

ANUARIO  
DE  
HISTORIA DEL  
DERECHO  
ESPAÑOL

TOMO LXXXI



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA

**BOE** BOLETIN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

**ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL**  
**Fundado en 1924 por don CLAUDIO SÁNCHEZ ALBORNOZ**

**DIRECTOR**

BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO  
(Universidad de Salamanca)

**CONSEJO DE REDACCIÓN**

JON ARRIETA ALBERDI (Univ. del País Vasco)	ANTONIO MERCHÁN ÁLVAREZ (Univ. de Sevilla)
FERNANDO DE ARVIZU (Univ. de León)	GREGORIO MONREAL ZIA (Univ. Pública de Navarra)
AGUSTÍN BERMÚDEZ AZNAR (Univ. de Alicante)	TOMÁS DE MONTAGUT I ESTRAGUÉS (Univ. Pompeu Fabra)
SANTOS CORONAS GONZÁLEZ (Univ. de Oviedo)	EMMA MONTANOS FERRÍN (Univ. de La Coruña)
JORGE CORREA BALLESTER (Univ. de Valencia)	PEDRO ORTEGO GIL (Univ. de Santiago de Compostela)
ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ (Univ. de Murcia)	FRANCISCO PACHECO CABALLERO (Univ. de Barcelona)
JOSÉ MARÍA GARCÍA MARÍN (Univ. Pablo de Olavide)	MARGARITA SERNA VALLEJO (Univ. de Cantabria)
CARLOS GARRIGA ACOSTA (Univ. del País Vasco)	JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA (Univ. de Castilla-La Mancha)
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ NEVOT (Univ. de Granada)	
MARTA LORENTE SARIÑENA (Univ. Autónoma de Madrid)	

**CONSEJO DE HONOR**

JAVIER ALVARADO PLANAS, MIGUEL ARTOLA, JUAN BARÓ PAZOS, ANA MARÍA BARRERO, FELICIANO BARRIOS, ELOY BENITO RUANO, JOSÉ LUÍS BERMEJO, BARTOLOMÉ CLAVERO, SALUSTIANO DE DIOS, JUAN CARLOS DOMÍNGUEZ NAFRÍA, JOHN H. ELLIOTT, JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, RAMÓN FERNÁNDEZ ESPINAR, REMEDIOS FERRERO, JOSÉ MARÍA FONT RÍUS, EDUARDO GALVÁN, EMILIANO GONZÁLEZ DÍEZ, MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ DE SANSEGUNDO, PAOLO GROSSI, ALBERTO DE LA HERA, ANTONIO M. HESPANHA, DAVID IBBETSON, AQUILINO IGLESIA, EDUARDO MARTIRÉ, GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, ADELA MORA, ROGELIO PÉREZ BUSTAMANTE, JOSÉ MARÍA PÉREZ COLLADOS, MIGUEL ÁNGEL PÉREZ DE LA CANAL, ANTONIO PÉREZ MARTÍN, MARIANO PESET, ROMÁN PIÑA, ANDREA ROMANO, JUAN SAINZ GUERRA, ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, JOSÉ MARÍA SARRIÓN, JOSÉ LUIS SOBERANES, DITLEV TAMM, VÍCTOR TAU, MANUEL TORRES AGUILAR, DAVID TORRES SANZ, JOAQUIM VERISSIMO SERRAO.

**SECRETARIO**

BRUNO AGULERA BARCHET  
(Universidad Rey Juan Carlos)

**VICESECRETARIO**

ALBERTO MURO CASTILLO  
(Universidad de Extremadura)

La correspondencia, envío de libros y publicaciones periódicas para recensión o en relación de intercambio deberán dirigirse al Secretario del Anuario de Historia del Derecho Español. Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales. Universidad Rey Juan Carlos. Paseo de los Artilleros, s/n. 28032 Madrid.

Los trabajos de investigación y recensiones remitidas a la Secretaría del Anuario para su publicación deberán ir acompañados del correspondiente soporte magnético, salvo los enviados por correo electrónico (secretaria.ahde@gmail.com).

ADMINISTRACIÓN  
**Ministerio de Justicia**  
(Centro de Publicaciones)  
C/ San Bernardo, 62. 28015 Madrid  
Web: [www.mjusticia.es](http://www.mjusticia.es)  
Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 84 / 97

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES  
**Librería del Boletín Oficial del Estado**  
C/ Trafalgar, 27. 28071 Madrid  
Web: [www.boe.es](http://www.boe.es)  
Tel.: 902 365 303  
Fax: 91 538 21 21

SECCIÓN MONOGRÁFICA: Cádiz, doscientos años después

<i>Presentación</i> , por Benjamín González Alonso .....	9
<i>De las leyes fundamentales a la constitución política de la monarquía española (1713-1812)</i> , por Santos Coronas González .....	11
<i>Algo más sobre la Constitución de Bayona</i> , por Eduardo Martíre .....	83
<i>Cabeza moderna, cuerpo gótico: la Constitución y el orden jurídico</i> , por Carlos Garriga Acosta.....	99
<i>El hexágono imposible y el factor regnícola en la independencia novohispana: las distorsiones gaditanas</i> , por Rafael Estrada Michel...	163
<i>Jurisprudencia constitucional en espacios indígenas. Despliegue municipal de Cádiz en Nueva España</i> , por José María Portillo Valdés.....	181
<i>Los derechos en la Constitución de 1812: de un sujeto aparente, la nación y otro ausente, el individuo</i> , por Carmen Serván.....	207
<i>El poder legislativo en la Constitución de Cádiz</i> , por Marta Frieria Álvarez .....	227
<i>Un poder nuevo en el escenario constitucional: notas sobre el ejecutivo gaditano</i> , por Faustino Martínez Martínez .....	257
<i>Constitución de la Justicia en Cádiz. Jurisdicción y consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial</i> , por Fernando Martínez Pérez.....	377
<i>Apuntes sobre las garantías del proceso penal en las Cortes de Cádiz</i> , por Miguel Pino Abad.....	409
<i>Los municipios y el territorio en la obra gaditana</i> , por Regina Polo Martín .....	437
<i>Apuntes para la revisión del concepto de propiedad liberal en España doscientos años después de Cádiz</i> , por Margarita Serna Vallejo ...	469
<i>Libertad, abuso y delito de imprenta en las Cortes de Cádiz</i> , por Enrique Álvarez Cora.....	493
<i>Enseñando a leer, escribir, contar y la Constitución</i> , por Pilar García Trobat .....	521

## ESTUDIOS

<i>Concubinato, matrimonio y adulterio de los clérigos: notas sobre la regulación jurídica y praxis en la Navarra medieval</i> , por Roldán Jimeno Aranguren.....	543
<i>Remedium jurisfirmae vel mantendae en el Reino de Valencia</i> , por Juan Alfredo Obarrio Moreno .....	575
<i>Jurisdicción Militar y Jurisdicción Ordinaria en el Reino de Galicia: Conflictos y competencias a principios del siglo XVIII</i> , por María López Díaz .....	679
<i>El régimen local entre absolutismo y liberalismo (La organización municipal y territorial de Salamanca, 1814-1833)</i> , por Regina Polo Martín.....	709
<i>El Derecho es la justicia de los hechos. A propósito de la Instrucción del Marqués de Gerona</i> , por Carlos Tormo Camallonga.....	873
<i>Los mecanismos de creación normativa en la España del siglo XIX a través de la codificación penal</i> , por Gabriela Cobo del Rosal.....	921

## MISCELÁNEA

<i>La datio tutoris en la Lex Irnitana cap. 29</i> , por Patricia Panero Oria ..	973
<i>La condizione giuridica della donna tra Medio Evo ed Età Moderna: qualche riflessione</i> , por Giovanni Minnucci.....	997
<i>De la policía sanitaria en el Antiguo Régimen al orden constitucional</i> , por María Soledad Campos Díez .....	1009

## DOCUMENTOS

<i>Las ordenanzas de la Cofradía de Mareantes de San Vicente de la Barquera: un ejemplo temprano de institución para la acción colectiva en la Costa Cantábrica en la Edad Media</i> , por Jesús Ángel Solórzano Telechea.....	1029
--	------

## HISTORIOGRAFÍA

<i>La natura della monarchia spagnola: il dibattito storiografico</i> , por Aurelio Musi .....	1051
<i>Una Comunidad Atlántica de Derecho</i> , por Javier García Martín.....	1063

## BIBLIOGRAFÍA

Alvarado Planas, Javier, <i>Control y responsabilidad en la España del siglo XIX: El juicio de residencia del Gobernador General de Ultramar</i> , Madrid, editorial Dykinson, 2010, 215 pp. (Fernando Suárez Bilbao). .....	1075
Barbas et alii, <i>O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental</i> , Coimbra, Almedina, 2009, 428 pp. (Rui Manuel de Figueiredo Marcos) ....	1077

---

 Páginas
 

---

Baró Pazos, Juan, <i>Los hitos de un histórico conflicto territorial entre Cantabria y el País Vasco: el caso Agüera (Guriezo) y Trucíos. Desde sus orígenes (siglo xvi) hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2008</i> , Santander, Gobierno de Cantabria. Consejería de Presidencia y Justicia, 2010, 413 pp. (Regina Polo Martín) .....	1078
Bermejo Cabrero, José Luis, <i>De Virgilio a Espronceda</i> . Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Lengua, Literatura y Antropología, 2009 (María Jesús Torquemada).....	1084
Bermejo Castrillo, Manuel Ángel, <i>Entre ordenamientos y códigos. Legislación y doctrina sobre familia a partir de las leyes de Toro de 1505</i> . Madrid, Dykinson, 2009, 642 pp. (Francisco L. Pacheco Caballero).....	1086
Burgo, Jaime Ignacio del, <i>Cánovas y los conciertos económicos. Agonía, muerte y resurrección de los fueros vascos</i> . Pamplona, Ed. Laocoonte, 2010, 743 pp. (Pilar Arregui Zamorano) .....	1088
Censi, Caesar; Maillieux, Romanus Georgius, <i>Constitutiones Generales Ordinis Fratrum Minorum, I (Saeculum XIII)</i> . Grottaferrata. Fratri Editori di Quaracchi, 2007. Analecta Franciscana, XIII, Nuova Series Documenta et Studia 1. XVI + 398 pp. (Antonio Pérez Martín) .....	1093
Coronas González, Santos M., <i>Historia de la Facultad de Derecho (1608-2008)</i> , Oviedo, Universidad de Oviedo, 2010, 651 pp. (Margarita Serna Vallejo) .....	1095
Fernández Sarasola, Ignacio, <i>I. La Constitución de Bayona (1808)</i> , Madrid, Iustel, 2007, 431 pp.; Álvarez Conde, Enrique, y Vera Santos, José Manuel, <i>Estudios sobre la Constitución de Bayona</i> , Madrid, La Ley/Fundación Móstoles 1808-2008/IDP, 2008, 541 pp. (Manuel Estrada Sánchez).....	1100
Fortea Pérez, José Ignacio, <i>Las Cortes de Castilla y León bajo los Austrias. Una interpretación</i> , Valladolid, Junta de Castilla y León, 2008, 384 pp. (Agustín Bermúdez Aznar) .....	1110
Franch Benavent, Ricardo; Benítez Sánchez, Rafael (eds.), <i>Estudios de Historia Moderna en Homenaje a la Profesora Emilia Salvador Esteban. I. Política. II. Economía. Sociedad. Cultura</i> , Valencia, Universitat de València, 2008, 1106 pp. (Remedios Ferrero Micó). .....	1113
García y García, Antonio, <i>Synodicum Hispanum, VIII Calahorra-La Calzada y Pamplona</i> , Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2007, XIX + 955 pp. <i>Synodicum Hispanum, IX. Alcalá la Real (abadía), Guadix y Jaén</i> , Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2010, XIX + 935 pp. (Antonio Pérez Martín).....	1116
Grossi, Paolo, <i>Europa y el Derecho</i> , Traducción castellana de Luigi Giuliani. Prefacio de Jacques Le Goff. Barcelona, Crítica, 2007. 235 pp. <i>De la Codificación a la globalización del Derecho</i> , Presentación y traducción de Rafael D. García Pérez. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, 394 pp. (Margarita Serna Vallejo). .....	1121

	Páginas
Guzmán Brito, Alejandro (Ed.) <i>El Derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los derechos patrios de América</i> , Actas del Decimosexto Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano celebrado en Santiago de Chile, desde el 29 de septiembre al 2 de octubre de 2008 (2 tomos). Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2010 (Eduardo Andrades Rivas).....	1125
Kagan, Richard L. <i>Clio and the Crown. The Politics of History in Medieval and Early Modern Spain</i> . Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2009, XIV + 342 pp. + bibliografía e índice (Sara Granda).....	1128
Monnier, F. y Thuillier, G., <i>Histoire de la bureaucratie, vérités et fictions</i> , Economica, 2010 (Nathalie Goedert) .....	1134
Moreu Ballonga, José Luis, <i>Mito y realidad en el standum est chartae</i> . Prólogo de Luis Díez-Picazo, Civitas-Thomson Reuters, 2009, 351 pp. (José Solís) .....	1137
Muro Castillo, Alberto, <i>El Derecho y la Diputación de Bañaduras (Béjar, 1591-1837). Estudio sobre la creación judicial del Derecho y su incidencia en la Hacienda pública de la España del Antiguo Régimen</i> , Cáceres, Universidad de Extremadura, 2003, 174 pp. (Regina Polo Martín).....	1141
Reynolds, Susan, <i>Before Eminent Domain. Toward a History of Expropriation of Land for the Common Good</i> . Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 2010, 175 pp. (Francisco L. Pacheco).....	1145
Top, Dan y Mastacan, Olivian. <i>Historia statului si dreptului românesc</i> , Bucuresti, Editura C. H. Beck acreditata CNCISIS, 2009, 235 pp. (M. <sup>a</sup> Soledad Campos Díez) .....	1148
Veas Arteseros, Francisco de Asís, <i>Alfonso X y Murcia: el Rey y el Reino</i> , Murcia, Consejería de Cultura de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Ayuntamiento de Murcia, Caja Mediterráneo, 2009. 203 pp. (Antonio Pérez Martín).....	1151
Vilar, Juan B.; Sánchez Gil, Francisco Víctor; Vilar, María José, <i>Catálogo de la biblioteca romana del cardenal Luis Belluga. Transcripción, estudio y edición</i> , Murcia, Universidad de Murcia-Fundación Séneca, 2009, 454 pp. (Antonio Pérez Martín) .....	1154
Villalba Lava, Mercenario, <i>El Fuero del Baylío como Derecho Foral de Extremadura</i> , Premio Luis Romero y Espinosa. I-II, Mérida, Asamblea de Extremadura, 2009. 620 y 503 pp. (Antonio Pérez Martín) .....	1155
 VARIA	
<i>Tesis doctorales de Historia del Derecho</i> .....	1161
<i>Decimosexto Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano</i> , Santiago de Chile, 29 de septiembre al 2 de octubre de 2008 (Eduardo Andrades Rivas) .....	1162

	<u>Páginas</u>
<i>European Society for Comparative Legal History. Inaugural Conference. «Law and Historical Development from a Comparative Perspective»</i> , Valencia, 5 y 6 de julio de 2010 (Gabriela Cobo del Rosal).....	1163
<i>VII Encuentro interdisciplinar sobre Historia de la Propiedad. La Expropiación</i> . Salamanca, 15 a 17 de septiembre de 2010 (Eugenia Torijano Pérez) .....	1167
<i>Seminario europeo sobre la justicia decimonónica</i> . Elche, Universidad Miguel Hernández, 28 y 29 de octubre de 2010 (Yolanda Quesada Morillas) .....	1168
<i>Nuevo Catedrático de Historia del Derecho</i> .....	1172
<i>Jubilaciones (B.G.A.)</i> .....	1172
<i>El Profesor García Marín, Doctor honoris causa de la Universidad de Córdoba</i> (Miguel Pino Abad).....	1172
<i>El Profesor Manuel Bermejo, Presidente de la Asociación de decanos de las Facultades de Derecho europeas</i> .....	1173
<i>El Dr. Bernardino Bravo Lira, Premio Nacional de Historia 2010 de Chile</i> (Felipe Vicencio Eyzaguirre).....	1174
<i>El Profesor Font Ríus, Presidente de Honor de la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya</i> .....	1176
<i>In memoriam: Rafael Gibert y Sánchez de la Vega</i> (Antonio Pérez Martín) .....	1177
<i>In memoriam: José Orlandis Rovira</i> (Román Piña Homs).....	1188
<i>Fallecimiento de la Profesora Carmen Muñoz de Bustillo</i> .....	1191
RESÚMENES .....	1193
OBJETIVOS .....	1219
NORMAS DE PUBLICACIÓN .....	1221
RELACIÓN DE COLABORADORES.....	1223
ÍNDICE.....	1225





## La condizione giuridica della donna tra Medio Evo ed Età Moderna: qualche riflessione

1. «Da alcuni anni ormai la storiografia va soffermando il suo sguardo sulla condizione giuridica della donna nell'età medievale studiandone i vari aspetti, e cogliendo gli elementi caratterizzanti il suo *status*. Anche la storiografia giuridica canonistica, pur affermando che “il n'est pas facile de parler du statut dont bénéfice la femme dans le droit canonique médiéval”, ha tentato una migliore definizione dello *status mulieris*, sia alla luce delle norme vigenti nell'età di mezzo, sia attraverso lo studio del pensiero giuridico che, quelle norme, cercava di interpretare»<sup>1</sup>. Era questa l'affermazione con la quale, vent'anni or sono, davo avvio ad una serie di studi sulla condizione giuridica della donna, ai cui risultati<sup>2</sup> si ispira, almeno in parte, questo scritto.

Quelle indagini avevano presso avvio, alcuni anni prima, grazie ad un lungo soggiorno di studio negli anni 1982-1983 presso l'Institute of Medieval Canon Law della University of California, Berkeley, diretto dal compianto Stephan

---

<sup>1</sup> G. MINNUCCI, *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico*. I: *Da Graziano a Ugucione da Pisa*, Milano 1989 (Quaderni di «Studi senesi», 68), p. 1.

<sup>2</sup> Al volume indicato nella nota precedente seguivano: ID., *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico*. II: *Dalle Scuole d'Oltralpe a S. Raimondo di Pennaforte*, Milano 1994 (Quaderni di «Studi senesi», 79); ID., *Processo e condizione femminile nel pensiero dei primi glossatori civilisti*, in *Studia Gratiana*, xxix, *Life, Law and Letters: Historical Studies in Honour of Antonio García y García*, ed. by P. Linehan, with the assistance of A. Pérez Martín and Mariano Sanz González, Romae 1998, pp. 641-660. Per uno sguardo d'insieme si veda, infine, ID., *Processo e condizione femminile nella canonistica classica*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di F. Liotta, Bologna 1999, pp. 129-183. Per la cortesia del professor José Antonio López Nevot e degli altri colleghi storici del diritto dell'Università di Granada, che nuovamente e sentitamente ringrazio, ho avuto l'opportunità di tornare a discutere pubblicamente di questi temi il 21 maggio 2009, presso il Paraninfo di quella antica e prestigiosa Università.

Kuttner: un ambiente ideale per la ricerca, non solo per la facilità di accedere a un numero cospicuo di fonti, ma anche per la possibilità di confrontarsi periodicamente con studiosi provenienti da numerosi Paesi del Vecchio e del Nuovo Continente. E fu proprio quel periodo di studio ad indurmi a dedicare le mie prime indagini alla condizione giuridica della donna, avendo particolare riferimento al suo *status* processuale, così come era stato disegnato nelle opere della dottrina canonistica classica, senza tralasciare, peraltro, il pensiero civilistico: un tema quasi completamente trascurato dalla storiografia sul quale solo un'indagine condotta esaminando una cospicua letteratura, in gran parte manoscritta, sarebbe stato possibile gettare nuova luce.

Il diritto processuale, inoltre, costituisce, da sempre, il banco di prova per verificare la reale volontà dell'ordinamento di tutelare diritti e interessi dei consociati: in sede processualistica, infatti, si concretizzano le situazioni soggettive e oggettive che aprono le porte alla richiesta di tutela giurisdizionale dei diritti. L'età intermedia, caratterizzata da una pluralità di ordinamenti, conosce aperture e chiusure, distinzioni e diversità di trattamento giustificate e regolate nelle forme più diverse in considerazione dello stato soggettivo dei richiedenti la regolamentazione dei propri diritti e interessi attraverso l'intervento del giudice, e la condizione della donna, in ragione della peculiarità del suo *status* proprio dell'età medievale<sup>3</sup>, avrebbe potuto consentire non solo di approfondire l'elaborazione dottrinale sulla sua capacità di essere parte nell'ambito del processo, o di svolgere funzioni professionali quali quelle di giudice o di avvocato, ma anche di esaminare il pensiero dei giuristi in relazione agli istituti del processo romano-canonico.

All'inizio della ricerca non ignoravo, infine, che uno studio esclusivamente dedicato al pensiero dei glossatori avrebbe potuto dare un'immagine solo parziale dello *status* processuale femminile nell'età medievale: sarebbe stato necessario, ad esempio, circoscrivendo l'indagine a una o più realtà territoriali<sup>4</sup>, gettare quanto meno uno sguardo alle fonti dello *ius proprium*<sup>5</sup>, ma soprattutto alle decisioni giudiziali<sup>6</sup> spesso colpevolmente trascurate dalla storiografia. La

<sup>3</sup> Per studi condotti alla luce della riflessione dei grandi teologi medievali cfr. A. BERNAL PALACIOS O. P., *La condición de la mujer en santo Tomás de Aquino*, in « Escritos del Vedat », IV (1974), pp. 285-335; E. T. HEALY, *Woman According to Saint Bonaventure*, Erie, Pennsylvania 1956.

<sup>4</sup> In tema di diritto di famiglia cfr., ad esempio, J. A. LÓPEZ NEVOT, *La aportación marital en la historia del derecho castellano*, Almería 1998.

<sup>5</sup> Per un esempio di questo tipo di studi, condotto sulla base di norme statutarie di un territorio omogeneo, cfr. M. D'ALATRI, *La donna negli Statuti medioevali di Roma e del Lazio*, in *Lunario 1978. Donne di ieri a Roma e nel Lazio*, Roma 1978, pp. 183-196 e, da ultimo, S. FECCI, *Pesci fuor d'acqua. Donne a Roma in età moderna: diritti e patrimoni*, Roma 2004.

<sup>6</sup> Allo studio di queste fonti sono dedicati i seguenti contributi: *Vicende matrimoniali in una sentenza del vescovo di Alatri del 29 aprile 1251*, in *Scritti di storia del diritto offerti dagli allievi a D. Maffei*, Padova 1991 (Medioevo e Umanesimo, 78), pp. 67-91; «An mulier verberari possit»: una «quaestio disputata» di argomento matrimoniale, in *Coniugi nemici. La separazione in Italia dal XII al XVIII secolo*, a cura di S. Seidel Menchi e D. Quaglioni, Bologna 2000 (Istituto trentino di cultura, Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento; Quaderni, 53), pp. 491-498; *Simplificiter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii. Il processo di nullità matrimoniale vertente fra*

consapevolezza che i due diritti universali non furono gli esclusivi regolatori di realtà sociali profondamente diverse, ma che al contempo, nel corso dei secoli, i principii e gli istituti elaborati dai giuristi, grandi interpreti dei due *corpora iuris*, verranno talvolta recepiti dai legislatori territoriali, generando così una sorta di osmosi fra diritti universali e diritti particolari, confermò la necessità di dare comunque avvio a quelle indagini proprio attraverso lo studio del pensiero di coloro che ebbero un ruolo fondamentale nella costruzione dell'edificio dello *ius commune* per passare, successivamente, qualora se ne fosse verificata l'opportunità, ad esaminare più in particolare le ulteriori fonti normative e documentali.

2. La lettura del Decreto di Graziano, il testo autoritativo per eccellenza della canonistica classica, consente, in ragione delle fonti che vi sono conservate, un esame approfondito dello *status* processuale femminile nell'età intermedia: i passi tratti dalla Scrittura, dalle opere dei Padri della Chiesa, dal diritto romano-giustiniano, uniti ad ulteriori fonti direttamente provenienti dell'autorità ecclesiastica costituiscono, infatti, la base sulla quale si svilupperà l'elaborazione della dottrina. La Causa XV q. III della *Concordia* graziana può esser definita, a buon diritto, il luogo nel quale maggiori sono i passi relativi al nostro tema. L'incapacità muliebre di esercitare lo *ius accusandi*, ad eccezione di quei casi nei quali la donna sia soggetto passivo del reato<sup>7</sup> o intenda perseguire i rei di crimini particolarmente gravi ed infamanti<sup>8</sup>; la sua capacità di testimoniare, direttamente derivante dal diritto romano-giustiniano<sup>9</sup>, alla quale si contrappone, vietandola, un altro passo del *Decretum*<sup>10</sup>; la capacità di esercitare la

---

Giorgio Zaccaria e Maddalena di Sicilia (*Padova e Venezia 1456-1457*): una lettura storico-giuridica, in *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, a cura di S. Seidel Menchi e D. Quaglioni, Bologna 2001 (Istituto trentino di cultura, Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento; Quaderni, 57), pp. 175-197.

<sup>7</sup> «De crimine quod publicorum fuerit iudiciorum, mulieri accusare non permittitur, nisi certis ex causis, id est si suam suorumque iniuriam persequatur, secundum antiqui iuris statuta tantum, de quibus specialiter eis concessum est, non exacta subscriptione. Unde aditus preses provinciae in primis examinabit, an tale sit crimen cuius accusationem mulier subire non prohibetur» (c. 1 C. XV q. III = *Cod.* 9.1.12). Un altro passo di particolare rilievo, anch'esso derivante dal diritto romano-giustiniano, è il seguente: «Prohibentur accusare alii propter sexum uel etatem, ut mulier... Hi tamen omnes, si suam iniuriam exequantur, mortemue propinquorum defendant, ab accusatione non excluduntur» (c. 14 C. II q. I = *Dig.* 48.2.8-11).

<sup>8</sup> «In questionibus lesae maiestatis etiam mulieres audiuntur. Coniurationem Sergii Catilinae Iulia mulier detexit, et M. Tulium consullem iudicium eius instruxit» (§ 3 e 4 C. XV q. III = *Dig.* 48.4.8). Si veda, inoltre, il *dictum post* c. 3 C. XV q. III: «Quaecumque uero persona ad accusationem publicorum iudiciorum uel lesae maiestatis admittitur, eadem accusationem symonie subire non prohibetur», che prelude al dettato del c. 4 C. XV q. III (= *Cod.* 1.3.30) ed, in materia annonaria, il § 2 c. 14 C. II q. I (= *Dig.* 48.2.13): «Mulierem propter publicam utilitatem ad annonam pertinentem audiri a praefecto annonae deferentem diuus Seuerus et Antoninus rescripserunt».

<sup>9</sup> «Ex eo quod prohibet lex Iulia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur etiam mulieres testimonium dicendi in iudicio ius habere» (c. 2 C. XV q. III = *Dig.* 22.5.18).

<sup>10</sup> «Mulierem constat subiectam dominio uiri esse, et nullam auctoritatem habere, nec docere potest, nec testis esse, neque fidem dare, nec iudicare» (c. 17 C. XXXIII q. V). Per la fonte da cui è tratto il canone cfr. R. METZ, *Le statut de la femme en droit canonique médiéval*, in *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, XII. *La Femme* 2, Bruxelles

funzione giudicante, direttamente derivante dalla Scrittura<sup>11</sup>, contraddetta da un'altra fonte del diritto romano-giustiniano<sup>12</sup>, un diritto che vieta alle donne anche la capacità di rappresentare terzi in giudizio<sup>13</sup>, sono alcuni dei testi maggiormente significativi che testimoniano, comunque, la poliedricità delle fonti di riferimento del *Decretum* e la necessità che esse dovessero essere attentamente esaminate per essere successivamente concordate.

Questo compito verrà assolto nel corso di circa un secolo dalla canonistica classica che si abbevererà non solo ai testi del *Decretum* e del diritto romano-giustiniano, così come veniva interpretato dai contemporanei giuristi civilisti, ma anche alle nuove disposizioni legislative pontificie raccolte, dalla fine del XII secolo all'inizio del successivo, ed in gran parte racchiuse in quelle compilazioni che costituiranno il materiale fondamentale per la successiva elaborazione, da parte di Raimondo di Penyafort, del *Liber Extra* di Gregorio IX<sup>14</sup>.

1961 (rist. in *La femme et l'enfant dans le droit canonique médiéval*, London 1985 [Collected Studies Series] V), p. 73 nt. 7; Id., *Recherches sur la condition de la femme selon Gratien*, in «*Studia Gratiana*», XII (1967) [= Collectanea St. Kuttner, II], pp. 391-392 (rist. in *La femme et l'enfant...*), p. 383.

<sup>11</sup> *Iud.* 4, 4-5: «Erat autem Debora prophetis, uxor Lapidoth, quae iudicabat populum in illo tempore; et sedebat sub palma quae nomine illius vocabatur, inter Rama et Bethel in monte Ephraim, ascendebantque ad eam filii Israel in nomine iudicium...».

<sup>12</sup> «Tria sunt, quibus aliqui impediuntur ne iudices fiant: Natura, ut surdus, mutus et perpetuo furiosus, et impubes, quia iudicio carent. Lege, qui senatu motus est. Moribus, feminae et serui, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est ut ciuilibus non fungantur offitiis». Così Graziano, recependo un frammento del Digesto (*Dig.* 5.1.12.2), individua, nel *dictum post c.* 1 C. III q. VII, le ragioni che impediscono l'esercizio della funzione giurisdizionale, ed i soggetti, che trovandosi nello *status* descritto dalla norma, non possono essere chiamati ad espletare la funzione giudicante. Le donne sono escluse per via dei *mores*, ma forse anche per via delle *leges* dacché in *Dig.* 50.17.2 si stabilisce: «... Foeminae ab omnibus officiis ciuilibus vel publicis remotae sunt, et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere...».

<sup>13</sup> È ancora nella C. III q. VII c. 2, ove si riassume il dettato del Digesto 3.1.1, che Graziano individua, al § 2, il divieto alle donne di *postulare pro aliis*: «... alii prohibentur ne pro aliis postulent uel propter sexum, ut feminae...». In tal modo egli garantisce al *foemineus sexus* il diritto di *postulare pro se* ed in favore di chi, come il minore, ne è, per divieto normativo, impossibilitato: «... his personis (mulieres, utroque lumine orbat, etc.) pro se allegare permittitur, pro alio prohibetur, nisi forte tutela impuberum uel curam adolescentium non affectatam, sed necessariam administrent». Si può affermare, quindi, che l'autore del Decreto mentre, da un lato, nega alle donne la possibilità di rappresentare in giudizio gli interessi di terzi, dall'altro riconosce loro la capacità di stare in giudizio per lo svolgimento di tutti quegli atti volti alla tutela dei propri diritti o di quelli degli impuberi.

<sup>14</sup> Sul punto cfr. M. BERTRAM, *Die Dekretalen Gregors IX.: Kompilation oder Kodifikation?*, in *Magister Raimundus. Ati del Convegno per il IV Centenario della canonizzazione di san Raimondo de Penyafort (1601-2001)*, a cura di C. Longo OP (Institutum Historicum Fratrum Praedicatorum Romae; *Dissertationes Historicae*, XXVIII), Roma 2002, pp. 61-86; F. LIOTTA, *I papi magnani e lo sviluppo del diritto canonico classico: tratti salienti*, in *Studi di Storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di F. Liotta, Bologna 1999, pp. 107-128 e in «*Archivum Historiae Pontificiae*», 36 (1998), pp. 33-47; Id., *Tra compilazione e codificazione. L'opera legislativa di Gregorio IX e Bonifacio VIII*, in *Studi di Storia del diritto medioevale e moderno*, 2, a cura di F. Liotta, Bologna 2007, pp. 21-39 = in *Tra diritto e storia. Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dalle Università di Siena e di Sassari*, 1, Soveria Mannelli 2008, pp. 1283-1298, = in *I poteri*

3. La necessità di regolare la vita consociata e di individuare procedure atte a dirimere le controversie fra i soggetti, procedure che superassero le forme altomedievali<sup>15</sup>, traendo immediata ispirazione dalla Scrittura e, sotto il profilo più strettamente giuridico formale, dal diritto romano-giustiniano, appare evidente sin dagli albori della Scuola della Glossa:

Placitandi forma in paradiso primo videtur inventa, dum prothoplastus de inobedientiae crimine ibidem a domino interrogatus criminis relatione sive remotione usus culpam in coniugem removisse autumat dicens: «mulier, quam dedisti, dedit mihi et comedi»<sup>16</sup>. Deinde in veteri lege nobis tradita, dum Moyses in lege sua ait: «In ore duorum vel trium testium stabit omne verbum»<sup>17</sup>.

Il *Prologo* della *Summa decretorum* di Paucapalea<sup>18</sup>, il più risalente fra i glossatori canonisti, è forse la prima riflessione, scritta intorno alla metà circa del XII secolo, relativa alle origini del processo<sup>19</sup>. La violazione del precetto

---

*universali e la fondazione dello Studium Urbis. Il Pontefice Bonifacio VIII dalla Unam sanctam allo schiavo di Anagni, Atti del Convegno di studi, Roma-Anagni, 9-10 maggio 2003, a cura di G. Minnucci (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno; Miscellanea, 1), Bologna 2008, pp. 69-87.*

<sup>15</sup> Ancorché condannata da Niccolò I, Stefano V ed Alessandro II, l'ordalia è ancora presente nel Decreto di Graziano (ad es. C. II q. V c. 25; C. XVII q. IV c. 24) che però riproduce alcuni passi che la proibiscono (C. II q. V cc. 20-22). L'ordalia, comunque, è ritenuta ammissibile, seppure in casi sporadici, da Rufino e Stefano Tornacense (*cfr.*, sul punto, J. GAUDEMET, *Eglise et Cité. Histoire du droit canonique*, Paris 1994; trad. it. *Storia del diritto canonico. Ecclesia et civitas*, Torino 1998, pp. 593-594). Per una bibliografia sull'ordalia *cfr. ibid.*, p. 224. Dello stesso autore si veda il recente *À propos de la preuve dans le droit canonique médiéval*, in «Revista española de derecho canonico», 49, 1992, pp. 225-234 (rist. in *Miscellanea Domenico Maffei dicata. Historia-Ius-Studium*, edd. A. GARCÍA Y GARCÍA-P. WEIMAR, II, Goldbach 1995, pp. 1-10).

<sup>16</sup> *Cfr. Gen. 3, 12.*

<sup>17</sup> *Cfr. Deut. 19, 15; ma si veda anche 17, 6.*

<sup>18</sup> *Cfr. Die Summa des Paucapalea über das Decretum Gratiani*, ed. J. F. von Schulte, Gies- sen 1890 (rist. anast. Aalen 1965), p. 1.

<sup>19</sup> Di tono pressoché identico la riflessione di Stefano Tornacense che però precisa, con un linguaggio di maggior spessore sotto il profilo tecnico-giuridico, e di chiara derivazione romanistica, come Adamo eccepisca all'imputazione formulata da Dio-giudice, chiamando in causa Eva: «Cum enim Adam de inobedientia argueretur a domino, quasi actioni exceptionem obiiiciens relationem criminis in coniugem, immo in coniugis auctorem convertit dicens: Mulier, quam dedisti mihi sociam, ipsa me decepit et comedi. Sicque litigandi, vel, ut vulgariter dicamus, placitandi forma in ipso paradiso videtur exorta. Alii dicunt, iudiciorum ordinem a veteri lege initium habuisse. Ait enim Moyses in lege: In ore duorum vel trium testium stat omne verbum» (*Die Summa des Stephanus Tornacensis über das Decretum Gratiani*, ed. J. F. von Schulte, Giessen 1891, p. 2; il *Prologo* è stato nuovamente edito da H. Kalb, *Studien zur Summa Stephans von Tournai: Ein Beitrag zur kanonistischen Wissenschaftsgeschichte des späten 12. Jahrhunderts*, [Forschungen zur Rechts- und Kulturgeschichte, 12], Innsbruck 1983, pp. 113-120; per questo testo si veda anche L. Fowler-Magerl, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius. Begriff und Literaturgattung*, [«Ius Commune», Sonderhefte 19], Frankfurt am Main 1984, p. 1 nt. 1, che lo trascrive dal *ms. Bruxelles BR HS 1410 fol. 3ra*). Per un genere letterario, in qualche misura analogo, per la presenza, in questo caso, della Vergine Maria come parte del processo si veda il *Tractatus* attribuito a Bartolo da Sassoferrato: *Tractatus quaestionis ventilatae coram domino nostro Iesu Christo inter Virginem Mariam, ex una parte, et Diabolum, ex alia parte*, in Bartoli a Saxoferrato *Consilia, Quaestiones et Tractatus*, Venetiis 1570, pp. 130-132.

divino, da parte di Adamo ed Eva, avrebbe originato l'instaurarsi di un vero e proprio giudizio (*placitandi forma*) con l'interrogatorio degli imputati e la successiva sentenza; la disposizione, contenuta nel Deuteronomio, secondo la quale, per la condanna dei rei di omicidio o di qualsiasi altro delitto, occorre la testimonianza di almeno due o tre persone<sup>20</sup>, avrebbe completato lo schema processuale: l'*ordo iudiciarius* medioevale<sup>21</sup>, incardinato nelle figure del giudice, delle parti e dei testimoni, avrebbe perciò tratto la sua origine ed il suo fondamento nella stessa volontà divina<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Che un fatto possa essere provato sulla base di una concorde testimonianza di almeno due testimoni è confermato dal *principium* della C. II q. IV del *Decretum* di Graziano, che fonda questo convincimento anche su numerosi passi del Nuovo Testamento: «Quod uero quarto loco querebatur: An duorum testimonio episcopus sit condemnandus? Multorum auctoritate probatur. Sicut enim in euangelio Iohannis (*Ioh.* 8, 17) legitur, ait Christus ad Iudeos: "In lege uestra scriptum est, quoniam duorum hominum testimonium uerum est (*Deut.* 17, 6; 19, 15)". Hinc consequenter argumentatur contra eos, dicens: "Si testimonium duorum hominum uerum est, quare testimonium meum et Patris non accipitis?". Item Paulus in epistola ad Corintios (2 *Cor.* 13, 1): "In ore duorum vel trium testium stabit omne uerbum". Item in epistola ad Ebreos (*Hebr.* 10, 28): "Quis preuaricans legem Moisi, duobus vel tribus testibus conuictus, sine miseratione lapidabatur". Ulteriori passi scritturistici su questo tema in *Dan.* 13, 1-64; *Num.* 35, 30; *Mt.* 18, 16; *1 Tim.* 5, 19. Sull'istituto della testimonianza nel Decreto di Graziano cfr. F. LIOTTA, *Il testimone nel Decreto di Graziano*, in *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*, ed. S. Kuttner, Città del Vaticano 1976, pp. 81-93; si veda, inoltre, F. SINATTI D'AMICO, *Il concetto di prova testimoniale: spunti di una problematica nel pensiero dei glossatori*, in «Rivista di Storia del diritto italiano», 39, 1966, pp. 155-185. Si veda, infine, Y. MAUSEN, *Veritatis adiutor. La procédure du témoignage dans le droit savant et la pratique française (XIIe-XIVe siècles)*, Milano 2006 (Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni dell'Istituto di Storia del diritto medioevale e moderno, 35).

<sup>21</sup> La letteratura sul tema è amplissima. Si vedano, comunque: A. M. STICKLER, *Ordines iudicarij*, in *Dictionnaire de droit canonique*, VI, Paris 1957, coll. 1132-1143 (rist. in *L'Educazione giuridica. VI. Modelli storici della procedura continentale*, II: *Dall'ordo iudiciarius al codice di procedura*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, [Università degli Studi di Perugia, Consiglio Nazionale delle Ricerche]), Napoli 1994, pp. 3-19; K. W. NÖRR, *Ordo iudiciorum und Ordo iudiciarius*, in «*Studia Gratiana*», 11 (1967), pp. 327-344; ID., *Päpstliche Dekretalen in den ordines iudiciorum der frühen Legistik*, in «*Ius Commune*», 3 (1970), pp. 1-9; ID., *Päpstliche Dekretalen und römisch-kanonischer Zivilprozess*, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main 1972, pp. 53-65 (tutti ristampati in ID., *Iudicium est actus trium personarum* [*Bibliotheca eruditorum*], 4), Goldbach 1993; dello stesso autore si veda *Die Literatur zum gemeinen Zivilprozess*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I: *Mittelalter (1100-1500)*, ed. H. Coing, München 1973, pp. 383-397; J. FRIED, *Die römische Kurie und die Anfänge des Prozessliteratur*, in «*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kan. Abt.*», 59, 1973, pp. 151-174; L. FOWLER-MAGERL, *Ordo iudiciorum vel Ordo iudiciarius. Repertorien zur Frühzeit der gelehrten Rechte*, Frankfurt am Main 1984 (*Ius Commune*, Sonderhefte; Texte und Monographien, 19); Ead., *Ordines iudicarij and libelli de ordine iudiciorum (from the Middle of the Twelfth to the End of the Fifteenth Century)*, Turnhout 1994 (Typologie des sources du Moyen Âge Occidentale, 63, A-III-1\*); K. PENNINGTON, *Il diritto dell'accusato. L'origine medioevale della procedura legale*, in *La parola all'accusato*, a cura di J.-C. Maire Vigueur-A. Paravicini Bagliani, Palermo 1991, pp. 33-41.

<sup>22</sup> Sul complesso rapporto tra la divinità ed i giuristi del XII secolo si veda, da ultimo, A. PADOVANI, *Perché chiedi il mio nome? Dio natura e diritto nel secolo XII*, Torino 1997 («Il Diritto nella Storia», 6).

L'episodio tratto dal Libro della Genesi costituisce, in ogni caso, un primo esempio nel quale una donna, la prima donna, figura come parte all'interno di un processo: un fatto che, essendo direttamente testimoniato dalla Sacra Scrittura, non poteva essere ignorato, e che pertanto costringeva i giuristi ad affrontare il problema della condizione giuridica femminile nell'ambito processuale.

La suddivisione tra processo civile e processo penale, e la successiva partizione fra processo secolare ed ecclesiastico, assente dalle fonti canoniche e frutto della loro elaborazione dottrinale, consente ai giuristi medievali di disegnare uno *status* processuale femminile differenziato in ragione delle diverse tipologie processuali: mentre nel processo civile, sia esso secolare od ecclesiastico, nessun divieto viene posto in capo alla donna che, in tal modo, può legittimamente esser parte, sia come attrice o convenuta, o esser chiamata in giudizio a testimoniare, nel processo penale i divieti si fanno assai più stringenti e rimarchevoli. L'*accusatio criminalis*, infatti, viene consentita solo in presenza di alcuni reati particolarmente gravi quali, ad esempio, la simonia, l'eresia, il sacrilegio, la lesa maestà, l'alto tradimento, la pubblica annona o allorquando la donna o i suoi congiunti, impossibilitati a formulare l'accusa, siano i soggetti passivi del reato. Contestualmente l'esercizio della testimonianza femminile, nell'ambito del processo penale, viene fortemente limitato, consentendolo unicamente per gli stessi *crimina publica* per i quali viene garantito l'esercizio dell'accusa: una limitazione che trova la sua ragion d'essere non solo in quei passi del Decreto che recisamente negavano il diritto delle donne di testimoniare, ma soprattutto sulla base del convincimento, derivante dalla tradizione classica e altomedievale, di una «naturale» mutevolezza del genere femminile: «Testes autem considerantur conditione, natura et vita... Natura, si vir, non femina. Nam varium et mutabile testimonium sempre femina producit» si legge nella *I Compilatio antiqua* (*Comp. I* 5.36.10 = *X* 5.40.10), dove si riproduce un passo delle *Etimologiae* di Isidoro da Siviglia (XVIII.XV.9), a sua volta ispirato dall'Eneide di Virgilio (IV.569): un convincimento che anche la dottrina aveva fatto proprio<sup>23</sup>.

Ben più densa di novità appare invece la riflessione della dottrina in relazione agli *officia* connessi con la celebrazione del processo. In particolare le limitazioni provenienti dal diritto romano-giustiniano (*Dig.* 50.17.2) e dallo stesso *Decretum* graziano (c.17 C. XXXIII q.V), in tema di esercizio della funzione giudicante o arbitrale, vengono parzialmente superate in ragione di una mutata realtà politica che ha visto, nel corso dei secoli, un'assunzione di responsabilità da parte del genere femminile<sup>24</sup>:

<sup>23</sup> «... Ex eo quod prohibet lex Iulia de adulteriis condempnatam mulierem de adulterio testimonium dicere, colligitur etiam mulieres testimonium in iudicio dicendi ius habere. Ysidorus tamen ad testimonium mulieres repellit dicens: testis consideratur conditione, liber si non seruus. Nam seruus sepe ut metu dominantis testimonium supprimit ueritatis. Natura si uir non femina. Nam uarium et mutabile semper femina. Vita, si integer et innocens actu. Nam si bona uita defuerit fide carebit» (*Summa* «Quoniam status ecclesiarum», Paris, Bibliothèque Nationale, *lat.* 16538, f. 18rb-va).

<sup>24</sup> Ugucione DA PISA, *Summa decretorum*, Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. lat.* 2280, f. 134rb.

Hec iudicare non possunt ut xxxii.q. v. Mulierem (c. 17 C. XXXIII q.V). Sed quid de commitissa Matilda que iudicavit et de multis aliis que cotidie iudicant, quid denique de Delbora qua legitur in ueteri testamento iudicasse, ut xv. q. iii. § Econtra (§ 1. pr. C.XV q.III), sed in ueteri testamento ex eius fuit permissum ut femine iudicarent effeminatum populum... Prohibentur tamen iudicare pro se, sed non per alios si sint regine, uel ducisse, uel commitisse.

È Uguccione da Pisa che, verso la fine del XII secolo, cogliendo nell'evolversi della storia alcuni elementi di novità rispetto alle norme di diritto romano-giustiniano rifluite nel Decreto, ritiene queste ultime inapplicabili nella loro recisa formulazione. Gli esempi di Matilde di Canossa e, per un'epoca assai più risalente, di Brunilde, regina dei Franchi<sup>25</sup>, inducono infatti a ritenere che, almeno per alcuni soggetti, in ragione del ruolo istituzionale ricoperto o sulla base di un provvedimento di delega<sup>26</sup>, il divieto di esercitare la funzione di giudice non possa esplicare la sua efficacia.

Sotto il profilo più propriamente tecnico-giuridico, le motivazioni poste a fondamento della legittimità dell'esercizio dell'*officium iudicis* da parte del genere femminile, trovano una più compiuta formulazione nella decretale *Dilecti filii*<sup>27</sup> (*Comp. I. 1.25.1 = X 1.43.4*) di Innocenzo III e nella riflessione della dottrina successiva. Una controversia fra Cistercensi e Ospitalieri della diocesi di Sens era stata risolta, per concorde volontà delle parti, sulla base di una decisione assunta da Eleonora d'Aquitania, arbitro della vertenza. Successivamente i Cistercensi, dichiarati soccombenti, si erano rivolti al Papa contestando la legittimità della decisione arbitrare: la *regula iuris* ulpiana (*Dig. 50.17.2*) negava recisamente il diritto del genere femminile di assumere gli *officia civilia*<sup>28</sup>. Secondo la parte ricorrente il lodo arbitrare, proprio perché reso da una donna era da considerare, pertanto, nullo.

La decisione pontificia, sulla quale vale la pena soffermarsi brevemente, appare densa di novità. La legittimità della decisione da parte di Eleonora,

<sup>25</sup> «Idem fuit et in novo tempore commitissa Matilda et de Brunichelda regina cui scripsit Gregorius ut puniat maleficos, ut xxiii. q. iii. Si quos igitur (c. 47 C. XXIII q. IV)» (*ibid.*, f. 209ra).

<sup>26</sup> Un primo passo in questa direzione era stato già compiuto, alcuni anni prima, dal civilista Rogerio che, malgrado le norme di divieto, aveva ritenuto possibile l'esercizio della *potestas iudicandi* da parte delle donne e di altri soggetti, sulla base di appositi provvedimenti di delega emanati dal titolare di quella potestà: «Natura (prohibeatur): ut infans, surdus, furiosus. Iure, ut minores xx. annis. Que ordinarii iudices esse non possunt, quamvis delegari interdum possint. Item servi, muti et mulieres et infames» (cfr. Rogerii *Summa Codicis*, cur. J. B. Palmerio, Bononiae 1913 [Scripta Anecdota Glossarum, I, editio altera emendata], p. 82b ca. me.).

<sup>27</sup> Il dispositivo della decretale così corre: «... quia tamen iuxta consuetudinem approbatam, quae pro lege servatur, in partibus gallicanis huiusmodi feminae praecellentes in subditos suos ordinariam iurisdictionem habere noscuntur, discretioni vestrae per apostolica scripta mandamus, quatenus praefatos Hospitalarios, ut arbitrium ipsum, praesertim quum episcoporum fuerit praesentia et consilio roboratum, sicut sine pravitate provide latum est, et ab utraque parte sponte receptum, observent, monere ac inducere procuretis, eos ad hoc, si necesse fuerit, per poenam in compromisso statutam appellatione postposita compellatis» (*Comp. III, 1.25.1 = X 1.43.4*).

<sup>28</sup> Cfr. *supra*, n. 12 in fine.



infatti, risulta fondata non solo sul fatto che a lei, concordemente, le parti hanno affidato la decisione, ma soprattutto sulla *consuetudo approbata, quae pro lege servatur, in partibus Gallicanis*, secondo la quale le *mulieres praecllentes* esercitano in quei territori l'ordinaria giurisdizione. La consuetudine, pertanto, deroga nella fattispecie al diritto comune.

La *licentia principis*, lo *status* personale (quale quello di regine, duchesse, contesse etc.), come si desume da un'antica tradizione attestata, e la *consuetudo approbata*, così come deciso dalla somma autorità pontificia, sono i requisiti posti a fondamento del legittimo esercizio, da parte delle donne, della funzione giudicante, alla quale risulta connessa anche la funzione arbitrale che può essere affidata a quelle donne che già esercitano l'attività di giudice.

4. Un particolare rilievo dev'esser dedicato, infine, al *crimen adulterii* e al connesso *status* processuale femminile. Se infatti la normativa civilistica, penetrata nel Decreto di Graziano, configura, sotto il profilo strettamente processuale, una condizione muliebre di assoluta inferiorità, tant'è che alle donne non è consentito *maritos suos adulterii reos facere*<sup>29</sup>, dall'altro la tradizione cristiana, rappresentata dal pensiero di san Girolamo<sup>30</sup> e di papa Innocenzo I<sup>31</sup>, sottolineando come il matrimonio sia costituito su basi di parità ed uguaglianza, provvede ad una condanna del *crimen adulterii*, indipendentemente da quale dei coniugi lo abbia commesso. La difficoltosissima conciliabilità di questi testi viene rimarcata da un'ulteriore disposizione del diritto romano-giustiniano, che riserva ai soli mariti il diritto di agire in giudizio entro sessanta giorni dalla *notitia criminis, sine inscriptione, sine metu calumpnie* ed *ex sola suspicione*<sup>32</sup>, il che equivale al riconoscimento, per il marito, della possibilità di adire il giudice senza sottostare alle ordinarie forme processuali e, soprattutto, senza incorrere nelle pene riservate ai calunniatori qualora l'accusa si riveli infondata.

E sarà soprattutto la dottrina canonistica che compirà uno sforzo notevolissimo per modellare uno *status* processuale femminile che, pur non potendo ignorare le fonti normative creatrici della disparità di trattamento fra coniugi, dovrà pur sempre ispirarsi a quei principii di parità elaborati dalla patristica, tutti attestati dal *Decretum* graziano: l'equiparazione fra *adulterium* e *stuprum* affermata da Ambrogio<sup>33</sup>, finalizzata ad assimilare la relazione extra-coniugale dell'uomo con una donna non sposata a quella con una donna coniugata e le

<sup>29</sup> «Non enim eis permittitur maritos suos adulterio reos facere. Vnde in libro et tit. eodem, idem Imp.: Publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio uiolato queri uelint, lex Iulia declarat, que cum masculis iure mariti accusandi facultatem detulisset, non idem feminis priuilegium detulit» (*dictum post* c. 10 C. XXXII q. I = *Cod.* 9.9.1).

<sup>30</sup> «Apud nos quod non licet feminis eque non licet uiris, et eadem seruitus pari conditione censetur» (c. 20 C. XXXII q. V).

<sup>31</sup> «Christiana religio adulterium in utroque sexu pari ratione dampnat» (c. 23 C. XXXII q. V).

<sup>32</sup> *Cfr.* il *dictum post* c. 2 C. IV q. IV (= *Cod.* 9.9.6): «Item... Si maritus iure mariti, hoc est infra sexaginta dies utiles, adulterium uxoris suae accusare uoluerit, quam ex suspicione sola ream facere ualet, non continetur, uinculo inscriptionis ...».

<sup>33</sup> «Nemo sibi blandiatur de legibus hominum. Omne stuprum adulterium est, nec uiro licet quod mulieri non licet. Eadem a uiro, que ab uxore, debetur castimonia. Quicquid, in eam, que non sit legitima uxor, commissum fuerit, adulterii dampnatur crimine...» (c. 4 C. XXXII q. IV).

affermazioni di Girolamo alle quali si è già fatto cenno, non potranno essere ignorate dai glossatori i quali si cimenteranno, nel corso di circa un secolo, nel difficile tentativo di concordare norme marcatamente discordanti.

La partizione fra processo civile e penale, e fra processo secolare ed ecclesiastico, già elaborata dalla dottrina sotto il profilo generale, consentirà innanzitutto una prima differenziazione consentendo alle donne, qualora siano state vittime del reato di adulterio, di agire in giudizio nel processo civile per richiedere la separazione e il risarcimento del danno.

Sotto il profilo penalistico, gli approfondimenti derivanti da una maggiore conoscenza della legislazione secolare, consentirà di soffermarsi sul sistema sanzionatorio e sulle modifiche che la legislazione giustiniana aveva apportato nell'individuazione della pena trasformando, solo per le donne, la *poena gladii* prevista sin dall'epoca costantiniana<sup>34</sup> nella *verberatio* e nella reclusione in monastero<sup>35</sup>, ma lasciando sostanzialmente immutato lo *status* processuale femminile sotto il profilo dell'esercizio dell'*accusatio*: l'azione penale nel processo secolare, sulla base delle disposizioni del diritto romano-giustiniano, risulterà sempre preclusa alle donne, ancorché siano soggetti passivi del reato.

Nel processo ecclesiastico, al contrario, poiché il *petitum* sarà costituito dalla sola *separatio quoad thori et mensam* si assisterà ad una progressiva equiparazione delle due parti processuali, con la eliminazione di tutti i privilegi<sup>36</sup> garantiti all'uomo ancorché presenti nel *Decretum* graziano: dapprima con Uguccone da Pisa e successivamente con Raimondo di Penyafort, l'elaborazione dottrinale segna il definitivo superamento di quell'apparato di norme che avevano impedito l'instaurarsi di una completa parità di trattamento fra i coniugi in relazione al reato di adulterio, in ossequio a quei canoni del decreto (cc. 20 e 23 C. XXXII q.V) e ai principii evangelici (*Mt.* 5, 31-32; 17,9) che avevano considerato l'adulterio come reato da condannare indipendentemente dalla condizione dell'autore<sup>37</sup>.

Una posizione che non potrà essere assunta dalla civilistica di età moderna che continuerà ad essere fortemente legata al testo del *Corpus iuris civilis*: ne è un esempio paradigmatico il Commentario *Ad legem juliam de adulteriis* di Alberico Gentili<sup>38</sup>. Il dettato della normativa romano-giustiniana –con cui si proibisce l'*accusatio criminalis* della donna nelle cause di adulterio– che anche

<sup>34</sup> *Cod.* 9.9.29(30).4: «Sacrilogos autem nuptiarum gladio puniri oportet».

<sup>35</sup> *Coll.* IX. 9 = *Nov.* 134.10.1: «... Adulteram vero mulierem competentibus vulneribus subactam in monasterio mitti...».

<sup>36</sup> Per i quali cfr. *supra*, n. 32.

<sup>37</sup> Sui passi di Matteo cfr. J. GAUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, Torino 1989, pp. 33-34. Di identico parere Pietro Lombardo che utilizza proprio i passi di san Girolamo recepiti nel Decreto (Magistri Petri Lombardi Parisiensis episcopi *Sententiae in IV Libros distinctae*, lib. IV, dist. XXXV, cap. I [Spicilegium Bonaventurianum IV-V; Ad Claras Aquas 1981], t. II, l. III et IV, p. 467 s.). Una parità che verrà confermata tanto nel *Codex Iuris Canonici* del 1917 (cc. 1129 e 1130), quanto in quello dl 1983 (cc. 1152-1155).

<sup>38</sup> G. MINNUCCI, *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus. L'inedito Commentario Ad legem juliam de adulteriis*, Bologna 2002 (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno; Studi e Testi, 6).

il giurista di San Ginesio, così come molti suoi contemporanei, continuerà a comparare con i principii di parità propri dell'etica cristiana<sup>39</sup>, non consentirà, infatti, di ridurre il discrimine fra i coniugi, un discrimine che si perpetuerà nel corso dei secoli fino all'età contemporanea.

Mi limito a ricordare, ma gli esempi potrebbero essere numerosi, che il Codice Penale italiano, del 1931, continua a differenziare lo *status* dei coniugi: mentre da un lato si punisce l'adulterio della moglie con un anno di reclusione, raddoppiando la pena qualora la stessa instauri una vera e propria relazione adulterina<sup>40</sup>, dall'altro il tradimento del marito non risulta sanzionato se non nel caso in cui la relazione extraconiugale sfoci in un vero e proprio concubinato<sup>41</sup>. Una disparità di trattamento sotto il profilo sostanziale e processuale che si concluderà, dopo un lungo e faticoso percorso, verso la fine degli anni Sessanta del secolo scorso, grazie alle decisioni della Corte Costituzionale con le quali quelle norme, alla luce del dettato della Carta Costituzionale, verranno finalmente dichiarate costituzionalmente illegittime<sup>42</sup>.

GIOVANNI MINNUCCI

---

<sup>39</sup> In tema di esercizio dell'*accusatio* cfr. *ibid.*, pp. 37-56, dove si esamina il pensiero gentiliano circa il dettato di *Cod.* 9.9.1 (il cui testo si può leggere *supra*, n. 29), reso alla luce di altri testi di diritto romano-giustiniano, della glossa ordinaria, del pensiero dei classici e dei Padri della Chiesa (qual, ad es., Lattanzio, s. Ambrogio, s. Girolamo), oltre che delle opere di alcuni giuristi precedenti come Bartolo da Sassoferrato, Baldo degli Ubaldi, Le Douaren, Giulio Claro.

<sup>40</sup> Art. 559: 1. La moglie adultera è punita con la reclusione fino ad un anno. 2. Con la stessa pena è punito il correo dell'adultera. 3. La pena è della reclusione fino a due anni nel caso di relazione adulterina. 4. Il delitto è punibile a querela del marito. Art. 560: 1. Il marito che tiene una concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove, è punito con la reclusione fino a due anni. 2. La concubina è punita con la stessa pena. 3. Il delitto è punibile a querela della moglie.

<sup>41</sup> Il discrimine tra coniugi era stato teorizzato anche in età medievale sul fondamento che il tradimento femminile «maius crimen esse ... propter prolem» (cfr. G. MINNUCCI, *Alberico Gentili...*, p. 51, dove il Gentili riferisce il pensiero di Tommaso d'Aquino). Un convincimento ancora presente nella Giurisprudenza Costituzionale italiana del 1961: la maggiore severità nei confronti della donna, infatti, veniva giustificata dal fatto che la sua condotta adulterina determinava, in base «alla prevalente opinione», un più grave attentato all'unità familiare, rispetto ad una identica condotta dell'uomo, sia per il turbamento psichico provocato nei membri della famiglia, ma soprattutto per il pericolo «dell'introduzione nella famiglia di prole non appartenente al marito, e che a lui viene attribuita per presunzione di legge» (cfr. *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961 anno VI, Milano 1961, p. 1236). Una giurisprudenza che la Corte modificherà alcuni anni dopo (cfr. *infra*, n. 42).

<sup>42</sup> Ci si riferisce alle Sentenze n. 126 del 19 dicembre 1968, in *Sentenze e ordinanze della Corte Costituzionale*, 1968 anno VII, Milano 1968, pp. 743-750; e n. 147 del 3 dicembre 1969, in *Sentenze e ordinanze della Corte Costituzionale*, 1969-1, anno VIII, Milano 1969, pp. 922-937.

## FICHAS DE LOS TRABAJOS

### SECCIÓN MONOGRÁFICA

- Autor: CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., Universidad de Oviedo.
- Título: *De las leyes fundamentales a la constitución política de la monarquía española (1713-1812).*
- Resumen: De las *leyes* y costumbres *fundamentales* a la *constitución* escrita media un tiempo histórico-político conocido usualmente con el nombre de *Antiguo Régimen*. Perdida su significación peyorativa, hoy cabe referirla a un tiempo jurídico-público previo al *status* de libertad contemporánea. En la cultura histórica europea de *mores*, costumbres y *leyes* existe una línea de pensamiento que va de la Biblia judeo-cristiana, con sus *alianzas* eternas y *leyes perpetuas*, a la Reforma renacentista y a la escolástica española; de la libertad de los clásicos greco-latinos a la moderna práctica ensalzada por Lipsio o Grocio, *príncipe* de los autores políticos; y del *ius publicum* romano y del *Estado*, calificado de *soberano* frente al particularismo feudal, al nuevo Derecho público moderno y racionalista con sus *leyes fundamentales*. Una línea de pensamiento interrumpida con la Revolución francesa de 1789, «superior a cuantas la han precedido» en la inmediata percepción de sus coetáneos, y cuya *Constitución* normativista suele ser el punto de partida de la reflexión política actual. Un planteamiento similar, que pasa de las *Leyes fundamentales* a la *Constitución* como conceptos jurídico-públicos distintos, exige matizar tiempos, territorios, contenidos y métodos referidos a estas cuestiones en la España del siglo XVIII y principios del XIX, como puntos de referencias de ambos términos generales.
- Palabras clave: Ley fundamental, Constitución histórica, Constitución racionalista. Ramos del Manzano, Pérez Valiente, Mayans, Burriel, Campomanes, Jovellanos.
- Abstract: From *fundamental laws*, understood as principle and primary rule of political order, to a written *constitution* stands a political period usu-

ally known as *Old Regime*. Once lost its pejorative meaning, so successfully spread by the enlightened philosophers, today it may be referred as a public-legal period prior to the contemporary status of freedom. In European culture of *mores*, customs and laws there is a line of thought that goes from the Judeo-Christian Bible, with its eternal *alliances* and *perpetual laws*, to the Renaissance reform and the Spanish scholastic; from the freedom of the Greco-Latin classics to the modern practice praised by Lipsius or Grotius, *prince* of political writers; and from the Roman *ius publicum*, that vigorously sprouts with the Roman-canonical tradition, and the *State* qualified as *sovereign* versus feudal particularism, to the new Public law, modern and rationalist with its *fundamental laws*... One line of thought interrupted by the French Revolution of 1789, «exceeding those that have gone before» in the immediate perception of its peers, and whose normativist *Constitution* is usually the starting point of the current political debate. A similar approach, moving from the *fundamental laws* to the *Constitution* as different public legal concepts, requires qualifying times, territories, contents and methods relating to these issues in eighteenth and early nineteenth centuries' Spain.

Key words: Fundamental Law, Historical and Rationalist Constitution. Ramos del Manzano, Pérez Valiente, Mayans, Burriel, Campomanes, Jovellanos.

Recibido: 2 de febrero de 2011.

Aceptado: 8 de abril de 2011.

Autor: MARTIRÉ, Eduardo. Academia Nacional de la Historia de la República Argentina.

Título: *Algo más sobre la Constitución de Bayona.*

Resumen: El Estatuto de Bayona de 1808, testimonio del bonapartismo «revolucionario» que desde Europa se extendió hacia América, permaneció durante mucho tiempo en un segundo plano, a la sombra de la Constitución de Cádiz. Sin embargo, desde hace aproximadamente dos décadas, la historiografía, española y americana, viene corrigiendo aquella situación a través de la publicación de distintos trabajos en los que los autores reivindican la importancia del texto napoleónico a la hora de comprender el constitucionalismo español e hispanoamericano del siglo XIX.

En esta línea renovadora, el artículo que ahora se presenta cumple un doble objetivo. Sirve, de un lado, para resaltar el carácter «revolucionario» del texto bayonense, presentado con frecuencia como ejemplo del constitucionalismo «liberal» fruto de la Revolución francesa. Y, de otro, para destacar su valor intrínseco desde cuatro perspectivas diferentes. En primer lugar, refiriendo las vicisitudes del proceso seguido para su elaboración. A continuación, dando cuenta de los principios asumidos en el Estatuto y describiendo los órganos del Estado previstos por sus autores. En tercer lugar, poniendo de relieve el significado que el texto de Bayona tuvo para los americanos una vez que el articulado debía aplicarse en España e Indias y sentaba las bases para un Derecho india-

no de nueva factura. Y, por último, dando cuenta de la repercusión que el texto napoleónico tuvo sobre el primer constitucionalismo español, en particular en la Constitución de Cádiz y en los procesos abiertos contra los constituyentes gaditanos tras el regreso de Fernando VII.

Palabras clave: Constitucionalismo, Bayona, Napoleón, Siglo XIX, España, Indias, Cádiz.

Abstract: The Bayonne Statute of 1808, a testament to the «revolutionary» Bonapartism that spread from Europe to America, remained in the background for a long time, in the shadow of the Constitution of Cadiz. However, over the past 20 years or so, Spanish and American historiography has corrected this situation through the publication of various studies whose authors assert the importance of this Napoleonic text when it comes to understanding 19th-Century Spanish and Latin American constitutionalism.

Along these reforming lines, the article presented here meets a dual objective. On the one hand, it highlights the «revolutionary» nature of the Bayonne text, which has frequently been portrayed as an example of «liberal» constitutionalism resulting from the French Revolution. And on the other, it emphasises the text's intrinsic value from four different perspectives. First, it touches on the vicissitudes of the process undertaken to compile it. Second, it gives an account of the principles adopted in the statute and describes the organs of State envisaged by its authors. Third, it highlights the significance of the Bayonne text to the Americans once the articles had to be applied in Spain and the Indies and it laid the foundations for newly formulated Laws of the Indies. And finally, it renders an account of the impact of the Napoleonic text on early Spanish constitutionalism and in particular on the Constitution of Cadiz and on the proceedings brought against the Cadiz constituents following the return of Ferdinand VII.

Key words: Constitutionalism, Bayonne, Napoleon, 19th Century, Spain, the Indies, Cadiz.

Recibido: 1 de marzo de 2011.

Aceptado: 8 de abril de 2011.

Autor: GARRIGA ACOSTA, Carlos. Universidad del País Vasco.

Título: Cabeza moderna, cuerpo gótico. *La Constitución de Cádiz y el orden jurídico*.

Resumen: Tras repasar el proceso que conduce a su formación, el autor ensaya una caracterización formal de la Constitución de 1812 como ley fundamental de la Monarquía, considerando los elementos (juramento, infracciones, reforma) que la definen como ley suprema en el marco del orden jurídico tradicional.

Palabras clave: Constitución de 1812, constitucionalismo, leyes fundamentales, constitución histórica.

- Abstract: After reviewing the process leading to its formation, the author try a formal characterization of the 1812 Constitution as a fundamental law of the Monarchy, considering the elements (oath, infractions, reform) that define it as the paramount law within the framework of the traditional legal order.
- Key words: Constitution of 1812, Constitutionalism, Fundamental Law, Ancient Constitution.
- Recibido: 1 de marzo de 2011.
- Aceptado: 8 de abri 1 de 2011.
- Autor: ESTRADA MICHEL, Rafael. Universidad Panamericana. Méjico.
- Título: *El Hexágono imposible y el factor regnícola en la independencia novohispana: las distorsiones gaditanas.*
- Resumen: La poca o nula consideración de las realidades americanas que poseyó el grupo hegemónico liberal-peninsular en las Cortes de Cádiz (1810-1814) provocó que se realizara una suerte de ejercicio constituyente abstracto, de creación de nuevos mundos y nuevas fantasías, ejercicio inaplicable a la compleja estructura de los reinos de la América española en cuestiones tales como la regulación de la pluriétnicidad de los habitantes o la articulación política de territorios que habían estado cohesionados, al menos en el imaginario prevaleciente, durante tres estables centurias. A través de un análisis del discurso y la actuación de algunos protagonistas, así como de las actividades (incluso las promociones de tipo procesal y periodístico) de actores sitos en América, el autor pretende demostrar que la Constitución de 1812 fue redactada mediando la suscripción de diversos compromisos de fórmula dilatoria con los heterogéneos grupos de representación ultramarina, con lo que el texto gaditano generaría distorsiones provocadoras de proyectos independentistas basados en el colapso de la Monarquía católica y en la inserción de los antiguos reinos pluriprovinciales americanos en el imaginario revolucionario de las Naciones soberanas. Concluye el trabajo con varias muestras de lo que las abstracciones y decisiones del constitucionalismo gaditano generaron en la práctica de los últimos gobiernos virreinales, así como en el Trienio liberal y en las primeras administraciones propiamente mexicanas, la imperial y la republicana (1821-1824).
- Palabras clave: Constitución; Modernidad; *Iurisdictio*; Provincias; Reinos; Circunstancias.
- Abstract: The little or inexistent consideration of American realities that possessed the liberal-peninsular hegemonic group at the Cortes of Cádiz (1810-1814) conducted to a sort of abstract constituent exercise of creation of new worlds and new fantasies, exercise that became inapplicable to the complex structure of the Hispanic-American kingdoms on issues such as the regulation of the multiracial population of the *Indias* or the political articulation of territories that had been coherently united, at least in the prevailing imaginary, during three centuries. Through an analysis of discourse and performance of some European and American actors and activities (including promotions of procedural or journalistic style), the author tries to show that the Spanish Constitution of 1812 was drafted upon the signing of various delaying commitments

with heterogeneous groups of the overseas representation, implying that the *gaditano* text generated distortions on pro-independence projects based on the collapse of the Catholic monarchy and the inclusion of the former American multiprovincial kingdoms in the revolutionary imagery of sovereign nations. Concludes the work with several samples of what the abstractions and decisions of the Cadiz deputies generated in the practice of the last Viceregal governments, as well in as in the Spanish *Trienio liberal* and during the first Mexican independent administrations, the imperial and Republican ones (1821-1824).

Key words: Constitution; Modernity; *Iurisdictio*; provinces; kingdoms; circumstances.

Recibido: 26 de enero de 2011.

Aceptado: 8 de abril de 2011.

Autor: PORTILLO VALDÉS, José M., Universidad del País Vasco.

Título: *Jurisprudencia constitucional en espacios indígenas. Despliegue municipal de Cádiz en Nueva España.*

Resumen: Tomando en cuenta recientes aportaciones interpretativas sobre la Constitución de 1812, este artículo parte de la idea de que el primer constitucionalismo se tradujo no sólo en texto sino también en práctica constitucional. En efecto, entre el texto debatido y aprobado en Cádiz entre 1810 y 1812 y su despliegue posterior en una compleja geografía mediaron procesos de interpretación y adaptación del mismo que, en no pocos casos, dieron resultados no previstos en Cádiz. Este ensayo aborda el estudio de una jurisprudencia constitucional desarrollada sobre el texto de Cádiz para su implementación en espacios indígenas en Nueva España. Toma en cuenta el hecho de la complejidad social y étnica de estos espacios y trata de explicar cómo la constitución fue practicada a través de procesos contradictorios de despliegue jurisprudencial local.

Palabras clave: Política indígena, jurisprudencia constitucional, constitución de 1812: interpretación, representación, ciudadanía indígena.

Abstract: Taking into account recent historiographical approaches to the interpretation and meaning of the first Spanish constitution, this article assumes the idea of a double condition of it: as a text and as a practice as well. Between the text debated and approved in Cádiz from 1810 to 1812 and its implementation there were a number of processes of interpretation and adaptation frequently resulting in situations not previewed by the drafters of the constitution. This essay explores constitutional jurisprudence developed in indigenous contexts in New Spain. Given the social and ethnic complexity of those contexts it tries to explain how the constitution was implemented through a contradictory local jurisprudence.

Key words: Indigenous political. Constitutional jurisprudence. Constitution 1812. Interpretation, representation, indigenous citizen.

Recibido: 21 de febrero de 2011.

Aceptado: 8 de abril de 2011.



- Autor: SERVÁN, Carmen. Universidad de Sevilla.
- Título: *Los derechos en la Constitución de 1812: de un sujeto aparente, la nación, y otro ausente, el individuo.*
- Resumen: La Constitución española de 1812 comienza reconociendo un sujeto, la nación, al que atribuye libertad y soberanía; otro sujeto, el individual, quedará determinado por aquella. Así, para el texto constitucional, la mera individualidad no es suficiente, ni los derechos individuales son las premisas sobre las que se construye la norma. Otros parámetros se imponen, pues se constituye una nación en torno a cultura y religión comunes. Son los derechos de los españoles, hombres, libres y católicos, los que reconoce la norma. Se tienen derechos en cuanto se forma parte de la nación, pues no son premisas previas al ordenamiento. Pero aún más, no todos los españoles entrarán en la categoría constitucional de ciudadanos. Las mujeres, las castas, los sirvientes domésticos, los analfabetos, son algunos de los sujetos excluidos, sin olvidar a otras naciones, como las indígenas, que no comparten con la constitución ni cultura ni religión.
- Palabras clave: Ciudadanos, Derechos, Españoles, Individuos, Ley, Nación, Religión, Soberanía.
- Abstract: The Spanish Constitution of 1812 recognizes the freedom and sovereignty of the nation and the individual depends on it. Therefore, neither the mere fact of being an individual is enough for the constitutional text nor the individual's rights are enough to construct the constitutional law. There is another factor: a nation with a common religion and culture. The Constitution only recognizes the rights of Spaniards, free and catholic men. Individuals have rights by virtue of belonging to the nation. It is the individuals who belong to the nation who have rights because they are not previous premises to the law. Furthermore, not all Spaniards belong to the constitutional category of citizens: women, castas, domestic servants and illiterate persons are some of the examples of those who are excluded.
- Key words: Citizens, Individual, Law, Nation, Religion, Rights, Spaniards, Sovereignty.
- Recibido: 1 de marzo de 2011.
- Aceptado: 8 de abril de 2011.
- Autor: FRIERA ÁLVAREZ, Marta. Universidad de Oviedo.
- Título: *El poder legislativo en la Constitución de Cádiz.*
- Resumen: El estudio se acerca al problema del poder legislativo en la Constitución de Cádiz desde una perspectiva historicista, que ve en la Constitución de 1812 pervivencias significativas del Antiguo Régimen con el que pretendía romper. El liberalismo revolucionario atribuyó a las Cortes, representantes de la nación soberana, el poder legislativo. Su ejecución podía compartirse con el rey, a través de la iniciativa y sanción de las leyes, con límites, como el veto suspensivo. La

Constitución de Cádiz sustituyó el término poder por el de potestad, y la atribuyó a las Cortes con el rey. En la atribución del poder-potestad legislativa compartida influyó de manera determinante la idea ilustrada de la Constitución histórica española. En la Constitución de Cádiz, la potestad legislativa es una más de las facultades de las Cortes. La circunstancia de la ausencia del rey hizo que las Cortes legisasen a través de normas sin sanción real, que se llamaron decretos. La definición de su naturaleza jurídica fue muy debatida: actos de gobierno, normas particulares, normas declarativas de leyes e incluso normas interpretativas fruto del poder constituyente. Al final, el legislador ordinario diferenció las leyes y los decretos por su forma y materia al establecer una «reserva de decretos» para las facultades atribuidas por la Constitución en exclusiva a las Cortes. El poder legislativo quedó, así, limitado tanto para las leyes como para los decretos, nueva manifestación de su falta de configuración en la Constitución de Cádiz.

Palabras clave: Constitución de Cádiz. Constitución histórica. Poder legislativo. Leyes. Decretos de Cortes.

Abstract: This study addresses the issue of legislative power in the Cadiz Constitution from a historicist standpoint, which perceives in the 1812 Constitution significant surviving elements of the Ancien Régime that is aimed to break with. Revolutionary liberalism attributed legislative power to the *Cortes* (parliament), as representative of the sovereign nation. The execution of said power could be shared with the Crown, through the proposing and sanctioning of laws, with certain limits, such as the suspensory veto. The Cadiz Constitution replaced the term «*poder*» (power) with «*potestad*» (faculty/authority) and attributed it to the *Cortes* and to the Crown. The Enlightenment idea of the historical Spanish Constitution had a determining influence on the attribution of shared power/faculty. In the Cadiz Constitution, legislative authority is one of various faculties of parliament. The circumstance of the king's absence meant that parliament legislated via regulations without royal sanction, which were called decrees. The definition of their legal nature was highly debated: government acts, particular regulations, declarative regulations of laws and even interpretative regulations arising from constituent power. Ultimately, the ordinary legislator distinguished between laws and decrees by means of their form and subject matter, establishing a «decree reserve» for the faculties attributed exclusively by the Constitution to the *Cortes*. Legislative power was thereby limited for laws as well as decrees, once more highlighting its lack of incomplete definition in the Cadiz Constitution.

Key words: Cadiz Constitution. Historical Constitution. Legislative power. Laws. Decree of Cortes (parliament).

Recibido: 1 de marzo de 2011.

Aceptado: 8 de abril de 2011.

- Autor: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. Universidad Complutense de Madrid.
- Título: *Un poder nuevo en el escenario constitucional: notas sobre el ejecutivo gaditano.*
- Resumen: En el contexto europeo, España fue un caso particular en orden a superar el Antiguo Régimen y construir una nueva forma de Estado en lo político. No fue tarea fácil, ni inmediata. Se estudia en el presente trabajo la conformación del poder ejecutivo como poder nuevo, diverso y separado del legislativo y del judicial, en los años que van desde el inicio de la Guerra de la Independencia hasta la Constitución de 1812. Se toma como punto de partida la visión ilustrada de la labor de los diputados gaditanos para hacer presente el pasado, mejorado, reformado o revisitado. Como no podía ser de otro modo, se hace especial hincapié en la figura del Rey, al que se dedica el Título IV del articulado constitucional, para conocer y explicar el sentido y la extensión de sus facultades, atributos y prerrogativas, así como de sus restricciones y de los demás elementos que acompañaban su figura en el seno de un texto constitucional que seguía implícitamente aludiendo a la participación del mismo en la soberanía y que convertía la división de poderes en una fórmula puramente nominal. Lo que surge de las Cortes es un poder concentrado en esas mismas Cortes y compartido entre todas las instancias implicadas.
- Palabras clave: 1812, Cortes de Cádiz, Constitución de Cádiz, división de poderes, poder ejecutivo, gobierno, rey, secretarios, monarquía constitucional.
- Abstract: Within Europe, Spain was a special case as concerns the overcoming of the *Ancien Régime* and the construction of a new State from a political perspective. It was not an easy task, nor was it immediate. This essay deals with the construction of the executive power as a new power, diverse and dissociated from the legislative and judicial powers, between the beginning of the Peninsular War (*Guerra de la Independencia*) and the first Spanish Constitution of 1812. The starting point is the enlightened approach of the Gaditan members of parliament's work in order to bring the past, improved, reformed or revisited, to the present. The King is obviously emphasized, title fourth of the constitutional text being devoted to the royal figure in order to show and explain then meaning and extensions of his authority, prerogatives and powers, as well as the restrictions imposed to him and the rest of elements inherent to the figure of the King at the heart of a constitutional text, which, both, implicitly continued to refer to some participation of the King in the sovereignty and turned the separation of powers into an empty formula. What emerged from the Cortes of Cadiz was a power concentrated on the Cortes themselves and shared by all the authorities involved.
- Key words: 1812, Cadiz Courts, Cadiz Constitution, separation of powers, executive power, government, king, secretaries, constitutional monarchy.
- Recibido: 1 de marzo de 2011.
- Aceptado: 8 de abril de 2011.

- Autor:** MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando. Universidad Autónoma de Madrid.
- Título:** *Constitución de la Justicia en Cádiz. Jurisdicción y Consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial*
- Resumen:** El objeto de este trabajo consiste en el estudio del diseño constituyente de la justicia en la Constitución de Cádiz. Para este propósito se utilizan las fuentes tradicionales más conocidas pero también las memorias y proyectos de Constitución, en su mayoría inéditos, que llegaron a las Cortes durante el proceso constituyente. Los postulados historiográficos de este trabajo consisten en: la utilización de un paradigma jurisdiccional como clave de interpretación de la primera cultura constitucional hispana; la comprensión de la primera experiencia constitucional como un fenómeno de ámbito necesariamente bicontinental; la negación de que los principios de la dogmática constitucional contemporánea fueran inmediatamente operativos; adoptar una perspectiva «no estatalista» en la recuperación de la historia política e institucional contemporánea. Se ha llegado a las siguientes conclusiones: El poder judicial siguió respondiendo a un imaginario tradicional coherente con la estructura corporativa de la sociedad política hispana. Las principales consecuencias de esta persistencia son: Las calidades del juez y del procedimiento fueron más importantes que la vinculación del juez con un canon normativo. El ejercicio de la función judicial siguió siendo políticamente significativo, de modo que soberanía y autonomía política se expresaron en tiempo gaditano en términos jurisdiccionales. Esta relevancia política de la justicia fue especialmente relevante en la dimensión local y americana. El diseño de las instituciones de Justicia y de Gobierno de la Monarquía perpetuó una tradicional lógica consultiva en la concepción y definición del poder.
- Palabras clave:** España, Historia constitucional, Justicia, Constitución de Cádiz, siglo XIX.
- Abstract:** The object of this work is the study of the constitutional design of Judiciary in the Constitution of Cadiz. Best known traditional sources but also reports and projects of Constitution, mostly unpublished, which arrived in the *Cortes* during the constitutional process are used for this purpose. The historiographical postulates of this work include: the use of a jurisdictional paradigm as the key for the interpretation of the first Spanish Constitutional culture; understanding of the first constitutional experience as a phenomenon of necessarily bicontinental field; the denial of the principles of the contemporary constitutional dogmatic were immediately operating; taking a «non statalist» perspective on the interpretation of the contemporary political and institutional history. We have reached the following conclusions: the judicial power continued to respond to a traditional imaginary consistent with the corporate structure of Hispanic political society. The main consequences of this persistence are: the qualities of the judge and the procedure were more important than the linking of the judge with a normative canon. The exercise of the judicial function remained politically significant, so sovereignty and self-government were expressed in Cadiz time in jurisdictional terms. This political

significance of Justice was particularly relevant at the local and American dimension. The design of the institutions of Justice and Government of the monarchy perpetuated a traditional consultative logic in the conception and definition of power.

Key words: Spain, Latin America, Constitutional History, Judiciary, Constitution of Cadiz, 19th century.

Recibido: 22 de febrero de 2011.

Aceptado: 8 de abril de 2011.

Autor: PINO ABAD, Miguel. Universidad de Córdoba.

Título: *Apuntes sobre las garantías del proceso penal en las Cortes de Cádiz.*

Resumen: A fines del siglo XVIII se alzaron voces que reivindicaban la ineludible necesidad de redefinir sobre nuevos parámetros el sistema judicial y penológico vigente en España desde hacía tanto tiempo. Ante esas reclamaciones, la Monarquía optó por no cambiar nada, en la medida que la Ilustración fue identificada por muchos con lo antiespañol y antirreligioso. No obstante ello, se allanó considerablemente el terreno a la posterior actuación de los liberales. En lo atinente al asunto que abordamos en estas líneas, hemos de apuntar que se logró la elaboración de un completo sistema de garantías procesales, inspirado en los flamantes principios.

Al objeto de que nuestra exposición resultara lo más diáfana posible, hemos separado el análisis de las garantías procesales en tres fases, íntimamente enlazadas entre sí: la fase preconstitucional, donde destaca la abolición del tormento y el «proyecto de reglamento para que las causas criminales tengan un curso más expedito, sin los perjuicios que resultan a los reos la arbitrariedad de los jueces», ambos de 1811; las garantías en el seno del texto constitucional, con especial mención al capítulo 3.º «De la administración de justicia en lo criminal», dentro del Título V «De los tribunales y de la administración de Justicia en lo civil y criminal»; para concluir con el estudio de la normativa elaborada tras la promulgación de la Constitución y hasta el momento del retorno de Fernando VII, donde sobresalen el «reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia de 9 de octubre de 1812», el «decreto sobre responsabilidad de los empleados públicos de 24 de marzo de 1813» y un «proyecto de ley sobre responsabilidad de los infractores de la Constitución de 13 de julio de 1813».

A pesar de ese elevado número de disposiciones procesales redactadas entre 1810 y 1814, a buen seguro que se echó en falta la promulgación de un Código penal acorde con los postulados liberales, por lo que se desencadenó la paradójica situación de que se siguieron aplicando unas leyes desfasadas en el marco de un procedimiento que teóricamente pretendía preservar los intereses de los reos y cuya efectiva nos resulta, por tanto, bastante dudosa.

Palabras clave: Cortes de Cádiz; Constitución de 1812; garantías procesales; proceso penal; liberalismo.

- Abstract:** At the end of the 18th century there raised voices that were claiming the unavoidable need to re-define on new parameters the judicial system and penologic in force in Spain from it was doing so much time. Before these claims, the Monarchy chose not to change anything, in the measure that the Illustration was identified by many by the antiSpanish and anti-religious thing. Nevertheless it, one levelled considerably the area to the later action of the liberal ones. In the relating thing to the matter that we approach in these lines, we have to aim that there was achieved the production of a complete system of procedural guarantees, inspired by the flaming beginning.
- In order to that our exhibition was turning out to be as diaphanous as possible, we have separated the analysis of the procedural guarantees in three phases, intimately connected between yes: the phase preconstitutional, where stands out the abolition of the torment and the project of regulation in order that the criminal reasons should have a more prompt course, without the prejudices that prove to the convicts the arbitrariness of the judges», both of 1811; the guarantees in the bosom of the constitutional text, with special mention to the chapter 3.º «of the administration of justice in the criminal thing», inside the title V «of the courts and of the administration of justice in the civil and criminal thing»; to conclude with the study of the regulation elaborated after the promulgation of the Constitution and up to the moment of the return of Fernando VII, where there stand out the «regulation of the Hearings and Courts of the first instance of October 9, 1812», the «decree on responsibility of the civil servants of March 24, 1813», and a «project of law on responsibility of the offenders of the Constitution of July 13, 1813».
- In spite of this high number of procedural dispositions written between 1810 and 1814, surely that began in there is absent the promulgation of a penal Code according to the liberal postulates, for what there freed itself the paradoxical situation of which a few old-fashioned laws continued being applied in the frame of a procedure that theoretically was trying to preserve the interests of the convicts and whose effective one us turns out to be, therefore, doubtful enough.
- Key words:** Parliament of Cadiz; Constitution of 1812; procedural guarantees; penal process; liberalism.
- Recibido:** 15 de diciembre de 2010.
- Aceptado:** 8 de abril de 2011.
- Autor:** POLO MARTÍN, Regina. Universidad de Salamanca.
- Título:** *Los municipios y el territorio en la obra gaditana.*
- Resumen:** El objetivo se este trabajo es explicar en qué consistió la nueva organización local gaditana, radicalmente diferente de la absolutista del Antiguo Régimen, que surgió a comienzos del siglo XIX con el advenimiento del Estado Liberal. Este modelo organizativo fue posible gracias a unas disposiciones, la Constitución de Cádiz y las normas complementarias y aclaratorias emanadas de las Cortes gaditanas, especialmente la Instrucción de 1813 para el gobierno económico-

político de las provincias, que diseñaron nuevas autoridades e instituciones encargadas del gobierno de los municipios y del territorio. En efecto, los ayuntamientos constitucionales en la esfera local y una nueva división provincial, junto con las diputaciones y los jefes políticos en la territorial, fueron los pilares en los que descansó la nueva organización, caracterizada por un centralismo a ultranza, ya que el jefe político era el representante del gobierno central en las provincias y único cauce de comunicación entre el gobierno y las diputaciones y entre éstas y los ayuntamientos. Además, estos ayuntamientos, jefes políticos y diputaciones tenían atribuidas unas competencias cuyo cumplimiento perseguía la efectiva instauración en la esfera local del ideario liberal. En la práctica, no se consiguió la ansiada división provincial, puesto que el Proyecto Bauzá de 1813 no se aprobó, pero sí se fueron creando los ayuntamientos, se constituyeron las diputaciones y se designaron los jefes políticos a media que el territorio se liberaba de la presencia de los franceses. No obstante, su quehacer, condicionado por las secuelas de la Guerra de la Independencia, quedó interrumpido por el restablecimiento del absolutismo.

**Palabras clave:** Ayuntamiento constitucional, provincias, jefe político, diputación provincial.

**Abstract:** The objective of this report is to explain how the new local organization from Cádiz is totally different from the absolutist one in the Ancient Regime, which it appeared at the beginning of the XIX century with the arrival of the Liberal State. This organizational model was possible thanks to some provisions, the Cádiz Constitution and the complementary and explanatory rules proceeding from the Parliament from Cádiz, specially the Instrucción of 1813 for the economic-political government of the provinces, that established new authorities and institutions in charge of the government of the towns and the country. In fact, the constitutional councils in the local sphere and a new provincial division together with the deputations and the party leaders in the territorial sphere were the pillars on which the new organization rested, distinguished by a very strong centralism, because the party leader was the representative of the central government in the provinces and the only way to communicate between the government and the deputations and these ones and the councils. Besides, these councils, party leaders and deputations had attributed some competences whose performance was the effective restoration of the liberal ideology in the local sphere. Actually, the wanted provincial division couldn't get, because the Project Bauzá in 1813 wasn't passed, but councils were created, deputations were established and the party leaders were designated according as the country was free of the presence of French people. However, his work, was determined by the consequences of the Independence War, it was interrupted by the restoration of the absolutism.

**Key words:** Constitutional council, provinces, party leaders, deputations.

**Recibido:** 10 de diciembre de 2010.

**Aceptado:** 8 de abril de 2011.

- Autor: SERNA VALLEJO, Margarita. Universidad de Cantabria.
- Título: *Apuntes para la revisión del concepto de propiedad liberal en España doscientos años después de Cádiz.*
- Resumen: La conmemoración del Bicentenario gaditano ofrece la posibilidad de plantear algunas ideas que sirvan para la revisión histórico-jurídica del concepto de propiedad liberal cuyos fundamentos se establecieron a partir de 1810.  
El enfoque histórico-jurídico con el que cabría aproximarse al derecho de propiedad del siglo XIX exige relativizar la sacrosanta propiedad liberal y la imagen reduccionista, idílica, mitificada, amable y muy teórica que se ha construido de ella.  
La revisión del concepto de propiedad liberal permite observar que en la España del siglo XIX la propiedad reviste dos estructuras distintas. En el primer modelo, el de referencia, la propiedad es absoluta, está libre de cargas, es individual, exclusiva y está sometida a un régimen de plena libertad de comercio porque el legislador decimonónico así la definió en algunas normas y éstas se aplicaron conforme a lo previsto. En el modelo que se ajusta más a la realidad, la propiedad carece de alguna o algunas de las características señaladas. Es colectiva, está sometida a algún gravamen o se encuentra dividida. El origen de esta situación podía ser doble. Podía deberse a otras previsiones del legislador en las que renunciaba a alguno de los caracteres específicos de la propiedad absoluta. O bien a la imposibilidad de aplicar las exigencias dogmáticas del tipo normativo liberal al tropezar con realidades económicas o sociales en donde no encajaban.  
El segundo modelo de propiedad se ha considerado hasta hoy no como una forma de propiedad propia del siglo XIX, sino como un vestigio del pasado. Pero el tiempo transcurrido no ha corroborado tal apreciación.
- Palabras clave: Cádiz, siglo XIX, propiedad liberal, propiedad absoluta, propiedad imperfecta.
- Abstract: Cadiz's bicentenary commemoration offers an opportunity to put forward some ideas for a historical-legal revision of the concept of liberal property, the foundations of which were laid from 1810.  
The historical-legal approach that one might take to examine 19th-Century property law requires a new view of the sacrosanct concept of liberal property and the reductionist, idyllic, mythologized, obliging and very theoretical image that has been built around it.  
A review of the concept of liberal property reveals that in 19th-Century Spain property had two different structures. In the first, referential model, property is absolute; it is free of encumbrance, individual, exclusive and subject to a completely free trade system because the 19th-Century legislator defined it as such in some regulations and these were applied according to their provisions. In the model that is closer to reality, property lacks one or more of these attributes. It is collective, subject to encumbrance or divided. The origin of this situation could be two-fold. It could be due to other provisions from the legislator in which some of the specific attributes of absolute property were renounced. Or it could be because of the impossibility of applying the



- dogmatic demands of the liberal regulatory type, since they clashed with economic or social realities, which they were incompatible. The second property model has been considered to this day not as a form of property pertaining to the 19th Century but as a remnant from the past. But time has not corroborated this appraisal.
- Key words: Cadiz, 19th Century, liberal property, perfect property, imperfect property.
- Recibido: 1 de marzo de 2011.
- Aceptado: 8 de abril de 2011.
- Autor: ÁLVAREZ CORA, Enrique. Universidad de Murcia.
- Título: *Libertad, abuso y delito de imprenta en las Cortes de Cádiz.*
- Resumen: El trabajo analiza el proceso de elaboración y de reforma de la ley de imprenta en las Cortes de Cádiz, y examina las claves técnicas de su contenido en el seno de la tensión entre un marco de libertad política sin censura previa y la previsión de una reacción a posteriori frente al incumplimiento de sus límites, definidos por la concepción política de un liberalismo que procura protegerse de la reacción antiliberal.
- Palabras clave: Libertad de imprenta. Libertad de expresión. Abuso de derecho. Delito de imprenta. Cortes.
- Abstract: This paper analyzes the process of development and reform of the Press Statute in the Cortes of Cádiz, and examines the technical keys of his content within the tension between the framework of political freedom without previous censorship and the forecast of a reaction a posteriori opposite to the breach of its limits, defined by the political conception of a liberalism that tries to be protected from the antiliberal reaction.
- Key words: Freedom of the press. Freedom of expression. Abuse of rights. Press crime. Cortes.
- Recibido: 26 de enero de 2011.
- Aceptado: 8 de abril de 2011.
- Autor: GARCÍA TROBAT, Pilar. Universidad de Valencia.
- Título: *Enseñando a leer, escribir, contar y la Constitución.*
- Resumen: El gobierno liberal convirtió la instrucción pública en una de sus mayores preocupaciones. La importancia era tal que la Constitución de 1812 le dedicó todo un Título, el IX. En él fijaba las bases de la enseñanza liberal, garantizaba el estudio de la misma Constitución y consagraba la libertad de imprenta. La enseñanza pública se consideró necesaria para fomentar la riqueza pero también como medio de extender los principios liberales y captar adhesiones. Las bases aseguradas en la Constitución, se desarrollaron en el Proyecto de Instrucción pública de 1814, pero no hubo tiempo de discutir las en las Cortes.

- Palabras clave: Instrucción pública. Libertad de imprenta. Enseñanza de la Constitución. Catecismos políticos.
- Abstract: Public education became one of the major concerns for the Liberal government. The importance was such, that the Constution of 1812 devoted an entire Title to it in order to lay down the foundations of liberal education, ensure the study of the Constitution and enshrine liberty of press. Public education was considered necessary to promote wealth but it was also required to extend the liberal principles and attract adherents. A Project of Public Instruction in 1814 developed these constitutional education values, but failed to be debated in the Parliament
- Key words: Public Education. Liberty of Press. Constitutional Teaching. Political catechisms
- Recibido: 1 de marzo de 2011.
- Aceptado: 8 de abril de 2011.

## ESTUDIOS

- Autor: JIMENO ARANGUREN, Roldán. Universidad Pública de Navarra.
- Título: *Concubinato, matrimonio y adulterio de los clérigos: notas sobre la regulación jurídica y praxis en la Navarra medieval.*
- Resumen: La reforma del concubinato de los clérigos durante la Edad Media fue una de las cuestiones en las que más se afanó la Iglesia en su reforma a través de concilios generales y sínodos provinciales en toda Europa. El presente trabajo centra su atención en los obispos del reino de Navarra. A pesar de las sanciones canónicas de la excomunión y de la suspensión de los clérigos concubinarios, y de una progresiva aplicación de penas, el amancebamiento tenía un fuerte arraigo entre los clérigos de toda clase y condición. Tras fijar un estado de la cuestión existente sobre el tema, el estudio comienza analizando la regulación jurídica del concubinato clerical en la reforma gregoriana, y la que impuso en Navarra la foralidad jacetana. Una y otra no tuvieron demasiado efecto práctico. El Derecho canónico y la disciplina de la Iglesia del siglo XII quisieron acabar con el matrimonio de los clérigos *in sacris*, pero toparon con prácticas profundamente arraigadas en la sociedad. De hecho, se documentan numerosos *clericos uxoratos* durante los siglos XIII y XIV. La documentación bajomedieval da cuenta también de numerosos hijos de clérigos. La visita pastoral del arzobispo metropolitano de Tarragona (1295), constata la implicación concubinaria de buena parte del clero secular. Se registran también prácticas de inducción al adulterio por parte del clero, que sufrieron las mismas penas que recaían sobre los seglares. Finalmente, se analizan las reformas desarrolladas por los concilios y sínodos de los siglos XIV y XV que intentaron acabar, infructuosamente, con tan arraigada costumbre.

Palabras clave: Clero. Concubinato. Matrimonio. Adulterio. Edad Media. Reino de Navarra.

Abstract: The reform of concubinage of the clergy during the Middle Ages was one of the issues on which the Church was busy over its reform through general councils and provincial synods throughout Europe. The dioceses of the Spanish kingdoms were no exception. This paper focuses on the bishoprics of the kingdom of Navarra (Pamplona and Calahorra, mainly). Despite the canonical penalties of excommunication and suspension of the clergy concubines, and a progressive implementation of monetary fines and other penalties, concubinage relationship had strong roots among the clergy of all sorts and conditions. After fixing an existing state of affairs on the subject, the study begins by analyzing the relations of clerical concubinage in the Gregorian reform, and which Jaca's code imposed. Both had no practical effect. Canon law and discipline of the XII century church wanted to end the marriage of clerics *in sacris*, but met with entrenched practices and accepted by society. In fact, in Navarra, there are numerous documented *uxoratos* clerics during the thirteenth and fourteenth centuries. The documentation of the late medieval kingdom of Navarre also tells us about many sons of clergymen. The pastoral visit of Rodrigo Tello, archbishop of Tarragona (1295), confirms the involvement concubinage of much of the secular clergy. We also find adultery induction practices by clergy, which suffered the same punishment that fell on the laity. Finally, we analyze the reforms undertaken by the councils and synods of the XIV and XV who tried to stop, unsuccessfully, with so ingrained habit.

Key words: Clergy. Concubinage. Marriage. Adultery. Middle Ages. Kingdom of Navarre.

Recibido: 1 de marzo de 2011.

Aceptado: 8 de abril de 2011.

Autor: OBARRIO, Juan Alfredo. Universidad de Valencia.

Título: *Remedium iurisfirmae vel manutendae en el Reino de Valencia.*

Resumen: El presente trabajo aborda el estudio del denominado juicio de firma de derecho o *Jurisfirma*, modalidad medieval del interdicto *uti possidetis*. Ese juicio sumarísimo consistía en la solicitud de amparo judicial por parte del poseedor que se sentía inquietado, vejado, molestado o turbado en su posesión, para recobrar su goce pacífico, previa caución de asistir a juicio y abonar los gastos ocasionados si así fuese estipulado en la sentencia condenatoria.

Palabras clave: Proceso sumario. Posesión. Derecho medieval. *Ius commune*.

Abstract: This paper approaches the study of so-called trial law firm or *iurisfirma*, medieval form of injunction *possidetis*. That was the summary trial application for injunctive relief by the keeper he was troubled, vexed, molested or disturbed in their possession to recoba tenure, prior to trial bail to attend and pay the costs if so stipulated in conviction.

- Key words: Process summary. Possession. Medieval law. *Ius commune*.
- Recibido: 26 de enero de 2011
- Aceptado: 8 de abril de 2011.
- Autor: LÓPEZ DÍAZ, María. Universidad de Vigo.
- Título: *Jurisdicción militar y jurisdicción ordinaria en Galicia. Conflictos y competencias durante la Guerra de Sucesión*
- Resumen: En este artículo se analizan los conflictos y competencias que se producen entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar durante los primeros años de la Monarquía borbónica, así como entre las respectivas instituciones, autoridades y magistrados. En concreto, centramos nuestra atención en el antiguo Reino de Galicia y etapa de la Guerra de Sucesión (1700-1714), pues, aunque dicho territorio no fue un escenario importante de operaciones militares, sí padeció de distinto modo sus efectos. Esto provocó un sensible aumento de los conflictos entre ambas jurisdicciones, sobre todo en los presidios militares.
- Palabras clave: Conflictos de jurisdicción, jurisdicción militar, Siglo XVIII, Guerra de Sucesión, Galicia, Monarquía hispana.
- Abstract: This article analyzes the conflicts and competitions that take place between the ordinary jurisdiction and the military jurisdiction during the first years of the Bourbon Monarchy, and between the respective institutions, authorities and magistrates. In particular, we focus on the ancient Kingdom of Galicia and the stage of the Ward of Spanish Succession (1700-1714), because, although this territory was not an important scene of military operations, it suffered the effects of different mode. This fact caused a significant increase in conflicts between both jurisdictions, especially in the localities that were military fortress.
- Key words: Conflicts of jurisdiction, military jurisdiction, 18th century, Ward of Spanish Succession, Galicia, Hispanic Monarchy.
- Recibido: 1 de marzo de 2011.
- Aceptado: 8 de abril de 2011.
- Autor: POLO MARTÍN, Regina. Universidad de Salamanca.
- Título: *El régimen local entre absolutismo y liberalismo (Salamanca 1814-1833)*
- Resumen: Con este trabajo se pretende analizar detalladamente el devenir de la organización local durante el reinado de Fernando VII. La alternancia que desde 1814 a 1833 se produjo entre el decadente absolutismo y el naciente liberalismo nos permite comparar dos maneras diferentes de concebir la organización municipal y la territorial. Así, frente a los viejos ayuntamientos absolutistas y sus regidores perpetuos y renunciabiles y la caótica división territorial propia del Antiguo Régimen, la

organización gaditana postuló unos ayuntamientos constitucionales con regidores electivos y una nueva división en provincias a cuyo frente estaría un jefe político y una diputación encargada de promover su prosperidad. El estudio minucioso tanto de las disposiciones normativas que sustentaron estos dispares modelos como de su efectiva implantación en una ciudad y provincia de la época, la Salamanca del primer tercio del siglo XIX, nos autoriza concluir que mientras el primer período absolutista del reinado, de 1814 a 1820, supuso el retorno sin más a los viejos esquemas absolutistas en toda su pureza sin atisbos de ninguna variación, el segundo, la década de 1823 a 1833, significó ese mismo retorno, pero con indicios de cambios administrativos, modificación de la composición de los ayuntamientos y nuevo mecanismo de elección de sus miembros e intentos de que cuajara una nueva división territorial, que reflejan la ineludible necesidad de mudanza que se vivía en la sociedad española. Y entre ambos, el Trienio Liberal, de 1820 a 1823, con el breve restablecimiento del modelo gaditano, que puso los cimientos para el asentamiento de la organización liberal española.

**Palabras clave:** Ayuntamientos absolutistas y constitucionales, división provincial, gobernador político y militar, jefe político y diputaciones provinciales.

**Abstract:** In this report we try to analyze the evolution of de local organization during Ferdinand VII's reign. The alternation that existed from 1814 to 1833 between the old absolutism and the new liberalism help us to compare two different ways to understand the municipal and territorial organization. In this way, as opposed to the old absolutist councils and their everlasting «regidores» who could renounce and the caotic territorial division in the Ancien Regime, the organization from Cádiz set out demands for constitutional councils whit elective «regidores» and a new division in provinces and a «jefe político» and a deputation in charge of promoting its prosperity would be at the top of them. The meticulous study about the preceptive provisions in which these different types were based and its effective establishment in a city and province that period, Salamanca in the first third in XIX century, we can affirm that while the first absolutist period in the reign, from 1814 to 1820, it was the return to the old absolutist schemes whit all its purity without signs about no change; the second one, the decade from 1823 to 1833, meant the same return, but whit evidence about administrative changes, modifying the model of the councils and a new sistem to elect their members and some attempts to try to have a new territorial division that reflect the unavoidable necessity of change that the spanish society was living. And in the middle of these two periods, the «Trienio Liberal», from 1820 to 1823 whit the short restoration of the «gaditano» model, that it set up the basis to the establishment of the Spanish liberal organization.

**Key words:** Absolutist and constitucionals councils, provincial division, politic and militar governors, «jefe político», deputations

**Recibido:** 17 de noviembre de 2010.

**Aceptado:** 8 de abril de 2011.

- Autor: TORMO CAMALLONGA, Carlos. Universidad de Valencia.
- Título: El Derecho es la justicia de los hechos. *A propósito de la Instrucción del Marqués de Gerona.*
- Resumen: La ausencia de motivación de la sentencia y la prohibición de alegar en derecho en el proceso civil histórico, apenas origina debates doctrinales y parlamentarios durante la primera mitad del XIX. Con la pretensión de modernizar la administración de justicia, es decir, hacerla más eficaz y, según interpretación del legislador contemporáneo, rápida, la *Instrucción del Marqués de Gerona de 1853* prescribe, coyunturalmente, una motivación de las resoluciones judiciales, parca y dubitativa. Es una cuestión sobre la que ni los profesionales de la abogacía ni los tribunales mantendrán en todo momento la misma actitud, si bien, y especialmente entre estos últimos, predomina el rechazo, alegando la confusión del sistema. La práctica forense nos muestra, sin embargo, que eran los escritos de las partes los que lo largo de las últimas décadas venían allanando el proceso de sustitución de un razonamiento esencialmente fáctico hacia otro que debía incluir también el jurídico. Y ello mediante la aportación al proceso de disposiciones normativas explícitas, y no sólo recientes, sino también históricas. La consulta de procesos civiles en la Audiencia de Valencia nos revela que los abogados, de una manera más o menos velada, empiezan a cuestionar el principio *iuris novit curia*. Las sentencias, sin embargo, no experimentarán ningún tipo de cambio hasta la misma Instrucción. Paralelamente a los escritos de las partes, asistiremos a una transformación y decadencia de las alegaciones jurídicas finales; los nuevos escritos procesales cuestionarán su verdadero sentido, especialmente desde su modelo secular doctrinal y romano-canonista.
- Palabras clave: Instrucción, motivación de la sentencia, alegación en derecho, Colegios de Abogados, Audiencias, práctica forense.
- Abstract: The lack of motives in judicial resolutions, and the prohibition of mentioning juridical dispositions in the civil proceeding, scarcely originates doctrinal and parliamentary debates during the first half of the 19th century. In order to modernize the administration of justice, it is to say, to make it more effective and rapid, the *Instrucción del Marqués de Gerona* of 1853 prescribes a laconic and doubtful motivation of the sentences. It is a question on which lawyers and courts hadn't always demonstrated and supported the same attitude; however, and specially among courts, the rejection had predominated, invoking the confusion of the system. Forensic practice shows us that, throughout last decades, writings of the parties in the proceeding were opening a process of change. They will replace a reasoning based, essentially, on facts by other based, also, on legal requirements, and not only recent rules but also ancient ones. The study of civil proceedings, in the Audiencia de Valencia, revels that lawyers start questioning the *iura novit curia* principle. Sentences, however, don't experience any change until the *Instrucción*. At the same time, there will take place a transformation and decadence of the juridical final alle-

- gations. New writings in the process will question its real sense, specially from its secular Roman and doctrinal model.
- Key words: Instruction, motivation of the judgment, allegation in law, bar of lawyers, courts of justice, forensic practice.
- Recibido: 5 de mayo de 2010.
- Aceptado: 8 de abril de 2011.
- Autor: COBO DEL ROSAL, Gabriela. Universidad Rey Juan Carlos.
- Título: *Los mecanismos de creación normativa en la España del siglo XIX a través de la codificación penal.*
- Resumen: Los mecanismos de creación normativa al efecto de determinar el grado de participación de los poderes legislativo y ejecutivo, observando los pasos que se siguieron desde su promulgación hasta que efectivamente entraron en vigor y generaron jurisprudencia. Tema de dimensión profundamente técnico-jurídica ya que el sistema jurídico penal de cualquier ordenamiento jurídico constituye sin duda la médula espinal de cualquier Estado. Y es que, no en balde, se trata del sector del ordenamiento jurídico con mayor capacidad de proteger, o, por el contrario, de conculcar los derechos fundamentales. Por otra parte, en el caso español en concreto, la legislación penal decimonónica es uno de los sectores mejor representados en la historia de nuestra Codificación, pues, no en vano, a lo largo de nuestra historia jurídica ha habido nada menos que siete Códigos penales entre 1822 y 1995. Dicha realidad permite constatar la existencia de una idea recurrente en el pensamiento jurídico político español, según la cual buena parte de los cambios políticos en la estructura del Estado acarrearán alteraciones, más o menos inmediatas, en la estructura del Código Penal.
- Palabras clave: Codificación. Códigos penales decimonónicos. Creación legislativa siglo XIX.
- Abstract: An approach to the different mechanisms in the rule-making processes since the codification determined the way of creating Law in Spain. Focussed on Criminal Law across the history, it revolves all previous ups and downs before the Code's enactment and coming to force takes place. Through the present investigation we can verify the different participation's level of the legislative and the executive powers on the final result of the Codes. It is a matter of deep juridical technique scale due to the common belief which holds that the Criminal system of any legal order may be consider as the spinal cord of any State. And that is because it is the area of the legal order with the biggest capacity to protect or violate the fundamental rights. Specifically in the Spanish case, it is the area of our legal system in which we can find more Codes. So it is not hence we have seven different Criminal Codes between 1822 and 1995. That proliferation of Codes in such a sensi-

ve area, let us prove that political changes in the State's structure tends to entail immediate changes in Criminal Code's.

- Key words: Codification. Penal Codes during the nineteenth century. Legislative creation during the nineteenth century
- Recibido: 28 de octubre de 2010.
- Aceptado: 8 de abril de 2011.

## MISCELÁNEA

- Autor: PANERO ORIA, Patricia. Universidad de Barcelona.
- Título: *La datio tutoris en la Lex Irnitana cap. 29*
- Resumen: La principal novedad de la *Lex Irnitana* descubierta en 1981, son las noticias que suministra sobre la actividad procesal que desarrollaban los magistrados locales. Por ello nuestro objetivo se centra en dar noticia de una de las funciones jurisdiccionales que éstos tenían atribuidas: el nombramiento de tutor, que ya venía prevista en las leyes municipales españolas, como se desprende del análisis del cap. 109 de la *Lex Ursonensis* y del cap. 29 de la *Lex Salpensana*. Esta tesis no se contradice con lo que sabemos por los textos de Gayo y de la Compilación justiniana, que parece atribuir esa función, de forma exclusiva, al gobernador de la provincia, sino que va más allá: demostrar el valor prodrómico de la legislación municipal española la que en el caso del nombramiento de tutores, como en otros, anticipa la regulación de algunas instituciones que más tarde serán recogidas por la legislación imperial romana.
- Palabras clave: Leyes flavias municipales, *Lex Irnitana*, Derecho Romano, Derecho de Familia, Tutela dativa, Nombramiento de tutor.
- Abstract: The main novelty of the *Lex Irnitana* discovered in 1981, is the news provided on the procedural activities developed by the local magistrates. Therefore, our goal is focused on disclosing one of the jurisdictional functions they had assigned: the appointment of a guardian, and to expose that this capacity was already foreseen in the Spanish municipal laws, as follows from the analysis of ch. 109 of the *Lex Ursonensis* and ch. 29 of the *Lex Salpensana*. This thesis does not contradict the learnings from the texts of Gaius and the Justinian's compilation, which seems to attribute this role exclusively to the Governor of the Province, but goes further: it demonstrates the prodromal value in Spanish municipal law, which in the case of the appointment of guardians, as in others, anticipates the regulation of some institutions that are later collected by the Roman imperial legislation.
- Key words: Flavian municipal law, *Lex Irnitana*, Roman law, Family law, Dative Guardianship, Appointment of a guardian.



Recibido: 28 de febrero de 2011.

Aceptado: 8 de abril de 2011.

Autor: MINNUCCI, Giovanni. Universidad de Siena.

Título: *La condizione giuridica della donna tra Medio Evo ed Età Moderna: qualche riflessione.*

Resumen: La condición de la mujer es un tema ampliamente estudiado. No tanto desde la perspectiva jurídica que, con particular atención a la posición procesal femenina, constituye el objeto de este estudio. El A., que revisa aquí los resultados alcanzados durante veinte años de investigaciones, se demora, más especialmente, en la doctrina de los juristas de la Edad Media y de la primera Edad Moderna, con referencia, bien a la capacidad de la mujer para ser parte en el proceso civil y penal, y a la de ser testigo, bien a las funciones procesales (la capacidad de ser juez, abogado o procurador). Se dedica una especial reflexión a la posición procesal femenina en relación al *crimen adulterii*: un tema ilustrado además a la luz de un inédito Comentario de Alberico Gentili sobre el título del *Codex* «Ad legem Iuliam de adulteriis». Las razones que constituían el fundamento de las discriminaciones contra las mujeres, en relación con el delito de adulterio, se perpetuaron en el curso de los siglos, como por ejemplo hasta el Código Penal italiano de 1931, para ser sucesivamente superadas por algunas sentencias de la Corte Constitucional italiana que declararon constitucionalmente ilegítimas las normas del Código.

Palabras clave: Mujer, proceso, delito de adulterio, discriminación, doctrinas de los juristas.

Abstract: The status of women is an issue extensively studied. Not so for the legal profile that, with particular regard to procedural position of women, is the subject of this essay. The A., which here reviews the results achieved in twenty years of research, focuses, more specifically, on doctrines of jurists of the Middle Age and of the early modern period, both with regard to woman's ability to be part of the civil and criminal trial, and to be a witness, both in relations to procedural functions (the ability to be judge, lawyer, attorney). A special consideration is given to procedural position of women in relation to *crimen adulterii*: a topic also illustrated in the light of an unpublished Commentary of Alberico Gentili about the title of the *Codex* «Ad legem Iuliam de adulteriis». The reasons that were the basis of discriminations against women, in relation to the crime of adultery, is perpetuated over the centuries, like for example up to the Italian Penal Code of 1931, to be subsequently overtaken by some sentences of Italian Constitutional Court that declared the laws of the Italian Code unconstitutional.

Key words: Woman, trial, crime of adultery, discrimination, doctrines of jurists.

Recibido: 22 de diciembre de 2010.

Aceptado: 8 de abril de 2011.

- Autor: CAMPOS DÍEZ, María Soledad. Universidad de Castilla-La Mancha.
- Título: *De la policía sanitaria en el Antiguo régimen al orden constitucional.*
- Resumen: El control y la exigencia legal de obligaciones en materia de Policía sanitaria comenzó en el Reino de Castilla a finales del siglo xv. Es este el punto de partida cronológico del trabajo en el que se consignan los principales hitos de su evolución hasta la consolidación del Estado liberal.  
La investigación se circunscribe al Derecho Sanitario histórico español, y más concretamente al castellano, dado que fue modelo institucional para otros territorios de la Monarquía hispánica, con el objetivo de realizar un análisis pionero de la actividad de control sanitario en el paso del Antiguo Régimen al orden constitucional español.
- Palabras clave: Policía sanitaria, control sanitario, derecho sanitario, instituciones sanitarias, Real Protomedicato, Consejo Real.
- Abstract: The control and the legal requirement of obligations concerning Sanitary Police began in the Kingdom of Castile in the late 15th century. This is the chronological starting point of this work that analyzes the major milestones in its evolution up to the consolidation of the liberal state.  
The investigation is centered in the Sanitary historical Spanish Law, and more specifically the Castilian, as it was an institutional model for other territories of the Hispanic monarchy with the aim to carry out a pioneering analysis of the activity of sanitary control in the transition from Old Regime to the Spanish constitutional order.
- Key words: Sanitary police, sanitary control, sanitary law, sanitary institutions, Real Protomedicato, Consejo Real.
- Recibido: 1 de marzo de 2011.
- Aceptado: 8 de abril de 2011.

## DOCUMENTOS

- Autor: SOLÓRZANO TELECHEA, Jesús Ángel. Universidad de Cantabria.
- Título: *Las ordenanzas de la Cofradía de Mareantes de San Vicente de la Barquera. Un ejemplo temprano de institución para la acción colectiva en la Costa Cantábrica en la Edad Media.*
- Resumen: Las ordenanzas de la Cofradía de Mareantes de Señor San Vicente, de la villa portuaria de San Vicente de la Barquera, constituyen un documento histórico de gran valor para el análisis de la creación temprana de una institución para la acción colectiva del sector pesquero de la costa cantábrica en la Edad Media.  
La cofradía de pescadores y mareantes de San Vicente de la Barquera fue una institución de una importancia vital para la acción colectiva del Común. Desde su constitución en 1330, gozó de una estructura y un reconocimiento jurídico, refrendado por privilegio real, que la

convirtió con relación a la gobernanza urbana en un instrumento esencial para el desarrollo de la convivencia. La cofradía persiguió unos objetivos religiosos, asistenciales, así como la sociabilidad en el interior de la villa y, además ofreció una respuesta eficaz a la organización de las actividades pesqueras y la participación política del común en el concejo.

En el presente trabajo se realiza una introducción al tema de las cofradías de gentes de la mar de la costa cantábrica y, en segundo lugar, se ofrece una edición del texto de las ordenanzas de la Cofradía de San Vicente de la Barquera, conservadas en el Archivo General de Simancas.

Palabras clave: Edad Media. Costa Cantábrica. Cofradía. Ordenanza. Pescador. Acción colectiva.

Abstract: San Vicente de la Barquera Seamen Guild's ordinances become a historical source of main value for the analysis of the early creation of an institution for the collective action of the fishing sector on the Cantabrian Coast in the Middle Ages.

San Vicente de la Barquera Seamen Guild was a very important institution for the collective action of the Commons. It enjoyed a structure and a juridical recognition countersigned by royal privilege since 1330, so it was an essential instrument for the urban governance and neighbourhood relationships. Seamen guild pursued religious and welfare aims, the improvement of the sociableness inside the town, as well as it offered an effective answer to the organization of the fishing activities and the political participation of the commons in the town council.

On one hand, in this essay we expose an introduction to the subject about medieval seamen guilds of Cantabrian Coast; and on other hand, there's the edition of San Vicente de la Barquera Seamen Guild's ordinances preserved in *General Archive of Simancas*.

Key words: Middle Ages. Cantabrian Coast. Guild. Ordinance. Fisher. Collective action.

Recibido: 18 de febrero de 2011.

Aceptado: 8 de abril de 2011.