante más de 30 días o de avecindarse en ella, la obligación a los pretendientes de rentas de volver

40 BARRIOS PINTADO, F., *La gobernación de la Monarquía de España*, p. 286.

a sus domicilios o la prohibición de admitir solicitudes de las mujeres e hijas de los pretendientes, presentes en la Corte como consecuencia de las prohibiciones citadas.

En el ámbito eclesiástico, la legislación es más compleja. Aunque son aplicables muchas de las normas referentes a los pretendientes en general, hay una abundante normativa específica. A la *Novísima Recopilación* llega gran parte de ella, interesando aquí especialmente los títulos 13 a 21 del libro I. A modo de muestra, las leyes primera y segunda del título 13 y gran parte del título 14 y el 15 contienen varias normas destinadas a evitar la obtención de beneficios eclesiásticos por parte de extranjeros no residentes en el reino y favoreciendo a los naturales y residentes, para los que se fijan los requisitos. El título 14 reunirá distintas previsiones frente a la concesión de cartas de naturaleza a extranjeros no residentes para obtener distintas dignidades eclesiásticas.

III. EL DILATADO OCASO DE LOS PRETENDIENTES

1. Siglo XVIII: síntomas de cambio

A lo largo de todo el siglo XVIII la normativa seguirá insistiendo en viejas cuestiones, especialmente «como consecuencia de no haberse modificado sustancialmente el mecanismo de dispensación de la gracia regia en materia de oficios y mercedes»⁴¹. Aunque «la voluntad Real, manifestada enérgica y continuadamente, consigue en las últimas décadas del siglo XVIII alejar la presencia física de los pretendientes pero es incapaz de crear una atmósfera de confianza en torno a la eficacia de los memoriales enviados desde lejos»⁴².

No obstante, la Administración siguió necesitada de esa sólida base que constituía la masa de pretendientes, «formando parte, en suma, de la lógica interna del sistema de provisión de cargos entonces vigente»⁴³. Como ejemplo, Mariluz Urquijo⁴⁴ da noticia de un escrito de Francisco de Auzmendi de 1754 en el que critica que recaigan las elecciones en los mismos pretendientes por no haber noticia de otros, y de cómo en 1796 se disponía que las consultas del Consejo de Indias incluyesen tanto a los pretendientes propuestos como a los demás que hubiesen concurrido a la plaza, ello aparte de las reiteradas normas que ordenaban la publicación de vacantes.

41 *Ibidem*, p. 289.

42 MARILUZ URQUIJO, J. M., «Regulación jurídica de los pretenses», p. 144.

43 BARRIOS PINTADO, F., *España 1808...*, p. 39.

44 MARILUZ URQUIJO, J. M., «Regulación jurídica de los pretenses», pp. 147-148.

Para el panorama eclesiástico, en concreto, el profesor Barrios⁴⁵ ha señalado cómo la firma del Concordato de 1753 tuvo como consecuencia un incremento de pretendientes de esa clase, de forma que ese mismo año la Real Cámara de Castilla acordó, en línea con las ya tradicionales medidas ante esta coyuntura, que se restituyesen a sus lugares de origen y remitiesen desde allí sus memoriales —excepción hecha de naturales, vecindados y empleados en la Villa—, o no serían atendidas las pretensiones, aunque la normativa habría de reiterarse en este punto hasta 1778, e incluso más tardíamente. Efectivamente, de las prohibiciones derivadas de esa especial afluencia de pretendientes eclesiásticos se haría todavía indirecto eco el Bando de 24 de diciembre de 1789, que insiste en la observación del Real Decreto de 21 de noviembre, y que contempla en su declaración V que «no debiendo ser de mejor condicion los pretendientes seculares que los Eclesiasticos, cuya permanencia está prohibida por varios Decretos y órdenes á consulta de la Cámara; se observe lo dispuesto en la ley 65, tit. 4, lib. 2 de la Recopilacion, y en el auto 4, tit. 6, cap. 16 y 17, lib. 1, cuyo cumplimiento se recomienda mucho; y para que no se pueda alegar ignorancia de lo que previenen, dicen asi: «Ordenamos y mandamos, que qualquiera persona que pretenda oficio Eclesiastico ó secular, comision, cargo temporal ó de asiento, pueda venir, y estar en esta Corte á su pretension, y á representar las razones y titulos de ella, por espacio de treinta dias en cada un año y no mas; y tenga obligacion de registrar su entrada y salida ante el Secretario del Consejo donde tuviere la pretension [...]»⁴⁶.

Resulta curioso comprobar cómo el ámbito eclesiástico tendría, justamente en esta época y como sería habitual en tantos sectores, su propia guía, llamada generalmente *Guía del estado eclesiástico seglar y regular de España en particular y de toda la Iglesia Católica en general*, que se iniciaría en 1786. Estas listas ofrecían «para cada diócesis, el nombre completo y la función de los miembros del clero secular, información sobre los regulares y dan la distribución de los inquisidores por tribunal»⁴⁷. No debe de ser casual su aparición en este contexto, y menos si se tiene en cuenta la remisión que

45 BARRIOS PINTADO, F., *España: 1808...*, pp. 36-37.

46 SANCHEZ, S., *Coleccion de todas las Pragmáticas, Cédulas, Provisiones, Circulares, Autos Acordados, Vandos y otras Providencias publicadas en el actual Reynado del señor Don Carlos IV*, t. I (hasta 1793), Madrid (imprensa de la viuda e hijo de Marin), 1794, pp. 86-89

47 Sobre varias de estas listas de suscriptores, entre otros, LARRIBA, E., *El público de la prensa en España a finales del siglo XVIII (1781-1808)*, (Universidad de Zaragoza), 2013, pp. 46 y ss.

habitualmente hacen en sus ejemplares a la *Guía de Forasteros* en lo que concierne a los Tribunales superiores.

Hay, sin embargo, novedades a lo largo del siglo. En primer lugar, se abren paso nuevas concepciones que favorecen el ascenso de un nuevo perfil de pretendiente, aún en muchos casos perteneciente a la nobleza ante la inexistencia de una verdadera burguesía, pero sí más alejado de la alta nobleza. Este cambio de paradigma lo explica Morales Moya⁴⁸:

Acorde con la doctrina y la legislación fue la práctica seguida en la designación de la burocracia borbónica. En España se intentó realizar, de acuerdo con las circunstancias del país, donde, debe insistirse, la ausencia de burguesía obligaba, en todo caso, a recurrir a los hidalgos, el modelo francés, con su constitución de una nobleza política, que ocupa el poder desplazando, en gran medida, a la vieja aristocracia. [...] los estratos inferiores de la nobleza, hombres con preparación jurídica y de moderadas ambiciones políticas, más exactamente, una élite procedente de este grupo social se harán, en su calidad de funcionarios civiles, con la influencia perdida por la gran aristocracia áulica.

Esta idea coincide con el hecho de que «al creciente individualismo del siglo XVIII repugna cada vez más la alegación de méritos familiares o de servicios realizados por algún allegado»⁴⁹, pues paralelamente a la persistencia de algunos de los rasgos del pretendiente de los siglos anteriores «se critica cada vez con mayor intensidad el apoyar las pretensiones con servicios ajenos y el individualismo importante va desgastando la fe en una concepción basada en la transmisión de las características personales a través de las generaciones»⁵⁰. Una imagen de todo lo antedicho se ha observado en el mundo de los altos funcionarios, donde no obstante también se sigue apreciando la siempre decisiva influencia de la protección por parte de quienes desempeñan cargos de responsabilidad:

A reserva de una mayor profundización en el tema podría trazarse el tipo ideal de alto funcionario borbónico, nacido en provincias, de familia medianamente acomodada, con formación universitaria, de carácter jurídico y humanístico, abiertos a la nueva ciencia económica, no pocas veces procedentes del Ejército, alcanzan la cumbre a través de una larga carrera en la que acreditan capacidad en el desempeño de cargos varios, o lealtad y

48 MORALES MOYA, A., «Política y Administración en la España del siglo XVIII (notas para una sociología histórica de la Administración pública), en *Revista de Administración Pública*, núm. 105 (septiembre-diciembre), 1984, pp. 167-201, cita de pp. 180-181.

49 MARILUZ URQUIJO, J. M., «Regulación jurídica de los pretenses», p. 139.

50 *Ibidem*, p. 151.

perseverancia ascendiendo paso a paso —Gausa, De la Cuadra, Grimaldo...— en las Secretarías o covachuelas, donde el trabajo, a juzgar por el testimonio de Saint Simón, era duro y absorbente para todos los funcionarios, hasta llegar a dirigirlos. Mas, junto a la competencia, la protección: ayudas familiares o, imprescindible para alcanzar la cumbre, el favor de alguien que esté ya en la cima⁵¹.

En segundo lugar, se alumbra una escasa pero importante normativa de carácter sectorial más prolija en cuanto a la regulación de acceso a determinadas plazas u oficios, que gana cierta presencia a medida que avanza el siglo. Los términos «pretendiente» o «pretensión» quedan paulatinamente limitados a las normativas de acceso de oficios específicos. Como breve ejemplo, en 1774 unas *Reales ordenanzas aprobadas por S.M. a consulta de la Real Junta de Comercio, y Moneda: las quales contienen quarenta y nueve Capítulos, que inviolablemente se han de observar por todos los Individuos del Gremio de Merceros, Mercaderes de Lienzos, Sedas, y Paños* de Barcelona, regulan en los puntos XVI y siguientes los mecanismos de admisión en el citado gremio. En el ámbito de la sanidad, en 1797 una Real Cédula de 23 de mayo ordena la observancia de los *Estatutos*, insertos, de la Real Academia Médica de Madrid, en los que se dedican varios puntos a los requisitos y procedimiento que habían de observar los pretendientes; y en ese mismo año aparece otra *Real Cedula de S. M. y Señores del Consejo, en que se prescribe el metodo que ha de observarse en el Tribunal del Proto-Cirujanato en los exámenes de Cirujanos y de los Sangradores, y requisitos que los pretendientes deberán tener para ser admitidos á ellos...* Este tipo de normativa, que se abre camino tímidamente, es sintomática de cierta racionalización producto del crecimiento y la especialización del aparato burocrático y la complejidad de ciertos oficios de sectores específicos, estableciendo mecanismos más reglados y objetivos y sentando un importante precedente para futuras regulaciones en otros ámbitos.

Una muestra de estos pretendientes tardíos, pero en el ámbito municipal, puede ilustrarlo un Informe de 1783 para la provisión de la plaza de Teniente Maestro Mayor de obras del Ayuntamiento de Madrid⁵². Resulta de gran

51 MORALES MOYA, A., «Política y Administración en la España del siglo XVIII», pp. 189-190.

52 Se extrae de PULIDO LÓPEZ, L. y DÍAZ GALDÓS, T., *Biografía de Don Ventura Rodríguez Tizón: como arquitecto y restaurador del arte clásico en España en el siglo XVIII*, Madrid (Impr. del Asilo de huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús) 1898, documento XXI, «Informe de Rodríguez sobre varios pretendientes á la plaza de Teniente Maestro Mayor de obras del Ayuntamiento de Madrid», p. 124.

interés por cuanto refleja cómo, además de los memoriales remitidos por los interesados, se informaba de sus calidades y méritos, en este caso para la provisión de un puesto de carácter técnico. El informante, Ventura Rodríguez, reconoce que «sin embargo de que considero dignos de ser atendidos estos interesados, no de todos tengo el conocimiento que necesito en asunto tan delicado, pero dire de cada uno lo que se con la pureza que me es genial en estos términos», comentando seguidamente su parecer de cada uno de los pretendientes. De algunos de ellos, la información es escueta:

de D.ⁿ Elias Martinez no hé visto obra que haya ejecutado por donde se pueda venir en conocimiento de su práctica, y esperiencia, que son las partes que mas interesan en el asunto, pero tengo noticia há ejecutado una fuera de Madrid, y algunos retablos de madera, que és en lo que más se há ejercitado: es Academico de la R.¹ Academia de S.ⁿ Fernando. =D.ⁿ Ignacio Thomas há ejecutado varias obras publicas, y particulares, y és tambien Academico de la misma R.¹ Academia.

Pero con motivo, precisamente, de la remisión del memorial de un nuevo pretendiente, D. Ramón Durán, informa más detalladamente de la trayectoria y méritos de este último, mencionando en primer lugar el ser hijo del que había sido Teniente Maestro Mayor y citando sus obras conocidas⁵³.

53 *Ídem*, indica: «Ultimamente en 28 del mes próximo me ha remitido V. m. un Memorial de D.ⁿ Ramon Duran Profesor de Arquitectura, hijo de D.ⁿ Juan Duran Teniente Maestro Mayor que fue de Madrid, que el S.^{or} Secretario de Ayuntamiento D.ⁿ Manuel de Pinedo acompaña al oficio que en el próximo día 27 pasó á V.m. pidiendo por las razones que expone se le confiera este empleo, para que del mismo modo que sobre los demás pretendientes expresados informe también (con la misma reserva correspondiente) de sus calidades, circunstancias, y habilidad &a en cuya consecuencia debo decir tiene la practica de haber concluido las obras que dejó su Padre pendientes como las de la Carcel R.¹ de esta Villa, en encierros, Linterna de la escalera principal, asegurar las lumbreras de las bóvedas por donde los reos habían intentado escalamiento, y haber puesto corrientes, y con el posible aseo los Lugares comunes. En la Carniceria mayor ha construido la Escalera publica de piedra que baja del portal de la Plaza mayor, y asegurados los cimientos de aquellas paredes, y del sotano: Ha ejecutado el Puente de madera de las Labanderas sobre el Rio Manzanares detras de la fuente del Abanico, y algunas que otras obras en la Panadería, y Mesón de Madrid de la Cava vaja: y es Teniente del Mariscal de Campo D.ⁿ Francisco Sabatini por lo que toca á el ramo de la Limpieza en uno de los dos Departamentos; y algunas que otras obras de reparos, y composturas de casas de varios particulares; y fuera de Madrid está construyendo una parte del convento de Trinitarios Calzados que llaman de nuestra Señora de la Virtudes cerca de Salamanca, y está entendiendo en algunas obras pertenecientes al R.¹ Consejo de las Ordenes».

Todo el panorama descrito contribuía, al menos, a distanciar a los pretendientes de otra clase de personajes ociosos e indeseados, a reducir de alguna manera su diversidad inicial —cada vez más identificados, en concreto, con la pretensión de oficios—, y a delimitar ligeramente el ámbito en el que éstos se hallaban, al tiempo que se daba prioridad a la racionalización de la Administración y las medidas de interés público, fenómenos que habrán de acentuarse durante el siglo siguiente.

2. Siglo XIX: una lenta desaparición

Muy en la línea de la ya repetida en siglos anteriores, el siglo XIX acogerá todavía una abundante normativa. En 1801 una Real Orden de 28 de mayo, que constituirá nota a la *Novísima Recopilación*, III, 22, 9, reproduce la R. O. de 26 de abril de 1799 que prohíbe a las mujeres e hijas de los pretendientes solicitarlos, acudir a la Corte ni Sitios Reales. El 25 de abril de 1804 se ordena salir de nuevo a los forasteros de Madrid. Ambas muestras son un claro indicativo del incumplimiento de estas medidas. Y es que, describiendo la situación de los pretendientes en las postrimerías del reinado de Carlos IV, Barrios Pintado recuerda que «siempre consideraron los pretenses que su presencia en la Corte era un paso inexcusable para alcanzar el ansiado nombramiento»⁵⁴.

Como no podía ser de otra forma, la inauguración de la etapa constitucional con las Cortes de Cádiz trae algunas novedades y cambios que directa o indirectamente afectarán al mundo de los pretendientes, modificando paulatinamente la realidad administrativa en la que éstos venían desenvolviéndose. Se abren camino nuevas concepciones liberales y principios como el de división de poderes. A título ejemplificativo⁵⁵, un Decreto de 22 de abril de 1811 dispuso la libre incorporación de los abogados en sus colegios, prohibiendo que tuviesen número fijo de individuos y estableciendo «que sea libre la entrada é incorporacion en ellos á cuantos abogados lo soliciten», derogando cualquier

54 BARRIOS PINTADO, F., *España: 1808...*, p. 38. Véase, en relación con esto, MARTÍNEZ RUIZ, E., «Apuntes sobre la policía de Madrid en el reinado de Carlos IV», en *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea*, VII, Madrid (Universidad Complutense), 1986.

55 Varias de las normas citadas se recogen, dando idea también de la compartida y dilatada experiencia institucional de los territorios hispanos, en una *Colección de los Decretos y Ordenes de las Cortes de España, que se reputan vigentes en la Republica de los Estados-Unidos Mexicanos*, Mexico (Imprenta de Galvan), 1829.

norma destinada a fijar o reducir su número «en todos y cada uno de los colegios de la nación». Ello liberalizaba el acceso e impedía la imposición de requisitos de entrada y, por tanto, la generación de *pretendientes* a plazas en los mismos. El de 18 de enero de 1812 se decretaba *Que los empleos no sean servidos por substitutos*, práctica que debía de estar arraigada cuando se dice que «deseando las córtes generales y estraordinarias cortar de raiz los perjuicios que resultan á la administracion pública del estado del abuso introducido en ella de servirse algunas veces por substitutos los empleos», se limitaba la sustitución para comisiones temporales públicas o enfermedad. De nuevo en lo referente a la justicia, se insistía en la dedicación de los magistrados a sus funciones, y por Decreto de 23 de octubre de 1812 se establecía *Que los magistrados del supremo tribunal de justicia, y de los demas tribunales especiales no sean ocupados en otra comision &c.*, señalando «que no puedan obtener comision ni encargo alguno, de cualquiera clase que sea, ni ocuparse en otra cosa que en el despacho de sus tribunales respectivos». Otra norma pondría coto a la habitual costumbre de los regalos de los pleiteantes, pues el Decreto de 24 de marzo de 1813, sobre hacer efectiva la responsabilidad de los empleados públicos, señalaba en su artículo cuarto, capítulo primero, que

el magistrado ó juez que por sí ó por su familia, á sabiendas, reciba ó se convenga en recibir alguna dádiva de los litigantes, ó en nombre ó en consideracion de estos, aunque no llegue por ello á juzgar contra justicia, pagará tambien lo recibido, con el tres tanto para el mismo objeto, y serña privado de su empleo é inhabilitado para ejercer otra vez la judicatura. Quedan prohibidos para siempre los regalos que solian dar algunas corporaciones, comunidades ó personas con el nombre de *tabla*, ú otro cualquiera título.

Previsiones similares se contemplaban para el resto de empleados públicos (cap. II), castigándose la prevaricación por soborno y el cohecho (art. 2) «en la forma prevenida con respecto á los jueces, será castigado como estos». En fin, el acceso a cargos en el ámbito de la justicia tras la Constitución de Cádiz pretendió consolidar los cauces habituales deseados por la Administración para la provisión de oficios: las listas con relación completa de pretendientes y los informes de calidades⁵⁶, dos de los elementos perseguidos desde antiguo para contar con informaciones precisas sobre los méritos de los candidatos.

⁵⁶ Información detallada sobre las reformas y procedimientos que se articularon en este ámbito, en MARTÍNEZ PÉREZ, F., *Entre confianza y responsabilidad: la justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1999, especialmente pp. 123 y ss.

Otra de las medidas más conocidas es la de prohibición a los eclesiásticos de desempeñar oficios en los ayuntamientos, establecida por Decreto de 21 de septiembre de 1812, que les permitía no obstante el sufragio activo, pero «para que con mayor utilidad de los pueblos puedan dedicarse enteramente á desempeñar las sagradas funciones de su ministerio, sin implicarse por aquellos cargos civiles en responsabilidades ajenas de su vocacion, y que los sujetarian al fuero de los legos», no podrían ser *nombrados* ni elegidos para ningún oficio. El 10 de marzo de 1813 se decretaba *Cómo se reemplazarán los regidores y demas oficiales de los ayuntamientos*, estableciéndose que «cuando acaeciére la muerte de algun regidor, se nombrará en su lugar otro por los últimos electores, el cual servirá su cargo todo el tiempo que correspondia desempeñarlo al que hubiese fallecido», regla general que se aplicaría para todos los oficios de ayuntamiento que vacaren. En la línea uniformizadora y racionalista, una Orden de 27 de octubre de 1812 establecía *Cómo deben estenderse los títulos á los provistos en piezas eclesiásticas y empleos civiles y militares*. En fin, otra Orden de 8 de abril de 1821 mandaba «se suspenda la provision de beneficios y capellanias que no tengan anexa cura de almas &c. interin se acuerde lo conveniente sobre el plan general del clero».

Uno de los grandes polos de atracción de pretendientes seguiría siendo la Hacienda, y así la normativa de este Ministerio vendrá a insistir sobre cuestiones también antiguas. La Circular de 23 de febrero de 1813 ordenaría el traslado de las relaciones completas de pretendientes independientemente de sus méritos, y otra de 21 septiembre de 1814, corroborada por Circular de 14 de marzo del año siguiente, insistirá en el requisito de cursar las solicitudes a través de los respectivos jefes, ordenando a éstos:

den dirección á todas sin excusa en inteligencia de que si no lo hicieren [...] quedaran privados de su empleo, pues la intencion de S.M. es que á todos sus Súbditos se oiga, sin perjuicio de que gradualmente se califiquen sus pretensiones y solicitudes, y que para hacerlas no tengan que salir de su provincia con grave perjuicio.

Tal la necesidad de la Administración de tener conocimiento, a través de los papeles, de un buen número de pretendientes para la provisión de oficios, si bien inmediatamente la Circular del Ministerio de Hacienda de 3 de junio de 1815 señalaría, con implícito reconocimiento de incumplimiento por parte de la Administración, que «los aspirantes a empleos, separándose de aquellas reglas, siguen molestando la soberana atencion, y consiguiendo á veces gracias y destinos fuera del método y régimen que está mandando observar», e

insistiría en lo prescrito anteriormente. No obstante, quizás como consecuencia de la insistencia reiterada y secular, comienzan a consolidarse ciertas fórmulas o mecanismos en cuanto al acceso a determinados puestos, abriéndose paso lentamente otros nuevos. La relación de candidatos y la presentación y examen de memoriales era, de hecho, uno de los que había conseguido cierta consolidación, especialmente en empleos de carácter técnico⁵⁷. La figura del pretendiente va concretándose de forma paulatina, acercándose a un perfil diverso del observado en siglos anteriores. Se ordenó por Real Decreto de 26 de junio de 1816 la consulta de las Cámaras para la provisión de empleos civiles o eclesiásticos, y por Real Orden comunicada por el Ministerio de Hacienda de 22 de abril de 1820 la publicación de vacantes de empleos de Hacienda en los periódicos de la provincia y de la Corte. Aunque las normas se acumulaban de forma incesable, para entonces, y a pesar del intento durante el reinado de Fernando VII de anular las reformas gaditanas, como analiza Nieto⁵⁸:

Por debajo de esta aparente inalterabilidad constitucional, la sociedad española había experimentado durante este largo reinado una evolución acelerada [...] Al llegar el año 1825, las viejas estructuras del siglo XVIII —formalmente conservadas— se habían resquebrajado en la realidad, y sobre ellas, sin sistemática ni conciencia alguna, se habían ido superponiendo otras estructuras más modernas, poco menos que incompatibles con aquéllas. Dicho con otras palabras: mientras que formalmente se mantenían los principios fundamentales del antiguo régimen, en el fondo nada de aquello existía ya, al cabo de una erosión acelerada.

Así, llegaría finalmente una norma renovadora en el ámbito civil, en el ramo de Hacienda, como fue la Real Orden de 19 de agosto de 1825, *para que no sean admitidos en los empleos de Real Hacienda los individuos que no tengan las circunstancias que se previenen; ni sean ascendidos los que ya lo estén, sin los requisitos que se señalan*, estableciendo que no se admitirían aspirantes sin justificación de edad y servicios e imponiendo la calificación de aptitud por parte de una Junta, incluso para los casos en que

57 También en el ámbito territorial. Así, para el nombramiento del director de caminos en el reino de Navarra, para el que las Cortes remitieron en 1829 una lista de los arquitectos pretendientes a sus ya referidos comisionados enviados a la Villa, para que «informándose en la Corte de sus méritos y cualidades, designasen estos dos comisionados en Madrid el que les pareciese más adecuado», GALÁN LORDA, M., «Los “agentes del Reino en Madrid”: institucionalización y evolución...», p. 288.

58 NIETO, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Madrid (Instituto Nacional de Administración Pública), 1986, p 209

mediase nombramiento regio, en los que no se incorporaría el aspirante hasta ser calificado, remitiendo al rey propuesta de premio o destino alternativo de no superar la investigación⁵⁹. Desde esta óptica, «la Burocracia es simplemente un brazo ejecutivo del monarca: su forma de actuar sobre la sociedad civil»⁶⁰. De la misma forma que se pasaba lentamente «del oficial real al empleado público»⁶¹ se pasaría del pretendiente al aspirante y, más tardíamente, al opositor.

Además de estos claros síntomas de renovación, continúa desarrollándose paralelamente la normativa sectorial iniciada en el siglo anterior, más prolija en cuanto a la reglamentación de acceso a distintos ramos de la Administración, destacando los de Sanidad y Ejército. Algunos ejemplos en este último sector podrían ser la *Instrucción de 1 de agosto de 1832 que ha de servir para los pretendientes á plazas de caballero cadetes del Real Colegio de Artillería*, que regula los requisitos de entrada de nuevos cadetes en el Real Cuerpo, que exige al cadete ser «hidalgo notorio según las leyes de Castilla, y debe hacer constar esta calidad con documentos justificativos», o la más moderna *Instrucción para los pretendientes á plazas de cadetes del colegio*

59 Art. 4 de la Real Orden de 19 de agosto de 1825: «Cuando por servicios ó circunstancias particulares S. M. tuviese á bien, en uso de su suprema autoridad y soberanía, hacer algún nombramiento fuera de propuesta, y sin que el agraciado haya hecho constar su idoneidad, no entrará en ejercicio del destino hasta que esta se halle calificada por el método que se dirá; y si de la investigación resultase que no la tiene para el empleado conferido, se hará presente á S. M. proponiendo la colocación o premio, que sin perjudicar al buen servicio de la Real Hacienda, podrá dársele en remuneración de sus méritos»; analizando esta norma, SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Historia de las Instituciones político-administrativas contemporáneas (1808-1975)*, Madrid (Dykinson), 1994, pp. 206-207.

60 NIETO, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, p 301, añadiendo que «lo único que pretende es que este instrumento sea más eficaz, a cuyo efecto procura adaptar [la] Burocracia a las alteraciones que había ido experimentando la sociedad».

61 Como expresa SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Historia de las Instituciones político-administrativas contemporáneas*, pp. 206 y ss.; para esta evolución, con un esencial aporte bibliográfico, véase el capítulo quinto de NIETO, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, pp. 293 y ss., que califica la Real Orden de 1825 como «la primera reglamentación general moderna de los funcionarios [...] el orden empieza a sustituir al caos anterior y los méritos a la arbitrariedad», p. 300. Recientemente se ha publicado, en análisis amplio sobre esta cuestión, la tesis de MUÑOZ LLÍNÁS, J. I., *La función pública en España: 1827-2007*, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 2019.

general de todas las armas establecido en Madrid, publicada el 18 de enero de 1843, donde los requisitos siguen siendo bastante rígidos —buen estado físico, conocimientos básicos, educación en doctrina cristiana y asta «una información judicial con cinco testigos de excepcion e intervenida por el síndico procurador general» en la que se hiciesen constar numerosas cuestiones en relación con la ascendencia del pretendiente—, pero que supone un obstáculo a la provisión arbitraria de las plazas. En ambos casos, la exigencia de semejantes requisitos es consecuencia al mismo tiempo de la burocratización de la Administración como de la especificidad de las plazas y del perfil de los concurrentes, lo que no oculta una clara pervivencia de rasgos ya antiguos para los pretendientes, como la importancia de la ascendencia. Y es que el ámbito militar, tan determinante a lo largo del siglo XIX, da muestras interesantes de esa coexistencia entre viejas y nuevas formas, y así en el Real Decreto de 29 de diciembre de 1834 se concede a los militares que cuenten un determinado tiempo de servicio o se inutilizasen en él, «derecho absoluto á las vacantes de ciertos cargos públicos detallados en relacion».

Otra curiosa mezcla de viejas y nuevas tendencias en relación con los pretendientes lo constituye un aviso dirigido específicamente a los pretendientes que acudían directamente al presidente del Consejo de Ministros, publicado en la *Gaceta de Madrid* núm. 315, de 6 de noviembre de 1835, sin duda, en un escenario muy diverso del de la abarrotada Corte del barroco y en un tono que acusa normalidad institucional:

El presidente del Consejo de Ministros, ocupado incesantemente en los trabajos que se han de presentar á las próximas Córtes, se ve en la necesidad, muy desagradable para él, de avisar á sus amigos y á los pretendientes que le es imposible recibir mientras duren estos trabajos urgentísimos. Los pretendientes podrán acudir á los gefes de seccion de la secretaria y á los oficiales de quienes dependan sus respectivas solicitudes, seguros de que ha dado órdenes terminantes para el mas pronto y justificado despacho de los expedientes

Un último ejemplo del progresivo cambio de paradigma es el final de la publicación, con la *Guía de Litigantes y pretendientes para 1842*, aparecida en la *Gaceta de Madrid* núm. 2687 de 17 de febrero, de las guías de pretendientes, pues sería la última de una serie que iba camino de alcanzar el siglo de publicación oficial. Sin embargo, las listas eclesiásticas aún se publicarían varios años más, hasta la *Guía del Estado eclesiástico de España para el año de 1865*, con la particularidad de ser ya editada por el Ministerio de Gracia y Justicia.

Pero la mitad del siglo marcará otros dos hitos en el camino hacia la desaparición de los viejos pretendientes. Para los pretendientes eclesiásticos será el Concordato de 1851, por el que «se procede a una verdadera reorganización de la institución, para adaptarla a la forma y modelo del Estado centralista español y simultáneamente configurar sus fines como los de un verdadero servicio público religioso»⁶², estableciendo procesos de selección en los que «se puede comprobar un cierto mimetismo con las pautas seguidas por el Estado para el reclutamiento de sus funcionarios»⁶³, destacándose la presencia, a la cabeza del Gobierno, de Bravo Murillo. De hecho, la modificación esencial en el ámbito civil lo constituirá, paralelamente, el *Real Decreto de 18 de junio de 1852, fijando las bases para el ingreso y ascenso en todos los empleos: derechos y categorías de los empleados de todos los ramos*, o Estatuto de Bravo Murillo, y que pretendía poner orden en el ámbito de la función pública con el establecimiento de categorías y criterios modernos para el acceso a las mismas. Aunque la novedad en relación con el ingreso había sido ya inaugurada por la Real Orden de 1825, el Estatuto de Bravo Murillo, con sus limitaciones, marca un punto esencial en el cambio de concepción del servicio público, aludiendo expresamente a la facultad de nombramiento del monarca como un «deber de difícil cumplimiento»⁶⁴ que justificaba los nuevos mecanismos de selección, y consagrando en su articulado el término *aspirante*.

Pero modificar el sistema de acceso no pondría fin a muchos de los problemas anteriores: piénsese que la regulación de los cargos no impedía la concurrencia de pretendientes a los mismos, y que fuera de estas previsiones de 1852 quedaba una gran parte del personal, cuando el propio art. 1 —dejando

62 ORDUÑA REBOLLO, E., *Historia del Estado Español*, Madrid (Marcial Pons – Fundación Alfonso Martín Escudero), 2015, p. 502.

63 *Ibidem*, p. 511.

64 En la exposición, comienza diciendo: «Facultad es del Trono, según el art. 45 de la ley fundamental de la Monarquía, el nombramiento de los funcionarios de la Administración, facultad que es precisa consecuencia de las atribuciones que ya le confiere el art. 43 para ejecutar las leyes y mantener el orden público, pues si ha de ejercerlas cumplidamente, necesita empleados de su confianza, toda vez que sin ellos no fuera justo hacer pesar sobre el Gobierno en la mayor parte de los casos, ni la responsabilidad moral que exige la opinión, ni la material que impone el art. 42 de la Constitución del Reino. Ni V. M., ni sus Ministros, reputan la facultad de nombrar los empleados como un derecho establecido para su particular conveniencia, sino que lo consideran, por el contrario, como un deber de difícil cumplimiento que obliga á buscar cuidadosamente las personas mas á propósito para el desempeño de los cargos públicos».

de lado otras excepciones— señalaba que «los subalternos no tienen el carácter de empleados públicos para los efectos de este decreto, salvo los derechos adquiridos», lo que limitaba también el alcance de algunas de las reformas. En fin, a pesar de todo, algunos de los vicios que arrastraba el viejo sistema de provisión de empleos sobrevivirían a los pretendientes, y todavía una Real Orden de 19 de abril de 1854 reencargaba el puntual cumplimiento de lo dispuesto en la *Novísima Recopilación*, III, 22, 14, sobre la vieja prohibición de admitir solicitudes de mujeres e hijas de los empleados, hecho sobre el que Martínez Alcubilla⁶⁵ responsabiliza también a la propia Administración, cuando señala que:

lamentamos muy de veras que haya vuelto á ser necesario un nuevo recuerdo. No es toda la culpa de los pretendientes; que si ellos ó sus mujeres ó sus hijas no conocen esta prohibición ó no quieren acordarse de ella, para humillarse vergonzosamente á los piés de un Ministro, el Ministro debiera en todo caso mostrarse severo guardador de lo que tan acertadísimamente dispone la ley.

Merece la pena extractar, del mismo autor, un amplio fragmento en el que reflexiona ampliamente sobre los problemas de los empleos públicos de su momento, especialmente ilustrador procediendo de una obra publicada en 1869, y es el correspondiente a la voz de *Clases pasivas*⁶⁶, haciendo también remisión a la misma desde una nota en la de *Empleados públicos*:

Mientras carezcamos de una buena ley sobre las circunstancias que deben reunir los empleados públicos; mientras no se dicten las disposiciones convenientes para regularizar la provision de empleos; [...] será indudablemente necesario y equitativo, nosotros lo reconocemos así, el sistema de cesantías y jubilaciones; pero no dejará por eso de ser a la vez una verdadera calamidad para la nacion. [...] Este mal es urgente combatirlo; es, como si dijéramos, el gérmen fecundo de ese cáncer de la sociedad conocido con el nombre de *empleomanía*, cuyo desarrollo se fomenta con esas distinciones innecesarias de los que desempeñan cargos públicos, con esos privilegios odiosos de que se revisten, con ese inconveniente estímulo que de tantos modos se ofrece á los jóvenes, y les alienta á mirar como único norte de sus aspiraciones la carrera de empleado. Y no es, que creamos que sea esta carrera de gran provecho y porvenir, y que por eso se descuiden otras, no; consideramos el mal como realmente es en sí, y por eso vemos con dolor que se desdeñen los estudios agrícolas y de los ramos industriales, que darian mas positivos resultados al interés individual y al fomento de nuestra pública riqueza, para pensar exclusivamente en escalar altos

65 MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Diccionario de la Administración española, peninsular y ultramarina*, t. VI. Madrid, 1869, p. 517.

66 *Ibidem*, t. III, Madrid, 1869, pp. 138-139.

puestos, para pensar cuando los ocupan en otros mas elevados, para no ocuparse muchos sino de ganar, de cualquier modo que sea, años de servicio, y para estar siempre soñando con un buen sueldo regulador. Seamos ingénuos; á esto aspiran sin descanso no pocos empleados y sus familias, aun á costa de su dignidad, de vergonzosas humillaciones y de indecorosas veleidades políticas. He aquí, nos decimos muchas veces, como los Gobiernos lejos de combatir con mano firme la empleomania, la estan inconsiderablemente fomentando. Hay, sin poderlo poner en duda, empleados muy dignos, laboriosos, ilustrados, y en todos conceptos muy distinguidos: respéteseles y atiéndaseles como es debido. Pero dese al mismo tiempo su merecido á esos otros empleados ineptos que deben exclusivamente al favor el puesto que ocupa, que nada trabajan, ó solo sirven de estorbo en las oficinas, que tal vez no asisten á ellas sino el dia de firmar la nómina, y que no obstante solo piensan en encaramarse á los mas altos puestos... dejando atrás á los que hemos dicho son laboriosos y entendidos... ¿Cómo, pues, á los que así se conducen hemos de mirarles con la consideracion que á los demás? ¿Con qué derecho ha de ser en todo caso mas atendida esta clase de servidores del país, que lo es cualquiera otra, la del labrador, la del industrial, la del comerciante? Si tan penosa es la carrera de empleado público, ¿por qué ese vértigo de todos por ser todos empleados? ¿Por qué tantos memoriales y tantos esfuerzos y tantas humillaciones para lograrlo?

IV. CONCLUSIÓN

El estudio de la larga e intrincada trayectoria de los pretendientes ayuda a comprender en su plenitud los mecanismos de funcionamiento de la Administración de la Edad Moderna. Aún más, la transición institucional hasta la época Contemporánea, a través de muy lentos y abundantes cambios, tiene un directo reflejo en la compleja figura de los pretendores, en la forma en la que se buscaba solución a los problemas que ocasionaban y se articulaba un cauce adecuado a las ventajas que suponía su existencia en los ámbitos civil, militar y eclesiástico. Fiel reflejo de la sociedad en la que se enmarcaba, el tradicional pretendiente de época moderna, absolutamente heterogéneo en su origen, tipología, pertenencia social y pretensión, va lentamente definiéndose en torno a los sectores en los que se perfecciona y especializa la Administración, adaptándose a la racionalización, a las nuevas corrientes y a los cada vez más específicos requisitos, concretando paralelamente los fines de sus pretensiones y consolidándose importantes mecanismos en el acceso a los oficios y cargos hasta la aparición de un proceso de calificación de aptitudes. En definitiva, los cambios sociales y políticos de los siglos XVIII y XIX dan lugar a una figura que, manteniendo la misma denominación, muestra una realidad muy distinta de la de su antecedente inmediato, especialmente en lo

que se refiere a los prejuicios derivados de su afluencia masiva en la capital. A pesar de todo, gran parte de los presupuestos que condicionaron su existencia siguieron vigentes y, probablemente, se diluyeron con la propia figura a mediados del siglo XIX, a medida que surgía la nueva burocracia y se abría paso el perfil del aspirante a un empleo público. Esta lenta transición está plagada de normas de la más diversa naturaleza cuyo pleno conocimiento resulta una labor compleja pero que, no obstante, puede ser abordada con una adecuada delimitación.

V. ANEXO: TABLA DE NORMATIVA

El lector interesado puede consultar en el siguiente enlace <<https://doi.org/10.21950/WUFYII>> una tabla de normativa. No pretende ser un compendio exhaustivo de toda la legislación referente a los pretendientes, pero sí una herramienta útil para el conocimiento de las normas más importantes de distintas épocas. Su elaboración se basa en las leyes referenciadas por los autores citados en el texto, especialmente Mariluz Urquijo, Barrios Pintado y Morales Moya, ampliamente engrosada con otras normas halladas durante el estudio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALMEYDA, A. de, *Pretendiente de la Tierra. Conseguir, y Carta para los que nauegan el golfo de la Corte*, Lima (Luis de Lyra), 1644.
- ALVAR EZQUERRA, A., «Los traslados de la Corte y el Madrid de los Austrias (1561 y 1601-1606)», en Miguel MORÁN y Bernardo J. GARCÍA, *El Madrid de Velázquez y Calderón. Villa y Corte en el siglo XVII*, vol. 1 (Estudios históricos), Madrid (Ayuntamiento de Madrid – Fundación Caja Madrid) 2000, pp. 41-60
- ALVAR EZQUERRA, A., *Felipe II, la Corte y Madrid en 1561*, Madrid (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), 1985.
- BARRIO GOZALO, M., *El Real Patronato y los obispos españoles del Antiguo Régimen (1556-1834)*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2004.
- BARRIO GOZALO, M., *El sistema benéfico de la Iglesia española en el Antiguo Régimen (1475-1834)*, (Universidad de Alicante), 2010.
- BARRIOS PINTADO, F., «La atracción de la Corte: burócratas y pretendientes», en *El mundo que vivió Cervantes*, Madrid (Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales), 2005, pp. 84-87.

- BARRIOS PINTADO, F., *España 1808. El Gobierno de la Monarquía*, Madrid (Real Academia de la Historia), 2009.
- 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 y Fundación Rafael del Pino), 2016.
- BONET, P., *Práctica é Instrucción de agentes y pretendientes. Ilustrada y apoyada con Leyes, Decretos y Reales resoluciones publicadas hasta ahora, para la expedición de toda especie de pretensiones y negocios eclesiásticos y seculares: con el método de entablarlos y seguirlos*, 2 t., Madrid (don Blas Roman), 1786-1787.
- BORAU DE LATRAS, M., *Guia de la ciudad de Zaragoza para litigantes y pretendientes, con varias noticias curiosas de la misma y Reino de Aragon*, (Imprenta Real), 1810.
- BRAVO LOZANO, J., «Pretensiones, pretendientes y similares en el Madrid de Carlos II», *Anales del Instituto de Estudios Madrileños*, t. LIII, Madrid, 2013, pp. 201-217.
- DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., *La sociedad española en el siglo XVII*, I (El estamento nobiliario), Monografías histórico-sociales, Madrid (Consejo Superior de Investigaciones Científicas: Instituto “Balmes” de Sociología, Departamento de Historia Social), 1963.
- GALÁN LORDA, M., «Los “agentes del Reino en Madrid”: institucionalización y evolución hasta el siglo XIX», en Mercedes GALÁN LORDA (dir.), *Navarra en la Monarquía hispánica: algunos elementos clave de su integración*, Pamplona (Aranzadi), 2017, pp. 127-303.
- GARCÍA GARCÍA, B. J., «La nueva Babilonia de España», en Miguel MORÁN y Bernardo J. GARCÍA, *El Madrid de Velázquez y Calderón. Villa y Corte en el siglo XVII*, I (Estudios históricos), Madrid (Ayuntamiento de Madrid y Caja Madrid), 2000, pp. 17-40.
- GIMÉNEZ CARRILLO, D. M., *Las Órdenes Militares castellanas en el siglo XVIII. Caballeros, pretendientes y mediadores*, Almería, 2014.
- GONZÁLEZ DÁVILA, G., *Teatro de las grandezas de la Villa de Madrid Corte de los Reyes Catolicos de España...*, Madrid (Thomas Iunti), 1623.
- GUEVARA, Fray A. de, *Menosprecio de Corte y alabanza de aldea*, Valladolid, 1539.
- LIÑÁN Y VERDUGO, A. de, *Avisos y guía de forasteros que vienen a la Corte*, Madrid (viuda de Alonso Marin), 1620.
- LÓPEZ, R. F., *Cartilla de Agentes y Pretendientes ó manual de Ministerios, Tribunales y Oficinas*, Madrid (Imprenta de don Miguel de Burgos), 1828.
- MARILUZ URQUIJO, J. M., «Regulación jurídica de los pretensores», *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, V, 1980, pp. 137-158.

- MARTÍNEZ RUIZ, E., «Apuntes sobre la policía de Madrid en el reinado de Carlos IV», en *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea*, VII, Madrid (Universidad Complutense), 1986.
- MESONERO ROMANOS, R. de, *Manual de Madrid, descripción de la Corte y de la Villa* (2ª. ed.), Madrid (Imprenta de D. M. de Burgos), 1833.
- MORALES MOYA, A., «Política y Administración en la España del siglo XVIII (notas para una sociología histórica de la Administración pública), en *Revista de Administración Pública*, núm. 105 (septiembre-diciembre), 1984, pp. 167-201.
- NIETO, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Madrid (Instituto Nacional de Administración Pública), 1986.
- PÉREZ Y LÓPEZ, A. X., *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos, y decisiones no recopiladas, y alfabético de sus títulos y principales materias*, 28 vols., Madrid, Imprenta de Manuel González, 1791-1798.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Historia de las Instituciones político-administrativas contemporáneas (1808-1975)*, Madrid (Dykinson), 1994.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, R. I., *Delincuencia y seguridad en el Madrid de Carlos II*, Madrid (Ministerio del Interior), 1994.
- SANDOVAL PARRA, V., *Manera de galardón. Merced pecuniaria y extranjería en el siglo XVII*, Madrid (Fondo de Cultura Económica), 2014.
- SORIA MESA, E., *La nobleza en la España moderna. Cambio y continuidad*, Madrid (Marcial Pons), 2007.
- VERMUDEZ DE PEDRAZA, F., *Hospital Real de la Corte*, Granada (Anna Heylan), 1645.

CONSTITUCIÓN, CÓDIGO Y SOCIEDAD ANÓNIMA (1812-1848)

Jesús Jimeno Borrero

Resumen: La presente investigación analiza la aparición de la sociedad anónima en el siglo XIX que supuso una transformación económica fundamental. La sociedad anónima es un instrumento jurídico que hace posible el desarrollo capitalista producido en los primeros gobiernos liberales. Este estudio compara la sociedad anónima con otras figuras jurídicas similares y también analiza las claves de la sociedad anónima en la primera codificación mercantil como la personalidad jurídica o la responsabilidad limitada.

Palabras clave: Codificación mercantil, Compañía de comercio, Constitución, Personalidad jurídica, Sociedad Anónima.

Abstract: The current research analyzes the creation of the corporation in the nineteenth century, which was a fundamental economic transformation. The corporation is a juridical instrument needed for the capitalist process lead by the first liberal governments. This research compares between the corporation and similar legal concepts. It also analyzes the keys of the corporation in the first Commercial Code as in the legal personality and the limited responsibility.

Keywords: Commercial codification, Trade company, Constitution, Legal personality, Corporation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ETERNA BÚSQUEDA DEL PRIMER FÓSIL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. III. SOCIEDAD ANÓNIMA Y PRIMERA CODIFICACIÓN MERCANTIL ESPAÑOLA. 1. Anonimato y denominación de la sociedad anónima. 2. La responsabilidad limitada de la sociedad anónima. 3. Personalidad jurídica y sociedad anónima. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La institución de la sociedad anónima es objeto en la actualidad de un elevado número de publicaciones que analizan diferentes aspectos técnico-jurídicos como la conformación del capital social, la impugnación de los acuerdos sociales o la responsabilidad solidaria de los administradores. Sin embargo, su introducción en la codificación mercantil ha sido escasamente analizada por la historiografía contemporánea, a pesar de su elemento de ruptura con la general y tradicional comprensión del contrato de compañía de comercio¹.

1 Exceptuamos algunos trabajos como ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “El reconocimiento

La sociedad anónima es principalmente una sociedad mercantil con unos requisitos extraordinarios en materia de aprobación y con unas características inéditas; capital dividido en acciones, pluralidad numérica de socios, responsabilidad limitada, nombre anónimo donde se prohíbe que figure un socio solidario, y en cierta forma, el nacimiento de un ser moral o persona jurídica independiente. Pero la sociedad anónima es además producto de un tiempo y de un proyecto político, social, económico, industrial y por qué no decirlo, también constitucional, que bajo un proyecto definido, constitucional y codificador, cobra verdadera carta de naturaleza. Un proyecto político, iniciado en la Europa continental principalmente en Francia, en el que bajo el nuevo paradigma estatalista se rompe –o trata de romperse– la barrera gremial y consular en el acceso al oficio y se disuelve paulatinamente la dimensión personalista del contrato de compañía².

Un nuevo régimen liberal que oculta el mito revolucionario francés, pero que depara la construcción de una nueva sociedad burguesa donde la tradicional estratificación basada en el linaje, la familia, la profesión, es sustituida por otras reglas como la propiedad de la tierra –tras el sistemático proceso expropiador llevado a cabo– la riqueza mercantil o el sistema parlamentario en el que las declaraciones universales recogidas en las constituciones tienen carácter nominal, negando la interpretación legislativa un igualitarismo efectivo y material a través de la reserva del voto censitario y la gestión política de los ciudadanos con un determinado nivel de renta³.

to de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2016, principalmente pp. 80-91, o PETIT, C. *Historia del Derecho Mercantil*, Madrid (Marcial Pons), 2016, pp. 412-430.

2 MAZZARELLA, F. *Percorsi storico-giuridici dell’impresa. Dall’ “entreprise” all’ “Unternehmen”*, Palermo (Carlos Saladino Editore), 2010, pp. 28-40. Recientemente, el mismo autor habla sobre el acto de comercio en el Código de Comercio español, *Un diritto per l’ Europa industriale*, Milán (Giuffré), 2016, pp. 41-50. Asimismo, SPADA, P. “Il Code de Commerce 1807 e le costituzione económica”, en *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze*, Bari (Insubria University Press), 2009, pp. 33-39.

3 Sobre esta cuestión se extiende FONTANA, J. *Capitalismo y democracia; cómo empezó este engaño*, Barcelona (Crítica), 2019, pp. 49-57 y 63-70. Sobre la familia en el siglo XVIII encontramos diferentes trabajos como el de GONZÁLEZ CRUZ, D. *Familia y educación en la Huelva del siglo XVIII*, Huelva (Universidad de Huelva), 1996, p. 35-38. Por otra parte, se ha reglado la idea de que las clases aristocráticas se incorporaron unánimemente al nuevo modelo económico. Sin embargo, estudios recientes muestran la imposibilidad de mostrar de forma sistemática la integración de la familia aristocrática en la dinámica liberal; GARCÍA ORALLO, R. “Los caminos del capital aristocrático. No-

La sociedad anónima desplaza el pretérito *intuitus personarum* del contrato de compañía de comercio, acomodándose en una nueva herramienta jurídica que posibilita mediante la aportación de una pluralidad de ahorradores, convertidos ahora en accionistas, la consecución de grandes obras públicas –puentes, plazas, etc.– e importantes empresas como ferrocarriles, máquinas de vapor, etc., que sin este novedoso soporte societario hubieran resultado inalcanzables⁴.

Aunque conviene advertir que el desarrollo capitalista de comienzos del siglo XIX no siguió un curso homogéneo en todos los espacios geográficos, sino que dependiendo de la realidad económica, social, política del país, derivó en un proceso desigual que influyó en la aprobación de los códigos de comercio y en la adaptación de la sociedad anónima.

El doble modelo económico que se había instaurado en Francia e Inglaterra, combinándose la fábrica de grandes dimensiones y el inicio del proceso capitalista con las pequeñas sociedades dedicadas a oficios artesanos no se calca en la España del siglo XIX, donde su escaso desarrollo industrial, la conservación de los oficios y el general atraso económico impide este sistema económico dual⁵. La convivencia de este doble modelo en suelo hispánico tendrá más de teórico y jurídico que de realidad socio-política. La aprobación del Código de Comercio en 1829 por un gobierno deseoso de que aflore el capitalismo traerá aparejado la existencia de este doble modelo societario en el que conviven, por una parte, pequeños comerciantes, artesanos, panaderías, tabernas, etc., reunidos jurídicamente en la compañía general o colectiva y, en menor medida, en la comanditaria, y por otra parte, las grandes obras públicas y factorías objeto de una nueva forma societaria; la sociedad anónima, aunque todavía quedaba un largo recorrido histórico para que ésta cobre una naturaleza verdaderamente rupturista en la historia económica española.

Debemos cuestionarnos si la sociedad anónima fue una compañía o sociedad creada *ex novo* por este nuevo proceso económico global, sin antecedentes en las diferentes experiencias jurídicas hasta ese momento histórico o, por

bleza, redes de influencia y capitalismo financiero en la España Liberal (1840-1867)”, en Pablo Ortega-del-Cerro, Antonio Irigoyen López (editores), *Profesiones, ciclos vitales y trayectorias familiares entre la continuidad y la transformación (siglos XVII-XX)*, Murcia (Universidad de Murcia), 2019, pp. 245-273.

4 LIMA LOPES, J. R. “A formação do direito comercial brasileiro. A criação dos Tribunais de comercio do Império”, *Cadernos Direito* 6V, Vol. 4, núm. 4, 2007, pp. 20 ss. Recientemente Carlos Petit, *Historia del Derecho*, pp. 411-430.

5 FONTANA, J. *Capitalismo y democracia*, pp. 9-27.

el contrario, hubo en el derecho sociedades con condiciones o características idénticas o similares a las de este nuevo tipo societario.

II. LA ETERNA BÚSQUEDA DEL PRIMER FÓSIL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Una constante en los positivistas de la rama mercantil es la búsqueda del primer antecedente directo de la sociedad anónima, o como he denominado, el primer fósil de la sociedad anónima que procure o sostenga la justificación de la sociedad anónima en el derecho histórico. La bibliografía estudiada se ha centrado generalmente en el estudio de la Real Compañía como origen primero de la sociedad anónima, aunque otras visiones creemos más alejadas de la compañía dieciochesca es el Asiento de Avería⁶.

Algunas de las características de la sociedad anónima son asimilables a la Real Compañía, sin embargo la Real Compañía parte de un origen institucional, bajo la influencia de un monarca transmutado en *pater familias*, aunque excepcionalmente se conozcan supuestos donde la iniciativa corresponde a manos particulares como la Real Compañía de la Real Casa de Misericordia de Zaragoza y la Real Compañía de San Fernando de Sevilla⁷. Por tanto, no

6 Las diferencias entre el Asiento de Avería y la sociedad anónima de la etapa revolucionaria francesa son relevantes; en primer lugar, la ausencia efectiva de los estatutos y de las cláusulas propias de la anónima en ese órgano de protección de las embarcaciones con destino a las Indias Occidentales; en segundo lugar, la inexistencia de una idea de lucro mercantil y de la libertad de pactos por parte de los contratantes, lo que le asimila a una institución de corte pública; en tercer lugar, el desconocimiento de cualquier acuerdo que module la responsabilidad de los participantes y, por último, la asimilación errónea de un tributo impuesto por el rey con la aportación de un capital social, elemento fundamental del contrato de sociedad. Sobre la identificación del Asiento de Avería con la sociedad anónima; HIERRO AÑIBARRO, S. *El origen de la sociedad anónima en España. La evolución del asiento de avería y el proyecto de compañías de comercio de Olivares (1521-1633)*, Madrid (Tecnos), 1998, y “El asiento de avería y el origen de la compañía privilegiada en España”, *Revista de Historia Económica*, Vol. 23, 2005, pp. 181-211 y ANDRADE RIVAS, E. “La sociedad anónima en la tradición jurídica hispano-indiana”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, nº 23, 2011, pp. 401-444.

7 Para el caso aragonés; GÓMEZ ZARROQUIANO, J. “El fracaso de las Compañías y fábricas privilegiadas en Aragón”, *Studia H. Ha Moderna*, núm. 17, 1997, pp. 213-233. Respecto de la Real Compañía de San Fernando; ley 12: “Que todos los géneros, que esta Compañía fabricare de su cuenta, han de ser en su primera venta, en cualquier parte, que se ejecute, libres de Cientos, y Alcabalas, por el tiempo de diez años; y que así los expresa-

existe capacidad por parte del accionista para modular el gobierno interno de la Real Compañía, sino que solo puede incorporarse al decreto del monarca⁸. El accionista, ajeno en líneas generales a la profesión mercantil, solo puede adherirse al cuerpo moral o político que es la Real Compañía⁹.

Pero dos aspectos destacan en su diferencia con la sociedad anónima de corte estatal; la responsabilidad limitada y la libre enajenación de la condición de socio. Respecto de la responsabilidad limitada, diferentes autores plantean la existencia de una limitación a la cantidad aportada en la adquisición de la acción¹⁰. Sin embargo, el análisis de diferentes reglamentos como

dos géneros, como todos los demás en que comerciare la Compañía, incluso los simples, e ingredientes, han de ser exentos de pagar derechos algunos a la entrada en las Aduanas de las Ciudades de Cádiz, Sevilla, y demás del Reino: pero no de los que se debieren por razón de extracción de él". En este sentido, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, C. A. *La Real Compañía de Comercio y Fábricas de San Fernando de Sevilla (1747-1787)*, Sevilla (Ayuntamiento de Sevilla), 1994, pp. 19-21. Esta institución se enmarca en los constantes proyectos de diversa índole que se suceden durante el siglo XVIII en la geografía sevillana; MOLAS RIBALTA, P. "La compañía como proyecto (siglos XVII-XVIII)", *Anuario de estudios atlánticos*, núm. 50, 2004, pp. 607-623.

8 La Real Compañía como institución de derecho público donde solo es posible adherirse a las reglas dictadas por el gobierno monárquico; UNGARI, P. *Profilo storico del diritto delle anonime in Italia*, Roma (Bulzoni Editore), 1974, pp. 19-29; y SPADA, P. "Boutiquiers y Padri Costituenti", en *Negozianti y imprenditori, 200 anni dal Code de commerce*, Milán (Mondadori-Sapienza Università di Roma), 2008, pp. 117-140, pp. 117-140. Fernand Braudel incide en la característica del monopolio otorgado por el monarca, *le capitalisme monarchique*, que requiere para su desarrollo de la confluencia de tres realidades; *l'Etat, lui d'abord, plus ou moins efficace, jamais absent; le monde marchand c'est-à-dire les capitaux, la banque, le crédit, les clients - un monde hostile ou complice, ou les deux à la fois, enfin une zone de commerce à exploiter au loin qui, à elle seule, détermine bien des choses*; BRAUDEL, F. *Civilisation matérielle, Economie et Capitalisme XV-XVIII Siècle*, Tomo II, Paris (Armand Colin), 1979, pp. 390-391.

9 Desde su dimensión jurídica, algunos autores interpretan su naturaleza de body politic o corporation; JAHNTZ, K. *Privilegierte Handelscompagnien in Brandenburg und Preussen, Ein Beitrag zur Geschichte des Gesellschaftsrechts*, Berlín (Duncker & Humblot), 2006, pp. 125-130.

10 Como GALGANO, F. *Historia del derecho mercantil*, Barcelona (Laia), 1981, pp. 64-78; y RICO LINAJE, R., *Las Reales Compañías de Comercio con América. Los organos de gobierno*, Sevilla (Diputación de Sevilla), 1983, pp. 17-18, que considera evidente una obligación patrimonial limitada al capital desembolsado en base a la ruptura de la regla del *intuitus personarum*. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y LASARTE ÁLVAREZ, J. *La acción en las Compañías privilegiadas (siglo XVIII)*, Sevilla (Universidad de Sevilla), 1963, pp. 41-43,

el de la Real Compañía de San Fernando resulta negativo a la hora de interpretar esta restricción en materia de responsabilidad, ya que guardan silencio sobre esta cuestión¹¹.

Una laguna jurídica cubierta por la codificación de origen francés y la recepción de su *société anonyme* en el Código de Comercio de Sainz de Andino y su proyección en los países latinoamericanos¹². La interpretación de la responsabilidad de la Real Compañía por acciones parece acomodarse al establecimiento de un capital social que en el hipotético supuesto de que fuera agotado o consumido, sufriría de nuevas derramas por parte de los socios-accionistas para el pago de los débitos en que hubiera incurrido la Real Compañía¹³.

En cuanto a la libre transmisión de la acción y el derecho a ser socio, la peculiar naturaleza de la Real Compañía permite suponer que la determinación de un capital fijo que afronte los ambiciosos negocios para los que nace la Real Compañía –generalmente el tráfico comercial con América– otorga al accionista la posibilidad de que negocie con su título en el mercado secundario¹⁴. Por el contrario, este planteamiento no concuerda con el análisis documental, ya que las cartas de erección aprobadas por el monarca adolecen de una regulación taxativa, estándose a lo establecido de forma variable a la autorización que emitiera los órganos de gestión social¹⁵.

Curiosamente la compañía privada por acciones ha sido objeto de escaso interés por parte de la historiografía reciente, aunque su naturaleza y sus ca-

fundan esta supuesta responsabilidad limitada en una regla inserta en el reglamento de la Compañía de Granada acerca de la enajenación de la condición de socio.

11 La única mención que realiza la cédula de erección al capital de la Real Compañía se refiere únicamente a la consecución de una determinada cantidad para afrontar los fines que ha de afrontar, Real Compañía de San Fernando, ley 1: “Que el fondo de la Compañía ha de ser, por ahora, de un millón de pesos, y en delante de tres millones, que es el que se considera suficiente para conseguir los fines a que se dirige”.

12 En este sentido, se expresan TORTELLA CASARES, G. “El principio de responsabilidad limitada y el desarrollo industrial de España”, *Moneda y Crédito*, núm. 104, 1968, pp. 69-84; UNGARI, P. *Profilo storico del diritto delle anonime in Italia*, pp. 19-29; SPADA, P. *Boutiquiers e Padri Costituenti*, pp. 117-140, y PETIT, C. *Historia del Derecho*, pp. 188-194.

13 PETIT, C. *Historia del Derecho*, pp. 186-190.

14 SPADA, P. *Boutiquiers e Padri Costituenti*, pp. 117-140.

15 En este sentido, UNGARI, P. *Profilo storico del diritto delle anonime in Italia*, pp. 21-28.

racterísticas la asemejan más que la Real Compañía de Comercio a la sociedad anónima de la codificación mercantil de matriz europea.

La compañía privada por acciones de iniciativa particular se acuerda en aplicación del principio de libertad de pactos, a diferencia de la estatuto inmodificable de la Real Compañía, y se caracteriza por un nombre comercial impersonal, en ocasiones de inspiración piadosa, un capital superior a las compañías colectivas o generales y, por último, un complejo sistema de gestión basado en las juntas de accionistas y en la figura de un director individualizado¹⁶.

Interesa ahora detenerse en las dos cuestiones planteadas anteriormente respecto de la Real Compañía por acciones. En primer lugar, la libre enajenación y adquisición de las acciones de la compañía no encuentra una regla general, sino que el principio de autonomía de la voluntad reflejado en los estatutos sociales se manifiesta de forma diferente en las plazas que conocieron este tipo de contratos. Una respuesta negativa a la transmisión de la condición de socio por actos *intervivos* se encuentra en el Cádiz del siglo XVIII, donde se documentan solamente pactos de transmisión *mortis causa*¹⁷, mientras que en Valencia se encuentran algunos ejemplos de una fácil y accesible venta de las acciones con la sola limitación de preavisar con seis semanas de antelación a los directores de la compañía¹⁸. El contrato de compañía aseguradora “Santísimo Cristo de las Tres Caídas” presenta un carácter marcadamente personalista que impide la libre admisión del socio, que solo podrá ser aprobada por el director en un plazo de treinta días desde la constitución de la sociedad, mientras que la caída de alguno de los socios en quiebra o en insolvencia no supone la admisión de un nuevo socio, sino el prorrateo de las ganancias o pérdidas en los restantes compañeros¹⁹.

16 Nos referimos a los siguientes títulos; GARCÍA-BAQUERO, A. *Cádiz y el Atlántico*, Sevilla (Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla-Universidad de Sevilla), 1976, pp. 412-434; FRANCH BENAVENT, R. *Crecimiento económico y enriquecimiento burgués en la Valencia del siglo XVIII*, Valencia (Alfons el Magnanim), 1986, pp. 282-283, y PETIT, C. *Historia del Derecho*, pp. 192-193.

17 GARCÍA-BAQUERO, A. *Cádiz y el Atlántico*, pp. 420-434.

18 FRANCH BENAVENT, R. *Crecimiento económico y*, p. 282-283.

19 Compañía Aseguradora “Santísimo Cristo de las Tres Caídas”, Archivo de la Cámara de Comercio de Sevilla (en adelante AGCOCISNS), Consulados 20, nº 2, 1797: “2ª. Que si alguno, ó algunos de los accionistas cuenta compañía, durante el tpô de ella viniere á estas en quiebra, atraso, ó indicios reservado de ello, ó juzgado como tales por los conciliarios y Director o muriese en insolvencia desde el mismo dia en que contase á estos

Por otra parte, los contratos analizados y la historiografía consultada se inclina por la regla general de la responsabilidad *in solidum* de los socios en este tipo de sociedad²⁰, aunque existan con carácter excepcional algunos contratos que subsumen el pago de las deudas hasta la cantidad desembolsada en el momento constitutivo de la compañía²¹.

III. SOCIEDAD ANÓNIMA Y PRIMERA CODIFICACIÓN MERCANTIL ESPAÑOLA

La codificación mercantil del siglo XIX incorpora un nuevo tipo societario; la sociedad anónima. Una sociedad que nos conduce a una modernidad so-

cualquier de otros casos se tendrá por extinguida su acción, ó acciones y se deducirá de la cuota que se firmare en adelante, la cantidad respectiva á este socio, y si cotejadas las resultas de las operaciones pasadas y pendientes hasta aquel día se hallan utilidades; estas quedaran a beneficio de los demas interesados, y si por el mismo cotejo resultaren perdidas, los socios remanentes las cubrirán prorrateándose entre si por honor de la compañía, el cumplimiento de lo que falta para su solvencia”; y “23^a Que si en el tpô de treinta días contados desde hoy de la fecha, hubiese algun sugeto, ó sugetos de la aprobación de dichos conciliarios y Director, que quieran firmar acción, ó acciones en esta Compañía, se les admitirán, y se entenderán ser interesados desde el dia de su establecimiento, haciendo saber á los interesados el nuevo socio, ó socios agregados”.

20 Un ejemplo se encuentra en la citada Compañía Aseguradora por acciones “Santísimo Cristo de las Tres Caídas” cuyo acuerdo contenido en la escritura establece el deber de satisfacer las deudas en proporción a la acción o a las acciones que posea cada socio, como también se produce en el supuesto de que se obtuvieran los beneficios; Compañía Aseguradora “Santísimo Cristo de las Tres Caídas”, AGCOCISNS, Consulados 20, n^o 2, 1797: “Primeramente con condición de q. cada uno de los accionistas é interesados de esta Compañía, ha de quedar obligado p^a su respectivo interes a la parte q le corresponda en las cantidades q se contuviesen en las Polizas q firmare asi su Director como el Apoderado que se nombre para dicha Ciudad de Cádiz por cuenta y con arreglo a las condiciones de este establecimiento respondiendo cada uno por la pérdida correspondiente á su acción, ó acciones y perciviendo igualm. las utilidades respectivas á ellas”.

21 Algunos casos excepcionales de responsabilidad limitada hallan en sus respectivos documentos: GARCÍA-BAQUERO, A. *Cádiz y el Atlántico*, pp. 412-434; MATILLA QUIZA, M. J., “Las compañías privilegiadas en la España del Antiguo Régimen”, en Miguel Artola (Coord.), *La economía española a fines del Antiguo Régimen*, Instituciones, Madrid, 1982. P. 269-401; y SALA, M. *Un siglo de seguros marítimos barceloneses en el comercio con América (1770-80)*, Madrid (Fundación Mapfre-Instituto de Ciencias del Seguro), 2012, pp. 137-142.

ciataria, que solo el avance de los tiempos convertirá en mecanismo necesario para el desarrollo industrial y económico²².

El Código de Comercio de 1829 y el proyecto de la Comisión Real parten de una sola especie de compañía, la colectiva o general, y otras dos subclases como son la sociedad en comandita y la sociedad anónima²³. Es especialmente notoria esta aseveración en el Proyecto del Código de Comercio de la Comisión Real que califica a las dos sociedades como “irregulares”²⁴.

J. M. Pardessus, el comentarista más importante del *Code de Commerce* de 1807, sostiene la idea de que las demás sociedades son meras variaciones de la sociedad en nombre colectivo²⁵. La doctrina de Pardessus se prolonga de forma unánime a los autores españoles del siglo XIX. González Huebra define a la sociedad colectiva como el “tipo principal”, apreciando a las restantes [tipologías] como meras “excepciones suyas”²⁶. Méndez y Balcarce considera

22 *Code de Commerce 1807*, art. 19: “La loi reconnait trois espèces de sociétés commerciales: la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme”.

23 Código de Comercio 1829, art. 265: “Puede contraerse la compañía mercantil: 1º. En nombre colectivo bajo los pactos comunes á todos los socios, que participen en la proporción que hayan establecido, de los mismos derechos y obligaciones, y esta se conoce con el nombre de compañía colectivo. 2º. Prestando una ó varias personas los fondos para estar á las resultas de las operaciones sociales, bajo la dirección exclusiva de otros sócios que los manejen en su nombre particular; esta se titula compañía en comandita. 3º. Creándose un fondo por acciones determinadas para girarlo sobre uno ó muchos objetos, que den nombre á la empresa social, cuyo manejo se encargue á mandatarios ó administradores amovibles á voluntad de los socios, y esta compañía es la que lleva el nombre de anónima”. Girón Tena se pronuncia en este sentido, fundamentando su *opinio iuris* en dos aspectos: en primer lugar, el uso terminológico que hace Sainz de Andino del término “poder contraerse” otras modalidades de sociedad, y en segundo lugar, en la sistemática seleccionada por el Código de Comercio de 1829 en la que no existe una correlación entre las secciones y los diferentes tipos de sociedad, GIRÓN TENA, J. “Las sociedades mercantiles en el Código de Comercio”, en *Centenario del Código de Comercio*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1986, pp. 170-209.

24 *Proyecto de Código de Comercio de la Comisión Real 1828*, art. 54: “Hay además dos sociedades que son irregulares, a saber: la de comandita y la anónima. La de comandita es un contrato entre los socios principales y solidarios, de una parte, y, de la otra, los que ponen simplemente fondos en la sociedad a pérdidas y ganancias”.

25 PARDESSUS, J. M. *Cours de droit commercial*, tomo II, sexta edición, Augmentée de la Législation et de la Jurisprudence Belges, Bruselas (Bélgica), Librairie de Jurisprudence de H. Tarliere, 1836, núm. 1004, pp. 496.

26 GONZÁLEZ HUEBRA, P. *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid (Librería de Sanchez), 1867, pp. 123-124: “Colectiva regular porque es la que mas se conforma con el objeto

que esta sociedad “sirve de modelo a las otras”²⁷. Esta opinión coincide con la de Martí de Eixalá, que se refiere a ella como la “regla general”, otorgándole carácter subsidiario ante la ausencia de elección expresa en el contrato de sociedad²⁸. Sin embargo, debemos especificar que en el Código de Comercio de Sainz de Andino se adivina la permanencia de una compañía que parece contradictoria con el proyecto codificador, especialmente el francés, toda vez que la ley fernandina permite la continuidad de la compañía por acciones privilegiada, sometida a la previa aprobación del monarca en el supuesto que recibiera una prerrogativa y que supone una excepción a la regla general de la sociedad anónima²⁹.

Analizadas aquellas instituciones que han sido referidas por la bibliografía como origen de la sociedad anónima actual, conviene en los epígrafes siguientes plantear las claves de la sociedad anónima en la primera codificación mercantil³⁰.

de toda asociación, se aparta menos de las disposiciones del derecho comun, y es como el tipo principal, pudiendo las demás considerarse como excepciones suyas”.

27 MÉNDEZ Y BALCARCE, L. *Instituciones y doctrinas de Comercio*, Buenos Aires, Instituto de investigaciones de historia del Derecho, reimpresso 2000, p. 20.

28 MARTÍ DE EIXALÁ, R. *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, Barcelona (Librería de Álvaro Verdguer Ramble), 1879, p. 261: “Semejante sociedad viene á ser la regla general, y las demás á manera de excepciones; así pues, siempre que aparezca una sociedad mercantil, se entenderá colectiva respecto de todos los sócios mientras no conste de un modo evidente lo contrario”.

29 Código de Comercio 1829, art. 294: “Cuando las compañías anónimas hayan de gozar de algún privilegio que yo le conceda para su fomento, se someterán sus reglamentos á mi soberana aprobación”.

30 Otros autores recientes como Henry Hansmann y Reinier Kraakman parten de cinco características estructurales de la sociedad anónima, indistintamente del nombre que reciba el tipo societario y que son comunes a todas las jurisdicciones mercantiles; personalidad jurídica, responsabilidad limitada, acciones transferibles, gestión centralizada bajo una estructura social de Junta de Accionistas y propiedad compartida del capital por parte de los accionistas. En este trabajo hemos preferido adentrarnos de forma exclusiva en la denominación de la sociedad, en la responsabilidad limitada y en la personalidad jurídica para que el lector ajeno a los estudios histórico-mercantiles acceda a una comprensión general de la fractura que supuso la sociedad anónima en el derecho de sociedades; HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R., “What is Corporate Law”, en H. Kraakman (editor), *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2004.

1. Anonimato y denominación de la sociedad anónima

Entre compañía y sociedad, el uso de una determinada denominación se plasma como una importante diferencia en el derecho privado entre el proyecto político estatal francés y el proyecto monárquico borbónico.

El término *compagnie*, reservado para designar en el derecho galo la Real Compañía por acciones dedicada en líneas generales a comerciar con las Indias Occidentales, mantenía unas notas de excepcionalidad en el derecho de sociedades previo a la codificación debido al privilegio monárquico³¹. Esta realidad parece manifestar la imposibilidad que en la redacción definitiva del *Code de Commerce* pudiera denominarse a la sociedad anónima como *compagnie* y el legislador napoleónico elija la locución *société* para calificar el nuevo tipo asociativo, un vocablo sin vínculo con el poder regio y enlazado con la tradición comerciante de la pequeña burguesía³².

Esta problemática no se extiende a la redacción del Código de Comercio español donde la permanencia de la monarquía borbónica otorga la elección del legislador individual, Pedro Sainz de Andino, del término *compañía anónima* para la denominación de la sociedad anónima³³, justificándose así la presencia

31 Sobre esta cuestión, SPADA, P. *Boutiquiers e Padri Costituenti*, pp. 117-140. Ugo Petronio aborda el asunto de la codificación francesa desde una perspectiva política en la que aborda la necesidad de la uniformidad mercantil para todos los ciudadanos; PETRONIO, U. “Un diritto nuovo con materiale antichi: il Code de commerce fra tradizione e innovazione”, en *Negozianti y imprenditori, 200 anni dal Code de commerce*, Milán (Mondadori-Sapienza Università di Roma), 2008, pp. 1-45.

32 *Code de Commerce 1807*, art. 19: “La loi connait trois espèces de sociétés commerciales: La société en nom collectif, La société en commandite, La société anonyme”. En este sentido, UNGARI, P. *Profillo storico del diritto delle anonime*, especialmente pp. 30-40; y PETIT, C. *Historia del Derecho*, pp. 417-418. Interesa aquí la afirmación de GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. *Curso de derecho mercantil*, Madrid (Imprenta Aguirre), 1940, pp. 354-355, que considera que la compañía por acciones era la forma aristocrática de las sociedades hasta la entrada de la revolución francesa que genera un nuevo tipo de compañía anónima, liberalizada de la intervención estatal y democratizada por el Código de Comercio de 1829.

33 Código de Comercio 1829, art. 265.3º: “Creándose un fondo por acciones determinadas para girarlo sobre uno v muchos objetos, que den nombre a la empresa social, cuyo manejo se encargue a mandatarios o administradores amovibles á voluntad de los socios, y esta compañía es la que lleva el nombre de anónima”. La doctrina también se expresa en términos parecidos: VICENTE Y CARAVANTES, J. *Código de Comercio*, Madrid (Imprenta de D. S. Omaña), 1850, pp. 126-127, incide en la terminología utilizada por el Código de

arcaizante en el código fernandino de la vieja compañía privilegiada³⁴. Sin embargo, la doctrina mercantil española del siglo XIX no se detiene en esta cuestión y se refiere a esta institución societaria bajo el empleo de ambos términos³⁵.

El uso erróneo del término anonimato para titular la compañía anónima resulta incorrecto en el planteamiento establecido por la codificación mercantil de la primera mitad del siglo XIX. El supuesto anonimato no es tal, sino que hace mención a la prohibición en la firma social del apellido de un socio responsable solidario frente a terceros, pero no a la posibilidad de escriturar una firma que genera cierta publicidad de su actividad³⁶. Aunque conviene

Comercio de 1829 que reserva para la compañía anónima, “la gran reunión de asociados y gran masa de capitales”, en contraposición con las “demás asociaciones que suponen menos asociados y empresas menos considerables que se intitulan sociedad”. Por otra parte, conviene señalar la posible influencia en el jurista gaditano del proyecto malagueño que define, bajo el nombre de una compañía pública corporativa, a una sociedad con las características propias de la anónima: *Proyecto de Ordenanzas del Consulado de Málaga 1828*, art. 465: “Compañía pública corporativa es la que forman muchos individuos con autorización del gobierno para determinados objetos”.

34 Código de Comercio 1829, art. 294: “Cuando las compañías anónimas hayan de gozar de algún privilegio que yo le conceda para su fomento, se someterán sus reglamentos á mi soberana aprobación”.

35 Son los casos de BACARDÍ, Alejandro de. *Tratado de Derecho Mercantil de España*, Barcelona (Imprenta de D. Benito Espona), 1840, p. 250: “[Creadas para] facilitar la reunión de gran número de pequeños capitales que empleados aisladamente no produjeran ninguna operación útil, para formar grandes masas que sirven al sostenimiento de vastos establecimientos mercantiles cuyo importe escede de mucho á los capitales de un simple particular, ha creado sociedades anónimas”; y de MÉNDEZ Y BALCARCE, *Instituciones y doctrinas de Comercio*, p. 21: “Como es generalmente imposible que un corto numero de personas pueda entrar en ciertas empresas mercantiles que exigen grandes caudales; como seguros, vapores, compras de rentas públicas, etc., y como por otra parte hay muchos que poseén capitales menores y no pueden ó no saben girarlos por sí, se han inventado las sociedades, ó más propiamente las compañías anónimas, que son aquellas que reciben el nombre de la empresa y no de los socios”.

36 Esta afirmación se sustenta, en gran medida, en los principios de la sociedad anónima, y aunque a continuación analizaremos *ex profeso* el asunto de la responsabilidad patrimonial, conviene traer a colación la tesis sostenida por MARTÍ DE EIXALÁ sobre esta cuestión, *Instituciones de Derecho Mercantil*, pp. 271: “La sociedad anónima es la que se crea con un capital dividido en número determinado de acciones y en la que no hay sócio alguno que responda del resultado de las operaciones sociales, más allá del valor que representan las acciones por las que interesa. Por esta causa carece de razón social, y en efecto, no pudiera incluirse en ella nombre alguno para ofrecer garantías, toda vez que

precisar que la compañía anónima carece de una razón social, pues la terminología legal del Código de Comercio la designa como *denominación de la sociedad*, mientras que reserva el vocablo razón comercial para las compañías colectivas en las que un socio responde solidariamente por los actos signados en nombre de la compañía³⁷.

El objeto social se presenta como un elemento clave para la comprensión de la codificación de la sociedad anónima. La sociedad anónima presenta una clara conexión con las grandes obras públicas –puentes, ferrovías, etc.– y los vastos negocios comerciales de la revolución industrial³⁸, aunque Jean Marie

no hay socios solidarios en esta clase de sociedad. Así es que ha de girar bajo una mera denominación, sacada del objeto ú objetos de sus especulaciones; y por consiguiente el administrador ó gerente ha de firmar con su nombre particular”.

37 La definición de la compañía anónima anteriormente citada conviene volver a reproducirla, ya que se observa la obligatoria regla de que el objeto o los objetos para los que se constituye la sociedad, den nombre a la “empresa social”: *Código de Comercio 1829*, art. 265.3º: “Creándose un fondo por acciones determinadas para girarlo sobre uno o muchos objetos, que den nombre a la empresa social, cuyo manejo se encargue a mandatarios o administradores amovibles á voluntad de los socios, y esta compañía es la que lleva el nombre de anónima”. Sobre la ausencia de la razón comercial en la anónima, Sainz de Andino establece expresamente este extremo en el art. 276: “Las compañías anónimas no tienen razón social, ni se designan por los nombres de sus socios, sino por el objeto ú objetos para que se hubiesen formado”. La doctrina secunda los principios de la codificación mercantil a propósito de la “denominación de la sociedad”, como es el caso de GONZÁLEZ HUEBRA, P. *Curso de derecho mercantil*, pp. 152-153. MARTÍ DE EIXALÁ, R. *Instituciones de derecho mercantil*, p. 268, también coincide con González Huebra y observa que la denominación de la sociedad “sirve únicamente para llevar este objeto, porque no es señal de garantía *in solidum* de las obligaciones, pero si “es señal de garantía se apellida razón social”. Por último, debemos expresar que esta ausencia de una razón comercial en la compañía anónima llevó a un autor, MÉNDEZ Y BALCÁRCE, *Instituciones y doctrinas*, pp. 20, a confundirlo con la sociedad anómala, una arcaica institución, más parecida a la cuenta en participación, que a una compañía en un sentido estricto y que solía utilizarse en el estilo de un convenio oculto y monopolístico que acordar las fluctuaciones de precios.

38 En este sentido, conviene recordar las palabras del propio Sainz de Andino cuando años más tardes de la promulgación de su Código tuvo la oportunidad de defenderlo en pleno proceso de elaboración de la Ley de Sociedades Anónimas de 1848, sosteniendo entonces que los preceptos de la sociedad anónima tenían como objetivo la implantación de un sistema capitalista que permitiera la captación de los capitales extranjeros a una España “sobre cuya apatía pesaban la devastación de la guerra, la inestabilidad y desconfianza políticas y pérdida del Imperio Colonial”. Estas palabras son recogidas por RUBIO, J. *Sainz de Andino y la Codificación Mercantil*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950,

Pardessus explica que la nueva sociedad por acciones puede ser constituida para cualquier giro de comercio, siempre que no se encontrara inmerso en alguna de las prohibiciones generales y particulares del comercio³⁹. El Código de Comercio de 1829 establece la libre elección del objeto de la compañía anónima como se aprecia en el texto codificado que no determina una regulación específica para las sociedades de la nueva realidad económica y social como las compañías ferroviarias, bancarias o mineras⁴⁰.

pp. 153-154, y por ANSÓN PEIRONCELY, R. *La ley y el reglamento de 1848 sobre compañías mercantiles por acciones*, Tesis doctoral dirigida por Juan Sánchez-Calero Guilarte, Universidad Complutense, Madrid, 2015, pp. 234-238. Sin embargo, la afirmación del primer legislador carece de fundamento para MATILLA QUIZA, M. J. “Debates parlamentarios y leyes sobre la asociación de capitales (1810-1874)”, *Revista de estudios políticos*, núm. 93, 1996, pp. 379-399, quien considera que el desarrollo industrial y la movilidad de capitales requerían de unas reformas políticas y fiscales que no se llegaron a producir. Aunque a estas causas político-económicas, han de unirse otras motivaciones señaladas por GARCÍA LÓPEZ, J. R. “Las sociedades colectivas y comanditarias en la dinámica empresarial del siglo XIX”, *Revista de historia económica*, Vol. 12, núm. 1, pp. 175-184, como la coexistencia de las sociedades “de tipo antiguo” y otras más modernas en una economía dual, caracterizada por la escasez de los capitales y la funcionalidad de la gestión de las sociedades colectivas y comanditarias, así como la adaptabilidad de las reglas de las mismas.

39 PARDESSUS, J. M. *Cours du droit commercial*, núm. 1039-1040, pp. 514-515. El autor afirma que la sociedad anónima nace con la ventaja de facilitar la reunión de un gran número de pequeños capitales que no podrían ser empleados para ninguna operación útil, para formar masas que sirvan para crear o para sostener establecimientos de comercio o de vastas operaciones en las cuales los avances están por debajo de los medios de un solo individuo. Aunque el jurista francés, en el apartado 1040, refiere expresamente la posibilidad de que los accionistas de la compañía anónima formalicen cualquier objeto de comercio. La doctrina española prácticamente reproduce las afirmaciones de Pardessus, como pudimos apreciar en las teorías expuestas por Alejandro de Bacardí y por Méndez y Balcarce, y como expresamente refiere GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de derecho mercantil*, pp. 147: “Ofrece la ventaja de proporcionar capitales para grandes empresas sin comprometer la fortuna de los que los ponen, sin son prudentes y precavidos; pero tienen el inconveniente de prestarse que las otras á proyectos aventurados y peligrosos, y aun al agio y al fraude, por cuya razón la ley ha establecido que no se formen sino cuando tengan un objeto lícito y de utilidad común”. Tampoco debemos olvidar la existencia previa del proyecto de ordenanzas malagueño en el que se establece un ente contractual, bajo el título de Compañía Pública Corporativa, aunque en realidad su naturaleza cumple con los requisitos de la sociedad anónima del *Code de Commerce*.

40 PETIT, C. *Historia del Derecho*, pp. 390-391, recoge las quejas de la prensa de la época sobre las lagunas del primer código fernandino.

2. La responsabilidad limitada de la sociedad anónima

Cabe plantearse en el presente epígrafe la regulación dada por el Código de Comercio de 1829 a la conocida como responsabilidad limitada de la sociedad anónima. El Código de Comercio y los diferentes proyectos que regulan este tipo de sociedad concuerdan en establecer la masa patrimonial de la compañía compuesta por el “fondo del capital y los beneficios acumulados a él”, como el único patrimonio responsable de las obligaciones contraídas por la dirección de la sociedad⁴¹.

Esta afirmación que en principio parece descartar la responsabilidad *in solidum* cuestiona otra hipótesis. La problemática que se suscita ante el incremento de las deudas y la imposibilidad de concluir el objeto social para el que ha sido constituida la sociedad, pudiendo obligar a nuevas derramas a los accionistas, por lo que la denominación de responsabilidad limitada por la cantidad aportada en concepto de acción resultaría vacía de contenido jurídico, o bien por el contrario se podría proceder a la disolución de la compañía.

La interrogante abierta nos hace detenernos en la liquidación de la sociedad anónima restringida por el Código de Comercio de Sainz de Andino a dos opciones (art. 329); “1. Cumplido el término prefijado en el contrato de sociedad, ó acabada la empresa que fue objeto especial de su formación. 2. Por la pérdida entera del capital social”. La segunda posibilidad manifiesta que ante la imposibilidad de poder ejecutar el giro de comercio, obra pública o factoría para la que se constituía, podría procederse a la disolución de la compañía, salvaguardando los accionistas su patrimonio personal. La doctrina coetánea se inclina por esta interpretación, como, por ejemplo, Martí de Eixalá⁴² o con el autor francés, J. M. Pardessus, quien admite la acotación de la responsabilidad al capital aportado, excluyendo la persecución de los accionistas por tratarse de una asociación de capitales sin carácter personalista⁴³. Una interpretación lógica si observamos la apreciación realizada en la

41 *Código de Comercio de 1829*, art. art. 279: “La masa social compuesta del fondo capital y de los beneficios acumulados á él, es solamente responsable en las compañías anónimas de las obligaciones contraídas en su manejo y administración por persona legítima, y bajo la forma prescrita en sus reglamentos”.

42 MARTÍ DE EIXALÁ, R. *Instituciones de derecho*, p. 283: “Las obligaciones que contraen sus legítimos administradores tienen por única garantía la masa social compuesta del fondo capital y de los beneficios acumulados á él: por consiguiente los sócios no responden de dichas obligaciones más allá del valor de las acciones que hubiesen tomado”.

43 PARDESSUS, J. M. *Cours de droit commercial*, núm. 1043, pp. 518-519.

introducción sobre los fines y las circunstancias que rodeaban el nacimiento de esta sociedad mercantil.

Cuestión distinta es la responsabilidad personal de los directores por los actos realizados durante la gestión de la misma. Los textos legales de la primera mitad del siglo XIX no ordenan como regla básica la labor del gestor de la sociedad anónima⁴⁴. Estos beneficios excepcionales desconocidos hasta entonces en el tráfico mercantil requirieron en líneas generales de una aprobación excepcional que oscilaron entre la aprobación gubernamental del Gobierno francés hasta la casi libre y permisiva autorización consular en el Código de Sainz de Andino⁴⁵.

El conocimiento de alguna compañía anónima en el período estudiado como la Asociación para construir la Plaza Nueva de Sevilla permite comprender la dimensión práctica de la responsabilidad en los estatutos sociales. Esta sociedad anónima establece un complejo sistema de garantías hipotecarias que recaen sobre los bienes inmuebles –edificios y casas adquiridas– y sobre los futuros edificios que se construyan, interpretándose estos edificios como el beneficio adscrito al capital inicial y que también han de considerar-

44 Reproducimos a continuación los diferentes textos: *Code de Commerce 1807*, art. 31: “Elle est administrée par des mandataires á temps, revocables, associés ou nom associés, salariés ou gratuits”; art. 33: “Les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société”. *Proyecto de Ordenanzas del Consulado de Málaga 1828*, art. 465: “Compañía pública corporativa es la que forman muchos individuos con autorización del gobierno para determinados objetos”; art. 466: “Los directores de las compañías públicas no son responsables con sus propios bienes, ni los socios por más cantidad que aquella en que se hayan interesado”. *Proyecto de Código de Comercio de la Comisión Real 1828*, art. 64: “Los socios tienen derecho a las ganancias, y son responsables a las pérdidas proporcionalmente al número y valor de las acciones, y sólo por el importe de éstas”. *Código de Comercio 1829*, art. 277: “Los administradores de las sociedades anónimas se nombrarán en la forma que prevengan sus reglamentos, y no son responsables personalmente, sino del buen desempeño de las funciones que según estos mismos reglamentos estén á su cargo”.

45 *Code de Commerce 1807*, art. 37: “La société anonyme ne peut exister qu’avec l’autorisation du Gouvernement, et avec son approbation pour l’acte qui la constitue: cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour les réglemens d’administration publique”. Sobre las especiales peculiaridades de la nueva Sociedad por acciones y las necesidades de tutela de los terceros que contratan con este tipo de compañía; PETRONIO, U. “Un diritto nuovo con materiale antichi”, pp. 1-45; y sobre la difícil relación del *Code de Commerce* con las unidades políticas de la monarquía francesa SPADA, P. “Il Code de Commerce 1807 e le costituzione económica”, pp. 33-39.

se sometidos a la responsabilidad de la sociedad anónima⁴⁶. J. M. Pardessus contempla este supuesto en su *Cours de droit commercial*, ya que considera que puede confundirse la propiedad de la acción de la sociedad anónima y la copropiedad de los bienes indivisibles adquiridos en nombre de la misma⁴⁷.

3. Personalidad jurídica y sociedad anónima

La importancia historiográfica de la personalidad jurídica a partir de la legislación codificada de los inicios del siglo XIX requiere de una específica atención. Federico de Castro niega la personalidad jurídica de la sociedad desde el derecho romano, ya que aquélla creaba una simple relación obligatoria dependiente de la voluntad de los socios debido a que las aportaciones de los socios, aunque presenten cierto carácter unitario, no se conciben de forma separada del patrimonio de cada socio⁴⁸. Para Tulio Ascarelli, la expansión económica colonial y el origen de las Reales Compañías por acciones ocasiona la confluencia de formas asociativas económicas con el concepto de personalidad jurídica, procedente de la concesión expresa del monarca de privilegios a compañías de naturaleza que no pueden calificarse, en sentido estricto, de privadas⁴⁹.

46 Asociación para construir la nueva Plaza de Sevilla: un teatro cómico y demás edificios que se consideren de utilidad, *AHPS*, legajo 874, pp. 91-94, Sevilla, 1843: “La Sociedad se obliga á satisfacer el canon anual de tres por ciento sobre el valor de los edificios que se le conseden por el gobierno, y el citado censo de quince reales veinte y ocho maravedís en cada un año que sobre los mismos gravita desde el dia en que se le otorgue la escritura de dacion á censo, ofreciendo hipotecas [...] sin perjuicio de que respondan á mayor abundamiento como hipoteca natural los edificios que se construyan todo con arreglo á la citada real orden. Los edificios de propiedad particular que se indican en el referido plano presentado al Gobierno seran comprados por la sociedad por medio de un contrato privado, si es posible, y si no conforme á las condiciones prescriptas por la ley de expropiacion, previo el permiso del gobierno y autoridades competentes. Sin embargo aun en este caso insperado la Sociedad cuidará de que á los propietarios se guarden las consideraciones compatibles con la realizacion de su plan y pondrá todo su conato en las indemnizaciones equivalgan en un todo á las fincas que han de ser demolidas, y en que á nadie cueste desarones ni lagrimas un proyecto dirigido especialmente al bien publico”.

47 PARDESSUS, J. M. *Cours de droit commercial*, núm. 992, pp. 491-492.

48 CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho civil de España*, t. II, Pamplona (Aranzadi), 2008, pp. 250-273.

49 ASCARELLI, T. *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Barcelona (Bosch), 1964, p. 55. Sobre esta cuestión también se refieren diferentes autores; RUBIO, J. *Sainz*

Sin embargo, el estudio de fuentes desliza la apreciación de que la persona jurídica comienza a cobrar virtualidad a comienzos del siglo XIX, cuando la doctrina en consideración a las nuevas novedades interpretativas de los textos legales –principalmente el *Code de Commerce* francés y el Código de Comercio de 1829– atribuye la concepción de persona jurídica a la sociedad bajo el uso de la voz “ser moral”. Una idea formulada a través del artículo 539 del *Code Civil* que no atribuye la propiedad de los bienes de la compañía a los socios proindiviso, sino a la propia sociedad, reconociendo la autonomía patrimonial de esta última, al menos, en cuanto a su activo⁵⁰. El comentarista más importante del *Code*, J. M. Pardessus refiere la nueva concepción de la compañía de comercio, cuyos efectos se ramifican en todas las etapas de la vida social, con extraordinario interés en materia de deudas, responsabilidad y capital social⁵¹.

La doctrina española reproduce generalmente las tesis sostenidas por el autor francés. En este sentido, Martí de Eixalá adjudica a la nueva sociedad del Código de Comercio dos efectos generales: de una parte, la producción de derechos y obligaciones entre los sujetos que constituyen el contrato, y de otra, del contrato de sociedad mercantil, se origina una nueva persona jurí-

de Andino y la codificación mercantil, pp. 153-160; PETIT, C. *La compañía mercantil bajo las Ordenanzas del Consulado de Bilbao 1737-1829*, Sevilla (Universidad de Sevilla), 1981, pp. 60-61, y recientemente en *Historia del Derecho*, pp. 172-194, y por último, CALVO VIDAL, I. A. *La persona jurídica societaria*, Madrid (Consejo General del Notariado), 2011, p. 58-62.

50 Sobre la relación entre la personalidad jurídica de la sociedad y el art. 539 del Code Civil; FOYER, J. “Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français”, en S. Bastid; R. David; U. Drobnig; L. Focsaneanu; J. Foyer; J. Grossen, *La personnalité morale et ses limites. Études de droit comparé et de droit international public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1960, pp. 115-116, y PETRONIO, U. “Un diritto nuovo con materiale antichi: il Code de commerce fra tradizione e innovazione”, pp. 1-45. Algunas voces doctrinales atribuyen a la codificación este hallazgo técnico jurídico, aunque sin fundamentar ni explicitar adecuadamente las circunstancias históricas de la legislación revolucionaria y su correlativo eco en el derecho mercantil español; GARCÍA SANZ, A. “Las sociedades mercantiles en el Código de Comercio de 1829”, en Miguel Ángel Chamocho Cantudo, Jorge Lozano Miralles (ed.), *Sobre un hito jurídico de la constitución de 1812*, Jaén (Universidad de Jaén), 2012, pp. 823-838, y ANSÓN PEIRONCELY, R. *La ley y el reglamento de 1848 sobre compañías mercantiles por acciones*, pp. 48-50 y 63-65.

51 PARDESSUS, J. M. *Cours de droit commercial*, núm. 975, pp. 479-480.

dica, un “nuevo ser comerciante”⁵². González Huebra considera que cuando las sociedades se constituyen con las formalidades prevenidas, las sociedades producen obligaciones entre los socios que la forman, pero además esta asociación establece una persona jurídica distinta de los individuos que la componen, un nuevo comerciante con los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro, con la capacidad legal necesaria para contratar, no solo con extraños, sino también con los individuos de que estaba compuesta⁵³.

Supone la persona jurídica la consolidación de unos efectos necesarios para que las características propias de la sociedad anónima cobren verdadero sentido, proyectándose desde el tráfico mercantil hasta los avances políticos que permitan la implantación de un desarrollo capitalista.

IV. CONCLUSIONES

La presente investigación ha tratado de ahondar en la estrecha vinculación que se produce desde el comienzo del siglo XIX entre el proyecto político-constitucional de corte liberal y el surgimiento en los textos codificados de la sociedad anónima. Para ello, se hacía necesario partir de una comparación con las instituciones previas como las Reales Compañías o el Asiento de Avería, donde se ha pretendido ver el antecedente directo del nuevo tipo societario, cuando, como ha sido expuesto, no se identifican los elementos más característicos de la sociedad anónima como la responsabilidad limitada de los accionistas y la libre transmisión de la condición de socio con estas instituciones de naturaleza mercantil, pero próximas al derecho público.

Por último, se ha pretendido establecer las líneas maestras de la regulación dada por la codificación mercantil española de la primera mitad del siglo XIX a este instrumento societario para el fomento de la inversión y la obra pública. En este sentido, el mal llamado anonimato, la responsabilidad limitada y la idea del “ser moral” societario, más tarde denominada personalidad jurídica, eran peculiaridades novedosas que delineaban no solo un nuevo derecho de sociedades alejando del patrón personalista, sino también la construcción de una nueva realidad política, social y económica.

52 MARTÍ DE EIXALÁ, R. *Instituciones de derecho*, pp. 257-258.

53 GONZÁLEZ HUEBRA, P. *Curso de Derecho*, pp. 119-120.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2016.
- ANDRADE RIVAS, E. “La sociedad anónima en la tradición jurídica hispano-indiana”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 23, 2011.
- ANSÓN PEIRONCELY, R. *La ley y el reglamento de 1848 sobre compañías mercantiles por acciones*, Tesis doctoral dirigida por Juan Sánchez-Calero Guilarte, Universidad Complutense, Madrid, 2015.
- ASCARELLI, T. *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Bosch (Barcelona), 1964.
- BACARDÍ, Alejandro de. *Tratado de Derecho Mercantil de España*, Barcelona (Imprenta de D. Benito Espona), 1840.
- BRAUDEL, F. *Civilisation matérielle, Economie et Capitalisme XV-XVIII Siécle*, Tomo II, Paris (Armand Colin), 1979, pp. 390-391.
- CALVO VIDAL, I. A. *La persona jurídica societaria*, Madrid (Consejo General del Notariado), 2011.
- CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho civil de España*, t. II, Pamplona (Aranzadi), 2008.
- FONTANA, J. *Capitalismo y democracia; cómo empezó este engaño*, Barcelona (Crítica), 2019.
- FRANCH BENAVENTE, R. *Crecimiento económico y enriquecimiento burgués en la Valencia del siglo XVIII*, Valencia (Alfons el Magnanim), 1986.
- GALGANO, F. *Historia del derecho mercantil*, Barcelona (Laia), 1981.
- GARCÍA LÓPEZ, J. R. “Las sociedades colectivas y comanditarias en la dinámica empresarial del siglo XIX”, *Revista de historia económica*, Vol. 12, núm. 1, 1994.
- GARCÍA SANZ, A. “Las sociedades mercantiles en el Código de Comercio de 1829”, en M. A. Chamocho Cantudo, Jorge Lozano Miralles (eds.), *Sobre un hito jurídico de la constitución de 1812*, Jaén (Universidad de Jaén), 2012.
- GARCÍA-BAQUERO GONZÁLEZ, A. *Cádiz y el Atlántico*, Sevilla (Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispano-Americanos-Universidad de Sevilla), 1976.
- GARCÍA ORALLO, R. “Los caminos del capital aristocrático. Nobleza, redes de influencia y capitalismo financiero en la España Liberal (1840-1867)”, en Pablo Ortega-del-Cerro, Antonio Irigoyen López (editores), *Profesiones, ciclos vitales y trayectorias familiares entre la continuidad y la transformación (siglos XVII-XX)*, Murcia (Universidad de Murcia), 2019, pp. 245-273.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de derecho mercantil*, Madrid (Imprenta Aguirre), 1940.
- GIRÓN TENA, J. “Las sociedades mercantiles en el Código de Comercio”, en *Centenario del Código de Comercio*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1986, pp. 170-209.
- GÓMEZ ZARROQUIANO, J., “El fracaso de las Compañías y fábricas privilegiadas en Aragón”, *Studia H. Ha Moderna*, núm. 17, 1997, pp. 213-233.
- GONZÁLEZ CRUZ, D. *Familia y educación en la Huelva del siglo XVIII*, Huelva (Universidad de Huelva), 1996.

- GONZÁLEZ HUEBRA, Pablo, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid (Librería de Sanchez), 1867.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, C. A. *La Real Compañía de Comercio y Fábricas de San Fernando de Sevilla (1747-1787)*, Sevilla (Ayuntamiento de Sevilla), 1994.
- HANSMANN, Henry, KRAAKMAN, Reinier, “What is Corporate Law”, en H. Kraakman (editor), *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2004.
- HIERRO AÑIBARRO, S. “El asiento de avería y el origen de la compañía privilegiada en España”, *Revista de Historia Económica*, vol. 23, 2005, pp. 181-211.
- *El origen de la sociedad anónima en España. La evolución del asiento de avería y el proyecto de compañías de comercio de Olivares (1521-1633)*, Madrid (Tecnos), 1998.
- JAHNTZ, K. *Privilegierte Handelscompagnien in Brandenburg und Preussen, Ein Beitrag zur Geschichte des Gesellschaftsrechts*, Berlín (Duncker & Humblot), 2006.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y LASARTE ÁLVAREZ, J. *La acción en las Compañías privilegiadas (siglo XVIII)*, Sevilla (Universidad de Sevilla), 1963.
- LIMA LOPES, J. R. “A formação do direito comercial brasileiro. A criação dos Tribunais de comercio do Império”, *Cuadernos Direito 6V*, v. 4, núm. 6, 2007.
- MATILLA QUIZÁ, María Jesús, “Las compañías privilegiadas en la España del Antiguo Régimen”, en Miguel Artola (coord.), *La economía española a fines del Antiguo Régimen*. IV. Instituciones. Madrid, 1982, pp. 269-401.
- “Debates parlamentarios y leyes sobre la asociación de capitales (1810-1874)”, *Revista de estudios políticos*, núm. 93, 1996, pp. 379-399.
- MARTÍ DE EIXALÁ, R. *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, Barcelona (Librería de Álvaro Verdaguer Ramble), 1879.
- MAZZARELLA, F. *Percorsi storico-giuridici dell’impresa Dall’ “entreprise” all’ “Unternehmen”*, Palermo (Carlos Saladino Editore), 2010.
- *Un diritto per l’Europa industriale*, Milán (Giuffrè), 2016.
- MÉNDEZ Y BALCARCE, L. *Instituciones y doctrinas de Comercio*, Buenos Aires (Instituto de investigaciones de historia del Derecho), 2000.
- MOLAS RIBALTA, P. “La compañía como proyecto (siglos XVII-XVIII)”, *Anuario de estudios atlánticos*, Vol. 50, núm. 1, 2004, pp. 607-623.
- PARDESSUS, J. M. *Cours de droit commercial*, tomo II, sexta edición, Augmentée de la Législation et de la Jurisprudence Belges, Bruselas (Librairie de Jurisprudence de H. Tarliere), 1836.
- PETIT, C. *Historia del derecho mercantil*, Madrid (Marcial Pons), 2016.
- *La compañía mercantil bajo las ordenanzas del Consulado de Bilbao 1737-1829*, Sevilla (Universidad de Sevilla), 1980.
- PETRONIO, U. “Un diritto nuovo con materiale antichi: il Code de commerce fra tradizione e innovazione”, en *Negozianti y imprenditori, 200 anni dal Code de commerce*, Milán, Mondadori-Sapienza Università di Roma, 2008, pp. 1-45.
- RUBIO, J. *Sainz de Andino y la Codificación Mercantil*, Madrid (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), 1950.

- SALA, M. *Un siglo de seguros marítimos barceloneses en el comercio con América (1770-80)*, Madrid (Fundación Mapfre-Instituto de Ciencias del Seguro), 2012.
- SPADA, P. “Il Code de Commerce de 1807 e le costituzione económica”, en *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze*, Bari (Insubria University Press), 2009, pp. 33-39.
- “Boutiquiers y Padri Costituenti”, en *Negozianti y imprenditori, 200 anni dal Code de commerce*, Milán (Mondadori-Sapienza Università di Roma), 2008, pp. 117-140.
- TORTELLA CASARES, G. “El principio de responsabilidad limitada y el desarrollo industrial de España”, *Moneda y Crédito*, núm. 104, 1968, pp. 69-84.
- RICO LINAJE, R. *Las Reales Compañías de Comercio con América. Los organos de gobierno*, Sevilla (Diputación de Sevilla), 1983.
- UNGARI, P. *Profilo storico del diritto delle anonime in Italia*, Roma (Bulzoni Editore), 1974.
- VICENTE Y CARAVANTES, J. *Código de Comercio*, Madrid (Imprenta de D. S. Omaña), 1850.

A REFORMA DE GONÇALVES FERREIRA:

O ESTADO NOVO E OS PRIMÓRDIOS DE UM SISTEMA NACIONAL DE SAÚDE EM PORTUGAL

Filipe de Arede Nunes^{1*}

Resumo: O projecto político do Marcelismo teve uma forte componente social. É possível encontrar, neste período, um número importante de reformas entre as quais se destaca a gizada por Francisco Gonçalves Ferreira. A Reforma de Gonçalves Ferreira – que foi, em grande parte, consequência e concretização do Estatuto da Saúde e Assistência – efectivou-se em torno de um conjunto de diplomas legais: os Decreto-Lei n.º 413/71 e Decreto-Lei n.º 414/71, ambos de 27 de Setembro. Estes dois diplomas corporizaram uma modificação filosófica em alguns dos princípios orientadores da acção do poder político, nomeadamente porque deles emergiu a defesa de uma política de saúde universal e unitária. Mais tarde seria aprovada, por iniciativa do Ministro António Arnaut, a Lei 56/79, de 17 de Setembro, o Serviço Nacional de Saúde. O objectivo deste trabalho consiste em compreender, a partir da análise dos textos legais, o conteúdo da Reforma de Gonçalves Ferreira no contexto do modelo de protecção social do Estado Novo.

Palavras chave: Estado Novo, Gonçalves Ferreira, Serviço Nacional de Saúde, Marcelismo, reformismo.

Abstract: The political project of Marcelismo had strong social component. In this period, it is easy to find an important number of reforms, among which the one highlighted by Francisco Gonçalves Ferreira. The Gonçalves Ferreira Reform – which was, in large part, consequence and implementation of the Health and Assistance Statute – was carried out around a set of legal diplomas: Decree-Law no. 413/71 and Decree-Law no. 414/71, both of 27 September. These two diplomas embodied a philosophical change in some of the guiding principles for the action of political power, namely because the defense of a universal and unitary health policy that emerged from them. Later, at the initiative of Minister António Arnaut, the Law 56/79, of 17 September, the National Health System would be approved. The aim of this work is to understand, from the analysis of legal texts, the content of the Reform of Gonçalves Ferreira in the context of the social protection model of the Estado Novo

Keywords: Estado Novo, Gonçalves Ferreira, National Health System, Marcelismo, reformism.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. AS POLÍTICAS DE PROTECÇÃO DA SAÚDE NO SALAZARISMO: OS ANOS 30; III. AS POLÍTICAS DE PROTECÇÃO DA SAÚDE NO SALAZARISMO: AOS ANOS 40 E 50; IV. DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DE 1962 E

1 Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do IURIS -Instituto de Investigação Interdisciplinar.

DO ESTATUTO DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA DE 1963, AO ESTATUTO HOSPITALAR E AO REGULAMENTO GERAL DOS HOSPITAIS; V. A POLÍTICA SOCIAL MARCELISTA; VI. OS DECRETOS-LEIS N.ºs 413/71 E 414/71, DE 27 DE SETEMBRO; VII. CONCLUSÕES; VIII. BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUÇÃO

A carreira política de Baltazar Rebelo de Sousa foi longa e iniciou-se relativamente cedo. Antes de ter exercido as funções de Governador-Geral de Moçambique (entre 1968 e 1970), de Ministro das Corporações e Previdência e da Saúde e da Assistência (entre 1970 e 1973) e de Ministro do Ultramar (entre 1973 e 1974), já durante o período do Marcelismo², esteve deputado à Assembleia Nacional (entre 1953 e 1957) e Subsecretário de Estado da Educação Nacional (entre 1955 e 1961) ainda durante o salazarismo. É a si, enquanto Ministro da Saúde e Assistência (no entendimento de MARCELO REBELO DE SOUSA³), que deve ser atribuída a responsabilidade de criação de um Sistema Nacional de Saúde.

Apesar da sua extensa e proeminente carreira política, Baltazar Rebelo de Sousa não integrou, inicialmente, o primeiro governo de Marcello Caetano uma vez que a pasta (que viria a assumir a partir de 15 de Janeiro de 1970⁴)

2 Para LUÍS REIS TORGAL «o sufixo «ismo» supõe, se não a existência e um sistema de pensamento ou de acção, pelo menos um processo original de agir ou de pensar, ou um movimento que se criou, independentemente da importância da matriz original. O certo, porém, é que – a nosso ver – não existe propriamente uma lógica de originalidade política no período do governo de Marcello Caetano, que se verificou entre 27 de Dezembro de 1968 e 25 de Abril de 1974». No entanto, tal como LUÍS REIS TORGAL, precisamente pelos mesmos motivos (porque alguma coisa de diferente aconteceu durante o período em que Marcello Caetano foi Presidente do Conselho), faremos uso da expressão «Marcelismo», «como conceito prático ou de natureza historiográfica», *Estados Novos, Estado Novo*, vol. I, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2009, pp. 615 a 616.

3 «Foi Baltazar o pai político do Sistema Nacional de Saúde e da rede de Centros de Saúde públicos, que o mesmo é dizer da intervenção do Estado no domínio da Saúde, com primeira e especial incidência na prevenção e nos cuidados primários», MARCELO REBELO DE SOUSA, *Baltazar Rebelo de Sousa, Fotobiografia*, Venda Nova, Bertrand Editora, 2.^a edição, 1999, p. 291.

4 Baltazar Rebelo de Sousa foi nomeado Ministro das Corporações e da Previdência Social, e da Saúde e Assistência em 15 de Janeiro de 1970 pelo Decreto n.º 22/70. *Vide, Diário do Governo* n.º 12/1970, Série I, Decreto n.º 22/70, de 15 de Janeiro de 1970.

foi primeiramente assumida por Lopo de Carvalho Cancela de Abreu⁵. Com a indicação do novo ministro, e no mesmo dia, foi também nomeado Francisco Gonçalves Ferreira como Secretário de Estado da Saúde e Assistência⁶ e José Luís Nogueira de Brito como Sub-secretário de Estado do Trabalho e Previdência⁷.

Importa destacar que, e não obstante o importantíssimo papel representado por Baltazar Rebelo de Sousa no âmbito do aprofundamento das políticas de saúde durante o período do marcelismo (essencialmente político), do ponto de vista técnico, o mérito maior foi de Francisco Gonçalves Ferreira⁸. Este, que tinha uma longa experiência administrativa na área da saúde⁹, havia já sido convidado, em 1968, por Baltazar Rebelo de Sousa – na altura Governador-Geral de Moçambique –, para exercer as funções de Secretário Provincial de Saúde, Trabalho, Previdência e Assistência, cargo que ocupou enquanto durou a governação de Baltazar Rebelo de Sousa.

Neste período, entre os muitos diplomas que se revelaram determinantes para a edificação de um novo modelo na política de saúde em Portugal, especial saliência tem de ser atribuída a dois: o Decreto-Lei n.º 413/71¹⁰ e o Decreto-Lei 414/71¹¹, ambos de 27 de Setembro.

Estes diplomas – que definiram a orgânica do Ministério da Saúde e Assistência e a organização das carreiras profissionais do pessoal do Ministério da Saúde e Assistência – constituíram o esteio jurídico das opções político-ideológicas do último período do Estado Novo. O principal objectivo (em par-

5 Lopo de Carvalho Cancela de Abreu foi um de quatro novos ministros nomeados em 27 de Setembro de 1967 por Marcello Caetano, tendo o novo Presidente do Conselho optado por manter onze ministros do último governo de António de Oliveira Salazar. *Vide, Diário do Governo* n.º 229/1968, Série I, Decreto n.º 48601, de 27 de Setembro de 1968.

6 *Vide, Diário do Governo* n.º 12/70, Série I, Decreto n.º 23/70, de 15 de Janeiro de 1970.

7 *Vide, Diário do Governo* n.º 12/70, Série I, Decreto n.º 24/70, de 15 de Janeiro de 1970.

8 *Vide, nesse sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA, Baltazar..., p. 291.*

9 Médico e docente da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, autor de uma extensa obra de cariz científico, exerceu diversos cargos administrativos ao longo da sua carreira, nomeadamente na direcção da Delegação do Porto do Instituto Superior de Higiene Dr. Ricardo Jorge, na direcção do Instituto Superior de Higiene e na direcção do Instituto Nacional de Saúde.

10 *Diário do Governo* n.º 228/1971, Série I, 27 de Setembro de 1971.

11 *Diário do Governo* n.º 228/1971, Série I, 27 de Setembro de 1971.

ricular, do Decreto-Lei n.º 413/71), como se referia no preâmbulo, consistia em «ajustar» a orgânica do Ministério «aos princípios definidos no Estatuto da Saúde e Assistência, aprovado pela Lei n.º 2120, de 19 de Julho de 1963»¹².

Releva assinalar que o Estatuto da Saúde e Assistência – inserido no âmbito mais lato da reforma da previdência social de 1962¹³ e que permitiu promulgar as bases da política de saúde e assistência – constituiu um documento essencial no desenvolvimento jurídico-filosófico do projecto político do Estado Novo, mormente porque reconheceu¹⁴ a necessidade da intervenção do Estado, não apenas na prossecução de funções orientadoras, tutelares e fiscalizadoras, mas também (ainda que supletivamente) enquanto presta-

12 *Diário do Governo* n.º 228/1971, Série I, 27 de Setembro de 1971, p. 1406.

13 *Vide*, sobre o processo de reforma da previdência social de 1962, FILIFE DE AREDE NUNES, *A construção jurídica-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, 2018, pp. 211 a 245.

14 O reconhecimento da necessidade de intervenção do Estado havia sido identificado no Parecer da Câmara Corporativa (n.º 42/VII) à proposta de lei n.º 514 (que havia de se materializar na Lei n.º 2120, de 19 de Julho de 1963). Afirmava o relator (Joaquim Trigo de Negreiros) que: «o Estado, tendo por missão traçar e esquematizar os planos de saúde e assistência, deixa, todavia, à iniciativa particular a prestação concreta dos serviços assistencialistas. Só quando o superior interesse nacional e a complexidade dos serviços o aconselhem é que o Estado organizará e manterá os serviços de saúde e assistência (...). A Câmara Corporativa (...), opinou que o Estado, em Portugal, tem o dever de assegurar e desenvolver a assistência (...). Nada há que rever neste aspecto, tanto mais que a evolução das ciências e das técnicas, as convenções internacionais que assinámos, o custo dos meios de diagnóstico e terapêuticos e o volume de investimentos são outros tantos factores a considerar, pois, não podendo as iniciativas particulares suportar o encargo deles resultante, ao Estado cabe a iniciativa da criação dos serviços de saúde e assistência que se tornarem indispensáveis. É que os problemas relativos à necessidade de pôr o homem a coberto da doença e da miséria, reduzindo ao mínimo as suas consequências, atingiram uma importância tal que o Estado está em melhores condições para os equacionar em plano de conjunto, ficando reservado à iniciativa particular papel decisivo na execução dos mesmos planos (...). Na verdade, só o Estado dispõe dos elementos necessários à definição dos objectivos a prosseguir; só o Estado tem autoridade para coordenar os diferentes serviços e fixar a ordem de prioridade em razão das disponibilidades económicas da Nação; só o Estado, finalmente, está em condições de assegurar, ainda que em colaboração com a iniciativa particular e o seguro social, os vultuosos investimentos que a realização de qualquer plano ou programa implica», *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 133, 24 Maio de 1961, p. 1385.

dor de serviços¹⁵. Ademais, tal como se referia, também no preâmbulo do Decreto-Lei 413/71, o «principio enunciado na base I da referida lei (...) para além de assinalar o firme propósito de assegurar o bem-estar social das populações, constitui a consagração do reconhecimento do direito à saúde implícito na própria Constituição e que tem como únicos limites os que, em cada instante, lhe são impostos pelos recursos financeiros, humanos e técnicos das comunidades beneficiárias»¹⁶. Visa-se, em síntese, estabelecer um «sistema nacional de saúde»¹⁷ de características marcadamente corporativas, dado que, pese embora se defendesse uma «política unitária de saúde e assistência com capacidade bastante para, progressivamente, por si em ligação com outros serviços e instituições, assegurar a toda a população um nível aceitável de cuidados médicos e de apoio social», não se prescindia de condicionar a acção do poder político «à dignidade da pessoa humana e à família como agrupamento social imprescindível ao desenvolvimento integral do homem»¹⁸.

II. AS POLÍTICAS DE PROTECÇÃO DA SAÚDE NO SALAZARISMO: OS ANOS 30

No período inicial do Estado Novo, as políticas de saúde efectivaram-se no âmbito da previdência social sendo que esta se encontrava inserida na estrutura corporativa, pedra angular de todo o sistema político-ideológico daquele período.

Nesse sentido, o Estatuto do Trabalho Nacional, aprovado pelo Decreto-Lei 23048, de 23 de Setembro de 1933¹⁹, previa, no que diz respeito à política de saúde, no artigo 48.º, que seriam as caixas ou instituições de previdência a «defender o trabalhador na doença». Este preceito convalidava as normas

15 *Vide*, nesse sentido, Base III: «Compete ao Estado: a) Estabelecer planos gerais para as actividades de saúde e assistência; b) Orientar, coordenar e fiscalizar estas actividades; c) Organizar e manter os serviços que, pelo superior interesse nacional de que se revistam ou pela sua complexidade, não possam ser entregues à iniciativa privada; d) Fomentar a criação de instituições particulares que se integrem nos princípios legais e ofereçam as condições morais, financeiras e técnicas mínimas para a prossecução dos seus fins; e) Exercer acção meramente supletiva em relação às iniciativas e instituições particulares, que deverá favorecer sempre que estejam nas condições referidas na alínea antecedente».

16 *Diário do Governo* n.º 228/1971, Série I, 27 de Setembro de 1971, pp. 1406 a 1407.

17 *Ibidem*.

18 *Ibidem*.

19 *Diário do Governo* n.º 217/1933, Série I, 23 de Setembro de 1933, pp. 1655 a 1658.

inclusas na Constituição de 1933²⁰, nomeadamente a do artigo 41.º, no qual se referia que competia ao Estado promover e favorecer «as instituições de solidariedade, previdência, cooperação e mutualidade»²¹ e que concretizava, do ponto de vista legislativo, a concepção teórica enunciada por Pedro Teotónio Pereira²².

O modelo de protecção na doença preconizado na Constituição de 1933 e no Estatuto do Trabalho Nacional colocava o ónus do seu desenvolvimento nos organismos corporativos primários²³ (nos Grémios²⁴; nos Sindicatos Nacionais²⁵; nas Casas do Povo²⁶; e nas Casas dos Pescadores²⁷).

20 Promulgada pelo Decreto 22 241 de 22 de Fevereiro de 1933. Vide *Diário do Governo* n.º 43/1933, Série I, 22 de Fevereiro de 1933, pp. 227 a 236.

21 Para ANTÓNIO DA SILVA LEAL, deste artigo retirava-se a ideia de que a previdência não era, nos termos da Constituição, um fim do Estado, mas antes «um fim de determinadas instituições». Este autor entendia ainda que do preceito constitucional resultava que «O Estado não pode ou não deve (...) chamar a si a realização dos objectivos de previdência. Esta atitude tem ainda como consequência a falta de participação do Estado no financiamento do sistema», *Organização da Previdência – Apontamentos das lições proferidas no Instituto de Estudos Sociais, no ano lectivo de 1966/67*, Lisboa, Instituto de Estudos Sociais, p. 111. Vide, no mesmo sentido, FERNANDO M. MAIA, quando afirma que «Torna-se evidente que confinando-se tão só a promover e favorecer as respectivas instituições, a Constituição de 1933 restringe o alcance dos fins do Estado no que se refere à previdência social», *Segurança Social em Portugal. Evolução e Tendência*, Lisboa, Instituto de Estudos para o Desenvolvimento, 1985, p. 44.

22 Para um dos mais importantes ideólogos do Estado Novo a protecção social funcionaria incluída nas agregações profissionais e estaria integrada na organização corporativa. «Todos os elementos da produção nacional serão chamados a dar a sua comparticipação. Pagarão os patrões e pagarão os operários num justo e harmónico plano de atribuição de responsabilidades», PEDRO TEOTÓNIO PEREIRA, «Corporações e previdência social. Primeiros aspectos», in *A batalha do futuro. Organização corporativa*, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1937, p. 52.

23 Vide, sobre os organismos corporativos primários, MANUEL DE LUCENA, *A evolução do sistema corporativo português – O Salazarismo*, vol. I, Lisboa, Editora Perspectivas e Realidades, 1976, pp. 225 a 300.

24 O regime jurídico dos Grémios foi criado pelo Decreto-lei n.º 23049, de 23 de Setembro de 1933.

25 O regime jurídico dos Sindicatos Nacionais foi criado pelo Decreto-lei n.º 23050, de 23 de Setembro de 1933.

26 O regime jurídico das Casas do Povo foi criado pelo Decreto-lei n.º 23051, de 23 de Setembro de 1933.

27 As Casas dos Pescadores foram criadas pela Lei n.º 1953, de 11 de Março de 1937 e

Mais tarde, a aprovação da Lei n.º 1884, de 16 de Março de 1935²⁸, ao definir as instituições que seriam reconhecidas como sendo de previdência social e ao determinar que a incumbência da organização das Caixas Sindicais da Previdência²⁹ pertencia os Grémios e os Sindicados Nacionais e respectivas Federações, que a responsabilidade pela organização das Caixas de Previdência das Casas do Povo e das Casas dos Pescadores pertencia, respectivamente, às Casas do Povo e às Casas dos Pescadores e que as Caixas de Reforma ou Previdência³⁰ poderiam ser criadas por iniciativa dos interessados ou por acto do Governo, permitiu substantificar o arquétipo de protecção social que delimitaria, durante o primeiro período do Salazarismo, o modelo de resposta ao problema social³¹.

Nos termos do artigo 4.º da Lei n.º 1884, as Caixas Sindicais de Previdência surgiam com o objectivo (entre outros) de «proteger os trabalhadores contra os riscos da doença». De acordo com o artigo 10.º atribuía-se a mesma responsabilidade («proteger os beneficiários contra os riscos da doença») às Caixas de Reforma ou Previdência. As mesmas funções – de auxílio aos trabalhadores nos casos de doença – foram também conferidas às Caixas de Previdência das Casas do Povo³² e das Casas dos Pescadores³³.

Para além das Instituições de previdência dos organismos corporativos e das Caixas de Reforma ou de Previdência, a Lei n.º 1884 reconhecia ainda,

regulamentadas pelo Decreto-lei n.º 27978, de 20 de Agosto de 1937.

28 A proposta de Lei do regime jurídico das Instituições de previdência social foi acompanhada de um Relatório (*vide Diário das Sessões*, n.º 8, 23 de Janeiro de 1935, pp. 76 a 79) e de um Parecer da Câmara Corporativa (*vide Diário das Sessões*, n.º 9, 6 de Fevereiro de 1935, pp. 156 a 163).

29 O Decreto n.º 25935, de 12 de Outubro de 1935 viria a aprovar o Regulamento das caixas sindicais de previdência.

30 O Decreto n.º 28321, de 27 de Dezembro de 1937 viria a aprovar o Regulamento das caixas de reforma ou de previdência.

31 Para PIERRE GUBENTIF, a Lei n.º 1884 inseriu-se dentro de uma estratégia de natureza propagandística que visava também desvalorizar a importância dos Seguros Sociais de 1919. Para este autor, «a previdência é objecto praticamente do primeiro acto legislativo que emana das Câmaras do Estado Novo. Dentro dos próprios discursos, insiste-se repetidamente na autoria do Regime: a previdência, como vimos, é obra do Estado Novo e fruto dos métodos corporativos», «Génese da Previdência Social. Elementos sobre as origens da segurança social portuguesa e as suas ligações com o corporativismo», *Ler História*, n.º 5, 1985, pp. 51 a 52.

32 *Vide*, nesse sentido, artigo 4.º, alínea a) do Decreto-lei n.º 23051.

33 *Vide*, nesse sentido, Base II, alínea c), da Lei n.º 1953.

enquanto instituições de previdência social (3.^a e 4.^a categoriais), as Associações de Socorros Mútuos e as Instituições de previdência dos servidores do Estado e dos corpos administrativos. Estas instituições encontravam-se já reguladas³⁴, ao tempo da publicação da Lei n.º 1884, embora apenas em nos anos sessenta – através do Decreto-Lei n.º 45002, de 27 de Abril de 1963 – tenha sido criada a Assistência na Doença aos Servidores Civis do Estado (ADSE).

Da análise do acervo legislativo relativo aos organismos corporativos primários pode concluir-se que se consagrava, por um lado, o princípio da progressividade enunciado no Relatório anexo à proposta de lei do regime jurídico das Instituições de previdência social, segundo o qual a previdência (onde se incluía a protecção na saúde), em cumprimento do ideário corporativo, se estenderia às classes mais necessitadas «através de um plano metódico e equilibrado» que não ultrapassasse «os limites das possibilidades económicas»³⁵ e por outro lado a ideia segundo a qual o Estado se manteria à margem do financiamento do sistema, constituindo essa uma responsabilidade, fundamentalmente, dos seus inscritos³⁶.

34 As Associações de Socorros Mútuos pelo Decreto n.º 19281, de 29 de Janeiro de 1931 e pelo Decreto 20944, de 27 de Fevereiro de 1932 e as Instituições de previdência dos servidores do Estado e dos corpos administrativos (nomeadamente as Caixas Nacionais de Previdência), pelo Decreto n.º 16667, de 27 de Março de 1929.

35 «Pôs-se, por consequência, de parte qualquer nova tentativa para a introdução maciça de um sistema de seguros sociais obrigatórios, a exemplo do que se fez noutros países. Pelo que nos diz respeito, tem-se, se não por errado, pelo menos demasiado dispendioso e pouco eficiente, a imposição de fórmulas rígidas e igualitárias a toda a população, sem atender às diferenças de nível económico e social que tão profundamente fazem divergir a vida real da Nação do somatório estatístico dos indivíduos. A vantagem incontroversa dos métodos corporativos resulta exactamente da solução parcelar dos problemas pela sua estreita adaptação aos agrupamentos naturais, com necessidades, condições de vida e possibilidades económicas sensivelmente distintas. É nessa orientação que se procurará portanto ir estendendo a número cada vez maior de indivíduos das classes mais necessitadas, os benefícios e os hábitos da previdência, através de plano metódico e equilibrado de realizações em que o aspecto social se desenvolva sem contudo ultrapassar os limites das possibilidades económicas», *Diário das Sessões*, n.º 8, p. 76.

36 *Vide*, nesse sentido, o artigo 24.º do Decreto n.º 25935: «Constituem receitas das caixas as quantias provenientes de joias e outras contribuições dos seus inscritos e de quaisquer donativos e subsídios com que sejam contempladas». *Vide* ainda, também no mesmo sentido, o artigo 20.º do Decreto n.º 28321: «Constituem receitas das caixas de reforma ou de previdência as quantias provenientes das joias, se as houver, das contribui-

III. AS POLÍTICAS DE PROTECÇÃO DA SAÚDE NO SALAZARI-MO: OS ANOS 40 E 50

Os anos 40 ficaram marcados por uma ligeira e lenta inflexão no paradigma de protecção social, entre muitos variados outros motivos³⁷, também porque a aprovação da Lei n.º 1884 e da sua regulamentação não se concretizou na criação, em número significativo, de Caixas Sindicais de Previdência e de Caixas de Reforma ou de Previdência³⁸. Assim, por intermédio do Decreto n.º 30711, de 30 de Agosto de 1940, o Governo passou a poder ter a iniciativa na organização das instituições de previdência. Os efeitos foram quase imediatos, tanto no número de Caixas, como no número de beneficiários³⁹.

Importa destacar que, poucos dias antes, havia sido criado, no âmbito do Decreto-lei n.º 30692, de 27 de Agosto de 1940, o Sub-Secretário de Estado da Assistência Social⁴⁰, peça orgânica essencial para a concretização das alterações entendidas necessárias no âmbito da reforma dos serviços de assistência.

ções dos inscritos, de multas e prescrições e de quaisquer subvenções, legados, heranças, donativos e subsídios que às mesmas sejam atribuídos, bem como os rendimentos dos fundos».

37 Alguns decorreram, certamente, do postulado no preâmbulo do Decreto-lei n.º 27610, de 1 de Abril de 1937 através do qual se incumbiria a Direcção Geral da Assistência de proceder a uma reforma dos serviços de assistência. Aí se afirmava que «Os serviços de assistência carecem de reforma profunda; reclama-a a opinião pública e, acima de todos, sente a sua necessidade o Governo do Estado Novo, que, na obra de renovação nacional empreendida, não só não poderia abandonar à sua sorte os menos protegidos da fortuna, mas, antes, há muito vem mostrando por eles o seu especial desvelo e preparando novas bases para a constituição económica e social do País». Dos estudos elaborados em conformidade com os critérios e objectivos enunciados no Decreto-lei n.º 27610, viria a ser publicado o Decreto-lei n.º 31666, de 22 de Novembro de 1941.

38 Vide MANUEL DE LUCENA sobre possíveis explicações para o fraco desenvolvimento das Caixas Sindicais de Previdência e das Caixas de Reforma ou Previdência. «Previdência Social», ANTÓNIO BARRETO e MARIA FILOMENA MÓNICA, *Dicionário de História de Portugal*, Suplemento 9, Porto, Figueirinhas, 2000, p. 156.

39 MANUEL DE LUCENA, *Previdência...*, pp. 156 a 157.

40 Para RAQUEL VARELA, «Esse aspecto puramente organizacional ilustra bem a importância que o Estado dispensava à saúde, na medida em que relacionava essa função social do Estado com um organismo como o Ministério do Interior, responsável pelas funções de soberania e, finalmente, dispensava a essa função específica uma subsecretaria», RAQUEL VARELA (coordenação), *História do Serviço Nacional de Saúde em Portugal – A saúde e a força de trabalho, do estado novo aos nossos dias*, Lisboa, Âncora Editora, 2009, p. 81.

Através da Lei n.º 1988, de 15 de Maio de 1944 foram aprovadas as bases reguladoras dos serviços de assistência social. Embora ao Estado e às autarquias fosse atribuída apenas, na generalidade dos casos, uma função supletiva⁴¹, tal significou, na prática, um aumento considerável da influência deste no processo de protecção social.

De modo a concretizar as bases enunciadas na Lei n.º 1988, foi publicado, no ano seguinte, o Decreto-lei n.º 35108, de 7 de Novembro de 1945, através do qual se procedeu à reorganização dos serviços de assistência social. Este diploma procurava materializar, como se declarava no preâmbulo, uma nova visão acerca do papel da assistência social na abordagem, entre outros, aos problemas da saúde. Nesse sentido, afirmava-se que a assistência social não deveria limitar «a sua acção a minorar ou a curar os sofrimentos provenientes da doença ou da miséria (*assistência paliativa e curativa*)», uma vez que lhe cumpria combater «na medida do possível, as suas próprias causas, através da luta contra os flagelos sociais (assistência preventiva) e da melhoria das condições de vida (assistência construtiva)»⁴². Ademais, imputavam-se à Direcção Geral da saúde um conjunto vasto de atribuições, não apenas profiláticas e terapêuticas de defesa e protecção da saúde, mas também de combate às doenças endémicas e epidémicas⁴³.

O processo legislativo de reforma social alcançava, por esta altura, velocidade de cruzeiro. Logo após a publicação do decreto que procedeu à reorganização dos serviços sociais, foi aprovada a Lei n.º 2011, de 2 de Abril de 1946 que, não só permitiu promulgar as bases para a organização hospitalar – tendo nesse sentido, possibilitado a organização dos serviços prestadores de cuidados de saúde⁴⁴ –, como determinou que os «encargos da assistência

41 *Vide* Base III: «1. Com excepção dos serviços de sanidade geral, e outros cuja complexidade ou superior interesse público aconselhem a manter em regime oficial, a função do Estado e das autarquias na prestação da assistência é, normalmente, supletiva das iniciativas particulares, que àquele incumbe orientar, tutelar, favorecer. 2. Na falta de insuficiência de iniciativas particulares, devem o Estado e as autarquias suscitar ou ainda promover ou sustentar, dentro das possibilidades económicas, as obras de assistência que as necessidades reclamarem, devendo porém as mesmas ser desoficializadas, logo que isso se torne possível, sem prejuízo da assistência a prestar».

42 *Vide* preâmbulo do Decreto-Lei n.º 35108, de 7 de Novembro de 1944.

43 *Vide*, em especial, artigo 15.º.

44 Nos termos deste diploma, do ponto de vista organizativo, o país ficaria dividido por zonas, regiões e sub-regiões (Base I, n.º 1), sendo que a assistência hospitalar seria assegurada, em cada zona, por hospitais centrais, regionais e sub-regionais, postos de con-

hospitalar» pertenceriam ao Estado («nos seus estabelecimentos próprios») e seriam «custeados, em regime de cooperação, nos pertencentes a outras entidades ou por elas mantidos», sendo que, em acréscimo, se assegurava que, em qualquer circunstância, incumbiria «às autarquias locais e ao Estado tomar as providências necessárias para que os hospitais» funcionassem com «plena eficiência»⁴⁵. Para tal, por um lado, defina-se a inscrição, no orçamento de despesa extraordinária do Ministério das Obras Públicas e Comunicações, de uma verba anual de 50000 contos⁴⁶ – o que não se concretizou⁴⁷ – e, por outro, estipulava-se que o Estado poderia tomar a iniciativa de construção, ampliação ou adaptação dos hospitais, se as necessidades da assistência hospitalar e a escassez dos recursos locais assim o exigissem⁴⁸.

Como salienta Francisco Gonçalves Ferreira, «No fim da década dos anos quarenta e na década de cinquenta, há uma grande profusão de legislação respeitante à saúde»⁴⁹. No entanto, na sua opinião, toda essa legislação encontrava-se «eivada dos mesmo vícios, isto é, o problema da saúde dos portugueses não era encarado globalmente, mas sempre parcialmente, o que tinha como resultado agravar as injustiças sociais de que sofria a população

sulta e socorros, centros de convalescença e de readaptação, hospícios e brigadas móveis de assistência, socorro e colocação de doentes (Base VI, n.º 1).

45 Vide Base XIX.

46 Vide Base XX, n.º 2.

47 Vide, nesse sentido, CARLOS DINIZ DA FONSECA quando afirma que «A lei n.º 2.011 determinou que, para a primeira fase do plano de assistência hospitalar, a realizar no prazo máximo de um decénio, seria inscrita anualmente no orçamento do Ministério das Obras Públicas a dotação de 50.000 contos, pelo menos. Como passaram quase 6 anos, deveriam ter-se despendido já em construções hospitalares, só por esta verba, cerca de 300.000 contos. Todavia, a realidade é bem outra: as dotações orçamentais nestes 6 anos, atribuídas à Comissão de Construções Hospitalares, somam apenas 67.500 contos», «Da organização hospitalar do País», *Boletim da Assistência Social*, Edição do Subsecretariado de Estado da Assistência Social, Ano 11.º, n.ºs 111 e 112, Janeiro a Junho, 1953, p. 57.

48 Vide Base XX, n.º 4.

49 Vide, por exemplo, a Lei 2036, de 9 de Agosto de 1949, que promulgou as bases da luta contra doenças contagiosas, o Decreto n.º 37762, de 24 de Fevereiro de 1950, que tinha como objectivo regular a concessão de subsídio pecuniário e assistência médica e medicamentosa aos beneficiários das caixas sindicais e de previdência e das caixas de reforma ou de previdência ou o Decreto n.º 41595, de 23 de Abril de 1958, através do qual se passou a incluir no esquema normal de prestações do seguro-doença das caixas sindicais de previdência e das caixas de reforma e de previdência o internamento hospitalar para intervenções de cirurgia geral.

portuguesa»⁵⁰. Essa era uma característica genérica do sistema de protecção social português do Estado Novo, uma marca distintiva que correspondia aos postulados teóricos frequentemente enunciados desde o final dos anos 20 e uma materialização (ainda que, a partir de determinado momento, habilmente secundarizada) dos princípios filosóficos do sistema corporativo.

No final da década de 50 introduziu-se, do ponto de vista organizativo, uma muito significativa transformação. Com a criação do Ministério da Saúde e Assistência, através do Decreto-Lei n.º 41825, de 13 de Agosto de 1958⁵¹ e, já na década de 60, com a criação da Direcção-Geral dos Hospitais, através do Decreto 43852, de 10 de Agosto de 1961⁵², não só se autonomizou, organicamente⁵³, a política de saúde, como se deu um passo determinante para a consolidação de uma mudança na abordagem filosófica (aceitando-se, na prática política, a transição de um corporativismo de associação, para um corporativismo integral⁵⁴) ao papel do Estado no âmbito da protecção.

IV. DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DE 1962 E DO ESTATUTO DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA DE 1963, AO ESTATUTO HOSPITALAR E AO REGULAMENTO GERAL DOS HOSPITAIS

O período do pós-guerra⁵⁵ assinalou, especialmente no mundo ocidental, o

50 FRANCISCO GONÇALVES FERREIRA, *História da saúde e dos serviços de saúde em Portugal*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1990, p. 341.

51 *Vide*, sobre a criação do Ministério da Saúde e Assistência, RUI MANUEL PINTO COSTA, *O Poder Médico no Estado Novo (1945-1974) – Afirmação, legitimidade e ordenamento profissional*, Porto, U. Porto editorial, 2009, pp. 117 a 120. *Vide* ainda, ANDREIA DA SILVA ALMEIDA, *O Sistema de Saúde do Estado Novo de Salazar*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 76 a 86.

52 *Vide Diário do Governo* n.º 185/1961, Série I, 10 de Agosto de 1961. Deste diploma resultou a criação de um órgão técnico que tinha por objectivo fomentar, orientar, coordenar e fiscalizar a acção dos estabelecimentos e instituições de saúde e assistência, oficiais e particulares (*vide*, especialmente, artigos 1.º e 2.º)

53 O Decreto-Lei n.º 42210, de 13 de Abril de 1959 (*vide Diário do Governo* n.º 83/1959, Série I, 13 de Abril de 1959) estabeleceu a estrutura do Ministério da Saúde e Assistência.

54 A generalidade da doutrina classifica o corporativismo português como integral. *Vide*, nesse sentido, PEDRO SOARES MARTINEZ, *Manual de Direito Corporativo*, Lisboa, 3.ª edição, Faculdade de Direito de Lisboa, 1971, pp. 212 a 214; DOMINGOS FEZAS VITAL, *Curso de Direito Corporativo*, Lisboa, Minerva Comercial Sintrense, 1940, pp. 61 a 66.

55 *Vide*, com uma análise política, social, cultural e económica sobre o período posterior à II Guerra Mundial, TONY JUDET, *Pós-Guerra – História da Europa desde 1945*, Lisboa, 2.ª edição, Edições 70, 2007.

início de um período de grande expansão económica⁵⁶ que se repercutiu também em Portugal⁵⁷. Esta nova realidade económica – mas também política, social e cultural – terá contribuído de forma decisiva para promover as alterações legislativas introduzidas, a partir da década de sessenta, no domínio da previdência social⁵⁸ e, mais especificamente, no âmbito específico da saúde⁵⁹.

Embora a reforma da previdência social apenas se tenha efectivado com a publicação da Lei n.º 2115, de 18 de Julho de 1962 (tendo esta procedido à revogação da Lei n.º 1884, de 16 de Março de 1935), o primeiro impulso foi dado com a apresentação⁶⁰ da proposta ministerial (projecto de proposta de lei n.º 526/VI), na Assembleia Nacional, em 28 de Maio de 1957⁶¹.

Entre a data a apresentação da proposta ministerial e a publicação do parecer da Câmara Corporativa⁶² decorreram quase quatro anos⁶³. No entanto,

56 *Vide*, sobre o fim dos «30 anos gloriosos», RENÉ REMOND, *Introdução à História do Nosso Tempo. Do Antigo Regime aos Nossos Dias*, Lisboa, 2.ª edição, Gradiva, 2003, pp. 446 a 449; ERIC HOBBSBAWM, *A Era dos Extremos*, Lisboa, 6.ª edição, Presença, 2014, pp. 255 a 315.

57 *Vide*, sobre o crescimento económico português no período pós-guerra, JOÃO CESAR DAS NEVES, «O crescimento económico português no pós-guerra: um quadro global», *Análise Social*, vol. XXIX (128), 1994 (4.º), pp. 1005 a 1034.

58 *Vide*, nesse sentido, MANUELA SILVA, «O crescimento económico que se verificou em Portugal a partir do início da década de 50 terá contribuído para, gradualmente, melhorar o nível de rendimento e de satisfação de necessidades básicas (...). Contudo, duas décadas e meia de crescimento económico sustentado não permitiram pôr termo à pobreza e em 1973 a pobreza continuava a ser uma realidade muito dura para muitos portugueses», «Crescimento económico e pobreza em Portugal (1950-74)», *Análise Social*, vol. XVIII (72-73-74), 1982, 3.º, 4.º, 5.º, p. 1079.

59 Entende RUI MANUEL PINTO COSTA que «O final da 2.ª Guerra Mundial» representou «também o início de um período de desenvolvimento acelerado do conhecimento médico e terapêutico, da técnica de administração de saúde e de preocupações sociais, com a descoberta em todo os campos ligados às disciplinas médicas, que trouxeram mudanças significativas na estrutura e actividades dos sistemas de cuidados de saúde», *O Poder Médico...*, p. 43.

60 Era então Ministro das Corporações e da Previdência Social, Henrique Veiga de Macedo.

61 MINISTÉRIO DAS CORPORações E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, *Reforma da Previdência Social: proposta de lei*, Junta de Acção Social, Lisboa, 1957.

62 Parecer n.º 39/VII, in *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 128, 6 de Abril de 1961, pp. 1255 a 1318. Este parecer teve como relator Jorge Martins da Motta Veiga.

63 Para NUNO ESTEVÃO FIGUEIREDO MIRANDA FERREIRA, a emissão do parecer da Câmara Corporativa foi propositadamente atrasada sendo que «As razões para este “compasso de

do parecer da Câmara Corporativa à proposta de lei (Proposta de Lei n.º 4, de 18 de Dezembro de 1961) decorreu menos de um ano. Importa destacar que, não obstante o parecer da Câmara Corporativa, o texto da proposta de lei n.º 4 corresponde, integralmente, ao texto da proposta ministerial apresentada mais de quatro anos antes.

Após a apresentação da proposta de lei, decorreu, entre 14 e 22 de Março de 1962, na Assembleia Nacional, um longo e intenso debate no qual participaram, com elevado sentido crítico, dezenas de deputados⁶⁴. Finalmente, no ano seguinte, seria finalmente publicada a Lei n.º 2115, de 18 de Junho de 1962⁶⁵ que permitiu efectuar a reforma da previdência social.

Pouco mais de um ano após a aprovação da Lei.º 2115, de 18 de Junho de 1962, foi aprovada a Lei n.º 2120, de 19 de Julho de 1963⁶⁶ que promulgou as bases da política de saúde e assistência (Estatuto da Saúde e Assistência).

A lei foi o resultado da proposta de lei n.º 514, sendo que o debate, na Assembleia Nacional, se realizou ao mesmo tempo que a discussão da proposta de lei n.º 4. Também a Câmara Corporativa se pronunciou sobre o conteúdo da proposta de lei através do Parecer n.º 43/VII⁶⁷, que teve como relator Joaquim Trigo de Negreiros.

O Estatuto da Saúde e Assistência consistiu num texto legislativo filosoficamente muito marcado⁶⁸, uma vez que não se limitava apenas a declarar a

espera” relacionavam-se com a existência de críticas que o sistema a adoptar merecera, os «pontos de vista divergentes no seio do Governo» e os termos da previsível discussão na Assembleia Nacional». Ademais, «Supico Mendes pretendia receber o projecto de parecer, «mostrá-lo» a Salazar, «acertar [com o relator] as modificações que se aconselhassem», discutir e aprovar o documento na comissão responsável pela consulta e remetê-lo ao Governo, que decidiria sobre a forma de aprovação», *A Câmara Corporativa: Composição, Funcionamento e Influência, 2009*, ICS, pp. 397 a 398.

64 Vide *Diário das Sessões* n.º 44, de 14 de Março de 1962, *Diário das Sessões* n.º 45, de 15 de Março de 1962, *Diário das Sessões* n.º 46, de 16 de Março de 1962, *Diário das Sessões* n.º 47, de 17 de Março de 1962, *Diário das Sessões* n.º 48, de 19 de Março de 1962, *Diário das Sessões* n.º 49, de 20 de Março de 1962, *Diário das Sessões* n.º 50, de 21 de Março de 1962 e *Diário das Sessões* n.º 51, de 22 de Março de 1962.

65 Vide *Diário do Governo* n.º 138/1962, Série I, 18 de Junho de 1962.

66 Vide *Diário do Governo* n.º 169/1963, Série I, 19 de Julho de 1963.

67 *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 133, 24 de Maio de 1961.

68 O que havia ficado evidente no texto do parecer da Câmara Corporativa quando aí se afirmava que «o homem não é mera peça de engrenagem na poderosa máquina do Estado, sem vontade, iniciativa e responsabilidade individual e própria». Assim, «com o pretexto de o proteger, não é lícito reduzir o homem a um autómato, sem vontade, inicia-

«natureza unitária da pessoa humana e a necessidade de respeitar a sua dignidade e integridade moral»⁶⁹, mas afirmava também a centralidade da família «como meio mais adequado à vida e ao desenvolvimento integral do homem e primeiro responsável pelo bem-estar dos seus membros»⁷⁰. Ademais, e embora ao Estado fosse atribuído um conjunto relevante de competências⁷¹, não deixava de declarar, de forma cristalina, que estas seriam exercidas de forma «meramente supletiva em relação às iniciativas e instituições particulares»⁷².

No entanto, os principais responsáveis políticos e ideológicos do Estado Novo não ignoravam as alterações profundas que se estavam a verificar no âmbito das questões de saúde⁷³. Nesse sentido, afirmava-se, no parecer da Câmara Corporativa, que «a evolução das ciências e das técnicas, as convenções internacionais que assinámos, o custo dos meios de diagnóstico e o volume dos investimentos são outros tantos factores a considerar, pois, não podendo as iniciativas particulares suportar o encargo deles resultante, ao Estado cabe a iniciativa da criação dos serviços de saúde e assistência que se tornarem indispensáveis»⁷⁴.

Ao se assumir de forma tão clara, no parecer da Câmara Corporativa, a necessidade de intervenção do Estado no domínio da prestação de cuidados de saúde, abria-se a porta, por um lado, para a consagração no texto da lei do dever de assistência àqueles que se encontrassem em situação mais vulnerável (os que não estivessem cobertos «por esquemas de seguro privado ou social»⁷⁵), ou seja à maternidade, à infância, aos menores, aos velhos e aos inválidos⁷⁶ e, por outro lado, para uma cada vez maior participação do Estado

tiva e liberdade próprias; nem tão-pouco, com o fundamento de que a sociedade cuida da sua segurança, pode obliterar-se nele o sentido de responsabilidade que lhe cabe quanto à obrigação de, pelo trabalho individual, prover à satisfação das suas necessidades e de sua família, e, pela propriedade individual ou pela poupança, assegurar, na medida do possível, a sua própria previdência», *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 133, 24 de Maio de 1961, p. 1383.

69 *Vide* Base II, n.º 1, alínea a).

70 *Vide* Base II, n.º 1, alínea b).

71 *Vide* Base III, alíneas a), b), c) e d).

72 *Vide* Base III, alínea e).

73 *Vide*, nesse sentido, ANDREIA DA SILVA ALMEIDA, *O Sistema de Saúde...*, pp. 102 a 107.

74 *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 133, 24 de Maio de 1961, p. 1385.

75 *Vide* Base XI.

76 *Vide* Base XI, alínea a).

no financiamento do sistema⁷⁷, ainda que em associação com os privados⁷⁸. Cumpre, porém, destacar que, apesar das alterações introduzidas, o acesso aos cuidados de saúde e de assistência continuava, em muitas circunstâncias, a pertencer aos assistidos⁷⁹.

Em cumprimento do disposto na Base XXXIII da Lei n.º 2115, de 18 de Julho de 1962, foi publicado o Decreto n.º 45266, de 23 de Setembro de 1963⁸⁰, que promulgou o Regulamento Geral das Caixas de Previdência.

Através deste diploma foi possível estender a protecção na doença aos órfãos dos beneficiários e o internamento hospitalar aos familiares. Estendeu-se também a cobertura do internamento hospitalar a todas as modalidades necessárias e aumentou-se o prazo de concessão do subsídio de doença de 270 para 360 dias sendo que, no caso de doenças de longa duração, se ampliou o respectivo subsídio para um máximo de três anos. Já no âmbito da protecção na tuberculose, previa-se, com este diploma, que a atribuição de subsídio se prolongaria enquanto permanecesse o impedimento provocado pela doença.

Destaque ainda para a criação, através do Decreto-Lei n.º 45002, de 27 de Abril de 1963, da Assistência na Doença aos Servidores Cíveis do Estado (AD-SE)⁸¹. Com este diploma procurava-se corrigir (como se acentuava no preâmbulo) a situação de desamparo em que os trabalhadores do Estado se encontravam nas eventualidades de doença⁸² passando-se a garantir um esquema de protecção que abrangia as modalidades de assistência médica e cirúrgica,

77 Vide Base XXVII, alínea c). Ao Estado cabia também, nos termos da Base XXXIV, «criar, construir e apetrechar os estabelecimentos oficiais de saúde e assistência e prover à manutenção dos serviços, na parte não coberta, directa ou indirectamente, pelas mais receitas» e «comparticipar na construção, remodelação e apetrechamento dos estabelecimentos a cargo das instituições particulares e na manutenção dos serviços, na medida em que os encargos não possam ser suportados por força de outros recursos».

78 «Atribuir a responsabilidade de todo o esquema só aos indivíduos seria tão inadequado como atribuí-la exclusivamente às câmaras municipais, à previdência social ou ao próprio Estado», *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 133, 24 de Maio de 1961, p. 1471.

79 Vide Base XXIX.

80 Vide *Diário do Governo* n.º 224/1963, Série I, 23 de Setembro de 1963.

81 Vide *Diário do Governo* n.º 100/1963, Série I, 27 de Abril de 1963.

82 «Com efeito, os trabalhadores das empresas privadas passaram a usufruir [com a publicação da Lei 1884, de 16 de Março de 1935] um esquema de benefícios muito mais amplo do que o concedido àqueles que constituíam o vasto número dos servidores do Estado», *Diário do Governo* n.º 100/1963, p. 429.

materno-infantil, de enfermagem e medicamentosa⁸³ havendo ainda a possibilidade de extensão, ao agregado familiar, destes benefícios⁸⁴.

Já no ocaso do Salazarismo foram aprovados outros importantes dois diplomas no domínio da saúde: o Decreto-Lei n.º 48357, de 27 de Abril de 1968⁸⁵ (Estatuto Hospitalar) e o Decreto n.º 48358, de 27 de Abril de 1968⁸⁶ (Regulamento Geral dos Hospitais).

Com o Estatuto Hospitalar visava-se desenvolver os princípios compreendidos na Lei n.º 2120, de 19 de Julho de 1963, quer no que concerne à organização territorial do sistema, quer no que diz respeito às carreiras médicas e farmacêuticas (tema a que era dado grande relevo). Paralelamente, mantinha-se presente a ideia de que o regime de internamento deveria ser absolutamente excepcional⁸⁷, bem como que o modelo de financiamento⁸⁸ se regeria nos termos previstos no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 46301, de 27 de Abril de 1965⁸⁹.

A publicação destes dois diplomas permite admitir a possibilidade de que o objectivo do Governo passava por acelerar o desenvolvimento de políticas públicas de saúde, sobretudo em torno da edificação de uma rede hospitalar (que, não dependendo directamente do Estado, era por este, em grande parte, assumida), da ampliação do esquema de benefícios e da criação das carreiras médica e farmacêutica.

V. A POLÍTICA SOCIAL MARCELISTA

A transição do salazarismo para o marcelismo não representou, na óptica social⁹⁰ – como aliás, do ponto de vista político, económico ou cultural – qual-

83 Vide Artigo 4.º, § 1.º.

84 Vide Artigo 4.º, § 2.º.

85 Vide *Diário do Governo* n.º 101/1968, Série I, 27 de Abril de 1968.

86 Vide *Diário do Governo* n.º 101/1968, Série I, 27 de Abril de 1968.

87 Vide Artigo 20.º, n.º 1, alínea b): «O internamento hospitalar só deve ser usado na medida em que a assistência não possa ser prestada em regime de ambulatório ou domiciliário».

88 Vide Artigo 33.º.

89 Vide *Diário do Governo* n.º 92/1965, Série I, 27 de Abril de 1965.

90 De entre os estudos sobre o problema social no marcelismo destaque para: LUÍS REIS TORRALBA, *Marcelo Caetano, marcelismo e “Estado Social”: uma interpretação*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013; e MANUEL BRAGA DA CRUZ e RUI RAMOS (organização), *Marcelo Caetano: Tempos de Transição*, Lisboa, Porto Editora, 2012.

quer verdadeira ruptura, o que não significa que não se tenham introduzido algumas alterações.

O crescimento económico que se verificou em Portugal a partir do início dos anos 50, continuou durante todo o restante período do Estado Novo⁹¹, provavelmente reforçado devido a um aumento do investimento em obras públicas (com destaque para os transportes e comunicações⁹²) e no processo de industrialização⁹³, terá gerado as condições consideradas necessárias (pelos responsáveis políticos daquele período) para aumentar o universo dos indivíduos objecto de protecção social.

A Lei n.º 2144, de 29 de Maio de 1969⁹⁴, constituiu a primeira grande reforma de cariz social do marcelismo. Com esta legislação, procedeu-se à reorganização das Casas do Povo e do regime da previdência rural⁹⁵. A realidade previdencial dos trabalhadores rurais era especialmente débil uma vez que,

91 O período que medeia entre 1960 e 1974 tem sido considerado «como um ponto de viragem na moderna política económica portuguesa», uma vez que após a adesão do país à *European Free Trade Association* (EFTA) se registaram elevadas taxas de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), que chegaram a atingir mais de 11% por ano. Vide DAVID CORKILL, «O Desenvolvimento Económico Português no Fim do Estado Novo», in FERNANDO ROSAS, *A transição falhada e o Fim do Estado Novo (1968-1974)*, Lisboa, Editorial Notícias, 2004, p. 215.

92 Vide, nesse sentido, JOÃO MARIA DE OLIVEIRA MARTINS, «Os Grandes Investimentos em Transportes e as Comunicações» in MANUEL BRAGA DA CRUZ e RUI RAMOS (organização), *Marcelo Caetano: Tempos de Transição*, Lisboa, Porto Editora, 2012, pp. 355 a 359.

93 Vide, nesse sentido, ADÉRITO SEDAS NUNES, «Portugal, sociedade dualista em evolução», *Análise Social*, vol. II, (7-8), 1964, pp. 408 a 409. Vide, também, MÁRIO MURTEIRA, «O desenvolvimento industrial português e a evolução do sistema económico», *Análise Social*, vol. II, (7-8), 1964, pp. 483 a 497.

94 Vide *Diário do Governo* n.º 127/1969, Série I, de 29 de Maio de 1969. A Lei n.º 2144, de 29 de Maio de 1969 resultou da Proposta de Lei n.º 4/IX (vide, *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 115 de 18 de Dezembro de 1968, pp. 1995 a 2004) e seria objecto de parecer da Câmara Corporativa (Parecer n.º 22/IX, de 12 de Fevereiro de 1969, *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 125/IX de 12 de Fevereiro de 1969).

95 Em discurso na Assembleia Nacional em 27 de Novembro de 1968, MARCELLO CAETANO, a propósito dos trabalhadores rurais, afirmava o seguinte: «Neste capítulo, a situação dos trabalhadores rurais merecerá especial cuidado por dever de justiça e até por necessidade de fixar nos campos a mão-de-obra de que a agricultura carece. Está em estudo a adopção do abono de família para os rurais a que se seguirá, com a prudência aconselhável, de modo a não sobrecarregar demasiadamente os produtores, a extensão dos benefícios de assistência na doença e da previdência», *Diário das Sessões*, n.º 149 de 28 de Novembro de 1968, p. 2731.

por um lado, a rede de Casas do Povo estava longe de cobrir a totalidade do território e, por outro, a protecção conferida aos diversos riscos era particularmente fraca. Com esta lei concretizou-se, no âmbito da protecção na saúde, uma aproximação do regime dos trabalhadores rurais ao regime dos trabalhadores das caixas de previdência, nomeadamente ao nível da assistência médica e medicamentosa na doença e maternidade para os sócios efectivos e familiares ou nos subsídios na doença⁹⁶.

No ano seguinte, foi aprovado o Decreto n.º 445/70, de 23 de Setembro⁹⁷ que procedeu à reestruturação orgânica das Casas do Povo, bem como à regulamentação dos fundos de previdência dos mesmo organismos para a realização do regime especial de previdência dos trabalhadores rurais.

Entre as muitas novidades apresentadas por este diploma, destaque para a introdução do acesso a elementos auxiliares de diagnóstico⁹⁸ no quadro das prestações regulamentares e o prolongamento do período de concessão de subsídio por doença de três para seis meses.

No campo específico da saúde, o período do marcelismo ficou marcado pela publicação de uma miríade de diplomas sobre uma pluralidade de diferentes realidades, que se materializaram quer na criação de centros de saúde ou de lares para convalescentes, quer na criação e regulamentação de Escolas de Enfermagem, na regulamentação dos preços de medicamentos ou a edificação de um serviço nacional de ambulâncias.

VI. OS DECRETOS-LEIS N.ºS 413/71 E 414/71, DE 27 DE SETEMBRO

Quando Francisco Gonçalves Ferreira assumiu as funções Secretário de Estado da Saúde e Assistência no início de 1970, fê-lo através de um projecto político que propunha a definição de uma política nacional de saúde universal⁹⁹. Tendo em vista esse propósito, foi constituído um grupo de

96 *Vide* Base XXIV, n.º 1, alíneas a) e b).

97 *Vide Diário do Governo* n.º 221/1970, 1.º Suplemento, Série I, de 23 de Setembro de 1970.

98 *Vide* Artigo 57.º, n.º 1.

99 «Os elementos governativos do ministério constituído em 15 de Janeiro de 1971 [...] traziam no seu programa o projecto de reorganização imediata do Ministério da Saúde e Assistência, com a definição de uma política nacional de saúde e a estruturação do sistema de cuidados de saúde julgado indispensável», FRANCISCO GONÇALVES FERREIRA, *História da saúde...*, p. 459.

trabalho¹⁰⁰ que elaborou um relatório (“Para uma Reforma do Ministério da Saúde e Assistência”¹⁰¹), apoiado num conjunto de princípios orientadores¹⁰², sendo que as sugestões aí apresentadas foram aproveitadas em grande parte, com excepção das relativas à estrutura orgânica das direcções-gerais.

100 Dirigido pelo director do Gabinete de Estudos e Planeamento (Dr. Arnaldo Sampaio) e com representantes das Direcções-Gerais de Saúde e Assistência e Hospitais: Luís Cayolla da Mota, Carvalho da Fonseca, Maria Manuela Silva, Álvaro de Paiva Brandão e Augusto Mantas.

101 «O relatório [...] indicava três sugestões prioritárias: de que nas actuais condições portuguesas se devia organizar um *Sistema Nacional de Saúde* e não um *Serviço Nacional de Saúde*. O *Sistema* era definido como um conjunto articulado de actividades de interesse nacional, regidas pelo Estado, mas de iniciativas diversas, em que este procede ao planeamento e orientação geral e assegura a execução das que entender reservar para os seus serviços, com revogação do princípio da supletividade. O *Serviço* era caracterizado pela responsabilidade de prestação de cuidados globais de saúde, quer no campo da acção preventiva, quer nos campos da acção curativa e da recuperação, a todas as pessoas, sob forma gratuita ou quase, com financiamento dos serviços feito por meio do imposto geral e em que a iniciativa privada, sem carácter significativo, constitui esquema marginal; de que se deveria encarar a fusão das direcções-gerais de Saúde e dos Hospitais e dar nova estrutura à Direcção-Geral da Assistência; ou, em alternativa, aumentar o número das direcções-gerais para quatro, separando na Direcção-Geral de Saúde os sectores da Higiene, por um lado, e os da Medicina Preventiva e Cuidados Médicos Gerais, por outro, mantendo as direcções-gerais da Assistência, reestruturada, e dos Hospitais; de que se deveria considerar sob novo ponto de vista a missão e atribuições dos serviços das Misericórdias e de outras entidades privadas actuando no campo da saúde, para o que foram apresentadas hipóteses de aproveitamento como suportes de serviços oficiais, mantendo as estruturas adaptadas a trabalho coordenado, ou de integração naqueles serviços, também segundo condições adequadas», FRANCISCO GONÇALVES FERREIRA (coordenador), *15 anos da História Recente de Portugal (1970-1984)*, Lisboa, 1985, p. 289.

102 O relatório foi elaborado tendo em consideração um conjunto de princípios: «uma política unitária de saúde nacional; o reconhecimento do direito à saúde e o delineamento do esforço legislativo e administrativo a empreender para o generalizar a toda a população; a necessidade de progressiva instauração de um Sistema Nacional de Saúde com capacidade para executar essa política; o reconhecimento da intervenção do Estado como difusor da política de saúde e assistência, responsável pela sua execução e fomentador das actividades públicas e privadas que a esta dizem respeito; integração de todas as actividades de saúde e assistência designadamente nos planos local e regional; planeamento geral dessas actividades, a elaborar ao nível central com os dados recolhidos e analisados nos níveis local e regional, respeitantes à evolução das condições de saúde da população», FRANCISCO GONÇALVES FERREIRA, *História da Saúde...*, pp. 459 a 460.

Os Decretos-Leis n.ºs 413/71 e 414/71, de 27 de Setembro¹⁰³ corporizaram o núcleo da reforma operada pelo então Secretário de Estado da Saúde e Assistência. No entendimento deste, esta reforma «representou a maior mudança de sempre na estrutura e funcionamento dos serviços de saúde portugueses e a abertura definitiva para um caminho de cuidados de saúde completo com capacidade para inventariar os problemas de saúde e da doença no País e procurar-lhes as soluções possíveis em cada época, na base da investigação continuada e do aperfeiçoamento técnico das intervenções»¹⁰⁴.

Um dos principais objectivos da nova legislação (assim se determinava no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 413/71) consistia em intensificar e desenvolver as actividades de saúde pública e de promoção social. Ademais, e de forma cristalina, reconhecia-se e afirmava-se o «direito à saúde», ainda que limitado «pelos recursos financeiros, humanos e técnicos das comunidades beneficiárias».

Por outro lado, pretendia-se que existisse uma renovação dos meios de acção, aperfeiçoamento dos métodos de trabalho, desenvolvimento dos serviços, preparação do necessário pessoal (com instalação de carreiras profissionais) «com vista ao estabelecimento de um sistema nacional de saúde e à integração da política de assistência no contexto mais vasto da política social globalmente considerada». O intento era, por conseguinte, transformar uma estrutura orgânica de «acentuadas características individualistas» numa estrutura de «serviços subordinados a uma política unitária de saúde e assistência» com capacidade suficiente para «assegurar a toda a população um nível aceitável de cuidados médicos e de apoio social».

Ao mesmo tempo, com este diploma visa-se uma reestruturação orgânica dos serviços. Para tal (e nos termos deste Decreto-Lei) foi criada a Secretaria-Geral (com funções de orientação, coordenação e apoio técnico e administrativo)¹⁰⁵, o Gabinete de Estudos e Planeamento (responsável pelas acções de planeamento e actualização dos programas e estruturas da saúde pública e assistência e pela promoção da disciplina do planeamento e avaliação a nível

103 *Vide Diário do Governo* n.º 228/1971, Série I, 27 de Setembro de 1971.

104 FRANCISCO GONÇALVES FERREIRA, *História da Saúde...*, pp. 459 a 460. Já RUI MANUEL PINTO COSTA entende que com esta reforma se davam «alguns passos decisivos para a universalização dos cuidados de saúde, com um atraso de várias décadas relativamente à generalidade dos países europeus ocidentais», *O Poder Médico...*, p. 95.

105 *Vide Artigo 12.º*.

de serviços e global)¹⁰⁶ e o Instituto Nacional de Saúde Dr. Ricardo Jorge¹⁰⁷ (e neste integrado o Centro Nacional de Gripe, o Centro de Estudos de Paramiosidose e o Instituto de Malariologia de Águas de Moura¹⁰⁸). Releva ainda salientar que se mantinham as três Direcções-Gerais existentes (Direcção-Geral de Saúde, Direcção-Geral dos Hospitais e Direcção-Geral da Assistência Social).

Com a publicação deste diploma, o Estado passou a assumir a incumbência relativa à definição da política de saúde e assistência¹⁰⁹ (sem obnubilar o significado e a participação da iniciativa particular¹¹⁰), bem como o dever de garantir o direito à saúde «como direito de personalidade»¹¹¹ compreendendo este o direito de acesso aos serviços sem outra restrição que não as resultantes do limite dos recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis¹¹².

Entre as muitas inovações introduzidas, destaque ainda para a criação dos primeiros Centros de Saúde¹¹³ sendo que a subsecção II (do Capítulo III, Sec-

106 *Vide* Artigos 19.º e 20.º.

107 *Vide* Artigo 21.º, n.º 1.

108 *Vide* Artigo 22.º, n.º 2.

109 *Vide* Artigo 1.º, n.º 1.

110 *Vide* Artigo 1.º, n.º 3.

111 *Vide* Artigo 2.º, n.º 1.

112 *Vide* Artigo 2.º, n.º 2.

113 *Vide*, sobre a importância da criação dos primeiros Centros de Saúde, ANTÓNIO ARNAUT quando afirma que «Em 1971 verificou-se um importante avanço nas ancilosas estruturas de saúde. Gonçalves Ferreira, então responsável pelo sector no governo de Marcelo Caetano, publicou legislação definidora de uma política nacional, criando os primeiros *Centros de Saúde*, unidades fundamentais para a instituição de um futuro Serviço nacional», «História do Serviço Nacional de Saúde», *Estudos do Século XX*, Coimbra, Ariadne Editora n.º 5, 2005, p. 111. *Vide* também, em sentido idêntico, CONSTANTINO SAKELLARIDES quando refere que «Esta reforma promoveu a ideia dos “centros de saúde”, legislou a sua criação e criou-os de facto no terreno. Há mais de 30 anos os centros de saúde foram pensados como dispositivos coordenadores do conjunto dos serviços locais de saúde extra-hospitalares. Não se previa que fossem simplesmente, estruturas físicas, “casas” ocupadas por médicos, enfermeiros e funcionários administrativos», «Primavera em Portugal», *De Alma a Harry*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 63. *Vide* ainda ANA PAULA GATO, «Em síntese, os centros de saúde foram criados para serem, assumidamente, a unidade em que assentava o sistema de cuidados primários em Portugal, sete anos antes da declaração de Alma-Ata. Procurava estabelecer-se o sentido de unidade na prestação de cuidados em regime de ambulatório, e garantir que o Estado velava para que fossem cumpridos os requisitos mínimos de interligação e complementaridade entre as várias instituições, visto que se incluíam nos problemas detetados a duplicação de serviços em alguns locais e/ou a

ção II) lhes era inteiramente dedicada.

Aos Centros de Saúde era atribuída a responsabilidade de coordenar as actividades de saúde e assistência e assegurar a prestação de cuidados médicos de base, sendo que estes deveriam ser criados em todos os concelhos¹¹⁴, objectivo ambicioso, mas que não foi alcançado antes do fim do Estado Novo¹¹⁵.

No mesmo dia foi também publicado o Decreto-Lei n.º 414/71, através do qual se estabeleceu o regime legal que permitiu a progressiva estruturação e funcionamento das carreiras profissionais dos funcionários do Ministério da Saúde e Assistência¹¹⁶. Neste diploma encontramos também as normas e regras relativas ao processo de recrutamento e promoção dos funcionários.

De acordo com o preâmbulo, a instituição de carreiras profissionais surgia com o propósito – entre outros – de garantir que os mais qualificados (entre os quais se incluíam e destacavam os mais jovens) poderiam estar ao serviço das instituições públicas, sendo que dessa forma se poderiam, por um lado, satisfazer expectativas individuais de carreira e, por outro, tendo presente o desenvolvimento da ciência e o progresso das técnicas, que os cargos eram preenchidos por profissionais devidamente habilitados e credenciados.

No âmbito do modelo formulado, as carreiras profissionais organizavam-se em três tipos: de profissionais com habilitação de licenciatura universitária (médicos hospitalares, farmacêuticos; administradores hospitalares; e técnicos superiores de laboratório); de profissionais com habilitação técnica devidamente titulada (ensino de enfermagem; enfermagem hospitalar; técnicos terapeutas; técnicos de serviço social; técnicos auxiliares de laboratório;

sua inexistência noutros. Determinava-se que o diretor do centro de saúde, desempenhasse também a orientação técnica de todas as actividades públicas e privadas que existissem», *Da assistência aos pobres aos cuidados de saúde primários em Portugal: o papel da enfermagem (1926-2002)*, Lisboa, 2013, p. 238.

114 Vide Artigo 56.º.

115 «Apesar de todos os obstáculos, em Agosto de 1973 estavam em funcionamento cento e vinte e dois centros de saúde no país: cento e oito centros de saúde concelhios e catorze centros de saúde distritais», ANA PAULA GATO, *Da assistência...*, p. 249.

116 Em 1961 a Ordem dos Médicos publicou o *Relatório das Carreiras Médicas*, documento fundamental para a estruturação de um pensamento crítico não apenas quanto às carreiras médicas, mas também sobre o modelo de prestação de cuidados de saúde como um todo. Vide, sobre este relatório, J.P. MILLER GUERRA e F. TOMÉ, «A profissão médica e os problemas da Saúde e Assistência», *Análise Social*, vol. II, (7-8), 1964, pp. 623 a 651 e RUI MANUEL PINTO COSTA, «A Ordem dos Médicos e a condição do trabalho médico no Estado Novo», *História*, III Série, vol. 8, Porto, 2007, pp. 355 a 381.

e técnicos auxiliares sanitários); de profissionais com habilitação para cargos de pessoal administrativo¹¹⁷.

Embora, do ponto de vista filosófico, ao Decreto-Lei n.º 414/71 faltasse – o seu objecto não era propício a reflexões de cariz ideológico ou a declarações programáticas ou de princípios – alguma densidade e estrutura, tal não significa que tenha sido menos importante para a concretização da reforma empreendida por Francisco Gonçalves Ferreira. Era o próprio que o asseverava quando referia que se haviam estabelecido «sob a forma de regime de «carreiras profissionais», as medidas referentes a pessoal, pois que o sistema não funcionaria sem pessoas que o servissem, com adequada formação, em todas as suas intervenções intercomplementares do trabalho médico-sanitário e assistencial»¹¹⁸.

O Decreto-Lei n.º 414/71, no contexto da reforma coordenada por Francisco Gonçalves Ferreira, permitiu, ao estruturar as carreiras médicas, reforçar o processo de edificação de um sistema nacional de saúde tendo constituído o «progressismo possível»¹¹⁹.

VII. CONCLUSÕES

Por pedido do próprio, Francisco Gonçalves Ferreira seria exonerado do cargo de Secretário de Estado da Saúde e Assistência em 31 de Janeiro de

117 Vide Artigos 2.º e 4.º, n.º 1.

118 FRANCISCO GONÇALVES FERREIRA, *Política de Saúde e Serviço Nacional de Saúde em Portugal*, Amadora, 1975, pp. 94 a 95.

119 «Na verdade, sob o pretexto de uma reforma do Ministério, os legisladores de 1971 praticaram o progressismo possível. Reconheceram que o “direito à saúde compreende o acesso aos serviços nos termos estabelecidos pela sua orgânica, e não sofre restrições, salvo as impostas pelo limite dos recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis”. Deixam de ser referidas a caridade e o primado das instituições particulares como suporte doutrinário da prestação de cuidados de saúde à população. O Estado é reconhecido como o sujeito passivo do direito à saúde, através dos seus serviços. Ao colocar a tónica da universalidade na mera reorganização de serviços do ministério, o legislador progressista penetrava por onde podia. A nova lei orgânica, tendo por objectivo explícito assegurar a toda a população um nível aceitável de cuidados de saúde e de apoio social acabava por construir o que designava por um “sistema nacional de saúde”, integrando ainda a assistência no contexto mais vasto da sua política social», ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS e JORGE SIMÕES, «Introdução», in ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS e JORGE SIMÕES (coord.), *40 Anos de Abril na Saúde*, Lisboa, Almedina, p. 33.

1972¹²⁰. Exerceu funções durante pouco mais de dois anos e o balanço que fez da experiência parece ter sido negativo, uma vez que afirmou, *a posteriori*, que «os importantes diplomas n.ºs 413/71 e 414/71 não foram oportunos, porque não havia vontade política de implementar todas as suas potencialidades»¹²¹.

Não foi apenas a passagem de Francisco Gonçalves Ferreira pela Secretaria de Estado da Saúde e Assistência que foi curta, uma vez que o Governo de Marcello Caetano terminou em 25 de Abril de 1974, o que não terá permitido executar plenamente a reforma delineada no início da década¹²².

No período do Estado Novo é difícil encontrar mutações violentas, sendo que Marcello Caetano ficou célebre por defender uma «renovação na continuidade». As transformações políticas e sociais – que indubitavelmente que verificaram ao longo das experiências salazarista e marcelista – foram sempre lentas e graduais, ainda que a partir da década de cinquenta o seu ritmo tenha aumentado.

Nas vésperas da Revolução, 73% da população residente no país usufruía de um qualquer esquema previdencial¹²³, o que revela um significativo crescimento face à realidade do início da década de sessenta, momento em que apenas 13% dos residentes se encontravam em situação análoga¹²⁴.

Dos dados relativos ao sector da saúde pode concluir-se que, entre 1961 e 1975, aumentou o número de hospitais e camas disponíveis, bem como o número de médicos, enfermeiros e outros técnicos de saúde (quer em número total, quer no rácio por cem mil habitantes)¹²⁵. O número de casos de tuberculose estabilizou¹²⁶ como consequência, provavelmente, das políticas desenvolvidas ao longo de várias décadas de combate a esta doença.

120 *Vide*, *Diário do Governo* n.º 25/1972, Série I, Decreto n.º 31/72, de 31 de Janeiro de 1972.

121 FRANCISCO GONÇALVES FERREIRA, *História da Saúde...*, p. 349.

122 *Vide*, nesse sentido, ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS e JORGE SIMÕES, *40 anos...*, p. 35.

123 *Vide*, nesse sentido, ANTÓNIO BARRETO e CLARA VALADAS PRETO, «Indicadores da Evolução Social», in ANTÓNIO BARRETO (organização), *A Situação Social em Portugal, 1960-1995*, vol. I, Lisboa, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1996, p. 134. Note-se, porém, que apenas 58% da população estava coberta por sistemas de saúde. *Vide* nesse sentido, ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS e JORGE SIMÕES, *40 anos...*, pp. 35 a 37.

124 *Vide* ANTÓNIO BARRETO, «Três Décadas de Mudança Social», in ANTÓNIO BARRETO (organização), *A Situação Social em Portugal, 1960-1995*, vol. I, Lisboa, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1996, p. 47.

125 *Vide*, ANTÓNIO BARRETO e CLARA VALADAS PRETO, *Indicadores...*, pp. 77 a 78.

126 *Vide*, ANTÓNIO BARRETO e CLARA VALADAS PRETO, *Indicadores...*, p. 81.

O mesmo se diga em relação aos gastos públicos em saúde em percentagem dos gastos públicos totais e do produto interno bruto. Em percentagem dos gastos públicos totais verificou-se um aumento de 6,69% em 1970 para 10,78% em 1974 e em percentagem do produto interno bruto subiram de 1,86% em 1970 para 2,94% em 1974¹²⁷.

Assim, e embora a reforma de Gonçalves Ferreira não tenha assumido qualquer dimensão revolucionária (no ocaso do salazarismo, o modelo de prestação de cuidados de saúde era já, substancialmente diferente, daquele que havia sido seguido nos trinta anos anteriores), não deixou de manifestar o posicionamento progressista dos seus autores, nomeadamente porque, por um lado, o Estado passou a ocupar um lugar central na prestação de cuidados de saúde e, por outro abriu portas para possibilidade de concretização de uma política unitária de saúde e para a instauração de um sistema nacional de saúde que materializaria, finalmente, a previsão constitucional do direito à saúde.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, ANDREIA DA SILVA, *O Sistema de Saúde do Estado Novo de Salazar*, Coimbra, Almedina, 2018;
- ARNAUT, ANTÓNIO, «História do Serviço Nacional de Saúde», *Estudos do Século XX*, Coimbra, Ariadne Editora n.º 5, 2005;
- BARRETO, ANTÓNIO, «Três Décadas de Mudança Social», in BARRETO, ANTÓNIO, (organização), *A Situação Social em Portugal, 1960-1995*, vol. I, Lisboa, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1996;
- BARRETO, ANTÓNIO e PRETO, CLARA VALADAS, «Indicadores da Evolução Social», in BARRETO, ANTÓNIO, (organização), *A Situação Social em Portugal, 1960-1995*, vol. I, Lisboa, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1996;
- BRAGA DA CRUZ, MANUEL e RAMOS, RUI (organização), *Marcelo Caetano: Tempos de Transição*, Lisboa, Porto Editora, 2012;
- CORREIA DE CAMPOS, ANTÓNIO, e SIMÕES, JORGE, «Introdução», in CORREIA DE CAMPOS, ANTÓNIO, e SIMÕES, JORGE, (coord.), *40 Anos de Abril na Saúde*, Lisboa, Almedina;
- CORKILL, DAVID, «O Desenvolvimento Económico Português no Fim do Estado Novo», in ROSAS, FERNANDO, *A transição falhada e o Fim do Estado Novo (1968-1974)*, Lisboa, Editorial Notícias, 2004;

127 Vide, nesse sentido, MARIA DO ROSÁRIO GIRALDES, MARIA ODETE ALMEIDA, ANTÓNIO CORREIA DE CAMPOS, MARIA MARGARIDA MOURA THEIAS, «Gastos públicos com a saúde em Portugal (1970-78)», *Análise Social*, vol. XVII (1.º), 1981 (n.º65), pp. 73 a 74.

- FERREIRA, NUNO ESTEVÃO FIGUEIREDO MIRANDA, *A Câmara Corporativa: Composição, Funcionamento e Influência*, ICS, 2009;
- FEZAS VITAL, DOMINGOS, *Curso de Direito Corporativo*, Lisboa, Minerva Comercial Sintrense, 1940;
- FONSECA, CARLOS DINIZ DA, «Da organização hospitalar do País», *Boletim da Assistência Social*, Edição do Subsecretariado de Estado da Assistência Social, Ano 11.º, n.ºs 111 e 112, Janeiro a Junho, 1953;
- GATO, ANA PAULA, *Da assistência aos pobres aos cuidados de saúde primários em Portugal: o papel da enfermagem (1926-2002)*, Lisboa, 2013;
- GIRALDES, MARIA DO ROSÁRIO, ALMEIDA, MARIA ODETE, CORREIA DE CAMPOS, ANTÓNIO, MOURA THEIAS, MARIA MARGARIDA, «Gastos públicos com a saúde em Portugal (1970-78)», *Análise Social*, vol. XVII (1.º), 1981 (n.º65);
- GONÇALVES FERREIRA, FRANCISCO, *História da saúde e dos serviços de saúde em Portugal*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1990;
- *15 anos da História Recente de Portugal (1970-1984)*, Lisboa, 1985;
- *Política de Saúde e Serviço Nacional de Saúde em Portugal*, Amadora, 1975;
- GUIBENTIF, PIERRE, «Génese da Previdência Social. Elementos sobre as origens da segurança social portuguesa e as suas ligações com o corporativismo», *Ler História*, n.º 5, 1985;
- HOBBSBAWM, ERIC, *A Era dos Extremos*, Lisboa, 6.ª edição, Presença, 2014;
- JUDT, TONY, *Pós-Guerra – História da Europa desde 1945*, Lisboa, 2.ª edição, Edições 70, 2007;
- LUCENA, MANUEL DE, *A evolução do sistema corporativo português – O Salazarismo*, vol. I, Lisboa, Editora Perspectivas e Realidades, 1976;
- «Previdência Social», BARRETO, ANTÓNIO e MÓNICA, MARIA FILOMENA, *Dicionário de História de Portugal*, Suplemento 9, Porto, Figueirinhas, 2000;
- MAIA, FERNANDO M., *Segurança Social em Portugal. Evolução e Tendência*, Lisboa, Instituto de Estudos para o Desenvolvimento, 1985;
- MARTINS, JOÃO MARIA DE OLIVEIRA, «Os Grandes Investimentos em Transportes e as Comunicações» in MANUEL BRAGA DA CRUZ e RUI RAMOS (organização), *Marcelo Caetano: Tempos de Transição*, Lisboa, Porto Editora, 2012;
- MILLER GUERRA, J.P., e TOMÉ, F., «A profissão médica e os problemas da Saúde e Assistência», *Análise Social*, vol. II, (7-8), 1964;
- MURTEIRA, MÁRIO, «O desenvolvimento industrial português e a evolução do sistema económico», *Análise Social*, vol. II, (7-8), 1964;
- NEVES, JOÃO CESAR DAS, «O crescimento económico português no pós-guerra: um quadro global», *Análise Social*, vol. XXIX (128), 1994 (4.º);
- NUNES, FILIPE DE AREDE, *A construção jurídica-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, 2018;
- PINTO COSTA, RUI MANUEL, *O Poder Médico no Estado Novo (1945-1974) – Afirmação, legitimidade e ordenamento profissional*, Porto, U. Porto editorial, 2009;

- «A Ordem dos Médicos e a condição do trabalho médico no Estado Novo», *História*, III Série, vol. 8, Porto, 2007;
- REBELO DE SOUSA, MARCELO, *Baltazar Rebelo de Sousa, Fotobiografia*, Venda Nova, Bertrand Editora, 2.^a edição, 1999;
- REIS TORGAL, LUÍS, *Estados Novos, Estado Novo*, vol. I, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2009;
- *Marcello Caetano, marcelismo e “Estado Social”: uma interpretação*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013;
- REMOND, RENÉ, *Introdução à História do Nosso Tempo. Do Antigo Regime aos Nossos Dias*, Lisboa, 2.^a edição, Gradiva, 2003;
- SAKELLARIDES, CONSTANTINO, «Primavera em Portugal», *De Alma a Harry*, Coimbra, Almedina, 2005;
- SEDAS NUNES, ADÉRITO, «Portugal, sociedade dualista em evolução», *Análise Social*, vol. II, (7-8), 1964;
- SILVA LEAL, ANTÓNIO DA, *Organização da Previdência – Apontamentos das lições proferidas no Instituto de Estudos Sociais, no ano lectivo de 1966/67*, Lisboa, Instituto de Estudos Sociais;
- SILVA, MANUELA, «Crescimento económico e pobreza em Portugal (1950-74)», *Análise Social*, vol. XVIII (72-73-74), 1982, 3.^o, 4.^o, 5.^o;
- SOARES MARTINEZ, PEDRO, *Manual de Direito Corporativo*, Lisboa, 3.^a edição, Faculdade de Direito de Lisboa, 1971;
- TEOTÓNIO PEREIRA, PEDRO, «Corporações e previdência social. Primeiros aspectos», in *A batalha do futuro. Organização corporativa*, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1937;
- VARELA, RAQUEL, *História do Serviço Nacional de Saúde em Portugal – A saúde e a força de trabalho, do estado novo aos nossos dias*, Lisboa, Âncora Editora, 2009;

INCONGRUÊNCIAS DO FORO MILITAR

O PROCESSO DE FRANCISCO MAXIMILIANO DE SOUSA (1822-1823)

João Andrade Nunes¹

Resumen: Tratando de poner fin a los disturbios políticos y sociales brasileños que pronunciaron la independencia de Brasil, D. João VI, en el 19 de diciembre de 1821, determinó que una fuerza naval debería salir de Lisboa para, entre otras instrucciones, transportar al brigadier José Correa de Mello a Pernambuco y de uno contingente de fuerzas terrestres para ayudar a la División Auxiliar portuguesa que estaba en la ciudad de Río de Janeiro. Esta misión, encomendada al jefe de escuadrón Francisco Maximiliano de Sousa, fue de tal inusual que, al llegar a Lisboa, el oficial general antes mencionado fue prontamente sujeto a la justicia militar. Envuelto en inconsistencias procesales, Maximiliano de Sousa, después de dos veces condenado y dos veces absuelto, llegó a encontrar su perdón en un peculiar decreto real.

Palabras clave: Francisco Maximiliano de Sousa; justicia militar; consejos de guerra; Consejo del Almirantazgo.

Abstract: In the attempt to put an end to the political and social Brazilian disorders that pronounced Brazil's independence, King John, the sixth, on December 19, 1821, ordered, amongst other instructions, that a naval force was to leave Lisbon in order to transport brigadier José Correa de Mello to Pernambuco and a contingent of ground forces to assist the Portuguese Auxiliary Division in Rio de Janeiro. The mission, assigned to the general officer Francisco Maximiliano de Sousa, was so atypical that, upon arriving in Lisbon, the above-mentioned general officer was promptly subjected to the military justice. Submerged in incoherent legal proceedings, Maximiliano de Sousa, after twice being punished and twice acquitted, came to find his acquittal in an unusual royal decree.

Keywords: Francisco Maximiliano de Sousa; military justice; courts-martial; Admirals Council.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. A JUSTIÇA MILITAR NAVAL NO ALVOR DO SÉCULO XIX; III. O PECULIAR PROCESSO DE FRANCISCO MAXIMILIANO DE SOUSA; 1. Dos factos; 2. Por entre os conselhos de guerra, o Conselho do Almirantado e as Cortes; 3. *Haverá duas sem três?* Das incongruências processuais ao comprometedor decreto régio de absolvição; IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS; V. APÊNDICE DOCUMENTAL; VI. BIBLIOGRAFIA.

¹ Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Mestre em Direito e Ciência Jurídica – perfil Histórico-Jurídicas – pela mesma instituição.

Investigador Associado no IURIS - Instituto de Investigação Interdisciplinar. Correio eletrónico: joaoandradenunes@fd.ulisboa.pt.

I. INTRODUÇÃO

Desassossegado com as notícias da revolução de 1820 que haviam chegado ao Brasil e deveras apreensivo com a imediata adesão dos nativos ao constitucionalismo vintista², D. João VI, receando nefastas consequências políticas, começou a ponderar um eventual regresso a Portugal visando a salvaguarda da Coroa. Como se de um fado se tratasse, lembrando a nostalgia com que perdera o Tejo de vista no desventurado ano de 1807, em 26 de abril de 1821, o rei *Clemente* e um quinhão da sua corte levantaram ferros do Rio de Janeiro com destino a Lisboa³. Resignado com a natureza das coisas e com amarga profecia⁴ de ver brevemente a causa independentista materializada⁵ deixou D. João a governação do Brasil a D. Pedro de Alcântara, seu filho mais velho que logo veio demonstrar afinidade bastante à causa separatista⁶. Possuía o monarca um significativo grau de antevidência. O movimen-

2 Em rigor, logo a 1 de janeiro de 1821, o Estado do Pará, aderindo à causa, em nome do povo e do exército, com laivos de anacronismo, aclamou prontamente a Constituição portuguesa que viria só mais tarde ser elaborada. De igual modo se observaram estas condutas na Baía, no Maranhão e no Rio de Janeiro, em 26 de fevereiro do mesmo ano. Cfr. PERES, DAMIÃO E VASCONCELOS E SÁ, “Domínio Ultramarino”, in *História de Portugal, Edição Monumental*, direção literária de Damião Peres e direção artística de Eleutério Cerdeira, vol. VII, Portucalense Editora, Barcelos, 1935, pp. 526 e ss.

3 Cfr. ALMEIDA, FORTUNATO DE, *História de Portugal*, vol. XIII, Promoclube, Lisboa, pp. 72 a 74 e “Domínio Ultramarino”..., *op. cit.*, pp. 526 a 528. Sem sobressaltos, a família Real veio a entrar no Tejo dia 3 de julho de 1821.

4 Seguindo de perto os ensinamentos de Vasconcelos e Sá, já embarcado para regressar a Portugal, D. João VI, em jeito de confidência, segredou a D. Pedro as seguintes palavras “*Prevejo que o Brasil não demorará muito a libertar-se de Portugal*”. Cfr. PERES, DAMIÃO E VASCONCELOS E SÁ, “Domínio Ultramarino”..., *op. cit.*, pp. 525 e 526. Em sentido semelhante, demonstrando a consciência de D. João em face das consequências decorrentes do seu regresso a Portugal, SORIANO, SIMÃO JOSÉ DA LUZ, *História da Guerra Civil e do Estabelecimento do Governo Parlamentar em Portugal, 3.º época*, tomo II – parte I, Imprensa Nacional, Lisboa, 1882, pp. 28 e ss.

5 Na verdade, menos de um ano decorrera desde o regresso de D. João VI a Portugal para que o Brasil se tivesse declarado independente. Assim, a 7 de setembro de 1822, nas margens do rio Ipiranga, clamando pela independência do povo brasileiro, D. Pedro ditou o fim aos laços coloniais. Em 12 de outubro de 1822 viera a formalizar-se o respetivo considerato com a sua aclamação como imperador do Brasil. Sobre o assunto, *vide* ALMEIDA, FORTUNATO DE, *História de Portugal, op. cit.*, pp. 89 e 90 e PERES, DAMIÃO E VASCONCELOS E SÁ, “Domínio Ultramarino”..., *op. cit.*, pp. 531 e ss.

6 Neste sentido, ALMEIDA, FORTUNATO DE, *História de Portugal, op. cit.*, p. 73 e SORIANO,

to independentista brasileiro, já desvelado com a revolução pernambucana de 1817⁷ e agora dissimulado por entre proclamações e aderências à causa constitucionalista, num paulatino crescendo de cisões políticas e sociais, não só importara a criação de duas juntas governativas em Pernambuco⁸ como despoletara violentos conflitos entre elas. Assim, em 26 de outubro de 1821, materializando o disposto na Convenção de Beberibe⁹, destituiu-se a Junta Constitucional Governativa – liderada Luiz do Rego Barreto – e consentiu-se governação única à Junta de Goiana, agora presidida pelo pernambucano Gervásio Pires Ferreira. Respondendo a tais agitações e com a premência de submeter o Brasil ao estatuto de *antiga colônia*¹⁰, em 16 de janeiro de 1822,

SIMÃO JOSÉ DA LUZ, *História da Guerra Civil e do Estabelecimento do Governo Parlamentar em Portugal...*, op. cit., pp. 34 e ss.

7 Sobre a questão, atente-se na coeva e incontornável *Memoria Justificativa sobre a conducta do Marechal de Campo Luiz Barreto do Rego durante o tempo em que foi Governador de Pernambuco e Presidente da Junta Constitucional do governo da mesma Provincia*, Typographia de Desiderio Marques Leão, Lisboa, 1822, pp. 44 e ss. Com uma leitura sintetizada e atual sobre questão, PEDREIRA, JORGE e COSTA, FERNANDO DORES, *D. João VI*, Temas e Debates, 6.ª ed., Maia, 2014, pp. 255 e ss.

8 O movimento independentista de Goiana, em 29 de agosto de 1821, erigiu um governo constitucional temporário – denominado de Junta de Goiana – que, jurando obediência às Cortes Gerais e à Constituição que viria a ser elaborada, mostrava-se independente e em oposição ao governo liderado pelo general português, Luiz Barreto do Rego, sob a designação de Conselho Constitucional Governativo. *Vide, Memoria Justificativa...*, op. cit., pp. 44 e ss; BERNARDES, DENIS ANTÔNIO DE MENDONÇA, *O patriotismo constitucional: Pernambuco, 1820-1822*, Aderado & Rothschild Editores, São Paulo-Recife, 2006, pp. 388 e ss e SLEMIAN, CLÁUDIA MARIA DAS GRAÇAS CHAVES ANDRÉA, “«Memorial» às Cortes de Lisboa de Manoel Luís da Veiga (1821). Constitucionalismo e formas de governo no Brasil” in *Análise Social*, 218, LI (1.º), Lisboa, 2016, pp. 122 a 144. Disponível em: http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/AS_218_arto5.pdf. [Consultado em 11/02/2020].

9 Firmada em outubro de 1821 entre os governos provisórios de Goiana e Recife, a Convenção de Beberibe, reconhecendo a legitimidade de ambos e estipulando governanças em simultâneo, previu simultaneamente a eleição de uma nova Junta de Governo, também ela provisória, à luz das indicações das Cortes Constituintes. A eleição desta nova junta, realizada em 26 do referido, embora não tenha outorgado independência a Pernambuco, importou uma nova fase na constitucionalização do Reino Unido de Portugal e, com ela, o perecimento da dominação governativa do *ancien régime* no Brasil. *Vide*, BERNARDES, DENIS ANTÔNIO DE MENDONÇA, *O patriotismo constitucional: Pernambuco, 1820-1822*, op. cit., p. 397.

10 Sustentado este entendimento, tenha-se em consideração a rude política das Cortes Gerais exigindo o regresso de D. Pedro a Portugal e extinguindo não apenas tribu-

por ordem régia provida da Secretaria de Estado dos Negócios da Marinha, partiu do Tejo mais uma¹¹ esquadra com destino a Pernambuco e, sucessivamente, ao Rio de Janeiro¹².

Liderada pelo chefe-de-divisão Francisco Maximiliano de Sousa, fora aquela incumbida de conduzir o brigadeiro José Correa de Mello a Pernambuco para assim render, como governador de armas, o brigadeiro José Maria de Moura. Cumulativamente confiou-se-lhe o transporte de um contingente de forças terrestres para assistir a *Divisão Auxiliar Portuguesa* que, ao momento, se encontrava sediada na cidade do Rio de Janeiro, sob o comando do general Avilez¹³.

nais superiores criados por D. João VI, em 1808, mas também outras instituições como a Academia de Marinha ou a Academia de Belas Artes. Sobre o assunto, PERES, DAMIÃO E VASCONCELOS E SÁ, “Domínio Ultramarino”..., *op. cit.*, pp. 530; SORIANO, SIMÃO JOSÉ DA LUZ, *História da Guerra Civil e do Estabelecimento do Governo Parlamentar em Portugal...*, *op. cit.*, pp. 51-52; MARTINS, JOAQUIM PEDRO OLIVEIRA, *História de Portugal*, tomo II, 12.º ed., Parceria António Maria Pereira Editora, Lisboa, 1942, pp. 253 e ss.

11 Não se tratou, obviamente, de um episódio isolado. Na verdade, em outubro de 1821, no decurso do julgamento dos quarenta e dois presos pernambucanos que haviam liderado a revolta no Recife, em 6 de março de 1817, e temendo que a novel libertação das colónias espanholas americanas pudesse provocar um efeito contágio no Brasil, as Cortes Gerais rapidamente providenciaram o envio de um contingente militar a Pernambuco para render o batalhão do Algarve que lá se encontrava. Esta expedição, que fundeara no Recife em 24 de dezembro do mesmo ano, fora comandada por José Xavier Bressane Leite e transportara o brigadeiro José Maria de Moura com fito de assumir o governo das armas daquela província. Cfr. CARVALHO, MANUEL EMÍLIO GOMES DE, *Os Deputados brasileiros nas Cortes Geraes de 1821*, Livraria Chardon, Porto, 1912, pp. 139 a 145 e 218 a 220.

12 Cfr. *Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa* (doravante, *Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias*), sessão n.º 21 de 29 de maio de 1822, p. 302.

13 SORIANO, SIMÃO JOSÉ DA LUZ, *História da Guerra Civil e do Estabelecimento do Governo Parlamentar em Portugal...*, *op. cit.*, pp. 32 e ss. O tenente-general Conde de Avilez, oficial português que se havia destacado na Guerra Peninsular, com patente de brigadeiro, em 1816, integrou a *Divisão de Voluntários Reais de El-Rei* – também conhecida por *Divisão Auxiliadora* – destinada à expedição de Montevidéu. As capacidades militares e a lealdade demonstradas no âmbito da mencionada campanha importaram, em 27 de janeiro de 1818, a sua nomeação como governador da praça de Montevidéu, cargo exercido até 1821. De regresso ao Rio de Janeiro assumiu o comando da *Divisão Auxiliadora* até 11 de janeiro de 1822, data em que D. Pedro o demitiu do cargo. As dissidências entre ambos, motivadas pela lealdade do general para com D. João VI e as Cortes Gerais, implicaram o seu embarque forçado para Lisboa, em 15 de fevereiro de 1822. Para uma biografia mais

Mostrando-se o cumprimento de tais instruções assaz peculiar, mais atípico se revelou a sua apreciação em sede judicial. Chegado a Lisboa e submetido a conselho de guerra, Maximiliano de Sousa encetara uma batalha judicial de tal forma anómala que, depois de duas vezes condenado e por duas absolvido, sujeito a um quinto julgamento por vontade das Cortes Constituintes, viera a encontrar indulto no “espírito clementíssimo” do monarca.

Tendo em conta o recorrido e cōncios que a concretização da lei não traduz amiúde e *in totum* a vontade do legislador, pretendemos com este trabalho demonstrar algumas dessas desconformidades e incongruências jurídicas ocorridas no âmbito do foro militar naval oitocentista. Partindo de vários casos por nós compulsados, pela singularidade que lhe é inerente, entendemos ter sido o caso *sub judice* o mais representativo dos problemas aludidos. Como nota final, considerando o seu desapropriado e supérfluo intento, de modo algum se efetuará uma sindicância póstuma do mérito das sentenças e tampouco da decisão régia.

II. A JUSTIÇA MILITAR NAVAL NO ALVOR DO SÉCULO XIX

A justiça militar, desde os primórdios da nacionalidade, foi constantemente aplicada em foro próprio e em nome do monarca. Com efeito, se até à segunda metade do século XVIII havia sido exercida de uma forma pouco definida e por múltiplos agentes – militares e civis –, à entrada de oitocentos encontrava-se já perfeitamente cristalizada entre duas jurisdições – Exército e Marinha – e duas instâncias. Assim, e no que ao foro naval respeita, os conselhos navais de guerra, herdados de setecentos¹⁴, continuavam a ser, por excelência, os órgãos competentes para syndicar as causas navais em primeiro agravo. Por sua vez, o Conselho do Almirantado, exercendo também funções de tribunal de última instância, por determinação do Alvará de 26 de outubro de 1796¹⁵, mantinha-se em pleno funcionamento. Na verdade, extinto anos

pormenorizada do Conde de Avillez, vide MACHADO, F.S. DE LACERDA, *O Tenente-General Conde de Avillez*, tomos I e II, Edições Pátria, Gaia, 1931-33.

14 Os conselhos de guerra, criados pelo Conde de Lippe para os regimentos de infantaria, em 1763, e, no ano seguinte, para os regimentos de cavalaria, foram estendidos ao foro naval, no ano de 1783, por via do decreto de 15 de novembro. Cfr. Decreto de 15 de novembro de 1783 *in Collecção da Legislação Portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações, redigida por Antonio Delgado da Silva, 1775-1790*, Typografia Maignrense, Lisboa, 1828.

15 O Conselho do Almirantado havia já sido criado por decreto de 25 de abril de 1795

mais tarde com a Carta de Lei de 30 de outubro de 1822, viria encontrar prossecução no designado Real Conselho de Marinha¹⁶.

Elencados os tribunais constitutivos do foro militar naval oitocentista cumpre, sumariamente, explanar a sua constituição e funcionamento para uma melhor inteligência do caso *sub judice*.

À luz do §7.º do título III do Regimento do Conselho do Almirantado¹⁷, os conselhos navais de guerra eram constituídos por oficiais do Corpo de Marinha – presidente e vogais –, sendo o seu número e a qualidade regulados pelo tipo de crime a sentenciar¹⁸. Pese embora a inexistência de regulamentação própria

para reger tudo quanto pudesse respeitar à boa administração da Armada. Não obstante, apenas veio a adquirir competências judiciais por via dos artigos 7.º e 8.º, ínsitos no título III, do mencionado alvará. Ambos os diplomas se encontram coligidos na *Collecção da Legislação Portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações, redigida por Antonio Delgado da Silva, 1791-1801*, Typografia Maigranse, Lisboa, 1828.

16 A Carta de Lei de 30 de outubro de 1822, extinguindo os tribunais do Conselho do Almirantado e da Junta da Fazenda dispunha, no seu artigo 4.º, que os conselhos de guerra que até então subiam ao Conselho do Almirantado passariam a ser apreciados, em última instância, num Conselho de Marinha. Cfr. Carta de Lei de 30 de outubro de 1822 *in Compilação da Legislação Penal Militar Portuguesa desde 1446 até 30 de Junho de 1875 por José Ricardo da Costa Silva Antunes*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1895. Por sua vez, o Alvará de 1 de fevereiro de 1825, elevando o sobredito tribunal à categoria de tribunal régio, viria a precisar a sua data de criação através das seguintes palavras: “*hei por bem elevar o conselho de marinha, criado pelo meu real decreto de 3 de outubro de 1823 [...]*”. (Sublinhado nosso). Cfr. *Idem*. Ainda que a legislação assim o tenha referido, na prática, a sua atividade parece ter iniciado antes. Em rigor, a última sentença proferida concernente ao caso de Francisco Maximiliano de Sousa, datando de 11 de abril de 1823, menciona já o órgão judicial citado. Este entendimento pode também ser corroborado com base num ofício do ministro da marinha Costa Quintela ao Almirante João da Costa Cabedo, nomeando-o para presidente do doutro tribunal. “*Manda El Rey pela Secretaria de Estado dos Negocios da Marinha [...] a fim de ser julgado no Conselho de Marinha, de que elle Vice Almirante foi nomeado Presidente*”. Cfr. Arquivo Histórico de Marinha (doravante, AHM), caixa n.º 781, processo de Francisco Maximiliano de Sousa, documentação avulsa.

17 Aprovado pelo Alvará de 26 de outubro de 1796. *Collecção da Legislação Portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações, redigida por Antonio Delgado da Silva, 1791-1801, op. cit.*

18 À luz do capítulo X, §§1.º e 2.º do *Regulamento para o exercicio e disciplina da infantaria dos exercitos* – aprovado pelo Alvará de 18 de fevereiro de 1763 e posteriormente crismado de *Novo Regulamento* – se o réu fosse oficial superior, o conselho de guerra seria constituído por um oficial – como presidente –, por dois tenentes-coronéis, dois majores, dois capitães e um auditor. Por sua vez, se fosse capitão, a instância teria como juízes um

a densificar a mencionada norma – aplicando-se subsidiariamente, por isso, os normativos estipulados para as forças terrestres –, sabemos que em virtude do Alvará de 31 de janeiro de 1797 os referidos órgãos judiciais passaram também a integrar um juiz letrado – dito auditor – com funções de juiz de relator. A sua constituição, não sendo de natureza *ipso facto*, encontrava-se dependente de uma prévia averiguação através da qual se deduziria, ou não, a prática do crime noticiado. Neste molde, depois devidamente reduzida a fase investigatória a auto de corpo de delito¹⁹⁻²⁰ seria então ordenada a constituição de um conselho naval de guerra. Formado o órgão judicial, com a chegada do réu à sala de audiência e extraída a sua certidão de assento iniciar-se-ia a primeira sessão²¹. Posteriormente, terminada a inquirição de testemunhas e interrogado o réu²², enquanto este era reconduzido à cadeia, o auditor, dentro do conselho, realizaria uma súmula do interrogatório dando a todos os membros nota do delito e da defesa apresentada. Extraída a sentença por pluralidade dos votos,

tenente-coronel – que presidiria –, dois majores, dois tenentes e dois alferes. Sendo supérfluo replicar as diversas constituições dos conselhos de guerra, evidenciaremos apenas o propósito inerente às suas composições: o decréscimo da patente do coletivo de juizes era proporcional à diminuição da patente do réu. Cfr. *Regulamento para o exercicio e disciplina da infantaria dos Regimentos de Infantaria dos Exercitos de Sua Magestade, feito por Ordem do Mesmo Senhor por Sua Alteza o Conde Reinante de Schaumbourg Lippe, Marechal General*, Regia Officina Typografica, Lisboa, 1794. Na prática, ao aplicar subsidiariamente estas norma ao foro naval, sabemos que existiria uma prévia e forçosa adaptação das mencionadas patentes às existentes no foro naval. Por outro lado, e compulsados vários processos navais, verificámos que o número de vogais estipulado legalmente se tinha como critério mínimo.

19 Cfr. Alvará de 4 de setembro de 1765 e BRANCO, CARLOS DE MAGALHÃES CASTELLO, *Pratica criminal do foro militar para as auditorias e conselhos de guerra*, Officina de João Rodrigues Neves, Lisboa, 1805, pp. 29 e ss.

20 Seguindo de perto os ensinamentos de Duarte Nazareth, corpo de delito era a investigação da existência de um crime e de todas as suas circunstâncias através de todos os meios de prova. Por tal razão, era tido como princípio e fundamento de todo o processo criminal. Cfr. NAZARETH, FRANCISCO J. DUARTE, *Elementos do Processo Criminal*, 4.º ed., Imprensa da Universidade, Coimbra, 1861, p. 70.

21 Na esteira de Castello Branco, os conselhos de guerra poderiam desenrolar-se ao longo de várias sessões. BRANCO, CARLOS DE MAGALHÃES CASTELLO, *Pratica criminal do foro militar para as auditorias e conselhos de guerra*, *op. cit.*, pp. 96 e ss.

22 Tinha lugar, nesta fase, o processo de contraditório no qual, ao abrigo do decreto de 5 de outubro de 1778, em tempo de paz, podia o réu apresentar defesa através de um advogado.

considerando o princípio de apelação *ex officio* nas causas penais²³, era de imediato remetida ao Conselho do Almirantado – através da Secretaria de Estado dos Negócios da Marinha²⁴ – dando-se logo ordem de para sua constituição. Aqui chegados, determinava o §8.º, título III, do Alvará de 26 de outubro de 1796, que para o exercício das suas funções judiciais, o Conselho do Almirantado contava com, pelo menos²⁵, dois de quatro conselheiros – todos oficiais generais da Armada²⁶ –, um juiz relator e dois adjuntos, ambos ministros togados da Casa da Suplicação nomeados pelo rei. Estabelecido o coletivo de juízes e iniciada a sessão, proceder-se-ia à narração dos autos pelo juiz relator. Finda esta formalidade teria lugar a elaboração da sentença a qual, de acordo com artigo 3.º do título V do Alvará de 26 de outubro de 1796, seria dada com base na maioria absoluta dos votos. Se fosse aplicada pena de morte, primeiramente, haveria de ser levada ao conhecimento do monarca²⁷.

Explanado, sumariamente, o funcionamento dos tribunais do foro naval e a marcha processual a eles inerentes, como nota final, relembramos que a substituição do Conselho do Almirantado pelo Real Conselho de Marinha em nada afetou os procedimentos até aqui expostos. Em rigor, a inexistência de um regimento próprio posterior a 26 de outubro de 1796, implicou, forçosamente, a aplicação parcial e subsidiária de normas regimentais do extinto tribunal²⁸!

23 Nos termos do *Novo Regulamento*, sempre que a pena fosse capital, as sentenças oriundas dos conselhos de guerra deveriam ser remetidas ao marechal-general a fim de Sua Majestade delas tomar conta. Por sua vez, ainda que a lei não o exigisse, a *praxis* judicial do foro militar, principalmente no tempo de paz, veio introduzir a apelação *ex officio* de todas as sentenças que, por força do decreto de 20 de agosto de 1777, já tinha sido alargada a todos os casos em que o réu fosse coronel ou superior. Ainda que subsidiariamente observado no foro naval, o decreto 6 de setembro de 1805 acabou por cristalizá-la.

24 Cfr. Decreto de 6 de setembro de 1805.

25 A gravidade do crime apelado fazia variar o número de militares presente no órgão judicial. Cfr. artigo 8.º, título III, do Alvará de 26 de outubro de 1796.

26 O presidente – ainda que à luz do artigo 2.º, título IV, do Alvará de 26 de outubro de 1796, fosse o ministro e secretário de estado dos negócios da marinha – na prática, era nomeado pelo monarca, para cada apelação, por via da Secretaria de Estado dos Negócios da Marinha. A título de exemplo veja-se o ofício de Ignácio da Costa Quintela para o vice-almirante João da Costa Cabedo, datado de 13 de março de 1823, nomeando-o presidente do Conselho de Marinha para julgar a sentença de Maximiliano de Sousa. Cfr. AHM, caixa n.º 781, processo de Francisco Maximiliano de Sousa, documentação avulsa.

27 Cfr. artigo 8.º, título III, do Alvará de 26 de outubro de 1796.

28 O decreto de 3 de outubro de 1823 – diploma que estabeleceu o Conselho de Mari-

III. O PECULIAR PROCESSO DE FRANCISCO MAXIMILIANO DE SOUSA

Instruídos sobre a administração da justiça militar naval no alvor do século XIX cumpre, seguidamente, descrever o processo judicial do militar Francisco Maximiliano de Sousa. Para tal, e tendo em vista um melhor entendimento sobre o mesmo, começaremos por trazer a lume os factos subjacentes ao processo e, por fim, observar a sua sindicância ao longo das várias instâncias judiciais.

1. Dos factos

No seguimento da conjuntura político-social já sumulada na introdução, em 19 de dezembro de 1821, pela Secretaria de Estado dos Negócios da Marinha, foi emanada uma ordem régia determinando que o então chefe-de-divisão Francisco Maximiliano de Sousa comandasse uma expedição a Pernambuco e ao Rio de Janeiro. As instruções, transmitidas por Joaquim Monteiro Torres – ministro e secretário de estado dos negócios da marinha –, mostravam-se precisas e expropriadas de qualquer ambiguidade:

“[...] seguirá viagem a Pernambuco onde deve desembarcar o Brigadeiro Joze Correia de Mello, Governador das Armas d’aquella Provincia, não encontrando inconveniente algum pelo socego em que se ache a mesma Provincia: mas acontecendo o contrario porque não é hé de esperar de Portuguezes cujo timbre foi sempre de obediencia a El Rey e as Leys, e agora a mais decidida firmeza pelo sistema Constitucional então obrarão de accordo com quem ali se achar revestido do Commando por parte de Sua Magestade, a fim de se manter e estabelecer o socego e observancia das Leys do Soberano Congresso e das Reaes Ordens que para a observancia d’aquellas se achão expedidas e contra quaesquer Individuos, ou Corpos que se acharem em sistema opposto ao de Portugal e das mais Provincias do Brazil [...]. Advertindo-se porem que acerca das presentes Instrucções se deverá guardar o mais inviolavel segredo, por assim o exigir o bem da

nha – apenas determinou que para a apelação das sentenças providas dos conselhos navais de guerra e decisões contenciosas relativas a presas deveria ser o tribunal constituído por cinco conselheiros – todos officias generais da Armada – e três ministros da Casa da Suplicação: um relator e dois adjuntos. No fundo, apenas ocorreu um acréscimo legal de conselheiros comparativamente ao número estipulado no Regimento de 26 de outubro de 1796. Posteriormente, o Alvará de 1 de fevereiro de 1825, elevando o Conselho de Marinha à categoria de tribunal régio – agora designado de Real Conselho de Marinha – mais não fez do que reiterar a existência de funcionários (oficiais de secretaria, porteiros, contínuos, correios) já contemplados no supracitado regimento.

Nação. Estabelecida a ordem e segurança o mesmo Chefe de Divisão seguira viagem ao Rio de Janeiro e entregara a Sua Alteza Real os Offícios de que for encarregado. Palacio de Queluz em 19 de Dezembro de 1821 = Joaquim Monteiro Torres²⁹.

Simultaneamente, e observando a Portaria datada de 14 de janeiro de 1822, embarcou na expedição um numeroso corpo de militares que, sob o comando do coronel António Joaquim Rosado, deveria dirigir-se ao Rio de Janeiro para acudir e render a *Divisão Auxiliar Portuguesa*³⁰ que lá se encontrava sob as ordens do general Conde de Avillez³¹. De qualquer forma, e à luz das instruções, caso fosse necessário, essa força poderia também ser usada para impor a ordem em Pernambuco. Dando corpo a tais instruções, em 16 de janeiro de 1822, fez-se à vela a referida esquadra e, sem sobressaltos de maior, fundeou em águas pernambucanas a 17 de fevereiro³².

a) Pernambuco

Observando as determinações régias, no dia seguinte, desembarcou o novo governador de Pernambuco³³, brigadeiro José Correa de Mello, rendendo o brigadeiro José Maria de Moura que, a 28 de fevereiro e a bordo da corveta Princesa Real, viria a partir para o Pará. Fazendo fé de que a tranquilidade imperava nesta província, a 21 de fevereiro, sem mais delongas e como previamente estipulado, Maximiliano de Sousa deu ordem de largada para o Rio

29 Cfr. IANTT, Casa da Suplicação, feitos findos, diversos (documentos referentes ao Brasil), *Ordem régia emendada pela Secretaria de Estado dos Negócios da Marinha*, mc. 18, n.º 41.

30 Cfr. SORIANO, SIMÃO JOSÉ DA LUZ, *História da Guerra Civil e do Estabelecimento do Governo Parlamentar em Portugal...*, op. cit., p. 64. Segundo o insigne historiador, a aludida expedição era constituída por uma força de desembarque de 992 praças – agrupada em dois batalhões de infantaria, uma companhia de artilharia e 66 condutores – a nau *D. João VI*, comandada por Maximiliano de Sousa, a fragata *Real Carolina*, três charruas e vários navios de transporte. Cfr. *ibidem*. No entendimento do historiador brasileiro Mello Moraes, contemporâneo de Luz Soriano, a força militar, no seu todo, seria superior a 1200 homens. Cfr. MORAES, ALEXANDRE JOSÉ DE MELLO, *Historia do Brasil-Reino e Brasil-Imperio*, tomo I, Typographia de Pinheiro & Companhia, Rio de Janeiro, 1871, p. 221.

31 *Vide, supra*, nota n.º 12.

32 Cfr. IANTT, feitos findos, diversos (documentos referentes ao Brasil), mc. 18, n.º 33, ofício de José Xavier Bressane Leite para Joaquim Monteiro Torres de 20 de fevereiro de 1822.

33 *Ibidem*. Lê-se no documento: “*Só tenho a acrescentar que no dia immediato desembarcou o novo Governador das Armas, unicamente com o seu Ajudante d’Ordens.*”

de Janeiro³⁴. Sendo estes os factos consumados que, mais tarde e em certa medida, foram levados a conselho de guerra, no seu âmbito encontram-se vários e controversos detalhes que nos impedem de prosseguir com a narrativa sem deles deixarmos de dar boa nota. Vejamos.

A 15 de fevereiro de 1822, o comandante José Xavier Bressane Leite – encontrando-se já em Pernambuco desde os finais do ano anterior³⁵ –, a bordo da corveta Princesa Real, enviou um ofício ao ministro da tutela³⁶ dando conta do ambiente tumultuoso em que se achava a província pernambucana³⁷. A 20 de fevereiro, dois dias após o desembarque do brigadeiro José Correa de Mello, o mesmo comandante, indicando as ocorrências ao mesmo ministro, reiterara a inexistência de paz social:

*“O dezassocego, e desconfiança publica continua, e se tem augmentado pela audácia do partido contrario e pelas medidas energicas que este tem tomado para obstar ao desembarque das Tropas.”*³⁸

Se esta era a noção fáctica tida e partilhada pelo comandante José Bressane Leite, com menos segurança podemos afirmar que dela tinha conhecimento o chefe-de-divisão Maximiliano de Sousa. Pese embora a ambiguidade das informações recolhidas, prosseguiremos com a nossa exposição.

34 *Allegação do Brigadeiro Jose Correa de Mello, Governador das Armas da Provincia de Pernambuco por Portaria de 10 de Dezembro de 1821 e de cujo governo se dimittio logo que a provincia tomou a direcção de se unir ao Rio de Janeiro, para lhe servir de defeza no Conselho de Guerra a que se mandou proceder pela Portaria da Secretaria d’Estado dos Negocios da Guerra em data de 10 de Outubro de 1822*, Typographia de Antonio Rodrigues Galhardo, Lisboa, 1822, p. 40.

35 *Vide, supra*, nota n.º 10.

36 Joaquim Bressane Leite endereçara o seu ofício a Joaquim Monteiro Torres na inteligência de ainda ser este o ministro da marinha. Porém, a 31 de janeiro de 1822, Monteiro Torres havia já sido substituído por Ignácio da Costa Quintella. Logicamente, pelo curto espaço temporal que decorrera, ainda não havia chegado tal informação ao Brasil.

37 Lê-se no ofício de Bressane Leite: *“Considero esta Provincia em huma completa insurreição.”* Cfr. IANTT, Feitos Findos, Diversos (documentos referentes ao Brasil), mc. 18, n.º 32, ofício de José Xavier Bressane Leite para Joaquim Monteiro Torres de 15 de fevereiro de 1822, (fol.2 v).

38 Cfr. ANTT, Feitos Findos, Diversos (documentos referentes ao Brasil), mc. 18, n.º 33, ofício de José Xavier Bressane Leite para Joaquim Monteiro Torres de 20 de fevereiro de 1822. *“Só tenho a acrescentar que no dia immediato desembarcou o novo Governador das Armas, unicamente com o seu Ajudante d’Ordens.*

À luz do manifesto do brigadeiro José Maria de Moura, redigido posteriormente, a 3 de agosto de 1822, na província do Pará, sabemos que a 18 de fevereiro o referido general foi a bordo da nau D. João VI para dar conta, ao brigadeiro Mello, da desordem e anarquia em que se encontrava o Recife³⁹. Refletindo e ponderando sobre as informações trazidas a bordo, José de Mello acabara por desembarcar sem qualquer força militar. Aqui chegados, lançamos a seguinte questão: sendo Maximiliano de Sousa o comandante da mencionada embarcação e encontrando-se a bordo da mesma, não havia de ter tomado conhecimento de tais notícias? Uma resposta baseada numa normal mundividência conduzir-nos-ia, de imediato, para uma resposta afirmativa. Curiosamente, se atentarmos nas suas alegações apresentadas às Cortes Gerais, na sessão de 29 de maio de 1822, verificamos que a percepção da realidade por si aduzida era, ao tempo, substancialmente deficitária. Ademais, fazendo nelas apenas menção à situação vivida no Rio de Janeiro, Maximiliano tão-só demonstrava um total desconhecimento, negligente ou doloso, sobre a ambiência vivida no Recife:

“e me dirigi a Pernambuco, aonde dei fundo a 17 de Fevereiro, e seguindo literalmente as minhas instruções desembarquei ali o brigadeiro José Corrêa de Mello, e me fiz á véla no dia 21 do referido mez para o Rio de Janeiro. Foi em Pernambuco aonde tive as primeiras noticias vagas dos acontecimentos do Rio de Janeiro, e idéas que ali [no Rio] se não consentiria o desembarque dos batalhões de transporte”⁴⁰⁻⁴¹.

Em face do exposto, cumpre colocar a segunda questão: relegando o facto de Maximiliano de Sousa se encontrar, ou não, consciente dos sobressaltos ocorridos no Recife, diante das instruções régias por si detidas, que circunstâncias o haviam levado a partir para o Rio de Janeiro? Entendemos serem plausíveis três razões. *Primo*, de acordo com as instruções régias oferecidas a José Correa de Mello, por portaria de 14 de janeiro de 1822, o contingente militar, depois de embarcado em Lisboa, passaria a estar sob o seu comando, o que vale dizer, que apesar de ser Maximiliano de Sousa o comandante da esquadra não lhe era permitida qualquer ingerência no comando das forças

39 Cfr. documento n.º 14 in *Allegação do Brigadeiro Jose Correa de Mello, Governador das Armas da Provincia de Pernambuco...op. cit.*, p. 38.

40 *Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa, sessão n.º 21 de 29 de maio de 1822*, p. 302.

41 Sublinhado nosso.

de desembarque⁴². *Secundo*, se as primeiras missivas trazidas a bordo da nau D. João VI, no dia 18 de fevereiro, impediam o desembarque de qualquer força militar pelos efeitos nefastos que o mesmo poderia acarretar⁴³, as ordens do governador José de Mello posteriormente participadas a Maximiliano, num cenário diametralmente oposto, transmitiam-lhe que “*tudo hia bem*”⁴⁴. *Tercio*, e ainda que efetuando um exercício de prognose póstuma, podemos encontrar no manifesto do brigadeiro José Maria de Moura mais um fator justificativo de tal conduta:

“*No momento em que fundeou a Esquadra no dia 17 de Fevereiro preterito, em que mais se augmentarão os motins populares no Recife, Gervasio Pires Ferreira convidava o Chefe de Esquadra Francisco Maximiliano de Sousa, para presenciar a paz, e socego do docil, e meigo Povo da Capital de Pernambuco; e o mais he, que se Francisco Maximiliano acceitasse o convite, veria n’hum momento desertas as ruas dos Cabras, e Mulatos, que frequentemente as entulhavão*⁴⁵; porque este Gervasio, e seu Parente Bento José da Costa tinham á sua disposição exércitos de Mulatos, Pretos, e Cabras capitaniados por certos individuos a quem pagavam para fazerem barulhos, e desacatos quando lhes convinha.”⁴⁶.

b) Rio de Janeiro

Abandonando Pernambuco e sabendo de antemão que não conseguiria desembarcar as tropas no Rio de Janeiro, Maximiliano de Sousa, após notificar o ministro da tutela de tais vicissitudes, imbuído num espírito de rigoroso cumprimento das instruções régias, acabou por entrar na barra a 9 de março, com todas as implicações que tal conduta acarretaria. Nas suas palavras:

“*No dia 4 de Março encontrei o navio S. José Americano, que transportava parte da divisão auxiliadora do Rio para Lisboa, e vindo a meu bordo o brigadeiro Carreti, e o coronel de n.º 15, me derão as noticias circunstanciadas de todo o acontecimento de 9 de Janeiro até 15 de Fevereiro, em que tinham saído, e me repetirão o que já o Conde de Bel-*

42 Cfr. documento n.º 3 in *Allegação do Brigadeiro Jose Correa de Mello, Governador das Armas da Provincia de Pernambuco...op. cit.*, p. 5.

43 Vide *Allegação do Brigadeiro Jose Correa de Mello, Governador das Armas da Provincia de Pernambuco...op. cit.*, pp. 7-11.

44 Considere-se o facto de, ao momento, José de Mello já se encontrar em terra e em funções governativas. Cfr. documento n.º 14 in *Allegação do Brigadeiro Jose Correa de Mello, Governador das Armas da Provincia de Pernambuco...op. cit.*, pp. 36 e ss.

45 Sublinhado nosso.

46 Cfr. documento n.º 14 in *Allegação do Brigadeiro Jose Correa de Mello, Governador das Armas da Provincia de Pernambuco...op. cit.*, p. 42.

monte me tinha dito, e o que corria em Pernambuco; isto he, que as tropas de transporte que eu conduzia não desembarcariam no Rio de Janeiro, e que mesmo seria provável não se consentisse a entrada da divisão: por eles escrevi o officio (copia n.º3). Ainda que julguei desde logo qual seria o resultado da minha comissão, não hesitei em continuar a minha viagem, tanto porque devia executar pontualmente as ordens que região a minha conducta, como porque as circunstancias em que se apresentava o Rio de Janeiro podião mudar de um momento para o outro: o partido que tinha iludido o Principe Real ser suplantado, e então tornar-se muito necessária a presença da expedição”⁴⁷.

O destino mostrou-se-lhe particularmente amargo e assim que entrou na barra de imediato recebeu uma ordem do Príncipe para fundear fora do alcance da fortaleza. Sem duvidar de tão peculiar intimação, cumpriu, e logo se apresentou no Palácio do Rio com o comandante das forças, sem deixar instruções ao seu imediato. Chegado à presença do Príncipe e esbulhado das missivas régias, protestou “*obedecer em tudo o que nos for determinado por S.A.R; pois tal he o nosso dever*”⁴⁸. Feito instrumento da vontade pedrista e não se opondo à execução da portaria emitida a 13 de março pela Secretaria da Guerra do Rio de Janeiro – que ao limitar para três anos o serviço militar dos soldados que assentassem praça voluntariamente nas forças do Rio aliciou os soldados portugueses a desertarem para as suas fileiras – viu-se despojado de mais de três centenas de militares. De igual modo, não obstando à união da fragata portuguesa Real Carolina às forças do departamento brasileiro, determinada por portaria de 15 de março, e observando demais determinações do Príncipe, acabou por partir para Portugal, no dia 23 de março, desintegrando a sua esquadra e delegando o comando a outro comandante⁴⁹.

2. Por entre os conselhos de guerra, o Conselho do Almirantado e as Cortes

A 28 de maio de 1822, Maximiliano de Sousa, entrando no Tejo a bordo da Nau D. João VI e participando ao ministro da marinha o que havia sucedido, foi de imediato submetido a um conselho de guerra. Em rigor, a 30

⁴⁷ *Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa, sessão n.º 21 de 29 de maio de 1822, p. 303.*

⁴⁸ *Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa, sessão n.º 61 de 12 de outubro de 1822, p. 767.*

⁴⁹ *Vide AHM, caixa n.º 781, processo de Francisco Maximiliano de Sousa, documentação avulsa. Relatório elaborado pelo auditor do segundo conselho de guerra findo o interrogatório das testemunhas e alegações do réu.*

de maio, a Secretaria da Marinha determinou ao Conselho do Almirantado que procedesse à nomeação de um conselho naval para nele se comparar “*a sua conducta em toda aquella*⁵⁰ *Comissão com as Instruções que pela mesma Secretaria de Estado se lhe havião dado*”⁵¹. No dia seguinte, ainda que cumprindo o dever legal de nomeação do dito tribunal, o Conselho do Almirantado parece não ter observado todas as determinações do Executivo. Sub-repticiamente, ao determinar que se procedesse a um conselho de guerra para nele se comparar “*a sua conducta nesta Comissão*⁵² *com as instruções que lhe forão dadas pela secretaria d’Estado*”⁵³, tão só pretendia que a conduta de Maximiliano apenas fosse julgada quanto a Pernambuco, uma vez que nas instruções, para lá do dever de entrega de documentação – que peculiarmente cumpriu – nada mais se dizia em relação à viagem ao Rio de Janeiro e regresso a Lisboa!

Constituído o primeiro conselho de guerra⁵⁴ e nele julgado apenas quanto ao incumprimento das instruções, Maximiliano de Sousa, à luz do artigo 13.º dos Artigos de Guerra da Armada⁵⁵ – reconhecendo o tribunal a inexistência de dolo ou má fé e ponderando as circunstâncias críticas em que laborara – foi condenado, por unanimidade dos votos, a pena de escusa de serviço⁵⁶.

50 Sublinhado nosso.

51 *Diário do Governo, Imprensa Nacional, Lisboa, n.º 129, de 3 de junho de 1822*, p. 916.

52 Sublinhado nosso.

53 *Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa, sessão n.º 62 de 12 de outubro de 1822*, p. 766 e *sessão n.º 64 de 16 de outubro de 1822*, p. 805.

54 O conselho foi constituído por um vice-almirante, dois chefes-de-esquadra, três chefes-de-divisão, dois capitães mar-e-guerra e o auditor da Marinha. Cfr. *Idem*, p. 768.

55 Reza assim a mencionada disposição legal: “*Todo o Official commandando huma Efquadra, ou Navio de Guerra, qualquer que elle for, e que não tenha fatisfeito inteiramente á Comiffão de que for encarregado, e ifto por ignorancia, ou negligencia, ferá efcufo do Serviço, fe for Official General, ou Capitão de Mar e Guerra; e fe tiver qualquer outra Patente, ferá prezo por hum anno, e privado de qualquer Commando por tempo de tres annos: Porém fe for culpado de ter voluntariamente deixado de cumprir a referida Commiffão ferá condenado á morte.*” Cfr. *Artigos de Guerra da Armada, para o serviço, e disciplina da Armada Real, por ordem do Principe Regente Nosso Senhor*, Officina de Antonio Rodrigues Galhardo, Lisboa, 1799.

56 Encontrando-se tal processo no Arquivo Nacional da Torre do Tombo, devido ao seu elevado estado deterioração, não nos foi possível consultá-lo. Todavia, através da sindicância do mesmo em sede de Cortes Constituintes e do processo relativo ao segundo

Seguidamente, ao abrigo do princípio da apelação *ex officio*⁵⁷ e considerando os seus préstimos e a “*notória adesão à causa constitucional*”⁵⁸ foi solicitada a real clemência para minorar a pena. Acolhendo tal súplica, a 18 de junho de 1822⁵⁹, a Secretaria de Estado dos Negócios da Marinha fez subir a sentença ao Conselho do Almirantado⁶⁰. Quiçá eivado de um espírito corporativista e obrando por entre veredas aplanadas, o douto Conselho revogou a sentença de primeira instância por entender haver sido “*o comportamento [...] ajustado às instruções dadas para a comissão*”, pois face às circunstâncias não podia prever as consequências e nada mais tinha a considerar senão que estava num porto nacional e que não lhe era imputável o protesto⁶¹. Tal não foi a indignação que, de imediato⁶², o deputado Borges de Carneiro fez subir o processo às Cortes Gerais a fim de ser analisado por uma comissão de justiça criminal. Constituída pelos deputados Bruno da Silveira, Ribeiro Teixeira, Ribeiro Saraiva, Fortes de Pina e Rodrigues de Brito, a 12 de outubro, entendeu a dita comissão inexistirem nulidades manifestas ou injustiças que reclamassem uma revista da sentença⁶³ e um concomitante processo de responsabi-

conselho de guerra que se encontra no Arquivo Histórico de Marinha, conseguimos, dentro do possível, com exceção da data concreta do dia do julgamento, obter as informações essenciais, mormente, excertos da sentença. *Vide Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa, sessão n.º de 12 de outubro de 1822* e AHM, caixa n.º 781, processo de Francisco Maximiliano de Sousa, documentação avulsa. Relatório elaborado pelo auditor do segundo conselho de guerra findo o interrogatório das testemunhas e alegações do réu.

57 Sobre o assunto, veja-se o que ficou dito, *supra*, na nota de rodapé n.º 22.

58 *Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa, sessão n.º de 12 de outubro de 1822*, p. 765.

59 “*Manda El Rei, pela Secretaria d’Estado dos Negocios da Marinha que em Conselho de Justiça do Almirantado se sentencie em ultima Instancia, o incluzo Procefsso feito ao Chefe de Divizão Francisco Maximiliano de Souza devendo voltar a esta Secretaria d’Estado com a Sentença que nelle se proferir. Palacio de Queluz em 18 de Junho de 1822. Ignacio da Costa Quintella*”. AHM, caixa n.º 781, processo de Francisco Maximiliano de Sousa, documentação avulsa.

60 O Conselho do Almirantado foi constituído por dois oficiais da marinha e quatro desembargadores. Cfr. *Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa, sessão n.º de 12 de outubro de 1822*, p. 768.

61 *Idem*, p. 767.

62 Nem um mês havia decorrido desde a publicação da sentença e já o processo dava entrada nas Cortes Gerais, a 9 de julho.

63 A concessão de revista estava prevista nas O.F.III.95. Veio a ter assento constitu-

lização dos juízes do Conselho do Almirantado⁶⁴. Inconformado e votando vencido, Borges de Carneiro foi de opinião dever ser o réu julgado por toda a matéria de facto que havia ficado de fora e, bem assim, exigir a responsabilização dos conselheiros do Almirantado. Complexificando o processo, a 15 de outubro as Cortes aprovaram o voto vencido e, a 27 de fevereiro de 1823, foi constituído um segundo conselho de guerra para nele se apreciarem todos os factos.

Sendo expectável nova condenação em primeira instância, menos previsível haveria de ser a diversidade de punições a aplicar. Conhecendo agora todos os factos e omissões relativos à comissão do réu, numa atitude mormente punitiva, o juiz de fora José Luiz Rangel de Quadros, exercendo funções de auditor, e o capitão de mar-e-guerra Francisco de Assis Tavares julgaram o réu incurso no artigo 30.º dos Artigos de Guerra da Armada com pena de demissão de serviço e dois anos de prisão. Numa vertente mais moderada, apenas sancionando a sua conduta com pena de demissão de serviço, votaram os comandantes Manoel Leite da Luz, António Joaquim de Castro, Francisco Alberto Rubim, os chefes-de-divisão José Joaquim de Sampaio e José Joaquim da Costa, os vice-almirantes Francisco de Borja Salema Garção e Henrique da Fonseca de Souza Prego (presidente do conselho). Por fim, invocando as qualidades de honra do militar e condenando-o apenas por alguma conduta referente à comissão, o marechal de campo presente no conselho, à luz do mesmo artigo, votou pela pena de suspensão de serviço durante um ano⁶⁵.

Extraído o acórdão por maioria dos votos⁶⁶, julgou o coletivo na pena de demissão de serviço com base na dura e seguinte fundamentação:

“Do que tudo se prova que este chefe de Devisão, como commandante da Expedição que lhe foi entregue se portou de huma maneira não só prejudicial, mas desairosa á Nação, cuja Bandeira devia manter illesa de qualquer insulto, o que deveo a má intelligência que deo as suas instruções deslumbrado pela Alta presença de Principe a quem era de-regido, em cujo poder não reconheceo limites, e assim surpreendido sofreu os accusados prejuizos e insultos pelos criminosos factos, e omiões, que confessa haver praticado pelo que o julgão incurso no Art. 30.º dos de guerra para o Serviço da Armada que afsim

cional nos artigos 191.º e 192.º da Constituição de 1822.

64 Em rigor, neste sentido já dispunham as O.F.I.5.4. Tal princípio foi mais tarde plasmado no artigo 196.º da Constituição de 1822.

65 Cfr. AHM, caixa n.º 781, processo de Francisco Maximiliano de Sousa, documentação avulsa. Sentença de primeira instância.

66 Cfr. Artigo 3.º do título V do Alvará de 26 de outubro de 1796.

*dispõem [...] e regulando o arbitrio da pena pelas circunstancias, e resultado conforme determina o mesmo Artigo, como maiores prejuizos podião resultar á Nação do seu comportamento lhe impõem por pluralidade dos votos a pena de Demifsão do Serviço Nacional e Real.*⁶⁷.

Seguidamente, por imposição legal, através da Secretaria de Estado da Marinha, subiu a mencionada decisão judicial de imediato ao Conselho de Marinha a fim de ser confirmada ou revogada. Presidido pelo vice-almirante João da Costa Cabedo⁶⁸ e em jeito de repercussão de resultado, a 11 de abril, o tribunal *a quo, per summa capita*, proferiu nova sentença anulando todo o processo por desrespeito ao caso julgado⁶⁹. Vejamos com mais pormenor.

O Conselho de Marinha, fazendo uma resenha de toda a lide processual, ajuizou que: *a)* o auto de corpo de delito estava feito com deformidade por não obedecer ao disposto no §3 do Alvará de 4 de setembro de 1765; *b)* os factos e omissões que o segundo conselho de guerra teve em vista para formar o processo foram os mesmos que se encontravam nos seis quesitos do irregular auto de corpo de delito; *c)* tal fator acarretou uma identidade evidente entre os primeiros e os segundos quesitos; *d)* de acordo com o Direito⁷⁰, os tribunais de segunda instância podem suprir erros cometidos em primeira e, nesse sentido, *e)* mesmo que a sentença do Conselho do Almirantado fosse nula por ter julgado factos novos em primeira instância, por respeito ao princípio de segurança jurídica, produziria sempre efeitos até ser devidamente anulada; *f)* o primeiro conselho de guerra havia julgado todos os factos em função da provisão do Almirantado e que, tal como o segundo conselho de guerra, havia

67 *Vide*, AHM, caixa n.º 781, processo de Francisco Maximiliano de Sousa, documentação avulsa, fl. 101.

68 Tivera sido nomeado, primeiramente, Joaquim Monteiro Torres. Porém, a 17-2-1823, pediu escusa do processo por ter sido presidente do Conselho do Almirantado aquando da prática dos factos. Como presidente, havia dado as ordens a Maximiliano na certeza de que seriam cumpridas. Sabendo terem sido inutilizadas, não mais se sentia imparcial para poder julgar. *Vide*, AHM, caixa n.º 781, processo de Francisco Maximiliano de Sousa, documentação avulsa.

69 *“De todo o referido resulta que a sentença f. 98, julgando factos decididos pelas f. 31 e f. 37, e estando em opposição a esta, labora em vício de nullidade insanável que lhe irroga a Ord. Do L. 3, §75, uma sentença que he contraria a outra que passou em julgado. Por tanto, e o mais dos autos e he de Direito, annullão a sentença f. 98 e hão o Conselho de Guerra por não conforme á Resolução das Corte Geraes Extraord.^{as} e Constituintes da Nação Portuguesa a f. 7. Lisboa 11 de Abril de 1823”.* *Idem*.

70 Cfr. O.F.III.63.

conhecido e julgado todos os factos e omissões constitutivos da conduta de Maximiliano na comissão que lhe fora entregue⁷¹.

Aqui chegados, depois de duas condenações, uma absolvição e uma anulação de sentença, que mais se sucederia? O destino estava traçado; era apenas uma questão de saber como melhor materializá-lo.

3. Haverá duas sem três? Das incongruências processuais ao comprometedor decreto régio de absolvição

Anulado todo o processo pelo Conselho de Marinha e não podendo o monarca compactuar com uma possível denegação de justiça, havia que proceder a novo julgamento. Nestes termos, a 24 de abril, cerca de duas semanas passadas desde a prolação da devastadora sentença, *El Rei*, pela Secretaria de Estado dos Negócios da Marinha, mandou formar novo conselho de guerra para que, desta vez, “*escrupulosamente se regul[asse] pela citada Resolução das Cortes*”⁷².

Chegando ao desenlace do artifício, se a 16 de maio se havia dado a conhecer a constituição do terceiro conselho de guerra, a 21 do mesmo mês, aguardando-se por novo julgamento, a Secretaria de Estado dos Negócios da Marinha remetia ao chefe-de-esquadra, general da armada, cópia da portaria do Ministério da Justiça onde se davam como absolvidos os “*prevaricadores*” conselheiros do Conselho do Almirantado. Em jeito de golpe final, a 20 de junho, um ofício da Secretaria de Estado do Reino enviado ao chefe-de-esquadra, general da armada, surpreendentemente e sem mais, dava como absolvido⁷³ o réu Francisco Maximiliano de Sousa. As ingerências no poder judicial, desvelando-se, mostravam o rosto; as incongruências afiguravam-se imperecíveis. Assim, de forma incoerente e embuste, acabou por determinar o poder executivo que haveria de se ter como confirmada “*a primeira Sentença*”⁷⁴ *proferida no Procefsso do Chefe de Divisão Francisco Maximiliano de*

71 AHM, caixa n.º 781, processo de Francisco Maximiliano de Sousa, documentação avulsa.

72 Cfr. Ofício, de 24 de abril de 1823, de Ignacio da Costa Quintella – ministro da marinha – ao chefe-de-esquadra, major general da armada. AHM, caixa n.º 781, processo de Francisco Maximiliano de Sousa, documentação avulsa, fl. 1. Presidiria a este conselho o tenente-general Agostinho Luiz da Fonseca.

73 Sobre a controversa concessão do perdão régio no século XIX, *vide* GRAES, ISABEL, *O Poder e a Justiça em Portugal no século XIX*, AAFDL, Lisboa, 2014, pp. 614 e ss.

74 Sublinhado nosso.

*Souza, e que fôra confirmada no Supremo Conselho de Justiça*⁷⁵, sentença essa que havia tido a sua conduta “*por ajustada com as Instruções que se lhe derão*”⁷⁶. Por tudo isto deveriam ficar “*sem vigor todos os mais actos posteriores á data da mesma Sentença*”⁷⁷.

Face ao exposto, e sem necessidade de mais esclarecimentos, lembramos apenas que a sentença proferida no primeiro conselho de guerra, à luz do artigo 13.º dos Artigos de Guerra da Armada, tinha condenado Maximiliano de Sousa em pena de escusa de serviço e, talvez por isso, revogada pelo Supremo Conselho de Justiça do Almirantado⁷⁸⁻⁷⁹.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Exposto o longo e particular processo judicial em que Francisco Maximiliano de Sousa obteve absolvição cumpre, por fim, avançar com alguns considerandos que, apesar provirem da lente subjetiva do autor, poderão ser passíveis de descortinar algumas justificações.

Não sendo singular⁸⁰, este processo tem-se como paradigmático de uma manifesta ingerência do poder político no poder judiciário e, concomitante-

75 Cfr. Ofício, de 19 de junho de 1823, da Secretaria de Estado do Reino para o chefe-de-esquadra, major-general da armada, onde se dá por absolvido Francisco Maximiliano de Sousa. AHM, caixa n.º 781, processo de Francisco Maximiliano de Sousa, documentação avulsa. Sublinhado nosso.

76 *Idem*.

77 Ofício da Secretaria de Estado do Reino para o chefe-de-esquadra, major-general da armada, onde se dá por absolvido Francisco Maximiliano de Sousa. AHM, caixa n.º 781, processo de Francisco Maximiliano de Sousa, documentação avulsa.

78 Veja-se o que se deixou escrito, *supra*, no ponto 1.2..

79 Para uma perspectiva coeva sobre os tribunais oitocentistas, ainda que devendo ser interpretada com *grano salis*, atente-se nas palavras de Borges de Carneiro: “*Já há muito tempo antes da regeneração eu observava caladamente estes tribunaes despoticos de Portugal: e via que no julgar eles não olhão á lei e á justiça, mas só á condição das pessoas que figuram nos negócios: os soldados e pobres são umas vezes absolvidos, outras condemnados, sempre mais vezes condemnados, e em penas desproporcionadas. As grandes patentes, os ricos, os empregados públicos, esses saém sempre sempre innocentes, e só há um delicto que nelles punem, que he se alguma vez faltão á obediência céga e omnímota a outros senhores maiores (...)*”. *Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa, sessão n.º 62 de 14 de outubro de 1822*, p. 783.

80 Sobre o assunto, veja-se o que deixámos escrito na obra *O foro militar português no século XIX. Que problemas? Que soluções?*, AAFDL, Lisboa, 2019, p. 79.

mente, da incapacidade de o espírito vintista materializar o tão ambicionado princípio da separação de poderes⁸¹. Em rigor, a sua imediata positivação no artigo 30.º da efémera⁸² Constituição de 1822 – quiçá por parca identificação com o texto constitucional⁸³ – não obstou à interferência do monarca em matéria judicial. É certo que a rutura fora abrupta e que os espíritos do *ancien régime* ainda não se encontravam dissipados. Contudo, que imperiosos motivos teriam levado D. João VI a incorrer em tamanha violação? Razões de ordem pessoal e política podem ser chamadas à colação. Por um lado, o notável percurso militar de Maximiliano de Sousa foi-lhe, sem dúvida, propício a uma interessante proximidade com o monarca e restante Família Real; por outro, as animosidades entre D. João VI e o sucessor D. Pedro IV ter-lhe-ão sido benéficas. Por outras palavras, se em 1807 Maximiliano de Sousa estivera envolvido na singular empresa de transportar a Família Real para o Brasil, em 1821, nomeado ministro e secretário de estado da marinha, por inerência de funções, fora também presidente do Conselho do Almirantado⁸⁴. Ademais, esta posição ter-lhe-á custado a acusação de chamar aos quatro conselheiros que o julgaram “*íntimos amigos seus*”⁸⁵. Por último, afora estes aspetos de natureza pessoal, não desconsideramos o instigador jogo político de D. Pedro contra D. João VI o qual terá contribuído para uma considerável desculpabilização do caso aos olhos do monarca.

81 Para um melhor entendimento sobre o princípio da separação de poderes em Portugal oitocentista, GRAES, ISABEL, *O Poder e a Justiça em Portugal no século XIX*, op. cit., pp. 73 e ss.

82 Tenha-se em consideração que a Constituição de 1822, assinada em 23 de setembro, apenas vigorou até 4 de junho de 1823. Mais tarde, em 10 de setembro de 1836, na sequência da Revolução de Setembro, voltou a ser estabelecida a sua vigência. Vide CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Direito Constitucional*, 7.ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2003, p. 134.

83 Mostram-se aqui bem pertinentes as jocosas palavras de Pinheiro Chagas: “*D. João VI é obrigado a aceitá-la [a Revolução], e a vir para Portugal, a mandar embora os oficiais ingleses, e a assinar uma constituição que as côrtes fizeram*”. CHAGAS, M. PINHEIRO, *História Alegre de Portugal*, 4.ª ed., Empresa Literária Universal, Lisboa, [194?] p. 135.

84 Vide, *infra*, notas biográficas.

85 Cfr. *Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa*, sessão n.º 61 de 12 de outubro de 1822, p. 769.

V. APÊNDICE DOCUMENTAL

1. Breves notas biográficas sobre Francisco Maximiliano de Sousa⁸⁶

Francisco Maximiliano de Sousa nasceu em 24 de julho de 1775, filho de Carlos António Ferreira Monte, também ele militar (sargento-mor), e casou com D. Ana José de Mesquita e Sousa. Aos catorze anos ingressou na Armada Real como aspirante a guarda-marinha passando ao posto de sub-brigadeiro da segunda brigada por Aviso de 28 de dezembro de 1791. Brigadeiro da sobredita brigada, por Aviso de 12 de junho de 1792, torna-se chefe da mesma por aviso de 24 de janeiro de 1793. Em 6 de fevereiro de 1793 foi promovido a segundo-tenente e, em 10 de novembro de 1795, a primeiro-tenente. Seguidamente, entrou na classe de comandante com a promoção a capitão-tenente, em 20 de outubro de 1796. Já com a patente de capitão de fragata, em dezembro de 1806, foi nomeado comandante do bergantim *Viador*, o qual viria a pertencer à esquadra que acompanhou o Príncipe Regente e respetiva família ao Brasil, em 29 de novembro de 1807. No ano seguinte, por Decreto de 8 de março, foi promovido a capitão de mar-e-guerra. Já como chefe-de-divisão, em 29 de janeiro de 1821 foi eleito pelas Cortes ministro e secretário de estado da marinha, cargo que veio a desempenhar até ao início de julho do mesmo ano⁸⁷. Concomitantemente, e por inerência de funções, foi também presidente do Conselho do Almirantado. Em janeiro de 1822, como comandante da *Nau D. João VI*, foi-lhe confiada a expedição a Pernambuco e ao Rio de Janeiro. Foi ainda nomeado Intendente da Marinha do Porto, por Decreto de 20 de fevereiro de 1827. Morreu com a patente de chefe-de-esquadra.

86 Cfr. AHM, Livro Mestre do Corpo de Marinha, n.º 409 (vol. I): 1791-1821, f. 49.

87 Cfr. *Diário do Governo*, n.º 26, de 30 de janeiro de 1821. Na verdade, lê-se neste documento e na sessão das Cortes Gerais e Extraordinárias, de 29 de janeiro de 1822, Francisco Maximiano de Sousa ao invés de Maximiliano. Trata-se, porém, de um erro que, de resto, foi corrigido através da primeira Carta das Cortes dirigida a Sua Majestade no Rio de Janeiro. Cfr. *Collecção dos Decretos, Resoluções e Ordens das Cortes Geraes, Extraordinarias e Constituintes da Nação Portuguesa, parte I*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1822, p. 8. No dia 4 de julho de 1821 findou o seu ministério fazendo D. João VI saber às Cortes que o novo ministro da marinha passaria a ser o Almirante Joaquim José Monteiro Torres. Cfr. *Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, sessão n.º 118, de 4 de julho de 1821*, p. 1426.

2. Cópia da portaria do Ministério da Justiça onde se dão como absolvidos os conselheiros do Conselho do Almirantado

“Manda El Rei, pela Secretaria d’Estado dos Negocios da Marinha, remetter ao Major General d’Armada, a copia incluza da Portaria que em data de 15 do corrente mez foi expedida pelo Ministerio da Justiça ao Chanceller da Caza da Supplicação, que serve de Regedor, a qual, absolvendo dos Juizes que o forão no Superior Conselho de Justiça do Almirantado, em que o Processo formado ao Chefe de Divizão Francisco Maximiliano de Sousa deve ficar [?] e ser a execução, que fôr compativel na Repartição da Marinha, pelo que aos Officiaes Generais da marinha, Juizes do mesmo Processo.

Palacio da Bemposta, em 21 de Maio de 1823

*Jose da Silva Carvalho*⁸⁸

3. Officio da Secretaria de Estado do Reino, dirigido ao chefe-de-esquadra, major-general da armada, dando como absolvido Francisco Maximiliano de Sousa

“El Rey Nofso Senhor Manda remeter a V^a Ex^a a copia do Decreto que na data de hontem [19-06-1823] houve por bem confirmar a primeira Sentença proferida no Procefsso do Chefe de Divizão Francisco Maximiliano de Souza, e que fôra confirmada no Supremo Conselho de Justiça, em que a sua conduta foi havida por ajustada com as Instruções que se lhe derão; ficando assim sem vigor todos os mais actos posteriores á data da mesma Sentença: E nesta intelligencia ordena Sua Magestade que V^a Ex^a faça dar ao diposto no dito Decreto, toda a devida execução, fazendo as communicaçoes onde competir, e fará pôr as verbas e declaraçoens onde fôr necefsario, e para este fim Manda remeter a V^a Ex^a o Procefsso do mesmo Chefe de Divizão que pelo Presidente do ultimo Consêlho de Guerra fôra enviado a esta Secretaria de Estado, para o encerrar como fôr compativel com o estillo e devida legalidade.

Deos guarde a V^a Ex^a Palacio da Bemposta, em 20 de Junho de 1823.

*Ministro do Reino, Pamplona Corte Real*⁸⁹

⁸⁸ Vide, AHM, caixa n.º 781, processo de Francisco Maximiliano de Sousa, documentação avulsa.

⁸⁹ Vide, AHM, caixa n.º 781, processo de Francisco Maximiliano de Sousa, documentação avulsa.

VI. BIBLIOGRAFIA

Fontes Manuscritas

Arquivo Nacional a Torre do Tombo

1. Casa da Suplicação

1.1. Feitos Findos, Diversos (documentos referentes ao Brasil)

1.1.1. Ofício de José Xavier Bressane Leite para Joaquim Monteiro Torres, mç.18, n.ºs 32 e 33.

1.1.2. Ordens régias emanadas pela Secretaria de Estado dos Negócios da Marinha, mç.18, n.ºs 41,42 e 43

Arquivo Histórico da Marinha

1. Superintendência dos Serviços de Pessoal

1.1. Livros Mestre

1.1.1. Livros Mestre do Corpo de Marinha

1.1.2. Livro Mestre do Corpo de Marinha, n.º 409 (vol. 1): 1791-1821

1.2. Documentação avulsa, caixa n.º 781, processo de Francisco Maximiliano de Sousa

Fontes Impressas

Allegação do Brigadeiro Jose Correa de Mello, Governador das Armas da Provincia de Pernambuco por Portaria de 10 de Dezembdo de 1821 e de cujo governo se dimittio logo que a pronvincia tomou a direcção de se unir ao Rio de Janeiro, para lhe servir de defeza no Conselho de Guerra a que se mandou proceder pela Portaria da Secretaria d'Estado dos Negocios da Guerra em data de 10 de Outubro de 1822, Typographia de Antonio Rodrigues Galhardo, Lisboa, 1822.

ALMEIDA, FORTUNATO DE, *História de Portugal*, vol. XIII, Promoclube, Lisboa.

Artigos de Guerra para o Serviço, e Disciplina da Armada Real por ordem do Principe Regente Nosso Senhor, Officina de Antonio Rodrigues Gallardo, Impressor do Conselho do Almirantado, Lisboa, 1799.

BERNARDES, DENIS ANTÔNIO DE MENDONÇA, *O patriotismo constitucional: Pernambuco, 1820-1822*, Aderado & Rothschild Editores, São Paulo-Recife, 2006.

BRANCO, CARLOS DE MAGALHÃES CASTELLO, *Pratica criminal do foro militar para as auditorias e conselhos de guerra*, Officina de João Rodrigues Neves, Lisboa, 1805.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Direito Constitucional*, 7.^a ed., Edições Almedina, Coimbra, 2003.

CARVALHO, MANUEL EMÍLIO GOMES DE, *Os Deputados brasileiros nas Cortes Geraes de 1821*, Livraria Chardon, Porto, 1912.

CHAGAS, M. PINHEIRO, *História Alegre de Portugal*, 4.^a ed., Empresa Literária Universal, Lisboa, [194?].

- Collecção da Legislação Portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações, redigida por Antonio Delgado da Silva, 1775-1790*, Typografia Maigrense, Lisboa, 1828.
- Collecção da Legislação Portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações, redigida por Antonio Delgado da Silva, 1791-1801*, Typografia Maigranse, Lisboa, 1828.
- Compilação da Legislação Penal Militar Portuguesa desde 1446 até 30 de Junho de 1875 por José Ricardo da Costa Silva Antunes*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1895.
- Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa*, Imprensa Nacional, Lisboa, sessão n.º 45, de 28 de março de 1821.
- Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa*, Imprensa Nacional, Lisboa, sessão n.º 21, de 29 de maio de 1822.
- Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa*, Imprensa Nacional, Lisboa, sessão n.º 61 de 12 de outubro de 1822.
- Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa*, Imprensa Nacional, Lisboa, sessão n.º 62 de 14 de outubro de 1822.
- Diário das Cortes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa*, Imprensa Nacional, Lisboa, sessão n.º 64 de 16 de outubro de 1822.
- Diário do Governo*, Imprensa Nacional, Lisboa, n.º 129, de 3 de junho de 1822.
- GRAES, ISABEL, *O Poder e a Justiça em Portugal no século XIX*, AAFDL, Lisboa, 2014.
- MACHADO, F.S. DE LACERDA, *O Tenente-General Conde de Avillez*, tomos I e II, Edições Pátria, Gaia, 1931-33.
- MARTINS, JOAQUIM PEDRO OLIVEIRA, *História de Portugal*, tomo II, 12.º ed., Parceria António Maria Pereira Editora, Lisboa, 1942.
- Memoria Justificativa sobre a conducta do Marechal de Campo Luiz Barreto do Rego durante o tempo em que foi Governador de Pernambuco e Presidente da Junta Constitucional do governo da mesma Provincia*, Typographia de Desiderio Marques Leão, Lisboa, 1822.
- MORAES, ALEXANDRE JOSÉ DE MELLO, *Historia do Brasil-Reino e Brasil-Imperio*, tomo I, Typographia de Pinheiro & Companhia, Rio de Janeiro, 1871.
- NAZARETH, FRANCISCO J. DUARTE, *Elementos do Processo Criminal*, 4.º ed., Imprensa da Universidade, Coimbra, 1861.
- NUNES, JOÃO ANDRADE, *O foro militar português no século XIX. Que problemas? Que soluções?*, AAFDL, Lisboa, 2019.
- Ordenações Filipinas*, nota de apresentação [de] Mário Júlio de Almeida Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985.
- PEDREIRA, JORGE e COSTA, FERNANDO DORES, *D. João VI*, Temas e Debates, 6.ª ed., Maia, 2014
- PERES, DAMIÃO e VASCONCELOS e SÁ, “Domínio Ultramarino”, in *História de Portugal, Edição Monumental*, direção literária de Damião Peres e direção artística de Eleutério Cerdeira, vol. VII, Portucalense Editora, Barcelos, 1935.
- Regulamento para o exercicio e disciplina da infantaria dos Regimentos de Infantaria dos Exercitos de Sua Magestade, feito por Ordem do Mesmo Senhor por Sua Alteza o Conde Reinante de Schaumbourg Lippe, Marechal General*, Regia Officina Typografica, Lisboa, 1794.

SLEMIAN, CLÁUDIA MARIA DAS GRAÇAS CHAVES ANDRÉA, “«Memorial» às Cortes de Lisboa de Manoel Luís da Veiga (1821). Constitucionalismo e formas de governo no Brasil” in *Análise Social*, 218, LI (1.º), Lisboa, 2016, pp. 122-144.

Disponível em: http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/AS_218_arto5.pdf. [Consultado em 11/02/2020].

SORIANO, SIMÃO JOSÉ DA LUZ, *História da Guerra Civil e do Estabelecimento do Governo Parlamentar em Portugal*, 3.º época, tomo II – parte I, Imprensa Nacional, Lisboa, 1882.

**LA REFORMA DE LA UNIVERSIDAD EN EL SIGLO XX.
100 AÑOS DEL PLAN SILIÓ:**

EL PROYECTO DE AUTONOMÍA DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

Marina Rojo Gallego-Burín¹

“Restauraremos la Universidad, mejorando y perfeccionando la enseñanza. Todo lo demás nos será dado por añadidura”²

José Castán

Resumen: En el año 2019 se han cumplido 100 años desde que se aprobara el Plan Silió. Dicha efeméride merece un reconocimiento. El Decreto de 21 de mayo de 1919, elaborado por Cesar Silió consiguió que se le concediera a las Universidades españolas un sorprendente margen de libertad. Es necesario poner especial énfasis en el Decreto Silió que establecía una Universidad que ya no iba a depender del Estado. De hecho, reprochaba a la constante intervención del Estado el que la Universidad hubiera perdido su viejo esplendor y se hubiese convertido en una escuela habilitadora para el ejercicio profesional. A la Universidad se le otorgaba personalidad jurídica y se preveía que dictara sus propios Estatutos por los que regirse. Además, vamos a estudiar el Proyecto de Autonomía de la Universidad de Granada, *ayuntamiento* del que no se han realizado ni tan hondos ni tan numerosos análisis como en otras Universidades.

Palabras clave: Universidad, Silió, autonomía, Granada.

Abstract: In 2019, it will be 100 years since the Silio Plan was approved. This event deserves recognition and a thorough study of this legal provision. The Decree of 21 May 1919, which was approved by Cesar Silió, managed to ensure that Spanish Universities were granted freedom of action. The Silió Decree configured the University as an institution that would no longer depend on the State. In fact, he blamed the constant intervention of the State for the fact that the University had lost its splendour and had become a school that enabled it to practise its profession. The university was given legal personality and was expected to draw up its own statutes to govern itself. In addition, we are going to study the Project of Autonomy of the University of Granada, which has not been analysed as thoroughly or as extensively as in other universities.

Keywords: University, Silió, autonomy, Granada.

1 mgallegoburin@uma.es

2 CASTÁN, J., «Sobre enseñanza del Derecho. A propósito de la significación pedagógica del Museo-Laboratorio jurídico», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año II, núm. 5, Madrid, 1919, pp. 5-20, *maxime* p. 13.

SUMARIO: I. ÍNDICE; II. LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA: UNA CUESTIÓN HISTÓRICA; III. CESAR SILIÓ: UN PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIO; IV. LAS RAZONES DEL PLAN SILIÓ; V. ANÁLISIS DEL PLAN SILIÓ; VI. PERO ¿QUÉ OCURRIÓ DESPUÉS?; VII. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA; VIII. 1. El rector, Federico Gutiérrez Jiménez; 2. El secretario general de la Universidad de Granada, Juan José Gallego Ruiz; IX. CONCLUSIÓN; X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien el siglo XIX fue convulso en cuanto a la educación, el siglo XX puede calificarse de caótico. Entre 1900 y 1922 se sucedieron un total de 45 ministros de Instrucción Pública³. Por Real Decreto de 18 de abril de 1900 el Ministerio de Instrucción Pública se deslinda del Ministerio de Fomento⁴, creándose así otro dedicado específicamente a las cuestiones educativas, cuyo primer titular fue Antonio García Alix, a quien se le debe el primer proyecto de autonomía⁵. Bien es cierto que el grado de autonomía que se concedía a las Universidades era mínimo, aunque con la pretensión de que se ampliara con el tiempo. Este proyecto pasó a debatirse en las Cortes, aunque no se llegó a aprobar.

Sólo entre 1917 y 1922 dieciocho ministros de instrucción pública se relevaron al frente del ministerio. Transcurría el tiempo y la Universidad seguía subordinada al poder gubernativo, hasta que bajo la presidencia de Antonio Maura, el ministro Cesar Silió logró la aprobación del Decreto de 21 de mayo de 1919⁶, que concedía un sorprendente margen de libertad a las Universidades y se puede considerar como “el proyecto más ambicioso de reforma de

3 PUYOL MONTERO, J.M., *La autonomía universitaria en Madrid (1919-1922)*, Madrid, (Dykinson), 2011, p. 18.

4 Real Decreto de 18 de abril de 1900, publicado en la Gaceta de Madrid, al día siguiente, 19 de abril.

5 Vid. GARCÍA ALIX, A., *Disposiciones dictadas para la reorganización de la enseñanza*, Madrid, (Imprenta del Colegio Nacional de Sordomudos y ciegos), 1900; PESET REIG, M., «Los orígenes de la autonomía universitaria y el proyecto de García-Alix de 1901», en GUERENA, J.L. y FELL, E.M., *L' Université en Espagne et en Amérique latine du Moyen Age à nos jours, tomo II: Enjeux, contenus, images*, Tours, (Université de Tours), 1998, pp. 187-201.

6 Real Decreto de 21 de mayo de 1919, publicado en la Gaceta de Madrid el 22 de mayo de 1919, núm. 142, pp. 624-627.

la Universidad española en el primer tercio del siglo XX”⁷. El Decreto Silió establecía una Universidad que ya no iba a depender del Estado.

II. LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA: UNA CUESTIÓN HISTÓRICA

Originariamente el término autonomía aludía a la capacidad que ostentaban las polis griegas para darse asimismo el derecho por el que regirse. La autonomía se trata de una cuestión sempiterna con la Universidad⁸. El corolario inmediato a ello es que la podríamos analizar desde el instante de su surgimiento⁹. Por tanto, para un completo estudio del Plan Silió se requiere una aproximación sobre el tratamiento que recibió la autonomía en un tiempo pretérito. Es preciso destacar cómo la Universidad castellana de la Baja Edad Media se caracteriza por regirse con independencia del poder regio, en consecuencia, el Rector era elegido por los profesores y los alumnos, y no por el rey, así lo disponía las Partidas¹⁰. En contraposición, la Universidad del siglo XIX, la inmediatamente anterior a la que vamos a estudiar, padecía un mayor sometimiento al poder político y se singularizaba por la centralidad.

El Título IX de la Constitución de 1812 se dedica a la instrucción pública, y en él se proyecta la existencia de una Dirección General de estudios para

7 PUYOL MONTERO, J.M., *La autonomía universitaria* cit., p.17.

8 Vid. ROJO GALLEGU-BURÍN, M., «La frustrada ley de autonomía universitaria», en *Las Universidades durante el proceso de democratización española (1968-1983)*, Madrid, (Dykinson), 2017, pp. 189-219.

9 Vid. PESET REIG, M., «Autonomía universitaria y libertad de cátedra: una síntesis histórica a través de los siglos XVIII, XIX y XX», *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 22-23 (1998), pp.7-33; SOSA WAGNER, F., *El mito de la autonomía universitaria*, 2ª edición, Madrid, (Thomson Civitas), 2015; POLO MARTÍN, R., «La génesis de las nociones de centralización, descentralización y autonomía en la España decimonónica (1808-1868)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 83 (2011), pp. 569-663, y *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional*, Madrid, (Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson), 2014.

10 “Otrosí pueden establecer de sí mesmos [maestros et escolares] un mayoral sobre todos á que llaman en latin rector, que quier tanto como decir como regidor del estudio, á que obedezcan en las cosas que fueren convenientes, et guisadas et derechas” *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, Impresor de su Magestad. Año MDLV, ed. facsímil, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1985 *Partida (=P) 2.31.6*.

la inspección de la enseñanza pública, pero bajo la autoridad del Gobierno¹¹. Dos años más tarde, en 1814, el Dictamen y Proyecto de Decreto sobre el arreglo general de la Enseñanza Pública, aseveraba que la no existencia de uniformidad en la educación española había provocado una cooperación necesaria para el atraso de la enseñanza del país, la causa era que “cada establecimiento sujeto a un Juez o Autoridad diferente”, y todos dependían “de la arbitrariedad de los Ministros”. En definitiva, no había “ni método, ni concierto”¹², y de ello se desprende la utilidad y necesidad de crear la Dirección General de Estudios a la que se refería la Constitución. Dicha Dirección se configuraba sometida a la autoridad del Gobierno, ora para llevar a cabo sus funciones ora para el nombramiento de sus miembros¹³. Se argumenta que la Dirección dependa del poder ejecutivo en beneficio de “la necesaria unidad y subordinación entre todas las partes del Estado”. Esa subordinación se reitera en el Reglamento general de Instrucción Pública, aprobado por las Cortes el 29 de junio de 1821¹⁴. Tras el ocaso del trienio liberal, la restauración del absolutismo significó la imposibilidad de aplicar el plan de 1821, que fue derogado. En ese momento se estableció lo que se conocería como Plan Calomarde, el Plan literario de estudios y arreglo general de las Universidades del Reino. Este plan, elaborado minuciosamente, dictaba que el gobierno de las Universidades dependería del Rector y al claustro. El Rector sería nombrado por el rey, entre aquellos sujetos que hubiera propuesto el claustro general, tras haber consultado al Consejo Real¹⁵. Ello significa que se va a conferir a la Universidad el mismo carácter centralizador que las disposiciones predecesoras, lo que implica la subordinación de la Universidad al poder político¹⁶.

11 Constitución española de 1812, art. 369: “Habrà una dirección general de estudios, compuesta de personas de conocida instrucción, a cuyo cargo estará, baxo la autoridad del Gobierno, la inspección de la enseñanza pública”.

12 Dictamen y Proyecto de Decreto sobre el arreglo general de la Enseñanza Pública, presentados a las Cortes por su Comisión de Instrucción Pública y mandados imprimir por orden de las mismas, 7 de marzo 1814, preámbulo.

13 *Ibidem*, arts. 90-94.

14 Reglamento general de Instrucción Pública, decretado por las Cortes, 29 de junio de 1821, arts. 92-107.

15 Plan literario de estudios y arreglo general de las Universidades del reino, arts. 228-230.

16 REDONDO E. y VERGARA, J., «La Iglesia y la educación», en DELGADO CRIADO B. (Coord.), *Historia de la educación en España*, Madrid, (Morata), 1994, vol. III, pp. 67-110, *maxime* p. 81.

Tiempo más tarde, el Plan General de Instrucción Pública elaborado por el duque de Rivas y aprobado por Decreto el 4 de agosto de 1836, dispuso que el claustro general de la Universidad se iba a componer por todos los profesores propietarios, con excepción de los de lenguas vivas y dibujo. El rey nombraría al Rector y el vicerrector entre los profesores propietarios que propusiera el claustro¹⁷, por lo que continuaba el Estado disfrutando de potestades sobre la Universidad.

La centralización fue consagrada en El Plan Pidal de 1845. En dicho Plan se aprecia una mayor subordinación de la Universidad al Gobierno. Este Plan establece que la dirección y gobierno de la Instrucción Pública sería responsabilidad del monarca, por medio del Ministerio de la Gobernación de la Península. Asimismo, los Rectores serían elegidos y nombrados “directamente por el rey”, al igual que los decanos, a propuesta del Rector¹⁸. El aludido Plan se iría concretando a través de sucesivos decretos como el de Nicomedes Pastor Díaz de 1847.

Con posterioridad, la Ley Moyano de 1857 trocaba a la Universidad en una prolongación gubernativa, con un título dedicado expresamente a la intervención de las autoridades civiles en el gobierno de la educación. Así, la enseñanza se encontraba subordinada al Director de Instrucción Pública, designado por el Ministro de Fomento, a quien estaba supeditado, y las Universidades eran dirigidas por los Rectores, cuya designación era formulada por el ministro, en nombre del rey¹⁹. Como asevera Mariano Peset, esta Ley —de influencia francesa— constituye un sistema organizativo consistente en una decisión unipersonal bajo el asesoramiento colectivo. La gestión universitaria correspondía al Estado, y a pesar de que fueron cuantiosas las modificaciones normativas que se sucedieron, los aspectos esenciales de esta Ley continuaron vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley General de Educación de 1970²⁰.

Es necesario aludir a lo acontecido en las postrimerías del reinado de Isabel II, el 10 de abril de 1865, la noche de San Daniel²¹, fue descrito por Ma-

17 Plan General de Instrucción Pública, Real Decreto de 4 de agosto de 1836, arts. 102 y 103.

18 Real Decreto que aprueba el Plan General de estudios, 17 de septiembre de 1845, arts. 131-141.

19 Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857, arts. 243-307.

20 PESET REIG, M., «Autonomía y libertad de cátedra. Dos siglos de Historia Universitaria», *Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III de Madrid*, 2 de octubre de 2002, p. 6.

21 Vid. RUPÉREZ, P., *La cuestión universitaria y la noche de San Daniel*, Madrid,

riano Peset como “el primer atentado directo contra aquella mínima libertad de cátedra”²². Precisamente, este conflicto tuvo su origen por la escasa autonomía que en esos momentos disfrutaba la Universidad. El germen de este acontecimiento se dio cuando Emilio Castelar, Catedrático de Historia en la Universidad Central de Madrid, dio a la imprenta unos artículos que censuraban el comportamiento de la reina; ello causó malestar en el presidente Narváez que pidió el cese del Catedrático. Castelar recibió el apoyo tácito del Rector de la Universidad de Madrid, Montalbán, al no incoar procedimiento alguno ni convocar el Consejo Universitario, lo que implicó su inmediata destitución. Los discentes universitarios, con respaldo del Rector, decidieron dar una serenata, pero fue impedida por la fuerza pública. No obstante, en la noche que el marqués de Zafra iba a tomar posesión como nuevo Rector, los estudiantes se concentraron en la Puerta del Sol, desencadenándose un grave altercado, entre los alumnos y la guardia civil, con el desenlace de ocho muertos y más de un centenar de heridos. En conclusión, consistió en un conflicto originado por una decisión del poder gubernativo, en el que se enfrentaron el Rector y los alumnos.

Después de la Revolución de 1868, sucesivas órdenes, decretos²³ y proyectos expresan los primeros conatos de autonomía y libertad en las Universidades, pero que no llegaría a materializarse en ninguna Ley²⁴.

La finalización del sexenio revolucionario y el acaecimiento de la restauración borbónica significaron un retroceso en el grado de autonomía alcanzada²⁵. En este punto hay que aludir al Real Decreto y la Circular del Ministro

(Cuadernos para el Diálogo), 1975; HERNÁNDEZ SANDOICA, E., PESET, J.L. *Universidad, poder académico y cambio social (Alcalá de Henares 1508-Madrid 1874)*, Madrid, (Consejo de Universidades), 1990, p. 222; JIMÉNEZ-LANDI, A., *La institución libre de enseñanza y su ambiente. I. Los orígenes de la Institución*, Madrid, (Complutense), 1996, pp.107-110.

22 PESET REIG, M., «Autonomía y libertad de cátedra. Dos siglos de Historia Universitaria», cit., p. 4.

23 Es destacable el Real Decreto sobre enseñanza de 21 de octubre de 1868, publicado en la Gaceta de Madrid del día siguiente, 22 de octubre de 1868, por el que se declaraba la libertad de enseñanza. *Vid.*, Gaceta de Madrid, núm. 296, 22 de octubre de 1868, pp. 15-17.

24 PESET REIG, M., «Autonomía y libertad de cátedra. Dos siglos de Historia Universitaria», cit., p.5.

25 *Vid.* PESET REIG, M., «Política universitaria tras el desastre del 98», *Las universidades hispánicas: de la monarquía de los Austrias al centralismo liberal. V Congreso internacional sobre historia de las universidades hispánicas*, Salamanca, (Universidad de Salamanca), 2000, vol. II, pp. 425-447.

de Fomento, el marqués de Orovio —Manuel Orovio Echagüe— de 1875, que supuso la segunda cuestión universitaria y la destitución de numerosos Catedráticos. La aludida Circular consagraba la confesionalidad del Estado y el sometimiento de la Universidad al Gobierno, que no reconocía la libertad de cátedra: “el Gobierno no puede consentir que en las cátedras sostenidas por el Estado se explique contra un dogma que es la verdad social de nuestra patria”. Además, el poder gubernativo vigilaría para que bajo “ningún concepto tolere que en los establecimientos dependientes de este Rectorado se explique nada que ataque directa ni indirectamente a la Monarquía constitucional ni al régimen político”²⁶. Esta Circular fue derogada seis años más tarde, con la pretensión de poner fin a los límites que se habían impuesto a la educación, incitando a promover “la investigación científica, sin poner obstáculos, bajo ningún concepto, al libre, entero y tranquilo desarrollo del estudio, ni fijar a la actividad del Profesor, en el ejercicio de sus elevadas funciones, otros límites que los que señala el derecho común a todos los ciudadanos; creyendo además el Gobierno indispensable anular limitaciones que pesan sobre la enseñanza”²⁷. Así, concluía el convulso siglo XIX, ese lapsus de tiempo que en el que la Universidad, según Miguel de Unamuno fue descrita como “una oficina del Estado”²⁸, y se refería a ese tiempo como aquel en el que “cada ministro se trae su plan, ni mejor ni peor que los anteriores, que contribuye a corroborar la anarquía que en asuntos de enseñanza aquí reina”²⁹.

Pero ¿quién era Cesar Silió?

III. CESAR SILIÓ: UN PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIO

Cesar Silió y Cortés fue un jurista nacido el año de 1865, en la provincia de Valladolid, en la Ciudad de los Almirantes, también conocida como la Vieja India Chica, es decir, en el municipio de Medina de Rioseco. Este vallisoletano se singulariza por su polifacética personalidad, a la sazón:

– Ejerció de abogado

²⁶ Circular del Ministro de Fomento Orovio, de 26 de febrero de 1875.

²⁷ Real Orden circular de 3 de marzo de 1881, derogando la de 26 de febrero de 1875 y restableciendo en sus puestos a los Profesores destituidos, suspensos y dimisionarios con ocasión de la mencionada circular.

²⁸ UNAMUNO, M. DE, *De la enseñanza superior en España*, Madrid, (Revista Nueva), 1899, p. 19.

²⁹ *Ibidem*, p. VI.

- Empresario
- Periodista y político.

Se trata de uno de los políticos más relevantes de la Restauración, durante la primera mitad del siglo XX: diputado a Cortes por la circunscripción de Valladolid, senador en 1921, ministro de Instrucción Pública en tres ocasiones en el periodo comprendido entre 1919 y 1922, miembro del Tribunal de Garantías constitucionales³⁰. Miembro, además, de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas³¹. Falleció en Madrid el 17 de octubre de 1944.

La obra más destacada de Silió como ministro fue el Decreto de 1919, en el que otorgaba la autonomía a las Universidades. Y es que el tema de la autonomía de las universidades era una constante en el pensamiento del ministro y así se lo hacía saber a Maura, ante quien defendía que era la cuestión de mayor urgencia a tratar³². Lo polifacético de Silió le hizo destacar también como escritor de diferentes obras, entre ellas: *La educación nacional*, *Don Álvaro de Luna y su tiempo*, *Vida y empresas de un gran español: Maura, Maquiavelo y el maquiavelismo en España: (Mariana, Quevedo, Saavedra Fajardo y Gracián) etc.*

IV. LAS RAZONES DEL PLAN SILIÓ

Con motivo de la Revolución de la Gloriosa, en 1868, comenzaron las reivindicaciones de autonomía política pero también autonomía para las Universidades, así se inicia la configuración de las características de la futura autonomía y libertad de cátedra. De este modo, desde finales del siglo XIX se inicia el camino hacia una viable autonomía universitaria. Como señala Puyol Montero los intentos más relevantes hacia esa anhelada autonomía de las Universidades fue:

- La influencia que ejerció en España la ley francesa de 1896.
- La creación del Ministerio de Instrucción Pública en 1900.

³⁰ UROSA SÁNCHEZ, J., SAN MIGUEL PÉREZ, E., y MARHUENDA GARCÍA, F., *El libro de actas del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid, (Biblioteca académica, Comunidad de Madrid), 2000.

³¹ MARTORELL LINARES, M., «De ciencias sociales y ángeles custodios: la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas bajo la guerra y la autarquía», *Historia y Política*, 8 (2002), pp. 229-252.

³² CANO GARCÍA, J. A., «El conservadurismo vallisoletano en la segunda Restauración: César Silió», en *Investigaciones históricas. Época moderna y contemporánea*, 15(1995), pp. 97-106, *máxime* p. 104, n.22.

- La política que ejerció el ministro García Alix.
- Las asambleas universitarias de los años 1902, 1905 y 1915 que reclamaban la autonomía universitaria
- Y los diferentes intentos de reforma que pese a que fracasaron cooperaron para mantener vivo ese deseo de autonomía, que llevaron a cabo los ministros Silvela, Manuel Allendesalazar y Muñoz de Salazar, Vicente Santamaría de Paredes o Bergamín³³.

El pensamiento de Cesar Silió sobre la educación de su tiempo, poco tiempo antes de dictar el célebre decreto se refleja a la perfección en un tratado que escribió pocos años antes dedicado a la educación en España, a la que califica como un “deplorable ambiente educativo”³⁴.

En esta obra recoge también la opinión de Ricardo Macías Picavea, que en 1899 publicó *El problema nacional. Hechos, causas, remedios*. Una opinión que resulta muy clarividente:

“La Universidad es una cosa muerta por dentro. Idéntico régimen, igual falta de contenido, carencia parecida de toda acción educadora y docente. Una oficina más que planea á su antojo el Ministro del ramo con los 300 llamados catedráticos á quienes el Estado paga un sueldo tasado, como á otro oficinista cualquiera, para que le representen la comedia universitaria á la medida”³⁵.

Cesar Silió, por su parte, exponía críticamente:

“La Universidad, que es hoy centro burocrático en absoluto dependiente del poder central, ha de convertirse, para poder cumplir su verdadera, altísima misión, en persona jurídica con todos los derechos reconocidos á tales entidades, mediante la concesión de una autonomía, sin encogimientos ni regateos que la desnaturalicen. No vemos peligro en conceder á las actuales universidades una amplísima libertad en la organización de sus enseñanzas y en el reclutamiento de su profesorado. La oposición como único sistema de provisión de cátedras es desatino que no puede suprimir el Estado —estamos hablando del Estado español—sin exponerse á otros mayores; pero sí puede suprimirlo la Universidad autónoma. Ninguna empresa privada elige mediante tal sistema las capacidades directoras ó técnicas”³⁶.

33 PUYOL MONTERO, J.M., *La autonomía universitaria* cit., pp. 15 y 16.

34 SILIÓ Y CORTÉS, C., *La educación nacional*, Madrid, (Librería Española y Extranjera de Francisco Beltrán), 1914, p. 6.

35 MACÍAS PICAVEA, R., *El problema nacional. Hechos, causas, remedios*, Madrid, (Librería General de Victoriano Suárez), 1899, p. 131.

36 SILIÓ Y CORTÉS, C., *La educación nacional* cit., p.103.

En definitiva, en esos momentos el ambiente era propicio para que la Universidad se convirtiera en una institución más eficaz y la autonomía era el medio para que alcanzara su independencia. Seguir el modelo de otras Universidades europeas como la inglesa o alemana se auspiciaba como la solución³⁷.

De este tiempo podemos reproducir las palabras de Royo Villanova sobre *La nueva descentralización* que pronunció en la inauguración del curso académico 1914-1915, expresión viva de la incertidumbre que se vivía en esos momentos:

“No sería sincero, si digiera que el profesorado siente un gran entusiasmo por la autonomía universitaria, pero es indudable que esta actitud de reserva responde al temor de si las reformas inspiradas en el deseo de disminuir la dependencia de la Universidad respecto del Gobierno, tendrá por resultado sustituir la tutela del Poder Central, por la tiranía de un nuevo Poder regional que de seguro sería menos respetuoso que el Estado con la libertad de la ciencia”³⁸. Ramón y Cajal formula una crítica demoledora de la situación en la que abocó la Universidad: “¡Supresión de exámenes, cantonalismo profesoral, retribución por los alumnos, ingreso sin oposición y sin concurso y, frecuentemente, por una especie de contrata!... He aquí un conjunto de reformas que, aplicadas á España, país clásico de la holganza, del favoritismo y de la cuquería, nos harían retroceder antes de diez años al estado salvaje”³⁹. Si bien Royo Villanova se manifestaba a favor de la reforma, Cajal algo más disconforme, A. Posada también muestra sus precauciones con cierto sentimiento antiautonomista, considera que la Universidad no se hallaba preparada para ello, la autonomía debía de ser conquistada por la Universidad⁴⁰.

37 PESET, M. y MANCEBO ALONSO, M. F., «Un intento de autonomía universitaria: el fracaso de la reforma Silió de 1919», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, volumen VI, Madrid, (Consejo general del notariado), 1990, pp. 507-557, *maxime* p. 509.

38 ROYO VILLANOVA, A., *La nueva descentralización: discurso leído en la Universidad de Valladolid en la solemne inauguración del curso académico de 1914 a 1915*, Valladolid, 1914, pp. 74 y 75.

39 RAMÓN Y CAJAL, S., *Recuerdos de mi vida. Historia de mi labor científica*, Madrid, (impresión de Fortanet), 1901, tomo I, p. 151.

40 “Una Universidad autónoma pide un profesorado consagrado a ella por entero; que haga, no de su cátedra, sino de la Universidad, su ocupación y preocupación dominantes; el centro o eje de su vida, hasta ser o constituirse en órgano de la Corporación universitaria: Corporación que no existirá mientras el profesorado no sea, más que una profesión, un sacerdocio, Y sin Corporación fuerte, sugestiva, atrayente; obra de tradición, no de ley; labor de educación, no de reglamentos, no habrá Universidad, ni puede soñarse en la autonomía”. POSADA, A., «La autonomía universitaria», *La lectura. Revista de Ciencias y de Artes*, núm. 21, mayo 1919, pp. 233-246, *maxime* p. 243.

V. ANÁLISIS DEL PLAN SILIÓ

El 17 de mayo de 1919 la prensa se hace eco de que el día anterior se reunieron los ministros en Consejo. El Ministro de Instrucción pública llevaba el proyecto de decreto sobre autonomía universitaria, para ser examinado. Los periodistas le preguntaron si dicho proyecto se parecía al que ya habían estudiado otros gobiernos, a lo cual respondió el ministro: “Es más radical que todos los que se presentaron. Aquellos tenían el rótulo, y este tiene el rótulo y el contenido”⁴¹. Nos referimos al conocido plan Silió se trata del Real Decreto de 21 de mayo de 1919, dictado durante el gobierno de Antonio Maura, bajo el auspicio del ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes, César Silió, en colaboración con el catedrático de Historia Moderna y contemporánea, Pío Zabala Lera. Tenemos que advertir que en 1919 en España había sólo 11 Universidades. En la exposición de motivos, el ministro declara que el Decreto se sometería a la aprobación y a la firma del rey.

El Real Decreto declara de modo claro la autonomía de las Universidades: “Todas las Universidades españolas serán autónomas en su doble carácter de Escuelas profesionales y de Centros pedagógicos de alta cultura nacional, y cada una organizará su nuevo régimen con arreglo” a las bases en él establecidas, aunque el Estado, como se pondrá de manifiesto, conservará ciertas prerrogativas.

Se limitaba a ordenar, en sentido enteramente distinto del que había imperado hasta ese momento, la enseñanza universitaria española, que era la cumbre de la organización docente oficial y era preciso que fuera también la cumbre científica. Quería dotar “a la Universidad de recursos, sin los cuales fuera la autonomía una palabra vana, y se estimulan cooperaciones de las que cabe esperar mucho si la reforma arraiga y fructifica”⁴².

El objetivo último de esta reforma era crear un nuevo cauce a la vida universitaria. Así, se trata de un Real Decreto conformado de cinco artículos más un artículo adicional. Dicho propósito de abrir un nuevo cauce se labra siguiendo dos ejes en palabras de Martínez Neira: “a la Universidad considerada como instituto de alta cultura y de investigación científica se le concedía una autonomía plena; en cuanto escuela profesional, el Estado al amparo de la Constitución se reservaba el derecho a establecer el núcleo fundamental de enseñanzas de las distintas facultades y la habilitación para el ejercicio de una

41 *ABC*, 17 de mayo 1919, p. 9.

42 Exposición de motivos.

profesión. El Estado, además, garantizaba los recursos económicos necesarios para el ejercicio de esa autonomía que fundamentalmente consistían en el importe que cada universidad cobraba por los servicios que prestaba junto con una subvención⁴³.

De su contenido destaca el reconocimiento a la Universidad y a las Facultades y Centros que formen parte de ella de personas jurídicas, y se respeta la variedad de organización y funcionamiento, encomendando a todas y a cada una de las Universidades la redacción de su Estatuto, que, una vez aprobado por el Gobierno, sería la ley interna que definiera, delimitara y regulara sus derechos y su actuación. De tal modo, que se reconoce a la Universidad, Facultades, a los Colegios, Escuelas Institutos, y Centros que forman parte de ella, la capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones, podrían adquirir, poseer y enajenar bienes de todas clases (art.1). En dichos Estatutos se fijarían las normas y preceptos a los que la propia Universidad debería ajustarse para la provisión y dotación de las Cátedras.

Por otra parte, este Real Decreto mandaba distinguir en la Universidad dos cuestiones que califica de fundamentales: el de Escuela profesional y el de Instituto de alta cultura y de investigación científica. Respecto a lo profesional, se dicta que sería el Estado quien acordara cual sería el núcleo esencial de las disciplinas que tendrían que contener los planes de estudios y la Universidad es quien completaría las enseñanzas, organiza y distribuye. Y como Instituto de alta cultura y de investigación científica, a la Universidad se le concede plena libertad para desenvolver sus iniciativas en las esferas literaria, científica y filosófica.

El Real Decreto establece tribunales mixtos, conformados por catedráticos y profesionales, para examinar en las pruebas de grado, se pretendía combinar “ambos elementos y buscando entre unos y otros la mayor autoridad y las más calificadas pericias”⁴⁴.

Además, se establece que los certificados que las Universidades emitieran por los estudios cursados no habilitarían para el ejercicio profesional, pero servían para que los alumnos que se hallaren en posesión de certificados de prueba qué acreditaran haber cursado con buen éxito la totalidad de las disciplinas correspondientes a una carrera profesional, puedan comparecer ante los examinadores que designe el Estado, a fin de obtener el grado correspondiente y el reconocimiento indispensable de aptitud para que el Ministerio de

43 MARTÍNEZ NEIRA, M., «Una muñeca rusa. Aproximación histórica-jurídica a la autonomía universitaria», *Ius Fugit* 16 (2009-2010), pp. 221-235, *maxime* p. 222.

44 Artículo 1, base segunda.

Instrucción pública les pudiera expedir el título de Licenciado, habilitándoles para el ejercicio de su profesión⁴⁵.

En cuanto a esa finalidad de promoción de la pedagogía y la alta cultura se concede la potestad a la Universidad para poder organizar enseñanzas complementarias de los cuadros y distribuciones que ella misma haya establecido para las profesiones; crear nuevas Cátedras y laboratorios de cultura superior, de ampliación y estudios y de investigaciones científicas; establecer Museos y Bibliotecas; extender su acción, mediante cursos ambulantes, a todo el territorio del distrito universitario, y realizar, en suma, con sus propios recursos, administrados por ella, su misión cultural, con plena autonomía⁴⁶. Asimismo, se determina cual sería la organización de cada uno de los órganos de la Universidad: el claustro ordinario, las Juntas de Facultad, la Comisión ejecutiva, el Claustro extraordinario, las asociaciones de estudiantes y la Asamblea general de la Universidad. Respecto del Rector, se dicta que sería el Presidente nato de la Universidad y de sus órganos representativos, elegido en votación secreta por el Claustro ordinario y para un periodo de cinco años⁴⁷.

Un punto destacado en este decreto es el de la financiación, se fijan cuales serían los recursos propios de las Universidades y de las Facultades⁴⁸, es destacable como se establecía que los bienes de los catedráticos que murieran abintestato y sin dejar parientes dentro del sexto grado civil, serían heredados por la Universidad.

Asimismo, se establece un sistema de becas destinado a los más necesitados, cuyo aprovechamiento les haría ser merecedores de una beca estatal: “a fin de que ninguna aptitud o vocación científica o profesional se malogre por causa de pobreza. La reglamentación de estas becas, destinadas a costear los estudios a los más aptos y más merecedores de ayuda, se hará por el Ministerio de Instrucción Pública con audiencia de las Universidades autónomas, debiendo legitimarse el buen empleo de estos recursos y ratificarse su continuidad mediante pruebas reiteradas en todo tiempo que acrediten de manera indudable el acierto de la designación, o bien promuevan la rectificación del acuerdo respecto de aquellos becarios que, por falta de aprovechamiento o de aplicación, no merezcan continuar disfrutándolas”⁴⁹.

45 Artículo 1, base segunda.

46 Artículo 1, base tercera.

47 Artículo 1, base quinta.

48 Artículo 1, base sexta y séptima.

49 Artículo 1, base octava.

Por otra parte, se determina la composición del cuerpo docente de la Universidad que se integraría de los siguientes⁵⁰:

1º De Catedráticos numerarios, encargados de un modo permanente de la enseñanza de una disciplina o grupo de disciplinas correspondientes a una carrera profesional.

2º De Catedráticos o Profesores encargados permanente o temporalmente de enseñanzas o cursos de alta pedagogía, ampliación de estudios o investigaciones científicas.

3º De Profesores extraordinarios nacionales o extranjeros, llamados por las Universidades para enseñanzas especiales permanentes o transitorias, o para la divulgación de métodos originales de investigación.

4º De Profesores auxiliares encargados de enseñanzas correspondientes al cuadro de disciplinas que forme cada una de las Facultades.

5º De los Ayudantes de laboratorio, clínicas, gabinetes y trabajos prácticos.

Teniendo en cuenta dichas consideraciones se manda que todas las Universidades españolas procedieran previo acuerdo del Claustro ordinario, a redactar el oportuno Estatuto. Dicho Estatuto se sometería a la aprobación del Gobierno en un plazo de cuatro meses, desde la publicación del Decreto. Esa aprobación se haría por Real decreto, con acuerdo del Consejo de Ministros⁵¹.

Otra disposición importante es el artículo cuarto, en el que se reconoce libertad a las Universidades: “Las universidades autónomas disfrutarán de la mayor libertad para la obra docente y cultural que les está encomendada. Respetando siempre esa libertad, el Ministerio de Instrucción pública se reserva la alta inspección. y podrá, mediante ella, impedir o corregir extralimitaciones de carácter legal que puedan producirse. y especialmente las que se refieran al Estatuto que haya sido aprobado por el Gobierno”.

Las Universidades españolas comenzaron a redactar sus estatutos casi de forma inmediata, tras la publicación del Decreto Silió. Para su redacción cada Universidad designó a una comisión, compuesta con representantes de cada una de las Facultades, que debatiría el claustro. Así, por ejemplo la de Zaragoza, envió su proyecto al Ministro tan sólo 12 días después de la publicación del Decreto. De tal modo, que siete Universidades lo redactaron en el plazo de cuatro meses y las restantes en el mes de prórroga que fue concedido por el ministro Prado y Palacios. En octubre de 1919 quedó aprobado el proyecto

50 Artículo 1, base novena.

51 Artículo 2.

de Estatuto de Autonomía de la Universidad de Granada, compuesto por 117 artículos y firmado por el rector Federico Gutiérrez Jiménez y el Secretario General de la Universidad Juan José Gallego Ruiz

VI. PERO ¿QUÉ OCURRIÓ DESPUÉS?

El Decreto de Silió pese a ser un reflejo del sentir mayoritario causó una fuerte oposición entre los moderados, por la magnitud de los cambios, como también entre los sectores más progresistas, por no haber sido consultados durante el proceso de elaboración⁵². Santiago Ramón y Cajal se refería a él como “revolucionario e inesperado”. De modo premonitorio afirmaba que se planteaban lagunas como los medios económicos necesarios para la reforma, pero que todo iba a depender del espíritu que animara a los forjadores de los estatutos y de la pretensión con la que el ministro, a través de disposiciones ulteriores, aclarara, modificara o mejorara los acuerdos de las Universidades. No obstante, aseveraba que las Universidades no podían escatimarle elogio al ministro por las concesiones, pero el científico lo que realmente se cuestionaba era que si la Universidad española había alcanzado la madurez suficiente para lograr esa autonomía así como si nuestro profesorado podría equipararse al alemán, inglés o americano. Grave cuestión a la que Cajal muestra su pesimismo, reconoce que pocas eran las Facultades preparadas para saber actuar con autonomía, pues primaban los centros docentes “desconsoladamente atrasados, donde impera con la rutina docente una mentalidad medieval”. Manifiesta su recelo y advierte que en establecimientos de ese carácter “el insaciable caciquismo local haga mangas y capirotos del estatuto universitario”. Esta opinión la fundamenta en algunos dislates producidos como consecuencia de cuando el Estado había concedido alguna prerrogativa que en la Universidad se había traducido en endogamia y favoritismo, abusos cometidos en nombre de la libertad de cátedra y del programa, que les aboca a ciertos profesores a explicar lo más exiguo y menos laborioso del temario, imponiendo libros ciclópeos; o también el elevado número de profesores propuestos a un puesto en la administración como recompensa a su filiación política y confesional. Por tanto, para Ramón y Cajal la mejor opción para la Universidad española no era un decreto de este tipo, sino que le sería

52 BERMEJO, M., «La autonomía universitaria desde la Ley Moyano de 1857 a su plasmación constitucional: el largo y tortuoso devenir de una vieja aspiración tratando de definir su contenido», *Ius Fugit* 16, (2009-2010), pp. 235-285, *maxime* p. 247.

más beneficioso una concesión de autonomía de un modo gradual, así como ensayar de modo aislado en algún centro con lo que se permitiera comprobar si era algo beneficioso o perjudicial⁵³.

En julio de 1919 cayó el gobierno de Maura. Al frente del Ministerio de Instrucción Pública sucedió a Silió Prado Palacios y trató de darle vigor al Plan Silió, pero por lo efímero de su puesto no logró su propósito. No sería hasta la vuelta de Silió en 1921 cuando se aprobaran los estatutos redactados por las Universidades. Sin embargo, el regreso de Cesar Silió fue durante sólo siete meses. Tuvo que dimitir el 31 de julio de 1922 y pese a que la mayoría de los claustros españoles estaban a favor de lograr esa ansiada autonomía universitaria, la marcha de Silió significó también la paralización en el progreso de la descentralización. El heredero en el cargo de Silió, Tomás Montejo, mediante Real Decreto manda suspender la autonomía universitaria. La reforma de Silió se vio truncada por el Real Decreto de 31 de julio de 1922, que suspendió la autonomía en la Universidad española.

El análisis de los estatutos que prepararon las Universidades son prueba evidente de la firme pretensión que tenían de lograr una autonomía real. Todas las Universidades enviaron sus estatutos y se aprobaron en los dos años siguientes. En julio de 1919 las once Universidades habían elaborado sus textos. Esos proyectos se caracterizaron por ser elaborados por los catedráticos de Derecho y por su estructura: relato del devenir de los sucesos desde la aprobación del Real Decreto de Silió hasta la aprobación del proyecto de estatuto. Tras lo cual, se desarrolla el proyecto, dividido en títulos, los artículos adicionales y las peticiones que formulara la Universidad al Ministerio de Instrucción Pública⁵⁴.

Los estatutos más problemáticos fueron los de Madrid y Barcelona, en los de esta última se evidencia el equilibrio por establecer como lengua oficial de la Universidad el castellano, permitiendo que el catalán pudiera utilizarse en las Cátedras y Laboratorios (artículo 21)⁵⁵.

Es necesario valorar el contexto político tan inestable del momento que propició las dificultades. El ritmo de los acontecimientos era vertiginoso, los Gobiernos se sucedían, se luchaba en la Guerra de África, el Presidente del

53 RAMÓN Y CAJAL, S., «Revolucionario e inesperado. El decreto de autonomía universitaria», *El Imparcial*, 25 de mayo, 1919.

54 SAURAS HERRERAS, C., «Estatutos autonómicos de las Universidades españolas (1919)», *Historia de la educación. Revista interuniversitaria*, 3(1984), pp. 127-134, *maxime* p. 128.

55 Projecte d'estatut de la Universitat catalana, 1919.

Gobierno Eduardo Dato es asesinado. Todo ello propiciaba una auténtica decadencia cultural y un auténtico retraso, a finales del XIX un tercio de su población era analfabeta, y el panorama de las universidades era desolador⁵⁶. El Decreto de Silió evidencia que el ministro creía que concediendo una plena autonomía a estas instituciones, en todos sus ámbitos, sería el modo de acabar con ese estado lastimoso y de crisis. Pero una reforma de ese calibre implicaba muchas más reformas, sobre todo de tipo financiero, que abocaron al fracaso el ambicioso Plan Silió.

Reyna apunta a que quizás hubiera sido una mejor opción el haber concedido a las Universidades la disyuntiva a participar en la redacción del mencionado plan⁵⁷.

VII. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

En lo concerniente al estado de la Universidad de Granada en la primera década del siglo XX tenemos el testimonio del propio Rector García Solá, pues en el acto de conmemoración de la mayoría de edad de Alfonso XIII, celebrado en Madrid, se quejaba de que su casa había perdido su independencia y autonomía⁵⁸. Por otra parte, hay que valorar el estado de las instalaciones de la Universidad en general, y en concreto la de Granada, que hasta 1910 no tuvo luz eléctrica⁵⁹.

56 PUYOL MONTERO, J.M., *La autonomía universitaria* cit., p. 18.

57 REYNA, A., «Reforma Silió de autonomía universitaria», *Revista de Educación*, mayo-octubre 1973, 59-100, *maxime* p. 59.

58 “Finalmente, el espíritu centralizador de Carlos III y sus aptitudes organizadoras en todos los ramos, suscitaron en ésta, como en las demás Universidades españolas, un cambio radical que les imprimió el carácter de dependencias del estado que han venido ostentando hasta la época actual. Con ello ganó y perdió la Universidad granadina, pues si vino á disfrutar en un principio algunas mayores rentas emanadas de los bienes confiscados á ciertas congregaciones, y después una pequeña consignación fija del presupuesto, todo lo cual permitió entonces la mejor dotación de las cátedras y modestas adquisiciones de material científico, en cambio, perdió nuestra casa la independencia y la autonomía que dejaba libre los vuelos para todo género de fecundas iniciativas, sometiéndose á la uniformidad de disposiciones burocráticas de los Centros administrativos, cuya eficacia en el orden científico y académico, dejaba con frecuencia, mucho que desear”. GARCÍA SOLÁ, E., «La Universidad de Granada», *La Alhambra*, Granada, V(1902), nº108-109, pp. 845-848, *maxime* p. 848.

59 MARTÍNEZ TRUJILLO, A., *La Universidad de Granada (1900-1931)*, tesis doctoral, Universidad de Granada, 1986, p. 57.

La situación de Granada en 1919 era un auténtico polvorín. Muestra de ello son los sucesos acontecidos en febrero de dicho año. Los estudiantes fueron los impulsores de un movimiento anticaciquil, pedían la destitución del alcalde de Granada, Felipe La Chica. EL 9 de febrero los estudiantes, a modo de protesta, idearon imitar el entierro del regidor. Recorrieron las calles de la ciudad formando filas de dos, llevando velas y fingiendo un duelo. El acto concluyó cantando responsos y simulando que lanzaban un féretro al río Darro. Afirma la información elaborada por la propia Universidad que “la farsa se realizó en el mayor orden y es de notar el regocijo con que fue acogida como manifestación del ingenio esudiantil”. Tras esos hechos, el día 11 del mismo mes tuvo lugar un altercado entre la Guardia Civil y los estudiantes, en la plaza de la Universidad. Esa protesta de los estudiantes desencadenó una revuelta en la que falleció un estudiante, como consecuencia de un tiro que recibió.

Para depurar dichos sucesos, por acuerdo del Claustro de Catedráticos de la Universidad de Granada y por orden del Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes fue abierta información pública. De esas informaciones y la investigaciones desarrolladas se concluyó que desde la Universidad se produjo el lanzamiento de piedras a la fuerza pública, que fue la causa de que la Guardia Civil disparara contra el edificio de la Universidad. No obstante, se dice que “sin causa justificada” los Guardias Civiles dispararon al fondo de la Plaza y uno de esos tiros mató al estudiante Ramón Ruiz de Peralta y Anguita, que había salido pocos minutos antes de su casa para dirigirse a la Facultad de Medicina, un alumno que conforme a las pesquisas había permanecido al margen de todo tipo de protesta. Así lo concluyen las informaciones realizadas por la propia Universidad⁶⁰.

En este contexto universitario ve la luz el Estatuto de autonomía de la Universidad de Granada, elaborado de conformidad al Real Decreto de 21 de mayo de 1919, se firma el 15 de octubre de dicho año, cuenta con la rúbrica del Rector, Federico Jiménez, y el Secretario General Juan José Gallego. Para su elaboración se nombró una comisión presidida por José Pareja Garrido. Las diferentes Juntas de Facultad hicieron los correspondientes nombramientos, quedando la ponencia constituida por la Facultad de Medicina, Antonio Amor y Rico; Victor Escribano García, Federico Oloriz Ortega y Antonio Álvarez de Cienfuegos y Cobos; por la de letras Eloy Señán Alonso, Alberto Gómez Izquierdo, José Palanco Romero y Martín Domínguez Berrueta; por la de Far-

60 Legajo 1813, sucesos de 11 de febrero de 1919, Archivo Universidad de Granada.

macia Bernabé Dorronsoroy Ucelayeta, Juan Luis Díez Tortosa, Carlos Rodríguez López Neyra y José García Vélez; por la de Derecho José Martos de la Fuente, José María Campos Pulido, Gabriel Bonilla Marín y Agustín Viñuales y Pardo; y por la de Ciencias, Pascual Nacher Vilar, José Alonso Fernández, Juan Antonio Tercedor Díaz y José Jiménez Sánchez.

Las sesiones del claustro universitario se celebraron durante los días 2, 3, 4, 5, 6, 7, 13 y 14 de octubre⁶¹. Para ello, el rector marcó un orden de discusión, fijando 10 minutos para las interpretaciones, cinco minutos para las respuestas y que las proposiciones se aceptaran por unanimidad. Así, a propuesta de Fernando de los Ríos se acepta la propuesta de que la discusión se desarrollara primero por capítulos y después por artículos. Adviértase que una vez finalizado el trabajo de la Comisión, se acordó imprimir el Estatuto y difundirlo a todos aquellos a quienes le afectara, con la pretensión de que pudieran estudiarlo y formular ante el Claustro ordinario todas las proposiciones que estimaran oportunas. Por lo que se abrió una información pública desde el uno de agosto hasta el 22 del mismo mes. En consecuencia, a lo largo de esas sesiones se leyeron las correspondientes peticiones para la redacción definitiva del Estatuto.

Pareja Garrido años más tarde manifestó que aunque él no debía discutir si con el Estatuto acertaron plenamente, o sólo en parte, lo que sí aseveraba era que “todos nosotros tuvimos el deseo de depositar en los Estatutos de la Universidad autónoma, lo mejor y más sano de nuestros espíritus, la más recta intención de nuestras conciencias, lo más noble de nuestro amor a la enseñanza”⁶².

Se compone de 117 artículos, que integran ocho títulos, además de las disposiciones adicionales.

El primer título se titula como “De la Universidad”, en su capítulo inicial, a través de cuatro artículos define a la Universidad de Granada y le confiere la condición de personalidad jurídica. Se afirma que en esos momentos se componía de las Facultades de Filosofía, Ciencias, Derecho, Farmacia y Medicina. En este artículo son relevantes los artículos 2 y 3, pues en ellos se determina, en primer lugar, los miembros de los que se integra por “todos los Profesores

61 Libro nº 25 (10 de diciembre de 1912-10 de noviembre de 1952). Libro de Actas del Archivo de la Universidad de Granada.

62 PAREJA GARRIDO, J., *Discurso leído en la solemne apertura del Curso Académico de 1922 a 1923 por el Dr..., rector de la Universidad*, (Librería Guevara), Granada, 1922, p. 8.

y doctores que constituyen su claustro y por todos los alumnos que reciban o hayan recibido en ella alguna enseñanza, teniendo el carácter de Escuela profesional, Centro pedagógico de investigación y cultura superior, y de vulgarización científica” (art. 2) y se reconoce a la “Universidad de Granada, sus Facultades y las demás instituciones y centros que formen parte de la misma, tendrán la consideración de personas jurídicas”, lo que significa conferirles la capacidad para adquirir, poseer y enajenar bienes de todas clases (art. 3). Y, además, se dicta que el territorio de la Universidad de Granada comprendería las provincias de Granada, Málaga, Almería y Jaén.

Por su parte, en el capítulo segundo se fijan cuales son los objetivos que va a perseguir la Universidad de Granada, que van a ser:

1º) Dar las enseñanzas necesarias para la obtención de los títulos profesionales.

2º) Establecer estudios complementarios de los profesionales.

3º) Organizar estudios de investigación, creando Seminarios y otros Centros de cultura superior.

4º) Dar cursos breves y conferencias de vulgarización científica en la Universidad y otros centros del distrito universitario.

5º) Atender con la mayor solicitud posible a todo lo relativo a la educación moral y física de los escolares.

Resulta importante destacar el punto sexto y séptimo, pues se le concede a la Universidad la potestad para crear nuevas enseñanzas, establecer laboratorios, museos, bibliotecas... que estimen oportunos para la consecución de los objetivos anteriores. Asimismo, es destacable que se permite que la Universidad pueda establecer los estudios de doctorado en todas sus Facultades.

El título segundo está dedicado a los órganos de gobierno de la Universidad, tanto colegiados como unipersonales. El capítulo primero se dedica a los órganos colegiados: las Juntas de Facultad, la Comisión ejecutiva, el Claustro ordinario, el Claustro extraordinario, las asociaciones de estudiantes y la asamblea general. Y el capítulo segundo al Rector, el artículo 16 establece que será elegido en votación secreta por el Claustro ordinario y por un período de cinco años. Sólo en el caso de que no se logran las mayorías establecidas, se daría cuenta de ello al Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, para que por Real Decreto hiciera el nombramiento por un tiempo máximo de dos años. Tras referirse a las atribuciones del Rector, alude a la del vicerrector y Decanos de Facultad. Asimismo, el artículo 24 se refiere a las competencias de la Junta de Facultad, que resolvería acerca de la aceptación de fundacio-

nes, herencias, legador, donativos o subvenciones que se otorgaran a favor de la Facultad, decidir sobre la compra, permuta o enajenación de bienes; administrar los bienes y rentas de la Facultad; elaborar el presupuesto anual u organizar los estudios. A continuación el estatuto posa su atención en los Decanos, que son los Jefes y Presidentes de las respectivas Facultades, que disfrutarán de las atribuciones administrativas y académicas que el Rector le asignara, además de las asignadas en el propio Estatuto, entre las que destaca velar por el cumplimiento de este.

El título III se dedica al patrimonio de la Universidad, su primer capítulo es relativo a los bienes y recursos de la Universidad, el precepto 34 detalla cuales son los bienes y recursos de la Universidad, en los siguientes a su vez los propios de las Facultades. Asimismo, se aborda el procedimiento para aprobación del presupuesto y cuentas de la Universidad, que se somete a la aprobación del Claustro ordinario en la primera quincena del mes de junio.

Por su parte, el título IV trata lo concerniente al personal académico. En primer lugar, en el artículo 42 se categoriza las diferentes clases de personal académico, detallándose sus funciones y lo relativo a su nombramiento y separación del personal académico: los catedráticos honorarios y numerarios; los profesores agregados, extraordinarios, auxiliares y los ayudantes de laboratorio, clínicas, gabinetes y trabajos prácticos. Es destacable el método establecido para el otorgamiento de licencias por enfermedad, las cuales tendrían un plazo máximo de 90 días. Transcurrido dicho periodo si el Catedrático continuaba enfermo, el Rector nombraría una comisión de tres Catedráticos de Medicina para que lo visitaran y servir de fundamento al dictamen que emitiría más tarde el Rector.

El título V aborda la organización del curso académico, el calendario escolar se dividía en dos periodos. El primero de ellos entre el 15 de septiembre y el 20 de diciembre. Del día 15 al 20 de diciembre se celebrarían pruebas de aptitud, no permitiéndose que se pasara al segundo sin la pertinente declaración de aptitud de los profesores correspondientes. El segundo periodo comprendería desde el día 11 de enero hasta el 30 de junio, de cuyos últimos quince días se dedicarían a realizar las pruebas definitivas del curso. También, se especifican los días de vacaciones que serían: los días de precepto, los de fiesta nacional, los de feria del Corpus, desde el 21 de diciembre hasta el 10 de enero, los tres días de Carnaval, además, jueves, viernes y sábado Santos y desde el 1 de julio al 14 de septiembre. Se precisa que podían recibir

enseñanza en la Universidad de Granada ora los matriculados en ella, ora los debidamente autorizados.

El sexto título analiza las cuestiones de disciplina académica y de la escolar. De este título es destacable el ánimo que se desprende de crear un vínculo entre los profesores y alumnos, pues se concede un plazo de seis meses desde que fuera aprobado un Reglamento de disciplina escolar ¿con qué pretensión? Pues entre sus objetivos destaca impulsar la creación de una relación estrecha entre los profesores y discentes, con la pretensión de que estos vean al profesor como “celoso director de sus estudios y al compañero que con él ha de compartir los trabajos de la investigación científica” (art. 101), tal y como se indica en el artículo 103, se adoptan medidas para desempeñar la función tutelar sobre los escolares, para ello, se dicta que las Facultades elaborarían un detallado registro o censo escolar, donde hacer constar el expediente académico, su hoja antropométrica y su expediente personal, en el que se consignará su domicilio y el de sus padres, tutores o encargados, conducta y cuantos datos estimen oportunos los Decanos y el Rector. Se establece que las autoridades académicas tienen la obligación de inspeccionar los alojamientos de los escolares, fiscalizando tanto las condiciones higiénicas, económicas como morales de los mismos.

Por su parte, el título séptimo pone su atención sobre el personal administrativo y subalterno, es decir, se trata de las figuras del Secretario general, oficial primero, los segundos y los auxiliares, así como los mozos.

Por último, advertir que las disposiciones adicionales, el artículo 114, establecen que el Estatuto podría modificarse por causas justas y nuevas necesidades, cuya reforma se comunicaría al Ministro de Instrucción Pública. El precepto 115 concede un plazo de seis meses a la Comisión ejecutiva y a las juntas de Facultad para la aprobación de Reglamentos complementarios, cuya aprobación correspondería al Claustro ordinario.

El proyecto pasó a ser discutido en el Senado, defendido por el también granadino Natalio Rivas a la sazón Ministro de Instrucción Pública, quien lograría que se aprobara en la Cámara Alta.

Con anterioridad, hemos afirmado que el proyecto de autonomía elaborado por la Comisión se sometió a información pública, por ello es conveniente aludir a algunas de las alegaciones que partes interesadas formularon y cooperaron para la elaboración definitiva. Es el caso del Cabildo del SacroMonte de la ciudad de Granada que consideraba que “después de haber leído el anteproyecto de Estatuto, ha echado de menos en él, el establecimiento de

las bases que puedan servir de fundamento à los Colegios, Academias, ó Asociaciones que en lo sucesivo quieran dedicarse à la Enseñanza Facultativa”. Entiende que a lo largo de todo el articulado en escasas ocasiones se aludía a los organismos extraños a la Universidad que podían de algún modo formar parte de la Enseñanza, no había ninguna mención a la Enseñanza Colegiada. El Sacromonte entiende que “es de suponer que el proyecto de Estatuto de autonomía universitaria, no ha de llevarnos al monopolio oficial de la Enseñanza, que tantas trabas produce, haciendo difícil la instrucción para las clases menos acomodadas e inutilizando talentos y aptitudes que no tienen medios para asistir a las aulas oficiales ó cerrando la puerta a los que deseosos de adquirir una superior cultura piden legítimamente que en la labor pedagógica se atienda de una manera más concreta y particular á la formación científica de cada uno de los alumnos, trabajo que hoy no puede prestar el catedrático numerario”⁶³.

Otra de las propuestas que podrían mencionarse es la formulada por el Doctor en Derecho, Rafael Calatrava Ros. El jurista realiza diferentes propuestas, tales como las concernientes al distrito de la Universidad, respecto a dicho precepto asevera que no puede desprenderse de él “una idea de monopolio y absorción contra las provincias hermanas y limítrofes, contrario al espíritu de la autonomía Universitaria, autonomía que debe ser también libertad y no puede traducirse en tiranía y opresión para las demas. Si algunas provincias de nuestro actual Distrito Universitario, por sus condiciones económicas y afanes culturales, desea la independencia Universitaria téngala en buena hora, que la gloriosa Universidad Granadina sabrá luchar noblemente en el campo de la ciencia”⁶⁴.

VIII. ¿QUIENES FIRMAN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA?

1. El rector, Federico Gutiérrez Jiménez

Federico Gutiérrez Jiménez, hijo de médico, nació el 30 de noviembre de 1849 en Gualchos (Granada). Bachiller con premio extraordinario en la

63 Caja 01328/011. Proyecto de Estatuto de Autonomía. Archivo de la Universidad de Granada.

64 Caja 01328/011. Proyecto de Estatuto de Autonomía. Archivo Universitario de Granada.

sección de Letras⁶⁵. Licenciado en Medicina por la Universidad de Granada, obtuvo el grado de Doctor en el año 1869 y la cátedra de Fisiología Humana en la Facultad de Medicina de Granada⁶⁶. Como estudiante ideológicamente se posiciona próximo al republicanismo y sectores demócratas. No obstante, con el transcurrir de la vida su pensamiento se va atemperando y se sitúa más cercano a Canalejas⁶⁷.

Federico Gutiérrez fue Presidente de la Real Academia de Medicina, durante 23 años (13/12/1901-4/5/1925) y miembro de ella donde ocupó el sillón número 16, entre el 22 de octubre de 1878 y el 16 de marzo de 1925, al que le sucedería tras tres décadas vacante Marino Gallego Burín⁶⁸. Su labor fue reconocida con la Gran Cruz de Isabel La Católica⁶⁹.

Además, fue diputado provincial y vicepresidente de la Diputación Provincial de Granada en el tiempo comprendido entre 1883 y 1886, tiempo en el que además colaboró en la lucha contra la epidemia de la cólera. Senador por la provincia de Granada desde 1910 hasta 1917.

Desempeñó el cargo de Decano de la Facultad de Medicina y vicerrector. Se trata del primer Rector de la Universidad de Granada del siglo XX, por R.O. de 22 de Noviembre de 1909 es nombrado Rector de esta universidad hasta el 7 de Diciembre de 1919, en que cesó por jubilación. En su cargo le sucedió José Pareja Garrido, Catedrático de Medicina, fue nombrado Rector de esta Universidad por R.D. de 30 de Enero de 1920 previa a propuesta por voto unánime del Claustro de profesores, siendo reelegido unánimemente por dicho Claustro el 28 de Septiembre de 1921 al instituirse la autonomía universitaria. Al ser suspendida la autonomía universitaria renunció al cargo de Rector en 10 de Noviembre de 1922⁷⁰. Fallece el 16 de marzo de 1925.

65 Expediente Bachiller 599-396. Archivo Universitario de Granada.

66 Expediente Medicina 00301/030 Archivo Universitario de Granada.

67 VIÑES MILLET, C., «La Universidad de Granada en la época contemporánea», en María del Carmen CALERO PALACIOS, Inmaculada ARIAS DE SAAVEDRA y Cristina VIÑES MILLET, *Historia de la Universidad de Granada*, Granada, (Universidad de Granada), 1997, pp. 171-300, *maxime* p. 210, n. 23.

68 GUTIÉRREZ GALDÓ, J., *Real Academia de Medicina y Cirugía de Granada*, Madrid, (Ediciones Díaz de Santos), 2003, vol. I, pp. 98 y 108.

69 *Ibidem* vol. II, p. 277.

70 Galería de rectores de la Universidad de Granada: Recurso disponible digitalmente: <https://www.ugr.es/universidad/rectorado/galeria-de-rectores?lang=en>

2. El secretario general de la Universidad de Granada, Juan José Gallego Ruiz

Juan José Gallego Ruiz nació en Iznatoraf, provincia de Jaén, el 27 de julio de 1869. Y falleció el día de su onomástica, el 24 de junio de 1947. Licenciado en Derecho, durante treinta años ejerció como Secretario General de la Universidad de Granada, fue nombrado el 22 de noviembre de 1909 y cesó el 14 de agosto de 1939. Su dilatada carrera al frente de la Secretaría General fue consecuencia de su diligencia en el trabajo.

Conocer la personalidad de quien firmó el texto que nos ocupa posibilita que analicemos el puesto de Secretario General de las Universidades, un puesto al que no se suele prestar atención. Existe constancia de abonarle a Gallego Ruiz horas extraordinarias (4 pesetas diarias, desde 29 de mayo de 1907 a 21 de diciembre de 1907), por la labor realizada en el Negociado 3º de dicha secretaría, tras solicitárselo verbalmente el Rectorado, pues se dice encontrarse en absoluto abandono, por la “desidia y lamentable confusión con que la llevaba el Escribiente temporero D. Luis Navarro que fue expulsado por su inmoralidad en la Oficina”⁷¹. Juan José Gallego alcanzó el puesto de Secretario General, tras haber estado al servicio de la Universidad más de 16 años como Oficial 1º, se presentó a dicho puesto tras quedar vacante, por cumplir los requisitos necesarios, junto con el mérito de haber desempeñado en diversas ocasiones la referida secretaría accidentalmente. El procedimiento para designar al Secretario General era establecido por ley, requería ser aprobado por el Claustro ordinario y obtener la mitad más uno de los votos que se emitan. En caso de no lograrla se volvería a repetir la votación y se proponía al que obtuviera mayoría relativa. En el caso que nos ocupa fueron cuatro los candidatos. El elegido fue Juan José Gallego, tras haber obtenido 39 votos, los mismo que el número de votantes, *némine discrepante*, por lo que por unanimidad fue elegido y por mayoría de los que componían el Claustro que eran 43.

IX. CONCLUSIÓN

En este trabajo hemos estudiado el contenido y razones del fracaso del Plan ideado por el Ministro Cesar Silió para conceder una inusitada auto-

⁷¹ Expediente de Juan J. Gallego Ruiz, Secretario General, 01541-001, Archivo Universitario de Granada.

nomía a las Universidades españolas. Es evidente que ello no es más que la historia de un fracaso, pero que nos ayuda a mejorar la comprensión de nuestra Universidad actual. Se podría definir la reforma de impulsiva, precipitada, de radicalidad, de no utilizar el procedimiento adecuado —un real Decreto— para una reforma de tanto calado. A pesar de esas críticas Pareja Garrido destaca que “la labor del Sr. Silió encierra el mérito de una acción, tan decidida como enérgica, a fin de convertir en realidades las aspiraciones universitarias, estableciendo una reforma radical en el régimen de la Enseñanza superior”⁷².

X. BIBLIOGRAFÍA

Referencias archivísticas:

- Caja 01328/011. Proyecto de Estatuto de Autonomía. Archivo de la Universidad de Granada.
- Legajo 1813, sucesos de 11 de febrero de 1919, Archivo Universidad de Granada.
- Libro nº 25 (10 de diciembre de 1912-10 de noviembre de 1952). Libro de Actas del Archivo de la Universidad de Granada.
- Expediente Bachiller de Federico Gutiérrez Jiménez 599-396. Archivo Universitario de Granada.
- Expediente Medicina de Federico Gutiérrez Jiménez 00301/030 Archivo Universitario de Granada.
- Expediente de Juan J. Gallego Ruiz, Secretario General, 01541-001, Archivo Universitario de Granada.

Referencias normativas:

- Circular del Ministro de Fomento Orovio, de 26 de febrero de 1875.
- Constitución española de 1812.
- Dictamen y Proyecto de Decreto sobre el arreglo general de la Enseñanza Pública, presentados a las Cortes por su Comisión de Instrucción Pública y mandados imprimir por orden de las mismas, 7 de marzo 1814.
- Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad.* Impreso en Salamanca, Por Andrea de Portonaris, Impresor de su Magestad. Año MDLV, ed. facsímil, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1985.
- Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857.
- Plan General de Instrucción Pública, Real Decreto de 4 de agosto de 1836.

⁷² PAREJA GARRIDO, J., *Discurso leído en la solemne apertura del Curso Académico de 1922 a 1923* cit., p. 10.

- Plan literario de estudios y arreglo general de las Universidades del reino.
 Projecte d'estatut de la Universitat catalana, 1919.
 Real Decreto de 18 de abril de 1900, publicado en la Gaceta de Madrid, al día siguiente, 19 de abril.
 Real Decreto de 21 de mayo de 1919, publicado en la Gaceta de Madrid el 22 de mayo de 1919, núm. 142.
 Real Decreto que aprueba el Plan General de estudios, 17 de septiembre de 1845.
 Real Decreto sobre enseñanza de 21 de octubre de 1868, publicado en la Gaceta de Madrid del día siguiente, 22 de octubre de 1868, por el que se declaraba la libertad de enseñanza. *Vid.*, Gaceta de Madrid, núm. 296, 22 de octubre de 1868.
 Real Orden circular de 3 de marzo de 1881, derogando la de 26 de febrero de 1875 y restableciendo en sus puestos a los Profesores destituidos, suspensos y dimisionarios con ocasión de la mencionada circular.
 Reglamento general de Instrucción Pública, decretado por las Cortes, 29 de junio de 1821.

Bibliografía general:

- Galería de rectores de la Universidad de Granada: Recurso disponible digitalmente: <https://www.ugr.es/universidad/rectorado/galeria-de-rectores?lang=en>
- BERMEJO, M., «La autonomía universitaria desde la Ley Moyano de 1857 a su plasmación constitucional: el largo y tortuoso devenir de una vieja aspiración tratando de definir su contenido», *Ius Fugit* 16, (2009-2010), pp. 235-285.
- CANO GARCÍA, J. A., «El conservadurismo vallisoletano en la segunda Restauración: César Silió», en *Investigaciones históricas. Época moderna y contemporánea*, 15(1995), pp. 97-106.
- CASTÁN, J., «Sobre enseñanza del Derecho. A propósito de la significación pedagógica del Museo-Laboratorio jurídico», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año II, núm. 5, Madrid, 1919, pp. 5-20.
- GARCÍA ALIX, A., *Disposiciones dictadas para la reorganización de la enseñanza*, Madrid, (Imprenta del Colegio Nacional de Sordomudos y ciegos), 1900.
- GARCÍA SOLÁ, E., «La Universidad de Granada», *La Alhambra*, Granada, V(1902), nº108-109.
- GUTIÉRREZ GALDÓ, J., *Real Academia de Medicina y Cirugía de Granada*, Madrid, (Ediciones Díaz de Santos), 2003, vol. I.
- HERNÁNDEZ SANDOICA, E., PESET, J.L. *Universidad, poder académico y cambio social (Alcalá de Henares 1508-Madrid 1874)*, Madrid, (Consejo de Universidades), 1990, p. 222; JIMÉNEZ-LANDI, A., *La institución libre de enseñanza y su ambiente. I. Los orígenes de la Institución*, Madrid, (Complutense), 1996, pp.107-110.
- MACÍAS PICAVEA, R., *El problema nacional. Hechos, causas, remedios*, Madrid, (Librería General de Victoriano Suárez), 1899.
- MARTÍNEZ NEIRA, M., «Una muñeca rusa. Aproximación histórica-jurídica a la autonomía universitaria», *Ius Fugit* 16 (2009-2010), pp. 221-235.

- MARTÍNEZ TRUJILLO, A., *La Universidad de Granada (1900-1931)*, tesis doctoral, Universidad de Granada, 1986.
- MARTORELL LINARES, M., «De ciencias sociales y ángeles custodios: la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas bajo la guerra y la autarquía», *Historia y Política*, 8 (2002), pp. 229-252.
- PAREJA GARRIDO, J., *Discurso leído en la solemne apertura del Curso Académico de 1922 a 1923 por el Dr..., rector de la Universidad*, (Librería Guevara), Granada, 1922.
- PESET REIG, M., «Autonomía universitaria y libertad de cátedra: una síntesis histórica a través de los siglos XVIII, XIX y XX», *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 22-23 (1998), pp.7-33.
- PESET REIG, M., «Autonomía y libertad de cátedra. Dos siglos de Historia Universitaria», *Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III de Madrid*, 2 de octubre de 2002.
- PESET REIG, M., «Los orígenes de la autonomía universitaria y el proyecto de García-Alix de 1901», en GUERENA, J.L. y FELL, E.M., *L' Université en Espagne et en Amérique latine du Moyen Age à nos jours, tomo II: Enjeux, contenus, images*, Tours, (Université de Tours), 1998.
- PESET REIG, M., «Política universitaria tras el desastre del 98», *Las universidades hispánicas: de la monarquía de los Austrias al centralismo liberal. V Congreso internacional sobre historia de las universidades hispánicas*, Salamanca, (Universidad de Salamanca), 2000, vol. II.
- PESET, M. y MANCEBO ALONSO, M. F., «Un intento de autonomía universitaria: el fracaso de la reforma Silió de 1919», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen VI, Madrid, (Consejo general del notariado), 1990.
- POLO MARTÍN, R., «La génesis de las nociones de centralización, descentralización y autonomía en la España decimonónica (1808-1868)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 83 (2011), pp. 569-663.
- POLO MARTÍN, R., *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional*, Madrid, (Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson), 2014.
- POSADA, A., «La autonomía universitaria», *La lectura. Revista de Ciencias y de Artes*, núm. 21, mayo 1919, pp. 233-246.
- PUYOL MONTERO, J.M., *La autonomía universitaria en Madrid (1919-1922)*, Madrid, (Dykinson), 2011.
- RAMÓN Y CAJAL, S., «Revolucionario e inesperado. El decreto de autonomía universitaria», *El Imparcial*, 25 de mayo, 1919.
- RAMÓN Y CAJAL, S., *Recuerdos de mi vida. Historia de mi labor científica*, Madrid, (impresión de Fortanet), 1901, tomo I, p. 151.
- REDONDO E. y VERGARA, J., «La Iglesia y la educación», en DELGADO CRIADO B. (Coord.), *Historia de la educación en España*, Madrid, (Morata), 1994, vol. III.
- REYNA, A., «Reforma Silió de autonomía universitaria», *Revista de Educación*, mayo-octubre 1973, 59-100.
- ROJO GALLEGO-BURÍN, M., «La frustrada ley de autonomía universitaria», en *Las Uni-*

- versidades durante el proceso de democratización española (1968-1983)*, Madrid, (Dykinson), 2017, pp. 189-219.
- ROYO VILLANOVA, A., *La nueva descentralización: discurso leído en la Universidad de Valladolid en la solemne inauguración del curso académico de 1914 a 1915*, Valladolid, 1914.
- RUPÉREZ, P., *La cuestión universitaria y la noche de San Daniel*, Madrid, (Cuadernos para el Diálogo), 1975.
- SAURAS HERRERAS, C., «Estatutos autonómicos de las Universidades españolas (1919)», *Historia de la educación. Revista interuniversitaria*, 3(1984), pp. 127-134.
- SILIÓ Y CORTÉS, C., *La educación nacional*, Madrid, (Librería Española y Extranjera de Francisco Beltrán), 1914.
- SOSA WAGNER, F., *El mito de la autonomía universitaria*, 2ª edición, Madrid, (Thomson Civitas), 2015.
- UNAMUNO, M. DE, *De la enseñanza superior en España*, Madrid, (Revista Nueva), 1899.
- UROSÁ SÁNCHEZ, J., SAN MIGUEL PÉREZ, E., y MARHUENDA GARCÍA, F., *El libro de actas del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid, (Biblioteca académica, Comunidad de Madrid), 2000.
- VIÑES MILLET, C., «La Universidad de Granada en la época contemporánea», en María del Carmen CALERO PALACIOS, Inmaculada ARIAS DE SAAVEDRA y Cristina VIÑES MILLET, *Historia de la Universidad de Granada*, Granada, (Universidad de Granada), 1997, pp. 171-300.

TEOR E PROPÓSITO DA HISTÓRIA DO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS CONTEMPORÂNEO

Jorge Silva Santos¹

Resumo: Tomando por base a historicidade dos discursos jurídicos, a dimensão crítica e relativizante da historiografia jurídica e a revolução científica protagonizada por Guilherme Moreira na civilística portuguesa no início do século xx (promovendo uma viragem pandectística que, com variações, se manteve até ao nosso tempo) defende-se, neste artigo, que a escrita da história do direito civil português contemporâneo tenha por teor a análise dos discursos que Guilherme Moreira superou, dos discursos que produziu, e dos discursos daqueles que lhe sucederam, assumindo como propósito (i) investigar as razões de ser (culturais, económico-sociais, políticas, epistemológicas, axiológicas...) desses mesmos discursos e (ii) ponderar a respectiva valia como modelos de decisão judicativa e composição de litígios nas sociedades contemporâneas.

Palavras-passe: historiografia jurídica – direito civil – decisão jurídica – crítica do direito.

Abstract: This paper takes into account the historicity of juridical discourses, the critical dimension of legal historiography and the scientific revolution brought about by Guilherme Moreira in the Portuguese civil law doctrine in the early 20th century (promoting a pandectistic turn which remained, with some variation, to this day), to demonstrate that the writing of the history of contemporary Portuguese civil law should be based on the analysis of discourses overcome by Guilherme Moreira, of the discourses produced by him and the discourses of those who followed him and differed from him, with the purpose of i) exploring the various *raison d'être* of such discourses (cultural, economic, social, political, epistemological, axiological...) and ii) pondering their validity as models for judicial decision and conflict composition in contemporary societies.

Key words: legal historiography – civil law – juridical decision – law criticism.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO: JUSTIFICAÇÃO DA PERSPECTIVA ASSUMIDA; II. OBJECTO: TEORIA E PRÁTICA DA CIVILÍSTICA CONTEMPORÂNEA; III. A DIMENSÃO HISTORIOGRÁFICO-CLASSIFICATIVA DA HISTÓRIA DO DIREITO CIVIL; IV. A DIMENSÃO HEURÍSTICO-JUDICATIVA DO ESTUDO HISTÓRICO DO DIREITO CIVIL; V. CONCLUSÃO; VI. BIBLIOGRAFIA.

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do IURIS - Instituto de Investigação Interdisciplinar. jorgesilvasantos@fd.ulisboa.pt

I. INTRODUÇÃO: JUSTIFICAÇÃO DA PERSPECTIVA ASSUMIDA

Interpelado para a feitura de um breve ensaio relativo ao que deva constituir, nos dias de hoje, o ponto de partida metodológico, o teor e propósito da escrita de uma história do direito civil português contemporâneo entendi escolher como mote argumentativo dois lugares comuns da produção juscientífica da Faculdade de Direito de Lisboa – (i) a dimensão crítica e relativizante da historiografia jurídica, sempre sublinhada por RUY DE ALBUQUERQUE² e (ii) o protagonismo de Guilherme Alves Moreira [1861-1922]³ – a partir das *Instituições de Direito Civil Português*, de 1907⁴ (com “pré-edição”, sem referência à autoria, com data provável de 1903⁵, por sua vez assente em lições

2 Cf. «Direito romano. Considerações sobre um livro de Moreira Alves», *Scientia Iuridica* 33, 1974, 130/131, 563-585; «Doutoramento “honoris causa” do Prof. Alfonso Garcia-Gallo», *RDFUL* 25, 1984, 403-415, 407; «História do direito português. Relatório», *RFDUL* 26, 1985, 119-125; «Em prol do Direito Romano. À maneira de prefácio», *Estudos de Direito Romano*, I, Lisboa (AAFDL), 1989, 7-11, 9; «Apreciação crítica do relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino apresentado pelo Prof. Doutor António Santos Justo no concurso para professor agregado», *RFDUL* 41, 2000, 1, 365-379, 367 ss. e «Reflexões assistemáticas sobre a moderna romanística espanhola», *RFDUL* 42, 2001, 1, 29-49, 34-35. Ver tb., com ALBUQUERQUE, M., *História do Direito Português*, I, 11.^a ed., Sintra (Pedro Ferreira), 2005, 73. É a dogmática jurídica o objecto da feição crítica e relativizante da historiografia jurídica. Ver, sobre o Autor, VERA-CRUZ PINTO, E., «Ruy de Albuquerque, Professor da Faculdade de Direito de Lisboa», *Estudos em Honra do Prof. Doutor Ruy de Albuquerque*, Coimbra (Coimbra Editora), 2006, 897-943 e SILVA SANTOS, J., «As Represálias. Vivência inaugural de “experiência jurídica” de Ruy de Albuquerque», *Interpretatio Prudentium*, 4, 2019, 2, 357-380.

3 Elementos biográficos e académicos podem ser consultados em BRAGA DA CRUZ, G., *A Revista de Legislação e de Jurisprudência. Esboço da sua história*, I, Coimbra (Coimbra Editora), 1975, 431 e ss. e ARAÚJO, A., «Moreira, Guilherme Alves (1861-1922)», em FERNANDA ROLLO, M., *Dicionário de história da I República e do republicanismo*, II, Lisboa (Assembleia da República), 2014, 1049-1050.

4 *Instituições do Direito Civil Português, I. Parte Geral*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1907. Em 1911, Guilherme Moreira faz publicar *Instituições do Direito Civil Português, II. Das obrigações*, Coimbra (Imprensa da Universidade). Cfr. MENEZES LEITÃO, L., *O Ensino do Direito das Obrigações. Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino da Disciplina*, Coimbra (Almedina), 2001, 108-110.

5 Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório», *RFDUL* 29, 1988, 179-454, 307-309. MOTA PINTO, P., *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra (Almedina), 1995, 11, n. 21; MENEZES LEITÃO, L., *O Ensino do Direito das Obrigações*, cit., 107-108, n. 437; ALBERTO VIEIRA, J., *Direitos Reais. Perspec-*

de 1899-1900⁶) na recepção do pandectismo, sempre sublinhada por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁷ – correlacionados com uma afirmação de MASSIMO BRUTTI: «Lo studio storico del diritto culmina nella scomposizione dei concetti: è dunque, prima di tutto, critica della scienza»⁸.

Faço-o por julgar ficar assim sumariado o que, seguindo a lição de RUY DE ALBUQUERQUE⁹, considero ser hoje urgente recordar a juristas práticos, privatistas e publicistas: (i) só a ausência «do sentido histórico do direito», isto é, da faculdade que «permite aprender de maneira *absoluta* a *relatividade* do direito», justifica «o endeusamento de soluções que não sendo senão epocais se apresentam como perenes»; (ii) «a consideração histórica do direito [releva] não apenas como elemento explicativo do momento presente, mas sobretudo, como factor de crítica deste»¹⁰.

Uma lição que anteposta à de MENEZES CORDEIRO, que mapeia, pormenorizadamente, o eixo sobre o qual se tem projectado a dinâmica da civilística portuguesa contemporânea¹¹, obriga o jurishistoriador que a assumia a to-

tiva histórica do seu ensino em Portugal, Lisboa, 2008; ALBUQUERQUE, P., *Direitos Reais. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*, Coimbra (Almedina), 2009, 164-166.

6 É o juízo de PAULO MERÊA, M., «Esboço de uma história da Faculdade de Direito (2.º período: 1865-1902)», *BFD* 29, 1953, 23-197, *BFD* 30, 1954, 142-168 e *BFD* 31, 1955, 72-95, recolhido em *Estudos de História do Ensino Jurídico em Portugal (1772-1902)*, Lisboa (INCM), 2005, 177-337, 247, n. 489.

7 Ver MENEZES CORDEIRO, A., *Da boa fé no direito civil*, Coimbra (Almedina), 1997 (1984), 25-26 e «O sistema lusófono de Direito», *ROA* 70, 2010, 17-119, 70-72.

8 «Storiografia e critica del sistema pandettistico», *QF* 8, 1979, 317-360, 348. Recorde-se o aforismo de D'ORS, A., *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano*, Salamanca, 1943, 13: «donde el romanista antiguo se esforzaba en construir y en armonizar o romanista moderno destruye».

9 O que procurei fazer na minha dissertação de doutoramento, *Teoria geral do direito civil, cripto-justificações e performatividade da decisão jurídica. Historiografia jurídica e ciência do direito como invenção agonística de discursos (Para uma arqueologia do autor Guilherme Moreira)*, policopiada, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, inédita, cuja parte introdutória é aqui, com supressões, aditamentos e alterações, reaproveitada.

10 «Doutoramento “honoris causa”», cit., 407.

11 Como refere em «Evolução juscientífica e direitos reais», *ROA* 45, 1985, 1, 71-112, 77, a propósito do Código Civil de 1966, «o sentido profundo da codificação realizada visou consagrar na lei a recepção, operada pela doutrina portuguesa desde Moreira, do pensamento jurídico da pandectística, consagrado no Código Civil alemão de 1896».

mar por objecto da escrita da história do direito os discursos que Guilherme Moreira superou, o discurso que produziu, os discursos dos que seguiram Moreira e os discursos dos que dele se afastaram, ou seja, todos os discursos nos quais se tem consubstanciado a Teoria da civilística portuguesa contemporânea, aqui entendida, enquanto Ciência do Direito, como prática discursiva crítico-reflexiva¹² pré-ordenada à resolução fundamentada e justificável de casos concretos¹³.

II. OBJECTO: TEORIA E PRÁTICA DA CIVILÍSTICA CONTEMPORÂNEA

A civilística portuguesa contemporânea, na sequência do impacto da obra de Moreira, seu «patriarca»¹⁴, tem sido desenvolvida através de um historicamente situado e pluralisticamente protagonizado paradigma discursivo, o da teoria geral do direito civil, assente no uso correlacionado das expressões “direito subjectivo”, “relação/situação jurídica”, “norma” e “facto”.

Introduzido nos planos de estudo¹⁵, concretizado no ensino¹⁶, adoptado na

12 Leia-se, dotada de uma «reflexividade que compreenda no direito o que pressupõem e constitutivamente o determina na sua manifestação histórico-cultural e permita atingir desse modo a possibilidade de uma crítica revisão reconstituente» (CASTANHEIRA NEVES, A., *Teoria do direito. Lições Proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Coimbra (Universidade de Coimbra), 1998, 5-6).

13 Cfr., a título ilustrativo, TEIXEIRA DE SOUSA, M., «Aspectos Metodológicos e Didáticos no Direito Processual Civil», *RFDUL* 35, 1994, 337-438, 341; CARNEIRO DA FRADA, M., *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O método do caso*, Coimbra (Almedina), 2006, 141 e ss.; MOTA PINTO, P., *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, Coimbra (Coimbra Editora), 2008, 58-68 e MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil, I, Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo, Doutrina Geral*, 4.^a ed., Coimbra (Almedina), 2012, 45, 84, 113, 495, 501-502.

14 A expressão é de ALMEIDA COSTA, M., *História do Direito Português*, 4.^a ed. revista e actualizada com a colaboração de FIGUEIREDO MARCOS, R., 2009, 65. Surgia já na edição anterior, de 1999 (p. 57).

15 Reformas de 1913 (decreto n.º 118, de 4 de setembro), 1923 (decreto n.º 8578, de 8 de janeiro), 1928 (decreto n.º 16044, de 16 de outubro) e 1945 (decreto n.º 34850, de 21 de agosto) reordenando o ensino do direito civil em função da teoria geral e das quatro partes especiais. Ver MENEZES CORDEIRO, «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório», cit., 317.

16 Ver MENEZES CORDEIRO, «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório», cit. e CARVALHO, O., «A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites», *Revista de Direito e de Estudos Sociais* 16, 1969, 1-2, 55-101 e 3-4, 249-268, 253-256.

comissão revisora¹⁷ e consagrado no Código Civil de 1966¹⁸, nele se estrutura a teoria da decisão jurídico-civil em curso¹⁹ – tanto para os Autores que mantêm a defesa da teoria geral da relação jurídica, como para aqueles outros que, considerando superado o conceito de relação jurídica, optam, consequentemente, por um modo diverso de pensar e praticar a teoria geral do direito civil, mas mantendo o compromisso ontológico da teoria.

Logo, é a emergência e consagração de tal paradigma no ensino universitário, assim como a respectiva utilização nos actos normativos e nas decisões judicativas que constitui o horizonte da escrita da história do direito civil português contemporâneo.

Que tomará por mote a *teoria da teoria de uma prática e a teoria de uma prática* assim possibilitada pela *teoria*. Equacionando, por um lado, a teoria enquanto forma de olhar que permite constituir poeticamente a teoria da prática assim ordenada e, discutindo, por outro, de forma necessariamente entrecidada com a primeira, a teoria enquanto específico «discurso sistemático (um sistema) de enunciados racionais de universalidade explicativa»²⁰, *i.e.*, a

17 Ver VAZ SERRA, A., «A revisão geral do Código Civil. Alguns factos e comentários», *BMJ* 2, 1947, 24-76, 32, 34 e 39.

18 Sobre a preparação do Código Civil ver, entre tantos, e com perspectivas diversas, ANTUNES VARELA, J., «A elaboração do código civil», *A feitura das leis*, I, Oeiras (Instituto Nacional de Administração), 1986, 19-36. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, cit., 238-242 e *Tratado de Direito Civil VI, Direito das Obrigações: Introdução. Sistemas e Direito Europeu. Dogmática geral*, 2.^a ed, Coimbra (Almedina), 2012, 189-199 e, mais recentemente, GUICHARD, R., «A elaboração do Código Civil de 1966. Sua génese, sistematização e técnica legislativa, em especial, a adoção de uma parte geral», em VAZ DE SEQUEIRA, E., / OLIVEIRA E SÁ, F., (coord.), *Edição comemorativa do centenário do Código Civil*, Lisboa (Universidade Católica Editora), 2017, 69-110. Para uma preocupação mais historiográfica ver JOSÉ VELOZO, F., «Orientações filosóficas do Código de 1867 e do futuro Código», *Scientia Iuridica* 16, 1967, 154-235 e CORREIA DE MENDONÇA, L., «As origens do Código Civil de 1966: esboço para uma contribuição», *Análise Social* 18, 1982, 829-867. Ver tb. os documentos oficiais publicados em «Subsídios para a história da revisão dos Códigos Civil e de Processo Civil», *BMJ* 45, 1954, 27-36 e o catálogo dos trabalhos preparatórios em *Código Civil Português. Exposição Documental*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966.

19 Sobre a Teoria Geral do Direito Civil como modelo de pensamento jurídico orientado para a resolução de casos concretos, MENEZES CORDEIRO, A., «Teoria geral do direito civil. Relatório», 195-196. Ver, do mesmo Autor, agora a propósito de uma similar função de uma teoria geral de Direitos Reais, «Evolução juscientífica e direitos reais», cit., 95.

20 É a noção proposta por CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do direito*, cit, 5-6, ensaiando uma noção conforme a uma discussão epistemológica em que sobressaem POPPER e HABER-

teoria através da qual se pretende ordenar uma prática, a decisão judicativa²¹, dotando-a de cientificidade²², tomando-a por fundamentada, não arbitrária e legítima²³, e que pode assim ser vista como *teoria de uma prática*²⁴.

E porque esta, justamente por se tratar de uma teoria pré-ordenada à prática, de uma teoria de uma prática, de uma teoria sobre a qual se pode dizer, recuperando o discurso kantiano, aqui convocado recordando tratar-se de um aspecto particularmente salientado por SAVIGNY na abertura do seu tratado de direito romano actual²⁵, emergir como «agregado de regras práticas»²⁶ – cuja re-

MAS, mas também PEIRCE e em que está ainda presente a imposição kantiana. Sobre a função legitimadora da teoria ver o que escreve em «A imagem do homem no universo prático», *Digesta*, 1, Coimbra (Coimbra Editora), 1995, 311-336, 311-312.

21 CASTANHEIRA NEVES, A., *Metodologia Jurídica*, Coimbra (Coimbra Editora), 1993, 28-33; JOSÉ BRONZE, F., «Um exercício metodológico polarizado no juízo-julgamento (Algumas questões pressupostas)», em AA. VV., *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*, Coimbra (Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 2016, 9-27.

22 Isto, justamente na medida em que for forjada na teoria. Afinal, como refere KANT, «Sobre a expressão corrente: isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática», em Id., *A paz perpétua e outros opúsculos*, Lisboa (Edições 70), 1988, trad. de Artur Morão, 57-102, 59, «o valor da prática se funda inteiramente na sua conformidade com a teoria que lhe está subjacente».

23 Veja-se, por exemplo, MENEZES CORDEIRO, A., «Evolução juscientífica e direitos reais», cit., 110-112. Também em *Tratado do direito civil*, I, cit., 407-409, distingue, associando, legitimidade e justeza da decisão. Num passo paralelo (p. 779) refere que «a norma injusta é aquela que se oponha ao sistema, no seu conjunto». Confronte-se com a perspectiva de COSTA E SILVA, P., «Injustiça intolerável e ruptura do caso julgado», em *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, II, Coimbra (Coimbra Editora), 2011, 741-781, 780-781: «se o princípio deve ser o da intangibilidade do caso julgado, a reapreciação da situação da vida por ele regulada há-de ser permitida quando este mesmo caso julgado entre em ruptura com o núcleo da justiça, ou recorrendo a uma expressão já generalizada, quando a decisão seja intoleravelmente injusta».

24 Expressão utilizada por CASTANHEIRA NEVES, A., *Questão-de-facto–Questão-de-direito ou O problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, I, A crise, Coimbra (Almedina), 1967, 910 (n. 93 iniciada na p. 908).

25 Veja-se o prefácio do Autor em SAVIGNY, F., *Sistema del diritto romano attuale. Traduzione dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja, Volume Primo*, Torino (Unione Tipografico-Editrice), 1886, pp. 9-11. Correspondem às pp. XXI-XXIII da edição original alemã. Ver, sobre estas passagens, ORESTANO, R., «Edificazione e conoscenza del 'giuridico' in Savigny. Tre motivi di riflessione», em *Quaderni Fiorentini* 9, 1980, 21-68.

26 IMMANUEL KANT, *Theorie und Praxis*, apud BARATA-MOURA, J., «A «práxis» para

levância é afinal a que resultar de possibilitar efectivamente a prática para que é pensada – é também a utilização da teoria que está em jogo na escrita da história do direito contemporâneo, tendo bem presente, para o efeito, que, por ser teoria pré-ordenada à prática, os usos em que se consubstancia como execução integram-se ineliminavelmente no horizonte prático, o da acção livre e contingente²⁷.

Teoria e prática, teoria de uma prática, prática de uma teoria²⁸: eis o campo em que actuam os juristas²⁹. Eis o campo em se enreda a escrita da história do direito, também o civil.

A escrita da história do direito civil português e da civilística que o conforma – gizada, seguindo RUY DE ALBUQUERQUE, como forma de atender ao que há de específico e epocal no jurídico, tendo presente a advertência exortativa de Walter Benjamin³⁰ relativa à urgência de recuperar, nas experiências passa-

Kant”, em Id., *O outro Kant*, Lisboa, 2007, 43-93, 63: «Chama-se então, a um próprio agregado [Inbegriff] de regras práticas teoria, quando essas regras, como princípios, são pensadas numa certa universalidade e, além disso, se abstrai de um conjunto de condições que, todavia, têm necessariamente influência sobre o seu exercício [Ausübung]. Inversamente, chama-se práxis, não a toda a ocupação [Hantierung], mas apenas àquela efectuação [Bewirkung] de uma finalidade [Zweck] que é pensada como execução [Befolgung] de certos princípios do proceder [Verfahren] representados no universal [im allgemeinen]».

27 A caracterização do horizonte prático feita no texto vale tanto no contexto da concepção aristotélica – Ver BARATA-MOURA, J., «O conceito de praxis em Aristóteles», em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Coimbra (Coimbra Editora), 2010, 251-274 e CASTRO CAEIRO, A., «Introdução», em ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, tradução, introdução e notas de ANTÓNIO CASTRO CAEIRO, 2.^a ed., Lisboa (Quetzal), 2006, nn. 33 e 40. e introdução – como para a orientação kantiana – ver BARATA-MOURA, J., «A “práxis” para Kant», em Id., *O outro Kant* cit., 50-66.

28 Recorde-se RIGHTER, W., *The Myth of Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, 2: «The notion of ‘practice’ itself has its theoretical cutting edge, which may be hidden for tactical purposes, or merely ignored, but awkwardly rediscovered as a range of implications». Como salienta DWORKIN, R., «In Praise of Theory», em Id., *Justice in Robes*, Cambridge (The Belknap Press), 2006, 49-74, todas as práticas jurídicas são enviesadas por teorias. POCOCK, J., *Political Thought and History. Essays on Theory and Method*, Cambridge (CUP), 2009, 87, recorda não ser possível pensar uma prática sem propor uma teoria.

29 JOSÉ DE SOUSA E BRITO, «O que é o direito para o jurista?», em *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Coimbra (Almedina), 2012, 27-56, 28: «um conceito de uma prática, no sentido de uma parte da praxis ou prática geral do agir humano, como é o direito, que não parta do modo como ela é pensada por aqueles que a praticam – e são os juristas que têm a função específica de pensar por dentro a prática do direito – é certamente um mau conceito».

30 Ver BENJAMIN, W., *O anjo da história*, Lisboa, Assírio & Alvim, 2010 (tradução e

das, o singular e irrepitível, e assumida a empatia com o estilo florentino de praticar a historiografia jurídica³¹, isto é, como modo privilegiado de acesso ao fenómeno jurídico – suscita dois conjuntos autonomizáveis de questões, resultantes, afinal, de dois modos diversos ainda que correlacionados de a equacionar, ambos possibilitados pela marca da ineliminável historicidade da teoria que anima a ciência do direito civil, atendendo um ao modo como foi forjada e o outro à específica função discursiva para que foi pensada.

Constitui o primeiro a dimensão historiográfico-classificativa da História do Direito Civil. O segundo dá lugar à dimensão heurístico-judicativa da História do Direito Civil. Menosprezar o segundo é, julga-se, a razão maior da habitual indiferença que a generalidade dos juristas reserva para os estudos histórico-jurídicos.

III. A DIMENSÃO HISTORIOGRÁFICO-CLASSIFICATIVA DA HISTÓRIA DO DIREITO CIVIL

No primeiro feixe temático, justamente o que resulta de, devido a estudos pormenorizados relativos à história das diferentes disciplinas em que o ensino do direito civil foi sendo declinado em Portugal³², ser possível situar a génese de tais usos no magistério de Guilherme Moreira, importa, tomando a

notas de JOÃO BARRENTO), 13-14. CHAVES, E., «O “silêncio trágico”: Walter Benjamin entre Franz Rosenzweig e Friedrich Nietzsche», em *PHILOSOPHICA* 46, 2015, 67-78, explora a influência de Franz Rosenzweig na afirmação do *carácter essencialmente grego* da tragédia defendido por Benjamin, referindo a esse propósito a relevância atribuída por Rosenzweig ao que é singular. Assim, por «combater qualquer aspiração a uma visão sistemática do mundo fundada no uso da razão autónoma, a qual estaria na origem do espírito do idealismo e do classicismo alemães representados, segundo ele, por Goethe e Hegel[,] ao “sistema”, Rosenzweig opõe a “revelação”, à “evidência filosófica do sistema”, outra “evidência”, a da “existência pessoal do homem”». E, «combatendo o que chama de “visão idealista do mundo”, onde o “singular” (das Besondere) e o “fenómeno” (die Erscheinung) são sacrificados no “conceito de unidade do todo” (der Begriff der Einheit des Alls), Rosenzweig buscava “um novo pensamento”, uma “nova forma de pensar”, cujo modelo principal será, ele mesmo diz, Nietzsche».

31 A expressão é utilizada por ÁLVAREZ ALONSO, C., «Pietro Costa o la coherencia sostenida», introdução a COSTA, P., *Ciudadanía*, Madrid (Marcial Pons), 2006, trad., 9-31.

32 MENEZES CORDEIRO, A., “Teoria geral do direito civil. Relatório”, cit.; MENEZES LEITÃO, L., *Direito das Obrigações. Relatório*, cit., sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino da Disciplina, Coimbra, Almedina, 2001; ALBERTO VIEIRA, J., *Direitos Reais. Perspectiva histórica* cit.; ALBUQUERQUE, *Direitos Reais. Relatório*, cit., 2009.

sério a historicidade de qualquer prática discursiva, enfrentar o que pode ser entrevisto como o problema historiográfico-classificativo da teoria geral do direito civil em Portugal.

Se o “direito civil português”, enquanto paradigma discursivo, é, afirmasse, o resultado da recepção da pandectística, iniciada, de modo determinante, por Guilherme Alves Moreira, ao reformar os métodos expositivos e os conteúdos tratados, assim superando os tradicionais procedimentos exegéticos através da adopção do sistema das pandectas tardo-oitocentistas, afirmação que aqui se subscreve sem reservas significativas, a escrita da história da civilística portuguesa depende, conseqüentemente, de uma análise aturada desse acontecimento, daquilo a que talvez se possa chamar o caso Guilherme Moreira.

Mais do que referir, ao estilo anuarista, sucessivas listas de professores, manuais e reformas legislativas, trata-se de ponderar o que, adoptando expressões do programa filosófico proposto por Michel Foucault, se pode designar por arqueologia³³ da actuação revolucionária³⁴ de Moreira, aqui considerado, também recorrendo ao instrumentário intelectual da análise de discursos forjado por Foucault³⁵, enquanto protagonista da função autor, «na

33 A perspectiva arqueológica, apresentada em *L'archéologie du savoir*, Éditions Gallimard, 1969 (utilizo *A arqueologia do saber*, Coimbra (Almedina), 2005, trad. do original francês, por Miguel Serras Pereira), é descrita por FOUCAULT – «Michel Foucault, Les Mots et les Choses», *Dits et écrits*, I, Paris (Gallimard), 1994, 526-527) – nos seguintes termos: «Par archéologie, je voudrais désigner non pas exactement une discipline, mais un domaine de recherche, qui serait le suivant. Dans une société, les connaissances, les idées philosophiques, les opinions de tous les jours, mais aussi les institutions, les pratiques commerciales et policières, les mœurs, tout renvoie à un certain savoir implicite propre à cette société. Ce savoir est profondément différent des connaissances que l'on peut trouver dans les livres scientifiques, les théories philosophiques, les justifications religieuses, mais c'est lui qui rend possible à un moment donné l'apparition d'une théorie, d'une opinion, d'une pratique. Ainsi, pour que s'ouvrent à la fin du XVIIe siècle les grands centres d'internement dans toute l'Europe, il a fallu un certain savoir de la folie opposée à la non-folie, de l'ordre et du désordre, et c'est ce savoir- là que j'ai voulu interroger, comme condition de possibilité des connaissances, des institutions et des pratiques».

34 Recordar-se a qualificação atribuída por ANTUNES VARELA, J., «Discurso proferido pelo Ministro da Justiça, Doutor João de Matos Antunes Varela», em *BFD* 37, 1961, 199-204, 203.

35 FOUCAULT, M., «O que é um autor?», em Id., *O que é um autor?*, Lisboa (Veja), 2009, 28-86, 46-57.

ruptura que instaura» e no «seu modo de ser singular»³⁶, *fundador de discursividade*³⁷ da teoria em curso, por, «além das suas obras, dos seus livros» ter «produzi[do] alguma coisa mais: a possibilidade e a regra de formação de outros textos»³⁸.

Com efeito, identificada uma transformação constitutiva de um novo paradigma, que surge como tal por força da aceitação que encontra e provoca no auditório em que se insere – Foucault fala a este respeito de *um processo de acontecimentalização*³⁹, através do qual se forma a *positividade de um sistema discursivo*⁴⁰ – torna-se possível – na perspectiva crítica, dir-se-á necessário – descobrir «as condições de admissibilidade de um sistema e seguir as linhas de rotura que lhe marcam a emergência»⁴¹. Mas, assim, também o que as conforma e afirma como saber e poder⁴².

36 FOUCAULT, M., «O que é um autor?», cit., 46.

37 FOUCAULT, M., «O que é um autor?», cit., 58-70.

38 FOUCAULT, M., «O que é um autor?», cit., 58. Função-autor e fundador de discursividade são expressões propostas por FOUCAULT. A sua adopção não implica a adesão a todas as propostas epistemológicas do Autor nesta matéria, nomeadamente a da irrelevância da autoria subjectiva nem a da efectiva distanciação entre fundadores de discursividades e fundadores de novos paradigmas científicos. Registem-se, aliás, as reservas deduzidas por SKINNER, Q., *Visões da Política. Questões Metodológicas*, trad. Lisboa (Difel), 2005, 165-168.

39 «O que é a crítica?», em Id., *O que é a crítica? seguido de A cultura de si*, Lisboa (Texto&Grafia), 2017, trad., 31-60.

40 *A arqueologia do saber*, cit., 171 e ss..

41 «O que é a crítica?», cit., 47.

42 «O que é a crítica?», 54-55. Isso implica um exercício genealógico paralelo: procurar a proveniência, não a origem (recorde-se a influência da distinção ancilar da *Genealogia da Moral* no seminal «Nietzche, la généalogie, l'histoire», *Dits et écrits*, II, Paris (Gallimard) 1994, 138 e ss.), do paradigma discursivo. MARCELO FONSECA, R., *Introdução teórica à história do direito*, Curitiba (Juruá), 2009, 116-148, procura ilustrar a relevância das ideias de Foucault para a historiografia jurídica, ensaiando, a partir das obras do Autor, uma análise da sua projecção no que poderia ser visto como uma história das múltiplas formas de exercício do poder. Não é esse o aspecto que aqui se procura invocar: releva, antes, a dimensão criticista, epistemológica, relativa aos modos de produção de significados enquanto olhares teóricos. Nessa medida, a descrição proposta por HACKER, P., «Analytical Philosophy: Beyond the Linguistic Turn and Back Again», em BEANEY, M., (Ed.), *The Analytic Turn: Analysis in Early Analytic Philosophy and Phenomenology*, New York (Routledge), 2006, 125-141, 130, para a orientação do segundo WITTGENSTEIN («He renounced any claims to penetrate appearances in order to disclose the logico-metaphysical forms of things, not because this is beyond the powers of philosophy, but because there is no such

Tudo isto a implicar, desde logo, assumir a índole poético-constitutiva do discurso de Moreira, enquanto operação⁴³, situada, mais do que num tempo, num contexto que é, simultaneamente, lugar de produção discursiva, fonte de instrumentos analíticos e parâmetro aferidor do resultado assim produzido. O horizonte arqueológico é, então, o da existência fenoménica, caracterizado pela historicidade que lhe é, mais do que imanente, inerente, não podendo ser reconduzido a uma objectividade ideal⁴⁴. A arqueologia visa, consequen-

thing to disclose. A proposition is fully analysed, he claimed (*The Big Typescript*, p. 417), when we have completely laid bare its ‘grammar’ (the sense-determining rules for its use) and present that grammar in the form of a perspicuous representation that will dissolve philosophical confusion», indicia maior similitude de propósitos.

43 No sentido que é atribuído à expressão por CERTEAU, M., *L’Écriture de l’histoire*, Paris (Gallimard), 1975, 63-65, a propósito da caracterização da historiografia, testemunho aqui convocado na medida em que permite aproximar discursos jurídico-dogmáticos e histórico-jurídicos.

44 Distancia-se, assim, do projecto hermenêutico tal como concebido por BETTI, na medida que este é apresentado como alicerçado na primazia da relação entre o espírito do sujeito que conhece e a objectividade ideal conformativa do acesso à experiência (*Teoria generale della interpretazione*, I, 1990, Milano (Giuffrè), 1995, 1 e 5). Consequentemente, a expressão *condições de possibilidade* diversas vezes utilizada ao longo do ensaio não pode ser associada à gramática kantiana, nomeadamente ao uso que dela é feito na *Crítica da Razão Pura*. No programa criticista, abrangendo as três críticas, a actividade reflexiva relativa às representações que efectuamos procura-se, recorda MARQUES, A., «A terceira crítica como culminação da filosofia transcendental kantiana», em KANT, I., *Crítica da Faculdade do Juízo*, trad., Lisboa (INCM), 26, «avaliar qual o lugar de origem das qualificações que damos ou recebemos dessas mesmas representações» Ora, «isso tem em Kant um sentido preciso, isto é, a faculdade ou faculdades do sujeito que estão em jogo na qualificação dessa representação». Diversamente, no contexto arqueológico proposto por FOUCAULT, o *lugar* em que nos situamos é exterior ao sujeito. O que não implica para o Autor, claro está, afastar liminarmente o criticismo kantiano, bem pelo contrário, trata-se, afirma («O que é a crítica?», cit., 38), de percorrer uma via, a de uma «nova atitude crítica, atitude crítica em recuo relativamente ao Aufklärung e à qual Kant abriu a possibilidade». Por outro lado, as referências feitas a propósito de FOUCAULT permitem perceber que não há, na procura das condições de possibilidade da teoria em uso, qualquer limitação às «condições materiais cridas pela economia», de que fala PER MAZURECK, “Teoria(s) marxista e socialista do direito”, em KAUFMANN, A., e HASSEMER, W., (org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Lisboa (Fundação Calouste Gulbenkian), 2002, trad. do original alemão *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* por Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, com rev. científica e coord. de António Manuel Hespanha, 443-459, 445). Ver, aí (445-447), a referência à construção de PASCHUKANIS.

temente, a identificação das também elas fenoménicas condições de possibilidades de uma experiência⁴⁵. Na arqueologia jurídica, actividade porventura excessivamente ambiciosa⁴⁶, o alvo da análise é o processo de produção de conhecimento conformador da experiência jurídica⁴⁷. Nos seus múltiplos elementos, sublinhe-se. Como recorda MARTIM DE ALBUQUERQUE, importa, «relativamente a certa instituição ou a um concreto facto ou fenómeno histórico», procurar determinar «arranca[ndo] dos dados» a «medida e proporção» da influência condicionante «[d]o espiritual ou [d]o material», «do individual e do colectivo»⁴⁸.

Entretecida como uma arqueologia dos discursos de um Autor, Guilherme Alves Moreira, a investigação tem por objectivo historiográfico imediato identificar as condições de possibilidade das respectivas práticas discursivas, equacionando a razão de ser dos usos correlacionados das expressões “direito subjectivo”, “norma” e “facto” no âmbito dos discursos que consubstanciam a teoria da decisão jurídico-civil a que se entende dever reconduzir-se a teoria geral do direito civil.

Tal identificação permitirá também, simultaneamente, valorar de uma perspectiva de escrita da história jurídica criticamente orientada a medida em que aquilo que se afirma ser a recepção da pandectística – *rectius*, do

45 Recorde-se, a este respeito, a concepção wittgensteiniana de filosofia proposta por COTTINGHAM, J., e HACKER, P., “Preface”, em Id., (eds.), *Mind, method and morality: essays in honour of Anthony Kenny*, Oxford (Oxford University Press), 2010, xi: «a quest for a distinctive form of understanding. It is a quest for a general overview of the conceptual forms and structures in terms of which we articulate our knowledge of the world and of ourselves, of our reasoning concerning our goals and goal directed actions, and of our values».

46 Para as dificuldades inerentes a uma arqueologia jurídica ver COSTA, P., em recensão a STOLFI, E., *Il diritto, la geneologia, la storia. Itinerari*, Bologna, Il Mulino, 2010, em *QF* 41, 2012, 800-808, 801.

47 BORDIEU, P., «A identidade e a representação. Elementos para uma reflexão crítica sobre a ideia de região», em Id., *O Poder Simbólico*, Lisboa (Edições 70), 107-133, 108, recorda «àqueles que vissem neste projecto de tomar para objecto os instrumentos de construção do objecto, de fazer a história social das categorias de pensamento do mundo social, uma espécie de desvio perverso da intenção científica, poder-se-ia objectar que a certeza em nome da qual eles privilegiam o conhecimento da «realidade» em relação ao conhecimento dos instrumentos de conhecimento nunca é, indubitavelmente, tão pouco fundamentada como no caso de uma «realidade» que, sendo em primeiro lugar, representação, depende tão profundamente do conhecimento e do reconhecimento».

48 «História das instituições: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino», em *RFDUL* 25, 1984, 101-192, 175.

sistema expositivo pandectístico – é efectivamente o traço fulcral da obra de Moreira – um traço no qual se reconheceria afinal o próprio Autor⁴⁹ – ou sobretudo consequência – ainda que seguramente muito significativa para o que entre nós veio a ser o direito civil, *rectius*, a prática do direito civil enquanto teoria, nos últimos cem anos – do que foram as teorias enquanto olhares poéticos, «gramáticas da criação» na expressão de George Steiner, por aquele mais ou menos livre e conscientemente assumidas, nos vários e diferentes textos que produziu.

Em suma: trata-se de, entretecendo “saberes” da historiografia jurídica e da reflexão jusfilosófica⁵⁰, procurar reconstruir o horizonte teórico em que se desenvolveram as práticas discursivas de Guilherme Alves Moreira, analisando os elementos através dos quais, enquanto artefactos intelectuais, foram estruturadas⁵¹, e que constituem o «suporto conceptual do conceito»⁵², submetendo-os a «uma crítica epistemológica alicerçada na história social da sua génese e da sua utilização»⁵³. A desconstrução assim posta em prática⁵⁴ permitirá recuperar aspectos menos recordados, porque ausentes da

49 Recordem-se as preocupações metodológicas características das orientações historiográficas da corrente do contextualismo linguístico associado à escola de Cambridge protagonizado, com variações, por Autores como SKINNER, Q., *Visões da Política* cit., 145 e ss. e 179 e ss. e POCOCC, J., *Political Thought and History. Essays on Theory and Method*, Cambridge (CUP), 2009, 67-86. Ver, na jushistoriografia portuguesa, FILIPE DE AREDE NUNES, *Construção jurídica-política do estado social em Portugal durante o Estado Novo (1933-1974). Contributo para o estudo da história do pensamento político em Portugal*, Lisboa (AAFIDL), 2017, 31-42.

50 Assim, FARALLI, C., “La filosofia del diritto dei giuristi”, em FERRONATO, MARTA (a cura di), *Dal “jure naturae et gentium” di Samuel Pufendorf alla codificazione prussiana del 1794*, Padova (CEDAM), 2005, 1-6, 1, acolhendo ensinamentos do seu mestre, GUIDO FASSÒ.

51 ALBUQUERQUE, M., *Um percurso da construção ideológica do estado. A recepção lipsiana em Portugal: estoicismo e prudência política*, Lisboa (Quetzal), 2002, 20-24, salienta a importância de não ser reduzida a análise historiográfica aos elementos materiais, ao que foi feito, reforçando-a com a aproximação ao «processo mental do agir».

52 Utiliza-se a noção proposta por BARATA-MOURA, J., “A objectividade como categoria filosófica”, em *Philosophica* 1, 1993, 13-30, 15.

53 Recorre-se a uma expressão de BORDIEU, P., “A identidade e a Representação. Elementos para uma reflexão crítica sobre a ideia de região”, cit., 107.

54 Há, aqui, uma aproximação com a orientação proposta por DERRIDA, segundo o qual (*Deconstruction: A dialogue in Jerusalem*, 1986, apud LEVINSON, S., e MAILLOUX, S., “Preface”, em Id., *Interpreting law and literature. A hermeneutic reader*, Evanston (Northwestern University Press), 1991, ix-xiii, x): «deconstruction used as a French word, means not

memória colectiva civilística contemporânea⁵⁵, justamente na medida em que esta foi possibilitada pelo esquecimento da textura pluriestratificada daquele horizonte⁵⁶ e do respectivo contexto político-económico-social. Afinal, como sublinha Bourdieu, «a canonização pode implicar uma «eternização que des-historiza e desrealiza»⁵⁷. Ora, é no confronto com esse lugar para nós estranho que se cumpre a primeira finalidade da empresa jurishistoriográfica⁵⁸. Para a escrita da história do direito civil, será necessário fazê-lo, primeiro, a propósito de Moreira. Mas será imperioso fazê-lo igualmente a propósito dos discursos de outros, os que Moreira fez esquecer, os que o adoptaram como modelo, antes e depois de 1966, e ainda os que o têm superado.

IV. A DIMENSÃO HEURÍSTICO-JUDICATIVA DO ESTUDO HISTÓRICO DO DIREITO CIVIL

No segundo feixe temático, fruto da adopção de uma outra perspectiva para a análise, a que selecciona em tais usos a circunstância de darem forma

‘destroying’ but ‘undoing,’ while analyzing the different layers of a structure to know how it has been built. Everything which is not natural has a structure, and has been built; and deconstruction is, to some extent, a way of analyzing the structure. [...] Deconstruction [...] emphasizes the history of the construction and the different layers which have built this construction». Ver, em síntese, MANUEL HESPANHA, A., *O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2.ª ed., Coimbra (Almedina), 2009, 282-285.

55 VERA-CRUZ PINTO, E., «História do Direito, verdade jurídica e memória: para uma outra historiografia», em AA. VV., *Direito à Verdade, à Memória, ao Esquecimento*, Lisboa (AAF DL), 2018, 11-63, 49-50, recorda caber ao jurishistoriador «superar os passados de grupo», as narrativas dos vencedores, as memórias construídas, tarefa em que deve ter presente «os condicionalismos da sociologia do conhecimento»; afinal também aquelas memórias foram construídas no claustro universitário. Para uma cartografia das orientações seguidas, desde o século XIX, na circunscrição do tema da memória colectiva enquanto campo de reflexão da teoria da história e da teoria social ver, a título introdutório, SEPÚLVEDA DOS SANTOS, M., *Memória colectiva e teoria social*, Coimbra (Imprensa da Universidade de Coimbra), 2012.

56 O carácter poético do esquecimento, porque condição possibilitante da memória que vinga, é, em diálogo com NIETZSCHE, BARTHES e LYOTARD, um dos problemas presentes em TAMEN, M., *Maneiras de Interpretação. Os fins do argumento nos estudos literários*, Lisboa (INCM), Lisboa, 1993, 166-181.

57 BOURDIEU, P., *Meditações Pascalianas*, Oeiras (Celta), 1998, 71.

58 HALPÉRIN, J-L., “Quale scientia juris per la storia del diritto?”, em SORDI, B., (a cura di), *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, Milano (Giuffrè), 2013, 375-386, 386.

a uma específica teorização da resolução de casos, está em causa aquilo a que, no quadro das funções comumente atribuídas à Ciência do Direito⁵⁹, pode ser denominado de problema heurístico-judicativo da teoria geral do direito civil assim dando lugar à correspondente dimensão heurístico-judicativa da história do direito civil.

59 Para a compreensão do sentido de “Ciência do Direito” – expressão que pode ser tomada como sinónima de “dogmática jurídica”, se entendida como actividade e não numa outra acepção, a de um conjunto de enunciados a, afirma-se hoje (cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, M., «Da Crítica Dogmática à Dogmática Crítica», em *O Direito* 121, 1989, 729-739, 733-739; CASTANHEIRA NEVES, A., «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido», em *Digesta*, II, Coimbra (Coimbra Editora), 1995, 95-180, 145), valorar e utilizar problemática, crítica e zeteticamente e não axiomática e fechadamente, ver, por exemplo, VIEHWEG, T., «Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica», em *Id.*, *Topica y filosofía del derecho*, Barcelona (Gedisa), 1991, 15-28, trad. do original alemão «Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik», em *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luigi Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela, 1960, por JORGE M. SEÑA; CASTANHEIRA NEVES, A., *Questão-de-facto–Questão-de-direito*, cit., 25, n.14; *Id.*, «Método Jurídico», em *Digesta*, II, cit., 283-336, 287-289; BAPTISTA MACHADO, J., *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra (Almedina), 2002 (13.^a reimpressão), 359 e ss.; MENEZES CORDEIRO, A., *Da boa fé no direito civil*, cit., 30 ss.; JOSÉ BRONZE, F., *A metodonologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra (Coimbra Editora), 1994, 523-533, n. 1181 iniciada na p. 521 e *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a Ed., Coimbra (Coimbra Editora), 2006, 98-114 e 662 e ss.; KAUFMANN, A., «Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica», em KAUFMANN, A. e HASSEMER, W., (orgs.), *Introdução à filosofia do direito* cit., 25 e ss.; ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad., Madrid (Centro de Estudios Políticos e Constitucionales), 2007, 240 e ss.; CARNEIRO DA FRADA, M., *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra (Almedina), 2003, 27 e ss. e 37 e ss., n. 28; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contractual negativo* cit., 2008, 58-68; TEIXEIRA DE SOUSA, M., *Introdução ao direito*, Coimbra (Almedina), 2012, 25 e ss.; VERA-CRUZ PINTO, E., «Jurisprudencia versus Ciência do Direito. o fim da constitucionalização/codificação do direito é condição de sobrevivência do jurídico?», em *RFDUL* 54, 2013, n.ºs 1-2, 23-40 e LAMEGO, J., *Elementos de Metodologia Jurídica*, Coimbra (Almedina), 2016, 243-256. Em COSTA, P., «Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia», in *Quaderni Fiorentini*, 7, 1978, 311-393 são identificados vários dos limites de uma consideração a-histórica da dogmática jurídica. ALBUQUERQUE, R., «História do direito português. Relatório», cit., 119-123, recorda-nos que toda a dogmática é epocal. Para a história da utilização do conceito ver CORTESE, E., «Teoria generale e scienza del diritto (storia)», em *ED* 44, 1992, 135-162 e CAPPELLINI, P., «Teoria generale e scienza del diritto (teoria generale)», em *ED* 44, 1992, 162-181.

Trata-se agora de ponderar, de entre os planos essenciais em que, na tripartição sugerida por Robert Alexy, se consubstancia a dogmática jurídica, enquanto actividade da ciência jurídica, não tanto a «descrição do direito vigente» ou o da sua consideração «sistemático-conceitual», mas sobretudo o da «resolução adequada dos casos jurídicos concretos, nomeadamente através da elaboração de propostas de decisão argumentativamente fundamentadas em termos convincentes»⁶⁰, ou seja, justamente a dimensão da dogmática jurídica que permite, na comunidade, «a verificação racional das soluções encontradas e a sua crítica»⁶¹.

É aqui que se joga a valia heurístico-judicativa⁶² da teoria geral do direito civil enquanto dogmática, entendida esta como um conjunto de enunciados. Recorrendo ainda à construção de Robert Alexy, poder-se-á dizer que esta valia – a valia como teoria para a prática, de uma teoria que possibilita, orienta e justifica a prática por sua vez pensada como execução da teoria – está associada ao êxito com que a construção dogmática em uso desempenha as funções predicadas à dogmática jurídica: a função estabilizadora, a função desoneradora ou de simplificação, a função técnica, a função de controlo e a função heurística⁶³.

Não se trata aqui de ver se e em que medida a teoria é bem aplicada ou exercida, êxito para o qual seria sempre determinante a perícia do prático⁶⁴,

60 Cfr. *Teoría de la argumentación jurídica...*, 240-242. A orientação de ALEXY é desenvolvidamente tratada por JOSÉ BRONZE, F., *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*, 526-531, e CARNEIRO DA FRADA, M., *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 27 e ss. e 37 e ss., n. 28. Para outras arrumações das funções da dogmática jurídica ver BAPTISTA MACHADO, J., *Introdução ao Direito*, cit., 359, TEIXEIRA DE SOUSA, M., *Introdução ao Direito*, cit., 29, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “A unidade do sistema jurídico...”, cit., 172, n. 303 e COSTA GONÇALVES, D., “Dogmáticas de transição e o seu lugar na evolução dos sistemas”, em *Revista de Direito Civil*, 1, 2016, 153-181, 155, seguindo a perspectiva de THOMAS SCHLAPP, *Theorienstrukturen und Rechtsdogmatik*, 1989, 47. Em qualquer dos casos, assomam as dimensões constitutivas da Ciência do Direito.

61 MENEZES CORDEIRO, A., *Da boa fé no direito civil*, cit., 30 e MOTA PINTO, P., *Declaração tácita e comportamento concludente*, cit., 69

62 À luz dos ensinamentos de JOSÉ BRONZE, F., *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a Ed., Coimbra (Coimbra Editora), 98-114, faria sentido falar de problema dogmático-decisório.

63 Cfr. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., 246. A construção do Autor é dissecada em JOSÉ BRONZE, F., *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*, cit., 526-531 e CARNEIRO DA FRADA, M., *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 27 e ss. e 37 e ss. (n. 28).

64 Como sublinhava KANT, *Theorie und Praxis*, 275 apud BARATA-MOURA, J., «A “prá-

ou se há ou não lugar a essa utilização⁶⁵, mas antes em que medida a teoria conforma efectivamente a prática, se o pode fazer, se tem esse potencial. É o estudo histórico da ciência do direito civil, em larga medida associado a orientações sociológicas, nomeadamente as de Pierre Bourdieu⁶⁶, que permite equacionar o sentido e os limites dos usos da ciência do direito civil – tal como esta se apresenta enquanto rede de teorias – enquanto discurso legitimador das decisões judiciais⁶⁷.

Este o horizonte prático, o da aplicação dogmática quotidiana do paradigma, em que, sob a égide da reflexão sobre a chamada *realização do direito*⁶⁸, é possível equacionar a valia heurístico-judicativa da sua utilização como modelo de decisão⁶⁹. Surgem, nesse contexto histórico determinado, várias aspectos problemáticos.

Tenha-se presente, nomeadamente, a primazia do problema no discurso

xis” para Kant», cit., 66: «por mais completa [vollständig] que a teoria possa ser, salta à vista que, entre a teoria e a práxis, é requerido ainda um termo médio [ein Mittelglied] do enlaçamento [Verknüpfung] e da passagem [Übergang] de uma à outra; pois, ao conceito do entendimento [Verstandesbegriff], que contém a regra, tem de se acrescentar um acto [Actus] da faculdade de julgar [Urteilkraft], pelo qual o prático [der Praktiker, aquele que actua] distingue se é caso da regra ou não».

65 Como recorda BARATA-MOURA, J., «A “práxis” para Kant», cit. 64-65, o uso da teoria, ou seja, a passagem da teoria à prática implica sempre um juízo sobre a oportunidade de tal exercício: «é, assim, toda a problemática da faculdade de julgar (ou do juízo, Urteilkraft) que faz a sua fundamental irrupção pelo terreno da prática». O Autor cita, de seguida, a *Crítica da Faculdade de Juízo*: «faculdade de julgar [Urteilkraft] em geral é a capacidade [Vermögen, faculdade] de pensar o particular [das Besondere] como contido sob o universal [unter dem Allgemeinen]».

66 «A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico», em BOURDIEU, P., *O Poder Simbólico*, Lisboa (Edições 70), 2011, 217-267, trad. de «La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique», publicada em *Actes de la recherche en sciences sociales* 64, 1986, 1-24). Ver MANUEL HESPANHA, A., *O caleidoscópico do direito*, cit., 300-311.

67 Ver, quanto à dimensão legitimadora do discurso jurídico, MENEZES CORDEIRO, «Evolução juscientífica e direitos reais», cit., 110-112 e CLARA CALHEIROS, M., *Para uma teoria da prova*, Coimbra (Coimbra Editora), 2015, 169 e ss., em especial 194-198.

68 Tem-se aqui em mente os discursos, distintos, de António Castanheira Neves e de António Menezes Cordeiro. Veja-se também a reflexão de LIPARI, N., «I civilisti e la certezza del diritto», em ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano (Giuffrè), 2017, 155-189, 182-189.

69 Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, M., «Da Crítica Dogmática à Dogmática Crítica», cit., 738-739.

jurídico⁷⁰, a superação da teoria da subsunção⁷¹, a distinção entre enunciados normativos e normas⁷², a afirmação da inexistência de normas para além da actividade discursiva do intérprete⁷³, a percepção de «o sistema, como tal, supera[r] o somatório simples das normas que o originem»⁷⁴, a presença, nos diferentes discursos civilistas, de diversas concepções de *direito subjectivo*⁷⁵, o confronto, em tema de negócio jurídico, entre concepções voluntaristas e declaratistas, a ausência «nos factos isoladamente tomados, [de] um papel juridificador»⁷⁶ uma vez que «um facto é sempre algo de construído a partir da realidade através de um certo critério»⁷⁷, a consequente dimensão artificial

70 Ver BAPTISTA MACHADO, J., «O sistema científico e a teoria de Kelsen», em *RFDUL* 26, 1985, 11-45, 30 e ss. e ALBUQUERQUE, R., «Da compensabilidade dos créditos e débitos civis e comerciais dos bancos nacionalizados», em *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa (FDL), 1989, 151-280, 151-152.

71 Essencial o título I da tese de doutoramento de CASTANHEIRA NEVES, A., *Questão-de-facto–Questão-de-direito*, cit., 91-586. Ver tb. MENEZES CORDEIRO, A., “*Evolução juscientífica e direitos reais*”, cit., 80-89; SOUSA MENDES, P., *Causalidade complexa e prova penal*, Coimbra, Almedina, 2018, 23-24.

72 Ver DUARTE, D., *A norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra, Almedina, 2006, 64-75 e TEIXEIRA DE SOUSA, M., *Introdução ao Direito*, cit., 197-198 e 329-330.

73 OLIVEIRA ASCENSÃO, J., *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Coimbra (Almedina), 2006, 496 e *Introdução à Ciência do Direito*, Rio de Janeiro (Renovar), 2005, 480; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, I, cit., 407 e ss.; desenvolvidamente, GUASTINI, R., «Norma giuridica (tipi e classificazioni)», em *Digesto delle Discipline Privatistiche*, XII, Torino (UTET), 1995, 154-167.

74 MENEZES CORDEIRO, A., *Da boa fé no direito civil*, cit., 882.

75 Ver MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado*, I, cit., 880-881 e, desenvolvidamente, SANTOS JUNIOR, E., *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra (Almedina), 2003, 24-136. Assinale-se que a variação é uma novidade face à tradição romanista, consagrada por SAVIGNY. Ver, desenvolvidamente o estudo, fundamental a vários títulos, de GUZMAN BRITO, A., *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*, Madrid (Iustel), 2009.

76 MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de direito civil*, II, 67.

77 TEIXEIRA DE SOUSA, M., *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lisboa (Lex), 1995, 122: Note-se ainda esta afirmação: «a causa de pedir coincide necessariamente com um facto jurídico (cfr. Art.º 498.º, n.º 4), isto é, com um facto juridicamente qualificado: por meio de um critério natural, delimitam-se os factos naturais; através dos elementos da previsão das normas jurídicas definem-se os factos jurídicos». Note-se que esta última afirmação pode ser contraposta à distinção entre factos brutos e factos institucionais e ao modo como diferentes descrições podem criar diferentes factos. Recorde-se,

dos factos pretensamente constitutivos, modificativos e extintivos⁷⁸, a complexidade da prova de estados subjectivos⁷⁹.

Aspectos que tornam patente a dispersão denotativa⁸⁰ inerente às expressões estruturantes da teoria e, dada a dimensão hipostasiante⁸¹ e apofântico-representacionista dos discursos – conhecem-se normas, direitos e factos –, a potencial debilidade do que, no âmbito da filosofia das ciências, na esteira de QUINE, se pode chamar o compromisso ontológico da teoria⁸². Com efeito: «Os objectos com os quais uma teoria está ontologicamente comprometida são precisamente aqueles objectos cuja existência é assumida, de forma explícita

aliás, que a previsão da norma é habitualmente descrita como uma descrição de factos. É ainda necessário considerar a distinção entre afirmações de factos e factos referida por TEIXEIRA DE SOUSA, M., *O objecto da sentença e o caso julgado material*, 29, n. 125.

78 A frase resultante do uso das expressões “factos” “constitutivos” de “direitos” de “crédito”, é uma frase de compreensão aparentemente imediata. Tal imediatez esconde, todavia, uma característica comum às quatro palavras grafadas entre aspas: o seu uso é equívoco. Os “factos” aí qualificados como “constitutivos” de “direitos” de “crédito” nem são, previamente a um juízo atributivo de sentido a determinado fragmento da realidade, isoláveis ou independentes de tal juízo, nem constituem de modo automático ou causal qualquer outra realidade tangível ou perceptível antes de um outro juízo.

79 TRINDADE, C., *A prova de estados subjetivos no processo civil. Presunções judiciais e regras de experiência*, Coimbra, Almedina, 2016.

80 Como refere SANTIAGO NINO, C., *Introducción al Análisis del Derecho*, Barcelona (Ariel), 1997, 252, «a dispersão denotativa de um conceito é a que se verifica quando o mesmo representa coisas que não têm homogeneidade ou unidade entre si». Vale a respeito de todos os conceitos estruturantes da teoria o que escreve DUARTE, D., *A norma de legalidade. A norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra (Almedina), 2006, cit., 57, n. 5, sobre a expressão fonte de direito: «A dispersão denotativa não é, no entanto, e por si, um mal linguístico com o qual não se possa viver: o que há de grave nas consequências desse diagnóstico, para o presente caso, é que ele incide sobre uma das noções mais básicas da teoria do direito, onde a confusão linguística é totalmente dispensável».

81 Sobre esta característica do discurso jurídico associado à Teoria Geral do Direito, segue-se o magistério de ORESTANO, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, 3.^a ed., Bologna (Il Mulino), 1987, 241 e ss.

82 Para uma introdução à tese de QUINE e à sua discussão e crítica ver DURANDE, D., “Compromisso Ontológico”, em BRANQUINHO, J., e SANTOS, R., (ed.), *Compêndio em Linha de Problemas de Filosofia Analítica*, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2015, disponível online em <http://compendioemlinha.letras.ulisboa.pt..> As consequências da inexistência de uma destas categorias podem ser associadas ao efeito da irrelevância ou insuficiência ou impertinência dos enunciados constitutivos de uma dogmática.

ou implícita, pela teoria; tais objectos formam a ontologia (ou melhor, uma das ontologias) da teoria: um conjunto de entidades a inexistência das quais teria como consequência a falsidade da teoria»⁸³. Estão aqui em causa, percebe-se, as dificuldades epistemo-ontológicas de um *platonismo de regras*⁸⁴, um *platonismo de situações*⁸⁵ e um *platonismo de factos*⁸⁶.

A escrita da história do direito civil permitirá, assim, ponderar, em face do estado de refracção identificado, em que medida o que se diz ser uma teoria é, não tanto uma teoria una, mas uma teoria ainda. Trata-se de equacionar se, em face da fragmentação identificada – que é afinal multiplicação de olhares teóricos criadores de diferentes práticas –, a teoria, enquanto teoria da prática, possibilita efectivamente a prática da teoria, isto é, a sua execução enquanto poética judicativo-decisória. Ou, bem diversamente, como parece resultar das reflexões aludidas, a referência à sua utilização não é mais do que uma alusão a um cripto-argumento⁸⁷, presente na justificação mas ausente da *inventio*, da descoberta da decisão⁸⁸.

83 Na síntese de BRANQUINHO, J., “Compromisso Ontológico” em BRANQUINHO, J., e MURCHO, D., *Enciclopédia de Termos Lógico-Filosóficos*, Lisboa (Presença), 2004. O Autor recorda, a propósito, que, «no sentido quineano do termo, uma teoria acerca de um determinado segmento da realidade ou da experiência é simplesmente uma colecção consistente de crenças ou afirmações, expressas numa determinada linguagem, acerca do segmento em questão; e uma teoria será verdadeira se todas as crenças que a compõem, e logo todas as consequências lógicas dessas crenças, forem de facto verdadeiras». Para uma introdução à discussão filosófica sobre o conceito de existência ver JOÃO BRANQUINHO, “Existência”, em BRANQUINHO, J., e SANTOS, R., (ed.), *Compêndio em Linha de Problemas de Filosofia Analítica*, cit..

84 Ver CASTANHEIRA NEVES, A., *Metodologia Jurídica*, cit., 19 («as prescrições jurídicas seriam, por um lado, entidades auto-significantes ou conteriam como que num «em si» a sua significação [...] e, por outro lado, pré-determinariam a sua própria aplicação, de modo que essa significação seria condição suficiente para a aplicação») e 127 e ss..

85 Ver MÚRIAS, P., *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa (Lex), 2000, 83: este platonismo, que entende estar «enraizado» na cultura jurídica, «coisifica» as situações jurídicas. O Autor considera estas preocupações próximas das de MOTA PINTO, C., *Cessão da posição contratual*, Coimbra (Almedina), 1982 (1970), 32-37.

86 Ver AROSO LINHARES, J., *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença (imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso)*, Coimbra (Coimbra Editora), 2001, 620 e ss..

87 MOTA PINTO, C., *Cessão da posição contratual*, cit., 23 e ss..

88 Segue-se, também aqui, o magistério de VERA-CRUZ PINTO, E., *Curso de Direito Romano*, I, Cascais (Principia), 2009, 120, n. 437, segundo o qual a «jurisromanística

Se, como refere MENEZES CORDEIRO⁸⁹, o Direito surge apenas na «verdadeira solução concreta», ter-se-á de reconhecer que conceitos e teorias que não integrem autenticamente a decisão-judicativa – mesmo que invocadas na sua fundamentação *a posteriori* – não podem ser consideradas conformadoras da prática judicativa, assim se desvelando como cripto-argumentos⁹⁰, enunciados linguísticos com que se pretende justificar *ex post* modelos de decisão constituídos *ex ante* através de outros lugares argumentativos⁹¹.

A relevância da problemática heurístico-judicativa da teoria geral do direito civil como feixe temático de uma história do direito civil poderá parecer inusitada. Poder-se-ia pensar, aliás, que o estudo seria considerado concluído logo que fossem investigadas, identificadas e compreendidas, nas suas múltiplas correlações e dimensões, as porventura autonomizáveis circunstâncias sociais, filosóficas e ou políticas que possibilitaram as sucessivas reinvenções do ciência do direito civil entre 1769/1772 e a actualidade, assim se tornando possível ajuizar, paralelamente, da exacta medida da tão propalada raiz romanística do direito civil português e da relação da experiência portuguesa com a de outras comunidades políticas soberanas.

A aprendizagem dos ensinamentos metodológicos de RUY DE ALBUQUERQUE tomados por mote da construção aqui apresentada, justifica que se tenha por equivocado tal entendimento. A prática da historiografia jurídica contemporânea criticamente orientada prossegue outros fins, não se reduzindo a uma tentativa de conhecer o passado, antes se projectando na discussão conformativa das teorias de decisão jurídica em jogo.

Proposta uma *razão de ser dos discursos adoptados nos sucessivos pe-*

não pode, na investigação para a docência, ignorar o binómio “contexto de descoberta/contexto de justificação”, elaborado no âmbito da filosofia das ciências». Sobre este, ver ECHEVERRÍA, J., *Introducción a la metodología de la ciencia. La filosofía de la ciencia en el siglo XX*, 2.^a ed., Madrid (Catedra), 2003, 38 e ss..

89 “*Evolução juscientífica e direitos reais*”, cit., 104.

90 Sobre isto ver também o que escreve BOURDIEU, “A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico”, cit., 235: «Dada a extraordinária elasticidade dos textos, que vão por vezes até à indeterminação ou ao equívoco, a operação hermenêutica de *declaratio* dispõe de uma imensa liberdade. Não é raro, decerto, que o direito, instrumento dócil, adaptável, flexível, polimorfo, seja de facto chamado a contribuir para racionalizar *ex post* decisões em que não teve qualquer participação».

91 Parafraseamos, a este respeito, o que CASTANHEIRA NEVES escreve no seu “Método jurídico”, p. 310, a propósito da diferença entre o método proposto e o praticado no seio do positivismo jurídico.

ríodos da história do direito civil, compreendida a respectiva historicidade, é possível ir mais além. É possível ponderar se o paradigma discursivo em análise é adequado enquanto modelo de decisão de problemas jurídicos ou, diversamente, pode, com vantagens, ser objecto de superação. Ou, inclusive, se não foi já superado, isto é, se, na prática, a teoria não será, afinal, uma outra. E, claro, indagar a razão de ser, as condições de possibilidade de assim ter sido.

A investigação histórico-jurídica é uma investigação do passado orientada para o presente. Por isso, e não obstante se afigure inevitável privilegiar a primeira das dimensões apresentadas, ambas as perspectivas de análise devem ser adoptadas de forma entrecruzada na escrita da história do direito civil contemporâneo. É, de resto, a segunda, enquanto manifestação maior da questão da fundamentação das decisões judiciais nos contemporâneos Estados de Direito, que deve ser tomada como interpelação para a primeira⁹². É por se reflectir sobre a valia de uma teoria que se procura proceder à respectiva arqueologia. Assim como à arqueologia da sua manutenção ou da sua superação.

Aliás, sem a segunda perspectiva, a primeira seria pouco relevante, se não mesmo impossível, porque não dotada de um ponto de fuga. A historiografia jurídica é para juristas, não apenas nem sobretudo por toda a história ser história do presente⁹³, mas por interessar a um jurista pensar o jurídico, não havendo aqui qualquer renúncia a uma perspectiva interna, que pretensa-

92 Assume-se, sem reservas, associar-se à escrita da história do direito civil o problema de *desenhar o presente*, a que se refere MANUEL HESPAÑA, A., “Governo da lei ou governo dos juízes? O primeiro século do supremo tribunal de justiça em Portugal”, em *Historia Constitucional* 12, 2011, 203-237, 204, a propósito de uma das motivações da indagação histórica: «Muito se exige por vezes da história, como se ela pudesse reproduzir objectivamente o passado, ou, ainda mais ratificar as políticas do presente, assegurar os projectos para o futuro ou, mesmo, evidenciar a natureza das nações, das instituições e dos homens. No entanto, a história é um saber frágil, sujeito aos enviesamentos dos nossos olhares, que quase só se voltam para o passado quando precisam de desenhar o presente».

93 Recordar-se a impositação de CROCE, B., *Teoria e storia della storiografia*, 3. ed., Napoli, 1927, 4, *apud* STOLFI, E., «Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi», em BRUTTI, M. / SOMMA, A., (eds.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*. Frankfurt am Main (Max Planck Institute for European Legal History), 2018, 551-574 (553, n. 12): «solo un interesse della vita presente ci può muovere a indagare un fatto passato; il quale, dunque, in quanto si unifica con un interesse della vita presente, non risponde a un interesse passato, ma presente».

mente separaria a história do direito, como a sociologia, ou até a filosofia, da ciência do direito⁹⁴.

Afinal, convirá ter bem presente que é no campo dos juristas que nos movemos. De resto, não se vê como se pode pensar a teoria do direito sem o recurso aos resultados da historiografia jurídica⁹⁵ nem se percebe como praticar historiografia jurídica sem ter presente a teoria do direito e a reflexão jusfilosófica⁹⁶. Não há, também no mundo do direito, teoria sem história, nem história sem teoria⁹⁷.

V. CONCLUSÃO

Não constituindo objectivo da historiografia jurídica antecipar a que civílistas prestará o futuro homenagem por ocasião de uma nova reforma do Código Civil⁹⁸ – como fez o passado a GUILHERME MOREIRA – sempre se dirá

94 É o critério generalizado, adoptado, por exemplo, por TEIXEIRA DE SOUSA, M., *Introdução ao Direito*, cit., 27, que aqui expressamente se rejeita.

95 Assume-se a lição de ALBUQUERQUE, R., / ALBUQUERQUE, M., *História do Direito Português*, 73, cit: «A visão histórica do direito suplanta mesmo qualquer outra na determinação do real — pois é a mais compreensiva. É ela que abarca o maior grau de juridicidade, a mais diversificada soma de aspectos, revelações, fenómenos e experiências desse fenómeno que é o *ius*. Ela é, numa palavra, o mais categorizado instrumento de conhecimento do direito».

96 VET MANTOVANI, D., «Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi», FERRARY, J-L., (a cura di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia, 2012, 707-767, 756: «Che influenze vi siano state, è inevitabile. È perché lo storico del diritto è implicato nel pensiero giuridico a lui contemporaneo che v'è sempre dell'implicito nel modo in cui ricostruisce il passato del diritto. Per liberare l'indagine storica da questo implicito, dalle precomprensioni, non è perciò sufficiente né la vigilanza della filologia (che pure è il primo e più efficace antidoto) né il dubbio radicale, ossia l'illusione di poter mettere in sospenso le concezioni di cui ciascuno è portatore. L'implicito è la storia: la storia collettiva che produce categorie di pensiero, e la storia individuale che determina l'adesione a queste categorie».

97 Elucidativos, os ensaios recolhidos em SORDI, B., (a cura di), *Storia e diritto*, cit., de CARONI, P., «Quando lo storico incrocia il vigentista», 367-374; HALPÉRIN, J-L., «Quale *scientia juris* per la storia del diritto?», 375-386; TROPER, M., «L'histoire du droit et la théorie générale du droit», 387-398 e RÜCKERT, J., «History of Law and Legal Science», 399-414. Particularmente crítico para os históricos do direito que se alheiam das questões de teoria do direito é o ensaio de HALPERIN.

98 Recorde-se a iniciativa governamental que, há mais de uma década, equacionou, junto das Faculdades de Direito de referência nacionais a necessidade e conveniência

que pode e deve assumir o papel de mapear caminhos e encruzilhadas. Sobre-tudo hoje, em tempos de véspera, num período pós-paradigmático, em que, como sublinha GUIDO ALPA a concluir a sua História do Direito Civil italiano, «il futuro del diritto civile si presenta dunque interessante e problematico: la consapevolezza della storia del diritto civile può dunque rafforzare la volontà e le speranze dei giuristi intenti a progettare il diritto postmoderno»⁹⁹.

Eis, propõe-se, o teor e o propósito da escrita da história (da ciência) do direito civil português contemporâneo.

VI. BIBLIOGRAFIA

- ALBERTO VIEIRA, J., *Direitos Reais*, Coimbra (Coimbra Editora), 2008
- *Direitos Reais. Perspectiva histórica do seu ensino em Portugal*, Lisboa, 2008
- ALBUQUERQUE, M., «História das instituições: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino», em *FDUL* 25, 1984, 101-192
- *Um percurso da construção ideológica do estado. A recepção lipsiana em Portugal: estoicismo e prudência política*, Lisboa (Quetzal), 2002
- ALBUQUERQUE, P., *A Representação Voluntária em Direito Civil (Ensaio de reconstrução dogmática)*, Coimbra (Almedina), 2004
- *Direitos Reais, Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*, Coimbra (Almedina), 2009
- ALBUQUERQUE, R., «Direito romano. Considerações sobre um livro de Moreira Alves», em *Scientia Iuridica*, 23, 130/131, 1974, 563-585
- «Doutoramento “honoris causa” do Prof. Alfonso Garcia-Gallo», 25 (1984), 403-415
- «História do direito português. Relatório», *RFDUL* 26, 1985, 105-256
- «Em prol do Direito Romano. À maneira de prefácio», *Estudos de Direito Romano, I*, Lisboa (AAFDL), 1989, 7-11
- «Da compensabilidade dos créditos e débitos civis e comerciais dos bancos nacionalizados», *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1989, 151-280
- «Apreciação crítica do relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino apresentado pelo Prof. Doutor António Santos Justo no concurso para professor agregado», em *RFDUL* 41, 1, 2000, 365-379

da reforma do Código: *Reforma do Direito Civil*, Coimbra (Almedina), 2005. Ver, com referências actualizadas, MENEZES CORDEIRO, *Tratado I*, 390-403. Para a delimitação dos contornos temáticos dos tópicos da codificação, descodificação e recodificação ver REIS MARQUES, M., «Considerações sobre a vigência do Código Civil», em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, II, *A parte geral do código civil e a teoria geral do direito civil*, Coimbra (Coimbra Editora), 2006, 89-102.

⁹⁹ *Diritto Civile Italiano. Due secoli di storia*, Bologna (Il mulino), 2018, 612.

- «Reflexões assistemáticas sobre a moderna romanística espanhola», em *RFDUL* 42, 2001, 1, 29-49
- «Direito de Juristas – Direito de Estado», em *RFDUL* 42, 2001, 2, 751-807
- ALBUQUERQUE, R. / ALBUQUERQUE, M., *História do Direito Português*, I, 11.ª ed., Sintra (Pedro Ferreira), 2005
- ALEXY, R., *A theory of constitutional rights*, Oxford (Oxford University Press), 2004, tradução do original alemão de Julian Rivers
- *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, tradução de Manuel Atienza, Isabel Espejo, Madrid (Centro de Estudios Políticos e Constitucionales), 2007
- ALMEIDA COSTA, M., *História do Direito Português*, 4.ª ed., Coimbra (Almedina), 2009
- ALPA, G., *Diritto Civile Italiano. Due secoli di storia*, Bologna (Il mulino), 2018
- ÁLVAREZ ALONSO, C., «Pietro Costa o la coherencia sostenida», em COSTA, P., *Ciudadanía*, Madrid (Marcial Pons), 2006, 9-31
- ANTUNES VARELA, J., «Discurso proferido pelo Ministro da Justiça, Doutor João de Matos Antunes Varela», em *BFD* 37, 1961, 199-204
- «A elaboração do código civil», *A feitura das leis*, I, Oeiras (Instituto Nacional de Administração), 1986, 19-36
- ARAÚJO, A., «Moreira, Guilherme Alves (1861-1922)», em FERNANDA ROLLO, M., *Dicionário de história da I República e do republicanismo*, II, Lisboa (Assembleia da República), 2014, 1049-1050
- AROSO LINHARES, J., *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença (imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso)*, Coimbra (Coimbra Editora), 2001
- ASSUNÇÃO CRISTAS, M., *Transmissão contratual do Direito de Crédito. Do carácter real do direito de crédito*, Coimbra (Almedina), 2005
- BAPTISTA MACHADO, J., *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra (Almedina), 1983
- BARATA-MOURA, J., «A “práxis” para Kant», em *Id.*, *O outro Kant*, Lisboa (Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa), 2007, 43-93
- «O conceito de praxis em Aristóteles», em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Coimbra (Coimbra Editora), 2010, 251-274
- BENJAMIN, W., *O anjo da história*, Lisboa (Assírio & Alvim), 2010, tradução de João Barrento
- BOURDIEU, P., *Reflexões Pascalianas*, Oeiras (Celta), 1998
- «A identidade e a representação. Elementos para uma reflexão crítica sobre a ideia de região», em *Id.*, *O Poder Simbólico*, Lisboa (Edições 70), 2011, 107-133
- «A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico», em *Id.*, *O Poder Simbólico*, Lisboa (Edições 70), 2011, 217-267
- BRAGA DA CRUZ, G., *A Revista de Legislação e de Jurisprudência. Esboço da sua história*, I, Coimbra (Coimbra Editora), 1975
- BRANQUINHO, J., «Compromisso Ontológico», em BRANQUINHO, J. / MURCHO, D., *Enciclopédia de Termos Lógico-Filosóficos*, Lisboa, Gradiva, 2001

- «Existência», em BRANQUINHO, J. / SANTOS, R., (ed.), *Compêndio em Linha de Problemas de Filosofia Analítica* (Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa), 2015, disponível online em <http://compendioemlinha.lettras.ulisboa.pt>.
- BRUTTI, M., «Storiografia e critica del sistema pandettistico», *Quaderni Fiorentini* 8, 1979, 317-360.
- CASTRO CAEIRO, A., «Introdução», em ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, tradução, introdução e notas de ANTÓNIO CASTRO CAEIRO, 2.^a ed., Lisboa (Quetzal), 2006
- CAPPELLINI, P., «Teoria generale e scienza del diritto (teoria generale)», em *Enciclopedia del diritto* XLIV, 1992, 162-181
- CLARA CALHEIROS, M., *Para uma teoria da prova*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015
- CARNEIRO DA FRADA, M., *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra (Almedina), 2004
- *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O método do caso*, Coimbra (Almedina), 2006
- CARONI, P., *La solitudine de lo storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano (Giuffrè), 2009
- «Quando lo storico incrocia il vigentista», em Sordi, B., (a cura di), *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2013, 367-374
- CARVALHO, O., «A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites», em *Revista de Direito e de Estudos Sociais* XVI, 1969, 1-2, 55-101 e 3-4, 249-268
- *A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites*, 2.^a ed., Coimbra (Centelha), 1981
- CASTANHEIRA NEVES, A., *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou O problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, I, *A crise*, Coimbra (Almedina), 1967
- *Metodologia Jurídica*, Coimbra (Coimbra Editora), 1993
- «A imagem do homem no universo prático», em *Digesta. I, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra (Coimbra Editora), 1995, 311-336
- «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido», em *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, II, Coimbra (Coimbra Editora), 1995, 95-180
- «Método Jurídico», em *Digesta*, II, *cit.*, 283-336
- *Teoria do direito. Lições Proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Coimbra (Universidade de Coimbra), 1998
- CHAVES, E., «O “silêncio trágico”: Walter Benjamin entre Franz Rosenzweig e Friedrich Nietzsche», em *PHILOSOPHICA* 46 2015, 67-78
- CORREA DE MENDONÇA, L., «As origens do Código Civil de 1966: esboço para uma contribuição», *Análise Social* Vol. XVIII (3.^o-4.^o-5.^o), 1982 (n.^o 72-73-74), 829-867
- COSTA GONÇALVES, D., «Dogmáticas de transição e o seu lugar na evolução dos sistemas», em *Revista de Direito Civil* 1, 2016, 153-181
- COSTA, P., «Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia», em *Quaderni Fiorentini* 7, 1978, 311-393

- «Recensão a EMANUELE STOLFI, *Il diritto, la geneologia, la storia. Itinerari*, Bologna, Il Mulino, 2010», *Quaderni Fiorentini* 39, 2010, 800-808
- COSTA E SILVA, P., «Injustiça intolerável e ruptura do caso julgado», em *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, II, Coimbra (Coimbra Editora), 2011, 741-781
- COTTINGHAM, J. / HACKER, P., «Preface», em Id., (eds.), *Mind, method and morality: essays in honour of Anthony Kenny*, Oxford (Oxford University Press), 2010
- D'ORS, Á., *Pressupuestos críticos para el estudio del derecho romano*, Salamanca (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), 1943
- DUARTE, D., *A norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra (Almedina), 2006
- DURANDE, D., «Compromisso Ontológico», em BRANQUINHO., J / SANTOS, R. (ed.), *Compêndio em Linha de Problemas de Filosofia Analítica* (Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa), 2015
- DWORKIN, R., «In Praise of Theory», em Id., *Justice in Robes*, Cambridge (The Belknap Press), 2006, 49-74
- ECHEVERRÍA, J., *Introducción a la metodología de la ciencia. La filosofía de la ciencia en el siglo XX*, 2.^a ed., Madrid (Catedra), 2003
- ENNIO, E., «Teoria generale e scienza del diritto (storia)», em *ED*, XLIV, 1992, 135-162
- FOUCAULT, M., «Michel Foucault, Les Mots et les Choses», em *Dits et écrits*, I, Paris, (Gallimard), 1994, 3-4
- «Nietzsche, la généalogie, l'histoire», *Dits et écrits*, II, Paris (Gallimard), 1994, 134-156
- *A arqueologia do saber*, Coimbra (Almedina), 2005, tradução do original francês *L'archéologie du savoir* (Éditions Gallimard), 1969, de Miguel Serras Pereira
- *As palavras e as coisas*, Lisboa (Edições 70), 2005, tradução do original francês *Les mots et les choses* (Éditions Gallimard), de António Ramos Rosa
- *O que é um autor?*, Lisboa (Vega), 2009, tradução de António Fenando Cascais e Edmundo Cordeiro
- «O que é a crítica?», em Id., *O que é a crítica? seguido de A cultura de si*, Lisboa, (Texto&Grafia), 2017, tradução de Pedro Elói Duarte
- GUASTINI, R., «Norma giuridica (tipi e classificazioni)», em *Digesto delle Discipline Privatistiche XII*, Torino, UTET, 1995, 154-167
- GUICHARD, R., «A elaboração do Código Civil de 1966. Sua génese, sistematização e técnica legislativa, em especial, a adoção de uma parte geral», em VAZ DE SEQUEIRA, E. /
- GUZMÁN BRITO, A., *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*, Madrid (Iustel), 2009
- HACKER, P., «Hart's Philosophy of Law», em HACKER, P. / RAZ, J. (ed.), *Law, morality, society: essays in honour of H. L. A. Hart*, Oxford (Clarendon Press), 1977
- «Analytical Philosophy: Beyond the Linguistic Turn and Back Again», em BEANEY, M. (ed.), *The Analytic Turn: Analysis in Early Analytic Philosophy and Phenomenology*, New York, Routledge, 2006, 125-141

- HALPÉRIN, J., «Quale *scientia juris* per la storia del diritto?», em SORDI, B., (a cura di), *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, Milano (Giuffrè), 2013, 375-386
- JOSÉ BRONZE, F., *A metodonologia entre a semelhança e a diferença*, Coimbra (Coimbra Editora), 1991.
- «Um exercício metodonológico polarizado no juízo-julgamento (Algumas questões pressupponentes)», em AA. VV., *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, 9-27.
- *Lições de introdução ao direito*, 2.^a ed., Coimbra (Coimbra Editora), 2006
- JOSÉ VELOZO, F., «Orientações filosóficas do Código de 1867 e do futuro Código», *Scientia Iuridica* 16, 1967, 154-235
- KANT, I., «Sobre a expressão corrente: isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática», em Id., *A paz perpétua e outros opúsculos*, Lisboa (Edições 70), 1988, trad. de Artur Morão, 57-102
- KAUFMANN, A. / HASSEMER, W. (orgs.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Lisboa (Fundação Calouste Gulbenkian), 2002
- LAMEGO, J., *Elementos de Metodologia Jurídica*, Coimbra (Almedina), 2016
- LEVINSON, S. / MAILLOUX, S., *Interpreting law and literature. A hermeneutic reader*, Evanston, Northwestern University Press, 1991
- LIPARI, N., «I civilisti e la certezza del diritto», em Id., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano (Giuffrè), 2017, 155-189
- MANTOVANI, DARIO – “Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi”, em JEAN-LOUIS FERRARY (a cura di), *Leges publicae. La legge nell’esperienza giuridica romana* (Pavia), 2012, 707-767
- MANUEL HESPAÑA, A., *O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2.^a ed., Coimbra (Almedina), 2009
- «Governo da lei ou governo dos juizes? O primeiro século do supremo tribunal de justiça em Portugal», em *Historia Constitucional* 12, 2011, 203-237
- MARCELO FONSECA, R., *Introdução teórica à história do direito*, Curitiba (Juruá), 2009
- MARQUES, A., «A terceira crítica como culminação da filosofia transcendental kantiana», introdução a IMMANUEL KANT, *Crítica da faculdade do juízo*, tradução e notas de António Marques e Valério Rohden, Lisboa (INCM), 1992, 7-38
- MENEZES CORDEIRO, A., *Da boa fé no Direito civil*, Coimbra (Almedina), 1997 (1984)
- «Evolução juscientífica e direitos reais», *ROA* 45, 1985 1, 71-112
- «Teoria geral do direito civil. Relatório», *RFDUL* 29, 1988, 179-454
- «O sistema lusófono de Direito», *ROA* 70, I/IV, 2010, 17-119
- *Tratado de Direito Civil, I, Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo*, Doutrina Geral, 4.^a ed., Coimbra (Almedina), 2012
- «Métodos e conteúdos do ensino: cem anos de experiência», em MARTIM DE ALBUQUERQUE (dir.), *A Faculdade de Direito de Lisboa no seu centenário, I, A instituição*, Lisboa (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), 2013, 573-600

- *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4.^a ed., Coimbra, (Almedina), 2014
- MENEZES LEITÃO, L., *O Ensino do Direito das Obrigações. Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino da Disciplina*, Coimbra (Almedina), 2001
- MOTA PINTO, C., *Cessão da Posição Contratual Cessão da posição contratual*, Coimbra (Almedina), 1982
- MOTA PINTO, P., *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra (Almedina), 1995
- *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, Coimbra (Coimbra Editora), 2008
- MÚRIAS, P., *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa (Lex), 2000
- OLIVEIRA ASCENSÃO, J., *Introdução à Ciência do Direito*, Rio de Janeiro (Renovar), 2005
- *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Coimbra (Almedina), 2006
- OLIVEIRA E SÁ, F. (coord.), *Edição comemorativa do centenário do Código Civil*, Lisboa, (Universidade Católica Editora), 2017, 69-110
- ORESTANO, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna (Il Mulino), 1987
- PAULO MERÊA, MANUEL, «Esboço de uma história da Faculdade de Direito (2.º período: 1865-1902)», em *BFD* 29, 1953, 23-197, *BFD* 30, 1954, 142-168 e *BFD* 31, 1955, 72-95, recolhido em *Estudos de História do Ensino Jurídico em Portugal (1772-1902)*, Lisboa (INCM), 2005, 177-337
- POCOCK, J., *Political Thought and History. Essays on Theory and Method*, Cambridge (Cambridge University Press), 2009
- REIS MARQUES, M., «Considerações sobre a vigência do Código Civil», em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, II, *A parte geral do código civil e a teoria geral do direito civil*, Coimbra (Coimbra Editora), 2006, 89-102.
- RIGHTER, W., *The Myth of Theory*, Cambridge (Cambridge University Press), 1994
- RÜCKERT, J., «History of Law and Legal Science», em SORDI, B., (a cura di), cit., 399-414
- SANTOS JÚNIOR, E., *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra (Almedina), 2003
- SAVIGNY, F., *Sistema del diritto romano attuale. Traduzione dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja, Volume Primo*, Torino (UTE), 1886
- SEPÚLVEDA DOS SANTOS, M., *Memória colectiva e teoria social*, Coimbra (Imprensa da Universidade de Coimbra), 2012
- SANTIAGO NINO, C., *Introducción al Análisis del Derecho*, Barcelona (Ariel), 1997
- SILVA SANTOS, J., «As Represálias. Vivência inaugural de “experiência jurídica” de Ruy de Albuquerque», *Interpretatio Prudentium* 4, 2019, 2, 357-380
- SKINNER, Q., *Visões da Política. Questões Metodológicas*, trad. Lisboa, Difel, 2005.
- SOUSA E BRITO, J., «O que é o direito para o jurista?», em *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Coimbra (Almedina), 2012, 27-56
- SOUSA MENDES, P., *Causalidade complexa e prova penal*, Coimbra (Almedina), 2018
- STOLFI, E., «Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi», em BRUTTI, M. / SOMMA, A. (eds.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi*

- per un binomio antico*, Frankfurt am Main (Max Planck Institute for European Legal History), 2018, 551-574
- TAMEN, M., *Maneiras de Interpretação. Os fins do argumento nos estudos literários*, Lisboa (INCM), 1993
- TEIXEIRA DE SOUSA, M., *O Objecto da sentença e o caso julgado material (Estudo sobre a funcionalidade processual)*, separata do *BMJ (Boletim do Ministério da Justiça)*, Lisboa, 1983
- «Da crítica da dogmática à dogmática crítica», em *O Direito* 121, 4, 1989, 729-739
 - *Introdução ao processo civil*, Lisboa (Lex), 1993
 - «Aspectos Metodológicos e Didáticos no Direito Processual Civil», em *RFDUL* 35, 1994, 337-437
 - *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lisboa (Lex), 1995
 - *Introdução ao Direito*, Coimbra (Almedina), 2012
- TRINDADE, C., *A prova de estados subjetivos no processo civil. Presunções judiciais e regras de experiência*, Coimbra (Almedina), 2016
- TROPER, M., «L'histoire du droit et la théorie générale du droit», em SORDI, B. (a cura di), *Storia e Diritto Esperienze a Confronto*, Milano (Giuffrè Editore), 2013, 387-398
- VAZ SERRA, A., «A revisão geral do Código Civil. Alguns factos e comentários», *BMJ* 2 1947, 24-76
- VERA-CRUZ PINTO, E., «Ruy de Albuquerque, Professor da Faculdade de Direito de Lisboa», em *Estudos em Honra do Prof. Doutor Ruy de Albuquerque*, Coimbra (Coimbra Editora), 2006, 897-943
- *Curso de Direito Romano*, I, Cascais (Principia), 2009
 - «“*Iurisprudentia*” versus “*Ciência do Direito*”. O fim da constitucionalização /codificação do direito é condição de sobrevivência do jurídico?», em *RFDUL* 54, 2013, 1-2, 23-40
 - «História do Direito, verdade jurídica e memória: para uma outra historiografia», em AA. VV., *Direito à Verdade, à Memória, ao Esquecimento*, Lisboa (AAF DL), 2018, 11-63
- VIEHWEG, T., «Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica», em *Id.*, *Topica y filosofía del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991, 15-28

THE DIMINISHED ADMINISTRATION
ABOUT THE SPANISH GOVERNMENT IN THE PHILIPPINES
DURING THE SECOND HALF OF THE 19TH CENTURY

M. Julia Solla Sastre¹

Abstract: In the mid 19th century, Spanish colonial policy evidenced the country's desire to rule the Philippines by applying an administrative logic projected directly from the Iberian Peninsula itself. However, the complexity that this implied due to the Philippines' geography, social order and multiplicity of languages underscored the mother country's incapacity to govern such distant and diverse lands as well as its inability to create a successful administrative structure with presence on the ground. The shortfalls of this minimal administration required collaboration from Filipinos who were seen as both necessary and dangerous for the mother country's interests, thus leading to a strategy based on the Iberian Peninsula's superiority over the Archipelago and its inhabitants: *belittling* them.

Key words: Colonial administration, colonialism, Spain, The Philippines, 19th century, civil servants.

Resumen: La política colonial española a mediados del siglo XIX reveló una voluntad de gobernar las islas Filipinas a través de una lógica administrativa proyectada desde la Península. Sin embargo, el desafío que supuso aquel escenario tan complejo por su geografía, orden social y multiplicidad de lenguas evidenció la incapacidad de la metrópoli para gobernar territorios tan distantes y diversos, así como su impotencia para articular un aparato administrativo con presencia sobre el terreno y exitoso. Las carencias de una administración que fue mínima obligaron a contar con la colaboración de nativos, que se entendieron a la vez necesarios y peligrosos para los intereses metropolitanos, con lo que se optó por una estrategia de superioridad peninsular sobre el Archipiélago y sus administrados: disminuirlos.

Palabras clave: Administración colonial, administración civil, España, siglo XIX, colonialismo, Filipinas.

1 The author is professor of Legal History at the School of Law of the Universidad Autónoma de Madrid (e-mail: mjulia.solla@uam.es). This article is included within the project, *Tradicón y constitución: problemas constituyentes de la España contemporánea* ("Tradition and Constitution: Constituent Problems in Contemporary Spain"), reference DER2014-56291-C3-1-P, and represents an extract from a much broader study undertaken by the author entitled, *El archipiélago de la administración diminuta o el extraño caso de los filipinillos* ("The Archipelago of Diminutive Administration or the Strange Case of the *Filipinillos*"), published in Jesús Vallejo, Sebastián Martín (Eds.), *En antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero*, ("In Antidora. An Homage to Bartolomé Clavero"), Pamplona, Thomson Reuters / Aranzadi, 2019, pp. 401-454. Said article includes all the references in which this one is based. This text only cites the sources of work expressly cited here.

I

Panecillo, caldillo, batilla, celdilla, piececilla, fondillo, pesillos, petaquilla, barquilla, puñadillo, trabajillo, cerquillo, banquillo, limoncillo, arillo, caracolillos, arbolillos, cordoncillo, paquetillo, florecilla, chorrillo, pueblecillo, junquillo, montecillo, pajarillo, fuentecilla, cajoncillo.

To these we can add a long list of other diminutives which were used in literature specifically describing the Philippines. When reading the latter, it might seem that everything on the Archipelago was very small and even minuscule compared to European equivalents. This contrasts especially to the Americas where, compared to all that European, everything (rivers, plains, mountains, distances, vegetation, buildings, distances, etc.) was large, expansive and even enormous.

The most common diminutive suffix that proliferated in Spanish referring to the Americas was {-ito}, but they were no place for diminutive things. In fact, the suffix {-ito} had consolidated itself long before to form new words more than as a means to modulate existing words. By contrast, the suffix {-illo} was widely used in the Philippines to this end.

The impact of using {-illo/s} and all its variants ({illa/s}, {-ecillo/s}, {-ecilla/s}) was already clear in 19th-century Spanish: the use of these suffixes implied a paternalistic, superior attitude and projected an infantile and inferior conception of the words to which they referred. In addition, at that point in time, this pejorative use of the suffix (which it did not always have previously) had consolidated itself.

Its use as a means to belittle people was reflected in a well-known passage by the erudite Philippine writer and national hero, José Rizal, in his famous novel, *Noli me tangere* ("Touch Me Not"). In the latter, he refers to one of the Spanish characters in the following terms:

He seemed inspired and expressed himself forcefully and clearly. He talked about sinners who don't confess, those who die in jails without holy sacrament, about cursed families, about proud and snobbish *mesticillos* ['little *mestizo*'], know-it-alls, *filosofillos* or *pilosopillos* ['little philosophers'], about *abogadillos* ['little lawyers'], *estudiantillos* ['little students'], etc. The habit many have when they want to ridicule their enemies is well-known: they add the suffix 'illo', because their brains don't seem to let them do anything else and they are quite satisfied with themselves.²

² Free translation from the original text in Spanish of RIZAL, J., *Noli me tangere* [Berlín, 1887], Manila, Instituto Nacional de Historia, 1978, pp. 174-175.

II

There is a subgroup of all the “{-illos}” which has always called my attention and which anyone who has worked with documentation in Spanish regarding the Philippines during the colonial era has come across. These diminutives included the following: *gobernadorcillo* (literally ‘little governor’), *abogadillo* (‘little lawyer’), *directorcillo* (‘little secretary’), *maestrillo* (‘little teacher’), *mediquillo* (‘little doctor’), *escribanillo* (‘little scribe’), *fiscalillo* (‘little parish priest’s secretary’), *porterillo* (little doorman), *escribientillo* (‘little clerk’) and *vacunadorcillo* (‘little vaccinator’).

All these diminutives shared some common traits: firstly, they all referred to Filipinos carrying out different functions in colonial society; secondly, the words became official as such, suffix included. That is, *gobernadorcillo*, *vacunadorcillo* and *directorcillo*, though including the diminutive suffix, did not work as diminutives *per se* but as *lexicalised* terms in and of themselves: they had become nouns with their own autonomous definition, and this was how these professions were officially referred to and in no other way. This is also how they were included in the Royal Spanish Academy dictionary and in official documentation during this period.

The phenomenon that interests me is precisely this *officialisation of the diminutive*. The question I have asked myself is if all these terms with the same structure and shared traits represented a group which, if true, I refer to as the *Filipinillos* (‘little Filipinos’).

III

In my view, these *Filipinillos* shared the following traits: First, they were native peoples who not only spoke their respective mother tongues but also had notions of Spanish. A key issue when colonising the Philippines from the outset was the vehicular language. On the one hand, Spaniards (colonists, officers, military, administrators...) in general terms never successfully spoke any of the languages found in the Archipelago, including the most commonly spoken one, Tagalog (there were very few Spaniards directly present in all the territory and the Spaniards that were in the Philippines were concentrated in Manila; thus, true miscegenation never occurred). On the other, religious orders monopolised Spanish colonisation and they attempted to convert local inhabitants in the respective native languages of their specific jurisdictions.

As a result and barring a few exceptions, Spaniards spoke very few of the local languages, and the indigenous peoples did not speak Spanish. In this context of thousands of islands and languages, local inhabitants who were capable of facilitating communication between colonisers and colonised were truly crucial even for ordinary procedures.

Second, *Filipinillos* all had training and knowledge or some type of authority though not full, but diminished. The use of the diminutive form indicated this. The *mediquillos*, *maestrillos* and *vacunadorcillos* did not have enough studies or the necessary degrees to be recognised as official professionals. Similarly, the *directorcillos*, *cabecillas* and *gubernadorcillos* did not have the sufficient authority to have full power, precisely because they were indigenous to the Philippines.

One paradigmatic case is that of the *mediquillos* who were persecuted practically throughout the entire 19th century for illegally practicing the medical profession, understanding that doctors could only legitimately practice their profession after obtaining the corresponding degree through official programmes (which did not exist in Manila until the Medical School was founded in 1870). However, the practice and reputation of some of these *mediquillos* were so vast and access to official programmes was so difficult and came about so late that, on occasion, governmental authorities granted degrees, certifications and licenses for some to exercise based on their consolidated practices.

Consequently, *Filipinillos*, had some education, albeit incomplete, or they had some authority but not full powers. That notwithstanding, they carried out their functions, held different positions and enjoyed, in this sense, official recognition by both Filipino and Peninsular Spaniards.

IV

Within this context, *Filipinillos* were constantly subject to the tension between their qualities and limits, and between their abilities and inabilities. The positive traits they possessed (knowing Spanish in addition to their own languages, having some education and authority) made them key to be able to carry out administrative functions in the Archipelago. Counting on them was fundamental given that the presence of Peninsulars was minimal, barely representative, and, consequently, the latter were completely incapable of directly governing the territory.

As such, these *maestrillos*, *mediquillos*, *vacunadorcillos*, *gubernadorcillos*, *directorcillos* and *escribanillos* not only carried out functions that served to plan and manage the population; they were a part of the administrative structure (whether “local”, “provincial” or “central”) on the islands. There are also some testimonies indicating that local inhabitants were well versed in administrative practices and customs while Peninsulars were not, despite the latter’s official degrees and studies:

In 1875, an advisor on the Philippines indicated that Filipinos “in many cases and though it might cause some embarrassment, provided more and better services than some of the officials sent from the Peninsula who had no idea whatsoever of what they had to deal with.”³

Referring to the administrative services provided in the Archipelago, in 1872, the Governing Council of the Philippines even maintained that “the children of the country” were the ones who best “maintained the true traditions of the offices” and not Peninsular Spaniards (with whom Filipinos had been replaced), who were “beardless children who only served as nuisances in those offices.”⁴

However, the characteristics which Spaniards perceived as disqualifying or shortfalls of *Filipinillos* (not being Peninsular Spaniards and not having full authority and training) were used as an argument to limit the local inhabitants’ presence, recognition and possible professional progress.

For example, this colonial discourse explained that the local population’s lack of degrees and official studies was not the result of structural problems but, rather, their own inabilities, negligence and indolence. *Filipinillos* were portrayed as lacking ambition, lazy and never finishing any project they undertook:

In general, the *indio* has the longing to start everything, though never completely finishing anything. Countless numbers study the first year of Law, but we can attest that very

3 Spanish National Historical Archive (hereinafter AHN, by its Spanish acronym), Ultramar, leg. 5314, exp. 17 (own translation).

4 *Moción del Consejo relativa al malestar que reina en las islas Filipinas, causas que lo producen y medios de combatirlo* (“Council motion regarding the malaise governing the Philippine Islands, the causes and measures to combat it”), from 1872 (AHN, Ultramar, leg. 5314, exp. 9). Free translation. That notwithstanding, we have to bear in mind that declarations such as this one were very few and far between, leading us to also conclude that the general idea Spaniards generally had regarding Filipino performance of their jobs was anything but noteworthy.

few are lawyers. When they have consumed though not digested one or two courses in the subject, they believe to have more than enough wisdom to work as *abogadillos* in a town or as professors of Latin.⁵

These locals, who were said to “barely know *musa-musae*”, were also seen as dangerous because they were swindlers, pretentious, schemers and troublemakers.⁶

To all of these adjectives, we would also have to add being seen as depraved and villainous, people who would abuse any position of authority they might have due to their selfishness and opportunism.

In effect, the strategy adopted by Peninsular Spaniards was as follows: create the image of untrusting and suspicious locals by virtue of being *Filipinillos*. The latter were, by instinct, indifferent to Spanish interests and rebellious towards Spaniards. The fundamental problem was precisely due to language: if they conspired in their own language, Spaniards unfamiliar with the tongue would be at a disadvantage and helpless.

Furthermore, *Filipinillos* were perceived as dangerous, conspirers and rebels by nature. And, as the century progressed, Spaniards justified these descriptions even more with uprisings such as the 1872 Cavite mutiny. For all these reasons, *Filipinillos* had to be kept from holding positions of power and responsibility at all cost.

V

Filipinillos consequently found themselves in the following dilemma: they were absolutely necessary and had to be included in the colonial apparatus, but Spaniards saw each and every one as suspicious; their presence and promotion within that same apparatus had to be limited.

Filipinillos were forced to live within this contradiction, confined as an invisible if not an inexistent social group. And, they could not escape from this contradiction, because they were and could only be *Filipinillos* until Spain lost the colony: until then, Spaniards would “have to make use of these small people”.⁷

5 RETANA, W. E., *Verdades dulces y amargas* (“Sweet and Bitter Truths”), in *Reformas y otros excesos* (“Reforms and Other Excesses”), Madrid, Librería de Fernando Fé, 1890, pp. 17-18.

6 *Ibid.*, p. 18.

7 BARRANTES, V., *Apuntes interesantes sobre las islas Filipinas que pueden ser*

BIBLIOGRAPHY AND BIBLIOGRAPHIC SOURCES

- BARRANTES, V., *Apuntes interesantes sobre las islas Filipinas que pueden ser útiles para hacer las reformas convenientes y productivas para el país y para la nación, escritos por un español de larga experiencia en el país y amante del progreso*, Madrid (Imprenta de El Pueblo), 1869
- RETANA, W. E., *Reformas y otros excesos*, Madrid (Librería de Fernando Fé), 1890
- RIZAL, J., *Noli me tangere* [Berlín, 1887], Manila (Instituto Nacional de Historia), 1978
- SOLLA SASTRE, M. J., “*El archipiélago de la administración diminuta o el extraño caso de los filipinillos*”, in Jesús Vallejo, Sebastián Martín (Eds.), *En antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero*, (“In Antidora. An Homage to Bartolomé Clavero”), Pamplona Thomson Reuters / Aranzadi, 2019, pp. 401-454

útiles para hacer las reformas convenientes y productivas para el país y para la nación, escritos por un español de larga experiencia en el país y amante del progreso (“Interesting notes on the Philippine Islands which may be useful to make the convenient and productive reforms for the country and nation, written by a Spaniard with long-standing experience in the country and a lover of progress”), Madrid, Imprenta de El Pueblo, 1869, p. 130 (own translation).

TRÊS FORMATOS JURÍDICOS E RELAÇÕES COLONIAIS CONFLITUOSAS NO NORTE DE MOÇAMBIQUE (1894-1940)

Fernanda do Nascimento Thomaz¹

Resumo: A proposta deste capítulo consiste em analisar a presença de três formatos jurídicos no norte de Moçambique, a partir das ações e reações dos africanos entre os anos de 1894 e 1940. Este foi um período de crescente presença do direito colonial português, cujo ímpeto era submeter às formas jurídicas já existentes naquela região. Somando-se a isso, havia os povos macuas e muanis que não somente portavam concepções e práticas de justiça específicas, como também reivindicavam a presença de um direito muçulmano pautado no Alcorão. As três formas jurídicas se entrecruzavam, se relacionavam e conflitavam em algum momento, gerando, ao mesmo tempo, um espaço de disputa e de relações baseadas em hierarquias de raça, gênero e até mesmo de religiosidade como parte do mecanismo de controle colonial.

Palavras-chave: Moçambique; colonialismo; sistemas jurídicos; conflito; raça; gênero.

Abstract: The proposal of this chapter is to analyze the presence of three legal formats in Northern Mozambique, based on the actions and reactions of Africans between the years 1894 and 1940. It was a period of increasing presence of Portuguese colonial law, whose impetus was to submit existing legal forms in that region. In addition, there were the Makwa and Mwanis who not only carried specific legal conceptions and practices, but also claimed the presence of a Muslim right based on the Koran. The three legal forms intertwined, related and conflicted at some point, generating, at the same time, a space of dispute and relationships based on hierarchies of race, gender and even religiosity as part of the colonial control mechanism.

Keywords: Mozambique; colonialism; legal systems; conflict; race; gender.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. CONTROLE COLONIAL E REARRANJOS DA ADMINISTRAÇÃO JUSTIÇA; III. DINÂMICAS CULTURAIS E PRÁTICAS JURÍDICAS LOCAIS; IV. DENTRO E FORA DAS POVOAÇÕES; V. CONCLUSÃO.

I. INTRODUÇÃO

O fim do século XIX foi marcado pelo processo de ocupação colonial europeia no continente africano. Em Moçambique, Portugal se debruçou so-

¹ Professora do Departamento de História da Universidade Federal de Juiz de Fora. A pesquisa, atualmente, faz parte do projeto internacional “Pluralismo Jurídico no Império Português”, financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal (PTDC/DIR-OUT/30873/2017).

bre este processo com o intuito de controlar territórios e pessoas na região. De acordo com o filósofo Valentim Mudimbe, naquela época havia uma nova configuração crescentemente instalada no continente africano, em que colonizadores europeus tentavam organizar áreas não europeias à imagem do velho continente.² Isso funcionou como uma espécie de ocidentalização e imposição das estruturas políticas e culturais europeias nas novas áreas colonizadas. Criaram-se Estados coloniais através de três métodos: exploração e distribuição de terras; política para dominar os africanos; e gerenciamento das instituições antigas para gerar novos meios de produção.

A implantação do sistema jurídico colonial, a partir do final do século XIX, foi um importante instrumento para alcançar esse objetivo e para submeter pessoas ao processo em curso. Leis foram criadas com base em uma perspectiva racista, retratando as pessoas negras e/ou africanas como primitivas, irracionais, preguiçosas e criminosas. Esse argumento justificava toda forma de violência e de uso da força sobre aqueles indivíduos. O formato jurídico dos europeus e suas leis foram enviados para as áreas coloniais como um prelúdio para a civilização, a modernização e a humanização. Essa estrutura colonial foi criada através dessas leis e, dessa forma, homens e mulheres se tornaram pessoas colonizadas.

É a partir desse contexto que este capítulo pretende analisar a presença de três formatos jurídicos no norte de Moçambique, a partir das ações e reações dos africanos entre os anos de 1894 e 1940. Na época, havia a crescente presença do direito português, que chegava a partir de uma relação de poder – o colonial – e tentava suprimir outras formas jurídicas. Além disso, os povos macuas e muanis portavam concepções e práticas de justiça específicas e, ademais, as pessoas daquela localidade utilizavam um discurso da presença do direito muçulmano pautado no Alcorão. As três formas jurídicas se inter-cruzavam, se relacionavam e conflitavam em algum momento, gerando, ao mesmo tempo, um espaço de disputa e de relações baseadas em hierarquias de raça, gênero e até mesmo de religiosidade como parte do mecanismo de controle colonial.

Intenta-se também entender as ações de homens e mulheres macuas e muanis frente a essas relações conflituosas no campo da justiça, que ora resultavam de como o poder estava sendo organizado na região, ora possibilitavam a existência de espaços de autonomia dentro e fora de suas povoações.

2 MUDIMBE, Valentim Y, *A invenção da África: Gnose, Filosofia e a ordem do Conhecimento*, Magualde/Luanda (Pegado edições/Edições Mulemba), 2013, pp. 9 a 41.

Tudo isso permitirá uma percepção dos lugares sociais ocupados por cada agente tanto no mundo colonial quanto nas redes de sociabilidades locais.

Para isso, serão utilizados registros judiciais, sobretudo processos-crime produzidos no Juízo de Direito da Comarca de Cabo Delgado, no período de 1894 a 1929, e no Tribunal Privativo dos Indígenas de Pemba, entre os anos de 1929 a 1940. A proposta aqui consiste em entender o uso de processos criminais a partir da concepção de José D'Assunção Barros ao perceber as múltiplas vozes contidas neste tipo de fonte histórica.³ Neles, há depoimentos não apenas de réus, testemunhas e acusadores, mas também de mediadores judiciais, tais como policiais, advogados, juízes, intérpretes e escribas. Além disso, os processos-crime podem também se tornar uma fonte “intensiva”, a qual nos apresenta detalhes de um momento histórico, possibilita a compreensão de diferentes discursos e esclarece como as pessoas manipularam seus próprios discursos jurídicos.

II. CONTROLE COLONIAL E REARRANJOS NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

No final do século XIX, havia um debate entre administradores e teóricos portugueses sobre como seria aplicado o sistema jurídico colonial. Uma das constatações mais convincentes era a de que o direito cível colonial, chamado, à época, de direito privado, deveria partir das práticas costumeiras e dos direitos locais para, aos poucos, ser transformado de acordo com a justiça portuguesa. Segundo essa concepção, a cultura estava tão enraizada que seria necessário um processo longo de influências de uma sociedade mais “civilizada” para modificá-la. Contudo, defendia-se algo diferente no campo do direito criminal, acreditando-se que todos os crimes eram os mesmos em todos os lugares, independentemente da diversidade cultural e do “estágio evolutivo” dos indivíduos. De acordo com Albano de Magalhães, um dos mais importantes teóricos da justiça colonial portuguesa, roubar, matar, estuprar e insultar são ações criminosas em sua essência⁴.

A partir dessa concepção, a justiça colonial, sobretudo no que se refere ao crime, foi organizada. Apresentava-se uma perspectiva universalista nas co-

3 BARROS, José Costa D' Assunção, «O tratamento historiográfico de fontes dialógicas», in *Revista Expedições: teoria da História & Historiografia*, vol. 3, n. 4, 2012, p. 21.

4 MAGALHÃES, Albano de, *Estudos Coloniaes: I Legislação colonial*, Coimbra, 1907, pp. 25 a 41.

lônias. Os tribunais coloniais deveriam julgar todas as ações criminais. Houve uma transferência do formato jurídico de Portugal para a área colonial sem qualquer alteração⁵. Essa concepção ainda era reforçada com a descrença dos administradores coloniais de que os povos colonizados teriam algum tipo de lei ou mesmo um sistema jurídico racional direcionado para combater o crime. A estratégia inicial da administração colonial portuguesa foi tentar homogeneizar as pessoas e suas culturas através da imposição de leis portuguesas às pessoas colonizadas. Isso, no entanto, era impossível acontecer, sobretudo porque os africanos já tinham suas formas jurídicas, suas concepções e seu sentido de justiça. Esses aspectos se refletiam na forma como os crimes chegavam a ser julgados pela justiça colonial.

Com base na concepção europeia, os Juízos de Direito foram instalados em diferentes regiões de Moçambique. A área de jurisprudence de cada tribunal era o distrito, ou seja, cabia a cada um julgar todas as pessoas que estivessem naquela área administrativa. A única exceção era o extremo norte de Moçambique, que tinha dois distritos para apenas um tribunal – os distritos de Cabo Delgado e Niassa –, que passou a ser conhecido como o Juízo de Direito de Cabo Delgado⁶. O Juízo de Direito de Cabo Delgado foi criado em 1894 e funcionou até 1929, mas existiu enquanto instância jurídica para administrar a justiça entre os africanos somente em 1929.

Cabe ressaltar que a região de jurisprudence do Juízo de Direito da Comarca de Cabo Delgado era administrada pela Companhia do Nyassa entre os anos de 1891 a 1929. No extremo norte de Moçambique, a conquista e a administração colonial não foram realizadas diretamente pelo governo português, houve o intermédio de uma companhia concessionária para ocupar e explorar a região em nome de Portugal⁷. Para o governo de Lisboa, o mais vantajoso era assegurar parte dos “domínios ultramarinos” sob o sistema de organização de companhias com poderes majestáticos. Desta forma, o norte de Moçambique foi entregue à Companhia do Nyassa, em setembro de 1891, por um decreto que concedia o direito de administrar e explorar o território de Cabo

5 «Regulamento da administração de Justiça nas Províncias Ultramarinas, decreto de 20 de fevereiro de 1894», in *Boletim Oficial do Governo Geral da Província de Moçambique*, 28 de abril de 1894.

6 «Regulamento da administração de Justiça nas Províncias Ultramarinas, decreto de 20 de fevereiro de 1894», in *Boletim Oficial do Governo Geral da Província de Moçambique*, cit.

7 MEDEIROS, Eduardo da Conceição, *História de Cabo Delgado e do Niassa (C. 1836-1929)*, Maputo (Arquivo Histórico de Moçambique), 1997, pp. 100.

Delgado e do Niassa⁸. No campo jurídico, a referida companhia elaborou leis para respaldar seu domínio na região e o governo colonial português se responsabilizou pela administração da justiça em Cabo Delgado, criando o Juízo de Direito da Comarca de Cabo Delgado no final do século XIX.

Retomando a discussão em torno do Juízo de Direito de Cabo Delgado, durante esses 35 anos, tem-se o registro de que chegou a julgar 32 casos de homicídio, 2 de estupro, 79 de ofensa corporal, entre outros. Faz-se importante apontar que havia violência e controle sobre as pessoas, embora o poder colonial não conseguisse interferir em determinadas práticas culturais e no cotidiano dos africanos tal como os administradores coloniais acreditavam que seria possível. O que exemplifica isso é que a maioria dos crimes que chegavam ao Juízo de Direito de Cabo Delgado envolviam pessoas que viviam na Ilha do Ibo, onde o tribunal estava instalado. Ali, era mais fácil denunciar alguém porque Ibo era a capital do distrito, onde havia um maior controle do poder colonial⁹.

Durante aquele período, ainda que houvesse ações criminais tramitando no tribunal, as querelas entre os africanos, em sua maioria, não eram julgadas ali. Esses 35 anos de funcionamento do tribunal foram pouco eficazes no que se refere à administração da justiça aos africanos propriamente ditos. Um dos motivos para essa ineficácia era que a maioria dos africanos continuava a administrar suas querelas em seus próprios formatos jurídicos, recusando, de certa forma, o sistema jurídico português. Além disso, os distritos de Cabo Delgado e Niassa eram significativamente grandes e habitados por povos diferentes. Em Cabo Delgado havia os macuas, muanis e macondes, enquanto no Niassa tinha a presença dos ajuaus e nianjas, levando-se em consideração os povos mais conhecidos¹⁰. Cada um desses povos tinha seu próprio sistema jurídico com legitimidade local.

8 VAIL, Leroy, «Mozambique's chartered companies: the rule of the feeble», *Journal of African History*, XVII, 3 (1976), pp. 389 a 416; MEDEIROS, Eduardo, «O Norte e a Companhia do Niassa», *Tempo*, nº 578 e 579, 1981, pp. 29 a 36; STUART, Richard, «Os Nyanja, o U.M.C.A. e a Companhia do Niassa, 1880, 1930», *Revista Internacional de estudos Africanos*, nº 3, Janeiro-dezembro, 1985, pp. 9 a 44.

9 Obviamente, não era um número grande de crimes se pensarmos na extensão do território. Ver: AHM – Concelho de Cabo Delgado no Ibo, *Juizo de Direito da Comarca, Autos-crime (diversos)*.

10 MEDEIROS, Eduardo da Conceição, *História de Cabo Delgado e do Niassa (C. 1836-1929)*, cit., p. 15 a 50; SERRA, Carlos (Dir.), *História de Moçambique*, vol. 1, Maputo (Livraria Universitária), 2000, p. 233.

Em muitos casos, as denúncias aconteciam quando havia conflito entre famílias, linhagens ou mesmo entre comunidades. Assim, buscava-se a esfera colonial para administrar as querelas locais. Em outros casos, havia uma tentativa de vingança em torno do acusado, ao se fazer a denúncia ao poder colonial. O mais raro era a própria pessoa fazer a denúncia da sua própria querela. Cabe enfatizar, assim, que as denúncias ao poder colonial não aconteciam de forma espontânea, até porque as pessoas acessavam, com frequência, seus próprios sistemas jurídicos para gerenciar seus conflitos. Além disso, o poder colonial em muitas áreas ainda era bastante frágil, o que dificultava ainda mais a aplicação de um formato jurídico um pouco mais eficaz¹¹.

A experiência do colonialismo português em Moçambique deixou evidente que a imposição de uma justiça colonial com instituições estritamente europeias aos povos colonizados era ineficaz para os objetivos colonialistas de controle expressivo das populações africanas. O Regimento da Administração da Justiça nas Províncias Ultramarina de 1894 foi a expressão mais evidente da tentativa de “uniformização judiciária e processual no Ultramar”¹². Somente no final da década de 1920 houve uma mudança na organização dos tribunais judiciais, com a criação dos chamados Tribunais Privativos dos Indígenas, embora o Juízo de Direito tenha continuado a funcionar para o gerenciamento de conflitos entre a população considerada “não indígena”¹³ em Moçambique.

Na segunda metade da década de 1920, houve um processo de centralização e fortalecimento do Estado português. A falta de iniciativa para aplicar métodos mais eficazes de exploração e de controle dos povos colonizados passou a ser reavaliada pelo Estado português a partir de 1926¹⁴. Isso possibilitou uma reestruturação do sistema jurídico colonial, com propostas de políticas

11 AHM – Concelho de Cabo Delgado no Ibo, *Juizo de Direito da Comarca*, várias caixas, Ano: 1894-1930, Autos-crime (Diversos).

12 COISSORÓ, Narana, «O julgamento das questões gentílicas», in *Cabo Verde, Guiné, São Tomé e Príncipe*, Curso de Extensão Universitária, Lisboa (Junta de Investigação do Ultramar), ano letivo 1965-1966, p. 640.

13 “Indígenas” era uma categoria sociojurídica que definia os africanos que estavam ligados a práticas e culturas locais, o que os portugueses consideravam primitivos e selvagens. Desse modo, os “não indígenas” eram todas as demais pessoas na colônia. Ver: NETO, Maria da Conceição, «Maria do Huambo: Uma vida de “indígena”. Colonização, estatuto jurídico e discriminação racial em Angola (1926-1961)», *África*, (35), 2015, p.119-127.

14 SMITH, Alan K, «The Idea of Mozambique and Its Enemies, c. 1890-1930», in *Journal of Southern African Studies*, vol. 17, n. 3 (Sep. 1991), p. 499.

privativas a determinados africanos, cujo objetivo era impor maior controle. É nesse sentido que os Tribunais Privativos dos Indígenas foram criados em 1929, apoiados no discurso da necessidade de codificar os “usos e costumes dos africanos”. Esses tribunais deveriam ser organizados pelos administradores coloniais, com “auxílio” das chefias africanas que ocupariam os cargos de assessores e de vogais nos julgamentos.

Tudo isso era, de certa forma, uma resposta ao repúdio colonial aos direitos e às instituições jurídicas africanas¹⁵. Muitos agentes coloniais acreditavam em uma “beneficente justiça” que estabilizaria e legitimaria sua autoridade¹⁶. Mas, de fato, a ação jurídica não estava isenta do peso social, não havendo doutrinas e regras independentes dos anseios sociais. A nova exigência era a expansão de diferentes mecanismos de controle ao longo do território, que pudessem submeter todas as povoações de Moçambique. A administração da justiça se apresentava como um dos critérios mais importantes para a manutenção da soberania do Estado colonial. Ainda que as potências europeias utilizassem da força para ocupar o continente africano, com as expedições militares, a justiça se constituía em um mecanismo essencial para a conservação dessa ocupação¹⁷. Portanto, o controle judicial se tornou um instrumento fundamental para a implementação do domínio colonial.

A partir da criação dos Tribunais Privativos dos Indígenas, o governo colonial português reuniu as questões criminais, civis e comerciais entre os africanos na mesma instituição judicial. Houve uma mudança de perspectiva em relação às ações criminais, que não eram mais vistas como meras ações universais. A princípio, passou-se a atentar para as especificidades das noções de crime entre os africanos, para quem os gerenciava, para qual o tipo de punição e para como se daria a punição nas povoações. O crime passava a ser julgado em foro privativo, em um tribunal no qual somente os chamados “indígenas” teriam seus delitos avaliados por um administrador colonial. A administração da justiça aos africanos deveria ser funcional em diálogo com a organização judiciária portuguesa. A repressão criminal dos tribunais privati-

15 MOREIRA, Adriano, *Administração da Justiça aos Indígenas* (Agência Geral do Ultramar/Divisão de Publicações e Bibliografia), 1955, pp. 73 a 74.

16 CHANOCK, Martin, «Neo-tradicionalism and Customary Law Malawi», in *Africa Law Studies*, n. 16 (1978), p. 86.

17 MOREIRA, Adriano, *Administração da Justiça aos Indígenas*, cit., pp. 70 a 71; BETTS, Raymond F., «A dominação europeia: método e instituições», in BOAHEN, A. Adu (Coord.), *História Geral da África. África sob dominação colonial 1800-1935*, Vol. VII. São Paulo (Ática/UNESCO), 1991, pp. 323 a 341.

vos consistia na tentativa de reparar o dano causado, bem como de intimidar os transgressores através da imposição das penas. Esse tribunal deveria julgar os crimes contra a propriedade e as pessoas que estivessem dentro da área de jurisdição do respectivo concelho administrativo¹⁸. As decisões judiciais ainda estavam apoiadas no Código Penal Português de 1886, enquanto não era publicado um código penal específico para os chamados “indígenas”¹⁹.

O reconhecimento pelas autoridades coloniais da ineficácia do Juízo de Direito fez com que o governo colonial criasse, em cada circunscrição ou concelho administrativo, tribunais “aptos” para decidir litígios entre os africanos, com jurisdição em toda a sua área²⁰. O controle jurídico-policia do colonialismo passou a estar mais próximo das povoações, não se localizando mais exclusivamente na sede da comarca, que geralmente correspondia à capital do distrito administrativo. Além disso, os procedimentos jurídicos direcionados aos africanos deixavam de ser de responsabilidade do judiciário para se tornarem função do administrativo. O que ajuda a explicar essa medida é que expandir e aumentar o controle requeria mais custos e funcionários. Por um lado, a alternativa foi atribuir mais funções aos administradores locais, que já concentravam diferentes responsabilidades nos assuntos relacionados às povoações. Por outro lado, os funcionários do governo colonial estavam mais próximos dos africanos, provavelmente detendo mais contato com eles do que um suposto magistrado no Juízo de Direito para administrar determinadas querelas. A criação dos tribunais privativos correspondia, portanto, a dois interesses fundamentais: controlar, cada vez mais, os africanos; e tornar a justiça colonial mais atraente aos africanos, de modo que se sentissem mais justificados.

Houve a elaboração de um esboço do Regulamento dos tribunais privativos indígenas em novembro de 1927, mas somente dois anos depois ele seria aprovado por um diploma legislativo. No regulamento, como observado anteriormente, foi determinado que essa instância jurídica deveria ser constituída pela autoridade administrativa da sede da circunscrição ou concelho, com a função de presidente do tribunal. Essa autoridade seria responsável pelos

18 O concelho administrativo correspondia a uma área de administração menor do que os distritos, ou melhor, estava dentro dos distritos. A ordem administrativa da colônia de Moçambique era: Governo-geral; distritos; concelhos ou circunscrição; e posto administrativo.

19 *Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas*, aprovado pelo diploma legislativo de n.º 162, de 1 de junho de 1929.

20 *Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas*, cit.

juízos, sendo assistida por dois vogais com voto deliberativo sobre a pena a ser aplicada ao arguido e dois assessores africanos para apresentar informações sobre os costumes da região à qual as partes pertencessem²¹. Os tribunais continuavam a ser controlados por um agente colonial, mas com a presença de duas autoridades africanas. Dessa forma, ao mesmo tempo em que incluíam pessoas das povoações africanas nos tribunais, ampliavam o controle colonial nessas localidades²².

Os assessores eram pessoas que pertenciam às linhagens importantes das povoações africanas ou que tinham um relativo prestígio localmente. Eram escolhidos pelo presidente do tribunal entre as autoridades africanas com a exigência de que a pessoa tivesse um “conhecimento das tradições jurídicas locais”, de modo que pudesse apresentar no tribunal a relação entre a ação realizada (o delito) e os costumes daquela região. Os assessores deveriam mencionar também como tal ação era avaliada no direito local e que penalidade seria atribuída ao acusado²³. Isso demonstra o quanto o poder colonial dependia do intermédio de indivíduos oriundos da região para efetivar suas políticas de dominação.

Os assessores teriam direito à alimentação e uma gratificação mensal fixada pelo governador-geral. A princípio, cada chefe local poderia exercer a atividade por apenas dois anos, mas foi possível observar que vários assessores permaneceram muitos anos no cargo. Geralmente, o administrador do concelho elaborava uma lista com os nomes dessas autoridades africanas, que deveriam exercer a função durante todo o ano, alternando com apenas dois assessores em cada mês. No início de cada ano, fazia-se uma lista com os nomes dos chefes locais e os meses em que atuariam no tribunal. A função do assessor foi formalizada ainda no início dos anos 1940, quando se estabeleceu

21 *Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas*, cit.

22 Havia a presença do agente do Ministério Público no Tribunal Privativo dos Indígenas do concelho de Pemba, embora fosse menos frequente do que no Juízo de Direito; neste regulamento, a definição de “indígenas” estava baseada no Estatuto Político, Civil e Criminal de 1926, «Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas, aprovado em 11 de novembro de 1927», in *Boletim Oficial de Moçambique*, n. 46, 12 de novembro de 1927; *Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas*, cit.

23 *Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas*, aprovado pelo diploma legislativo de n.º 162, de 1 de junho de 1929; «Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas, aprovado em 11 de novembro de 1927», in *Boletim Oficial de Moçambique*, n. 46, 12 de novembro de 1927; NEVES, Olga Iglésias. *Moçambique*, in *Nova História da expansão portuguesa: o império africano (1890-1930)*, Lisboa (Estampa), 2001, p. 547.

a obrigatoriedade por parte dos administradores de circunscrição ou conselho de “averbar” todos os pagamentos realizados aos assessores no Livro de Registro de pagamento ao “pessoal menor” do Estado colonial²⁴. Tudo isso demonstra que, cada vez mais, essas pessoas passavam a ser consideradas “funcionários” do Estado colonial de um escalão mais baixo. Era o “pessoal menor” da administração colonial e, portanto, deveriam constar seus nomes e suas “gratificações” num livro de registro para controle administrativo e contabilístico²⁵.

Os vogais também eram chefes africanos que deveriam participar em determinados julgamentos. Estavam presentes principalmente nas ações relativas às chamadas “penas maiores”, tal como assassinato. Cada parte no processo teria que escolher um vogal com direito a voto, ou seja, o ofendido e o acusado tinham direito a um vogal. O voto desses chefes locais deveria servir para auxiliar a decisão do juiz-administrador, o presidente do tribunal. Enquanto os assessores deveriam receber uma remuneração pela atividade exercida, com direito a alimentação e gratificação mensal com um valor fixo estabelecido pelo governador-geral, os vogais não recebiam provimento algum²⁶.

No Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas foi determinado ainda que os vogais deveriam ser, obrigatoriamente, “chefes indígenas da circunscrição ou doutro limítrofes”. Caso não houvesse indicação das partes, o presidente do tribunal se encarregaria de indicá-los. Foi possível observar que alguns vogais eram, ao mesmo tempo, assessores, como aconteceu no Tribunal Privativo dos Indígenas de Pemba, tais como os chefes locais de nome Marie, Namacoma e Saide N’tondó.

Em teoria, os tribunais privativos serviriam como uma tentativa de recuperação de uma espécie de juízes ou conselheiros e júris locais mediante a presença dos assessores e dos vogais, o que funcionaria como uma representação da “justiça local”, de modo que o administrador deveria intervir somente para sancionar a decisão tomada pelas chefias locais, juntando os direitos locais e o português. A princípio, isso resolveria o problema relacionado à administração da justiça aos africanos²⁷. Na prática, é possível observar que

24 Aprovada pela Portaria de n. 4.244, de 16 de dezembro de 1940.

25 AHM – Administração do Concelho de Porto Amélia, *Tribunais Indígenas*, cx. 3, ano: 1941, Ofício sobre o Livro de Registo de pagamentos ao Pessoal menor, janeiro de 1941.

26 *Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas*, cit.

27 COISSORÓ, Narana. *O julgamento das questões gentílicas*. In: *Cabo Verde, Guiné, São Tomé e Príncipe*, Lisboa (Junta de Investigação do Ultramar), 1965-1966, pp. 660 a 662. Os Tribunais Privativos dos Indígenas, assim como os Julgados Municipais e Jul-

as sentenças nos tribunais privativos eram monopólio do administrador-juiz, com pouca interferência dos chefes locais. O que a administração colonial chamava de respeito aos “usos e costumes” não correspondia às práticas no tribunal privativo em Pemba, por exemplo.

Contudo, os Tribunais Privativos dos Indígenas não foram de todo ineficazes para o sistema colonial português. O principal papel das chefias locais para a justiça colonial não estava nos tribunais: havia um incentivo para que os chefes locais estendessem os tentáculos da justiça colonial dentro das suas próprias povoações. Portanto, as ações jurídicas e policiais nas povoações africanas deveriam ser exercidas pela chamada “autoridade judicial indígena” – cargo ocupado pelos chefes locais e seus auxiliares. Nos casos de crimes de pequeno agravo, essa autoridade teria que apresentar a “narração circunstanciada do facto”, intimar o acusado e as testemunhas, podendo fazer qualquer “exame directo” e explicar ao acusado o crime que havia cometido. No caso de crimes que correspondessem a penas mais graves, a “autoridade judicial indígena” deveria fazer o corpo de delito para averiguar o ocorrido, podendo ser realizado juntamente com outro chefe local de região diferente. O artigo 41.º do Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas estabelecia que: “Concluído o corpo de delito será o processo concluso à autoridade judicial indígena, que em despacho relatará o crime com todas as circunstâncias que o revestirem e fará a sua classificação, indicando os artigos respectivos da lei penal que lhe são aplicáveis, e ordenará a prisão dos criminosos, se ainda não estiverem presos”²⁸.

Nas primeiras 24 horas de prisão, o acusado deveria ser interrogado pelo chefe do posto administrativo e indicar as testemunhas necessárias. As testemunhas indicadas pelo acusado e pela “autoridade judicial indígena” teriam que ser ouvidas pelo administrador colonial²⁹. Em outras palavras, essa autoridade exercia a função policial e de oficial de diligência, para a justiça colonial, dentro da sua povoação.

gados Instrutores, foram substituídos pelos Julgados Municipais, de acordo com o artigo 116.º da Constituição Política da República, revista em 11 de junho de 1951, e de acordo com a Base LXV da lei Orgânica do Ultramar, de 27 de junho de 1953. Determinou-se que “(...) nas províncias do continente africano, ao juiz municipal compete o julgamento das questões gentílicas, na forma definida por lei”. Apenas um órgão passava a atender a todas as necessidades da colônia.

²⁸ *Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas*, cit.

²⁹ *Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas*, cit.

III. DINÂMICAS CULTURAIS E PRÁTICAS JURÍDICAS LOCAIS

Apesar da crescente imposição do sistema jurídico português que chegava ao norte de Moçambique, as pessoas que ali habitavam acessavam outras formas de direito. Como já foi mencionado acima, na área de jurisprudência do Juízo de Direito de Cabo Delgado, havia vários povos e concepções jurídicas diferentes, tais as quais presentes entre os macuas, muanis, macondes, ajauas, nianjas, etc. No entanto, este capítulo pretende se reportar apenas aos macuas e aos muanis, por estarem localizados na região de atuação do Tribunal Privativo dos Indígenas de Pemba.

Macuas e muanis eram povos que viviam em um sistema matrilinear, no qual a ascendência materna é a mais importante, ou seja, o filho pertence à linhagem da mãe. Contudo, ao mesmo tempo, eram comunidades muçulmanas. Muanis habitavam majoritariamente a área costeira do extremo norte de Moçambique e, segundo Carlos Bento, eram resultantes da “mistura” entre macuas e suaíli³⁰. “Muani” significava “gente da praia” na língua quimuani, por conta de sua presença histórica no litoral³¹. De acordo com a questão geográfica, permitia-se a distinção do costeiro com a chamada “gente do continente”, neste caso, os macuas, significando propriamente o povo do interior. Inclusive, havia filhos de mães macuas nascidos na Ilha do Ibo que se consideravam muani. Muitos macuas migravam para a área costeira em busca de melhores trabalhos no mundo colonial³². Portanto, sem deixar de se considerar a existência de critérios étnicos e culturais, o aspecto geográfico constituía-se em um elemento essencial de distinção. Além da origem geográfica, outros aspectos distinguiam essas pessoas: alguns muçulmanos na costa sabiam ler e escrever em caracteres árabes, enquanto muitos macuas não tinham essa habilidade em sua própria língua³³.

O islamismo estava disseminado em grande parte das áreas costeira e continental do norte de Moçambique em princípios do século XX³⁴. Até a vi-

30 BENTO, Carlos Lopes, «A Ilha do Ibo: Gentes e Culturas», in *Estudos Políticos e Sociais*, vol. XXIII, n. 1-4, 2001, p. 125.

31 CONCEIÇÃO, António Rafael da, *Entre o mar e a terra: situações identitárias do norte de Moçambique*. Maputo (Promédia), 2006, pp. 215 a 216.

32 Entrevista com Alide Janja, realizada por Estevão Mpalume, Fernanda Thomaz e Marcos Dias Coelho em 26 de novembro de 2011.

33 Entrevista com Alide Janja, cit.

34 LOURENÇO, Vitor Alexandre, *Mfumo e (Ti)Hosi: figuras do político em Moçambique*, Lisboa (Associação de Estudos Rurais/Universidade Nova de Lisboa), 2006, pp. 79 a 105.

rada do século XIX para o XX, sua maior disseminação aconteceu através dos comerciantes que “percorriam os sertões moçambicanos”. Muitos muçulmanos estavam “instalados no interior, disseminando directa e intensamente o islão”. O Alcorão foi difundido às crianças e aos jovens, que aprendiam a ler e a escrever na língua emacua, falada pelos macuas de Cabo Delgado. A existência de vários estabelecimentos comerciais no continente, que pertenciam aos comerciantes asiáticos, facilitou bastante esse processo de difusão do islamismo³⁵.

As diferentes populações da costa de Cabo Delgado se declaravam de origem shirâzi de Zanzibar. Antes do início da ocupação colonial, no final do século XIX, havia chefes africanos islamizados (chamados de *xeques*) em toda costa de Cabo Delgado. Essas populações eram fruto de um contato secular entre os africanos suailizados, vindos do litoral ou das ilhas mais a norte do rio Rovuma até o Corno da África, com gente africana local³⁶. Naquela região do distrito de Cabo Delgado, tornou-se predominante a corrente da escola jurídica de interpretação do Alcorão³⁷ *Shafi'ita* entre a maioria dos africanos³⁸. A doutrina *Shafi'ita* era resultante da mistura entre a concepção *Hanafi'ita*, que defendia a obediência às “ciências tradicionais”, e a corrente chamada *Malikita*, que permitia “inovações racionalistas” a partir do ambiente cultural, sempre que fosse necessário³⁹. Essa tendência possibilitou as imbricações culturais entre grupos muçulmanos do distrito.

Apesar das diferenças entre macuas e muanis, havia também muitas similaridades, principalmente no campo do direito. O jurista do governo co-

35 JOÃO, Benedito Brito, *Abdul Kamal e a história de Chiúre nos séculos XIX e XX*, Maputo, Arquivo Histórico de Moçambique, 2000, pp. 51 a 53.

36 Chegavam também árabes persas, hindus, quiçá sakalava e outros malgaches. MEDEIROS, Eduardo da Conceição, *História de Cabo Delgado e do Niassa (C. 1836-1929)*, cit., p. 59.

37 Essas escolas são chamadas de *Madhab*.

38 Havia quatro *Madhab* entre os muçulmanos ortodoxos-sunitas: *Hanafi'ita* (*Anafi*); *Malikita* (*Malik*); *Shafi'ita* (*Shafi*); *Hambalita* (*Hambali*). Várias escolas surgiram, mas somente essas quatro sobreviveram ao longo da história do Islão a partir de 1300. JOÃO, Benedito Brito, *Abdul Kamal e a história de Chiúre nos séculos XIX e XX*, cit., pp. 48 a 49.

39 O direito muçulmano (*Sharia*) defende a importância de se exercer a vontade divina expressa no Alcorão, assim como a Suna (Tradição Religiosa), a Ijmá (Consenso da Comunidade dos Crentes Muçulmanos) e a Quiás (interpretação criadora). Qualquer lei contrária à vontade divina é ilegítima. MAMEDE, SuleimaneValy, *Maomé e o islamismo*. Braga (Editora Paz), 1967, pp. 45 a 48; MEDEIROS, Eduardo da Conceição, *História de Cabo Delgado e do Niassa (C. 1836-1929)*, cit., pp. 60 a 61.

lonial José Gonçalves Cota registrou em suas monografias inúmeras formas de organização jurídica dos povos de Moçambique. Ao chegar ao concelho de Pemba, Cota se reuniu com os chefes muanis e macuas e com os anciãos da localidade para realizar as famosas *banjas*⁴⁰. A partir das informações obtidas, registrou que o suco do *muave* era um dos procedimentos legítimos da justiça local para apurar a verdade dos crimes considerados mais graves⁴¹. Quando faltavam provas evidentes, após a interveniência das testemunhas, os chefes locais faziam o acusado beber o *muave*. Essa prova também era uma possibilidade para que as pessoas acusadas de um crime pudessem recorrer e provar a sua inocência⁴². O *muave* era preparado por uma espécie de “doutor-adivinho”, conhecido na região como *inkulukana*, que utilizava a casca de uma planta leguminosa (*Erithrophoeum guineensis*) para fazer o líquido⁴³.

Ao tomar o *muave*, a pessoa poderia apresentar três reações negativas: vômito, delírio ou morte; podia ainda não manifestar nenhum sintoma ao ingerir o líquido. A ausência de qualquer reação, após a ingestão da poção pela pessoa acusada, simbolizava sua inocência no caso, enquanto as demais manifestações se constituíam prova da culpabilidade. O vômito exprimia que o culpado colocava para fora, no sentido metafórico, as ações cometidas, enquanto no delírio o acusado passava a se autoacusar. Em situação de morte, constituía-se em si mesma a prova da culpa, seguida do castigo. Depois de descobrir quem era o culpado, o *inkulukana* fazia o acusado beber outra erva para recuperar a consciência, o que levava ao esquecimento do que havia ocorrido. A prova do *muave* era dirigida pelo *inkulukana* como uma cerimônia pública, realizada em lugares fora das povoações⁴⁴.

Sem intenção de apresentar uma cultura homogênea e imóvel, isso mostra, segundo Gonçalves Cota, que “a coletividade teve sempre a noção da res-

40 Banjas eram as reuniões que os agentes coloniais realizavam com os chefes locais.

41 Um exemplo de um crime grave na região era a feitiçaria.

42 BENTO, Carlos Lopes. «Símbolo do Domínio português: o poder político-administrativo», in *As Ilhas Querinba ou de Cabo Delgado. Situação Colonial, Resistências e Mudanças, 1742-1822*. Tese de doutoramento, Lisboa (Universidade Técnica de Lisboa), 1994, pp. 437 a 512.

43 AHM – Direcção dos Serviços dos Negócios Indígenas, Secção “M”, *Codificações de Usos e Costumes*, cx. 1642, s/d, Missão Etnognosica da Colonia de Moçambique – Monografias Etnográfica da Província do Niassa (Porto Amélia).

44 COTA, José Gonçalves, *Projecto Definitivo do Código Penal dos Indígenas da colônia de Moçambique*, Lourenço Marques (Imprensa Nacional de Moçambique), 1946, pp. 99 a 100.

ponsabilidade penal, conhecendo a existência das sanções impostas pela lei gentílica a todos os delitos”⁴⁵. Era um método legítimo em algumas sociedades em Cabo Delgado, pertencente ao imaginário social, e que as pessoas usavam por acreditar em sua eficácia. Entretanto, apesar da confiabilidade desse processo, isso não impedia que as pessoas buscassem, por vezes, a justiça colonial ou outra forma para se ausentar da condenação em sua própria sociedade.

Curiosamente, o método que servia para descobrir a verdade de determinados delitos ocorridos entre os povos colonizados passava a ser considerado como um ato punível na legislação do colonizador. De processo de prova entre os povos colonizados, o *muave* foi transformado em objeto de imposição, substituição e criminalização. Ou seja, a forma antiga de encontrar o culpado de um crime tornava-se crime.⁴⁶

As fontes consultadas e os relatos etnográficos mais recentes sugerem que as formas macuas e muanis de administração de conflitos nas povoações de Cabo Delgado também passavam por investigação, inquérito e julgamento. Geralmente, o crime, na maioria das sociedades de Cabo Delgado, trazia como consequência o direito de reclamar uma restituição ou indenização, podendo ser individual ou social. Afinal, o indivíduo estava ligado à sua linhagem, podendo a sua pena recair também sobre ela⁴⁷. Portanto, o gerenciamento de conflitos podia ser realizado no âmbito da linhagem ou da povoação de acordo com a gravidade do delito. Essas diferentes instâncias para resolver conflitos existiam entre os povos macuas e funcionavam a partir da dimensão do agravo. Assim, os problemas ocorridos dentro da linhagem chegavam a ser discutidos entre os próprios membros desta; quando envolviam pessoas de linhagens diferentes, chamava-se o chefe da povoação ou da localidade – o *mwene*. Essas querelas, levadas à autoridade local, costumavam

45 AHM – Direcção dos Serviços dos Negócios Indígenas, Secção “M”, *Codificações de Usos e Costumes*, cx. 1642, s/d, Missão Etnognosica da Colonia de Moçambique – Monografias Etnográfica da Província do Niassa (Porto Amélia).

46 Sobre o processo de criminalização do *muave* é interessante ver: “Codigo Cafreal do Districto de Inhambane” de 29 de Setembro de 1852; e *Código dos Milandos Inhambenses (Litígios e Pleitos)* (Moçambique: Imprensa Nacional, 1889); PEREIRA, Rui Mateus, «A “Missão etnognósica de Moçambique”. A codificação dos “usos e costumes indígenas” no direito colonial português. Notas de Investigação», *Cadernos de Estudos Africanos*, 1 | 2001, 125-177.

47 COTA, José Gonçalves, *Projecto Definitivo do Código Penal dos Indígenas da colônia de Moçambique*, cit., p. 61.

ser resolvidas em reuniões na área onde residia o *mwene*, em um “alpendre grande”, cujo nome é *pwaromuttheko*. No *pwaromuttheko*, eram realizados os julgamentos e tomadas as principais decisões locais, como uma espécie de tribunal. Isso porque uma das principais funções de um chefe local era a representatividade legal e judicial das povoações a que estava ligado. Com a responsabilidade de legislar e de administrar a justiça de acordo com o direito local, os chefes deveriam presidir os julgamentos e estabelecer as punições⁴⁸.

Entre a população muani, quando havia um crime cometido contra alguém de fora da linhagem, as pessoas da povoação elegiam uma espécie de juiz entre os chamados “anciãos da terra”. A autoridade judicial eleita era responsável por controlar “apenas a produção das provas, preparando a causa para decisão final”. O acusado, as pessoas das linhagens das partes e as testemunhas chegavam a ser ouvidos. Caso o réu negasse a culpa, chamava-se um *n'lauzi* (curandeiro) para adivinhar a “verdade”. O veredicto final deveria ser proferido pela população que estava presente⁴⁹.

IV. DENTRO E FORA DAS POVOAÇÕES: CAMADAS DE PODER E DISCURSO DE GÊNERO

Ainda que se compreenda que as ações dos africanos ajudaram a moldar ou transformar parte do formato da justiça colonial, é importante entender que as práticas políticas colonialistas criaram hierarquias, desigualdades sociais e violências em diferentes camadas e formatos. É nesse sentido que Achille Mbembe mostra que a criação da noção de “raça” foi uma ficção útil e de projeção ideológica⁵⁰. O racismo também foi uma face dessas hierarquias, classificando e dicotomizando pessoas e grupos, tais como as concepções em torno das ideias de “primitivo” *versus* “civilizado”, “tradicional” *versus* “moderno”, “preto” *versus* “branco” e assim por diante. Através da dicotomização, imagens e representações foram criadas em torno dos colonizados como a personificação da ausência de justiça, de racionalidade e de estrutura política⁵¹. Deste modo, a criminalização de métodos investigativos, tais como o

48 MARTINEZ, F. Lerma, *O povo Macua e a sua Cultura*, Lisboa (Instituto da Educação/ IICT), 1989, p. 70 a 74.

49 COTA, Gonçalves, *Mitologia e direito consuetudinário dos indígenas de Moçambique*. Estudo de Etnologia mandado elaborar pelo Governo Geral da Colônia de Moçambique, Lourenço Marques (Imprensa Nacional de Moçambique), 1944, p. 70.

50 MBEMBE, Achille, *Crítica da razão negra*, Lisboa (Antígona), 2014, p. 9-74.

51 SILVEIRA, Renato da, «Os selvagens e a massa: papel do racismo científico na

muave, é o exemplo disso. É a demonstração da deslegitimação da existência de racionalidade nas formas jurídicas dos direitos locais.

Essa legalidade permitiu não somente a criação de sujeitos racializados como também de sujeitos generificados. A pesquisadora Anne McClintock defendeu que a mecânica do gênero, juntamente com outras formas de opressão, foi fundamental para assegurar e manter o empreendimento colonial⁵². O gênero não é apenas uma questão que envolve sexualidade, mas também está ligado à subordinação do trabalho e à pilhagem imperial. A arquitetura colonial foi organizada a partir da desigualdade de gênero, uma vez que homens brancos criavam e executavam leis e políticas para os seus próprios interesses. A pesquisadora Sylvia Tamale também enfatizou que o colonialismo estabeleceu novas estruturas e formas de dominação sobre as populações africanas⁵³. De uma forma mais geral, existiram quatro fatores principais que permitiram que o colonialismo europeu estabelecesse novos formatos de preconceito de gênero nas sociedades africanas, os quais é possível citar: o cristianismo; a educação ocidental; a adoção do sistema ocidental de casamento; e o sistema jurídico alternativo⁵⁴.

Nesse caminho, torna-se importante entender o conceito de gênero a partir do que as pesquisadoras moçambicanas Isabel Casimiro e Ximena Andrade definiram:

Como categoria analítica, Género implica uma série de dimensões de poder e simbólicas – linguagem dos corpos, representação do masculino e do feminismo, elemento constitutivo de identidades e subjectividades, articulação micro/macro e as práticas, desafiando a dominação masculina que está inscrita na palavra, nas coisas e nos objetos, nos espaços, nas estruturas mentais, e é a forma como percebemos os outros e está inscrita na forma de usar o próprio corpo⁵⁵.

montagem da hegemonia ocidental», *Afro-Ásia*, n.23, Rio de Janeiro, 1999, pp. 89 a 145; MUDIMBE, Valentim Y, *A invenção da África: Gnose, Filosofia e a ordem do Conhecimento*, Magualde/Luanda (Pegado edições/ Edições Mulemba), 2013, pp. 9 a 41.

52 McCLINTOCK, Anne, *Couro imperial: raça, gênero e sexualidade no embate colonial*, Campinas (Editora da Unicamp), 2010, pp. 15 a 40.

53 TAMALE, Sylvia, «Erotism, sensuality and “Women’s Secrets” among the Bagan-da: a critical analysis», *Feminist Africa*, Vol. 5, 2005, pp. 6 a 15.

54 AKINA-AINA, Sinmi. «Beyond an Epistemology of Bread, Butter, Culture and Power: Mapping the African Feminist Movement», in *Nokoko*, Fall, 2011, pp. 65 a 87.

55 CASIMIRO, Isabel & ANDRADE, Ximena, «Investigação sobre Mulher e Género no Centro de Estudos Africanos», in *Estudos Moçambicanos*, 21 (2005), pp. 12.

Como enfatiza Isabel Casimiro e Ximena Andrade, gênero enquanto categoria analítica está ligado à compreensão da “subalternidade e subordinação das mulheres pelo mundo”, ou, ampliando um pouco mais, gênero consiste em uma construção que surge a partir de relações de desigualdade estabelecidas por instituições diferentes.

Dentro dessa perspectiva de gênero, o jurista Gonçalves Cota fez uma divisão dos povos de Moçambique em três grupos: patrifocal; matrifocal; e em transição. Os macuas, por exemplo, estavam categorizados no grupo dos matrifocais, cuja característica da linhagem estava voltada para a valorização do papel da figura materna. Segundo o jurista, os povos matrifocais eram os mais primitivos em relação aos patrifocais, que foram considerados os mais “evoluídos” pela similaridade com os europeus. Sua justificativa para alegar a inferioridade dos povos matrifocais se dava pela ausência de autonomia e de poder da figura paterna na relação com os filhos, bem como pela ausência de uma espécie de dote que gere uma certa dependência da mulher e pela migração do homem, com o casamento, para a residência ou região que pertencia à linhagem da esposa⁵⁶.

Assim, na hierarquia do mundo colonial, os homens brancos europeus estavam no topo, ao passo que na base estavam as mulheres negras africanas, as chamadas pelo poder colonial de “indígenas”. Isso fazia com que as mulheres africanas experienciassem o colonialismo e a organização da justiça colonial de forma diferente dos homens africanos. Por isso, é possível perceber que os tribunais coloniais, por exemplo, eram majoritariamente organizados e administrados por homens, ainda que os africanos estivessem ocupando os espaços de trabalho no mais baixo escalão. As mulheres africanas, por sua vez, apareciam apenas como depoentes, réis ou vítimas⁵⁷.

As formas locais para julgar e administrar a justiça entre os macuas e muanis também passavam por diferentes formas de hierarquias. A presença masculina era preponderante entre os agentes que trabalhavam nas ações e decisões na resolução de querelas locais, ainda que as mulheres tivessem alguma participação⁵⁸. A partir das fontes consultadas, foi possível perceber

56 COTA, Gonçalves, *Projecto Definitivo do Código Penal dos Indígenas da colônia de Moçambique*, cit., p. 25.

57 AHM – Concelho de Cabo Delgado no Ibo, *Juizo de Direito da Comarca*, várias caixas, Ano: 1894-1930, Autos-crime (Diversos); AHM – Administração do Concelho de Porto Amélia, Secção “F”, *Justiça*, várias caixas, Ano: 1929-1940, Autos-crimes (Diversos).

58 MARTINEZ, F. Lerma, *O povo Macua e a sua Cultura*, cit., pp. 25 a 55; LUPI,

que, ainda que as mulheres tivessem uma importante atuação e influência no eixo familiar, os procedimentos jurídicos eram assegurados, majoritariamente, pelos homens, e isso os beneficiavam de diferentes formas. Eduardo do Couto Lupi, ao escrever sobre os “direitos civis” entre os macuas, enfatizou que estes eram mais limitados e menos extensivos para as mulheres do que em relação aos homens⁵⁹.

Diante desse arrazoado, cabe ressaltar que as mulheres africanas tiveram que lidar com essas relações de opressão não somente quanto aos homens de suas povoações, mas também diantedo novo conjunto de regras e de restrições hierárquicas, extremamente violento, do mundo colonial⁶⁰. Se nas duas formas jurídicas as mulheres não tinham o papel principal ou agiam como responsáveis, no formato colonial estas passavam a ser ainda mais excluídas, uma vez quase reunia uma certa dosagem da dupla opressão, de raça e de gênero, o que ajudava a reforçar ainda mais as desigualdades em relação às mulheres nas perspectivas locais.

Essas relações se refletiam nos tratos dispensados nos tribunais, sobretudo no Tribunal Privativo dos Indígenas de Pemba. É possível observar isso no caso de Nácire Pitia. Ele confessou, durante o seu julgamento, ocorrido em 8 de julho de 1935, que havia assassinado sua mulher, de nome Aluna, logo após uma discussão que tiveram. De acordo com seu depoimento, em meio à exaltação, Aluna declarou que o abandonaria para viver com outro homem, cujo nome era Farege. Irritado, Nácire Pitia espetou o ventre de sua mulher com uma faca. Na audiência, estavam presentes os assessores Pira e Levêngua, os quais informaram que nos seus “usos e costumes seria punido com a pena de morte, mas atendendo ao mau porte da Aluna, consequência de sua morte, a pena de morte seria remida pela indemnização de mil escudos aos pais da Aluna”. O presidente do tribunal fez uma declaração afirmando ser o

Eduardo de Couto, *Angoche: Breve memoria sobre uma das capitánias-mores*, Lisboa (Typographia do Anuario Commercial), 1907, pp. 142 a 143.

59 LUPI, Eduardo de Couto, *Angoche: Breve memoria sobre uma das capitánias-mores*, cit., pp. 140 a 156.

60 VILHENA, Ernesto Jardim de, *Relatorio e Memorias sobre os Territorios*, Lisboa (Typographia da ‘A Editora’), 1905, pp. 23 a 55; PEREIRA, Edgar Adriano Nasi, *Aspectos da vida Macua: considerações etnosociais, socioeconómicas e sociopolíticas sobre a vida dos povos do Norte de Moçambique*, Dissertação (licenciatura em Ciências Sociais), Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, Lisboa, 1964, pp 50 a 72; MARTINEZ, F. Lerma, *O povo Macua e a sua Cultura*, cit., pp. 25 a 55.

acusado o “autor do crime previsto e punido pelo artigo 349º. do já citado Código Penal, tendo ainda em vistas a opinião dos assessores e em consideração aos votos dos vogais, condeno o Réu Nácire Pitia, nas penas de vinte e cinco anos de trabalho”⁶¹.

Os discursos dos assessores no Tribunal Privativo dos Indígenas de Pemba apresentavam divergências com o formato de condenação da justiça portuguesa. Havia argumentos informando a importância da condenação através do pagamento de compensação e ainda com a culpabilização do mal comportamento da mulher em forma de penas atenuantes. É importante perceber que o adultério poderia ser condenável nos sistemas jurídicos locais, mas, no geral, o amante era quem pagava, com uma compensação, o marido e o casamento era mantido. A separação ou o abandono, a princípio, não eram condenáveis, uma vez que a mulher tinha autonomia para buscar novas relações e casamentos⁶².

Nas culturas macuas e muanis, a compensação em função de um assassinato acontecia por meio da entrega de uma pessoa da linhagem do culpado à linhagem da vítima. Embora a condenação com pena de morte fosse apresentada de forma frequente pelos assessores e vogais nos tribunais, esta não era uma prática intrínseca desses povos do extremo norte de Moçambique para esse tipo de delito⁶³. Foi possível perceber que esse tipo de condenação estava mais no plano do discurso das chefias locais nos tribunais. Como eram povos muçulmanos, com uma presença islâmica relativamente recente, utilizava-se, como discurso, da forma de condenação presente no Alcorão e, conseqüentemente, na perspectiva da Sharia. Cabe ressaltar que os tradicionalistas muçulmanos defendem a Sharia como a expressão das leis divina; sabe-se, no entanto, que esta nunca pôde ser conhecida com precisão e certeza. Ao contrário do Alcorão, a Sharia não tem uma escrita “fixa”, o que requer soluções individuais e variadas para os conflitos humanos. Desse modo, os julgamentos muçulmanos dependiam de muitas variantes e de concepções diferentes, de modo que nenhum jurista poderia reivindicar uma codificação fixada para as resoluções dos conflitos⁶⁴.

61 AHM – Administração do Concelho de Porto Amélia, Secção “F”, *Justiça*, cx. 8, Auto-crime de n.º 15/1935 (acusado: Nácire Pitia).

62 MARTINEZ, F. Lerma, *O povo Macua e a sua Cultura*, cit., pp. 95 a 97; COTA, Gonçalves, *Mitologia e direito consuetudinário dos indígenas de Moçambique*, cit., p. 70.

63 COTA, Gonçalves, *Mitologia e direito consuetudinário dos indígenas de Moçambique*, cit., pp. 57 a 58.

64 KOCH, Thorsten, *Islamic Law: Ordained Shari’ah Principles v. Man-Made*

Curiosamente, essa variação estava ainda entrelaçada com o tipo de escola jurídica islâmica presente no processo de expansão e disseminação muçulmana no norte de Moçambique. Tudo permite compreender que, entre esses povos, havia uma apropriação de parte de formatos jurídicos islâmicos como argumentos no espaço jurídico colonial – ocidental. A Sharia aparecia como uma tentativa de mostrar que aquelas populações detinham normas jurídicas que se aproximavam daquelas do “colonizador”, que partiam de uma visão de mundo proveniente de uma religião monoteísta e com base em uma “escritura” – o Alcorão.

Na leitura dos documentos produzidos pelo Juízo de Direito de Cabo Delgado e pelo Tribunal Privativo dos Indígenas de Pemba, entre os anos de 1894 a 1940, somaram-se cerca de 200 processos criminais. A maioria das querelas entre os africanos envolvia ofensas corporais e homicídio. Na maioria dos casos, eram os homens violentando as mulheres, em questões que envolviam relações conjugais ou amorosas. Havia também situações de homens agredindo outros homens por terem relações sexuais com suas mulheres. A maior parte era macua ou muani. Os argumentos eram diversos, apresentando em sua maioria a ideia de adultério e abandono das mulheres em relação aos homens. Há um número exíguo de processos-crime em que as mulheres foram réus, encontrando apenas três mulheres entre os anos de 1930 e 1940 e cinco mulheres entre os anos de 1894 e 1930⁶⁵.

A maior parte dos discursos e depoimentos realizados no tribunal era proferido por homens, que eram réus, assessores e vogais, entre outros. Os argumentos em torno das mulheres envolviam a sexualidade delas em consonância com noções de moralidade ocidental, segundo a qual o casamento era atributo importante para a vida de uma mulher. Por sua vez, ao se pensar na sociedade macua, por exemplo, o casamento não era um momento fulcral da vida dessas mulheres, o que permitia uma maior fluidez em relação ao matrimônio, e elas podiam se casar várias vezes. Essas mulheres também tinham alguma autonomia sexual⁶⁶. Portanto, as acusações de adultério gira-

Code, Disponível em <https://www.academia.edu/33721394/Islamic_Law_Ordained_Shar%C4%ABah_Principles_v._Man-Made_Code_UWTSD_2017_>. Acessado em 24 de fevereiro de 2020.

65 AHM – Concelho de Cabo Delgado no Ibo, *Juizo de Direito da Comarca*, várias caixas, Ano: 1894-1930, Autos-crime (Diversos); AHM – Administração do Concelho de Porto Amélia, Seção “F”, *Justiça*, várias caixas, Ano: 1929-1940, Autos-crimes (Diversos).

66 MARTINEZ, F. Lerma, *O povo Macua e a sua Cultura*, cit., pp. 40 a 45.

vam em torno das mulheres que decidiam se separar de seus maridos, ato que tinha outras conotações naquelas sociedades locais.

Os argumentos das chefias locais no Tribunal Privativo dos Indígenas de Pemba apresentaram algumas constâncias e diferenças, durante a década de 1930, no que se refere às violências de gênero. As informações apresentadas pelos assessores durante os seis primeiros anos de funcionamento do tribunal, entre 1929 e 1935, foram bastante padronizadas. Todos os assessores informaram que, no direito local, um delito de assassinato era punido com a morte do culpado, sempre relatando que em um homicídio deveria ser aplicada a pena de morte. Foi possível perceber que, até o ano de 1935, havia uma espécie de consenso entre essas chefias em levar os aspectos da Sharia às condenações em torno dos homicídios voluntários⁶⁷.

Como já foi mencionado, isso estava diretamente ligado à crescente culpabilização das ações das mulheres, o que deveria ser revertido em atenuantes dos crimes cometidos pelos homens. A sexualidade e as opções das mulheres passavam a estar em pauta nas abordagens das informações apresentadas pelas chefias africanas em torno do direito local. Termos como adultério e abandono passavam a ser recorrentes, sendo apresentados de forma condenável. A possibilidade de escolha da mulher em trocar de relacionamento ou mesmo casamento parecia ser, cada vez mais, condenável nos discursos das chefias africanas no tribunal. Isso aconteceu, por exemplo, no julgamento de Nácire Pitia, em que o comportamento da ofendida chegou a ser avaliado pelos chefes locais, considerando que o “mau porte” de Aluna resultou no assassinato. Por esse motivo, como relatado, os assessores informaram que a pena atribuída a Nácire Pitia seria amenizada na justiça local devido à atitude da ofendida. Ou mesmo nos casos que envolviam acusação de traição, em que foi possível perceber como a culpabilidade tinha outros contornos nas formas jurídicas locais.

É possível observar ainda formas de condenação local no processo. Um exemplo aconteceu em agosto de 1939, quando uma mulher chamada Faída Muasse se queixou, na administração do concelho de Pemba, que seu filho teve a mão queimada na resolução de um milando na sua povoação. Segundo as informações apresentadas pelos depoentes, o filho de Faída, Sei Alaine, foi acusado de manter relações sexuais com uma mulher casada. Como não houve confissão do adultério, o cabo da terra Namuacua Peridade tentou ge-

67 AHM – Administração do Concelho de Porto Amélia, Secção “F”, *Justiça*, várias caixas, Ano: 1929-1935, Autos-crimes (Diversos).

renciar o conflito, com o auxílio de um “adivinho profissional” para proceder a investigação judicial. Sai Alaine foi submetido à prova da água fervente. O acusado teve de colocar a mão em um recipiente com água fervente para retirar uma moeda. Ao finalizar a prova, Sei estava com as mãos queimadas, sendo considerado culpado. Com isso, o cabo da terra Namuacua Peridade o puniu, condenando-o ao pagamento de 100 escudos ao marido traído ou a trabalhar na sua *machamba*⁶⁸ até que o valor estipulado fosse alcançado. Irritada com a situação, Faida resolveu acionar a justiça colonial para livrar o seu filho da penalidade recebida no âmbito da justiça local⁶⁹. As informações sobre práticas jurídicas locais foram apresentadas nas entrelinhas do processo-crime, nos argumentos das testemunhas, o que ajuda a perceber que, localmente, as formas de culpabilizar e de atribuir penalidades às relações de adultérios entre homens e mulheres eram diferentes dos argumentos dos assessores.

Cabe ainda ressaltar que, em poucos momentos, os assessores eram convocados para um julgamento que envolvia ações de ofensas corporais ou furto; de um modo geral, participavam sempre das audiências sobre homicídio. Apesar disso, o Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas estabelecia que os assessores fizessem parte da organização desse tribunal, independentemente da ação a ser julgada. Ainda assim, o que se percebe da leitura dessa documentação é que houve um número ínfimo de ações de ofensas corporais, por exemplo, que foram fundamentadas por informações dos assessores durante esses seis primeiros anos⁷⁰. Somente no final da década de 1930 eles passaram a ser convocados com mais frequência para os julgamentos de ações de furto e de ofensas corporais.

No entanto, os assessores passaram a ter uma ação mais ativa no Tribunal Privativo dos Indígenas de Pemba ainda a partir de 1935. As afirmações apresentadas não eram mais repetidas. Começava a haver uma variação em seus argumentos, sempre de acordo com os casos e as situações. Foi possível perceber isso quando os assessores Metica e Ingoma, em 1937, apresentaram outra forma de declaração no julgamento de Limone. Metica e Ingoma disseram que “em direito e segundo o uso indígena o réu seria condenado a

68 Área de plantio.

69 AHM – Administração do Concelho de Porto Amélia, Secção “F”, *Justiça*, cx. 9, ano: 1939, Auto-crime de nº 38/1939 (acusado: NamuacuaPeridade).

70 AHM – Administração do Concelho de Porto Amélia, Secção “F”, *Justiça*, cx. 8, Autos-crime (Diversos).

entregar uma mulher da sua família à família da vítima”. Isso porque Limona espancou sua mulher Lavia, que logo veio a falecer. Limona confessou que ambos discutiram porque sua mulher não havia feito comida, e que, enraivecido, a agrediu. Com isso, o presidente do tribunal condenou Limona à pena de 20 anos de trabalhos públicos⁷¹.

É possível observar, nesse sentido, que as informações apresentadas pelos assessores nos julgamentos de Limona e NácirePitia apresentaram conteúdos diferentes sobre os direitos locais. Longe de apontar para uma homogeneidade, essas declarações têm formatos jurídicos diferentes de acordo com os chefes africanos presentes no tribunal e, sobretudo, em relação aos primeiros anos do Tribunal Privativo dos Indígenas de Pemba. Aos poucos, os argumentos de condenação das mulheres ou mesmo as responsabilizações delas pelo próprio assassinato passaram a ter uma mistura de elementos de formas jurídicas ditas como muçulmanas e locais, sobretudo no que se refere às penas a serem aplicadas aos réus.

Os vogais também passaram a apresentar argumentos e votos diferentes a partir da segunda metade da década de 1930. Anteriormente, votavam quase sempre pela “pena máxima”. No julgamento de Nácire Pitia, por exemplo, os vogais Marie e Piripiri votaram pela pena de morte remissível a 1000 escudos à família da vítima⁷². Desta vez, o voto foi similar às informações apresentadas pelos assessores nessa mesma audiência. Geralmente, o voto dos vogais complementava ou reafirmava a declaração apresentada pelos assessores, mas também foi possível observar casos em que as afirmações não foram coincidentes.

Nas povoações do concelho de Pemba, geralmente, quando ocorriam as agressões que levavam ao ferimento de alguém, o agressor deveria entregar ao agredido ou à sua família galinhas, peças de tecidos, espingarda, de acordo com a gravidade da lesão. Caso a ofensa corporal gerasse a inutilização de alguma parte do corpo, o acusado teria que entregar ao ofendido uma outra pessoa para auxiliá-lo a exercer as atividades para as quais passara a estar debilitado ou impossibilitado de realizar. Portanto, se a indenização não fosse cumprida, o acusado seria obrigado a pagar com a própria vida. O mesmo

71 AHM – Administração do Concelho de Porto Amélia, Secção “F”, *Justiça*, cx. 8, Auto-crime de n.º.1/1937 (acusado: Limona).

72 AHM – Administração do Concelho de Porto Amélia, Secção “F”, *Justiça*, cx. 8, Auto-crime de n.º 15/1935 (acusado: NácirePitia).

ocorria em caso de homicídio⁷³. Essas formas de punição são bastante similares às apresentadas pelos assessores na segunda metade da década de 1930. Dessa forma, até onde foi possível perceber, o princípio da penalidade na região do concelho de Pemba não era replicar a agressão, mas restituir os danos material e humano causados ao ofendido e à sua família.

Tudo isso faz pensar que a lei, assim como o campo jurídico como um todo, apresenta-se como uma arena de conflitos⁷⁴. Ainda que a lei esteja a serviço do poder, ela pode se voltar contra o próprio poder. Pessoas podem encontrar brechas dentro da própria estrutura do poder colonial e utilizá-las para auferir seus próprios interesses. O espaço de conflito existe porque “a ideologia dos grandes criou raízes num solo, mesmo que raso, de realidade”⁷⁵.

Os discursos e as narrativas das pessoas nos tribunais, assim como suas ações, chegaram a ser organizados a partir dos procedimentos das instituições⁷⁶, o que demonstra um certo conhecimento das normas jurídicas coloniais ao mesmo tempo em que passaram a reelaborá-las e a ressignificá-las à luz de outros valores e interesses. Dessa forma, mulheres e homens macuas e muanis agiam a partir do lugar social em que ocupavam em suas povoações e no mundo colonial que ali, crescentemente, se instalava.

Apesar disso tudo, as declarações dos assessores, dadas as penas apresentadas, pareciam pouco interferir nas decisões do juiz-administrador. Justificava-se que os africanos não tinham “apreço pela divisão dos poderes”, devendo os administradores coloniais se apresentarem como detentores de toda a soberania nos tribunais privativos⁷⁷. As sentenças eram elaboradas a partir do Código Penal Português de 1886, visto que o artigo 349.º determinava que “qualquer pessoa que voluntariamente matar outra” seria punida com pena

73 AHM – Direcção dos Serviços dos Negócios Indígenas, Secção “M”, *Codificações de Usos e Costumes*, cx. 1642, s/d, Missão Etnognosica da Colonia de Moçambique – Monografias Etnográfica da Província do Niassa (Porto Amélia); AHM – Direcção dos Serviços de Negócios Indígenas, cx. 1096, Ano: 1937, Questionário Etnográfico sobre escravidão no concelho de Porto Amélia; TRINDADE, Rodom, «Direito Gentílico Macua», *Revista do Gabinete de Estudos Ultramarinos*, n. 7 e 8, julho-dezembro, 1952.

74 THOMPSON, E. P., *Senhores e caçadores: A origem da Lei Negra*, Rio de Janeiro (Paz e Terra), 1987, pp. 350 a 351.

75 THOMPSON, E. P., *Senhores e caçadores: A origem da Lei Negra*, cit.

76 RIZZO, Lorena, «The elephant shooting: colonial Law and indirect rule in Kaoko, northwestern Namibia, in the 1920s and 1930s», *Journal of African History*, n. 48, 2007, p. 247.

77 MOREIRA, Adriano, *Administração da Justiça aos Indígenas*, cit., p. 103.

de 20 a 25 anos. Nenhuma sentença proferida pelo presidente do Tribunal Privativo dos Indígenas de Pemba apresentou duas penas diferentes, que respeitassem o Código Penal e as informações dos assessores, ou mesmo que seguisse as determinações dos chefes africanos.

Nos momentos referidos neste texto, é possível notar a presença crescente da moralidade europeia em torno da mulher e de seus comportamentos, o que indica uma compreensão da cultura, da mentalidade e do formato jurídico português em torno das relações desiguais locais entre homens e mulheres. Discursava-se exatamente o que interessava ao colonizador, ainda que não tivesse consonância com a realidade nas povoações. Era um lugar de conflito, no qual havia uma imposição de um direito ordenado pelo colonizador, no entanto, existia ainda um conhecimento que este não detinha. Este lugar de poder era, de uma certa forma, controlado pelas chefias africanas que arguíam de acordo com suas pretensões no mundo colonial e, em específico, no tribunal. Podemos pensar, também, que esses assessores tinham pouco interesse em relatar aspectos dos direitos locais. Cientes dos interesses dos administradores coloniais, esses chefes locais apresentavam informações que seguiam sentidos contrários aos defendidos no Código Penal Português, quando mencionavam pena de morte e retribuição da agressão sofrida. Naquela época, o direito português se opunha à pena de morte e a ofensas corporais como punição.

É importante considerar a existência dos possíveis conflitos gerados a partir da inserção de chefias locais nos tribunais privativos. Obviamente, esses chefes locais passaram a ter inúmeras restrições com o domínio colonial, entretanto, não podemos negar o aparecimento de uma multiplicidade de “mitos” originários dessas confrontações. Por um lado, havia os “mitos” dos colonizadores, voltados para legitimar seu sistema legal e sua “incorrup-tível” justiça como um fundamental benefício aos africanos. Por outro lado, os africanos respondiam com seus “mitos”, apresentando uma lei “africana”, viável, anterior à presença colonial, que sobrevivia em sua essência apesar do colonialismo como um corpo identificável de “leis tradicionais africanas”⁷⁸.

A despeito dessa tentativa de controle dos africanos através das autoridades locais, as informações que chegavam aos administradores coloniais poderiam ser ocultadas ou alteradas. Os chefes africanos poderiam driblar

78 Essa ideia de “mito” é usada por Martin Chanock, que pode ser pensada a partir de perspectiva de invenção de tradições ou construção de uma imagem. Ver: CHANOCK, Marti, «Neo-traditionalism and Customary Law Malawi», cit., p. 81.

os procedimentos judiciais dos tribunais privativos sem que os administradores coloniais percebessem ou mesmo com a concordância deles. As pessoas agiam a partir dessa relação de poder no mundo colonial.

Mesmo que a estrutura colonial tenha sido uma situação recente para aquelas pessoas, estas agiam de acordo com as relações ali estabelecidas, mesmo que continuassem a acreditar em seus próprios sistemas jurídicos. A opressão colonial não as impedia de agir e reagir a partir das possibilidades que lhes eram dadas, até porque eram excluídas do sistema e, ao mesmo tempo, usadas para editá-lo. Aquelas pessoas compreendiam as relações sociais de forma diferente dos colonizadores por dois motivos: por serem oprimidas nessa relação; e por deterem um conhecimento mais amplo, tanto do sistema jurídico local quanto do colonial.

V. CONCLUSÃO

Ainda que os argumentos e as declarações das chefias africanas direcionassem a decisão do administrador colonial no Tribunal Privativo dos Indígenas de Pemba, as informações passadas por eles permitiram desenvolver codificações e materiais etnográficos oficiais. Criaram-se registros em torno das práticas jurídicas dos africanos no norte de Moçambique, que foram oriundas das relações conflituosas dentro e fora das povoações, assim como aquelas que estiveram inseridas no mundo colonial.

Perceber as diferentes camadas de opressão e de poder torna possível entender como se deu o encontro desses diferentes formatos jurídicos. Tais relações conflituosas foram a base desse encontro jurídico. Portanto, é importante se atentar para como as pessoas compreenderam e/ou compreendiam os diferentes formatos jurídicos e como agiam e organizavam os seus discursos diante da existência de múltiplas camadas de poder, fator que não deixou de ter um efeito e influências nas relações coloniais.

É possível constatar que a forte opressão colonial não impedia que as pessoas usassem as brechas e as fragilidades daquele sistema para o seu benefício próprio. O que não quer dizer, por sua vez, que isso as isentava da violência colonial. Assim, se os homens tinham mais condições de utilizar instrumentos do próprio sistema colonial – neste caso, o aparato jurídico –, com o intuito de se beneficiar, as mulheres estavam cada vez mais excluídas das relações sociais e suas escolhas tornavam-se, crescentemente, condenáveis.

Bibliografia:

- AKINA-AINA, Sinmi, «Beyond an Epistemology of Bread, Butter, Culture and Power: Mapping the African Feminist Movement», in *Nokoko*, Fall, 2011.
- BARROS, José Costa D' Assunção, «O tratamento historiográfico de fontes dialógicas», in *Revista Expedições: teoria da História & Historiografia*, vol. 3, n. 4, 2012.
- BENTO, Carlos Lopes, «A Ilha do Ibo: Gentes e Culturas», in *Estudos Políticos e Sociais*, vol. XXIII, n. 1-4, 2001.
- CASIMIRO, Isabel & ANDRADE, Ximena, «Investigação sobre Mulher e Género no Centro de Estudos Africanos», in *Estudos Moçambicanos*, 21 (2005).
- CHANOCK, Martin, «Neo-traditionalism and Customary Law Malawi», in *Africa Law Studies*, n. 16 (1978).
- COISSORÓ, Narana, «O julgamento das questões gentílicas», in *Cabo Verde, Guiné, São Tomé e Príncipe*, Curso de Extensão Universitária, Lisboa (Junta de Investigação do Ultramar), ano letivo 1965-1966.
- CONCEIÇÃO, António Rafael da, *Entre o mar e a terra: situações identitárias do norte de Moçambique*, Maputo (Promédia), 2006.
- COTA, Gonçalves, *Mitologia e direito consuetudinário dos indígenas de Moçambique*, Estudo de Etnologia mandado elaborar pelo Gôverno Geral da Colônia de Moçambique, Lourenço Marques (Imprensa Nacional de Moçambique), 1944.
- COTA, José Gonçalves, *Projecto Definitivo do Código Penal dos Indígenas da colônia de Moçambique*, Lourenço Marques (Imprensa Nacional de Moçambique), 1946.
- JOÃO, Benedito Brito, *Abdul Kamal e a história de Chiúre nos século XIX e XX*, Maputo (Arquivo Histórico de Moçambique), 2000.
- LOURENÇO, Vitor Alexandre, *Mfumo e (Ti)Hosi: figuras do político em Moçambique*, Lisboa (Associação de Estudos Rurais/Universidade Nova de Lisboa), 2006.
- LUPI, Eduardo de Couto, *Angoche: Breve memoria sobre uma das capitánias-mores*, Lisboa (Typographia do Anuario Commercial), 1907.
- KOCH, Thorsten, *Islamic Law: Ordained Sharī'ah Principles v. Man-Made Code*, Disponível em <https://www.academia.edu/33721394/Islamic_Law_Ordained_Shar%C4%ABah_Principles_v._Man-Made_Code_UWTSD_2017_>. Acessado em 24 de fevereiro de 2020.
- MAGALHÃES, Albano de, *Estudos Coloniaes: I Legislação colonial*, Coimbra, 1907.
- MAMEDE, Suleimane Valy, *Maomé e o islamismo*, Braga (Editora Paz), 1967.
- MARTINEZ, F. Lerma, *O povo Macua e a sua Cultura*, Lisboa (Instituto da Educação/ ICT), 1989.

- MBEMBE, Achille, *Crítica da razão negra*, Lisboa (Antígona), 2014.
- McCLINTOCK, Anne, *Couro imperial: raça, gênero e sexualidade no embate colonial*, Campinas (Editora da Unicamp), 2010.
- MEDEIROS, Eduardo da Conceição, *História de Cabo Delgado e do Niassa (C. 1836-1929)*, Maputo (Arquivo Histórico de Moçambique), 1997.
- MOREIRA, Adriano, *Administração da Justiça aos Indígenas* (Agência Geral do Ultramar/ Divisão de Publicações e Bibliografia), 1955.
- MUDIMBE, Valentim Y, *A invenção da África: Gnose, Filosofia e a ordem do Conhecimento*, Magualde/Luanda (Pegado edições/ Edições Mulemba), 2013.
- NETO, Maria da Conceição, «Maria do Huambo: Uma vida de “indígena”. Colonização, estatuto jurídico e discriminação racial em Angola (1926-1961)», *África*, (35), 2015.
- PEREIRA, Edgar Adriano Nasi, *Aspectos da vida Macua: considerações etno-sociais, socioeconómicas e sociopolíticas sobre a vida dos povos do Norte de Moçambique*, Dissertação (licenciatura em Ciências Sociais), Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, Lisboa, 1964.
- PEREIRA, Rui Mateus, «A “Missão etnográfica de Moçambique”. A codificação dos “usos e costumes indígenas” no direito colonial português. Notas de Investigação», *Cadernos de Estudos Africanos*, 1 | 2001.
- RIZZO, Lorena, «The elephant shooting: colonial Law and indirect rule in Kaoko, northwestern Namibia, in the 1920s and 1930s», *Journal of African History*, n. 48, 2007.
- SERRA, Carlos (Dir.), *História de Moçambique*, vol. 1, Maputo (Livraria Universitária), 2000.
- SILVEIRA, Renato da, «Os selvagens e a massa: papel do racismo científico na montagem da hegemonia ocidental», *Afro-Ásia*, n.23, Rio de Janeiro, 1999.
- SMITH, Alan K, «The Idea of Mozambique and Its Enemies, c. 1890-1930», in *Journal of Southern African Studies*, vol. 17, n. 3 (Sep. 1991).
- STUART, Richard, «Os Nyanja, o U.M.C.A. e a Companhia do Niassa, 1880,1930», *Revista Internacional de estudos Africanos*, nº 3, Janeiro-dezembro, 1985.
- TAMALE, Sylvia, «Erotism, sensuality and “Women’s Secrets” among the Baganda: a critical analysis», *Feminist Africa*, Vol. 5, 2005.
- THOMPSON, E. P., *Senhores e caçadores: A origem da Lei Negra*, Rio de Janeiro (Paz e Terra), 1987
- TRINDADE, Rodom, «Direito Gentílico Macua», *Revista do Gabinete de Estudos Ultramarinos*, n. 7 e 8, julho-dezembro, 1952.
- VAIL, Leroy, «Mozambique’s chartered companies: the rule of the feeble». *Journal of African History*, XVII, 3 (1976).

A FLUIDEZ DO LIBERALISMO OITOCENTISTA:
UMA ANÁLISE DO DEBATE SOBRE ELEIÇÕES DIRETAS OU INDIRETAS
NAS CORTES GERAIS E EXTRAORDINÁRIAS DA NAÇÃO PORTUGUESA (1821-1822)
E NA PRIMEIRA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DO BRASIL (1823)

Maíra Tito¹

Resumo: O presente artigo analisa o transplante dos ideais das revoluções liberais do Século XVIII para as Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa (1821-1822) e a Primeira Assembleia Nacional Constituinte do Brasil (1823), a partir do estudo de caso específico dos debates sobre as eleições diretas ou indiretas dos futuros representantes das nações. É notório que os ideais liberais das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) serviram de modelo para processos constituintes posteriores, porém há evidências de que nesse transplante os modelos e instituições sofrem alterações decorrentes do ambiente social para onde são transferidos. O presente artigo pretende apresentar evidências dessas assimetrias no processo histórico que deu origem às Constituições Portuguesa (1822) e Brasileira (1824), esta última outorgada após a dissolução da Assembleia pelo Imperador Dom Pedro I. O processo investigativo tem caráter empírico e conceitual e utilizará informações disponíveis em fontes primárias e bibliográficas. A abordagem na análise dos documentos é doutrinária e interdisciplinar e as conclusões serão extraídas por meio de analogia e comparação. Ao final, o artigo apresentará evidências da assimetria no transplante da instituição de eleições diretas ou indiretas, o que levará à conclusão de que o liberalismo oitocentista era fluido e se adaptava aos ambientes sociais em que era inserido. **Palavras-chave:** Constituição, revolução, eleições, liberalismo, História Constitucional.

Abstract: The presente article analyses the legal transplant of 18th Century liberal revolutions ideals to the General and Extraordinary Courts of the Portuguese Nation (1821-1822) and the First National Constituent Assembly of Brazil (1823), through the case study of debates on the direct or indirect elections for the future representatives of the nations. It is a notorious fact that the liberal ideals from the American Revolution (1776) and French Revolution (1789) were models to following constitutional processes, although there is evidence that in this transplant the models and institutions were altered by the social environment to where they were transferred. The present article intends to bring to light evidences of these asymmetries in the process that gave birth to the Portuguese Constitution (1822) and Brazilian Constitution (1824), the last one granted by the Emperor Dom Pedro I, after dissolving the assembly. The research process is conceptual and empirical and will make use of available information in primary and bibliographic sources. The approach is

1 Maíra Tito é doutoranda em Direito na Universidade Nova de Lisboa, investigadora no Centro de Estudos Desenvolvimento em Direito e Sociedade da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e bolsista da Fundação Para a Ciência e a Tecnologia de Portugal. Contato: maira.tito@fd.unl.pt.

doctrinal and interdisciplinary and the conclusions will be extracted by using analogy and comparison. Finally, the article will present evidences of the asymmetry in the legal transplant of the institution of direct or indirect elections, which will lead to the conclusion that the 19th Century liberalism was fluid and adapted to the social environment where it was inserted.

Keywords: Constitution, revolution, elections, liberalism, Constitutional History.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. O CONSTITUCIONALISMO DAS REVOLUÇÕES; III. O TRANSPLANTE DOS IDEAIS LIBERAIS ENTRE CÁDIS, PORTUGAL E BRASIL; IV. O DEBATE SOBRE AS ELEIÇÕES DIRETAS OU INDIRETAS EM PORTUGAL E NO BRASIL; V. CONCLUSÕES; VI. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUÇÃO

Após o sucesso da Revolução do Porto em 1820, as Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa instalaram-se em 24 de janeiro de 1821 e convocaram todas as suas províncias a participar por meio de Deputados eleitos, tendo encerrado os trabalhos em 4 de novembro de 1822. As eleições para Deputados das províncias do Brasil foram tumultuadas e muitos sequer chegaram a Lisboa para assumir seu posto nas Cortes. Ao todo, 94 Deputados brasileiros efetivos e suplentes foram eleitos e 45 assumiram seu posto nas Cortes.² Destes, apenas 4 não assinaram o texto final da Constituição.³ Ainda em 1822 ocorreram os atos que marcam oficialmente a secessão do Império Português pela declaração de independência do Brasil. Em um destes atos, o então Imperador D. Pedro I convocou a Primeira Assembleia Nacional Constituinte do Brasil, em Decreto de 3 de Junho de 1822, e estabeleceu as instruções para eleições dos Deputados, em Decreto do dia 19 do mesmo mês e ano.

Apesar da secessão, Portugal e Brasil mantiveram traços comuns que podem ser verificados nas Constituições produzidas no período, ambas com forte traço conciliador entre o Poder Monárquico e o popular e pontos de continuidade em relação ao Antigo Regime. Tal fato é explicado por José Murilo de Carvalho, que sustenta que os laços entre as nações ultrapassavam a mera relação metrópole-colônia:

(...) a adoção de uma solução monárquica no Brasil, a manutenção da unidade da ex-

2 BERBEL, M. R.. *A Nação como Artefato: Deputados do Brasil nas Cortes Portuguesas 1821-1822*. São Paulo: HUCITEC FAPESP, 1999, p. 81.

3 BERBEL, M. R.. *A Nação como Artefato: Deputados do Brasil nas Cortes Portuguesas 1821-1822*, cit., p. 193.

colônia e a construção de um governo civil estável foram em boa parte consequência do tipo de elite política existente à época da Independência, gerado pela política colonial portuguesa. Essa elite se caracterizava sobretudo pela homogeneidade ideológica e de treinamento.⁴

A elite política brasileira tinha seus principais laços comerciais com Portugal, onde também era realizada sua formação profissional, vez que não havia Universidades no Brasil à época da secessão do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves. A análise da composição desta elite política revela os motivos pelos quais as soluções adotadas nas Constituições portuguesa e brasileira foram tão semelhantes. Entretanto, neste artigo será abordada uma evidência excepcional; o caso dos debates sobre eleições diretas ou indiretas dos futuros representantes das nações, que teve desfecho diverso nas Constituições brasileira e portuguesa. O caso selecionado para o escopo deste artigo demonstra que o transplante dos ideais liberais não sofreu distorções somente das revoluções americana e francesa para os casos da península Ibérica, mas também é possível constatar a fluidez do liberalismo dentro do próprio processo Constitucional luso-americano.

O presente artigo analisa o transplante dos ideais das revoluções liberais do Século XVIII pela Constituição Política da Monarquia Portuguesa (1822) e Constituição do Império do Brasil (1824), a partir do estudo de caso específico dos debates sobre as eleições diretas ou indiretas dos futuros representantes das nações. É notório que os ideais liberais das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) serviram de modelo para processos constituintes posteriores e há evidências de que nesse transplante os modelos e instituições sofrem alterações decorrentes do ambiente social para onde são transferidos. O presente artigo pretende apresentar evidências de que também há assimetrias no processo histórico contínuo que deu origem às Constituições Portuguesa (1822) e Brasileira (1824), esta última outorgada após a dissolução da Assembleia pelo Imperador Dom Pedro I e ambas também influenciadas pela Constituição de Cádiz (1812). Entretanto, não se trata de defender que os processos históricos franco-ingleses sejam de alguma forma centrais, deslocando o liberalismo ibero-americano para uma posição periférica. A investigação parte do pressuposto de que as nuances do liberalismo oitocentista são muitas e muito diversas, nos períodos e contextos em que se encontraram, sem que isso signifique classificá-las de forma cartesiana em maior e menor grau liberal.

4 CARVALHO, J. M. de. *A Construção da Ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 5ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

O artigo tem como marco teórico a vasta bibliografia disponível sobre o tema e como fonte primária os Diários das Cortes portuguesas e Anais da Assembleia brasileira. A bibliografia crítica e revisionista deste período histórico demonstra a fluidez dos ideais liberais das revoluções americana e francesa quando transplantados para as Constituições espanhola, portuguesa e brasileira, que apresentam diversos pontos de continuidade em relação ao Antigo Regime. Esta análise do constitucionalismo oitocentista pode ser realizada por meio da identificação dos pontos de rompimento e de continuidade em relação ao Antigo Regime. Há evidências de que a proposta liberal de um governo mínimo revela-se paradoxal, na medida em que é necessário um Estado forte para assegurar o novo modelo constitucional a ser adotado. António Manuel Hespanha é uma grande voz desta crítica, afirmando que:

[...] o liberalismo tinha sido, em Portugal, mais ou menos o mesmo que teria sido em toda a Europa Ocidental, sem sequer excluir as Ilhas Britânicas: um projecto constitucional que, além de teoricamente pouco consistente, não podia sequer realizar os pressupostos de sua realização prática. Ou, pondo as coisas de forma diferente: um período constitucional que, para se realizar na prática, tinha que começar por desmentir alguns de seus postulados teóricos. [...] Reivindicava-se da natureza dos indivíduos, mas pressupunha a sua educação. Contava com os automatismos de uma certa forma de sociabilidade, mas tinha, antes de tudo, que construir essa sociabilidade. Propunha um governo mínimo, mas tinha que governar ao máximo para poder, depois, governar pouco. Numa palavra, propunha natureza, mas precisava de artificialismos prévios.⁵

O artigo revelará evidências sobre a forma como se deu a transferência do constitucionalismo das revoluções para o caso luso-americano. Para atingir este objetivo, o artigo utilizará o marco conceitual de *legal transplants*, ou as transplante de normas e instituições de uma nação para outra. Os *legal transplants* serão abordadas não somente quanto ao seu aspecto espacial, mas também temporal, uma vez que estão localizadas na lacuna que existe entre a experiência e a expectativa, um vazio a ser preenchido pelos homens envolvidos no processo criador dos novos modelos de Estado.⁶

O objeto de estudo será abordado pela perspectiva de História do Direito

5 HESAPANHA, A. M.. *Guiando a mão invisível: direito, estado e lei no liberalismo português*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 6–9.

6 GALINDO, G. R. B.. *Legal transplants between Time and Space* (p. 129-148) in *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Thomas Duve (Ed.), Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main: 2014.

Global que, de acordo com o Thomas Duve⁷, pode se referir a duas espécies de estudos: o estudo da História do Direito para além da tradicional perspectiva nacional ou a História da globalização do Direito. O presente artigo está inserido no primeiro caso, na disciplina que visa ampliar ou complementar a historiografia tradicional, escrita do ponto de vista dos países, dos continentes ou por outras abordagens tradicionais. Desta forma, procura agregar a esta perspectiva a interação entre comunidades com historiografias diversas e a forma como estas influenciaram-se mutuamente.

Esta perspectiva global tem diversos efeitos. Primeiramente, implica em exame crítico e modificação do contexto espacial que está subjacente em várias historiografias tradicionais. O ponto de vista tradicional da historiografia é o Estado-Nação (Modernidade) ou os Impérios (Antiguidade, período medieval e início da Modernidade). Porém, nesses espaços havia uma multiplicidade de interconexões e interações que devem ser consideradas. A argumentação jurídica luso-espanhola não seria a mesma sem a interação com a primeira globalização, ocorrida no âmbito dos respectivos Impérios. A escravidão e sua abolição não podem ser compreendidos sem a análise dessas mesmas relações. Da mesma forma, é questionável a classificação dos sistemas jurídicos coloniais como “pré-História” em relação ao momento anterior à sua adesão aos respectivos Impérios. A descolonização intelectual é um dos elementos do ponto de vista global da História do Direito. O “nascimento do mundo moderno”, os movimentos de independência do final do Século XVIII e início do Século XIX, a era do Estado-Nação com sua codificação e constituições, devem ser compreendidos nesta mesma perspectiva e contexto globais, pois são parte de um complexo sistema de comunicações onde Constituições circulavam e eram traduzidas para as realidades nacionais.⁸

A História do Direito Global utiliza a mesma epistemologia que a História do Direito em geral, como a interdisciplinaridade e os métodos, e pode ser considerada como um campo especial da pesquisa histórica e como uma área de pesquisa jurídica básica. Como área da pesquisa histórica, dedica-se ao fenômeno de reprodução e tradução de normatividades sobre os espaços, às interações e influências de imperialismos formais e informais, enfrentando a

7 DUVE, T. *Entanglements in Legal History: Introductory Remarks in Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Thomas Duve (Ed.), Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main: 2014.

8 DUVE, T. *Entanglements in Legal History: Introductory Remarks in Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, cit.

dificuldade de estabelecer possíveis instrumentos de comparação em espaços e tempos diversos. Como parte da pesquisa jurídica básica, a disciplina incorpora a pesquisa histórica num discurso de evolução do Direito, embora muito diferente daquele discurso do Século XIX onde se distorcia o passado por aplicar categorias e conceitos do presente. Pelo contrário, cabe à disciplina estabelecer um diálogo entre comunidades de culturas jurídicas diversas para absorver suas concepções sobre o passado global e como esse passado pode dar forma ao futuro dos ordenamentos jurídicos. Assim, pode criar condições e solo fértil para uma disciplina jurídica transnacional, bem como exercer uma função crítica dos sistemas jurídicos.⁹

Além da dimensão construtiva, a investigação em História do Direito também tem uma função desconstrutiva ou crítica. Toda ordem jurídica está inserida em um contexto e a investigação envolve a revelação, análise e por vezes a revisão deste contexto para compreender as concepções e entendimentos nele implícitos. O artigo pretende, por isso, lançar um olhar crítico e revisionista sobre os debates e os textos constitucionais da época e trazer novas reflexões aos debates sobre o Direito Constitucional contemporâneo. A hipótese que o artigo pretende provar é que houve assimetria no transplante do constitucionalismo revolucionário liberal para o processo constitucional luso-americano, relacionada à diversidade de experiências das elites políticas quando inseridas nas Cortes Portuguesas e na Assembleia Brasileira.

A investigação será conduzida com foco no processo investigativo¹⁰, utilizando para tanto as habilidades contemporâneas necessárias como abordagem crítica e literacia da informação. O processo investigativo tem caráter empírico e conceitual, pois o mesmo utilizará as informações disponíveis nas fontes primárias e bibliográficas para apresentar uma visão crítica revisionista da História do Constitucionalismo oitocentista.

A abordagem na análise dos documentos é doutrinária e interdisciplinar, considerando a bibliografia disponível em obras de conteúdo jurídico e histórico. Analogia e comparação também são instrumentos metodológicos que o artigo utilizará para interpretar o processo histórico luso-americano à luz do período oitocentista espanhol e português.¹¹

9 DUVE, T. *Entanglements in Legal History: Introductory Remarks in Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, cit.

10 HUTCHINSON, T. C. *Developing legal research skills: expanding the paradigm*, Melbourne University Law Review, Volume 32, 2008, p. 1065-1095.

11 “In contrast to deductive reasoning, which entails reasoning from a general rule to

Por fim, é importante ressaltar que o instrumento para obtenção das conclusões o método hipotético-dedutivo, por meio do qual se pretende colher informações bibliográficas e dos documentos produzidos em certo período histórico para testar uma tese. As conclusões apresentadas demonstrarão evidências de um liberalismo bastante fluido e adaptável ao ambiente social em que está inserido, no caso específico do debate sobre eleições diretas ou indiretas.

II. O CONSTITUCIONALISMO DAS REVOLUÇÕES

De acordo com Maurizio Fioravanti (2014), o constitucionalismo nasce com o Estado Moderno, para controlar, limitar e regulamentar os poderes públicos, que, a partir do Séc. XIV, começam a se situar numa posição central sobre o território, valendo-se das prerrogativas de recolher impostos, declarar guerra e administrar a justiça. A este constitucionalismo denomina “primitivo”, pois ainda não conhece o “Princípio da Igualdade”, que, formulado pelas doutrinas de Direito Natural do Século XVII, irromperá mais tarde, às vésperas da Revolução Francesa. O marco histórico dessa transição seria a publicação do *Contrato Social* de Rousseau (1762), a partir do qual a Constituição não seria somente a norma fundamental de um corpo político, mas também um ato a derrubar o Antigo Regime e construir uma nova sociedade fundada na igualdade.

As revoluções representam uma ruptura com o constitucionalismo baseado no equilíbrio de poderes, na medida em que estabelecem a soberania de um único sujeito; o povo:

Em realidad, existia también una igualdad extremada en los orígenes de la propia Edad Moderna, solo que era extraña al recorrido del constitucionalismo que hasta aquí hemos seguido. Em efecto, no se vinculaba a las imágenes originariamente antiguas y medievales de la limitación del poder y del equilibrio de poderes. Por el contrario, se fundamentaba en una ruptura entre todo aquel mundo y un mundo concebido como totalmente nuevo y en el que, en lugar de una multiplicidad de poderes, se establecía un solo poder plenamente soberano y frente al cual, de modo especular, habría em adelante sola y exclusivamente individuos considerados em abstracto y, en este sentido, radicalmente iguales entre si.¹²

a specific case, analogy involves a process of reasoning from one specific case to another specific case.” CHYNOWETH, Paul. *Legal Research* in: Ruddock, L & Knight, A (eds.), *Advanced Research Methods in the Built Environment*, Wiley-Blackwell, Oxford, United Kingdom, 2008, p. 28-38.

12 FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales*. Editora Trotta: Madri, 2014, p. 30.

A Revolução Francesa oscilaria, constantemente, entre a democracia direta e a democracia representativa, entre a soberania da Lei e a soberania popular, ambas opostas ao constitucionalismo primitivo. Em seguida, Kant traria alguns princípios que considera serem os da Constituição do futuro, em ensaios publicados entre 1793 e 1797. O primeiro seria o princípio da liberdade, que consiste na livre busca da felicidade por parte de cada um enquanto não entre em conflito com a liberdade dos demais. O segundo é o princípio da igualdade, entendido como submissão de todos à mesma lei. No terceiro princípio, Kant estabelece que a forma de governo deve basear-se na separação de poderes. Assim, em relação à Revolução Francesa, Kant sustenta uma posição dúbia. Por um lado, reconhece a revolução como instrumento essencial para materialização dos princípios de liberdade e igualdade, por outro entende que há desequilíbrio e despotismo quando se concentra o poder de legislar e governar nas mãos do mesmo sujeito, especialmente na fase jacobina, com a assembleia de representantes do povo soberano¹³.

De forma oposta, Fioravanti observa que a Revolução Americana não surgiu, como a Francesa, para destituir o Antigo Regime e submetê-lo ao império da lei e da vontade geral, mas sim para limitar o próprio alcance da lei, no caso, do Parlamento Inglês. Esta lógica se encontra expressa, principalmente, no *Federalist* de Alexander Hamilton (1788), texto que propõe uma Constituição democrática em seu fundamento, moderada e equilibrada quanto à articulação dos poderes nela criados. Aí se encontram as origens do controle constitucional das leis, uma vez que Hamilton prevê instrumentos para controle do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.¹⁴

Antonio Negri, ao abordar a História do poder constituinte, também trata do constitucionalismo das revoluções. Observa que a Declaração de Direitos, parte da Declaração de Independência redigida por Thomas Jefferson, é formalmente dividida em quatro partes: 1) definição dos direitos fundamentais; 2) denúncia das arbitrariedades da Coroa inglesa contra as colônias americanas; 3) argumentação retórica para demonstrar a boa-fé do povo americano, e; 4) declaração formal de independência. A Declaração aborda o direito à vida, a ser garantido pelas leis locais e não deixado à mercê das revoluções internas ou das invasões externas, o direito à liberdade, por meio da institui-

13 FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales*, cit.

14 FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales*, cit.

ção, pelo povo, de uma judiciário independente, o direito à busca da felicidade, expresso em liberdade comercial e de povoamento do país, o direito ao governo consentido e democrático e o direito à resistência e à revolução. Os representantes na Declaração francesa, observa o filósofo italiano, também proclamam um conjunto de regras gerais pré-formadoras da vida social. O artigo II da Declaração de 1789 menciona expressamente os direitos à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade.¹⁵

Hannah Arendt comenta a natureza do poder constituinte, contrapondo o horror jacobino e a revolução como força abstrata e ideológica à revolução e Constituição americanas, fundadas no respeito e no desenvolvimento da liberdade. De acordo com a autora, a revolução é, sem dúvida, começo, mas somente quando o princípio constituinte se afasta da violência e da guerra é que o “novo começo”, o princípio constituinte e a liberdade se realizam.¹⁶

Jürgen Habermas aceita a ideia das duas revoluções, a americana e a francesa, derivadas de interpretações diferentes do direito natural. A francesa assume o direito natural como ideal a realizar, enquanto a americana o assume como um estado real que a intervenção política pode somente deformar. Assim, a produtividade constitutiva da política está com a revolução francesa. De acordo com o filósofo, as revoluções são certamente distintas em vários aspectos, e a superioridade da revolução francesa consiste no fato de que o político constitui o social, ao invés de subordinar-se a ele. É somente na França que o princípio constituinte de impõe e se define; a Declaração de Direitos é ato de fundação constitucional de uma nova sociedade.¹⁷

Seja qual for a interpretação que se dê aos dois movimentos, é fato que estavam fundamentados em ideias que tem sido historicamente agrupados sobre a mesma designação de iluministas e liberais, supostamente incompatíveis com as monarquias absolutistas vigentes. Mas o liberalismo tampouco era um só. Suas vertentes, mais radicais ou mais moderadas, podem ser encontradas nos clássicos textos da época.

Após 1789, revolução e poder constituinte entram na cena do pensamento moderno. O poder constituinte se manifesta como expansão revolucionária

15 NEGRI, A. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. DP&A: Rio de Janeiro, 2002.

16 Apud NEGRI, A. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*, cit.

17 Apud NEGRI, A. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*, cit.

ria da capacidade humana de construir a História, como ato fundamental de inovação e, portanto, como procedimento absoluto e ilimitado. Porém, para Negri, é necessário aceitar o conceito de poder constituinte como o conceito de uma crise, para somente então encontrar sua definição na definição desta crise, o que, acredita ele, não foi ainda realizado pela ciência jurídica. Nas palavras do autor:

O moderno é, assim, a negação de toda possibilidade de que a multidão possa se exprimir como subjetividade. Numa primeira definição, o moderno consiste nisto. Portanto, não é estranho, nem pode ser considerado imprevisto, que ao poder constituinte não possa ser concedido espaço algum. Quando ele emerge, deve ser reduzido à extraordinariedade; quando se impõe, deve ser definido como exterioridade; quando triunfa sobre toda interdição, exclusão ou repressão, deve ser neutralizado num 'termidor' qualquer. O Poder constituído é esta negação.¹⁸

Esta contradição ontológica entre poder constituinte e poder constituído torna possível interpretar o que ocorre no processo de transplante dos ideais liberais das revoluções francesa e americana para as Monarquias Constitucionais de Cádiz, de Portugal e do Brasil. Também explica a fluidez do liberalismo no caso luso-americano e as assimetrias ocorridas neste processo histórico.

III. O TRANSPLANTE DE IDEAIS LIBERAIS ENTRE CÁDIS, PORTUGAL E O BRASIL

O período histórico em que se deu a instalação da Primeira Assembleia Nacional Constituinte do Brasil, em 3 de maio de 1823, é aquele que sucedeu as revoluções liberais às quais se atribui o rompimento com o Antigo Regime, principalmente a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789). Esses movimentos deram origem a alguns dos mais importantes documentos constitucionais da História do Direito, como a Declaração de Independência e Constituição Americana e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e Constituição Francesa.

Diante da profusão dos ideais de revoluções liberais, em período logo anterior à Declaração de Independência do Brasil (1822), não é de surpreender que, na cerimônia de instalação da Primeira Assembleia Nacional Constituin-

¹⁸ Apud NEGRI, A. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*, cit.

te, o Imperador D. Pedro I tenha incluído em seu discurso as seguintes palavras:

Como imperador constitucional, e mui principalmente como defensor perpétuo deste império, disse ao povo no dia 1º de dezembro do ano próximo passado, em que fui coroado e sagrado, que com minha espada defenderia a pátria, a nação e a Constituição, se fosse digna do Brasil e de mim.

Ratifico, hoje, mui solenemente perante vós esta promessa, e espero que me ajudeis a desempenhá-la, fazendo uma constituição sábia, justa, adequada e executável, ditada pela razão e não pelo capricho, que tenha em vista tão somente a fidelidade geral, que nunca pode ser grande sem que esta constituição tenha bases sólidas, bases que a sabedoria dos séculos tenha mostrado, que são as verdadeiras, para darem uma justa liberdade aos povos, e toda a força necessária ao Poder Executivo. Uma constituição em que os três poderes sejam bem divididos, de forma que não possam arrogar direitos que não lhe compitam, mas que sejam de tal modo organizados e harmonizados, que se lhes torne impossível, ainda pelo decurso do tempo, fazerem-se inimigos, e cada vez mais concorreram de mãos dadas para a felicidade geral do Estado. Afinal uma constituição, que pondo barreiras inacessíveis ao despotismo, quer real, quer aristocrático, quer democrático, afugente a anarquia, e plante a árvore daquela liberdade, a cuja sombra deva crescer a união, tranquilidade e independência deste império, que será o assombro do mundo novo e velho.¹⁹

A convocação da Assembleia Constituinte e as instruções para eleição dos respectivos Deputados tiveram texto inspirado na Constituição de Cádiz (1812), que, em meio ao tumulto relacionado ao processo de secessão do Império Português, chegou a entrar em vigor no Brasil por um dia. Apesar da conjuntura acima exposta, o resultado do processo que deu origem à primeira Constituição do Brasil-Império não é o resultado de um processo revolucionário liberal, sendo possível identificar diversos pontos de continuidade em relação ao pensamento monárquico-absolutista, o chamado Antigo Regime.

As eleições para a Constituinte Brasileira já foram feitas com restrições à cidadania: exigia-se idade mínima de 20 anos, excluía-se os assalariados e os estrangeiros. A Constituição outorgada em 1824 foi além nas restrições: elevou a idade para 25 anos, excluiu os criados e, pela primeira vez, introduziu o critério da renda (mínimo de 100\$000 ao ano para os votantes nas eleições de primeiro grau.²⁰

19 BRASIL, Senado Federal. *Anais do Senado. Anno de 1823, Livro 1, Assembleia Constituinte do Império do Brasil*, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Brasília, p. 41.

20 CARVALHO, J. M. *A Construção da Ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 5ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

O debate sobre eleições diretas ou indiretas tem destino semelhante. Cádiz estabelece um complexo regime de eleições indiretas com diversas instâncias administrativas. Portugal se baseou neste modelo, porém durante os debates venceu a opção mais liberal de eleições diretas. No Brasil, que contava em sua Assembleia Constituinte com alguns Deputados que participaram das Cortes portuguesas, prevaleceu a opção mais conservadora de eleições indiretas.

Antônio Manuel Hespanha analisa o constitucionalismo oitocentista de forma crítica e revisionista. O título de uma de suas obras faz menção ao personagem Hércules, jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, utilizado pelo filósofo Ronald Dworkin para ilustrar sua teoria sobre a relevância dos princípios no ato de julgamento. O Juiz Hércules de Hespanha toma um caso e inicia seus trabalhos, buscando respostas na lei fundamental, no sentido constitucional dos “pais fundadores” daquela comunidade, porém se depara com a profusão de interpretações e diversidade de divagações existentes. O Hércules de Hespanha, aprofundando-se na história do constitucionalismo, termina confundido, questionando a própria existência dos pais fundadores de seu país e a originalidade, o sentido e a inequívocidade de sua produção. Da mesma forma, se desenrola o texto da obra, de cunho revisionista, questionando a história comemorativa do liberalismo português, segundo a qual esse representa uma ruptura com o passado, inaugurando um novo imaginário político, um novo sistema de regulação social e um novo modelo de poder político.²¹

A primeira crítica do autor em relação a essa história diz respeito à dependência do primeiro liberalismo em relação a formas mentais, processos e instituições típicos da monarquia corporativa. O imaginário da “graça régia” ou da “justiça distributiva”, por exemplo, transforma-se em “governo”, enquanto a administração pública se transmuta no conceito ativo de administração com dispositivos de gestão dominados pela preocupação a eficiência. A aparente contradição é justificada, semanticamente, por meio da utilização da expressão “revolução” no sentido de “regeneração” ou “restauração”: um governo era necessário para pôr as coisas de volta à sua ordem natural, corrompida pelos tempos.²²

A segunda crítica refere-se à intensidade liberal do período, uma vez que,

21 HESPANHA, A. M. *Hércules Confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*. Curitiba: Juruá, 2009.

22 HESPANHA, A. M. *Hércules Confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*, cit.

segundo o autor, trata-se de um projeto constitucional que, para se realizar na prática, tinha que começar por desmentir alguns dos seus postulados teóricos. Segundo Hespanha, a verdadeira reação ao Antigo Regime foi a rejeição à intervenção arbitrária do poder, considerando que ela deveria obedecer a um plano racional:

O Império de Napoleão e, depois, a Restauração e os regimes que se lhe seguem – em nome da razão, da ciência, da moral e dos bons costumes, do bom senso – foram institucionalizando esta nova razão, pondo-a em prática, ao promulgar os grandes códigos, ao construir um aparelho administrativo centralizado e mais eficaz, ao lançar as bases de uma vida social regenerada, regida pela ciência e pela técnica, e vitalizada por uma economia também dirigida por um cálculo racional e por códigos rigorosos de boas práticas, económicas e, também, morais (no sentido mais amplo da palavra).²³

Hespanha propõe então a existência de uma Constituição que paira atrás e acima da constituição estatal, onde questões sociais perturbadoras como o regime de propriedade, a punição, a fiscalidade, os direitos das mulheres e dos africanos são regulados sem intervenção estatal, nas páginas dos manuais universitários, revistas científicas, manuais de civilidade e cartilhas civilizadoras. Após desmontar o mito do “Estado mínimo” no liberalismo oitocentista, o autor pretende desmontar outro mito, o da sociedade voluntária e contratualista que estaria ao lado daquele, onde os constrangimentos seriam fruto de acordo de vontades, ou seja, autoconstrangimentos. Aqui se encontra a principal cisão entre o olhar histórico apresentado em *Hércules Confundido* e o olhar da história constitucional clássica.²⁴

Ao analisar o conceito oitocentista de cidadania sob a perspectiva da igualdade, Cristina Nogueira da Silva também questiona o caráter liberal das Constituições Monárquicas e observa que a ideia de progresso teve um papel relevante na justificativa de manutenção de desigualdades, fundamentando a continuidade de aspectos do Antigo Regime como a escravatura e as classes de cidadãos. De acordo com a autora:

A importância que aqui concedo ao princípio da igualdade relaciona-se também com as tensões que ele veio gerar no interior das doutrinas liberais sobre cidadania, bem como com as soluções que foram pensadas para as resolver. Como tentarei mostrar, uma dessas

23 HESPANHA, A. M. *Hércules Confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*, cit

24 HESPANHA, A. M. *Hércules Confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*. Curitiba: Juruá, 2009.

soluções, na qual me concentrei, articulou-se com uma narrativa sobre o futuro das sociedades humanas que ajudou a justificar, embora nunca de forma definitiva, a preservação de desigualdades políticas e sociais, com as correspondentes desigualdades formais no acesso aos direitos políticos e civis.²⁵

Mesmo nos Séculos XV e XVI, com o surgimento dos ideais jusnaturalistas, os homens possuem direitos naturais inerentes à sua existência e são por natureza iguais, porém tal afirmação não se traduziu em igualdade social e de direitos, vez que a igualdade natural deveria ser administrada e limitada pelos poderes constituídos. Ao contrário do iluminismo radical (*radical enlightenment*) de Diderot, D’Alambert, Bayle e Spinoza, nos Séculos XVII e XVIII, “a igualdade política e moral do homem em sociedade passou a ser requerida e justificada pela igualdade natural do estado pré-político”.²⁶ A cisão entre homens e mulheres, civilizados e não civilizados, justificada sob o conceito de igualdade aceito até então, sucumbe perante o novo radicalismo. A república democrática foi a forma de governo eleita como única capaz de produzir esta igualdade nas sociedades.

Já no Século XIX, a recepção do liberalismo mais moderado de Montesquieu e Locke culminou novamente em desigualdade, por meio da manutenção de estruturas do Antigo Regime e da criação de novas formas de exclusão política, fundadas no gênero, na propriedade, idade, nível de instrução. Em *Two Treatises of Government* (1698), John Locke sustenta, por exemplo, que o estado natural de igualdade dos homens não compromete as formas de desigualdade decorrentes da idade, do mérito, da virtude, da racionalidade. No mesmo sentido, Immanuel Kant sustenta que para ter direito ao voto o cidadão deve apresentar nível de independência social que somente é garantido pela posse de propriedades e pelo fato de ser homem e adulto (*Kant Political Writings*, 1991). Cristina Nogueira da Silva observa que a ideia que permeia tais narrativas é a de que a História viria a conduzir progressivamente os homens à igualdade, estando, portanto, justificadas eventuais situações de desigualdades, que seriam fatalidade histórica. Não era necessária, portanto, uma ação política promotora da igualdade, vez que o curso natural da História se encarregaria de promovê-la.²⁷

25 SILVA, C. N. *Conceitos oitocentistas de cidadania: liberalismo e igualdade*. Revista *Análise Social*, XLIV (192), 2009, p. 534.

26 SILVA, C. N. *Conceitos oitocentistas de cidadania: liberalismo e igualdade*, cit., p. 537.

27 SILVA, C. N. *Conceitos oitocentistas de cidadania: liberalismo e igualdade*, cit., p. 542

José Murilo de Carvalho faz uma detalhada análise da elite política imperial no Brasil, procurando responder a questões como a da unidade das ex-capitanias portuguesas, mantida após a Independência, ao contrário do que ocorreu com as ex-colônias espanholas no mesmo continente. Um dos aspectos abordados, que esclarece em parte essa questão, é a unidade de formação e ideológica da elite política brasileira, em sua maioria juristas formados na Universidade de Coimbra. Assim, é provável que no Brasil do início do Século XIX, da mesma forma que em Portugal, os ideais liberais tenham sofrido distorções e adaptações antes de serem positivados nos ordenamentos jurídicos destes países.

Carvalho nos traz indícios de que a ambiguidade verificada em Portugal será também constatada no Brasil-Império, onde:

Exigia-se a liberalização do Estado pela redução do controle sobre a economia, pela redução da centralização, pela abolição do Poder Moderador, mas recorria-se a ele para resolver os problemas da escravidão, da imigração, dos contratos de trabalho, do crédito agrícola, da proteção indústria. A intervenção iria naturalmente redundar em posterior aumento do poder do Estado e, portanto, em novas e mais enfáticas críticas à sua natureza não-liberal.²⁸

O conceito de *legal transplants*, ou transplantes jurídicos, termo inicialmente cunhado por Alan Watson e que pode ser definido como o movimento de uma regra ou um sistema jurídico de um país para outro ou de um povo para outro, é instrumento adequado para explicar assimetrias identificadas pelos autores no liberalismo ibero-americano. O movimento e a dimensão espacial são os aspectos mais relevantes para o autor. Pierre Legrand entende que *legal transplants* são impossíveis, vez que uma regra só pode existir compreendida no contexto social e cultural que a originou. As regras não viajam, portanto o conceito de *legal transplants* se refere a algo que não pode ser considerado Direito. A crítica de Legrand também enfatiza o aspecto espacial que, para Günther Teubner, é o espaço global, onde as fronteiras de tradição, Direito e instituições estão constantemente em interação e debate.²⁹

28 CARVALHO, J. M. *A Construção da Ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 5ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

29 GALINDO, G.R.B. *Legal transplants between Time and Space* (p. 129-148) in *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Thomas Duve (Ed.), Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main: 2014.

A crítica pós-colonialista ao conceito de *legal transplants* também possui uma dimensão espacial, quando contrapõe o mundo Euro-Americano ao Extra-Euro-Americano, o Norte ao Sul global, o primeiro e terceiro mundos. A tendência funcionalista do Direito Comparado defende que, se os sistemas jurídicos são tão diferentes que não podem ser comparados, o estudo deve focar nas semelhanças entre os sistemas. Entretanto, é necessário focar no fato do qual surgem as consequências jurídicas, independentemente de sua classificação ou denominação em cada sistema. A maioria das teorias em Direito Comparado foca na dimensão espacial e definem *legal transplants* como regras ou argumentos originalmente existentes em um espaço (Estado ou sociedade) que, por algum motivo, são aplicados a outro espaço.

Em todas as tendências citadas, há o consenso de que os sistemas jurídicos são porosos a influências externas. Diversas metáforas são utilizadas para enfatizar a dimensão espacial (difusão, empréstimo, circulação, migração, transferência, recepção e *cross-fertilization*).³⁰

Há outra dimensão relevante a ser considerada quando analisamos o conceito de *legal transplants*: o tempo. Para Reinhart Koselleck, *legal transplants* são uma coleção de experiências que ocorreram em determinado sistema jurídico e que espera-se que ocorram em outro sistema, antecipando e mudando o futuro deste. Experiência e expectativa são, portanto, conceitos essenciais aos *legal transplants*. Nas palavras de Koselleck, “espaço da experiência” é uma dimensão onde o passado recente se acumula e pode ser lembrado, enquanto o “horizonte da expectativa” é a linha a partir da qual não se pode ver, mas apenas projetar consequências e um futuro. Entre a experiência e a expectativa se localiza o tempo histórico, onde determinada sociedade e suas instituições de realizam.³¹

O debate sobre eleições diretas e indiretas é mais uma evidência de instabilidade e tensão no campo vazio situado entre a experiência e a expectativa, precisamente no ponto central de rompimento com o Antigo Regime: a participação dos cidadãos na escolha dos futuros governantes. Vale mencionar que a participação popular naquele momento histórico não se refere à possibilidade de representação de todas as parcelas da população no futuro órgão legislativo. Tal representação não era sequer parte do imaginário popular, pois alguns cidadãos estavam ainda absolutamente excluídos da vida pública, como era o caso das mulheres e dos escravos libertos. A participação signifi-

30 GALINDO, G.R.B. *Legal transplants between Time and Space*, cit.

31 GALINDO, G.R.B. *Legal transplants between Time and Space*, cit.

cava apenas a possibilidade de votar naqueles que seriam responsáveis pela condução da nação, assemelhando-se mais à capacidade de apontar quem seriam os servidores públicos a administrar o Estado.

As reflexões acerca dos transplantes de instituições do liberalismo podem ser aplicadas, com o auxílio da analogia, ao movimento dos ideais liberais da Constituição de Cádiz (1812) para a Constituição Portuguesa (1822) e desta para a Brasileira (1824). Há semelhanças e assimetrias nos três textos, como ocorreu no caso dos debates sobre eleições diretas ou indiretas dos futuros Deputados das Cortes nacionais. A fluidez liberal entre o iluminismo radical e as Constituições Monárquicas é evidente e pode ser verificado em diversos aspectos citados; no exercício da cidadania, na participação política, na forma de governo ou na composição e nos poderes do Estado.

O liberalismo oitocentista demonstra-se fluido e adaptável. De acordo com Christian Lynch³², uma evidência da moderação brasileira é a publicação do *Tratado de Direito Natural* de Tomás António Gonzaga, que viria a participar da Inconfidência Mineira, onde não se menciona os radicais iluministas como Rousseau, Locke, Diderot, D’Alambert e Montesquieu. Suas referências são aqueles comprometidos com o absolutismo e conciliados com a religião, como Hobbes, São Tomás de Aquino e São Gregório. O mineiro defendia que o rei não deve se subordinar ao povo, pois cabe somente a Deus julgar seus atos. Neste período, o registro do vocábulo “liberal” é encontrado no Dicionário Bluteau (1716) com significado distante do termo político. Liberal era pessoa generosa que dá coisas ou dinheiro, também a pessoa que promete muito e faz pouco, ou a pessoa de qualidade, em oposição a plebeus e escravos.

A Inconfidência Mineira (1789) se inspirava principalmente na História de Duas Índias, de Raynal, que revelava os abusos de Portugal em relação à colônia e narrava com detalhes o esforço militar empreendido na independência dos Estados Unidos. Entretanto, o modelo constitucional republicano não era objetivo dos inconfidentes brasileiros. Estava ausente o componente de isonomia que caracterizava o liberalismo norteamericano. O movimento era descrito por seus próprios fundadores como tentativa de restauração, e não de revolução. O futuro governo deveria respeitar e garantir a hierarquia social vigente. “Um movimento de oligarcas e no interesse

32 LYNCH, C. E. C. *O Conceito de Liberalismo no Brasil (1750-1850)* in Araucária Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades. Nº 17, p-212-234. Sevilla: Editorial Universidade de Sevilla, 2007.

da oligarquia, sendo o nome do povo invocado somente como justificativa.”³³

Diferente foi a abordagem da conjuração carioca de 1794, onde a inspiração na Revolução Francesa fez sustentar que os reis não são necessários, que os homens são livres e que as leis que vigoram na França são justas e deveriam ser aplicadas no Brasil. Entretanto, tais ideais enfraqueceriam com o passar das décadas e com a compreensão de que se tais ideias contagiassem os pobres ou os escravos, o objetivo dos movimentos independentistas estaria profundamente comprometido.³⁴

Neste momento, liberalismo era entendido no seu sentido econômico, ausente ainda o componente social. O advogado baiano José da Silva Lisboa exerceu papel relevante na decisão do Príncipe regente de pôr fim ao monopólio comercial português e abrir os portos brasileiros para a Inglaterra, sufocada pelo bloqueio de Napoleão Bonaparte. De acordo com o futuro Visconde de Cairu, o papel do governo deveria ser tutelar e não dirigente na economia. A abertura dos portos teve efeito na descrição do vocábulo “liberal” no Dicionário Moraes cinco anos mais tarde, onde constava que se trata daquilo que é livre e franco, a exemplo de uma liberal navegação. Em 1831, o mesmo dicionário já expandia a descrição, para abranger um sistema liberal de governo onde não se restringem a indústria e o comércio com demasiados regulamentos e impostos.³⁵

A partir dos debates constitucionais descritos no capítulo seguinte, é possível concluir que o motivo pelo qual as assimetrias ocorreram no transplante da instituições das eleições diretas ou indiretas é, principalmente, o ambiente social em que os debates ocorriam. Se alguns Deputados Brasileiros defenderam na Corte Portuguesa a eleição direta é porque se preocupavam com o retorno de uma política colonialista e esperavam participar ativamente da administração do Império. Já quando estes mesmos Deputados estavam na Assembleia brasileira, o temor de que o liberalismo radical gerasse violência e anarquia fez com que os posicionamentos fossem mais moderados. O modelo de liberalismo adotado em Portugal e no Brasil resulta, portanto, de uma adaptação local dos ideais liberais que os antecederam.

33 MAXWELL, K. *A devassa da devassa – A Inconfidência Mineira: Brasil-Portugal – 1750-1808*. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 156.

34 LYNCH, C. E. C. *O Conceito de Liberalismo no Brasil (1750-1850)*, cit.

35 LYNCH, C. E. C. *O Conceito de Liberalismo no Brasil (1750-1850)*, cit.

IV. O debate sobre as eleições diretas ou indiretas em Portugal e no Brasil

Nas discussões dos artigos 33 e 34 das Bases da Constituição nas Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa, surge a questão das eleições diretas ou indiretas, que foi imediatamente reconhecida como questão preliminar a ser discutida previamente aos artigos mencionados. Foi assim que, nas Sessões de 27 e 29 de agosto de 1821, passou-se ao mérito das eleições para futuros representantes da Nação; se deveriam ser diretas ou indiretas. A Sessão de 29 de agosto é também a primeira em que participam Deputados Brasileiros, dando posse aos representantes vindos da província de Pernambuco.

Os Diários das Cortes revelam que foram discutidos nessas sessões três principais modelos de eleições, com pequenas variáveis expostas pelos Deputados que se manifestaram no debate: um modelo de eleições diretas, onde os cidadãos votariam diretamente nos Deputados a comporem o futuro Poder Legislativo; um modelo de eleições indiretas onde os cidadãos elegeriam representantes que seriam os eleitores do futuro Poder Legislativo; e um modelo de eleições onde as províncias seriam divididas em unidades administrativas menores e pode ser adaptado tanto às eleições diretas ou indiretas.

Há variáveis em relação à forma de divisão das unidades administrativas, à formação das listas de candidatos, à contagem de votos e às definições de quem pode votar e quem pode ser votado. Os formatos são ora inspirados no modelo americano, ora no britânico, ora comparados ao modelo estabelecido na Constituição de Cádiz ou da República Francesa. As críticas geralmente se referem à impossibilidade de comparação do Império Português com os modelos citados, devido às suas características únicas (tamanho dos territórios, características culturais da população, regime de Monarquia Constitucional). Críticas específicas foram feitas a cada um dos modelos, por vezes embasadas na doutrina que fundamentou as revoluções liberais. Entre os defensores da forma mais radical de eleição direta está o Deputado Alexandre Thomas de Moraes Sarmiento (Beira) que afirma que para a lei ser a expressão da vontade geral dos cidadãos, é preciso que o órgão que a produz também seja resultado da vontade geral. Cita os exemplos da Grécia, Roma, Inglaterra e América Inglesa para defender que o modelo de eleições diretas evita a corrupção que pode ocorrer se a eleição de Deputados for conferida a um grupo pequeno de

eleitores.³⁶ Também representa esta corrente Henrique Xavier Baeta (Extremadura), que afirma que a eleição direta é o baluarte da liberdade e que há muita diferença em eleger alguém que elegerá seu representante e eleger o representante diretamente³⁷, e José Peixoto Sarmento de Queiroz (Minho), que encerra os debates afirmando que não é tão fácil iludir ou subornar os povos como se pensa.³⁸

Defensores mais moderados de eleições diretas são José Peixoto Sarmento de Queiroz (Minho), que defende as eleições diretas com divisão administrativa das regiões eleitorais para evitar tumultos, e António Lobo de Barbosa Ferreira Teixeira Gyrão (Trás-os-Montes), que tece comentários críticos às eleições diretas e às indiretas. Entende que as eleições diretas dificultam o suborno, porém “a multidão fascina-se, e às vezes se deslumbra com o falso brilho de um herói que depois degenera e lança a pátria em ferros”.³⁹ Por fim, vota pelas eleições diretas por considerar que o maior mal é risco de conluio que pode haver nas indiretas, levando à tirania e destruindo o espírito de liberdade em que se funda a Constituição. A possibilidade de corrupção e tumulto é preocupação recorrente entre os Deputados defensores de eleições indiretas. O temor de que as eleições diretas pudessem significar manipulação de eleitores supostamente menos esclarecidos leva alguns a defenderem modelos onde o território seria dividido em unidades administrativas menores controladas pelas paróquias. É o caso dos Deputados José Vaz Correa de Seabra (Beira) Deputado Manoel Borges Carneiro (Extremadura), e Manoel de Serpa Machado (Beira). Este último também argumenta que não há dúvida que nas eleições diretas e indiretas os eleitos representam a vontade da nação e, portanto, a questão seria qual das duas pode produzir o melhor resultado, ou seja, “dar Representantes que tenham luzes e capacidade para exercer semelhante cargo”.⁴⁰

O argumento clássico de suposta ausência de esclarecimento dos eleito-

36 PORTUGAL. Diários das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa, Número 161, p. 2030.

37 PORTUGAL. Diários das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa, cit., p. 2036.

38 PORTUGAL. Diários das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa, cit., p. 2080.

39 PORTUGAL. Diários das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa, cit., p. 2070.

40 PORTUGAL. Diários das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa, cit., p. 2033.

res portuguesas também é usado por Francisco Soares Franco (Extremadura) para apoiar a eleição indireta, pois julga que o povo ainda não está suficientemente instruído para votar.⁴¹

Outro argumento recorrente dos partidários das eleições indiretas é a impossibilidade de comparação aos modelos franco-ingleses, devido às próprias circunstâncias locais incomparáveis àquelas nações. Exemplo deste entendimento é o próprio Serpa Machado, que critica o modelo inglês, onde a corrupção seria farta, e o modelo americano, por se tratar de uma República e impossível de se comparar à Monarquia portuguesa. Francisco Simões Margiochi⁴² (Extremadura) também afirma que não é possível comparar os sistemas eleitorais dos povos antigos ou da Inglaterra com o caso português.

Há algumas posições mistas como a do Deputado Maurício José de Castello Branco Manoel (Madeira), que defende as eleições indiretas, mas nega a condição permanente da suposta falta de capacidade dos eleitores. Manoel enumera os três principais supostos inconvenientes sobre as eleições diretas; a possibilidade de tumulto, a dificuldade de verificação dos eleitores e a suposta incapacidade dos mesmos para fazer bom uso do voto. Defende que os dois primeiros podem ser solucionados pela divisão do território em distritos eleitorais e que o último será mitigado pelo período de dois anos que antecederá as eleições, tempo suficiente para que o povo português discuta e se informe sobre o que for necessário.⁴³

Os teóricos do iluminismo não são esquecidos no debate, revelando assim a conexão entre o liberalismo luso-americano e as obras que representam os ideais iluministas. O Deputado Moura⁴⁴ (Beira ou Minho) argumenta que deve ser escolhido o sistema que traga menos vícios e que apoia a forma como as eleições ficaram definidas no projeto apresentado, segundo o Deputado, um meio termo entre as diretas e as indiretas. Cita o exemplo das eleições diretas na França que, segundo ele, “o povo e suas alucinações” levaram a nação ao despotismo absoluto de Robespierre. Cita, também, Montesquieu e Maquiavel, apenas para reafirmar que o povo somente escolhe bem um

41 PORTUGAL. Diários das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa, cit, p. 2037.

42 PORTUGAL. Diários das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa, cit, p. 2073.

43 PORTUGAL. Diários das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa, cit, p. 2036.

44 PORTUGAL. Diários das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa, cit, p. 2075.

representante geral, mas quando se trata representantes para questões especiais, pode haver ilusão. Manoel Fernandes Thomaz⁴⁵ (Beira) contrapõe o argumento, afirmando que os males que ocorreram na França são de responsabilidade do caráter de Robespierre e não das eleições diretas. Afirma, ainda, que quando se nega a liberdade é que os o povo caminha para a anarquia.⁴⁶

Há também casos em que os argumentos de autores iluministas são distorcidos para justificar a continuidade de modelos lógicos do Antigo Regime, como o de Caetano Rodrigues de Macedo (Beira) que cita Montesquieu para, surpreendentemente, defender as eleições indiretas. Segundo o Deputado, é tão certo que o povo tem habilidade admirável de escolher aqueles a quem delegarão autoridade, que saberá escolher aqueles que os representariam como eleitores dos futuros Deputados. Lembra, ainda, que a Constituição francesa de 1793, que estabelecia eleições diretas, tampouco teve longa duração.⁴⁷ Francisco Manoel Trigoso de Aragão Morato (Beira) pondera que, além da divisão do territórios em unidades administrativas, deve haver restrição dos cidadãos que terão direito de votar e serem votados.⁴⁸ Estes representam a continuidade ideológica de pontos do Antigo Regime apontada nas obras de António Manuel Hespanha⁴⁹ e Cristina Nogueira da Silva⁵⁰.

Da análise dos argumentos, conclui-se que o modelo constitucionalista liberal luso-americano do Século XIX não é mera cópia imperfeita dos modelos franco-ingleses, e sim criação original da elite política portuguesa, ilustrada pelos autores e experiências das revoluções cronologicamente antecedentes, mas com olhos na realidade local e na prognose que se fazia do futuro do Império. As fontes consultadas apontam, portanto, para uma realidade não monolítica do constitucionalismo liberal, a exemplo do que defende Gabriel

45 PORTUGAL. Diários das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa, cit, p. 2076.

46 PORTUGAL. Diários das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa, cit, p. 2078.

47 PORTUGAL. Diários das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa, cit, p. 2034.

48 PORTUGAL. Diários das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa, cit, p. 2070.

49 HESPANHA, A. M. *Hércules Confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*, cit.

50 SILVA, C. N.. *Conceitos oitocentistas de cidadania: liberalismo e igualdade*, cit, p. 533-563.

Paquette⁵¹, que defende a existência de múltiplas, sobrepostas e por vezes competidoras versões do liberalismo. Esta postura contra-hegemônica revela a necessidade de reconstrução de Histórias do liberalismo que não figuram nas tradicionais obras franco-inglesas sobre o tema, de um pensamento político paralelo ou oculto da historiografia que não por isso deve ser considerado derivativo ou imitativo.

O resultado da votação é a vitória das eleições diretas por 66 votos contra 29.⁵²

Muito embora os primeiros Deputados brasileiros tenham chegado da província de Pernambuco já ao final do debate, votaram a matéria, 6 deles a favor das eleições diretas e somente 1 a favor das indiretas. Votaram pelas diretas Almeida e Castro, Muniz Tavares, Zeferino dos Santos, Araújo Lima, Pires Ferreira e Ferreira da Silva. Tavares de Lira votou pela eleição indireta. O mesmo não ocorrerá na Constituinte Brasileira. Embora a Assembleia

51 PAQUETTE, G. *Introduction: Liberalism in the Early Nineteenth-century Iberian World in History of European Ideas*, Volume 41, Issue 2, p. 153-165. Publicado online, 2015. DOI: 10.1080/01916599.2014.914312.

52 PORTUGAL. Diários das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa, cit, p. 2081. Pela eleição direta: Os senhores Freire; Povoas; Antonio Pereira; Bispo de Beja; Trigoso; Jeronymo José Carneiro; Felgueiras; Pinto Magalhães; Rosa; Affonso Freire; Moura Coutinho; Vaz Velho; Fernades Thomaz; Lopes de Almeida; Macedo Caldeira; Almeida e Castro; Moniz Tavares; Mendonça Falcão; Ferreira de Sousa; Canavarró; Gouveia Durão; Xavier Calheiros; Brandão; João de Figueiredo; Vicente da Silva; Ferrão; Sousa Miranda; Ribeiro Teixeira; Barreto Feio; Gonçalves de Miranda; Ribeiro Telles; Franzini; Zeferino dos Santos; Pereira Magalhães; Girão; Ribeiro Cosra; Francisco Antonio dos Santos; Leite Lobo; Innocencio Antonio; Castello Branco; Santos Pinheiro; Correa Telles; Xavier de Araujo; Sarmiento de Queiros; Luiz Monteiro; Sande; Rodrigues Sobral; Medeiros Manta; Araujo Lima; Pires Ferreira; Moraes Sarmiento; Moraes Pimentel; Barão de Molellos; Araujo Pimentel; Baeta; Queiroga; Rodrigues de Brito; Guerreiro; Bastos; Castro e Abreu; Ribeiro Saraiva; Alves do Rio; Vasconcellos; Castello Branco Manoel; André da Ponte; Ferreira da Silva.

Pela indirecta: Os senhores Camello Fortes; Travassos; Maldonado; Ferreira Borges; Correa de Seabra; Serpa Machado; Souza Machado; Arcebispo da Bahia; Margiochi; Annes de Carvalho; Gouvea Osorio; Borges Carneiro; Silva Correa; Aragão; Bispo de Castello Branco; Soares Franco; Faria Carvalho; José Joaquim Faria; Silva Negrão; Francisco João Moniz; Rodrigo Ferreira; Rodrigues de Macedo; Braamcamp; Carneiro Pacheco; Moura; Martins, Couto; Gomes de Brito; Soares de Azevedo; Tavares de Lira.

Tendo faltado a votar o senhor Barrozo, ficou por tanto decidido, que as eleições fossem diretas por 66 votos, contra 29.

tenha sido dissolvida por D. Pedro I antes de se discutir o artigo específico sobre eleições, fato é que a discussão ganhou destaque no Brasil já durante as Cortes portuguesas. As sessões parlamentares das Cortes eram impressas também nas províncias do ultramar e a reprodução de trechos de periódicos portugueses também contribuía para a divulgação do tema.⁵³

No Brasil, o Decreto publicado pelo Imperador D. Pedro I em 3 de junho de 1822 convoca a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa de Deputados das Províncias do Brasil, os quais serão eleitos na forma de instruções expedidas no dia 19 do mesmo mês e ano. A decisão sobre a forma do escrutínio ficaria a cargo do Conselho de Procuradores das Províncias do Brasil. Entre 10 e 16 de junho de 1822, quatro sessões do Conselho foram destinadas ao debate. Participaram Joaquim Gonçalves Ledo e José Mariano de Azeredo Coutinho pela província do Rio de Janeiro, José Obes, da província da Cisplatina, e Estevão Ribeiro de Resende, de Minas Gerais. Durante a discussão eleitoral também estavam presentes quatro ministros: José Bonifácio de Andrada e Silva (Império e Estrangeiro), Caetano Pinto de Miranda Montenegro (Justiça), Joaquim de Oliveira Alvares (Guerra) e Manuel Antonio de Farinha (Marinha).⁵⁴

Joaquim Ledo foi o único a manifestar-se pelas eleições diretas. O consenso dos demais foi suficiente para que as instruções estabelecessem que os Deputados da Assembleia Constitucional fossem eleitos por um sistema indireto, depois reproduzido na Constituição de 1824. Estevão Ribeiro de Resende sugeriu modelo similar ao de Cádiz, porém venceu a proposta de José Bonifácio de simplificar a eleição indireta e reduzi-la a dois graus. A exemplo dos debates ocorridos em Lisboa, a suposta falta de ilustração da população e o receio de tumultos foram argumentos contrários às eleições diretas.⁵⁵

Os debates apresentam evidências de um liberalismo utilitarista que se traduziu em governos mais reformistas do que não intervencionistas, pois deviam melhorar a sociedade e educar os cidadãos, e não somente garantir o exercício das liberdades individuais. A igualdade (ou desigualdade) presente era vista, portanto, como realidade transitória rumo a um futuro mais inclu-

53 SILVA, M. B. N. *Movimento constitucional e separatismo no Brasil, 1821-1823*. Lisboa: Livros Horizontes, 1988.

54 RODRIGUES, J. H. *Conselho dos Procuradores Gerais das Províncias do Brasil, 1822-1823*. Brasília: Centro Gráf. do Senado Federal, 1973.

55 SILVA, M. B. N. *Movimento constitucional e separatismo no Brasil, 1821-1823*, cit.

sivo. A cisão da cidadania entre as formas passiva (cidadãos detentores de direitos, porém excluídos da participação política) e ativa (cidadãos que podiam votar e ser eleitos) era justificada pela suspensão temporária do direito à participação política daqueles que não possuíam independência (propriedade e racionalidade) suficientes para exercê-la.⁵⁶

Esta aparente contradição pode ser explicada pelos ambientes sociais diversos em que os Deputados se encontravam quando discutiram o tema. A História do liberalismo no Brasil ocorre em circunstâncias muito diversas do ocorrido na península Ibérica.

Em 1821, com a Revolução do Porto, o vintismo chegou ao Brasil e conquistou adeptos, considerados inspirados pela Constituição de Cádiz e Revolução Francesa. As tropas do Rio de Janeiro aderiram e fizeram D. João VI jurar a futura Constituição. O termo liberalismo era pouco utilizado, mas o sinônimo desses ideais era representado por termos como constitucionalismo ou governo representativo. Representantes do vintismo no Rio de Janeiro eram Januário da Cunha Barbosa e Joaquim Gonçalves Ledo, que se inspiravam no republicanismo francês e acreditavam que a Constituição era a expressão de um pacto firmado entre os cidadãos para assegurar seus direitos naturais. Em São Paulo, o líder dos vintistas Diogo Antônio Feijó defendia que a Constituição deve apresentar garantias aos direitos e liberdades dos cidadãos frente ao governo.⁵⁷

Opunham-se a estes os liberais de direita, que não queriam um projeto tanto à semelhança da Constituição de Cádiz. Estavam entre eles Hipólito José da Costa, José Bonifácio de Andrada e Silva, José Joaquim Carneiro de Campos e José Severiano Maciel da Costa, que desejavam um projeto mais à semelhança do inglês e julgavam os princípios do vintismo teóricos, inexequíveis e passíveis de causar anarquia e despotismo.⁵⁸

Os Anais da Assembleia Constituinte Brasileira revelam que em 7 de maio de 1823, o Deputado José de Souza e Melo (Alagoas) sustenta que os governos das províncias necessitavam de urgente organização e por isso apresenta um projeto de breve Decreto contendo 10 artigos. O projeto estabelecia que nas províncias houvesse um Governador nomeado pelo Imperador, um Chefe Militar subordinado ao Governador, e um Juiz do Povo, encarregado de apurar

56 SILVA, M. B. N. *Movimento constitucional e separatismo no Brasil, 1821-1823*, cit, p. 548.

57 LYNCH, C. E. C. *O Conceito de Liberalismo no Brasil (1750-1850)*, cit.

58 LYNCH, C. E. C. *O Conceito de Liberalismo no Brasil (1750-1850)*, cit.

as queixas dos cidadãos contra o Estado e eleito de forma indireta assim como foram os Deputados.⁵⁹

Na sessão de 9 de maio de 1823 o Deputado Antonio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva (São Paulo) apresentou projeto com o mesmo objetivo, contendo 20 artigos, estabelecendo o governo das províncias por um Presidente indicado pelo Imperador e um Conselho composto de 4 ou 6 membros, a depender do tamanho da província. Os membros do Conselho seriam também eleitos de forma indireta, como foram os Deputados.⁶⁰ Em seguida o Deputado Antonio Gonçalves Gomide (Minas Gerais) leu a sua proposta, semelhante à anterior por prever a administração por um Presidente e um Conselho (nesta proposta, com 4 membros) eleito da mesma forma indireta que os Deputados.⁶¹

Em 10 de maio houve novo requerimento de urgência dos projetos de Decreto e somente em 27 de maio de 1823 inciou-se a breve discussão dos mesmos. A única referência ao sistema eleitoral dos Governos das Províncias partiu do Deputado Alencar:

Sr. presidente, o decreto de 29 de Setembro que creou as juntas provisórias firma-se em tres bases – corpo colectivo; eleição popular; e independência de autoridades – consideremos qual destas bases tem mais desagradado o povo, e causado mais perturbações. Eu creio, que as duas primeiras agradarão, e ainda agradão, e a ultima é que tem sido a pedra de escandalo; em prova desta asserção eu vejo, que através de tantas perturbações, que têm havido nas provincias, e de tantas mudanças de governos, ainda uma só provincia não deixou de usar desse direito, que uma vez se lhe concedeu para eleger a um só homem para a governar; pelo contrario tem sempre nomeado novas juntas, e sempre reunindo-lhes a dependencia do governador das armas, e mais autoridades da provincia.

O projecto em questão pelo contrario destróe as bases, que agradarão ao povo, e conserva aquella, que lhe é odiosa, isto é, a independência do governador das armas; e será prudente ir assim chocar com a opinião publica, (ainda por força de principios), em um tempo de desconfianças, e convulções, não tendo nós ainda apresentado ao menos o esqueleto do edificio, que vamos organizar? Creio que não é prudente, é antes perigoso.⁶²

59 BRASIL, Senado Federal. *Anais do Senado. Anno de 1823, Livro 1, Assembleia Constituinte do Império do Brasil*, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Brasília, p. 66.

60 BRASIL, Senado Federal. *Anais do Senado. Anno de 1823, Livro 1, Assembleia Constituinte do Império do Brasil*, cit. p. 69.

61 BRASIL, Senado Federal. *Anais do Senado. Anno de 1823, Livro 1, Assembleia Constituinte do Império do Brasil*, cit. p. 70.

62 BRASIL, Senado Federal. *Anais do Senado. Anno de 1823, Livro 1, Assembleia Constituinte do Império do Brasil*, cit p. 181.

Passou-se à votação e venceu que o projeto passava à segunda discussão por 36 votos contra 19.⁶³ A segunda discussão ocorreu em 16 de junho de 1823. O Deputado Augusto Xavier de Carvalho (Paraíba do Norte) iniciou o debate criticando a ausência de intensidade liberal em todos os projetos apresentados:

E convirá neste estado de convulsão arrancar aos povos o governo da sua escolha, em quem elles confião, e dar-lhes um da escolha e confiança só do ministerio, e que em verdade, muito se approxima aos do antigo despotismo, porque as diferenças são só apparentes?⁶⁴

Seguiu-se longa discussão sobre confiar ou não o Poder Executivo a uma pessoa só, no lugar das Juntas Provisórias estabelecidas, e sobre a própria conveniência de aprovar os projetos como remédio parcial naquele momento ou aguardar a aprovação final da Constituição. O Deputado Luis Ignacio de Andrade Lima (Pernambuco) apresenta emenda que substitui a nomeação do Governador pelo Imperador por eleições indiretas do mesmo, nos moldes das eleições dos Deputados.⁶⁵

Em 18 de junho inicia-se o debate sobre a forma de eleições do Conselho provincial. As eleições indiretas são aprovadas quase sem ocorrência de debate.⁶⁶

63 BRASIL, Senado Federal. *Anais do Senado. Anno de 1823, Livro 1, Assembleia Constituinte do Império do Brasil*, cit, p. 182. Votaram a favor, os Srs.: Fernandes Pinheiro, Senna Ribeiro, Martins Bastos, Andrada e Silva, Rodrigues Velloso, Couto Reis, Ribeiro de Andrada, Arouche Rendon, Costa Aguiar, Andrada Machado, Pinheiro de Oliveira, Rocha, Rezende Costa, Maia, Teixeira, Vasconcellos, Rocha Franco, Silveira Mendonça, Velloso Soares, Camara, Teixeira de Gouvêa, Rodrigues da Costa, barão de Santo Amaro, Pereira da Cunha, Accioli, Lopes Gama, Caldas, Souza Mello, Henriques de Rezende, Muniz Tavares, Ferreira Barreto, Cavalcanti de Lacerda, Locio e Seilbitz, Almeida e Albuquerque, Rodrigues de Carvalho, Navarro de Abreu e Pacheco e Silva.

Votarão contra, os Srs.: Paula e Mello, Ribeiro de Rezende, Araujo Vianna, Gomide, Dias, Furtado de Mendonça, França, Nogueira da Gama, Carneiro de Campos, Ribeiro de Sampaio, Andrade Lima, Fortuna, Araujo Lima, Xavier de Carvalho, Ferreira Nobre, Cruz Gouvêa, Carneiro da Cunha Alencar, Ornellas.

64 BRASIL, Senado Federal. *Anais do Senado. Anno de 1823, Livro 2, Assembleia Constituinte do Império do Brasil*, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Brasília, p. 70.

65 BRASIL, Senado Federal. *Anais do Senado. Anno de 1823, Livro 2, Assembleia Constituinte do Império do Brasil*, cit, p. 83.

66 BRASIL, Senado Federal. *Anais do Senado. Anno de 1823, Livro 2, Assembleia Constituinte do Império do Brasil*, cit, p. 96.

Embora a discussão do projeto constitucional tenha sido interrompida ainda nos seus artigos iniciais por Decreto de Dom Pedro I – portanto anteriormente à discussão dos artigos referentes ao processo eleitoral –, quando se tratou da organização dos governos provinciais, a forma de nomeação indireta foi aprovada sem polêmica. Nem mesmo parlamentares que haviam participado das Cortes Portuguesas e votado a favor das diretas defenderam a mesma posição no Brasil, a exemplo dos representantes de Pernambuco, Francisco Muniz Tavares e Pedro de Araújo Lima.

Novamente, os debates demonstram a fluidez do liberalismo oitocentista luso-americano. No caso português, o interesse era a manutenção da união do vasto Império e retorno do centro de poder, da sede, do Rei e da Corte para Lisboa. O texto que compõe as bases da Constituição fora inspirado na Constituição de Cádiz (1812), sendo ambas refratárias ao republicanismo e à independência dos territórios ultramarinos. No caso brasileiro, a realidade era de uma sociedade muito mais heterogênea onde, historicamente, o poder de poucos sobre muitos era mantido com base na opressão e na violência. Em Portugal a elite tinha origem em uma nobreza hereditária, no Brasil a elite recém-formada com a secessão do Império era “uma espécie de aristocracia da riqueza e do poder”⁶⁷ constituída, inicialmente, pelos senhores de engenho, que exerciam seu poder sobre escravos que representavam mais de 75% da população brasileira.

Esta oposição entre liberais de esquerda e de direita culminou na dissolução da Assembleia Constituinte pelo Imperador, não porque queria restaurar a monarquia pura, mas porque julgava que devia outorgar seu próprio projeto, segundo ele mais liberal que o que ali se discutia. O resultado foi uma carta que selou um compromisso entre vintistas e realistas: ficou estabelecido o sistema bicameral, criado o poder moderador, mas também se inseriu uma extensa declaração de direitos nos moldes ibéricos. Como resultado da pacificação, a Constituição duraria até 1889, quando se deu a proclamação da República.

V. CONCLUSÕES

A contradição ontológica entre poder constituinte e poder constituído descrita por Antonio Negri se aplica, por analogia, ao objeto de estudo. Mesmo no caso das Monarquias Constitucionais, onde não houve um processo revo-

67 SCHARCZ L. M., & STARLING, H. M. M.. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

lucionário em sentido estrito, mas sim uma negociação entre os revolucionários liberais e os herdeiros do poder do Antigo Regime, é possível notar que a força dos ideais liberais é adaptada quando confrontada com representantes das antigas oligarquias nas discussões parlamentares. Com exceção do caso português, onde as eleições diretas venceram a votação nas Cortes Constitucionais, Brasil e Cádiz aderiram a complexos sistemas eleitorais que na prática representam maior distanciamento entre supostos detentores do poder no liberalismo, o povo, e aqueles que os representam, membros do Poder Legislativo.

Ao tratar das eleições, as Constituições Portuguesa de 1822 e Brasileira de 1824 também estabelecem restrições à capacidade eleitoral ativa e passiva, excluindo de qualquer participação os escravos libertos, os criados de servir e os demais cidadãos cuja renda não atingisse o valor fixado. As mulheres sequer são mencionadas, pois estavam totalmente excluídas da vida política e só conquistariam o direito ao voto muitas décadas depois.

Muito embora haja unidade ideológica e de formação nas elites portuguesas e brasileiras no Século XIX, como demonstra José Murilo de Carvalho, houve assimetrias dentro do próprio processo histórico constitucional luso-americano, onde instituições do liberalismo sofreram adaptações de acordo com o ambiente social encontrado. Em ambos os casos, governo ou monarquia representativa era considerada um modelo intermediário entre a democracia e a monarquia pura, um governo misto, que se combinava umas vezes com elementos democráticos, outras vezes com a aristocracia e democracia conjuntamente. Mas no Brasil o debate constitucional sequer foi concluído, pois D. Pedro I dissolveu a Assembleia e outorgou a Constituição Política do Império do Brasil em 1824.

Nos debates transcritos nos anais da Assembleia, é recorrente o argumento, também muito comum nas Cortes Portuguesas, de que a sociedade não estaria plenamente evoluída a ponto de assumir grandes responsabilidades como a escolha direta de seus representantes, um padrão verificado nos estudos de Antonio Hespanha, Cristina Silva e Murilo de Carvalho. É comum também a crença de suposta ausência de homens ilustrados entre o povo do interior, das regiões rurais, das pequenas aldeias. Ao invés de revolução, há cerimoniais que demonstram a conciliação entre os liberais e os monarcas. Ao invés de liberdade, são adotadas soluções adequadas ao suposto estágio de maturidade das sociedades, sob argumento de que a adoção de modelos mais liberais poderia resultar em desastres.

A História do Direito em perspectiva global possibilita a expansão das categorias analíticas, assim como os estudos comparativos fazem, tendo como resultado uma alienação produtiva do objeto de estudo por meio da mudança de ponto de vista, de forma a decentralizar e reinterpretar a História do Direito. Há uma função emancipadora nesta abordagem, uma vez que algumas regiões que costumavam utilizar as categorias analíticas eurocêntricas para analisar seus ordenamentos jurídicos passam a desenvolver outros pontos de vista, possibilitando o surgimento de narrativas não-hegemônicas. É o que o artigo se propôs a fazer, ao demonstrar pela análise dos debates sobre eleições diretas que a unidade de formação e treinamento das elites políticas portuguesa e brasileira sofreu rupturas durante o processo histórico constitucional do início do Século XIX.

O estudo dos debates também permite concluir que a ideia de progresso permeia a discussão e está sempre associada a uma clara e determinada direção para algo subjetivamente melhor. A partir do Século XIX, o conceito começou a ser associado à noção de ideologia, no sentido de que passou a ser utilizado para criar e manter uma dicotomia entre pólos opostos como certo e errado, bem e mal, nações civilizadas e não civilizadas. A ideia de progresso é relevante para dois aspectos dos *legal transplants*: para enfatizar que neste processo a ideologia importa e para reconfigurar o conceito de “outro” nos estudos jurídicos comparativos. No debate sobre as eleições, há evidência de que os representantes eleitos para as cortes se reconhecem como parte de uma elite política, uma parcela da população evoluída em relação os “outros” compatriotas do campo ou das aldeias. Enquanto os outros não atingirem o mesmo nível de progresso que os Deputados, o medo e a análise de probabilidades farão parte do imaginário durante o debate, pois torna-se necessário avaliar quais podem ser as consequências de permitir o voto direto a quem pode não saber votar bem.

A ideologia ajuda a formar consensos ou resistências em relação aos transplantes jurídicos. No caso analisado neste artigo, venceu a opção mais liberal em Portugal e a mais conservadora no Brasil. Neste último, os participantes da discussão são movidos por uma experiência prévia diversa, de conflito e violência nas recentes revoltas pela Independência, embora façam parte da mesma elite política formada em Portugal. Também estão diante de um público diverso quando participam dos debates, que contam com a presença do Imperador D. Pedro I e políticos a ele ligados.

A prognose é outro elemento relevante para a compreensão dos debates

constitucionais, pois ao discutir o texto constitucional os Deputados são levados a de prospectar o futuro, antecipando e procurando prever as implicações das relações de poder, traçando planejamentos. A prognose pode ser um desejo mental ou ultimato para a ação. Ao prospectar, o indivíduo procura moldar o futuro. A prognose também compõe o conceito de *legal transplants*, que implica não só em uma dimensão espacial, mas também em uma dimensão temporal, localizada na lacuna entre a experiência e a expectativa.

Portanto, não se trata apenas de transferir ou traduzir uma regra jurídica de um espaço a outro, mas de moldar ou mudar o futuro. Neste espaço entre a experiência e a expectativa há muita tensão. Só é possível esperar que uma norma funcione no contexto transplantado, não é possível prever. Porém, a tendência a previsões é inerente a característica humana de tentar controlar o tempo.

A fluidez do liberalismo oitocentista é a principal conclusão da análise deste trecho do processo constitucional luso-americano. Diferente do que José Murilo de Carvalho observou em sua análise da elite política imperial brasileira, neste caso há assimetria entre as elites portuguesas e brasileiras. Uma possível explicação encontra-se no próprio texto de Carvalho, quando sustenta que havia uma ambiguidade dentro do Estado Brasileiro em formação, na medida em que o emprego público aberto a todos que tivessem a formação necessária abrigava, justamente, aqueles que de outra forma não encontravam espaço no modelo agrário-escravista vigente à época. O mesmo Estado que dependia, para sua manutenção, das rendas geradas pela agricultura escravista de exportação, abrigava os marginais desse sistema, o que acabou por gerar uma tensão solucionada pela força do poder ainda remanescente do Antigo Regime, quando D. Pedro I dissolve a Assembleia e outorga a Constituição de 1824.

A História do liberalismo oitocentista luso-americano demonstra, também, grande distanciamento em relação ao liberalismo clássico ou radical. Em Portugal, a designação “revolução liberal” remete a um conceito vago, onde o republicanismo não tem espaço e o Estado é essencial para estabelecer a nova ordem. Do liberalismo dos Estados Unidos, o Brasil aderiu ao anticolonialismo e o liberalismo econômico, mas descartou o modelo fundado na liberdade e igualdade dos cidadãos. Da França, emprestou a existência de uma declaração expressa de direitos, mas rejeitou o republicanismo. A preocupação dos Deputados Brasileiros e do Imperador Dom Pedro I com a possível guerra ou anarquia decorrentes de uma adesão da população de pobres e

escravos aos ideais liberais moldou um processo Constitucional singular onde os conceitos transplantados foram adaptados à realidade local.

Por fim, uma vez que o objetivo desta abordagem comparada não é classificar os processos constitucionais analisados em uma espécie de escala onde alguns seriam considerados mais ou menos liberais que os outros, é necessário reafirmar a fluidez do liberalismo oitocentista verificado nas fontes consultadas. O termo fluidez pretende evidenciar sua propriedade de adaptação ao contexto em que é inserido. Ao invés de encontrar um núcleo liberal monolítico tomado como referência por processos periféricos que seriam considerados incompletos ou imperfeitos, a investigação revela constitucionalismos liberais de várias nuances; mais próximos ou mais distantes dos autores iluministas, adeptos ou refratários ao republicanismo, com soluções das mais diversas para a criação de novas formas de governo, como no caso das eleições dos futuros representantes da nação.

Com esta conclusão, o artigo pretende contribuir para a reconstituição da História do constitucionalismo liberal luso-americano e, em certo grau, para a História do liberalismo ibero-americano, com o objetivo emancipador de reconfigurar a tradicional perspectiva nacional da historiografia tradicional e lançar um olhar global sobre as interações entre as experiências abordadas.

VI. BIBLIOGRAFIA

- ALONSO, Clara Álvares. “Un rey, una ley, una religión. Goticismo y constitución histórica en el debate constitucional gaditano” in *História Constitucional*. Revista Eletrônica de História Constitucional, 1 (2000).
- BERBEL, Márcia Regina. *A Nação como Artefato: Deputados do Brasil nas Cortes Portuguesas 1821 1822*. São Paulo: HUCITEC FAPESP, 1999.
- BERBEL, Márcia Regina e OLIVEIRA, Cecília Helena Salles, orgs., *A Experiência Constitucional de Cádiz. Espanha, Portugal e Brasil, S. Paulo*, Editora Alameda, 2012.
- BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos políticos da História do Brasil*. 3ª ed. Brasília: Senado Federal, 2002.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BRASIL, Senado Federal. *Anais do Senado. Anno de 1823, Livro 1, Assembleia Constituinte do Império do Brasil*, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Brasília.
- CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 5ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- CHYNOWETH, Paul. *Legal Research* in: Ruddock, L & Knight, A (eds.), *Advanced Re-*

- search Methods in the Built Environment*, Wiley-Blackwell, Oxford, United Kingdom, 2008, p. 28-38.
- DUVE, Thomas. *Entanglements in Legal History: Introductory Remarks in Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Thomas Duve (Ed.), Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main: 2014.
- FIORAVANTI, MAURIZIO. *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales*. Editora Trotta: Madri, 2014.
- FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELÄNDER, Airton (orgs.). *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2008.
- GARRIGA, Carlos. LORENTE, Marta (coords). *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*. Madri, CEPC, 2007.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Legal transplants between Time and Space* (p. 129-148) in *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Thomas Duve (Ed.), Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main: 2014.
- HESPANHA, António Manuel. *Guiando a mão invisível: direito, estado e lei no liberalismo português*. Coimbra: Almedina, 2004.
- HESPANHA, António Manuel. *Hércules Confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*. Curitiba: Juruá, 2009.
- HUNTCHINSON, Terry C. *Developing legal research skills: expanding the paradigm*, Melbourne University Law Review, Volume 32, 2008, p. 1065-1095.
- KROEZE, I. J. *Legal Research Methodology And The Dream Of Interdisciplinarity*, Potchefstroom Electronic Law Journal 2013(16)3.
- LORENTE, Marta. PORTILLO, J.M. (eds). *El momento gaditano. La constitución en el orbe hispano, 1808-1826*. Madrid: Cortes generales, 2012.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. *O Conceito de Liberalismo no Brasil (1750-1850)* in Araucária Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades. Nº 17, p-212-234. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, 2007.
- MAXWELL, Kenneth. *A devassa da devassa – A Inconfidência Mineira: Brasil-Portugal – 1750-1808*. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 156.
- NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. DP&A: Rio de Janeiro, 2002.
- PAQUETTE, Gabriel. *Introduction: Liberalism in the Early Nineteenth-century Iberian World in History of European Ideas*, Volume 41, Issue 2, p. 153-165. Publicado online, 2015. DOI: 10.1080/01916599.2014.914312.
- PORTUGAL. *Diários das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa*. Lisboa: Arquivo Histórico Parlamentar.
- RODRIGUES, José Honório. *Conselho dos Procuradores Gerais das Províncias do Brasil, 1822-1823*. Brasília: Centro Gráf. do Senado Federal, 1973.
- SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Movimento constitucional e separatismo no Brasil, 1821-1823*. Lisboa: Livros Horizontes, 1988.
- SILVA, Cristina Nogueira da. *Conceitos oitocentistas de cidadania: liberalismo e igualdade*. Revista Análise Social, XLIV (192), 2009, p. 533-563.

- SILVA, Cristina Nogueira da & Ângela Barreto Xavier, Pedro Cardim, *António Manuel Hespanha, Entre a História e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2015.
- SILVA, Cristina Nogueira da & Paulo Silveira e Sousa, “Território, Monarquia e Coroa no Liberalismo Português (1820-1910)”, in Rui Ramos, José Murilo de Carvalho e Isabel Corrêa da Silva (orgs.), *A Monarquia Constitucional dos Braganças em Portugal e no Brasil (1822-1910)*, Lisboa, Leya/D. Quixote, 2018, pp. 147-176.
- SCHARCZ L. M., & STARLING, H. M. M.. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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.), *Artifícios 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>
67. Manuel Martínez Neira/Pablo Ramírez Jerez, *Hinojosa en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid 2018, 279 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/27810>
68. Rudolf von Jhering, *La lucha por el derecho*, estudio preliminar y edición de Luis Llorredo Alix, Madrid 2018, 137 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/27845>
69. Enrique Roldán Cañizares, *Luis Jiménez de Asúa: Derecho penal, República, Exilio*, Madrid 2019, 406 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28236>
70. José María Puyol Montero, *Enseñar derecho en la República. La Facultad de Madrid (1931-1939)*, Madrid 2019, 486 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28286>
71. Pedro L. López Herraiz, *Formar al hombre de Estado. Génesis y desarrollo de la École libre des sciences politiques (1871-1900)*, Madrid 2019, 333 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28313>
72. Emiliano J. Buis, *El juego de la ley. La poética cómica del derecho en las obras tempranas de Aristófanes (427-414 a.C.)*, Madrid 2019, 442 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28358>
73. Virginia Amorosi/Valerio Massimo Minale (ed.), *History of Law and Other Humanities: Views of the Legal World Across the Time*, Madrid 2019, 588 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28459>
74. Carlos Petit, *Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Madrid 2019, 409 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28678>

75. Eduardo de Hinojosa, *El elemento germánico en el derecho español*, Madrid 2019, 82 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28877>
76. Carlos Petit (ed.), *Derecho ex cathedra. 1847-1936. Diccionario de catedráticos*, Madrid 2019, 491 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28916>
77. Manuel Ángel Bermejo Castrillo (ed.), *La memoria del jurista español. Estudios*, Madrid 2019, 416 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/29108>
78. Elisabetta Fiocchi Malaspina/Simona Tarozzi (ed.), *Historical Perspectives on Property and Land Law. An Interdisciplinary Dialogue on Methods and Research Approaches*, Madrid 2019, 236 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/29290>
79. Daniel J. García López, *La máquina teo-antropo-legal. La persona en la teoría jurídica franquista*, Madrid 2020, 121 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/29463>
80. Concepción Arenal, *Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación*, Madrid 2020, 99 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/29667>
81. Cristina Morales Segura, *Galeotes de mercurio. El caso de Mateo Alemán: la interacción entre el derecho y la literatura en el informe de la mina de mercurio de Almadén y El Guzmán de Alfarache*, Madrid 2020, 276 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/29888>
82. Eduardo de Hinojosa, *La condición civil de la mujer en el derecho español antiguo y moderno*, Madrid 2020, 50 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/30043>
83. Eduardo de Hinojosa, *Influencia que tuvieron en el derecho público de su patria y singularmente en el derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, Madrid 2020, 146 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/30052>
84. Eva Elizabeth Martínez Chávez, *España en el recuerdo, México en la esperanza. Juristas republicanos del exilio*, Madrid 2020, 343 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/30520>
85. Rafael de Ureña y Smenjaud, *Una tradición jurídica española: La autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre*, estudio preliminar y edición de Carlos Petit, Madrid 2020, 174 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/30550>
86. Carlos Petit, *Derecho por entregas. Estudios sobre prensa y revistas en la España liberal*, Madrid 2020, 311 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/30841>

87. Massimo Meccarelli/Cristiano Paixão/Claudia Roesler (ed.), *Innovation and Transition in Law: Experiences and Theoretical Settings*, Madrid 2020, 352 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/31394>
88. Fernando Martínez-Pérez, *Posesión, dominio y Registro. Constitución de la propiedad contemporánea en España (1861-1944)*, Madrid 2020, 286 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/31430>
89. Fernando Liendo Tagle, *Prensa jurídica española. Avance de un repertorio (1834-1936)*, Madrid 2020, 235 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/31583>
90. Rafael Ramis Barceló, *El nacimiento de la Filosofía del derecho. De la Philosophia iuris a la Rechtsphilosophie*, Madrid 2021, 248 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/31704>
91. Eugenia Torijano Pérez, *Ser (de nuevo) doctor por Salamanca. Las tesis doctorales de la Facultad de Derecho en el Sexenio Revolucionario (1868-1874)*, Madrid 2021, 441 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/31694>
92. Víctor Saucedo, *The Poulterers' Case (1611): A Landmark in the History of Criminal Conspiracy*, Madrid 2021, 302 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/31790>
93. Albert Venn Dicey, *¿Puede enseñarse el derecho inglés en las universidades?*, Madrid 2021, 134 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/31912>
94. Cristina Nogueira da Silva/Margarida Seixas (coordinadoras), *Estudos Luso-Hispanos de História do Direito. Estudos Luso-Hispanos de Historia del Derecho*, vol. II, Madrid 2021, 648 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/32002>