

## VIDA CASTELLANA DE LA MUERTE CIVIL. En torno a la ley cuarta de Toro

JESÚS VALLEJO  
Universidad de Sevilla

MUERTE CIVIL. En lo forense es la mutacion de estado, por la qual la persona en quien acontece, se contempla en derecho, para en orden a efectos legales, como si no fuera.

*Diccionario de Autoridades, s.v.*

### 1. LEYES MODERNAS Y FIGURACIÓN ANTIGUA.

La consideración de la muerte civil en el seno de la tradición jurídica castellana es larga y compleja<sup>1</sup>, y se desarrolla en un arco cronológico que tiene su piedra angular en la cuarta de las Leyes de Toro de 1505<sup>2</sup>. La norma, persistente a partir de entonces entre las leyes vigentes, fue, como todas las del mismo Ordenamiento, incluida en recopilaciones tempranas<sup>3</sup>, encontrando acomodo permanente en la Nueva Recopilación

---

1. Sobre el asunto de este artículo, exposición pionera y obligadamente escueta, con presentación de los datos básicos, es la de A. GARCÍA-GALLO, "Curso de Historia del Derecho Privado: Conceptos generales y Derecho de Personas", originalmente en A. GARCÍA-GALLO, *Curso de Historia del Derecho Español*, I, Madrid, 1956, 501-626, y que consulto en A. GARCÍA-GALLO, *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Sevilla, Universidad, 1982, 11-144, especialmente 132-135. Para un examen más extenso, en el espacio y en el tiempo resultan ineludibles los trabajos de B. BORGMANN, "Mors civilis. Die Bildung des Begriffs im Mittelalter und sein Fortleben im französischen Recht der Neuzeit", en *Lus commune*, 4 (1972), 81-157, y M.R. DI SIMONE, "L'identità giuridica e la sua perdita nell'istituto della morte civile in Francia tra il XVIII e il XIX secolo", en *Rivista di storia del Diritto italiano*, 74 (2001), 21-78, sin atención, lógicamente, a las fuentes castellanas que aquí nos interesan.

2. Sobre la fuente, sigue siendo inexcusable acudir a R. GIBERT, "Leyes de Toro", en B. PELLISÉ PRATS (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XV, Barcelona, Seix, 1974, s.v., 247-265. Unos primeros datos pueden también encontrarse en A. PÉREZ MARTÍN y J.-M. SCHOLZ, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, Universidad, 1978, 40-41, con alguna bibliografía e imprecisa relación de ediciones.

3. Y en bloque, bien en las sucesivas ediciones, de contenido creciente, del *Libro de las Bulas y Pragmáticas* de Juan Ramírez (véase nota 38; tengo presente ahora la que con la denominación de *Recopilación* se imprime por Juan Ferrer en Toledo en 1550: cfr. A. PÉREZ MARTÍN y J.-M. SCHOLZ, *Legislación y jurisprudencia*, cit., 20-21), bien en colecciones facticias: el ejemplar de la edición de las Leyes de Toro que manejo (cit. en nota siguiente) forma volumen con un ejemplar de las Ordenanzas Reales (Biblioteca Universitaria de Sevilla, sig. 336/091).

de 1567 (NR 5,4,3, para el caso) y en la Novísima de 1805 (NoR 10,18,3). Su tenor original, inalterado—salvo puntuación, ortografía y adición de rúbrica— a su paso por las recopilaciones recién citadas de Felipe II y Carlos IV, es el siguiente<sup>4</sup>:

Mandamos quel condenado por delicto a muerte ciuil o natural pueda fazer testamento e codecillos o otra qualquier vltima voluntad o dar poder a otro que lo faga por el como si no fuese condenado, el qual condenado y su comissario puedan disponer de sus bienes saluo de los que por el tal delicto fueren confiscados o se ouieren de confiscar o aplicar a nuestra camara o a otra persona alguna.

La ley, en lo que toca estrictamente a la mención de la muerte civil, carece de contexto inmediato o cercano en los tres cuerpos normativos que acabamos de mencionar: en las recopilaciones Nueva y Novísima se integró en título de testamentos, opción aquí indiscutible pero que desde luego aísla su dimensión penal; en el asistemático Ordenamiento de 1505 la rodeaban también leyes sucesorias, pues el conjunto de las toresanas arrancaba, excepción hecha de sus dos primerísimos y largos textos de carácter y alcance general, con sendas series de “leyes sobre el testamento” (leyes 3 a 5) y “sobre la sucesión familiar” (leyes 6 a 10)<sup>5</sup>.

Sin embargo, la mención de la muerte civil dentro del derecho de sucesiones parece estar presuponiendo su completo tratamiento en otra sede; en efecto, la sola formulación de nuestra ley parece evidenciar que su mandato afectaba a una institución que se sabía viva y operante, uno de cuyos rasgos básicos, la totalidad de los cuales se entendían previamente establecidos, se alteraba en un sentido de mayor apertura, de mayor permisividad, eliminando restricciones.

La moderna historia castellana de la muerte civil había así podido tener como motivo primario la atenuación de un bastante estricto régimen previo. Y desde luego lo era el que la más general jurisprudencia *ius communis*, con base en sus textos de autoridad, había venido considerando propio de la institución. Desde la jurisprudencia de factura castellana, normalmente proclive a la contextualización en el *ius commune* de su más cercano y particular *ius proprium*, la ley cuarta de Toro podía efectivamente contemplarse como el punto de arribada de toda una serie de normas tendentes a la suavización del régimen que se tenía por originario de la muerte civil<sup>6</sup>.

4. Transcribo, sustituyendo por “e” el signo tironiano, resolviendo alguna que otra abreviatura por línea sobrepuesta, y con la sola adición de una coma, del *Quaderno de las leyes y nuevas decisiones sobre las dudas de derecho que continuamente solian y suelen ocurrir en estos reynos en que auia mucha diuersidad de opiniones entre los doctores y letrados destos reynos: las quales se imprimieron por Pedro de pascua vezino de Salamanca...* (s.a., pero 1505: cfr. L. RUIZ FIDALGO, *La imprenta en Salamanca (1501-1600)*, vol. I, Madrid, Arco Libros, 1994, ref. núm. 43), con privilegio regio en virtud del cual “... podays imprimir e imprimays e vendays las leyes que se fizieron e publicaron en las cortes que yo toue en la ciudad de Toro este presente año”. Las leyes no aparecen aún numeradas en estas ediciones primeras.

5. Es la agrupación que por razones expositivas propone R. GIBERT, “Leyes de Toro”, cit., 250-252.

6. En el que, como tal, lógicamente aquí no entramos: cfr., para las dificultades resultantes de la consideración de algunas de estas cuestiones con el relieve que en su momento de configuración pudieron tener, M. TORRES AGUILAR, “La pena de exilio: sus orígenes en el Derecho romano”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64 (1993-94), 701-785.

En virtud de dicho régimen, conformado según la romana *capitis deminutio* y reflejado sobre todo en textos diversos del Digesto (D 48, 19, *de poenis*), el condenado a muerte natural, o a penas que supusieran su *mors ciuilis* (*deportatio, damnatio in metallum...*), quedaba *seruus poenae*, condición que, vinculándolo ya al resultado de la ejecución efectiva del castigo, tenía como consecuencia inmediata impedir su sucesión testada, no sólo privándole de la capacidad de hacer testamento, sino provocando asimismo la invalidez del eventualmente ya hecho. Otros libros del *corpus iuris* dejaban también constancia de un régimen suavizado: solía jurisprudencialmente señalarse la auténtica *sed hodie*, incluida en el *Codex* (en C 5, 16, 24) y vinculada a una novela justiniana recogida en la cuarta colación del *Authenticum* (A 4, 1, 8 = N 22, 8) que expresamente proclamaba (“clementi cessione”) su mayor benignidad: eran normas estas últimas a las que se atribuía el efecto de abrogar, introduciendo distinciones, la caída en servidumbre operada *ex supplicio*, lo que posibilitaba a la jurisprudencia aislar un *olim* severo y fenecido y abrir precisamente con un *sed hodie* (el sólito *incipit* de la auténtica en cuestión) la descripción del más tolerable orden vigente<sup>7</sup>.

De hecho, los comentaristas de las leyes toresanas presentaban a veces la institución destacando su desenvolvimiento histórico: Juan López de Palacios Rubios supo de esa forma imprimir un dinamismo considerable a los pasajes iniciales de su comentario a la ley cuarta<sup>8</sup>, y Juan Guillén de Cervantes distinguió como fases sucesivas de la evolución institucional de la *mors ciuilis* su regulación *iure antiquo* primero, *iure authenticorum* después, y finalmente *iure regio nostrae legis quartae*<sup>9</sup>. Son meros ejemplos que nos muestran cómo se ponía jurisprudencialmente el acento en un nuevo y más cercano *hodie*, un castellano *hic et nunc* superador de las excepciones ya establecidas en el propio *corpus iuris*: si éstas favorecían sólo al condenado a muerte civil que tuviese la condición de *bene natus*, la norma hispana de 1505 alcanzaba, permitiéndole testar, tanto al condenado a muerte natural como a todo aquél que hubiera de ser arrancado del mundo de los vivos civiles, sin distinción alguna de *status* previo a la condena: *puta seruus a natiuitate*, explicaba Antonio Gómez a sus lectores, *qui postea*

7. El texto incluido en el Código reza: *Sed hodie nemo bene natus a principio, ex supplicio sit seruus: & ideo matrimonium non dissoluitur*. La novela justiniana es del tenor siguiente: *Quod autem prius ex legum seueritate introductum est, nos clementi cessione resoluimus. Si enim ex decreto iudiciali in metallum aliquis aut vir aut mulier dari iussus cesset [sic] (quale nunc est in Proconneso & in appellata Gypso) seruitus quidem erat & ab antiquis legislatoribus sancita, & ex supplicio illata: separabatur vero matrimonium, supplicio possidente damnatum, sibique seruientem; nos autem hoc remittimus & nullum ab initio bene natorum ex supplicio permittimus fieri seruum. Neque enim mutamus nos formam liberam in seruillem statum: qui etiam dudum seruientium manumissores esse festinauimus. Maneat igitur matrimonium hoc nihil ex tali decreto laesum, utpote inter personas liberas consistens*. Transcribo de *Codicis Iustiniani D.N. Sacratissimi Principis pp. Augusti repetitae praelectionis libri XII. Notis Dionysii Gothofredi i.c. illustrati. Postrema editio prioribus auctior & emendatior, Lugduni, Sumptibus Laurentii Anisson. M.DC.LXII. Cum priuilegio Regis*; con iguales circunstancias de edición, *Authenticae, seu Nouellae Constitutiones D. Iustiniani Sacratissimi Principis, et aliorum quorundam Imperatorum additae...*

8. *Glossmata legum Tauri quas vulgus de Toro appellat... Año de M.D.XLII. Cum priuilegio [Impressum in florentissima Salmanticensi academia expensis Johannis de Junta calcographi insignis]*, fo. X, §§ I-IV.

9. *Prima pars commentariorum in leges Tauri..., Mantuae Carpetanae. Excudebat Guillelmus Drouy typographus. Anno 1594, fo. 81, nn. 17-18.*

*fuit manumissus*. En términos entonces generales y sin excepciones, la muerte civil no impide la *testamentifacio*: para Antonio Gómez en su medido comentario, *iste est verus et realis intellectus ad istam legem*<sup>10</sup>.

## 2. LEGES PARTITARUM

Mas ¿puede entenderse que la razón del establecimiento de la ley cuarta de Toro fuera la aclaración de las dudas a las que podía dar pie la concurrencia de regímenes diversos dentro de los textos romanos del *corpus iuris ciuivilis*? No, ciertamente, aunque eso sea lo que parezca en ocasiones desprenderse de ciertos pasajes escritos por los cultivados comentaristas castellanos del siglo XVI. En realidad, desde los más tempranos comentarios ya se venía advirtiendo que *ista lex limitat et corrigit supradictas leges iuris ciuivilis imperatorum et partitarum*<sup>11</sup>. De las Partidas, sí; y es que en el castellano de las leyes, y no sólo en el latín del *corpus* y de la jurisprudencia, podía también seguirse, si bien de forma menos matizada, el tránsito institucional que suavizó el rígido régimen originario. Éste había sido romanceado en la sexta Partida, en el rotundo arranque de una de las leyes (sin uso en este caso de la expresión “muerte civil”) referidas a testamentos y herencias (Part. 6,1,15)<sup>12</sup>:

Iudgado seyendo alguno a muerte, por yerro que ouiesse fecho, pues que tal sentencia fue dada contra el, non puede fazer testamento. E esso mismo dezimos, del que fuesse desterrado para siempre, en alguna ysla, si le tomasse el Rey todo lo suyo.

Gregorio López<sup>13</sup> dejaba constancia tanto de la dependencia de diversas *leges iuris communis* que mostraba la prohibición alfonsina como del hecho de verse ésta corregida (“reucada” sería la coetánea expresión de Hugo de Celso<sup>14</sup>), *hodie in regno*, por la ley cuarta de las de Toro, indicación superflua para lectores advertidos pero en absoluto fuera de lugar en el aparato de Partidas, libro de leyes que parecía haber adoptado, si no tal vez la más extrema y rigurosa de las opciones posibles, sí al menos

10. *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri... Cum priuilegio. Salmanticae, Apud Ioannem et Andream Renaut, fratres. M.D.XCVIII*, fo. 28ra; su docto planteamiento, preciso pero no extenso, acabaría convirtiéndose en referencia canónica.

11. Son palabras de DIEGO DEL CASTILLO: *Las leyes de Toro glosadas. Vtilis et Aurea Glosa... super leges Tauri. Methymnae Campi, Ex Typographia Guilielmi de Millis. M.D.LIII.*, fo. 44rb.

12. Transcribo de *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nueuamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad. Impresso en Salamanca Por Andrea de Portonaris, Impressor de su Magestad. Año. M.D.L.V. Con priuilegio Imperial* (rep. facs. Boletín Oficial del Estado).

13. Gl. “no puede hazer testamento”, a Part. 6,1,15.

14. *Reportorio Vniuersal de todas las Leyes destos Reynos de Castilla, abreuaiadas y reduzidas en forma de reportorio decisiuo, por el doctor Hugo de Celso... En Medina del Campo, por Iuan Mariada Terranoua, y Iacome de Liarcari, 1553. Con priuilegio.* (rep. facs. con estudio preliminar de J. ALVARADO PLANAS, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000), s.v. “Testamento”, n. 9, fo. cccxxviii, r.

la interpretación más restrictiva de entre todas las que podían abrirse desde la perspectiva del *ius nouum* justiniano. En efecto, en la Partida cuarta, el cierre igualmente rotundo de una ley en la que ya expresamente se aludía a “muerte civil”, recalca, y sin pasar por alto la posibilidad del previo acto de disposición, que el condenado “non puede fazer testamento e avn si lo ouiesse ante fecho non valdria”; era la consecuencia última, introducida por un “e porende”, que se extraía de un texto cuyo tenor, a salvo de su frase final recién transcrita y de un breve pasaje intermedio que luego nos interesará, era el siguiente (Part. 4,18,2):

Ciuil muerte es dicha, vna manera que yha de vna pena, que fue establecida en las leyes, contra aquellos que fazen tal yerro, porque merescen ser judgados, o dannados para auer la. E esta muerte atal, que es llamada ciuil, se departe en dos maneras. La vna dellas es, como si diessen iuyzio contra alguno para siempre, que labrasse las obras del Rey: assi como lauores de sus castillos, o para cauar arena: o traer la a sus cuestras, o cauar en las minas de sus metales, o a servir para siempre a los que han de cauar, o de traer: o en otras cosas semejantes destas; e este atal es llamado sieruo de pena. La otra manera es quando destierran a alguno por siempre, e lo embian en algunas yslas, o en algund otro lugar cierto onde nunca salga: e le toman, demas todos los bienes: e este atal es llamado en latin deportatus [...] E como quier que es deportado, non sea muerto naturalmente: tienen las leyes, que lo es quanto a la honrra, e a la nobleza e a los fechos deste mundo...

Es cierto que sólo se usa la expresión “sieruo de pena” para el caso de la *damnatio in metallum*, y no para el de la *deportatio*, de menos severo régimen<sup>15</sup>; pero incluso en aquel supuesto, o por mejor decir, expresamente para él, los juristas podían leer en sus *corpora iuris*, tras el ya para nosotros conocido *sed hodie, que nemo bene natus a principio, ex supplicio sit seruus*. Es evidente que la *clementia* justiniana no tenía por qué determinar la voluntad alfonsina ni aherrojar la potestad normativa regia, pero tras el estado de cosas introducido por la ley de Toro, y atendido el bagaje habitual de conocimientos previsible en el jurisperito lector de las leyes castellanas, no puede extrañar tampoco que Gregorio López se esforzase en buscar vías de acuerdo textual: dando al parecer por cosa natural que el texto de Partidas se hubiera redactado a la vista de la *nouella* justiniana, el glosador señalaba la divergencia y la explicaba: *ideo forte haec lex dixit es llamado non vero dixit quod sit seruus penae*<sup>16</sup>.

Que Gregorio López se encuentre en la tesitura de utilizar argumentos de lógica –digamos, para no meternos en honduras nominalistas– lewiscarrolliana (en efecto, que una ley diga que el condenado se le llama siervo de la pena no significa necesariamente que lo sea; en realidad, ni siquiera implica que así legalmente se le esté calificando) tiene su interés. Y es que en este caso el discurso de nuestro jurista había de

15. También en Partidas: Part. 6,1,15, a continuación del breve pasaje inicial que hemos transcrito más arriba, proseguía (ed. cit. en nota 12): “mas si no le tomasse todo lo suyo, o fuesse desterrado a tiempo, bien puede fazer testamento de los bienes que le fincaron”; cfr. también Part. 6,1,18 (invalidez del testamento por mutación de estado a consecuencia de *capitis deminutio*) y 6,1,19 (posibilidad de confirmar el primitivo testamento en caso de recuperación de estado).

16. Gl. “sieruo de pena”, a Part. 4,18,2.

situarse frente al de Partidas en una posición si no insólita sí particular, pues los expresados en sus glosas resultaban ser planteamientos más coherentes con la tradición viva del derecho regio de Castilla que los contenidos en esas leyes; leyes que eran desde luego regias, que estaban redactadas en romance castellano recio y claro, y que aparecían rodeadas, asediadas casi, por el extenso aparato latino impreso en susurrante cuerpo menor, disposición a la que tantas veces habrá podido asociarse la imagen de un océano de citas y alegaciones extrañas en el que las palabras del rey Sabio parecen a punto de ahogarse. Esas islas castellanas en el piélagó latino eran, sin embargo, en nuestro caso las extrañas.

### 3. FUERO REAL *SENSU CONTRARIO*

Y es que la ley cuarta de Toro, al situarse dialécticamente frente a las de Partidas –colocándose así, por añadidura, al margen de lo que pudiera venir estableciendo una literatura jurídica más ligada a sus textos de autoridad que queda fuera de consideración en estas páginas–, lo hacía con el firme apoyo de un antecedente legislativo interpretado como concordante y sobre la base también, según todos los indicios, de una práctica efectiva, tal vez insegura o dudosa, ciertamente, pero que en cualquier caso se estimaba acreedora del refrendo regio. Veámoslo.

Una ley del título “de las mandas”, del libro tercero del Fuero Real, ordenaba, desde principios del reinado de Alfonso X, lo siguiente (FR 3,5,5)<sup>17</sup>:

Establesçemos que los que [...] fueren sieruos, o los que fueren iudgados a muerte por cosa atal que deuen perder lo que an [...], que non fagan mandas e <si> las fizieren non ualan.

La norma, escueta como tantas del mismo Fuero, no parece en principio tan lejana a los mismos planteamientos de base a los que la regulación de Partidas respondía: la prohibición o invalidez de la disposición *mortis causa* del condenado a muerte, e incluso la asimilación de su estado al del siervo, son elementos que manifiestan más bien cercanía en las posiciones asumidas ante la muerte civil (innominada, es cierto, en el Fuero Real, y restringida al ámbito estricto de la condena a muerte corporal) por los dos códigos alfonsinos. Así que, también en principio, no parece que nos encontremos en este caso ante esa configuración en la que suelen frecuentemente articularse las relaciones entre Fuero Real, Partidas y Leyes de Toro, habiendo de resolver estas últimas las dudas surgidas por la concurrente presencia secular de leyes regias que incorporaban soluciones diferentes en función de la diversa tradición a la que respondían: justiniana y extraña la de las Partidas, teodosiana y arraigada, *Liber Iudiciorum*

---

17. Cito según la edición de G. MARTÍNEZ DÍEZ (edición y análisis crítico), *Leyes de Alfonso X. II: Fuero Real*, Avila, Fundación Sánchez-Albornoz, 1988.

mediante, la del Fuero Real<sup>18</sup>: a diferencia de lo que ocurre, desde luego, en muchos otros pasajes del Fuero, no existe para éste precedente visigodo<sup>19</sup>.

Pero ciertamente, según se sabe, las Leyes de Toro asumían de modo expreso la función de resolver antinomias, en razón del

[...] gran daño e gasto que recibían mis subditos e naturales a causa de la gran diferencia e variedad que auia en el entendimiento de algunas leyes destos mis reynos, así del fuero como de las partidas e de los ordenamientos e otros casos donde auia menester declaracion [...]<sup>20</sup>

El “entendimiento”, sí, de las leyes, más a veces que su tenor literal, era el que podía provocar en nuestro caso las dudas y requerir la declaración. Por si el explícito tenor prohibitivo del pasaje el Fuero Real más arriba transcrito hubiera podido velar su implícito sentido permisivo, Alonso Díaz de Montalvo, en una glosa que ya llevaba circulando impresa más de veinte años cuando se promulgaron las leyes de Toro, aclaraba la consecuencia básica de la norma alfonsina desde el punto de vista que nos viene interesando<sup>21</sup>: el condenado, *dum tamen non perdat bona potest de jure isto testari, ut hic a contrario sensu*. Al jurista culto que había en Montalvo no dejaba de llamarle la atención semejante planteamiento (“...quod est notandum, et alibi non vidi...”), pero el reconocimiento de la heterodoxia—frente al patrón del *ius ciuile* Justiniano—de tal solución no le llevó a silenciar que la práctica era efectivamente ésa: *et sic practicatur in hoc regno*<sup>22</sup>.

18. Así, de modo obligadamente impreciso por el carácter general de la caracterización, A. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español. Lecciones*, fascículo 2, Barcelona, Gráficas Signo, 1988, 708.

19. No lo señala M.M. PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del derecho romano vulgar*, Granada, Universidad, 1975, con tratamiento en 27 y ss. y 94 y ss. de la *testamentifatio* activa, y especialmente en 30-31 y 120-124 de la incapacidad derivada de la imposición de pena. Sobre la base de G. KÖBLER, *Wörterverzeichnis zu den Leges Visigothorum*, Giessen-Lahn (Arbeiten zur Rechts- und Sprachwissenschaft, 14), 1981, puede afirmarse también que la expresión *mors ciuilis* es ajena al lenguaje del *Liber*. Como era de esperar, resulta infructuoso el examen del Fuero Juzgo, que consulto en J. PERONA (ed.), *El Fuero Juzgo. Estudios críticos y transcripción*, Murcia (Consejería de Educación y Cultura de la Región, Fundación Séneca, Ayuntamiento), 2002. Y hemos de advertir que no entramos en el terreno secante de la infamia: puede hacerse a través de C. PETIT (a quien agradezco indicaciones sobre el asunto de esta nota), *Iustitia gothica. Historia social y teología del proceso en la Lex Visigothorum*, Huelva, Universidad, 2001, 94-114).

20. Son palabras de la Pragmática de la Reina Doña Juana que encierra la colección de leyes toresanas de 1505. Transcribo de la edición citada en nota 4.

21. Sobre ediciones, y especialmente sobre la primera del Fuero con la glosa de Montalvo (ca. 1483), G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Fuero Real* (cit. en nota 17), 12 ss.; el dato ahora en J. MARTÍN ABAD, *Los primeros tiempos de la imprenta en España (c. 1471-1520)*, Madrid, Laberinto, 2003, 55.

22. Gl. “deban perder lo que han”, a FR 3,5,5; cito por la edición de 1781: *El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble Rey Don Alonso IX: glosado por el egregio Doctor Alonso Diaz de Montalvo... Con las licencias necesarias. En Madrid: En la Oficina de Pantaleon Aznar... Año M.DCC.LXXXI. A costa de la Real Compañía de Impresores, y Libreros del Reyno*.

Desde la misma literatura jurídica pueden seguirse algunas de las trazas de esa práctica, o al menos del uso, destinado a la resolución de un caso real, del regio mandato leído *sensu contrario*. Rodrigo Suárez declaraba haberlo utilizado como argumento básico en un *consilium* (se trataba de un supuesto de condena a muerte en la horca, efectivamente ejecutada) que reprodujo en un comentario a la citada ley del Fuero Real, comentario o “apostilla” que finalmente incluyó en su extensa *repetitio* sobre la *l. quoniam in prioribus* del Código justiniano (C 3,28,32). Para Suárez no caben dudas de que *est verus intellectus huius legis* [la del Fuero Real] *quod damnatus ad mortem potest testari, si esset damnatus ex tali delicto, propter quod non venit amissio bonorum, sumpto argumento a contrario sensu istius legis*<sup>23</sup>.

Que el camino había sido abierto por la ley del Fuero Real era algo en lo que insistían algunos de los comentaristas de las de Toro, cuyos pronunciamientos sobre nuestra ley cuarta llevarían en algún caso a las consecuencias notables que enseguida veremos. El autor de uno de los más extensos e interesantes comentarios de dicha ley, Tello Fernández, presentaba su particular recorrido histórico de la muerte civil arribando así al momento alfonsino: *successit benignitas Regum Hispaniae, et in effectu disposuit, quod de parte quae non confiscabatur, possit testari... Ergo si non perdunt omnia bona, bene possunt condere testamentum. Et ita practicabatur in hoc Regno, ut Montaluus ibi dicit*. Que fue ésta, la del Fuero Real, la regulación decisiva, y no tanto la toresana, estaba claro para nuestro jurista. Entendida la ya vetusta ley del Fuero *contrario sensu*, como se hacía desde Díaz de Montalvo al menos, el condenado podía testar si la pena de muerte no llevaba aparejada la de confiscación: así lo defendería también Rodrigo Suárez, según ya sabemos. Pero adviértase: en el texto de Tello Fernández la interpretación, casi imperceptiblemente, se ha extendido un tanto; el deslizamiento es sutil, y la afirmación parece, aunque en realidad no lo sea, simple consecuencia de la lectura *contrario sensu*: podía el condenado también testar si la confiscación de su patrimonio no afectaba a la totalidad de sus bienes, ya que podría disponer de los restantes; y pudiéndose entender que así se evidenciaba, como causa de la prohibición, la posible merma de lo destinado a engrosar el fisco regio, ¿no podría consecuentemente interpretarse que incluso en el caso en el que la confiscación supusiese pérdida de todos los bienes, el condenado podría tomar disposiciones de última voluntad siempre que éstas no fuesen de significación directamente patrimonial? La inversión *contrario sensu* habría llegado a ser absoluta, mas para alcanzar conclusión semejante habría necesariamente que mantener que la ley de Toro no introducía modificaciones sustanciales al *status quaestionis* forjado por la ley del título de las mandas del Fuero Real, ya que en realidad ésta se estaba interpretando a la vista de aquella. ¿Se pronuncia en tal sentido Tello Fernández? Sí, y de plano: *...constat, ante hanc legem* [la de Toro] *de iure legis fori damnatum morti posse testari, meliorare,*

23. Se trata de la *limitatio decima* (518a y ss.) a la *Repetitio legis quoniam in prioribus. C. de inoffic. testamento, ab... Domino Roderico Suares*, reproducida en *Roderici Suarez Hispani iurisconsulti celeberrimi et praestantissimi Opera Omnia... Antuerpiae. Apud Ioannem Keerbergium. Anno M.DC.XIIX [1618]. Cum Privilegio Regio & Archiducum*, 255 y ss.



*legare, et alia facere, quae fecisset si non fuisset condemnatus... Et sic in effectum, respecto substantiae testandi, nullum discrimen erat inter legem fori, secundum communem intellectum, et legem nostram*<sup>24</sup>. Otro competente jurista castellano, Juan de Matienzo, siguiendo a Tello Fernández y comentando la norma de Toro después de ser recopilada en 1567, nos muestra ya abiertamente el vuelco interpretativo de Fuero Real 3,5,5: si su texto –conviene repararlo– ordenaba que “los que fueren iudgados a muerte por cosa atal que deuen perder lo que an [...], que non fagan mandas”, Matienzo afirma sin embarazo alguno que *iure fori regni nostri damnati ad mortem ob delictum, quod mereretur confiscationem bonorum, testari possunt, ut in l.5. ti.5. li.3 foro legum*; mérito de la ley cuarta de Toro es más la claridad que la innovación: en ella *hoc clarius statuitur*, quedando en su virtud cualesquiera de las *leges antiquiores... antiquatas, et per legem nostram correctas*<sup>25</sup>.

Resultaba factible de este modo trazar una línea de continuidad institucional para el peculiar régimen castellano de la muerte civil, no ya desde 1505, pasando por 1567, hasta (al menos) 1805, sino con punto de origen en los años cincuenta del siglo XIII, y con el tramo inicial, el más débil, sólidamente apuntalado.

Y es que es probable que las posibilidades que abría la ley del Fuero Real pudieran apreciarse mejor en tiempos cercanos a su difusión ya impresa que en aquéllos que vieron circular los primeros ejemplares manuscritos. En el periodo de consolidación tardomedieval de patrimonios y linajes castellanos, la remoción de cualquier obstáculo que pudiera impedir una sucesión desigual a voluntad del causante (permitiendo así a éste favorecer o mejorar a uno de sus herederos con vistas a la vinculación e imposibilitando la forzosa división paritaria del caudal relicto tras la confiscación eventualmente accesoria o añadida a la pena de muerte), o interrumpir la continuidad del tracto sucesorio del patrimonio ya vinculado, no podía menos que merecer consideración de favor tanto por una práctica de cada vez más sólido arraigo, como por una incipiente jurisprudencia, a las que, en su avance *pari passu*, se une la legislación precisamente en Toro y en 1505<sup>26</sup>. El carácter sucinto y escueto del pasaje de Fuero Real 3,5,5 justificaría sobradamente que al intentarse, en esa ciudad y en ese año, la aclaración mediante ley general de extremos dudosos en la práctica jurídica castellana, se abordara el que aquí nos interesa. Es más: puesto que desde 1348, en virtud de lo establecido en la ley primera del título 28 del Ordenamiento de Cortes de Alcalá de Henares (reiterado, además, en la primera ley de Toro), podía interpretarse que pesaba sobre quien alegase las leyes del Fuero Real la carga de la prueba de uso para acreditación

24. *Prima pars commentariorum in primas triginta et octo leges Tauri... Opus omnibus, tam his qui iudicandi, quam aduocationis munere funguntur, apprime necessarium... Cum nouo priuilegio. Matriti, apud Ludouicum Sanchez. Anno 1595, fo. 39rb-41ra (nn. 15-18).*

25. *Commentaria Ioannis Matienzo... in Librum Quintum Recollectionis Legum Hispaniae. Cum licentia. Mantuae Carpetanae. Excudebat Ludouicus Sanctius. Anno M.DC.XIII.*, especialmente su gl. VI a Nueva Recopilación 5,4,3, que no es otra que la ley cuarta de Toro, nn. 3-4 en fo. 113rb-va.

26. Véase B. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid, Siglo XXI, 2ª ed. 1989, con páginas específicas sobre exclusión por delito (245-246) y la posibilidad de confiscación por igual razón (267-269).

de su vigencia, no es de extrañar que consecuentemente se estimara que la conversión en norma general del criterio adoptado en base a una cualquiera de sus leyes requiriese nueva manifestación de la voluntad regia<sup>27</sup>. La ley toresana resultante, surgida en un contexto histórico ya diverso, hubo de adecuar a éste su enunciado, dando mejor pie que el de la ley de Alfonso X para pronunciamientos jurisprudenciales sobre cuestiones tales como, efectivamente, las relativas al mayorazgo<sup>28</sup>. En Toro y en 1505 se disiparon numerosos problemas interpretativos actuales o potenciales, haciendo innecesario forzar, mediante lecturas *sensu contrario* o de otro modo extensivas, el texto de la ley del rey Sabio: quedaba abiertamente establecida la disponibilidad *mortis causa* de los bienes no confiscados; se especificaban también, si es que tal vez pudiera reputarse impreciso el término “manda”, los instrumentos (testamento y codicilo) idóneos para incorporar la última voluntad del causante; por si cupiera en ello alguna duda, se precisaba que era lícito disponer a través de un tercero comisario; se extendían, finalmente, los supuestos de condena a muerte, abarcándose también la civil.

#### 4. *LIBER, HABILIS ET TESTABILIS*

Adviértase cómo las progresivas modulaciones de la institución (desde luego las que se desprenden de su tránsito por la legislación castellana bajomedieval y moderna, pero también las que, más amplia y contextualizadamente, presentaba la jurisprudencia), suponían en cierto modo el proceso de su descomposición histórica: en efecto, la originaria ficción romana de la muerte —esa condición de sirvo de la pena atribuida al condenado, a causa de la privación plena de *status*, hasta su fallecimiento real a manos del verdugo o consumido en la deportación o en los trabajos forzados— manifestaba su efecto más visible en la apertura del proceso sucesorio; siendo la condena *causa mortis*, el patrimonio se transfería *mortis causa* sin la declaración de voluntad de aquél a quien no se consideraba ya digno de disponer de sus bienes, anulándose así, con mayor o menor relevancia según los casos, la participación del condenado en la determinación del particular modo en que hubiera de ordenarse en el futuro patrimonialmente su descendencia. Una configuración institucional como la que acaba de describirse no se mantiene tras la ley de 1505 (o desde el Fuero Real, si se prefiere este abolengo rancio, tan dudoso en origen como pueden serlo los abolengos rancios), que al afectar a un elemento no accesorio de su régimen, altera de

---

27. Es argumento que esgrime LUIS VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, *Legum Taurinorum... utilissima glosa... Cum privilegio. Toleti. Apud Ioannem et Petrum Rodriguez, fratres, atque typographos. Anno Domini 1588*, específicamente en su *Interpretatio ad legem quartam*, gl. 5 “pueda hazer testamento” (fo. 2rb-va), nn. 3-4.

28. Valgan de ejemplo las *quaestiones* XXXVIII y XXXIX (especialmente esta segunda, en su n. 4) de la serie de JUAN GUTIÉRREZ, *Practicarum Quaestionum Ciuilium super quinque prioribus libris primae partis legum Nouae Collectionis Regiae Hispaniae... Francofurti. Apud Woffgangum Enderum, Bibliopolam Noribergens. M.DC.LXI.*, que son las específicamente centradas en la *l.4. Taur. hodie l.3. tit.4. lib.5. Nou. Collect. Reg.*, 208-210.

modo radical la significación de la institución. En otras palabras, y breves, la historia castellana de la muerte civil es la historia de la negación de sus efectos sucesorios, desde luego los más visibles o inmediatos.

Pero cabe pensar en otros. Las potencialidades de la institución no incidían sólo en el terreno del derecho de sucesiones. De hecho, la ubicación sistemática de la más expresiva de las leyes de Partidas ya parcialmente transcritas, la que expresamente habla de muerte civil, apunta a cuestión diversa, la de la salida del hijo de la potestad paterna en caso de muerte civil del cabeza de familia. En efecto, el título 18 de la cuarta Partida se centra, según su rúbrica, en “las razones porque se tuelle el poderio que han los padres sobre los fijos”, y en concreto nuestra ley segunda anuncia su contenido de manera inequívoca: “Como se tuelle el poder que ha el padre sobre el fijo por juyzio de desterramiento, a que llaman en latin, muerte ciuil”; el fragmento de esta ley que antes omitíamos es el siguiente:

E por qualquier destas maneras sobre dichas, que es alguno juggado o dannado a esta muerte, que es llamada ciuil, desatase por ella el poder, que este atal ha sobre sus fijos, e salen porende de su poder.

No habiendo en Toro indicación alguna expresa sobre el *status* familiar del condenado, la jurisprudencia podía encontrarse ante un problema de interpretación con solución sólo probable. Que el pasaje recién transcrito tuviese también apoyos directos en el *corpus iuris* (ahora en el § 3, *poenae seruus*, de Inst. 1, 12, *quibus modis ius potestatis soluitur*), desligando de la potestad paterna a los hijos de aquéllos que *in metallum damnantur uel bestiis subiciuntur*, no había de ser tan determinante como precisar hasta qué punto el más clemente régimen de la muerte civil, manifestado *iure nouo* en materia matrimonial<sup>29</sup>, y *legibus Tauri* (o *lege fori*) en materia sucesoria, respondía no a correcciones específicas a uno u otro de los elementos constitutivos de su perfil institucional, sino a la llana supresión de la condición de *seruus poenae*, esto es, a la conversión de la “muerte civil” en un mero *nomen iuris* vacío de las connotaciones más sustantivamente ligadas a dicha denominación.

Con excepción de las Partidas, tan locuaces para nuestro asunto como –según se desprende del juicio de doctos juristas castellanos– poco atendibles por lo arcaico y meramente librario de su regulación, las leyes callan, y la integración jurisprudencial de este silencio legislativo no hace más que abonar la conclusión sugerida al final del párrafo anterior. Según Antonio Gómez, *hodie in nostro regno* el condenado a muerte natural o civil ya no queda *seruus poenae*, sino que permanece *liber, habilis et testabilis*<sup>30</sup>. Y tanto: era el mismo Antonio Gómez quien, pronunciándose en contra de la temprana opinión de Miguel de Cifuentes<sup>31</sup>, admitía la posibilidad de *testamentifac*

29. Cfr. nota 7. Las rúbricas de los títulos en los que se insertan son precisamente *De nuptiis* (A 4,1), y *De donationibus inter virum et uxorem* (C 5,16).

30. ANTONIO GÓMEZ (cit. en nota 10), fo. 28ra.

31. Glosa... sobre las leyes de Toro. *Quaderno de las leyes y nuevas decisiones, hechas y ordenadas en la ciudad de Toro, sobre las dudas de derecho que continuamente solian y suelen ocurrir en estos*

tio pasiva a favor del condenado, rechazando la interpretación restrictiva basada en el estricto tenor literal de la ley de Toro; si verdaderamente era *liber, habilis et testabilis*, no habían de manifestarse además, por vía de principio y a salvo de las dificultades impuestas *de facto* por el cumplimiento de la condena, objeciones que oponer a su intervención en la esfera contractual, a su facultad de obligarse<sup>32</sup>, o a la toma de disposiciones sobre la guarda de sus hijos<sup>33</sup>. Y es que lo que la jurisprudencia tendía a considerar susceptible de interpretación restrictiva era la misma equiparación de muertes, la traslación de los efectos de la muerte natural a la meramente civil; para que hubiese efecto coincidente, la ley había de preverlo expresamente: Fernando Gómez Arias insistía en que *mors ciuillis equiparatur naturali tantum in casibus a iure expressis*<sup>34</sup>, y a Gregorio López no le faltaban autoridades para afirmar, sentada la similitud (*dicitur ciuillis mors, quia proxima morti naturali est*), igual principio: *statutum tamen in morte naturali non habet locum in morte ciuili: nisi in casibus expressis in iure*<sup>35</sup>.

## 5. EXCURSO SOBRE LAS PENAS

¿Qué le quedaba entonces de muerte a la calificada de civil? Sabemos que al menos el nombre: el tenor literal de nuestra ley toresana cuarta parece mantener la posibilidad de una condena que provocase efectos dignos de recibir esa denominación. Una condena, sí, pero ¿a qué penas? Dilucidar este punto no ofrecía en principio mayores problemas en las fuentes romanas o en las más fieles a su tenor literal (deportación, trabajos forzados en las minas, u otras similares<sup>36</sup>), pero no es infrecuente la alegación jurisprudencial de encontrarse tales penas, establecidas *iure antiquo*, fuera de uso<sup>37</sup>. Una pragmática de 1497 que ordenaba el envío a La Española de los condenados por ciertos delitos graves parecía estar pensada para constituirse en heredera de aquellas disposiciones antiguas, pues afectaba a los “delinquentes que conforme a la ley se ouieren de desterrar... o labrar e servir algunos metales”<sup>38</sup>. Pero pocas décadas después

---

*reynos: en que auia mucha diuersidad de opiniones entre los letrados destes reynos. En Medina del Campo: por Matheo y Francisco del Canto, hermanos. M.D.L.V., fo. vi-vii.*

32. ANTONIO GÓMEZ (cit. en nota 10), fo. 29r, n.8.

33. ANTONIO GÓMEZ (cit. en nota 10), fo. 28rb, n.5.

34. *Subtilissima necnon ualde utilis glosa ad famosissimas, subtiles, necessarias, ac quotidianas Leges Tauri... Cum Privilegio Caesareo. M.D.XLII [suis typis excudebat Ioannes Brocarius in florentissima academia Complutensi]*, concretamente en su comentario a la *lex [quarta, alias] secunda [quae hic glosatur]*, fo. 29va, n.35, repitiendo el principio en otros lugares.

35. Gl. “ciuil muerte”, a Part. 4,18,2.

36. ANTONIO GÓMEZ (cit. en nota 10), fo. 27vb.

37. GREGORIO LÓPEZ, gl. “en dos maneras”, a Part. 4,18,2.

38. Entrecomillo parte de rúbrica y texto. La norma se incluyó en el *Libro de las Bulas y Pragmáticas de los Reyes Católicos* (1503), que consulto y uso en la edición facsimilar del Instituto de España, Madrid, 1973, con prefacio de A. GARCÍA-GALLO y M.Á. PÉREZ DE LA CANAL, fo. clxxi-clxxii. Puede consultarse también en F. GIL AYUSO, *Noticia bibliográfica de textos y disposiciones legales de los Reinos de Castilla impresos en los siglos XVI y XVII*, Madrid, Patronato de la Biblioteca Nacional, 1935, 399-400.

Gregorio López dejaba constancia del nulo arraigo en la práctica de este temprano uso del suelo insular americano<sup>39</sup>; las condenas a pena de galeras, sobre todo, o en cualquier caso a duras penas afflictivas, eran, en la primera edad moderna, las que podían ponerse en relación con la expresión *mors ciuillis*<sup>40</sup>.

Evidentemente, en origen, la predicada proximidad de la muerte civil a la natural dependía, salvo acto de gracia, de la irreversibilidad de sus efectos<sup>41</sup>. ¿Conservaba, en la Castilla moderna, la llamada muerte civil al menos esa coherencia última, la de referirse a penas perpetuas? No; o al menos no siempre, lo que en nuestro caso no anula la negación, sino que más bien la refuerza. No ha de extrañarnos: la perpetuidad de la pena era condición ligada a la propia de los *serui poenae*<sup>42</sup>, y por eso su admisión regular, legal o doctrinal, resultaba cuanto menos compleja, sujeta a distinciones, explicaciones y argumentaciones cuyo irresuelto carácter guardaba seguramente relación con la incidencia de una práctica más propensa tal vez a la excepción que lo que exigía la estricta asunción de la regla<sup>43</sup>. En todo caso, incluso si se considera que no puede elevarse a la categoría de regla el carácter temporal, no perpetuo, de las penas que podían nominalmente vincularse a la muerte civil, habrá de convenirse en que por lo menos fue clara tendencia, abierta ya con la mencionada pragmática de 1497, y final y contundentemente remachada con otra ley regia de 1771: la de los Reyes Católicos sustituía por la nueva pena de diez años en La Española la anterior de deportación perpetua; la de Carlos III, relativa, en lo que nos importa, a los condenados por delitos a los que se aplicaba pena de galeras “mientras la hubo”, delitos en principio merecedores de sanción perpetua por considerarse “exclusivos de toda esperanza de enmienda”, señalaba para las penas previstas una duración máxima de diez años también, “para evitar el total aburrimiento y desesperacion de los que se vieren sujetos a su interminable sufrimiento”<sup>44</sup>. No, no estamos ante ejemplo alguno precocísimo de avanzada política penitenciaria: se estimaba que la condena había

39. Cfr. nota siguiente; efectivamente no encuentra noticias de su aplicación F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII, XVIII)*, Madrid, Tecnos, 2ª ed. 1992, 381.

40. Gl. “en dos maneras”, a Part. 4,18,2.

41. En realidad, incluso con acto de gracia (y consiguiente retorno del condenado al mundo de los vivos civiles, eventualmente con la restitución del patrimonio confiscado), la proximidad entre muerte civil y natural podía seguir sirviendo como argumento: un acercamiento somero al tratamiento jurisprudencial medieval del “régimen jurídico” de la resurrección con base en el caso de Lázaro de Betania puede verse en J. VALLEJO, “Derecho como cultura. Equidad y orden desde la óptica del *ius commune*”, en S. DEDIOS, J. INFANTE, E. TORJANO (eds.), *Historia de la propiedad. Patrimonio cultural. III Encuentro Interdisciplinar*, Madrid, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2003, 53-70.

42. GREGORIO LÓPEZ, gl. “para siempre”, a Part. 4,18,2.

43. Sobre la problemática de la perpetuidad de la pena, consúltese F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal* (nota 39), 380 y ss.

44. *Novísima Recopilación* 12,40,7. Transcribo de *Novísima Recopilacion de las Leyes de España. Dividida en XII. Libros. En que se reforma la Recopilacion publicada por el Señor Don Felipe II. en el año de 1567, reimpressa últimamente en el de 1775: Y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas, y expedidas hasta el de 1804. Mandada formar por el Señor Don Carlos IV. Impresa en Madrid. Año 1805*, rep. facs. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2ª ed. 1992.

de ser sólo terrena, y no preámbulo de la verdaderamente eterna, la del alma perdida ora en la desesperanza del irredimible trabajo forzado, ora en la apostasía probable en tierra de infieles tras la fuga de los presidios de África<sup>45</sup>.

No parece desorbitado entonces concluir, incluso si se hace con pocos matices, que con esta pragmática “la muerte civil por servidumbre de pena desaparece”<sup>46</sup>. Certificándose así, de forma tan discreta, en 1771 la muerte legal de la muerte civil, parece terminar, en efecto, nuestra historia, la correspondiente a una figura que se mostró siempre tan jurisprudencialmente vigilada como institucionalmente mortecina.

Mas repare el lector ahora en algo que conviene expresamente señalar: si las páginas que anteceden han podido presentar un acercamiento coherente a la comprensión de la muerte civil en la Castilla bajomedieval y moderna, ha sido precisamente por haber traído a colación los textos jurisprudenciales. Los legislativos no se bastan solos, constituyendo sólo una pequeña parte del discurso que sobre la institución han transmitido las fuentes. La escueta regla de tenor equívoco incluida en el Fuero Real, las verbosas normas de esas Partidas tan fieles a los sabios antiguos, y la aclaración que la ley cuarta de Toro impone para solucionar extremos dudosos o discutibles de su régimen jurídico, no bastan, evidentemente, para perfilarlo por entero; apenas alcanzan, en realidad, para dejar entrever una figura institucional que tuvo sin embargo su lugar y su relieve entre las propias de la cultura jurídica de su tiempo, y sobre la que se pronunciaban, como los legisladores, los intérpretes, jurisperitos éstos capaces de allegar textos de autoridad, doctas opiniones, disposiciones concordantes o noticias preciosas sobre usos y prácticas, vistiendo así, y haciéndola visible, una muerte civil contemplada por las normas castellanas pero básicamente no regulada por ellas.

Y repárese también en los efectos que podía producir, con una configuración semejante, la preterición de la jurisprudencia y la potenciada tendencia a la consideración del texto desnudo de las leyes, tanto mejor además cuanto más patrias<sup>47</sup>. Son circunstancias tardías y de crisis, visibles ya en el mismo giro de años en el que se manifiestan —estando todavía presente como referencia la *clementia* justiniana,

45. La ley de 1771, enseguida recopilada (antes de estarlo en la Novísima Recopilación, ya lo estuvo en la Nueva, 8,24,13; cfr. *Tomo Segundo de las Leyes de Recopilación, que contiene los libros sexto, séptimo, octavo y nono*. Madrid. M.DCC.LXXV. En la Imprenta Real de la Gazeta. A expensas de la Real Compañía de Impresores, i Libreros del Reino. Con las licencias necesarias), está en el origen del *Discurso sobre las penas* de MANUEL DE LARDIZÁBAL Y URIBE (véase su “Introducción”, §§ 24-26; utilizo la reciente edición, con estudio preliminar, de A. MORENO MENGÍBAR, Cádiz, Universidad, 2001, 106-108 para el fragmento citado), obra carente para nosotros de interés más directo; para el tratamiento en ella de la infamia, con inevitables puntos de contacto con nuestro asunto, A. MASFERRER DOMINGO, “La pena de infamia en la codificación penal española”, en *Ius Fugit*, 7 (1998), 123-176, especialmente 143 y ss., y más sintéticamente en A. MASFERRER DOMINGO, *La pena de infamia en el Derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius commune*, Madrid, Dykinson, 2001, 375 y ss.

46. A. GARCÍA-GALLO, *Curso*, cit. (nota 1), 134; también J. LALINDE, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, Ariel, 2ª ed. 1978, 686 (§ 853).

47. Permítaseme que ahorre ahora referencias remitiendo a las que sostienen páginas propias: J. VALLEJO, “De sagrado arcano a constitución esencial. Identificación histórica del Derecho patrio”, en P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*, Madrid, Marcial Pons – Casa de Velázquez, 1ª reimpression corregida 2002, 423-484.

y guardando todavía continuidad con la *benignitas* alfonsina–, los “paternales desvelos” borbónicos recién citados<sup>48</sup>. La paralela reivindicación, al precio de convertirla en vulgar, de simplificarla y de sacarla de su contexto propio, de una doctrina también patria, no podía lógicamente operar como contrapeso. El caso es que el reflujo de una cultura jurídica agotada, la del *ius commune*, deja varada en la orilla del siglo XIX, con otros restos del naufragio en curso e incorporada a la Novísima Recopilación de 1805 según sabemos, la ley cuarta de Toro, aún al parecer considerada digna de figurar entre las “disposiciones... antiguas, que permanecían útiles y vivas”<sup>49</sup>.

Con estas apretadas consideraciones terminamos, aunque manifiestamente sean más de apertura que de cierre. Los problemas que apuntan, y sobre todo los que sugieren, merecen tratamiento detenido, y lo tendrán en ocasión futura<sup>50</sup>.

---

48. La expresión, en MANUEL DE LARDIZÁBAL, loc. cit. en nota 45.

49. Lo entrecomillado, en la “Real Cédula sobre la formación y autoridad de esta Novísima Recopilación de Leyes de España” (ed. cit. en nota 44).

50. Tienen estas páginas (y las anunciadas) su origen en un Seminario Internacional celebrado en Mesina en junio de 2001, bajo el lema “Diritti e libertà nell’esperienza codicistica e costituzionale europea (secc. XVIII-XIX). Modelli, progetti, soluzioni”. Por darme la ocasión primera para las reflexiones que ahora en parte presento, debo manifestar mi agradecimiento sincero a Daniela Novarese, organizadora y alma de la reunión.