

EL PROCESO EN LOS REINOS CRISTIANOS DE NUESTRA RECONQUISTA ANTES DE LA RECEPCION ROMANO-CANONICA

Había sido redactado este trabajo el año 1934, a base de los materiales que iba yo por entonces recogiendo para una historia del Proceso español. La redacción obedeció a necesidades de momento y se hizo llenando sencillamente el esquema de una lección de programa universitario. Las turbas marxistas de Madrid destruyeron totalmente mis libros y papeles, salvándose tan sólo una de las copias de este trabajo que algunos amigos habían tomado. Al recobrar esta copia se me han hecho tales instancias para que la publique, que el no acceder sería descortesía. Ciertamente el reanudar el trabajo que tenía pensado y a medio desarrollar hubiera sido más correcto. El lanzar ideas, tratando de rehuir, en parte, la responsabilidad de las mismas, haciéndolas preceder de una disculpa—que no otra cosa son estas líneas—es poco airoso. Pero la labor que entonces había acometido con entusiasmo, me es ahora, por diversas causas, poco menos que imposible: nuevas obligaciones universitarias reclaman mi consagración a otros temas no menos importantes de nuestra Historia jurídica. Acéptense, pues, las exculpaciones, sobre todo en lo que aparezca como arbitrario en la delimitación del tema, en no abordar, por ejemplo, la prueba, que en el aludido programa era tema de otra lección, en tantas y tantas otras anomalías que no dejará de observar el lector.

No intento agotar las fuentes utilizables, ni siquiera recoger todas las publicadas. Entonces como ahora creo oportuno limitar la exposición de conjunto a los puntos de coincidencia más claros, o a los casos más típicos, en la profusa variedad de sistemas que florecen en nuestra Península durante la primera Edad Media.

Una elaboración amplia y completa no será posible mientras a cada uno de estos sistemas—o a determinadas fuentes o grupos de

fuentes, que no siempre coinciden con demarcaciones geográficas o políticas precisas—no se les consagren monografías detalladas.

Dedico la casi totalidad de este estudio al Proceso ordinario, entendiendo este término como lo hace Brunner¹: El empleo de la palabra *ordinario* pretende expresar la idea de que existe un tipo de proceso, conforme al cual han de resolverse los litigios para los cuales no haya una forma procesal singular; según ello, el término contrapuesto a *ordinario* sería el de *especial* mejor que el de *extraordinario*. Así no se incurrirá en el equívoco de suponer que los casos que no se amoldan al tipo ordinario sean menos frecuentes o menos numerosos, como parecería indicar la palabra extraordinario.

Se podría configurar el proceso ordinario, en líneas generales, como aquella forma de proceder, iniciada por cualquiera actuación suficiente para hacer comparecer a las partes, y que, planteada contradictoriamente ante un tribunal, da posibilidades a las partes de mutuas alegaciones y pruebas.

Como especiales pueden alegarse por vía de ejemplo el de *otorigación*, calificado por la intervención cuasi principal de un tercero en el litigio—el *otor*—, a más de las singularidades de su planteamiento y limitación del ámbito de lo discutido, y el de *escodriñamiento*, paralelo éste del *Spurfolge* germánico como el anterior lo es del *Anefangsklage*².

No establezco, en cambio, diferencias entre un proceso civil y un proceso criminal, porque no las encuentro para estos primeros siglos, a lo menos como dos figuras definitivamente distintas de procesos ordinarios.

En el primitivo proceso germánico, tal como le conciben los germanistas, prepondera, como es sabido, el momento penal; el antiguo Derecho germánico, afirma Planitz³, no conoce ningún procedimiento para hacer efectiva una deuda. El Tribunal—la Asamblea—logra poco a poco intervenir, y lo hace precisamente imponiendo una sanción al litigante que no cumple el contrato de estar a las resultas del proceso, o, en un estadio más avanzado de la evolución, consideran-

1 Brunner: *Deutsche Rechtsgeschichte*, II 2.^a edic. por v. Schwerin, München, 1928, pág. 436.

2 El uso de estos términos ha sido aceptado en la versión de los *Grundzüge*, de Brunner, que con el título *Historia del Derecho germánico*, ha publicado J. L. Alvarez López, Barcelona, 1936, pág. 206.

3 Planitz: *Die Vermögensvollstreckung im deutschen Mittelalterlichen Recht*, Leipzig, 1912, pág. 5.

do la negativa o el aplazamiento a satisfacer una deuda como una infracción, que el Tribunal sanciona con una pena.

En el proceso español, al lado de otras muy significativas semejanzas con el proceso germánico, no veo esta de la exclusiva orientación penal del proceso; de hecho le vemos sirviendo para resolver litigios de cualquier orden, y sin que su fin sea el penar al litigante vencido; en los diplomas se conservan casi exclusivamente recuerdos de litigios en que se acaba por asegurar al litigante triunfador una satisfacción económica, a veces lograda con coacciones de tipo penal, pero no siempre, ni aun en la mayoría de los casos; ya se verá el papel que desempeña la prenda en nuestro proceso.

Por otra parte, lo propiamente penal se configura desde un principio en formas procesales especiales, tratándose de determinadas infracciones, o como especialidad en el trámite ordinario, nacida de particularidades, singularmente en los medios de prueba.

Conviene precisar algunas ideas que en esta materia me parecen capitales. Si colocamos—en un orden de ideas moderno—el momento esencial del proceso penal en limitar el derecho de penar del Estado, con la garantía de una forma de observancia obligatoria, que asegure al inculpado su defensa, es evidente que cuando ni aun el derecho de penar del Estado aparece claro, ya que el delito es más bien asunto privado, no hay posibilidad de que se configure tal sistema de proceso penal. No es que falte del todo, en realidad, o, a lo menos en aspiración, toda garantía del inculpado; ya veremos cómo la fianza va asegurando al supuesto reo su seguridad durante el proceso y cómo el riepto y otras formas emparentadas van llenando esta misma finalidad, cómo se va consiguiendo la desaparición de determinadas pruebas, como la del hierro candente o la caldaria, que suponen una grave amenaza para el que las ha de practicar—en los primeros siglos del Medievo no se practica el tormento como medio de coacción para obtener una confesión judicial—. Pero bien entendido que estas pruebas se practican lo mismo en procesos en que se ventila un asunto de intereses, que cuando se trata de declarar una *inimicicia* o exigir una *caloña*, y que la seguridad de la fianza es tan necesaria en unos como en otros procesos.

Las leyes leonesas de 1188⁴ tienden a crear sólidas garantías a

⁴ Muñoz Romero: *Colección de Fueros municipales y cartas pueblas*, I. Madrid, 1847, págs. 103-6. Conf. Vázquez Parga, en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, XIII, págs. 263-8. *Decretos de Alfonso IX de León para Galicia en 1204*.

los litigantes; pero no sabemos si lograron una regular observancia en los territorios que entonces comprendía el Reino de León, ni si por mucho o poco tiempo, o si se quedarían—todo hace suponer que así fué—en una buena voluntad regia. En todo caso, ninguna de estas garantías—aspiraciones o conquistas—se articulan en un sistema exclusivo para el proceso criminal.

Si en cambio consideramos el proceso penal, no desde el punto de vista de las garantías del inculpado frente al Estado, sino como instrumento del Poder público para perseguir la criminalidad, ciertamente nos acercamos más al orden de ideas del Medieval, aunque no de sus primeros siglos. En efecto; los Reyes, al iniciar la magna empresa centralizadora que desemboca en la formación del Estado moderno, acometen desde el primer momento la empresa de asegurar la *paz* pública con una persecución sistemática y autoritaria de determinados delitos. Al calor de esta política y por la conjunción de antiguas formas procesales españolas y de las canónicas que la Recepción aclimató en nuestro suelo, surge el proceso inquisitivo. Las adiciones al Fuero de Madrid de Alfonso XI^o son un elocuente documento de esta tendencia que tanto activó este gran político. Pero prescindiendo de que los aludidos precedentes del proceso inquisitivo, que intentaré luego examinar, se producen en litigios principalmente sobre propiedad territorial, el hecho de sobra comprobado y de sobra conocido de la oposición que encuentra en todos los ámbitos de nuestra Península el naciente proceso inquisitivo demuestra de sobra su novedad, que nada semejante existía anteriormente, que es fruto de nueva y extraña ideología.

Si intentamos acercarnos más al pensamiento de la primera Edad Media, se nos ofrece *a priori* como camino útil para sorprender la individualidad posible de un proceso penal el de examinar los posibles pronunciamientos que la sentencia habría de contener al resolverse un caso penal. Sigamos este camino. El delito podía acarrear una composición pecuniaria o una calaña; es el caso que con más frecuencia se refleja en los documentos, y es natural, pues son los documentos que interesaba conservar para acreditar los títulos de propiedad, p. e. de un Monasterio. Si conserváramos los archivos de algún conde—si es que los tenía—en que se reflejara su actividad judicial ordinaria, es posible que no ocurriera lo mismo. Más sabemos por los

5 *Fuero de Madrid*, ed. G.-Sánchez y A. Millares. Madrid, 1932, págs., 54-6. Conf. Introducción pág. 18.

Fueros municipales o por las colecciones territoriales de lo referente a la participación en las multas o caloñas; pero es éste casi el único aspecto que les interesa, sobre todo en lo que afecta a limitar los derechos ejecutivos del *Palacio*, que se tratan de someter a la intervención de los alcaldes ordinarios. De una especialidad procesal para llegar a decretar estas caloñas no se encuentran indicios.

De un trámite normal para llegar a la declaración de inimicia tampoco se encuentran restos en los documentos. Los Fueros y colecciones territoriales más antiguas sólo se refieren a casos especiales. Son típicos el proceso en caso de raptó para determinar la culpabilidad del raptor, o el consentimiento de la raptada, colocándola entre sus parientes y el raptor y dejándola elegir entre ambos⁶. Es también típico el de algunos Fueros municipales para elegir enemigo entre varios, cuando el delito ha sido cometido por un grupo⁷. En cierto sentido el de ríepto, aunque no siempre limitado a asuntos penales⁸.

Dentro del trámite ordinario es cierto que cabe señalar en algún momento o territorio la particularidad de ciertas actuaciones cuando el proceso se orienta a la declaración de inimicia o a la satisfacción de una caloña, p. e. en la cuantía o mayor facilidad para la prenda o en la sanción de la incomparecencia. Estas mismas particularidades son tan escasas y encuadran tan homogéneamente en las ordinarias, que no me han podido decidir a considerar el procedimiento penal como cosa aparte. Un proceso penal claramente diferenciado del civil es ya fenómeno tardío. Si se exceptúan algunas formas de marcado primitivismo, como el proceso en caso de raptó, que ciertamente no requiere una larga consideración, y que aun en la idea que de él nos podemos hacer hoy cabalga en las lindes de lo penal o lo civil, las demás, ya insinuadas, como el mismo ríepto, suponen una muy decisiva intervención del Poder público, a lo menos en el estadio en el que nos los describen las fuentes. Por ello creo que sus problemas

6 Se encuentra este proceso descrito en abundantes textos, p. e. Fueros de Daroca y Calatayud; en Muñoz Romero, *Colección citada*, págs. 537 y 459-60. En *Libro de los fueros de Castilla*, ed. Galo Sánchez, Barcelona, 1924, pág. 99 y *Fuero viejo*, II-II-1. En el Fuero de Alcalá, Galo Sánchez: *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid, 1919, pág. 280, § 15.

7 Todo el capítulo XIII del fuero de Cuenca, Uréña: *Fuero de Cuenca*, Madrid, 1935, págs. 368 y sigs. Aparece la misma reglamentación en todos los fueros derivados de Cuenca.

8 M. Torres López: *Naturaleza Jurídico-penal y procesal del desafío y ríepto en León y Castilla en la Edad Media*. ANUARIO, X, págs. 161-74.

deben ser estudiados junto con los que suscitan la recepción del Derecho romano y la política centralizadora de épocas más tardías que las que aquí se consideran. Procesalmente dan la sensación, en conjunto, de tentativas por parte de la Autoridad de canalizar y limitar actuaciones que en sus primeros momentos fueron de la más libre iniciativa de las partes y de frecuente resolución extrajudicial.

Estas afirmaciones parecerían requerir la fijación siquiera aproximada de los límites cronológicos de esta indiscriminación entre el proceso civil y el criminal. Ya he apuntado que creo se pueden hacer coincidir a grandés rasgos con los de la Recepción del Derecho romano. Pero hay que notar que antes de ella van surgiendo por diversos caminos formas de aislamiento de determinadas actuaciones propias de procesos en que se ventilan asuntos criminales. Sería de no pequeño interés esclarecer los fundamentos históricos que puedan esconderse detrás de aquellas afirmaciones que encontramos en nuestros textos legales como fundamentos del proceso de riepto; aquella *fe que pusieron entre si los fijosdalgo de no se facer mal unos a otros a menos de se tornar amistad e de se desafiar*. Pero ello es claro que no es asunto meramente procesal. Y lo mismo ocurre con otros tipos de proceso, en los que es presupuesto una nueva concepción penal.

No encuentro tampoco singularidades en los procesos inmobiliarios que aconsejen constituirlos en grupo aparte. Las razones que pueda haber para hacerlo en el proceso franco, no se dan, en mi opinión, en el nuestro. En este punto concreto, me parece acertado Mayer, aun cuando no tanto cuando funda el procedimiento de otorificación en una prelación temporal de los pleitos inmobiliarios sobre los mobiliarios⁹.

En el período de la Edad Media que transcurre desde los comienzos de la Reconquista hasta la recepción del Derecho romano cabe distinguir dos momentos o, por lo menos, dos modalidades de proceso distintas: el de los *placita*, presididos por el Rey, por el conde o los señores de inmunidades, y el de los tribunales municipales. Creo que, en el fondo, las diferencias que los separan no son excesivamente importantes. Seguramente no pasan éstas de las que dimanarían necesariamente de la distinta composición de ambos tribunales; aun creo posible, a través de estas variantes, entroncar uno y otro proceso. No estará demás hacer destacar previamente las más salientes de estas diferencias.

9 E. Mayer: *El antiguo Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 1926, pág. 94.

En el tribunal regio no es fácil encontrar un *ordo* de proceder rigurosamente establecido; es posible que casi no existiera en un principio. Los pasajes del *Liber iudiciorum* que a veces se alegan como norma procesal no deben desorientarnos; el mero contexto de los documentos en que se aducen nos enseña que sólo parcialmente se tenían en cuenta. La dificultad de acoplarlos a realidades tan distintas de los supuestos del *Liber* era, ciertamente, insuperable¹⁰.

La presencia del Rey y la composición de la asamblea judicial —a veces la Curia regia plena— pudieron ser ocasión para desbordar la ritualidad procesal y proceder con una más amplia libertad. Todavía en 1089, Alfonso VI, en una Curia regia, aprovecha la ocasión de un litigio llevado ante él por vía de *intentio* para dictar una regulación de tipo general¹¹.

Con todo, si no en detalles, en líneas generales, sí es posible sorprender un sistema procesal uniforme en los distintos territorios perinsulares.

El proceso municipal, según nos es accesible por las fuentes, está, en cambio, detalladamente regulado; es precisamente a través de esta regulación en los Fueros municipales como le conocemos, a falta de documentación de los archivos para estos primeros tiempos.

Las normas fundamentales que orientan el proceso ante el tribunal regio se observan en forma muy semejante ante los tribunales de los condes o de los señores de territorios inmutuarios. En uno y en otros se presenta, como exigencia de la misma constitución del tribunal, un momento procesal que no puede producirse en los tribunales municipales: la *datio iudicis*, y, con ella, la forma más antigua de la pesquisa.

10 No me parece acertada en este punto la observación de Barrau Dihigo en su, por otra parte, excelente trabajo: *Recherches sur l'histoire politique du Royaume asturien* (718-910), publicado en la *Revue Hispanique* LII, pág. 230; "il ne paraît point sauf erreur que la procédure ait beaucoup varié". Los diplomas por él examinados son pocos y no muy detallados; pero los de épocas inmediatamente posteriores explican suficientemente el laconismo de los muy escasos que Barrau ha admitido como genuinos.

Los intentos de Julio Puyol en: *Orígenes del Reino de León*, Madrid, 1926, págs., 383-417, en lo que afecta al proceso penal, y, en menor medida 309-23 al civil, de reducir los escasísimos diplomas que examina al tipo del proceso del Fuero juzgo (precisamente del Fuero juzgo, que cita siempre en la versión romanceada que publicó la Academia) no pasan de ser una confrontación meramente exterior de los datos, en los que no ha profundizado.

11 Publicado en ANUARIO, IV, 146-7.

La más saliente de todas las divergencias es la de existir en el proceso ante los tribunales del Rey, condes y señores, una auténtica sentencia de prueba; ésta puede haber desaparecido en el tribunal municipal por la regulación minuciosa en cada caso—nacida, sin duda, de una práctica dilatada—de la parte a quién corresponde probar. Prescindimos por ahora de precisar si esta asignación de la prueba debe considerarse como carga o derecho (corrientemente es derecho).

Las fuentes que poseemos para conocer el proceso ante las Asambleas judiciales presididas por reyes, condes o señores, son casi exclusivamente documentos en los que se conserva más o menos por extenso el recuerdo de lo actuado; para los tribunales de los Municipios, sus cuadernos legales. Los diplomas no son muy prolijos en detalles acerca de ciertos actos judiciales que nos resultarían de gran interés; p. e., acerca de los medios de hacer comparecer en juicio al demandado. Sin embargo, los Fueros municipales suelen llenar estos vacíos con una abundante regulación de estas materias. Cuando la uniformidad de estas regulaciones en los Fueros de todo el ámbito de nuestra Península y el carácter de primitivismo del sistema lo aconseja, he creído lícito retrotraer el dato a tiempos muy anteriores a la redacción de estas fuentes, en las que, como es sabido, se recoge con mucha frecuencia derecho consuetudinario de muy lenta elaboración. De esta suerte puede muy bien el derecho de los Fueros utilizarse como complemento del que nos muestran los diplomas.

El entronque de un proceso y otro puede suponerse que se realizaría por la continuidad de las funciones del *judex* designado por la Asamblea, del cual pudo ser un desdoblamiento por una parte el funcionario judicial estable, y por otra parte, la pesquisa como procedimiento probatorio. El funcionario judicial estable, en íntimo contacto con el proceso, es hermano del juez o alcalde municipal; en el Municipio mismo encontramos jueces únicos y colegios de jueces. En el Municipio perdura la actuación del juez especialmente deputado por la asamblea en la prueba por pesquisa, para la que a veces se designa un director distinto del juez o alcalde.

Un episodio del tránsito de un proceso a otro se comprueba documentalmente por el Libro de los Fueros de Castiella, en el que aún se conservan características como la sentencia de prueba, la *datio iudicis*, en la forma de designación de pesquisidores, mezcladas con

todas o casi todas las formas del proceso de los Fueros municipales ¹².

Creo, pues, legítimo reputar ambos tipos como uno solo ordinario, con infinidad de variantes locales; pero uniforme en su línea general.

No es necesario insistir, desde luego, en el hecho de que en los Fueros municipales más extensos y tardíos influye, a veces en gran medida, el Derecho romano. El aislar estas influencias es condición previa para utilizar debidamente estas fuentes en el sentido que vengo indicando.

I

Los procedimientos de entablar el proceso incluyen la garantía de comparecencia de las partes, con la sumisión al tribunal y el consiguiente compromiso de estar a lo juzgado, ya que la autoridad inquestionable del Estado de imponer una solución, sobre todo en materia civil, tarda muchísimo y raramente se logra totalmente, aun en el proceso moderno. A veces, el compromiso de aceptación de la sentencia se garantiza previamente mediante fianzas o embargos previos.

Mayer ha estudiado con gran detalle, y, a mi modo de ver, con poco acierto, todas estas actuaciones ¹³. Para él, dada la rigidez de su teoría sobre el carácter de la obligación primitiva, ésta en cuanto tiende a actuarse procesalmente, careciendo de una fuerza intrínseca de obligar, o se transforma en una promesa wadiada de estar a las resultas del proceso, o sólo acarrea la multa por rebeldía en el caso de no concurrir el demandado a las actuaciones de él requeridas.

A la primera, o sea a la mutua promesa wadiada de estar a las resultas del juicio, dedica un brevísimo estudio al tratar de la wadiatio, atendiendo al particular aspecto de promesa familiar que, según él, tiene la fianza de riedra, a la que viene a reducir todas las demás. Pero bien entendido que estas promesas procesales wadiadas que Mayer estudia no son en ningún caso el pacto bilateral de comparecer ante un Tribunal, cosa que él ignora en absoluto, sino que son

¹² *Libro de los fueros de Castilla*; de sentencia de prueba, incluso con fórmula tan expresiva como "juzgo que lo probasen" véanse los § 2, 83, 198, 142, 206, 207, 226, 241, 246, 254. La pesquisa, con o sin designación de pesquisadores, en funciones semejantes a las del iudex en el proceso ante las asambleas; § 33, 42, 61, 73, 146, 229, 232.

¹³ Mayer: *El antiguo derecho de obligaciones*, págs. 157-68.

promesas procesales en su mayoría referentes a la materia o a la forma del proceso; a lo sumo, garantías exigidas por el demandante al demandado de que comparecerá; pero estas garantías son prestadas o exigidas ante y con el concurso de un funcionario público.

A la segunda, o sea a la multa que se produce cuando la deuda no es wadiada por la no comparecencia, se consagra una mayor atención¹⁴; pero ya el planteamiento del problema prejuzga su solución. Si la única eficacia de la demanda, a falta de la promesa wadiada de proceso, está en someter al demandado-deudor a una multa, quiere decirse que los requerimientos a comparecer han de estar hechos por una autoridad, por el Poder público, que es quien puede imponer estas multas. Necesitaba además Mayer que estos requerimientos fueran precisamente mandatos regios, conforme a su teoría general sobre el Estado medieval español: para ello encontraba enfrente todas las formulaciones de los Fueros municipales; sin arredrarse y sin contar demasiado con el material diplomático, que le hubiera sido menos rebelde, buscó una interpretación al ingente volumen de datos opuestos a su tesis.

El procedimiento, según esta concepción mayeriana, se inicia con un *testare*; el sentido de esta palabra, que ya había hecho observar Hinojosa que es, sobre poco más o menos, un embargo o una pignoración, es atraído por Mayer, a base de algunos cuantos textos, hacia el acto de requerir extrajudicialmente al pago, con la consecuencia de quedar el requerido que no paga en la obligación de comparecer en juicio. Conquistada esta posición e identificado el requerimiento a comparecer en juicio con el *testare*, sigue rebuscando textos en los que para este *testare* aparece la presencia de un *fiel*, y buscando lo que pueda ser este *fiel*, acude al Libro de los Fueros de Castiella, donde el *fiel*, según su interpretación, es un *judex* destacado del Tribunal juzgador, llegando por este camino a la apetecida consecuencia de que en el *testare*, en el requerimiento al pago interviene funcionario público.

Asegurado ya este aspecto de la intervención del funcionario público, explica mediante su presencia las exacciones de prenda o fianza en que tanto abundan los Fueros municipales.

Otro procedimiento de citación es la *señal* o *carta*; mediante un *sigillum* se intima al demandado, de parte del juez, a comparecer. A

14 Ibid, 55-118.

este sentido reduce el papel del *Caritel* de los Fueros galaicoportugueses. Esta actuación, en la que ya se observa más claramente una orden que él cree real, explica la presencia del *fiel* en los casos anteriores.

Claro está que para esta conclusión le falta a Mayer todo apoyo en los textos. La *testatio* ni siempre se realiza con *fiel*, ni el *fiel* se demuestra que sea un funcionario público, ya que muchas veces se trata de fiador "*parar fiel*", ni en ninguna parte se dice que el *fiel* presente el sello real.

Ahora—seguimos la exposición de Mayer—se explican la prenda y el fiador: la existencia del *sigillum* incluye una orden real—ya volveré sobre este problema—, la prenda es para asegurar la exacción de la multa.

Pero Mayer no puede rehuir la enorme masa de textos en donde se ve la iniciación del juicio por una prendación en la que para nada aparece el funcionario público; los expone y parece que establece una excepción de su tesis; sin embargo, pronto recupera su punto de vista. El embargo pignoración parece privado, pero su realización requiere un *incerramentum domorum*, y éste se hace mediante la *sigillatio*; he aquí otra vez el *sigillum*. Y este *sigillum* no es un *sigillum iudicis*, sino precisamente un *sigillum regis*. Cómo se las arregla para llegar a esta conclusión es cosa que no aparece en su obra; la conclusión se desprende como natural sin molestarse siquiera en explicar los casos en que los textos hablan taxativamente de un *sigillum iudicis* o *saionis*. Y ya en este terreno, no le resta sino articular su querida teoría de la "Einkleidung". El símbolo real, la presencia real con abolengo en los tiempos de la Edad de Piedra, ya que en un texto navarro parece que un sayón presentó una piedra como símbolo de citación; y ya desbordado en el terreno de los simbolismos, hace aparecer al *bastonarius*, evidentemente, campeón en el duelo judicial de los no nobles, como portador del bastón = símbolo de personalidad. Lo más curioso es que arrastrado por su teoría de la investidura simbólica, coloca los textos referentes a la *incautatio*, no como demostrativos de la orden judicial garantizada con una multa *coto*=*banno*, sino como una imposición simbólica, como una exhibición del *coto*=*caput regio*. Sólo en una parcial divagación reconoce una excepción al principio de la intimidación regia como medio de comparecencia; pero, al fin, los reduce a entrar en su tesis en cuanto son indicios de una totalidad de actuación simbólica, en que se en-

frentan el caput regio o sus armas con el símbolo de la personalidad de los litigantes.

Fatalmente divorciado de los textos que alega, y mucho más de los que omite, creo que la construcción de Mayer es totalmente inaceptable; una discusión detallada de la misma, sería prolija; ya he indicado sus principales defectos, y creo más fructífero exponer lo que, sin torturarlos, dicen espontáneamente los textos, los mismos que Mayer utiliza y los que ignora o no le ha convenido utilizar.

Me adelantaré a afirmar que en ellos he visto un paralelo notable con los medios de citación usuales en el proceso franco, quizá estos españoles también de arraigo germánico; pero, un germanismo tal como lo concibe la construcción recibida del sistema germánico, no un germanismo tan heterodoxo y novelesco como pretende Mayer. De suerte, que el aspecto general es germánico; ahora, que también ofrece características españolas. Como singularidad española cabe señalar la generalización de la prendación, la cual se encuentra no sólo como medio de asegurar una promesa procesal, sino como procedimiento para obtenerla; y también la singular evolución de la fianza de estar a derecho, que acaba por convertirse en una garantía personal del demandado. He de notar también que no he encontrado más que rarísimos casos en que estas formas se den aisladamente. La especial situación de España, la fortaleza de su organismo estatal hace que lo extrajudicial no sea casi nunca absoluto; los organismos de la administración de justicia conservan siempre una intervención en ello.

Se considera como la forma más antigua de asegurar la normal constitución de las partes en el proceso, con una obligación jurídica de comparecer ante el juez, el negocio jurídico bilateral extraprocesal: demandante y demandado convienen en comparecer ante un tribunal y aseguran con las garantías usuales este compromiso. Pero nótese que el supuesto de este contrato no es el de una liberatd absoluta de las partes: el demandado no tiene más remedio que acceder a la invitación de comparecer ante el tribunal: lo que es materia de mutuo acuerdo es el plazo en que ha de hacerse y las garantías que darán fuerza al contrato. De esta forma de entablar el proceso nos suministran bastantes datos los diplomas que nos conservan las actuaciones de la Curia regia o condal, como los de los más antiguos tribunales inmutarios y aun puramente eclesiásticos. Son más explícitos estos textos cuando, a más del mero consentimiento de

las partes, se añade alguna garantía; pero aun estos pactos afianzados pueden ser traídos aquí a colación, sin perjuicio de examinarlos más tarde en su aspecto típico de garantía. Para Asturias, León y Castilla se pueden alegar aquí por de pronto un litigio de 995, en Celanova¹⁵, y otro de Santa María del Puerto, de 1090¹⁶. Más abundantes son los diplomas aragoneses, que nos presentan casos de éstos¹⁷, y aun se da por supuesta ésta como manera habitual de comparecer en la Colección privada aragonesa publicada por Ramos en ANUARIO, II¹⁸. Se encuentra incluso un interesante caso en el que los litigantes discuten particularmente su asunto y luego "perrexerunt utriusque ante iudicem" en un diploma de 1039¹⁹. La misma práctica se comprueba en Cataluña por documentos del sig. XII²⁰. Pero pronto vemos complicarse esta forma con otras en las que abundan los pactos, garantías reales y personales de la comparecencia y, sobre todo, por el hecho de que estas variadísimas estipulaciones se pactan *in manu sagionis*, sobre todo en los territorios occidentales; ejemplos de tales pactos se pueden citar en León, en 952²¹; Oviedo, 953²², y para territorio portugués otro diploma de 1038²³. En el documento leonés, el pacto se garantiza además con fiadores.

De estas garantías de comparecencia hablan más amplia y detalladamente nuestros diplomas, hasta el punto de no ser fácil sistematizar los varios y complicados pactos a que en los diversos casos se llega²⁴.

Los documentos de Celanova, concretamente cartas de 982, 995 y 1044²⁵, nos dan a conocer un doble sistema de garantía; el fiador

15 Barrau Dihigo: *Notes et documents sur l'histoire du Royaume de Leon*, en *Revue Hispanique*, X, 1903, págs. 439-41.

16 Hinojosa: *Documentos para la Historia de las Instituciones de León y Castilla*, Madrid, 1919, pág. 35.

17 García de Diego: *Historia judicial de Aragón en los siglos VIII al XII* en ANUARIO, XI, pág. 135.

18 ANUARIO, II, pág. 497, § 18.

19 García de Diego: *Historia judicial*, lug. cit.

20 Balari: *Orígenes históricos de Cataluña*, Barcelona, 1899, pág. 370.

21 ANUARIO, I, 385, "roboraverunt placidum per fideiusorem nomine fortes et salionem de palatio regis nomine Uimara unius uterque presentassent se in presentia regis in legione".

22 Martín Mínguez: *Las fórmulas tenidas por visigóticas*. Madrid, 1920, página 86.

23 *Portugaliae Monumenta historica - Diplomata et Chartae*, pág. 185, § 185.

24 A distintos pactos de éstos alude Balari: *Orígenes*, pág. 370.

25 El documento de 982, en López Ferreiro: *Historia de la S. A. I. M. C. de*

se compromete a hacer comparecer en juicio al demandado; para ello, con toda probabilidad se le constituye en depositario de una fianza, que él mismo ha de poner en manos del demandante, caso que no haya logrado hacer comparecer al demandado.

Puede verse también un fiador de comparecencia en los Usatges 103 y 104, aunque aquí propiamente se trata de una fianza feudal, que hace el señor por sus *homines*; más claramente se ve la normalidad del sistema de fianzas en el Usat. 28, en el que se describen las fianzas mutuas como fase normal en la iniciación del proceso.

La fianza de comparecencia aparece largamente en los Fueros municipales de todos los ámbitos de nuestra Península, como se comprueba a base de los testimonios ya recogidos por Mayer²⁶. En los Fueros municipales más extensos y más tardíos, en los que el sistema de comparecencias y rebeldías está ya más desarrollado, la fianza ocupa lugares precisos en la marcha del proceso; se exige inicialmente al demandado que carece de bienes raíces²⁷, y en el discurso del proceso puede y aun es preciso que se constituya en diversas ocasiones; no siempre es fácil determinar si la fianza se limita a la comparecencia o se extiende a asegurar los resultados del litigio.

Su contenido esencial parece que sigue siendo el asegurar la comparecencia en juicio del demandado, comprometiéndose el fiador a traerle ante el tribunal, aun en asuntos en que se ventila un proceso contra un homicida, como se ve en Cuenca²⁸. En este mismo Fuero no faltan casos en que el fiador (*superlevator*) se compromete a entregar el deudor al demandante que obtenga en el proceso una sentencia a su favor²⁹.

En el Fuero de Madrid³⁰ y hasta en las Leyes del Estilo (XXIII)

Santiago de Compostela, II, apéndice LXXV, pág. 180 "et dedi ei per fideiutores in solidos ut in alio die dedissem ipsam hoanegam in concilio... ut si aliter fecissem et illos solidos pariasem et ipsa casa post parte sua caruisem".

El doc. de 995 es el más arriba aludido de *Revue Hispanique* X, 439-41.

El de 1044 ha sido publicado por Serrano Sanz: *Documentos del Monasterio de Celanova en Revista de Ciencias jurídicas y sociales*, XII, 22-4.

26 Mayer: *Antiguo derecho*, 70-73.

27 Esta referencia directa a los bienes inmuebles se encuentra claramente formulada en textos de la mitad del siglo XII, con indicios de bastantes mayor antigüedad, p. e., en el Fuero de Fresno (*ANUARIO*, VI, 431) "Qui fecerit calupniam et non habuerit hereditatem det fidiator per foro de Zamora et homo qui eum levet super se, et si non habuerit mitat se in presione".

28 *Fuero de Cuenca*, ed. Ureña, pág. 404.

29 *Ibid.*, 498.

30 *Fuero de Madrid*, ed. G. Sánchez, pág. 32.

aparecen todavía fiadores que se comprometen a pagar la caloña del reo en el caso de no lograr hacerle comparecer.

Ramos³¹ ha estudiado la evolución de la fazaña incluida en la Colección privada aragonesa por él editada en ANUARIO, II, al pasar como precepto de tipo general a otro de los párrafos de la misma Colección; las fianzas de derecho =redra del § 80 se transforman en el § 104 en complicado sistema en el que se encuadran fianzas y prendas, éstas se van extendiendo a las diversas actuaciones del proceso: pero lo que es más de notar es que ya la fianza es en esta reelaboración al tiempo que una garantía para el demandante de que el demandado estará a derecho, no menos para el demandado de que no se le someterá a coacción ninguna. Ello aparece aún con más claridad en el § 129, en el que se consigna respecto al *albarrán* que si no da fiadores (*caplevadores*) entrará en la prisión del rey.

En las leyes leonesas que se suelen fechar en 1188 aparece la fidancia como un derecho del demandado, mediante el cual obtiene *ut nullum dampnum patiatur*. Siglo y medio antes, en León también, era aún la fianza un gravamen del demandado³².

Martínez Marina ha estudiado este aspecto de la fianza, de garantía del que la presta, a través de los Fueros de Nájera, Escalona, Palencia y Toledo³³. Y Klüpfel, para los territorios de la corona de Aragón³⁴. En este aspecto se conserva la fianza en la baja Edad Media, y es el que más ha llamado la atención. En Aragón se eleva a derecho fundamental, y no menos en Navarra, como lo vemos por la queja que en 1294 elevan las villas más importantes del reino a Doña Juana, contra algunos tribunales que le conculcaban³⁵.

Es precepto del Fuero de Navarra (III-XV-26) que dando fiador ninguno puede ser prendado.

31 J. M. Ramos y Loscertales: *Fuero de Jaca*. Barcelona, 1927, pág. XIII y ANUARIO, II, 509-10, 514 y 519.

32 Muñoz Romero: *Colección de Fueros*; las leyes de 1188, pág. 103. Fuero de León, § XL, pág. 70.

33 Martínez Marina: *Ensayo histórico crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales... de León y Castilla*. Madrid, 1808, pág. 150, nota 3.

34 Klüpfel: *Verwaltungsgeschichte des Königreichs Aragons zu ende des 13 Jahrhunderts*. Berlin-Stuttgart, 1915, págs. 115-16.

35 El documento que contiene esta queja ha sido publicado por G. Berrogain: *Documentos para el estudio de las instituciones políticas de Navarra*, en ANUARIO, VI, pág. 494. La queja es porque, no contentándose el Gobernador de Navarra con la fianza de comparecer, la exige "de complendo ea que suo arbitrio seu voluntate dixerit injungendo".

Se ha considerado la fianza de *suo pede* como una autofianza, exactamente como una promesa de constituirse en rehén en garantía de una obligación.³⁶ No se trata más que de garantizar, en el caso de que fallen o falten las otras garantías, la constitución en prisionero del deudor; responde exactamente al orden de ideas del texto de Fresno más arriba alegado³⁷; si hay bienes raíces responden éstos, a falta de éstos se ha de dar fiador, si no hay fiador *mitat se in presione*. Un paso más y bastará afianzar que llegado el caso no se substraerá a esta consecuencia de la prisión.

La institución es de un extraordinario arraigo, y hay documentos de la misma en territorios castellanos y aragoneses, perdurando a través del Fuero de Cuenca hasta el de Soria.

En Jaca y Palencia³⁸ produce, como es natural, esta fianza el efecto de evitar el emprisionamiento del litigante, casi no dicen más los textos. En Nájera³⁹, al que sustancialmente sigue Fuero Viejo (III-VI-2), vemos su configuración con más detalle; produce este primer efecto, pero a reserva de que si después no cumple lo que la sentencia le impone, dará su pie para ser aprisionado, metiendo efectivamente su pie en el cepo. Para asegurar esto ha de dar fiadores, que se comprometen a meter el pie del demandado en el cepo y dar tres vueltas a la clavija, y, en caso de no lograrlo, a pagar una multa de 250 ó 100 sueldos, según el condenado sea o no infanzón.

En Cuenca⁴⁰ se trata ya de limitar esta fianza a los casos en que no haya bienes para responder; si los hay, no se acepta la fianza de *suo pede*. Soria⁴¹ recoge la institución incidentalmente en los procesos por mujer forzada, sin detallar su funcionamiento.

Mayer⁴² ha aislado con precisión y exactitud la prenda con que

36 Mayer: *Antiguo Derecho*, 147-50.

37 Es el texto alegado en nota 27. El mismo orden de ideas, acentuando la actividad del tribunal para emprisionar al demandado insolvente se aprecia en el Fuero de Marañón (Muñoz Romero: *Colección de Fueros*, pág. 496) "et si noluerit dare fidanza et non invenerit ei pignos prendarlo a cabezones".

38 Jaca, Muñoz Romero: *Colección*, 234. Palencia en Hinojosa: *Documentos*, página 189.

39 Muñoz Romero: *Colección*, 496.

40 *Fuero de Cuenca*, ed. Ureña, pág. 512.

41 *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, ed. G. Sánchez, § 532, página 208.

42 Mayer: *Antiguo derecho*. Es idea desarrollada a lo largo de toda la obra, singularmente, págs. 80 y sigs.

se trata de asegurar el compromiso de comparecer en juicio de la que puede tomar el demandante, sin que preceda tal compromiso, y también a los efectos de lograr la comparecencia de la otra parte. Su análisis, aunque las consecuencias últimas a que llega no sean tan aceptables distingue aún entre la prenda para asegurar el resultado del juicio, otras para ejecutar la multa corrientemente de cinco sueldos por desobediencia al Tribunal, etc. Pero no ha podido eludir, aun cuando a ello tendía, el hecho de que en abundantes textos de los que es forma definitiva la formulación de los Fueros de la familia Teruel-Cuenca, la primera actuación que aparece es una toma de prenda, que realiza el demandante, en unos casos, es cierto, acompañado de un sayón, pero en los más sin intervención ninguna de la autoridad; sólo después de tomada la prenda se inicia el diálogo entre demandante y demandado. Yo creo, de todos modos, que atendida la realidad de las cosas, no se excluye la idea de que a la prenda acompañe un requerimiento al pago; los textos dan margen para suponerlo.

De Silos⁴³ hay uno de 1209, en el que sólo se toma prenda a qui negauerit quod querunt ab eo.—En Zamora⁴⁴ se alude a una actuación anterior a la prendación: "portas munir", especie de aviso del que tiene derecho a prender al deudor de que tenga su casa abierta a disposición suya para que pueda hacer la prenda en el momento oportuno. En Teruel-Cuenca si bien parece que la prenda es el inicio absoluto del juicio, se habla con todo en otros lugares de un requerimiento al pago⁴⁵.

Cabrá, por otra parte, suponer la prendación sin previo requerimiento como una actuación ejecutiva, como una especie de embargo preventivo, a ello dan margen también algunos fueros al establecer una devolución con múltiples penales de lo prendado, caso de no haberse hecho la prenda conforme a derecho.

De prenda totalmente privada dan testimonio no pocos fueros

⁴³ *Recueil des Chartes de l'Abbaye de Silos*, par D. Marius Ferotin. Paris, 1897, pág. 124.

⁴⁴ *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*; ed. Castro y Onís. Madrid, 1916; § 43, pág. 36.

⁴⁵ *Fuero de Cuenca*, ed. Ureña, pág. 550 y *Forum Turolitj*, ed. Aznar Navarro en *Colección d'documentos para el estudio d'la historia d'Aragón*. - Tomo ij - Zaragoza, 1905; § 191, pág. 89.

municipales breves y extensos, por ej., el de Pozuelo de Campos ⁴⁶, el de Alhóndiga ⁴⁷ y los numerosos alegados por Mayer.

Los Fueros de la familia Cáceres-Cuenca sistematizan en forma meticulosa la prendación y la fianza: se toma prenda al demandado que tiene bienes inmuebles; el que tiene casa con peños no puede oponerse a la prendación, y si se opone, incurre en una multa que ejecuta el juez, y oponiéndose al juez se aumenta la multa, y entonces la ejecutan los alcaldes; la oposición a éstos trae como consecuencia la de que todo el Concejo se lance contra el prendado. La prenda es una palla en principio, y no compareciendo el prendado se prendan bienes de valor económico. Si los jueces declaran mal hecha la prenda, el prendado, para resarcirse, prenda al prendador ad refertam.

El que no tiene casa ni peños, ha de dar fiador superlevator; en casa de este superlevator se harán las prendaciones correspondientes; si no da superlevator, tiene el demandante derecho a prenderle personalmente. Sólo puede oponerse a estas coacciones el que tiene señor, el mancipium o yuguero u hortelano o pastor, por quienes se prenda a su señor ⁴⁸.

La realización material de la prendación y la situación judicial de los bienes prendados no son problemas que tengan que ser resueltos en este lugar. Sólo haré observar como dato característico de la uniformidad de nuestra Península en ciertas prácticas, la prendación de las puertas a que alude el Fuero de León, y que se encuentra en el *Recognoverunt Proceres* y en las *Consuetudines Diocesis Gerundensis* ⁴⁹.

De la citación por funcionario judicial, de claro antecedente visigodo, nos dispensa de buscar pruebas la abundante documentación

46 Hinojosa: *Documentos*, pág. 65, § 3.

47 *Ibid.*, pág. 76 § 28. Véase *Libro de los fueros de Castilla*, § 190, pág. 100 y los textos aducidos por Mayer en *Antiguo Derecho*, págs. 80 y sigs.

48 Véase Mayer; *ob. cit.*, págs. 104 y sigs. La exposición es exacta en líneas generales, aunque no se la pueda luego seguir en las consecuencias que intenta derivar de ella.

49 Fuero de León, XLI; Muñoz Romero: *Colección*, pág. 71. Las *Consuetudines dioecesis gerundensis*, en ANUARIO, V, pág. 470. Este pasaje reproduce literalmente citándole, el pasaje del *Recognoverunt proceres*.

La prendación de las puertas aparece también en Estella (ANUARIO, IX, pág. 403) y se le recuerda en Cuenca (ed. Ureña, pág. 468) y Teruel (*Forum Turolij*, ed. Aznar, § 133, pág. 61).

recogida por Mayer⁵⁰, para quien esta diligencia de autoridad es clave de la tesis que sustenta; no le hubiera sido difícil, a más de los pasajes de Fueros municipales que espiga abundantemente, haber hallado algún precedente en documentos; p. e., en uno de Santiago, de 999⁵¹, y otro de territorio portugués, de 1025⁵².

Los datos más abundantemente comentados por Mayer son aquellos—ciertamente poco abundantes—en que se habla expresamente de que el funcionario judicial que hace la citación exhibe al demandado una señal—sigillum—del rey. Pero no ha podido rehuir otra serie de textos, que no deja de reproducir, y que son bastante más abundantes, en los que se habla de la señal del sayón o del juez o alcaldes o alguacil, o en los que sencillamente se recuerda la exhibición de señal, pero sin especificar en qué consista ésta.

Así hablan de señal de sayón los Fueros de Logroño, Miranda y Medina de Pomar—omite hacer observar Mayer que no se trata más que de un solo testimonio, puesto que los tres Fueros están íntimamente emparentados—. A estos testimonios cabe añadir otro de mayor antigüedad y significación, una citación hecha en Celanova en 1060, *per tesseram fratris de monasterii Cellenovae sagione de ille rex*⁵³.

De señal de juez hablan los Fueros de Marañón, Daroca, Viguera y el Libro de los Fueros de Castiella. De alcalde, una redacción de las Leyes nuevas, en que se resuelve una petición de los vecinos de Burgos, que no recoge Mayer, y los pasajes del Fuero real (II-III-1) y Fuero Viejo (III-I-3), a los que alude.

Señal de alguacil, que no recoge Mayer en el Fuero de Madrid⁵⁴.

Cabe notar para épocas más tardías, aunque sin perder de vista que pudo muy bien haber ocurrido algo semejante bastante antes, que en el Ordenamiento de Alcalá (Tít. II, Leyes 3 y 4), la palabra señal ha perdido su significación y viene a designar simplemente el acto de la citación.

No basta comprobar que la citación ha sido hecha por un oficial público; no deja de tener interés averiguar si a esta citación ha pre-

50 *Antiguo derecho de obligaciones*, págs. 64 y sigs.

51 López Ferreiro: *Historia de... Santiago*; II, 197-9.

52 Hinojosa: *Documentos*, pág. 15.

53 Serrano Sanz: *Documentos de Celanova - Rev. de Cienc. Jur. y Soc.* XII, página 31.

54 Ed. Galo Sánchez; § 97, pág. 51.

cedido alguna actuación del demandante; ello nos lleva a descubrir la existencia en nuestra Península de un sistema equivalente a la *mallatio franca*; en territorios catalanes pertenecientes a la marca Hispánica incluso encontramos empleada la palabra *mallare* en su sentido técnico, así en documento de Gerona de 841, dice el demandado: *unde me mallaret pro iuditio hoc*⁵⁵; y en otro de 994, del monasterio de Labaig, el conde Suñer manda al demandante: *ut mallaret illos homines*⁵⁶. Ante la Curia regia aragonesa vemos también comparecer al demandante y obtener el mandamiento real para hacer comparecer a la otra parte⁵⁷. A lo mismo hace alusión el Usatge 90, aunque quizá con no plena claridad.

La no comparecencia del demandado no desemboca en la primera Edad Media en un juicio en rebeldía; el demandado es coaccionado a comparecer mediante las medidas que se han venido exponiendo, multas y prendaciones, a no ser que acredite una disculpa, que más tarde suelen señalar los Fueros, acercándose a los casos de *echte Not* germánica, así, p. e., Medinaceli, Daroca, Molina, Soria, Alba de Tormes, Zorita, etc.⁵⁸.

Puede ocurrir que el demandado no comparezca ni aun coaccionado por prendas o multas y aun que se sustraiga, huyendo, a las posibilidades de apremio; en este caso, incurre en la privación de la paz general, por considerársele desobediente al Tribunal; tal se determina en las Leyes leonesas de 1188, en el Fuero de Molina y en el de Zamora⁵⁹.

En otro pasaje del Fuero de Zamora⁶⁰ se apunta otra posibilidad, la de dar por perdido el pleito al que no comparece, mediante la presunción de tenerle por confeso. Sin adoptar esta presunción, llegan a la misma solución la Colección aragonesa privada, aludida tantas veces, y el Fuero de Estella⁶¹.

55 Villanueva: *Viaje literario*, XIII, pág. 223.

56 *Viaje literario*, XII, 241-3.

57 García de Diego: *Historia judicial*, ANUARIO, XI, págs. 136 y sigs., con testimonios de fueros de territorio aragonés y castellanos.

58 García de Diego; *ibid*, 138-40.

59 Las leyes de 1088 en Muñoz Romero: *Colección*, pág. 105. *El Fuero de Molina de Aragón*, ed. Sancho Izquierdo, Zaragoza, 1916, pág. 110. *Fuero de Zamora*, ed. Castro-Onis, pág. 22. Ha de observarse que en todos estos casos los procesos son para perseguir infracciones.

60 Zamora, ed. cit., § 11, pág. 18.

61 Colección aragonesa en ANUARIO II, pág. 497 y 514, Fuero de Estella. También ANUARIO, IV, pág. 424.

Desde la Recepción del Derecho romano, que en este aspecto apunta marcadamente en el Fuero de Soria, comienzan a darse las vías de prueba o asentamiento, dominando más o menos en tal o cual Fuero; pero sin que falte en las mismas Partidas una sanción penal al rebelde ⁶².

II

No es de este lugar extenderse en lo referente a la capacidad procesal o, en concreto, a la capacidad para ser parte. Se encuentran datos respecto a ellas dispersos e influidos por diversos órdenes de ideas, en los que sería muy prolijo insistir. Daré tan sólo algunos ejemplos.

Carece de capacidad para demandar, según el Usatge 89, el que tres días antes hubiera sido enemigo del demandado; prescripción de origen canónico, tomada de Ivo de Chartres.

Carecen corrientemente de derechos procesales, o los tienen muy disminuidos, los no vecinos de la villa; un caso extremo es el del Fuero de Villavicencio, en donde el que es de fuera de la villa, a más de dar fianza de cinco sueldos, ha de dar un vecino que "leve la voz super se" ⁶³.

El padre ha de representar a los hijos menores, en juicio, según el Libro de los Fueros de Castiella ⁶⁴. El señor ha de representar a los que se encuentran en relación con él en una situación de sumisión o dependencia, así con respecto a los fámulos, pastores, yuberos, etc., según se desprende de las noticias que nos suministran los Fueros de la familia Teruel-Cuenca ⁶⁵ y la Colección aragonesa ya citada ⁶⁶.

62 Part. III - VII - 8. Esta penalidad aparece mezclada con elementos romanos; pero la multa de 5 sold. y algún otro detalle entroncan con la tradición española.

63 Muñoz Romero: *Colección*, pág. 179. En el *Libro de los fueros de Castiella*, § 164, pág. 88 se impone al vecino de la villa "que tiene la voz del de fuera" una multa de 60 sueldos, la multa de los grandes desafueros.

64 *Libro de los fueros de Castiella*, § 298, pág. 161. En § 29, pág. 21 se establece precisamente que "ningún ninno ferido non deue seer coniurado fatta siete annos mas deue seer coniurada la madre o el ama que la (sic.) cria. Et de siete annos arriba deue seer coniurado el ninno o la ninna".

65 Cuenca; ed. Ureña, págs. 485-6. *Forum Turolij*; § 156, pág. 71.

66 ANUARIO, II, pág. 511. Una formulación más general se encuentra en el *Fuero general de Navarra*, hablando de la defensa de los que "comen su pan"; I-I-3.

En cuanto a la representación de personas jurídicas, los ejemplos que tenemos son tan numerosos que no merece la pena insistir mucho sobre ellos. Tenemos diplomas de Asturias, León, Castilla, Navarra, Aragón y Cataluña, en donde vemos tal representación en casos de pleitos de monasterios e iglesias⁶⁷.

El procurador aparece en toda la Península y desde los tiempos más remotos, entroncando, sin duda, con la legislación visigoda. Este procurador lo encontramos en Asturias-León en documentos numerosísimos y con las más diversas denominaciones⁶⁸.

De la retribución de gestores judiciales quedan noticias en algún documento, así en uno portugués del año 991, en el que se ve que se da una finca "pro eo quod nobis sakastis limpio de concello"⁶⁹.

En Cataluña encontramos abundantes "assertores" y "mandatarios"⁷⁰. En Aragón también encontramos esta representación procesal en diplomas de los años 954, 961 y 1131; en un documento aragonés del año 1188 se los denominan "iudices"⁷¹. En la Colección aragonesa, tantas veces citada, se exigen para las apelaciones y se renueva la antigua prescripción visigoda prohibitiva de nombrar por tal a un poderoso, amenazando con arrasar la casa de quien así lo hiciese; el que nombra procurador ha de dar fianza de pasar por lo que él haga⁷². En el Fuero de Zamora⁷³ se prohíbe emplear más de un vocero; si presenta más, se tomará por intimidación al Tribunal, y el que así lo haga pierde el pleito. En los Fueros más tardíos encontramos la misma prohibición, aun cuando la transgresión de este precepto se multa sólo con dos maravedís en Madrid⁷⁴. En fuentes

67 Aun en estos casos de actas procesales aparece como litigante el Santo patrón de la Iglesia o Monasterio. Más frecuente es, sin duda, la atribución de personalidad a los santos en actas de donación o compraventa.

68 Véase Sánchez Albornoz: *Estampas de la vida en León durante el siglo X*, pág. 65. El acumular documentos y denominaciones, p. e., mandator adsertor, qui vocem obtinet, etc., parece ocioso.

69 *Portugaliae Monumenta Historica. Dipl. et Chart*, pág. 99. Conf. Sánchez Albornoz, *Estampas*, pág. 65, nota 71.

70 Balari: *Orígenes históricos de Cataluña*, pág. 369-81.

71 García de Diego: *Historia judicial*, ANUARIO, XI, pág. 133.

72 Colección aragonesa, § 142 y 135. ANUARIO II, págs. 521 y 520. Estos preceptos son atribuidos por la misma colección al Fuero de Borja.

En el Fuero general de Navarra, I-VI-1 también se exige esta fianza.

73 Fuero de Zamora, ed. Castro-Onís: § 45, pág. 39.

74 Ed. Galo Sánchez; § 29, pág. 37. El estudio de la representación en general y aun en juicio, cuando sus consecuencias procesales no son de relieve, es claro que no corresponde a este lugar.

aún más tardías, como en el Fuero Real y en el Fuero Viejo, la institución del procurador se diferencia del abogado, acusando con esto una clara recepción del Derecho común.

A las partes, y solamente a ellas, corresponde la iniciación del proceso: una de ellas, la que requiera a la otra para que esté a derecho, es la demandante. Cabe dudar a quién de las partes corresponde el derecho de demandar; la cuestión se resolverá prácticamente por motivos de intereses mejor que por prescripción legal. No obstante, el Fuero de Zamora⁷⁵ prevé el supuesto de que en caso de lesiones mutuas, el demandado quiera asumir el papel de demandante; este papel lo otorga al primero en acudir al Tribunal.

Los Fueros municipales y las Colecciones territoriales insisten en la necesidad de querellarse; casi todas estas fuentes dicen que nadie responda sin rancuroso⁷⁶. El Fuero de Zamora concretamente prevé el caso de que si el juez o merino inicia un proceso, no existe obligación de comparecer⁷⁷. El mismo principio recogen las Colecciones territoriales castellanas, navarras y aragonesas.

De la manera de plantear la demanda poseemos pocas noticias; a veces sin duda iba acompañada de formulismos⁷⁸. Restos de algunos bastante antiguos se descubren, por ejemplo, en la querella por rapto; en la cual la raptada se ha de colocar entre el raptor y la familia de ella.

Mayer, en su *Geschworengericht und Inquisitionsprozess*, ha insistido en la especial eficacia de la demanda acompañada de prueba, como modificación del sistema probatorio⁷⁹; su tesis se apoya en tex-

75 Ed. Castro-Onis; § 11, pág. 19. El Fuero general de Navarra; II-I-6 establece el principio empírico de considerar como demandante "al primero que clamare".

76 Así lo vemos en Alhóndiga (Hinojosa: *Documentos*, pág. 75, § 11). Pozuelo de Campos. (Ibid., pág. 65). Palencia (Ibid., 195), Daroca (Muñoz Romero: *Colección*, pág. 534). Madrid (Ed. G. Sánchez, § 9 y 32, págs. 31 y 37). Zamora (Ed. Castro-Onis, § 80, pág. 59). Salamanca (ibid., § 115, pág. 121^o). Teruel (*Forum Tirolij*, ed. Aznar, § 67, pág. 33). Cuenca (Ed. Ureña, pág. 434).

77 Fuero de Zamora, lugar cit. en nota anterior.

78 Hinojosa: *El Derecho en el Poema del Cid*, en *Estudios sobre la Historia del Derecho español*. Madrid, 1903, pág. 96.

Sobre las querellas de rapto y forzamiento, conf, not. 6.

Casos de formalismo perfectamente comprobados en Fuero de Zamora. (Ed. Castro-Onis, § 49, págs. 41-2). El demandante ha de decir tres veces "dame rayz".

79, *Geschworengericht und Inquisitioprozess*. München, 1916, págs. 88-96; según Mayer sólo en este caso de demandas inicialmente acompañada de pruebas, se llega a la contraprueba por ordalías.

tos escasísimos y no bien interpretados; lo que no cabe dudar es que hay casos en que la demanda va acompañada de pruebas. Se ven casos, a más de los alegados por Mayer, p. e., en un diploma de San Cugat, de 1032 ⁸⁰.

En el Libro de los Fueros de Castiella ⁸¹ se recuerda como Fuero de Sepúlveda el derecho del demandado a preguntar al demandante si tiene alguna querrela contra él; si responde afirmativamente, las ha de declarar, si no lo hacen, decaen ya todos sus derechos a utilizarlas.

Una formalidad que acompaña a la demanda, y que por la cooperación a ella de cojuradores considera Mayer como prueba inicial, es la "manquadra" ⁸². La palabra no siempre se refiere a la misma actuación, ni tampoco se puede tomar en absoluto como una especie de *juramentum calumniae*, como hacen las Siete Partidas ⁸³. En Zamora y Madrid, por ejemplo, puede ser exigida por el demandado, pero corriendo el peligro de tener que pagar al demandante, caso de ser vencido, bien una cuota más (Madrid), o bien el duplo (Zamora) ⁸⁴. La frecuencia de la manquadra no sólo en los Fueros antiguos, aunque romanceados como Medinaceli ⁸⁵, sino en otros ya contaminados por el "sacramentum calumpniae", no necesita ser ampliamente comprobada.

Próximos a la manquadra me parecen las fianzas procesales de seguir el litigio o de asegurar sus resultados; no siempre es fácil distinguirlas de las de comparecencia; por ello, sólo me referiré a las más claras, tales son las prestadas por el mismo demandante, singularmente la denominada en fuentes aragonesas *fianza de riedra*, que

80 Balari: *Orígenes históricos de Cataluña*, pág. 372.

81 *Libro de los Fueros de Castiella*, § 286, pág. 155-6.

82 *Geschworengericht*, págs. 89-90. Supone Mayer que se pacta este juramento cuando la demanda no va acompañada de pruebas.

83 Part. III - XI - 23. En esta ley se notan desemejanzas notables con la correspondiente de Espéculo; V - XI - 18. La incluida en las Leyes nuevas XXV reproduce literalmente la del Espéculo. Se incluye en las Leyes nuevas esta disposición en otros dos lugares, VI, y apéndice de la edic. de la Academia, con el epígrafe "Título de la iura de penitencia o de manquadra".

En las rúbricas del Fuero de Cuenca (Ed. Ureña, pág. 572) ya se bautiza a la manquadra de *sacramentum calumpnie*.

84 Fuero de Zamora, ed. Castro-Onis, § 26, pág. 28, y Fuero de Madrid, ed. G. Sánchez, § 36, pág. 38.

85 Muñoz Romero: *Colección*, pág. 436.

se encuentra, a más de los textos alegados por Mayer, para comprobar que es una fianza familiar, en otros textos en que tal carácter no aparece de ninguna manera.

El carácter familiar sólo es claro en documentos tardíos aragoneses y navarros ⁸⁶.

Relacionadas con estas fianzas que acompañan a la demanda o a la contestación, pueden considerarse las que luego, a través del proceso, han de garantizar la presencia de las partes a cada una de las sesiones del proceso, las que tienen por finalidad el garantizar la aceptación de la prueba, etc... Más complicación revisten las fianzas de ejecución. Ejemplos de estas fianzas o garantías prendarias entretendidas en la marcha del proceso las encontramos en diplomas asturleonenses de fines del siglo X y de principios del siglo XI; en ellos vemos a las partes para cada actuación celebrar un pacto ante el sayón corroborado unas veces por fiadores, y otras por prenda; p. e., en documentos de Sobrado, del 1001, referente a presentación de testigos, igual que en otro del año 1004 ⁸⁷. A estas garantías de continuar el proceso alude claramente el Usatge 58 y las Colecciones privadas aragonesas, como hizo observar Ramos, al comprobar la evolución de la fazaña de Pedro I a que antes aludí; igualmente el Código de Huesca de 1247 ⁸⁸.

Siguiendo los datos referentes a prenda y fianza, me he adentrado en el proceso un poco más de lo debido; pero lo he hecho por no desarticular el frondoso sistema de garantías prendarias y de fianzas que se entrecruzan en el proceso. Ahora bien, ¿son éstas reveladoras de un dominio del proceso por las partes, de tal consideración que anule el carácter de dirección del proceso por el juez? Creo que no es preciso llegar a este extremo. Ya expondré las razones en que me fundo para creer que el Tribunal no pierde nunca sus atribuciones de auténtico Derecho público en el proceso. Todas estas actuaciones de las partes las concibo como contratos procesales de amplísimo ámbito, pues el poder de disposición de las partes es decisivo; pero nótese que los cauces de esta libertad de contratación son, por

86 Mayer: *El antiguo derecho de obligaciones*, págs. 157 y sigs.

87 Por excepción acudo a estos dos documentos inéditos, utilizados en la copia fotográfica que de los mismos posee la Escuela de Estudios medievales, del Consejo de Investigaciones científicas.

88 Ramos Loscertales: *Fuero de Jaca*. Introducción, págs. XIV y sigs.

otra parte, estrechos: las partes no pueden modificar sus líneas generales: pactan multas determinadas previamente por la ley o por la costumbre, o tal o cual actuación en la que el juez no queda coartado en sus poderes más que en cuanto al plazo para realizarla. En una palabra, difieren totalmente del pacto de compromiso con árbitros o amigables componedores. Ninguna de estas actuaciones de las partes atribuye jurisdicción al juez. El juez, o el Tribunal poseen jurisdicción como detentadores de un poder jurídico de Derecho público.

No conserva tampoco el proceso español el carácter de pugna privada que tenía el proceso germánico primitivo, el cual era presenciado por el juez como espectador singular. Es cierto que se argumenta a base de la terminología de algunos diplomas a favor de este carácter de lucha, como ya lo hizo Hinojosa⁸⁹. Pero frente a estas expresiones fáciles de explicar, dado el aspecto exterior del proceso y la propia psicología de las partes, poseemos otros tantos documentos no menos expresivos; así, frente a la "pugna", "contemptio", "baraila", "rancura", de los documentos castellanos y aragoneses, o frente al "contendere rancurare" de los catalanes, encontramos en los mismos diplomas catalanes un "mallare", "causare", "placitare", alusivas a la intervención del Tribunal y, sobre todo, en una enorme masa de documentos asturleonés y castellanos encontramos que se habla de "habere veritatem", "facere veritatem", "agnoscere se in veritatem", "ire pro ad veritatem", "pro ad legem", así, v. gr., en diplomas de fines del siglo X y principios del XI, incluidos en los Cartularios de Oña, Celanova y Sobrado⁹⁰.

Examinemos ahora el desarrollo del proceso. Lo hemos visto iniciado por la demanda. A ella, el demandado contesta, fijando así ambas partes, por réplicas y contrarréplicas, sus posiciones respectivas. En estas mutuas alegaciones de las partes puede aparecer la excepción en su sentido estricto: como medio de enervar la eficacia de la acción, sin discutir sus fundamentos. De las excepciones se empieza a hablar muy tarde, e indudablemente bajo influencia romana^{90 bis}.

Que las actuaciones de las partes—sus mutuas alegaciones—eran

89 *El Derecho en el Poema del Cid*, en *Estudios*, pág. 95, not. 1.

90 Son tan frecuentes que me creo dispensado de alegarlos en concreto. Si creo conveniente insistir en el predominio de la concepción dialéctica del proceso, en la persuasión que revelan los documentos de que la sentencia será *verdadera*, que la discusión dará elementos de juicio para descubrir la *verdad*.

90 bis Véase, p. e., Fuero de Cuenca, ed. Ureña, pág. 574.

Con todo, en el Fuero de Zamora, § 26; ed. Castro-Onis, pág. 28, se encuentra

orales, es un hecho tan claro en los diplomas que no necesita comprobación ⁹¹.

Respecto a la solemnidad de algunas actuaciones, esto es, con relación al carácter formal de ellas, parece argumento la inclusión de ciertas fórmulas de expresión en los Fueros. Ahora bien, estas fórmulas ¿eran preceptivas, esenciales, o se trata de un artificio de redacción? ¿Es que ante la dificultad de precisar con un término técnico la actuación se acudía a reproducir la alegación de la parte, difícil de caracterizar jurídicamente? El encontrar estas formas precisas en los Fueros tardíos y extensos, y el no hallar en los diplomas una uniformidad correspondiente, me inclina a juzgar más probable lo segundo.

De lo que sí hay indicios es de la inmediatez de las relaciones entre las partes, como recuerdo de la concepción contractual del viejo proceso germánico. Algunos casos de estos ya se han tratado al hablar de los pactos de continuación del proceso. Al tratar de la prueba habrá ocasión de examinar cómo en muchos casos la ofrece una parte a la otra y es indispensable que aquélla la acepte. De esta aceptación de la prueba son ejemplos notables un diploma de Roda, de 1099 ⁹², y otro gallego, de 912, en pleito seguido ante Ordoño II ⁹³.

Dentro del margen de disposición de las partes aparece el de elegir dentro del Tribunal los jueces que han de instruir o resolver el proceso. Pero esta modalidad no puede ser debidamente apreciada si no se la enmarca dentro de la institución, tan característica del proceso germánico y del nuestro medieval, de la *datio iudicis* y de otra no menos capital y, hasta cierto punto, entroncada con ella, de la sentencia de prueba ⁹⁴.

Aun cuando el tema no ha sido tratado aún con toda la atención que se merece, es de sobra sabido cómo de las Asambleas judiciales se destacan una o más personas, denominadas corrientemente *judices*, a las que corresponden determinadas misiones en la dirección del

una excepción de prescripción, cuyos antecedentes romanos no me atrevería a sostener.

91 Sánchez Albornoz: *Estampas leonesas*, pág. 75 y sigs.

92 Yela Utrilla: *Cartulario de Roda*. Lérida, 1923, pág. 68.

93 López Ferreiro: *Historia*, II, págs. 74-5.

94 Como no se trata de una investigación especial sobre el tema me creo dispensado de documentar prolijamente mis referencias al Derecho germánico—en éste como en los demás casos en que hago a él referencia—. Me limitaré a recordar las páginas no envejecidas de Brunner en su *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, 209 y II^o 472 y sigs. y 498 y sigs.

proceso y en la formulación de la sentencia. En España, estos jueces se diferencian bastante sensiblemente del viejo *Urtheilfinder* germánico y aun de los *scabinos* y *rachimburgos* francos.

No se estudia aquí de propósito la constitución del tribunal y, en consecuencia, la designación de estas personas sólo se considera en cuanto corresponde y caracteriza determinadas actuaciones procesales, más particularmente en cuanto es posible relacionar con ella el nacimiento de nuestra pesquisa medieval, en la que pueden haber influido estos precedentes, ya que desde los primeros momentos se nota una marcada confusión entre estos jueces propiamente tales y los *exquisitores* y *previsores*. La pesquisa daría origen al procedimiento inquisitorial, ya que en ella el aspecto judicial se conservaría preponderando sobre los demás, y daría una base en la que injertar el sistema romanocanónico, como la dió en otros territorios europeos el *Rügeverfahren* germánico⁹⁵.

En territorios catalanes y en un período en que todavía pesa el sistema jurídico que en ellos rigió en el período franco, no deja de notarse el predominio del *ordo visigótico*, que no deja aparecer ninguna de las dos modalidades señaladas, ni la *datio iudicis*, ni la sentencia de prueba; los jueces no son especialmente designados y actúan directa y arbitrariamente en el proceso⁹⁶.

En los demás territorios y en Cataluña misma, aunque durante menos tiempo, la línea general es la que se va a exponer en seguida.

La intervención de las partes en la designación de los jueces y, aun en algún caso, de todo el tribunal, aparece en documentos antiguos, y no es dato despreciable para orientarse en esta materia. El *Usatge* 28 da como cosa normal que las partes se pongan de acuerdo

95 Ya había hecho observar esta posibilidad M. Torres en su nota sobre la obra de Salvioli: *Storia della procedura civile e criminale*, en ANUARIO, IV, 483 y siguientes.

96 Puede observarse esta fidelidad al proceso del *Liber iudiciorum* en los más antiguos documentos de los fondos de Gerona y en los del cartulario de Llabiig. Villanueva: *Viaje literario*, apéndices a los tomos XIII y XII.

No obstante, a veces esta fidelidad al *Liber* es menor de lo que parece a primera vista. Hay algún caso en que se comprueba que es preciso para aplicarle el previo acuerdo y sumisión a él de ambas partes. Tal ocurre con un documento de S. Cugat de 1036 (S. Puig y Puig: *Episcopologio de la Sede barcinonense*, Barcelona, 1929, pág. 382) "*iudicavit Gislibertus supradictus episcopus et dominus Bernardus... ut ex ambabus partibus misissent se sub lege et dedissent fideiusores ut secundum sanctionem legis libri iudicum fecissent sibi inter directum*". Uno de los litigantes no consintió y pidió, en cambio, el "*iudicium per albatum*".

para elegir el juez. Y hay casos como el de un litigio de 987 (?)⁹⁷, entre el obispo de Santiago y el de Lugo, en el que, no habiendo al parecer un tribunal normalmente constituido que juzgase sus diferencias, ellos mismos nombran fideles que resuelvan. No hay por qué insistir en los numerosos casos que ofrecen los diplomas asturleonés, aragoneses y navarros y catalanes de nombramiento de juez en una de estas formas. Lo que sí creo más en este lugar es examinar algunos de los diplomas referentes a pesquisidores o previsores⁹⁸.

Las funciones de unos y otros parecen distinguirse en cuanto los previsores suelen realizar un reconocimiento del terreno en juicios de deslinde, mientras los pesquisidores reciben testimonios en otras pruebas. Para mí, lo interesante son los casos en que tanto previsores como pesquisidores sentencian el pleito, a más de los diplomas en que al tratar de su designación se los asimila a los iudices.

Efectivamente, al lado de iudices técnicos en Derecho, como suele suponerse es el caso normal, y que aparecen de hecho, p. e., en documento de Celanova de 1054⁹⁹, nada menos que con el nombre de *latores legum*, o los que con el Cid juzgaron el litigio ovetense de 1075¹⁰⁰, aparecen otros que no tienen al parecer otra función que la de examinar el terreno y recibir determinadas pruebas; hay casos en que estos personajes, denominados diversamente, son claramente distintos de los iudices, p. e., en doc. de Celanova de 1077¹⁰¹. Pero en los más de los casos, tales perquisidores o exquisidores, además de realizar el examen indicado, fallan el asunto o, a lo menos, dictan sentencia de prueba; los ejemplos son numerosísimos, así en Sobrado, en 942¹⁰²; en Celanova, en 987¹⁰³; en Gerona, 811¹⁰⁴. Con el nombre de *boni homines* realizan informaciones testificales en Cata-

97 Hinojosa: *Documentos*, pág. 5.

98 Por no citar más de la ya por fortuna abundantísima literatura en que se acoge como cosa comprobada este hecho, me complace referirme concretamente al *Manual de Historia del Derecho Español*, por M. Ríaza y A. García Gallo. Madrid; 1935, págs. 285 y sigs.

99 Serrano Sanz: *Documentos del Monasterio de Celanova*, en *Rev. Cienc. Jur. y Soc.*, XII, pág. 516.

100 Menéndez Pidal: *La España del Cid*, págs. 858-61.

101 Serrano Sanz: *Documentos de Celanova*, *Rev. de Cienc. Jur. y Soc.*, XII, página 36.

102 Martín Mínguez: *Las fórmulas tenidas por visigóticas*, págs. 84-5.

103 Serrano Sanz: *Documentos*, pág. 13. Se trata de iudices "qui ipsos terminos previderent... et cuncti dixerunt quia est vestra veritas",

104 Villanueva: *Viaje literario*, XIII, 222; también iudices que "perquisiverut terminos de ipsa villa".

luña en 1032, o con el de mediadores o asesores¹⁰⁵. En Aragón observa García de Diego¹⁰⁶, en abundantes documentos, que todas las personas destacadas de la Asamblea para realizar alguna misión se denominan iudices.

El nombramiento por el Tribunal de estos iudices-exquisitores es evidente en estos documentos, más aún en el caso del vigario del conde, del litigio de Celanova de 1056¹⁰⁷, o en el de Sobrado, de 1168¹⁰⁸, en el que aparecen los exquisitores junto con un vigario de rege. Pero no menos frecuente es que los iudices o exquisitores sean nombrados por las partes. La documentación de Celanova, de excepcional importancia para seguir la historia de nuestro proceso medieval, nos conserva un caso de exquisitores perfectamente distinto de iudices, y designados por las partes¹⁰⁹.

Aún en textos de carácter general se presupone esta situación.

En la donación de Oviedo de 857¹¹⁰, aunque con las reservas debidas, ya que se trata de un texto interpolado, se prevé una "exquisitio si ambadus partibus placuerit", en consonancia literal con el Fuero de León, art. 40¹¹¹. En el texto editado por Bæcker, de unas Cortes de fecha dudosa, de Alfonso IX, se conservan los exquisitores elegidos por las partes y en desacuerdo, impuestos por el Tribunal¹¹².

Por estos datos, creo pueda concebirse este primer momento de la pesquisa en la siguiente forma: se trata en un principio de un procedimiento probatorio: para realizarle nombran las partes o el Tribunal a personas determinadas, ¿por qué no la realiza el Tribunal? Indudablemente, por tratarse de una Asamblea. Pero no es creíble la complicación de destacar de esta Asamblea una doble Comisión:

105 Balari: *Orígenes*, págs. 372, 383 y 382.

106 *Historia judicial*, en ANUARIO, XI, págs. 116 y sigs.

107 Serrano Sanz: *Documentos*, pág. 29.

108 *Rev. de Cienc. Jur. y Soc.*, III, 118.

109 Serrano Sanz: *Documentos de Celanova*, en *Rev. de Cienc. Jur. y Sociales*, XII, pág. 35-7.

Al citado documento pueden añadirse, entre otros varios, el de Oña de 1212, en el que los pesquisidores son elegidos por las partes y el presidente del Tribunal conjuntamente. (En ANUARIO, IV, págs. 156-7).

110 Muñoz Romero: *Colección de Fueros*, págs. 22-3.

111 *Ibid.*, pág. 70.

112 *Boletín de la Academia de la Historia*, tomo 67, año 1915, págs. 26-33. Mayer: *Geschworengericht und Inquisitionprozess*, págs. 89-90, identifica sin fundamento estos inquisidores electi a partibus con los cojuradores.

la de los jueces y la de los pesquisadores. Es más lógico que la idea de someter la pesquisa a una o varias personas destacadas del tribunal, los iudices, surgiera de la existencia de estas personas destacadas. De aquí las facultades de resolución con que aparecen adornados los pesquisadores. Creo que la confusión de los textos entre pesquisadores y iudices responde a una confusión que se daba en la realidad. La evolución ulterior, complicada por la recepción del Derecho romano, diversifica esta primitiva simplicidad. Los iudices se separan netamente de los exquisitores: llegan a ser funcionarios. La exquisitio va desapareciendo del proceso civil, en el que no se conserva sino en el aspecto de los fieles: personas encargadas o, mejor dicho, designadas por las partes o el tribunal para recibir las pruebas. Se conserva la exquisitio en asuntos administrativos, como recuerdo de las diligencias de deslinde y amojonamiento, v. gr., la que dió nacimiento al Becerro de las Behetrías, paralela a las inquisiciones portuguesas; y por otro lado la pesquisa de cierto carácter policial respecto a delitos, que, en contacto con la canónica, transforma el proceso criminal.

Pero, si bien creo que los pesquisadores no serían distintos de los iudices, no quiero decir con ello que los iudices actúen siempre como pesquisadores. Creo simplemente que la pesquisa es una consecuencia de la datio iudicis.

Actuación típica de los iudices es la sentencia de prueba ¹¹³.

La sentencia de prueba no siempre corresponde a los iudices. Es

113 Aunque los textos en que aparece la sentencia de prueba son extraordinariamente abundantes, con todo, por no haberse hecho destacar suficientemente este hecho, me creo obligado a alegar algunos casos.

Existe un documento compostelano de 1149 (López Ferreiro, IV, ap. XVIII, páginas 49-50) en el que se contiene tan sólo la sentencia de prueba.

En territorio catalán, donde, como se ha dicho, la fidelidad al proceso del *Liber iudiciorum* fué en los primeros momentos bastante más acentuada que en los restantes territorios hispánicos y donde no aparecen tan claras otras modalidades de esta especie de proceso común peninsular que se trata de describir, destaca, con todo, la importancia esencial de la sentencia de prueba en documento de Gerona, de 844: "nos iudices statumus eos testes iurare super altare" (Villanueva: *Viaje literario*, XIII, 226). De Gerona, asimismo, y del año 1140, conservamos otra sentencia en la que se dice: "iudicavit praefatus iudex quod canonici testibus verum esse monstrarent" (Ibid., pág. 287).

De Lérida, 1148: "datum est iudicium ut si potuissent monachi iurare quod de illa ecclesia fuerunt aliquando tenentes" (Villanueva: *Viaje literario*, XVI, 281).

De Tarragona, 1168: "iudicaverunt quod utraque pars testes proferret (Villa-

a veces el presidente de la asamblea o la misma asamblea quien la pronuncia. De sentencias de pruebas pronunciadas por el presidente, solo o conjuntamente con la Asamblea, tenemos noticias por documentos de Celanova de 1056 y Cardaña año 1073¹¹⁴; la fazaña del Rey Don Pedro, de la colección aragonesa, § 80, se la atribuye al Rey, y el § 104, al justicia¹¹⁵; los documentos aragoneses, en cambio, suelen atribuirla a los iudices, así, v. gr., uno de 1039; otro de Sancho Ramírez, sin fecha; otro de 1099 publicado por Serrano¹¹⁶. También los catalanes nos enseñan a los iudices realizando estas actuaciones—cosa nada extraña pensando en la pronta especialización de los iudices en esta región¹¹⁷.

Detalle interesante de la sentencia de prueba dictada por los iudices, es que la precede una interrogación solemne que éstos dirigen a las partes en diplomas catalanes de Ramón Berenguer y diplomas aragoneses de 872 y 994, y abundantísimamente en el libro de los Fueros de Castilla¹¹⁸.

Procede ahora examinar la significación procesal de estas dos actuaciones.

Desde luego adelantaremos que la *datio iudicis* nada tiene que ver con la romana del proceso formulario; nada nos autoriza para suponer que la precediera una fórmula; es más, hay casos en que se

nueva: *Viaje literario*, XIX, 289). De 1151: "iudicatum est quod si potuissent probare" (Ibid., 280).

Fuero general de Navarra, II, I, 6: "et es juzgado que pruebe". Conf. II, VI, 7.

En Estella (ANUARIO, IV, § 67, pág. 424): "et iudicavit (arcaldus) iuram aut testes dare ad diem nominatum". Conf. en ANUARIO, IX, 412, la versión lemosina.

Colección aragonesa, ANUARIO, II, pág. 507, § 75: "et iudicavit la iustitia... las testes aut iuramentum". Conf., § 104, pág. 515.

Del *Libro de los Fueros de Castilla* ya señalé en la nota 12 abundantes pasajes. Iré señalando en notas siguientes otros testimonios correspondientes a diversos aspectos de la sentencia de prueba, pareciéndome suficientes los colectados de territorios en los que menos frecuentemente aparece. De León, Asturias, Castilla, sería interminable la mera lista de los lugares en que se encuentra.

114 *Documentos de Celanova*, en *Rev. de Cienc. Jur. y Soc.*, XII, pág. 29.

El de Cardaña en Serrano, *Becerro gótico de Cardaña*, Madrid, 1910, páginas 18-20.

115 Como ya lo hacía notar Ramos, en su introducción al *Fuero de Jaca*, páginas XII y XIII.

116 García Diego: *Historia judicial*, ANUARIO, XI, pág. 178.

117 Balari: *Orígenes*, 375.

118 Balari: *lug. cit.*; y García de Diego: *Historia*, 146. Sobre el *Libro de los Fueros de Castilla*, conf. nota 12.

ve que lo más semejante a la fórmula, o sea la sentencia de prueba, la dictan los mismos jueces. Que el *judex* es algo más que el *urtheil-finder* germánico aparece claro en sus facultades de dirigir una parte del proceso. En Aragón y Cataluña encontramos muy tempranamente explicada su intervención como delegados *regios* o del *placitum* o *mallum*. En cambio, aparece la *datio iudicis* internamente relacionada con el acuerdo de las partes acerca de la materia del proceso, condicionando una especie de *litis contestatio*: Así aparece con claridad en los casos en que los jueces o *pesquisidores* son nombrados por las partes, en los cuales no hay sentencia de prueba, ya que ésta ha sido acordada por las partes. En el caso de que sean nombrados por el tribunal, encontramos algo semejante a este cuasi contrato de *litis contestatio* en las preguntas que los jueces dirigen a las partes antes de dictar la sentencia. La colección aragonesa, en su art. 104, expresa claramente esta idea al fijar el momento de la sentencia de prueba cuando las partes "*deventerunt ad illas rationes de si et non*", nos encontramos, pues, ante la típica sentencia de prueba germánica, de las que se habrían de derivar muy pronto las interlocutorias del Derecho común.

En este punto, conforme indicaba al principio de este trabajo, es donde resalta más claramente la diferencia del proceso ante las asambleas y el proceso municipal. El libro de los Fueros de Castilla, teniendo quizá en cuenta las actuaciones ante medianedos, conserva aún la *datio iudicis* y la sentencia de prueba.

Pero en cuanto entramos en el proceso municipal auténtico nos encontramos con el *judex* o los *alcaldes estables*, lo mismo que en Cataluña, donde el Derecho romano arrincona más tempranamente las asambleas. Quizá el origen del Poder municipal sea precisamente la consolidación del poder delegado de la asamblea local. La sentencia de prueba se hace también innecesaria; las primeras disposiciones, no tan sólo de Fueros, sino también de cartas pueblas, empiezan a regular el derecho probatorio; junto a las penas por diversos delitos aparecen en ellas las pruebas mediante las cuales el presunto reo puede copurgar o los acusadores han de afianzar su que-rella. Los Fueros extensos contienen una regulación detallada de la materia. La formación consuetudinaria de un derecho probatorio hizo innecesaria una especial determinación del tribunal respecto al caso. Seguramente el origen de este derecho probatorio fué la cristalización de un *usus curial* mediante *fazañas*, como aparece comprobado por

el Libro de los Fueros de Castilla y por la Colección aragonesa publicada por Ramos. En Cataluña, la más pronta recepción del proceso común introduce los principios probatorios de éste y hace también innecesaria la sentencia de prueba.

Realizada la prueba, no parece haya lugar en el Derecho español de la alta Edad Media a las alegaciones de bien probado que aceptó la Recepción.

III

El litigio termina, o bien por allanamiento de la parte que se reconoce vencida, o por acuerdo de la otra, o por sentencia. Sánchez-Albornoz asegura haber encontrado muy escasos pleitos fenecidos por sentencia propiamente tal en los diplomas asturleonese¹¹⁹; respecto a los aragoneses, llega a la misma conclusión el trabajo de García de Diego¹²⁰. El allanamiento de la parte que se siente vencida o que por cualquier otra causa—intimidación o presión económica—se reconoce como tal, es tan frecuente que hasta los documentos en que se hace constar reciben un nombre técnico definido en el arte notarial de la primera Edad Media = agnitione. Su frecuencia en los cartularios occidentales es notoria, pero no faltan agnitiones en Aragón, p. e., en docs. de 954, 1001 y 1036¹²¹, ni tampoco en Cataluña, p. e., S. Cugat, 1020 y 1159¹²².

Puede terminar el litigio no sólo por este allanamiento de una de las partes, sino por acuerdo de ambas—en el que no siempre habrá que suponer una transacción—. A este acuerdo alude Sánchez-Albornoz como fin normal de los litigios asturleonese¹²³ que en tan gran número ha examinado¹²³. En Aragón no es menos frecuente este arreglo de los litigantes¹²⁴. De Cataluña también hay ejemplos¹²⁵. En Aragón hasta se encuentra algún caso de acuerdo después de haberse dictado la sentencia¹²⁶.

Esta modificación contractual de lo sentenciado se puede rela-

119 *Estampas*, pág. 76, nota 126.

120 García de Diego: *Historia judicial*, ANUARIO, XI, pág. 175.

121 *Ibid.*, pág. 176.

122 Balari: *Orígenes*, pág. 367.

123 *Estampas*, lug. cit.

124 García de Diego, *ob. cit.*, pág. 179.

125 Balari, *ob. cit.*, pág. 365.

126 *Ibid.*, pág. 180.

cionar con los medios que muchas veces nos revelan los diplomas de dar fuerza a lo juzgado, y que también son de tipo privado contractual.

No faltan casos, en efecto, de que aun llegándose a sentencia, ésta sea aceptada y confirmada por las partes; en una "provocatio ad Librum" leonesa de 952¹²⁷ encontramos esta homologación, así como en otros documentos, p. e., de 987 y 1007, de Celanova¹²⁸, y de 1073, de Cardeña¹²⁹. Esta misma aceptación aparece en la documentación catalana y aragonesa¹³⁰.

Pero ni los allanamientos antedichos, que constaban en las "agnitiones", ni los convenios o las laudaciones de sentencia, ni aun los medios de derecho privado para asegurar la ejecución de la misma, de que me ocuparé en seguida, reveladores de una concepción puramente privada del litigio, son exclusivos. Con ellos coexiste un auténtico poder de resolver por parte del Tribunal, acompañado del de poder imponer coactivamente lo resuelto.

De suerte que los Tribunales también dictan sentencias a las que no hay más remedio que reconocer valor, aun sin la aceptación del demandado, que no aparece en ellas; así la sentencia de la Curia regia asturleonese de 922 que se conserva en un diploma de Astorga, y las de Sobrado, de 942, y Celanova, de 1056¹³¹; las conservadas en varios aragoneses de 947, 954 y 1038, etc., y las catalanas de 994, 1064 y 1018¹³². En lo que varían unas y otras sentencias es en la intervención que revelan de los jueces o del Tribunal. Recuérdese lo antes dicho sobre las facultades de sentencias de los iudices, previsores y pesquisidores; en los docs. catalanes se destaca con mayor energía la actuación de los jueces; sobre la que recae la aprobación de la asamblea. A los jueces de los Municipios se les somete a condiciones precisas: en Zamora¹³³ se les impone un plazo para sentenciar, en Madrid¹³⁴ se les tasa la mayoría de votos cuando ac-

127 ANUARIO, I, págs. 384-6.

128 Hinojosa: *Documentos*, págs. 11-12.

129 Menéndez Pidal: *España del Cid*, pág. 844.

130 García de Diego: *Historia judicial*, ANUARIO, XI, pág. 184.

131 M. Mínguez: *Las fórmulas tenidas por visigóticas*, págs. 82-3. La sentencia de Celanova, en *Rev. Cienc. Jur. y Soc.*, XII, pág. 30.

132 García de Diego: *Historia judicial*, ANUARIO, XI, pág. 179; y Balari: *Origines*, 364.

133 Ed. Castro-Onis, § 11, pág. 19.

134 Ed. G. Sánchez, § 37, pág. 38.

túan los alcaldes, en caso de discordia se les asocian los jueces del rey. En Teruel-Cuenca¹³⁵ parece exigírseles unanimidad.

La sentencia, a veces, se asegura con fermes; así en Aragón, en 1039, 1054, 1061 y 1078¹³⁶.

A veces se dan casos de confirmación de sentencias de Tribunales locales en Aragón, por el rey, p. e., las kartula corroborationis de 958, estudiada por Serrano¹³⁷.

En las sentencias, y especialmente en las de los Tribunales municipales, suele imponerse una multa al litigante vencido, corrientemente un múltiplo de la suma litigiosa. En los Fueros de la familia de Teruel-Cuenca se ve en pleitos inmobiliarios como efecto de la violación del coto de la propiedad, especial protección administrativa de la misma; poco estudiada, y digna, por cierto, de atención¹³⁸.

La eficacia de una sentencia depende principalmente de que haya camino de derecho para modificarla; cuando no queda ningún camino procesal de éstos, entonces se dice que la sentencia es firme¹³⁹. La firmeza, pues, de una sentencia debe ser tratada al examinar las vías de recurso.

Aquí estudiamos ahora los medios jurídicos y materiales para llevar una sentencia a efecto. Hoy, detrás de una sentencia, por caminos más o menos directos, están los medios de coacción del Estado, de virtualidad teóricamente suficiente para proporcionar la satisfacción a la persona que mediante la sentencia obtiene su derecho u otro bien económicamente equivalente. La sentencia de la alta Edad Media no tiene, ciertamente, esta virtualidad; no faltan con todo, casos en que el tribunal directamente hace ejecutar la sentencia. Hinojosa, al estudiar el proceso ante la Curia regia, alega unos cuantos documentos en que aparecen como ejecutores de la sentencia los porteros del rey¹⁴⁰; esta misma función ejercen en el Fuero de Molina¹⁴¹ los pesquisidores, y en el Fuero general de Navarra, el rico-

135 Cuenca, Ed. Ureña, pág. 563. *Forum Turolij*, ed. Aznar, § 210, páginas 96-7.

136 García de Diego: *Historia judicial*, ANUARIO, XI, pág. 185.

137 ANUARIO, V, págs. 254-65.

138 Cuenca, ed. Ureña, pág. 136. *Forum Turolij*, ed. Aznar, § 298, páginas 162-9.

139 Tal se ve, p. e., en el Fuero de Cuenca (Ed. Ureña, págs. 272-4). Esta idea, muy del proceso común, es una de tantas muestras de la romanización bastante sensible de este Fuero.

140 *El Derecho en el poema del Cid*, en *Estudios*, pág. 87.

141 Ed. Sancho Izquierdo, pág. 102.

hombre, que tiene la honor o el merino si el condenado es villano, y si es hidalgo, el alcalde ayudando ante el rey al quereyllant¹⁴².

En Santiago parece que la sentencia había de tener un gran valor cuando para confirmar unos privilegios se acude a la fórmula de un proceso ficticio, en 1019¹⁴³. En cambio, en Gerona, en 1140, nos encontramos con que no habiéndose cumplido una sentencia, se inicia otra vez el proceso sobre el mismo asunto¹⁴⁴. Debió de ser más frecuente este caso de tener que arbitrar medios heroicos para hacer obedecer al tribunal cuando los litigantes no lo hacían espontáneamente.

En Fueros más modernos encontramos la privación de la paz por incumplimiento de sentencia, así como el principio general de la coacción judicial para pagar "et costringanlo aquellos pesquisidores fasta que peche"¹⁴⁵.

No es muy extensa nuestra información para la más antigua Edad Media, porque los documentos no suelen extenderse más que a consignar la sentencia, cuando se llega a dictarla, sin añadir los medios que para llevarla a la práctica pueda utilizar el litigante vencedor. Aparecen, sí, las amenazas de multa; pero esto no es gran cosa recordando cómo estas amenazas se prodigan en cualquier género de documento. Si el litigio versa sobre bienes inmuebles, la sentencia parece que tiene, desde luego, la fuerza de título suficiente de propiedad para el que obtiene el reconocimiento de la misma, como tal título suele luego ser alegada en litigios posteriores.

En algunos diplomas, y con más abundancia de detalles en los Fueros, se deja entrever un sistema de fianzas previas al juicio o a lo largo de él que tal vez pudieran contribuir a asegurar la efectividad de la sentencia, al mismo efecto cooperan con más claridad determinadas prendaciones. La dificultad está en diferenciar en unas y otras si se trata de asegurar la normal comparecencia del litigante a las diversas actuaciones judiciales o la efectividad, en definitiva, de la sentencia. Aun en este último caso, Mayer sostiene que la coacción es indirecta, que no se trata de poner los bienes o el producto de su venta a disposición del litigante vencedor, sino de compeler al vencido a satisfacer. En este punto hay que reconocer que se basa en

142 *Fuero general de Navarra*, II-I-8.

143 López Ferreiro: *Historia*, II, Ap. LXXXVI, págs. 209-14.

144 *Viaje literario*, XIII, 286-7.

145 *Fuero de Molina*, lug. cit. en nota 141 y pág. 99.

abundante material, y que, salvo la interpretación del encerramiento, la construcción es bastante correcta ¹⁴⁶.

Otro procedimiento de apremio propiamente tal, con venta en pública subasta de los bienes embargados, aparece ya tardíamente, por ejemplo, en el Fuero Viejo y, probablemente, por influencia del proceso común.

Por estas razones, no creo que se pueda hablar en el período que estudiamos de un proceso ejecutivo.

Briegleb ¹⁴⁷ encuentra su origen en la prenda privada, y concretamente para España alega textos y casos de ésta como precedente de la misma. Yo veo más bien la existencia de una prenda privada de coacción, no económica, en el sentido de que el prendante no pueda apoderarse de ella ni aun usarla, como prolongación de los medios de autoayuda en la que interviene el Poder público al efecto de suavizarla y aun desterrarla totalmente; con ella no parece que tenga que ver gran cosa el juicio ejecutivo. En tal sentido estudio esta cuestión al tratar de la prenda en general.

El juicio auténticamente ejecutivo, con desapoderamiento de los bienes del deudor, para suministrar al acreedor la satisfacción de las deudas, creo ha de estudiarse donde se encuentren datos para él, o sea, al tratar de la recepción del derecho común.

IV

Más con ánimo de precisar el sistema del proceso ordinario que con el de construir materia tan compleja como la de los procesos que, al empezar este trabajo, he denominado especiales, apunto a continuación un esquema, todo lo provisional que se quiera, de lo mucho que respecto a ellos puede recogerse en nuestras fuentes medievales.

Los procesos *in fraganti*, acerca de cuyas formalidades existen tan notables coincidencias en el proceso germánico, el romano y el griego, y que por ellas son con razón reputados como una clara con-

146 *El antiguo Derecho*, págs. 119-42. Téngase también en cuenta las páginas dedicadas a la wadiation (250 y sigs.); ya que equipara la sentencia a una deuda wadiada; la interpretación del *incerramentum*, aparte de que es ocasión para desarrollar su teoría simbólica del *caput*, exagera notablemente la significación ejecutiva del encerrar.

147 La obra de Briegleb, *Geschichte des Exekutivprozesses*, de la que tenía tomadas algunas notas que han sido destruidas, no me ha sido accesible en estos momentos.

tinuidad de un sistema de proceder indogermánico mucho más antiguo, tienen en nuestras fuentes medievales numerosísimas manifestaciones.

La exigencia de que se reclame auxilio o se hagan, por lo menos, testigos en el momento de realizarse el acto, se puede apreciar en las disposiciones sobre querrela de forzamiento, tan repetidas en nuestros Fueros locales y territoriales, sobre todo en los castellanos¹⁴⁸.

No es este el único caso en que se requiere la petición de auxilio o convocar testigos-apellido; en el Libro de los Fueros de Castilla se exige también para poder proceder contra los que encierran a otro en su casa, el encerramiento como delito¹⁴⁹.

Apellido puede también significar la persecución del delincuente, singularmente el ladrón que huye con el objeto robado; no es fácil precisar si este apellido es una mera persecución de tipo policial o una actuación que desemboque en un proceso, la duda subsiste en el Fuero de Zamora¹⁵⁰. En otros casos no es posible ni aun determinar si se persigue a un ladrón o simplemente a un animal fugitivo¹⁵¹.

Hay, en cambio, otros casos en los que la persecución del ladrón se presenta con todas las características del *spurfolge* germánico, e incluso con algunas singularidades dignas de estudio. Es interesante en este aspecto la carta de hermandad de Plasencia y Escalona¹⁵². Un caso auténtico y tardío de *spurfolge* se encuentra en las Leyes del Estilo¹⁵³: los que siguen el rastro de bestias robadas han de detenerse al llegar a un término municipal, allí harán lumbre, o humo, al menos, afrontando al alcalde. Este debe conducirles a seguir el rastro hasta fuera de su término o entregarles al ladrón; si no lo hace, pecha él mismo el hurto.

De lo que sí hay datos abundantes es del registro de la casa del supuesto ladrón. En Sepúlveda, en Najera, donde no se exceptúa del escodriñamiento ni el mismo palacio; en Daroca y en los Fueros de

148 *Fueros de Calatayud* (Muñoz Romero, *Colección*, pág. 460); Salamanca (Ed. Onís-Castro, § 212, pág. 154); Cuenca (Ed. Ureña, pág. 318); Teruel (*Forum Turolij*, ed. Aznar, § 364, pág. 203); Soria (Ed. Galo Sánchez, § 532, pág. 208); Alcalá (Ibíd., § 9, pág. 270); *Leyes nuevas* (Ed. Academia, pág. 199), y Fuero viejo, II-II, 3.

149 Ed. Galo Sánchez, § 60, págs. 33-4.

150 Ed. Onís-Castro, § 83, pág. 60.

151 *Fuero de Teruel*, ed. Aznar (*Forum Turolij*), § 287, pág. 134.

152 Publicada en ANUARIO, III, pág. 505.

153 Ley 74.

la familia Teruel-Cuenca¹⁵⁴. Para registrar=escodriñar la casa del sospechoso o todas las del pueblo, es preciso la asistencia del iudex o del sayón o en algunos lugares de sólo los vecinos. El que se resiste a ser registrado, es declarado ladrón. Aquel en cuyo poder se encuentra lo que busca, lo mismo. En Nájera, como tal pecha novenas al palacio. Si nada se encuentra, no suele incurrir en ninguna responsabilidad el escodriñador. En el Libro de los Fueros de Castiella¹⁵⁵ se regula con más detalle; el requerido para el escodriñamiento puede contestar que no sabe si se encuentra en su casa lo robado; con ello, si es hombre de buena fama, aun cuando se encuentre lo buscado en su casa, no incurre en pena. En el Código de Huesca se acoge esta institución que recibe el nombre preciso de escodriñamiento¹⁵⁶.

Mayor dificultad reviste el proceso por otorificación. Esta palabra, que ya va siendo empleada para calificar el "anefangesprozess", tiene la ventaja de precisar la *intertiatio* de los textos latinos, en el sentido de que el *tertius* es el *tertius* en el proceso, no el *tertius* depositario de la cosa litigiosa, cosa que, como es sabido, se opone a la Ley Sálica¹⁵⁷.

La dificultad de la cuestión dimana de que se suele complicar con la acción real mobiliaria.

Ernesto Mayer y P. Merëa han estudiado el problema de la existencia o no en nuestra Península de esta clase de acción y, más ampliamente, de la aplicación en nuestro Derecho medieval del principio "mobilia non habent secuelam"¹⁵⁸. En la discusión que respecto a este tema han mantenido, ha quedado secundariamente aclarado, por lo menos, un caso en que procede efectivamente la acción real mobiliaria sin que haya necesidad de fundarla en hurto o apropiación ilegal del mueble que se trata de reivindicar, el del Fuero de Viguera-Val

154 *Fuero de Sepúlveda*, en Muñoz Romero; *Colección*, pág. 283. Nájera, ibíd., 292. Daroca, ibíd., 537-8. Cuenca, ed. Ureña, pág. 824; la traducción romanceada de Heznatoraf, ibíd., pág. 825, emplea la palabra escodriñar, de donde se sustantiva la palabra escodriñamiento. Véase nota 156.

155 Ed. G. Sánchez, § 205, págs. 106-7.

156 En la versión romanceada publicada por Gunnar Tilander, *Los Fueros de Aragón según el ms. 458 de Madrid*, Lund, 1937, § 320, pág. 188.

157 Brunner: *Deutsche Rechtsgeschichte*, II^o, págs. 653 y sigs. Sobre el empleo de la palabra "otorificación" véase nota 2.

158 Mayer: *Antiguo Derecho*, págs. 46-9, nota 83; y Merëa, *Estudios de historia do Direito*, págs. 87 y sigs.

de Funes ¹⁵⁹. Merēa ve claramente la diferencia de este problema y el de la otorificación, aunque luego en la discusión pierde un poco de vista esta distinción ¹⁶⁰. Mayer tampoco le da la importancia debida.

Merece la pena de insistir en que a base del texto de Viguera-Val de Funes y los numerosísimos que se refieren a la otorificación, se puede distinguir en el proceso español medieval una doble posibilidad de reivindicación mobiliaria: la que se funda en una desposesión ilegal, contra la que tiene el despojado el camino legal del proceso de otorificación, y otra que entraría en los trámites del proceso ordinario en los demás casos en que el mueble haya salido de su poder por vías normales, pero sin que haya consolidado su propiedad en manos del tenedor, supuestos todos los requisitos para el propietario pueda reclamar.

Sentada esta distinción, aparece clara la extensión del proceso de otorificación a los procesos inmobiliarios. Hay que notar que ya Mayer se refirió a este hecho ¹⁶¹.

El primer ejemplo español que he visto en donde aparecen *otores*, es en un litigio inmobiliario de Arlanza, del año 965, perdido por los demandados por no poder presentar *otores* ¹⁶². El alegar documentos después de los examinados por Mayer ¹⁶³, parece superfluo. La configuración del litigio tal como se deduce de ellos, es muy semejante al del Anefang germánico. El fundamento es la sospecha de tenencia ilegal de la cosa por el demandado: éste ha de demostrar que no lo es, y para ello no tiene más que dos caminos: probar que la cosa se ha producido bajo su dominio, o bien que la adquirió de otro; y en este caso debe hacerle comparecer en juicio para que él demuestre a su vez que se encontraba en poder legítimo de la misma; por tanto, éste sostiene el proceso en las mismas condiciones que el demandado, pudiendo, por tanto, dar a su vez otor, y así hasta el número de tres otores.

Esta limitación al tercer otor la encontramos en los Fueros de la

159 Véase Mayer: *Antiguo Derecho*, pág. 47: "otrossi todo ome que tobiere bestia logada o prestada o otra cosa e la empeynare o la vendiere o ce la tobiere en empeynos por clamo que aya suyo o ageno el dueyno de la bestia o de la cosa puede la facer por suya."

160 Merēa: *Estudios*, pág. 101.

161 Mayer: *Antiguo Derecho*, pág. 93.

162 *Cartulario de Arlanza*, ed. L. Serrano, Madrid, 1925, pág. 48.

163 Mayer, *lug. cit.*, págs. 90 y sigs.

familia Teruel-Cuenca y en otros varios¹⁶⁴. En las Leyes Nuevas, en las cuales la dación de otor no se distingue claramente del *juramentum calumniae*, se limita también a tres el número de otorens¹⁶⁵. En fuentes aragonesas encontramos el secuestro de la cosa en poder de un depositario durante el proceso¹⁶⁶.

Los funcionarios municipales que tienen por misión vender los bienes embargados en pública almoneda (corredores municipales), deben comparecer como otorens en litigios sobre cosas vendidas por su mediación. Así se ve en los Fueros de la familia Teruel-Cuenca, en donde aún se determina que en el caso de no salir el corredor como otor de los mismos, debe pagar la petición doblada¹⁶⁷.

Por lo demás, los antecedentes visigodos que Brunner señala al proceso, explican claramente su origen germánico¹⁶⁸.

El proceso para elegir enemigo en caso de agresión de bando o cuadrilla es ciertamente una de las limitaciones de la "faida" que se van abriendo camino a través de la Edad Media. Su ambiente procesal no difiere de lo corriente: son encauzamientos formales de la acusación contra una pluralidad de personas; los medios de defensa de éstas son también los corrientes: juramento copurgatorio y el duelo¹⁶⁹.

Se apartan en este punto notablemente los sistemas seguidos en Teruel y Cuenca; en este segundo Fuero las garantías son mayores, y el duelo como trámite procesal y precisamente probatorio aparece con plena claridad. El de Teruel no alude al duelo.

Dentro de la tendencia a limitar la "faida", la significación procesal del ripto no deja lugar a dudas después de los trabajos de M. Torres y Cabral de Moncada¹⁷⁰. Más difícil sería precisar si debe considerarse como un proceso especial o como una primera parte del pro-

164 Ibid., pág. 93.

165 La numerada con el IV en la ed. académica, pág. 184.

166 Mayer, *loc. cit.*, pág. 94.

167 *Fuero de Cuenca*, ed. Ureña, pág. 462.

168 Singularmente los del *Liber iudiciorum*, VI-II-8. Véase Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, pág. 656.

169 El trámite del proceso se dibuja minuciosamente en los *Fueros de Cuenca* (Ed. Ureña, págs. 370 y sigs.) y *Teruel* (*Forum Turolij*, ed. Aznar, § 18 y siguientes, págs. 9 y sigs.), y más brevemente en el *Libro de los Fueros de Castilla*, edición G. Sánchez, § 112, pág. 88.

170 M. Torres López: *Naturaleza jurídica, penal y procesal del desafío y ripto en León y Castilla*, en la *Edad Media*, en ANUARIO, X, págs. 161-74.

Cabral de Moncada: *Oduelo na vida do Direito*, en ANUARIO, II, 213-32, y III, 69-88.

ceso, en la que, conforme al antiguo esquema, se determinaba la prueba con que habían de esclarecerse los hechos, aunque la elección del modo concreto de llevarla a cabo quedase del todo al arbitrio de las partes. La posición del duelo requiere aún un examen más detenido, separando cuidadosamente tiempos y lugares. Aun en la época tardía a que se refiere el trabajo de Torres, no es claro que se le deba considerar como medio de prueba.

P. JOSÉ LÓPEZ ORTIZ.