

Universidades Lusíada

Morán Martin, Remedios

Derecho consuetudinario y fueros en Henrique da Gama Barros : un enfoque desde la historiografia de finales del siglo XIX

<http://hdl.handle.net/11067/7839>

<https://doi.org/10.34628/5N92-MZ33>

Metadados

Data de Publicação	2025
Resumo	<p>El presente trabajo es un análisis de los capítulos dedicados por Henrique da Gama Barros al tema de la costumbre y Derecho local medieval portugués, desde la perspectiva de la historiografía europea del siglo XIX....</p> <p>This paper is an analysis of the chapters dedicated by Henrique da Gama Barros to the subject of Portuguese medieval consuetudinary and local law, from the perspective of 19th century european historiography....</p>
Editor	Universidade Lusíada Editora
Palavras Chave	Barros, Henrique da Gama, 1833-1925 - Crítica e interpretação, Direito consuetudinário
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 33 (2025)

Esta página foi gerada automaticamente em 2026-10-30T04:54:59Z com informação proveniente do Repositório

**DERECHO CONSUETUDINARIO Y FUEROS
EN HENRIQUE DA GAMA BARROS
UN ENFOQUE DESDE LA HISTORIOGRAFÍA
DE FINALES DEL SIGLO XIX**

**CONSUETUDINARY LAW AND MEDIEVAL LOCAL LAW
IN HENRIQUE DA GAMA BARROS
AN APPROACH FROM THE HISTORIOGRAPHY
OF THE END OF THE 19TH CENTURY**

Remedios Morán Martín¹

DOI: <https://doi.org/10.34628/5N92-MZ33>

Resumen: El presente trabajo es un análisis de los capítulos dedicados por Henrique da Gama Barros al tema de la costumbre y Derecho local medieval portugués, desde la perspectiva de la historiografía europea del siglo XIX.

Palabras-clave: Henrique da Gama Barros; Historiografía siglo XIX; Derecho consuetudinario; Derecho local medieval.

¹ Catedrática de Historia del Derecho. Departamento de Servicios Sociales y Fundamentos Histórico-Jurídicos. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). orcid.org/0000-0002-3479-3956.

Este trabajo está realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-124531NB-I00, “El estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el marco europeo”, Ministerio de Ciencia e Innovación, Agencia Estatal de Investigación; TED2021-130078B-I00: “Transición digital de la justicia” convocatoria 2021 de ayudas a «Proyectos estratégicos orientados a la transición ecológica y a la transición digital» en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 y del proyecto “El *Liber Iudiciorum* y el *Fuero Juzgo*: reelaboración, reinterpretación y traducción”, SBPLY/23/180225/ 000045, financiado por la UE a través del FEDER y por la JCCM a través de INNOCAM.

Abstract. *This paper is an analysis of the chapters dedicated by Henrique da Gama Barros to the subject of Portuguese medieval consuetudinary and local law, from the perspective of 19th century european historiography.*

Keywords: *Henrique da Gama Barros; 19th century historiography; Consuetudinary law; Medieval local law.*

Sumario: I - Planteamiento. II - Apoyo historiográfico de Henrique da Gama Barros. III - Derecho consuetudinário en la Historia de la Administración de Henrique da Gama Barros. IV - Fueros en la Historia de la Administración de Henrique da Gama Barros. V - Conclusiones. Bibliografía y fuentes citadas.

Summary: I - Approach. II - Historiographical support of Henrique da Gama Barros. III - Customary Law in the History of the Administration of Henrique da Gama Barros. IV - Forts in the History of the Administration of Henrique da Gama Barros. V - Conclusions. Bibliography and sources cited.

I - Planteamiento.

Intento abordar en este trabajo la concepción que tenía el profesor Henrique da Gama Barros de la costumbre y la inserción de esta en los fueros municipales, desde el inicio de la monarquía portuguesa hasta avanzado el siglo XIV, etapa cronológica que desarrolla en la primera parte de su magna *Historia da Administração publica em Portugal*, al tratar el tema de las fuentes y los elementos de formación del Derecho portugués medieval.

Lo enfoco casi de una traducción comentada de sus páginas, porque para mí el acercamiento a esta posición, tanto metodológica como de contenido de esta parte de su Historia, ha sido muy esclarecedora tanto de la historiografía portuguesa del momento como su relación o, más bien, su imbricación con la española de los dos primeros tercios del siglo XIX, antes del despliegue que supusieron los estudios de Paulo Merêa (1889-1977) en Portugal y Eduardo de Hinojosa (1852-1919), en España.

Desde la nota preliminar a la *Historia da Administração publica em Portugal*, donde Henrique da Gama Barros aclara el sentido de su obra, que desarrolla el periodo comprendido entre el nacimiento de Portugal hasta el fin del reinado de D. João II, 1495, toma una clara posición sobre el enfoque de su obra dentro de la *Escuela Histórica del Derecho*, pero también se evidencia en nuestro autor, como ya lo hiciera Alexandre Herculano (1810-1877), rasgos propios o precursores de lo que posteriormente conocemos como la *Escuela de los Annales*, que abandonan el desarrollo de los hechos de grandes hombres o acontecimientos políticos para tratar una historia social, comprensiva de todos los aspectos, lo que llamaríamos la Historia total.

De esta manera, como ya adelanta tanto Alexandre Herculano como Henrique da Gama Barros, en sus respectivas *Historias* no solo tratan de abordar lo que denominamos instituciones de Derecho público, sino que estas deben estar insertas en la investigación de la sociedad, las costumbres de cada clase y sus privilegios, así como la constitución de la familia, la propiedad y la justicia civil y criminal, observando las transformaciones que se suceden hasta la monarquía absoluta².

Una segunda premisa bajo la que escribe su obra Henrique da Gama Barros su obra, es su alineamiento en el movimiento historiográfico del iberismo, predominante en este momento, lo que se denota también en las primeras líneas del libro I, cuando aborda el desarrollo del Derecho escrito y el Derecho tradicional, que es el tema principal que hoy desarrollo, donde dice que:

“A historia das instituições administrativas de Portugal, nos primeiros tempos da sua independência, ha de ir necessariamente buscar as fontes mais proximas á historia social de Leão e Castella, porque os elementos predominantes então na sociedade portugueza não podiam deixar de ser os mesmos, que prevaleciam tambem nos Estados de que o novo reino procedia. E ainda seculos depois, da jurisprudência e dos usos de Castella traziamos principios e costumes, que sancionavamos na legislação ou introduziamos no nosso viver; comquanto já no ultimo quartel do seculo XIII as instituições e costumes de Portugal se apresentem com uma feição notavelmente modificada em relação ao que havia sido nos tempos anteriores, e distincta a varios respeitos da que offerecem as outras monarchias da Peninsula”³.

² “Mas, para avaliar de perto o mecanismo da administração e o seu influxo, não basta conhecer o direito que a regia; é mister penetrar mais no amago da sociedade, perscrutando os costumes de cada classe, investigando os seus privilegios e encargos, e attentando tambem na constituição da familia e da propriedade, na justiça civil e criminal. Á luz que se reflecte do exame d’esses varios lineamentos, tenta este escripto retratar o modo como se governava a nação portugueza, tão completamente, nas feições principaes, quanto o permittam os monumentos que é licito acceitar para fundamento da historia, observando as transformações que se succederam até o raiar do seculo XVI, em que, sob o imperio da monarchia absoluta, o paiz vae entrar n’uma phase nova da sua evolução”, Henrique da Gama Barros, *Historia da Administração publica em Portugal. Seculos XII a XV*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1885, I, s. p. (desde ahora cito por esta edición *Historia*, tomo y pp. Asimismo, conservo la ortografía y puntuación de dicha edición). La segunda edición es de gran utilidad por la bibliografía que se inserta al final y las anotaciones del editor, *Historia da Administração publica em Portugal. Seculos XII a XV*, dirigida por Torquato de Sousa Soares, Livraria Sá da Costa, Editora, Lisboa, 1945, 2ª ed. (desde ahora cito: *Historia*, 2ª ed., tomo y pp.)

³ *Historia*, I, p. 1.

Por lo tanto, dentro de este doble enfoque en el que el autor inserta su obra, analizo los capítulos dedicados al Derecho tradicional, a la que dedica un significativo número de páginas, considerando que las costumbres y los principios que impregnan la legislación son la base del vivir del nuevo reino portugués.

II - Apoyo historiográfico de Henrique da Gama Barros.

Antes de avanzar en el tema, debo dedicar unos párrafos a la historiografía anterior a la obra de Gama Barros, fundamentalmente en el aspecto histórico-jurídico relacionado con el Derecho consuetudinario y el Derecho local, porque siendo pionero nuestro autor en muchos de los aspectos de la Historia de la administración portuguesa, no debe olvidarse el valor de otros historiadores en el desarrollo del tema que analizo, dado que se basa en ellos para la exposición de esta parte de su obra, tanto fuentes directas como los estudios sobre fueros; las primeras recogidas en ediciones de textos para el aspecto del Derecho consuetudinario y el Derecho local medieval, especialmente a través del análisis de las colecciones documentales y ediciones de fuentes publicadas hasta ese momento.

Incluye en su *Historia de la Administración* un gran aparato crítico que nos permite la reconstrucción de las fuentes directas o indirectas que utiliza y la ubicación de su obra en dichos estudios, tanto portugueses como españoles.

Debe analizarse, en primer lugar, las fuentes, fundamentalmente portuguesas, como es lógico y, en segundo lugar, la bibliografía que utiliza en estos capítulos de su obra, tanto la portuguesa como la de otros países, especialmente española y francesa.

Las fuentes son, sobre todo, impresas, y además de los fundamentales *Portugaliae Monumenta Historica*⁴ y los *Documentos para la Historia de Portugal*⁵, o el *Libro de Leyes e posturas* de Afonso III⁶; asimismo, alude a

⁴ *Portugaliae Monumenta Historica a saculo octavo post Christum usque ad quintumdecimum iussu Academiae Scientiarum Olisiponsis edita. Leges et consuetudines, Typis Academicis, Olisipone, 1836-1868, 2 vols. Y Diplomata et Chartae, Olisipone, 1867, 1 vol. Cito por la edición digital de la Biblioteca Nacional de Portugal: <https://purl.pt/12270/4/> [fecha de consulta: 03/11/2024] (desde ahora cito PMH)*

⁵ Obra que no he podido consultar, si bien en la segunda edición de la *Historia da Administração pública em Portugal. Seculos XII a XV*, en la bibliografía que adiciona al final, dice de esta obra: “Impressao da Academia Real das Sciencias, de Lisboa, nao concluida e refugada por incorrecta”, p. 406.

⁶ Según la relación bibliográfica final que recoge Torquato de Sousa Soares en la 2ª ed. de la *Historia*, I, p. 403, Gama Barros utiliza un manuscrito de su propiedad: *Leys da Era 1249 té 1393: Estas som as Leys e as Posturas, que fez o Muy nobre Rey Dom Afonso de Portugal*,

las colecciones documentales y obras de referencia más significativas del momento.

Respecto a los acontecimientos históricos, sigue, esencialmente, la *Historia de Portugal* de Alexandre Herculano⁷, al que hace reiteradas referencias en notas y, en segundo lugar, cita con frecuencia las *Memorias* de Antonio Caetano do Amaral⁸ y en menor medida a autores como Fr. João de Sousa⁹ o Francisco Nunes Franclim¹⁰.

*e mandou aos Reys, que veessem depos el que as guardassem (Livro das Leys e Posturas), Historia, I, p. 33, nota 4, que completa las notas de PMH, Leges et consuetudines, vid., Historia, I, p. 33, notas 2-4. Utilizo al edición de PMH, Leges e consuetudines: <https://purl.pt/12270/4/> [fecha de consulta: 03/11/2024] en estas, recoge un epígrafe donde aclara: “Os estabelecimentos e costumes que seguem desde numero CCXVII até CCXXIV são daquelles que se acham no Livro das Leis e Posturas inseridos depois de varias leis do reinado subsequente. São todos precedidos ou seguidos immediatamente de outros que não hesitámos em altibuir ao reinado de Affonso III porque se achavam também inseridos entre os do mesmo principe no codide de D. Duarte; mas tendo estes sido ahi omitidos, falta-nos fundamento para igual certeza. A sua collocação no Livro das Leis e Posturas tanto auctorisa a attribui-los a Affonso III como a seu filho e successor”, *Ibid.*, p. 327, y es en esta adición donde se encuentran frecuentes remisiones a la aplicación de la costumbre a falta de norma, por ejemplo, el precepto 220, si bien también anteriormente, como señala Gama Barros, n. 192 y 194, pero también los n. 191, 193 y 195, sobre citaciones, que empiezan con “Costume he”, o 199 “De costume que...”, *passim**

⁷ Alexandre Herculano, *História de Portugal. Desde o começo da monarquia até ao fim do reinado de Alfonso III*, Pedro de Azevedo. - 8ª ed. definitiva. - Paris - Lisboa: Aillaud & Bertrand, 8 vols. [ca 1875], puede consultarse este Edición on line: <https://purl.pt/325> [fecha de consulta: 22/10/2024], cito por la edición *Obras completas de Alexandre Herculano, História de Portugal. Desde o começo da monarquia até o fim do reinado de Alfonso III*, Notas críticas de José Matoso, verificação do texto por Ayala Monteiro, Livraria Bertrand, Venda Nova – Amadora, 1981, 4 vols.

⁸ Antonio Caetano do Amaral, *Memoria IV para a Historia da legislação, e costumes de Portugal: Sobre o estado do terreno que hoje occupa Portugal, desde a invasão dos Arabes até à fundação da monarchia portuguesa* (*Memorias de Litteratura Portugueza*, Publicadas pela Academia Real das Sciências de Lisboa, tomo VII, Lisboa, 1806, pp. 60-236; *id.*, *Memoria V para a Historia da legislação, e costumes de Portugal: 1ª época da Monarchia Portugueza, desde o Conde D. Henrique até ao fim do reinado d’El rei D. Fernando* (*Historia e memorias da Academia Real das Sciencias de Lisboa*, tomo VI, parte II, Lisboa, 1820, pp. 1-193; e tomo VII, Lisboa, 1821, pp. 350-385. *Vid.*, *Historia*, 2ª ed., I, p. 409).

⁹ Fr. João de Sousa, *Vestigios da língua arábica em Portugal, ou Lexicum etimológico das palavras, e nomes portugueses, que tem origem arábica*, aumentado e anotado por Fr. José de Santo Antonio Moura, Lisboa, 1830.

¹⁰ Francisco Nunes Franclim, *Memoria para servir de Indice dos Foraes das terras do Reino de Portugal e seus Dominios*, Officina da Academia, Lisboa, MDCCCXVI, la segunda

En este sentido, posiblemente estudios sistemáticos sobre fueros portugueses anteriores al desarrollo que hace el profesor Henrique da Gama Barros, tengamos que citar la obra de Theophilo Braga, *História do Direito português*, que tiene como subtítulo, *Os foraes* (1868)¹¹, que fue su disertación para el acto de conclusiones magnas, por lo tanto, su Tesis doctoral, cuyo argumento o hipótesis a desarrollar era:

“Seriam os Foraes direito municipal, administrativo, lei civil ou simplesmente um privilegio? Até que ponto foram recebidos na moderna legislação?”

Con seguridad Gama Barros conoció la obra, porque ambos estudiaron en la Universidad de Coimbra, aunque Gama Barros con anterioridad a Teophilo Braga, que era más joven, pero también ambos tuvieron actividad política y fueron personajes conocidos en su tiempo, por lo que es raro que no citara dicha Tesis doctoral en esta parte de su obra, especialmente porque Teophilo Braga tiene también una visión sociológica de dichos textos. Considero que el motivo fue la diferente perspectiva de análisis y tendencia historiográfica que ambos seguían, puesto que Teophilo Braga se afiliaba a la tendencia del mantenimiento del Derecho germánico en el Derecho medieval portugués, a diferencia de Gama Barros, netamente romanista y, a diferencia de este, Teophilo Braga sitúa el contenido de los fueros en oposición al Derecho romano contenido en el Derecho visigodo, en el *Liber Iudiciorum*, que denomina el *Código visigótico*. Si bien Teophilo Braga fue doctor en Derecho, la docencia en Derecho no fue su ocupación principal, salvo muy ocasionalmente, sino su actividad literaria y política, sin embargo, su obra debió tener influencia en los estudios histórico-jurídicos, a tenor de la profundidad con la que trata el tema que hoy desarrollo¹².

Edición es de 1825, puede leerse on line em el Archivo Nacional de Torre do Tombo:

<https://antt.dglab.gov.pt › uploads › sites › 2013/05> [fecha de consulta: 18/10/2024]; existe una edición a partir de esta segunda, *Terras portuguesas. Memórias sobre os forais. Arquivo histórico – Corográfico ou Corografia histórica portuguesa*, prefácio de António Baião, Camoes Editora, Póvoa de Varzim, 1932 (cito por esta Edición). A pesar de que diferentes autores detectan algunos errores, sigue siendo una obra de gran utilidad.

¹¹ Joaquim Theophilo Braga, *História do Direito português, Os foraes. Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1868. Dicha tesis doctoral fue defendida el 26 de julio de 1868.

¹² El contenido de dicho texto de Theophilo Braga, nos lleva a un recorrido por el tema del Derecho local en Portugal, desde sus inicios, incluso antes, con lo que podemos llamar antecedentes, hasta la abolición del Derecho foral ya en el siglo XIX. La edición y estudio de esta obra está siendo objeto de estudio por la profesora Isabel Graes y yo

En todo caso, es un hecho que Henrique da Gama Barros en esta primera parte de su *Historia da Administração publica em Portugal*, no tiene como referente la obra de Teophilo Braga, que no cita, sino la del gran historiador portugués Alexandre Herculano, especialmente la *Historia de Portugal*, si bien la perspectiva de análisis que realizan ambos es muy diferente, puesto que Gama Barros no se sitúa en el ámbito de la Historia general, como Herculano, sino en la de la *Historia de la Administración*, como parte de la Historia del Derecho.

Respecto a la bibliografía española, conoce bien las publicaciones de los historiadores del Derecho tanto de su momento como anteriores, así como la historiografía existente sobre Derecho local hasta la elaboración de su obra y la analiza casi exhaustivamente. Así, utiliza de forma amplia las obras de referencia del momento, entre ellas la de Tomás Muñoz y Romero¹³, Francisco Martínez Marina¹⁴, *La España sagrada*, de Florez¹⁵ y la edición de la RAH del *Fuero Juzgo*¹⁶, además de otros autores que tratan

misma, de próxima publicación en la Revista electrónica *e-Legal History Review*.

¹³ Tomás Muñoz y Romero, *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, coordinada y anotada por --, Imprenta de D. José María Alonso, Madrid, 1847 (Hay edición facsímil de Ediciones Atlas, Madrid, 1972). *Refutación del opúsculo "Fueros francos. Les communes françaises en espagne et en Portugal pendant le moyen age"*, Madrid, 1867; *Discurso leído ante la Real Academia de la Historia*, Madrid, 1860; *Diccionario bibliográfico-histórico de los antiguos reinos, provincias, ciudades, villas, iglesias y santuarios de España*, Madrid, 1858 y "Del estado de las personas en los reinos de Asturias y León en los primeros siglos posteriores à la invasión de los árabes", *Revista Española de Ambos Mundos*, Madrid, 1854.

¹⁴ Francisco Martínez Marina, *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reynos de Leon y Castilla, especialmente sobre el código de D. Alonso el sabio, conocido con el nombre de las siete partidas*, Imprenta de la hija de D. Joaquim Ibarra, Madrid, 1808. Puede verse on line: <https://bibliotecadigital.jcyl.es/es/consulta/registro.do?id=13146> [fecha de consulta: 04/02/2025]

¹⁵ Henrique Flórez, fr., *España sagrada, teatro geografico histórico de la Iglesia de España...*, tomos I-XVIII, Madrid, 1747-1776, así como la continuación de esta obra a la muerte de H. Flórez por Manuel Risco, tomos XVIII a XLII, Madrid, 1775-1801 y los tomos siguientes por parte de distintos autores, hasta un total de 56 vols. Parte de estos volúmenes pueden consultarse on line en la Biblioteca digital de la Biblioteca Nacional de España: <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000164079&page=1> [fecha de consulta: 04/02/2025]

¹⁶ *Fuero Juzgo*, Ed. de la Real Academia de la Historia, Madrid, 1815. Puede verse la edición on line, con estudio preliminar de Santos M. Coronas, BOE, Madrid, 2015: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2015-5 [fecha de consulta: 04/02/2025]

temas locales más específicos, que se irán citando a lo largo de estas páginas.

Un tercer bloque de obras utilizadas por Da Gama Barros proceden de la historiografía francesa, principalmente, Jean Laferriere y Ernestus Herzog¹⁷, Charles Romey¹⁸, Eugène de Roxière¹⁹, Charles Giraud²⁰, etc., y en mucha menor medida la historiografía italiana²¹ y alemana, esta con frecuencia a través de traducciones francesas²².

De la misma forma que Gama Barros se apoya en la historiografía propia de su momento, con proyección internacional, especialmente española y francesa, dejó su impronta en autores españoles, aspecto este que no abordo por ser un tema tratado por otro profesor, excepto las frecuentes referencias que hace mi maestro, don Manuel Torres López, en su manual de Historia del Derecho, donde aprecia la importancia de la obra de Gama Barros, además de la de Herculano, y que, en ambos casos considera que los temas que tratan exceden del propio título de sus obras sobre Historia de la Administración²³.

¹⁷ Jean Laferriere, sire de, *Histoire du Droit Français précédée d'une introduction sur le Droit Civil de Rome*, Paris, 1852; Charles Giraud, *Les tables de Salpensa et de Malaga*, Paris, 1856, 2ª ed. revue, corrigée et augmentée y Ernestus Herzog, *Galliae Narbonensis provinciae romanae historia descriptio institutorum expositio*, Lipsiae, 1864, *Historia*, I, pp. 31-32, nota 1.

¹⁸ Charles Romey, *Histoire d'Esagne depuis les premiers temps jusque'à nos jours*, Paris, 1839-1840, 9 tomos, *apud. Historia*, I, p. 38, nota 4.

¹⁹ Eugène de Rozière, *Formules visigothiques inédites, publiées d'après un manuscrit de la bibliothèque de Madrid*, Paris, 1854 (versión on-line: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3732136.image> [fecha de consulta, 05/02/2025], *apud.*, *Historia*, I, p. 39, nota 1.

²⁰ Charles Joseph Barthélémy Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, Videcoq, père et fils, Paris, 1846, vol. 1.

²¹ Luigi Cibrario, *Della Economia Política del Medio Evo*, Torino, 1761, 2 tomos, 5ª ed.

²² Frédéric de Savigny, *Histoire du Droit Romain au Moyen-Age*, traduite de l'allemand sur la dernière éditions, et précédée d'une notice sur la vie et les écrits de l'auteur par Charles Guenoux, Paris, 1839, 4 tomos.

²³ Manuel Torres López, *Lecciones de Historia del Derecho*, Librería General "La Facultad" de Germán García, Salamanca, 1935, 2ª ed. I, p. 89, en esta segunda edición amplía enormemente el tema de la historiografía, con un importante aparato crítico de la historiografía europea del momento. Sobre la repercusión de la obra de Gama Barros en historiadores del Derecho españoles, *vid.*, Lourdes Soria Sesé, "Portugal en la Historia del Derecho español", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 22, 2004, pp. 447-474, especialmente, pp. 460 y 471, señalando la profundidad de análisis del Derecho local comparando los fueros españoles y portugueses.

III - Derecho consuetudinário en la Historia de la Administración de Henrique da Gama Barros.

La Historia de la Administración de Henrique da Gama Barros, mantiene un enfoque inicial de tratar, en primer lugar, los elementos de formación del Derecho portugués, sin decirlo explícitamente, porque más bien parece que alude a las Fuentes del Derecho, combinando ambos aspectos, de modo que divide los epígrafes de su Libro I, titulado “Direito escrito e direito tradicional”, en cuatro subcapítulos: Código visigodo; Derecho consuetudinario y los fueros –que son los analizados en este trabajo–; Derecho canónico y Derecho romano, para finalizar, ya avanzado el periodo con un epígrafe sobre Leyes generales.

Así, el título I está dedicado al Código visigótico, al *Liber Iudiciorum*, que analiza de forma breve, tanto las copias existentes en su momento, como la historiografía sobre el mismo, reformas y contenido. En dicho epígrafe mantiene la teoría de la permanencia del *Liber* como Derecho escrito general, o ley común, en los diferentes reinos peninsulares, si bien no de una forma demasiado explícita, casi insinuada; considero que por considerar la teoría romanista tan firme que no merece profundizar en ella.

En el aspecto que me ocupa, es en el título II donde desarrolla el tema del Derecho consuetudinario y los fueros (pp. 30-57), que dividiré en dos epígrafes en este trabajo, porque creo que están claramente diferenciadas en su exposición.

En el primer párrafo de dicho título II, afirma que una de las características de la Edad Media, en cuanto a la jurisprudencia, es el predominio del Derecho consuetudinario sobre la ley común y seguidamente se pregunta sobre cuál puede ser la causa de dicho hecho, así como el origen del derecho tradicional, por lo tanto, de la costumbre²⁴.

Avanza, a modo de introducción y siguiendo la teoría romanista, que la fuerza del Derecho romano debió prevalecer sobre la costumbre de los godos, si bien esta también subsistió, de lo que hay muestras en el Derecho municipal; asimismo, detecta influencia del Derecho musulmán en algunas instituciones²⁵.

Por lo tanto, como había desarrollado en páginas anteriores, apenas profundiza en el tema, como si no mereciera la pena entablar ninguna polémica por considerarla suficientemente clara, a diferencia de lo que se hará más tarde en el enfrentamiento entre las teorías romanistas y germa-

²⁴ “Um dos caracteriscos da ideade media, quanto á jurisprudencia, é o predominio do direito consuetudinario sobre a lei comum. Qual póde ser la causa d’este facto? Qual a origem do direito tradicional?”, *Historia*, I, p. 30.

²⁵ *Ibid.*, I, pp. 30-31.

nistas en nuestro Derecho medieval, tras la obra de Eduardo de Hinojosa en España y Paulo Merêa en Portugal, incluso ya trazada por Teophilo Braga de forma abierta, así como los planteamientos de García-Gallo y Torres López, ampliado por Pérez-Prendes²⁶.

No obstante, sigue una vía, que podemos llamar *intermedia*, en la que estima que, aunque las leyes de los godos (cuando se refiere a ellas, considero que es al *Liber*) se aplicaran entre los mozárabes, las circunstancias habían cambiado tanto que dichas leyes quedaban omitidas u obsoletas, siendo forzoso acudir a otros principios que llegaron a conformar la jurisprudencia local,

*“transmitida provavelmente as mais das vezes pela tradição. O mesmo facto havia de dar-se nas terras sujeitas á monarchia que nascêra nas Asturias, por mais limitadas que fossem as relações civis da sociedade para a qual até o século XI não se promulgaram leis geraes, prevalecendo em toda a parte o direito local”*²⁷.

²⁶ Entre otros trabajos sobre el tema, *vid.*, Paulo Merêa, “Uma tese revolucionária (A propósito do artigo de García Gallo publicado em el tómo XIII do A.H.D.E.)”, en *BFDUC*, 18, 1942, pp. 417-426, en relación al artículo de García Gallo sobre “Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda”, en *AHDE*, 13, 1936-1942, pp. 168-264. Merêa publicó varios trabajos sobre este tema en el *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (*BFDUC*), así como su recensión a Álvaro D’Ors, todos aglutinados bajo el título de “Para uma crítica de conjunto da tese de García Gallo”, en *Estudos de direito visigodo, Estudos de Direito visigodo*, Coimbra, 1948, pp. 199-248, donde pone de relieve Merêa la nueva teoría sobre la territorialidad del Derecho visigodo, que considerando García Gallo que la Lex Romana Visigothorum deroga al Código de Eurico, teoría novedosa que Merêa considera que su autor la irá perfilando y que la crítica histórico-jurídica la analizará. *Id.*, “Sobre a Tese de García Gallo (opiniões varias)”, en *BFDUC*, 21, 1945, pp. 358-359; *Id.*, “García Gallo – Historia del Derecho español. Tomo I (exposición histórica), fascículos 3º y 4º, Madrid, 1945”, en *BFDUC*, 21, 1945, pp. 366-368, etc. Alfonso García-Gallo de Diego, “Consideraciones críticas de los estudios sobre la legislación y las costumbres visigodas”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (*AHDE*), 44, 1974, pp. 343-464; *Id.*, “El carácter germánico de la épica y del Derecho en al Edad Media española”, en *AHDE*, 25, 1955, pp. 583-680. No es este el lugar para desarrollar el amplio debate acerca del germanismo en el Derecho español, que intenta cerrar José Manuel Pérez-Prendes, “La piedra ensimismada. Notas sobre la investigación visigotista de Alfonso García-Gallo”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 18, 2011, págs. 51-91. Sobre la obra de Paulo Merêa, donde trato el tema, Remedios Morán Martín, “Da minha gaveta” Paulo Merêa y Las secciones del Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, en *e-Legal History Review*, 41, enero de 2025, pp. 1-37.

²⁷ Historia, I, p. 31.

En este sentido, Da Gama Barros comprende la diversidad de la costumbre en cada una de las poblaciones que se van asentando tras la conquista a los musulmanes de los territorios peninsulares, por lo que advierte que ésta puede provenir de diversos elementos:

a) De tiempos inmemoriales, que se pierden en el origen del Derecho, y, por su definición, alude a los pueblos prerromanos, puesto que afirma que se refieren a la jurisprudencia de cada ciudad subordinada a Roma que “deixava manter, favorecia até, a existencia d’esse direito local em tudo o que não importava prejuízo para o povo romano”²⁸, esta teoría la desarrollará más tarde en España Álvaro D’Ors y García-Gallo, para oponerse a la teoría germanista, en cierta medida criticada por Paulo Merêa, como se ha visto arriba.

b) Segundo, combina la anterior permisividad de la costumbre prerromana, con la permanencia de la tradición o costumbre romana, mantenida en la ley general de los godos y en el gobierno municipal; para avalar esto, se apoya en la conocida ley 3.4.2. de la *Lex Romana Visigothorum*, “Longa consuetudo, quae utilitatibus publicis non impedit, pro lege servabitur”, procedente del *Codex Theodosiano* y recogida también en el *Liber Iudiciorum*²⁹.

c) En tercer lugar, la antigua costumbre germánica que no había sido prohibida penalmente por el Código general (*Liber*), y que se conservaba con tenacidad resistiendo la influencia de la tradición romana.

d) La influencia de la Iglesia.

e) La costumbre de los mozárabes, obviamente referida al *Liber*³⁰.

f) Y, finalmente, la acción constante del tiempo.

²⁸ En esta reflexión sigue a la historiografía francesa, Jean Laferrrière, sire de, *Histoire du Droit Français précédée d’ une introduction sur le Droit Civil de Rome*, o. c., pp. 21-116 y Ernestus Herzog, *Galliae Narbonensis provinciae romanae historia descriptio institutorum expositio*, Lipsiae, 1864, p. 157, *Historia*, I, pp. 31-32, nota 1.

²⁹ *Historia*, I, pp. 31-32, nota 1

³⁰ Siguiendo a García-Gallo, Gonzalo Martínez considera que el Derecho que se conformó en León desde el inicio de la repoblación fuera procedente del elemento mozárabe, que “mantuvo fielmente su tradición jurídica inspirada en el derecho visigodo del *Liber Iudiciorum*”, y “Es bien posible que antes de iniciarse la repoblación hacia el 850 el reino astur de las montañas cantábricas se rigiera por un derecho consuetudinario, en el que se entrecruzaran tres elementos diversos: la tradición visigoda, las tradiciones locales, incluso con posibles restos prerromanos, y los condicionantes de primitivismo y sencillez, que impregnan todas las instituciones y organización de la elemental comunidad política de las montañas”, Gonzalo Martínez Díez, “Los fueros leoneses: 1017-1336”, en *El Reino de León en la Alta Edad Media. I. Cortes, concilios y fueros*, Centro de Estudios e Investigación “San Isidoro”, León, 1988, p. 290.

Asimismo, considera que todas estas causas se remontan a sus orígenes, por lo que es casi imposible su delimitación porque se han confundido entre sí por diversas causas que nos ocultan su procedencia primitiva.

No obstante, el predominio de lo que Da Gama Barros llama Derecho local, yo en este punto traduzco o interpreto “costumbre jurídica”, se debe, fundamentalmente, a la falta de un poder central que extendiese su acción a todo el territorio, al mismo tiempo que las particularidades de cada lugar procedían de intereses diversos, a lo que se debe sumar la falta de cohesión entre los distintos pueblos, ni comunicación entre ellos, al mismo tiempo que no existía una conciencia de patria, más allá que la lucha común contra los sarracenos.

En esta simbiosis de elementos constitutivos de la costumbre local, fragmentaria y diversa, alude nuestro autor al reconocimiento de esta en el Concilio de León (o Fuero de León) de 1020, donde manda guardar la costumbre de la tierra³¹, y seguidamente, relacionando dicho reino con el Derecho portugués medieval, hace una relación de documentos y normas en los que aparece la costumbre con fuerza de ley, entre ellas las numerosas menciones en el *Livro das Leis e Posturas* del rey D. Alfonso III³².

Por lo tanto, concluye en este punto, que tan importante fue la influencia ejercida por el Derecho consuetudinario, que lo vemos prevalecer aún después de que desaparecieran las causas para las que se hacía remisión, siendo, por ejemplo, la costumbre la que regulaba la partición de bienes entre los cónyuges hasta el siglo XV, que en las Cortes de Santarém de 1468, a solicitud del pueblo, quedó constituido el Derecho general o la costumbre particular de algunas comarcas de que se presumiese siempre la partición por mitad, salvo disposiciones especiales de contratos, así como en alguna cuestión particular, terminando con que en la actualidad, en el Derecho portugués, la costumbre sigue estando en algunos casos vigente (como lo sigue actualmente en España y Portugal como fuente del Derecho).

Más adelante, ya centrándose en el tema de los fueros, evidencia nuestro autor que hay muy frecuentes referencias a la costumbre en as-

³¹ Gama Barros remite a los preceptos 14 y 19, porque utiliza la edición de *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, Real Academia de la Historia, Madrid, 1861, I, pp. 3 (cita el precepto 14, que es una errata y corresponde al 4, que está corregida en la segunda edición, 1945, I, p. 61) y 5); la numeración es diferente en otras ediciones, así serían los preceptos 4 y 20 *vid.*, [Luis García de Valdeavellano, dir.] Rogelio Pérez-Bustamente (Coordinación y Edición) *El Fuero de León. Comentarios*, S.A. Hullera Vasco-Leonesa, 1983, pp. 36 y 75.

³² Véase lo dicho arriba en nota 5.

pectos no regulados en lo *foraes*, como el *foral* de Torres Novas (1190), o el de Penacova (1192) y el de Mortagua (1192), otorgados por el rey los dos primeros y por la reina el tercero³³.

Asimismo, recoge referencias a fueros en los que se alude al Derecho consuetudinario, como el de Evora (1166), al que se concede el Fuero de Ávila; o los de Santarém, Lisboa o Coimbra (1179) y en algunos de ellos mantiene que se aplique la costumbre en el pago de ciertos tributos.

No obstante, como seguidamente desarrolla, la costumbre no se mantiene exclusivamente en el tema de los pagos de ciertos tributos, en el que con frecuencia se centra, sino de forma muy significativa en materia penal en la cual se manifiesta de forma muy clara el mantenimiento de la costumbre.

Puntualiza de forma muy acertada, que dicha costumbre no solo se mantiene respecto a la costumbre popular, sino también en la nobleza, cuyas tradiciones perduran, remitiéndose, en este caso, al *Fuero Viejo de Castilla*³⁴. Gama Barros, a pesar de decir que no tiene elementos suficientes para dilucidar la naturaleza de dicho *Fuero Viejo*, no se limita a exponer las opiniones opuestas a que el mismo fuera promulgado en algún momento, como las de Muñoz y Romero o Cárdenas, sino que expone su posición favorable a dicho texto y la importancia de este.

En definitiva, desarrolla más el tema de la referencia o la remisión a la costumbre que la naturaleza jurídica de esta, que considera una mezcla de diferentes procedencias, si bien con una mayor tendencia hacia el romanismo.

IV – Fueros en la Historia de la Administración de Henrique da Gama Barros.

Hasta este momento, considero que Gama Barros se refiere a la remisión a la costumbre en colecciones de normas, que, si bien proceden del primer tercio del siglo XIII, se pueden considerar extensibles al reino en momentos posteriores, al modo que se considera el *Fuero Viejo de Castilla*.

³³ *Historia*, I, pp. 37 y ss.

³⁴ Sobre este tema, *vid.*, José Manuel Pérez-Prendes, “La frialdad del texto: comentario al prólogo del Fuero Viejo de Castilla”, en *Cahiers de Linguistique Hispanique Médievale* n° 22, ed. Kliemsieck, Paris, 1998-1999: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/cehm_0396-9045_1998_num_22_1_899 y Remedios Morán Martín, “¿De la autonomía a la dispersión? Una hipótesis sobre la evolución del Derecho señorial”, en *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 16, 2009.2010, pp. 299-324: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4064623> [fecha de consulta: 07/11/2024]

A partir de aquí, sin diferenciación de epígrafe, porque lo trata consecutivamente, nuestro autor hace referencia a los textos locales, fueros municipales, en los que se alude a la costumbre para la regulación de diferentes aspectos de la vida local, como he referido anteriormente.

Por lo tanto, trata el tema de la costumbre y los fueros casi de forma conjunta, seguida y a veces unida a la exposición de la costumbres y lo hace centrándose en los fueros portugueses, a partir de las ediciones conocidas hasta ese momento, así como en manuscritos, estando muy apegado tanto a la edición de los *Portugaliae Monumenta Histórica*, cuyas ediciones de fueros utiliza, así como los principios abordados por Alexandre Herculano en esta materia en su *Historia de Portugal*, especialmente al tomo IV, que es donde dicho autor desarrolla el tema de la Administración municipal³⁵, para, seguidamente, centrarse en los fueros, ya individualizados, pero mantiene siempre el punto de vista desde la Administración municipal, como si de la organización municipal romana se tratara, dedicando varias páginas a exponer que se mantiene el municipio (se supone que romano), incluso tras la invasión musulmana y su influencia³⁶, cuando, considero, que la organización municipal de este tipo se diluye y prácticamente desaparece en esta primera etapa de la Alta y Plena Edad Media, que Gama Barros apenas trata.

No obstante, voy a intentar destacar las ideas que sobre los fueros municipales pueden entresacarse de la sucesión de datos que recoge Gama Barros relativos, fundamentalmente, a Portugal, aunque no exclusivamente, porque hace muy frecuentes referencias a Castilla y León, casi como un todo indisoluble en cuanto a influencias mutuas.

Su exposición, como he dicho, sin diferenciar subepígrafes, podría dividirse en varios aspectos, que voy a seguir como es su definición de foro / foraes y la forma en la concesión de fueros, reales y señoriales, centrándose en aspectos relacionados con el fisco.

1. Foros / foraes.

Sobre dicho concepto, concluido para nuestro autor lo expuesto sobre el Derecho tradicional, le restaba tratar el tema de los fueros, considerados como verdaderos monumentos que constatan el predominio del Derecho, porque las cartas constitutivas de los concejos, en cuanto tuviesen como fin principal fijar las relaciones de los munícipes (vecinos, traduciría yo), con el señor de la tierra, no dejaban de aludir al Derecho consuetudinario, que designaban con frecuencia con vocablos como *forum*, *mos*. Así, la cos-

³⁵ *Historia*, I, pp. 34-36 y notas.

³⁶ *Ibid.*, pp. 40 y ss.

tumbres y los foros representaban generalmente el Derecho privado y los fueros el Derecho público de los concejos³⁷.

Así, siguiendo la catalogación de Alexandre Herculano, similar a la que en España hicieron algunos historiadores contemporáneos, consideraba lo que llamamos cartas pueblas, así como *foros*, son contratos individuales o colectivos que regulaban la relación entre los cultivadores y los dueños de la tierra.

Si bien, más adelante puntualiza que no puede considerarse una división exacta, puesto que los *forais* contienen preceptos de Derecho privado con mucha frecuencia; como tampoco se puede afirmar que regularan todas las relaciones entre el Concejo y la autoridad que lo otorgó o se presume que otorgó el foral, teniendo como referencia el cobro del tributo, *colheita* o *collecta*, de lo que se tiene constancia de que se pagaba antes y después de la concesión de muchos *forais*.

Por lo tanto, esta definición difiere bastante de la que desarrolla más tarde Paulo Merêa:

“Lo que se puede comprobar al repasar las fuentes más antiguas de la época de la Reconquista -las primeras en las que la palabra foro aparece en un sentido distinto al corriente en el latín clásico- es que allí se utiliza la palabra para significar “norma, régimen jurídico”, acepción que se confunde fácilmente con la de “situación jurídica”, o “conjunto de derechos y obligaciones”, y no menos fácilmente con la de “privilegio, franquicia”. (...) Fuero equivale pues, en esta nueva acepción, a ius, libertas, privilegio y otras palabras de similar significado, utilizadas tanto en la Península como fuera de ella”³⁸.

³⁷ “Para concluirmos o que temos a dizer sobre o direito tradicional, restanos agora falar dos foraes, considerados como verdadeiros monumentos que attestam o predomínio d’esse direito, porque as cartas constitutivas dos concelhos, comquanto tivessem por fim principal fixar as relações dos municipes para com o senhor da terra, não deixavam de alludir com frequencia ao direito consuetudinario, que designavam não raro com os vocabulos *forum*, *mos*. Assim, os costumes ou foros representavam generalmente o direito privado, e os foraes o direito publico dos concelhos”, *Historia*, I, p. 36, remite a Herculano para el sentido de la palabra foro y foral, III, p. 408

³⁸ “O que se verifica ao percorrer as mais antigas fontes da época da Reconquista -as primeiras em que aparece a palavra *forum* em sentido diverso daquele que era corrente no latim clásico- é que o vocábulo é aí empregado na aceitação de “norma, regime jurídico”, sentido que fácilmente se confunde com o de “situação jurídica”, ou “conjunto de direitos e obrigações”, e não menos fácilmente com o de “privilegio, franquicia. (...) *Forum* equivale, pois, nesta nova aceção, a jus, libertas, privilegium e otros vocábulos de análogo significado, usados tanto na Península como fora dela”, Paulo Merêa, “Em torno da palavra ‘forum’ (notas de semântica jurídica)”, en *Revista portuguesa de Filologia*, 1, 1947. Reproducido en *Estudos de História do Direito. I. Direito Português*, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 2007, pp. 511-518, cito por esta ed., la cita p. 515. Merêa hace alusión

2. Formas de concesión y elaboración de los fueros

Como en otros temas de los que aborda en su *Historia*, Gama Barros reconoce la afinidad que existe entre los diferentes reinos peninsulares en la organización social, especialmente sus referencias suelen ser a León y Castilla, pero también en el aspecto que trata en estas páginas: la organización municipal, partiendo de la influencia romana y la organización municipal que implantó en la Península, y que no desapareció con la caída del Imperio romano; organización que, para nuestro autor, apoyándose en Savigny y en Herculano, son incontestables, debido a la acumulación de competencias de la Curia otorgadas en el Código de Alarico.

Reconoce, no obstante, que tanto este texto como las referencias que se recogen en las fórmulas visigodas, están referidas a un momento anterior a la unión legislativa de ambos pueblos, por lo que, tácitamente, parece seguir lo que llamamos la teoría de la nacionalidad del Derecho en el reino visigodo.

Asimismo, salvo algunas cuestiones como la desaparición del *defensor civitatis*, existente desde el Bajo Imperio y subsistente en la época visigoda, parte de la idea de que la organización municipal de tipo romano no desapareció y se mantiene durante la reconquista, que se encontró con que permanecía delimitada la organización municipal, tanto en las pequeñas poblaciones como en otras más importantes y que esa organización permaneció, con frecuencia, sin contar con un fuero, que los moradores no siempre tenían interés en solicitar, y que a nadie parecía indispensable para legalizar una situación conforme a las ideas que predominaban entre los nuevos señores, porque procedían de la tradición cristiana de la Península, siendo los derechos sobre la tierra lo que interesaba aclarar puesto que habían pasado a un nuevo poseedor, cuestión que se juzgaba no era necesario fijar en un documento que podía expedir la Corona o cualquier otro señor; por el contrario, a veces, en concejos más perfectos (tomando, una vez más, la catalogación de Herculano), se fijarían en un fuero “que a muitos respeitos, portanto, não seria mais do que a confirmação dos usos e praticas que o tempo já havia sancionado”³⁹.

Una de las observaciones que recoge el capítulo de Gama Barros sobre la presencia o no de texto foral en las mismas, es que para la existencia

a una primera acepción como plaza o mercado en el que se realizan las ventas, que no considera sea la que evolucionó hacia el sentido medieval que aquí se analiza.

³⁹ *Historia*, I, p. 43, para lo que acude como ejemplo al Foral de Seia (1136) que confirma la costumbre existente en la tierra: “Concedo quod habeatis consuetudines bonas meliores quod habuistis hucusque”, por lo que considera Gama Barros que o bien había habido un fuero anterior o bien se fundaba en la tradición, *Ibid.*, nota 2.

de un municipio o para su consolidación no era imprescindible la concepción o la confirmación de un fuero, sino que el uso consolidaba el hecho, en este caso, constituía el Derecho, para lo que pone numerosos ejemplos, como el caso de Lamas de Orelham, San Martinho de Mouros y otros, en los cuales no parece que existiera un texto foral constitutivo del municipio, sino que se apela a la costumbre como Derecho aplicable⁴⁰, concluyendo que los fueros al principio de la Reconquista, no siempre significaban una providencia emanada de la cancillería regia, para organizar el gobierno de las tierras ya pobladas, o a las que se pretendía atraer población, sino que en muchos casos, reconocían una organización preexistente, a veces por mantenimiento en zona conquistada por los musulmanes, que permitían la organización existente y que, incluso, pudieran tener mayores libertades, así como la diversidad de circunstancias. De modo que nuestro autor, apela a que solo en los casos en los que era necesario una mayor organización, eran en los que intervenía directamente la acción del rey.

Atendiendo a la estadística, a partir de los documentos de los *Portugaliae Monumenta Historica* y la obra de Herculano, Gama Barros afirma que a la muerte de D. Affonso Henriques en 1185, había en el reino 57 concejos, de los cuales 19 eran anteriores a su reinado, cuyos fueros han llegado hasta nosotros. De estos 57, 6 habían obtenido un segundo fuero, con una organización más perfecta. Y a finales del siglo XIV, probablemente antes, en la primera mitad del siglo, todo el país estaba dividido en concejos.

Asimismo, detecta nuestro autor las frecuentes luchas en algunos de los concejos más importantes, como Porto, las tensiones entre burgueses y obispos por conseguir libertados o bien entre el conde D. Henrique y el Concejo de Coimbra, a principios del siglo XII, en 1111, posiblemente porque no se observaban los derechos y garantías recogidas en el un fuero anterior, conocido por haber sido otorgado a Tentugal en 1108, etc.

En estas circunstancias, a veces, el concejo presentaba al rey la confirmación de su fuero, por lo que Gama Barros concluye que este documento no es ya un texto surgido de la voluntad real, sino de la solicitud del pueblo, con frecuencia, diciendo que no estaba sometido a señorío, sino que era territorio dependiente del rey, a lo que el rey también con frecuencia ofrecía resistencia, por no ver en ello un beneficio real.

En definitiva, la visión que tiene Gama Barros de la proliferación de fueros a lo largo del territorio portugués durante los primeros siglos, hasta completar la reconquista del territorio es, diría, piramidal, porque parte de una posición desde el Derecho romano, por lo que considera que

⁴⁰ *Ibid.*, I, pp. 43-44.

lo habitual hubiera sido la concesión, como él dice, espontánea del rey, mientras comprueba que la organización municipal en estos siglos tenía muy diferentes formas, y de manera muy habitual eran o bien concejos ya existentes y que permanecieron con su propia organización durante la dominación musulmana, o bien que surgieron de forma espontánea, una vez finalizada la Reconquista y mantuvieron sus costumbres, por las que se rigieron y que, en algún momento se pudieron fijar por escrito, pero sin que ello fuera el documento constitutivo del municipio, predominando en todo el proceso, como nota característica, la que no hay regla invariable en la concesión de fueros:

“Portanto, á luz dos documentos que reflectirem a realidade quanto á especie de que nos occupâmos agora, iremos procurar, não a regra invariavel a que estava sujeita a concessão dos foraes, visto que uma tal regra não a haviamos de encontrar, mas sim qual era a practica predominante a este respeito, porque é precisamente pelo conhecimento dos factos que podemos attingir o fim a que se propõe este trabalho, mostrar a realidade do viver social na idade media portugueza”⁴¹.

Para nuestro autor, un segundo grupo de textos forales estaba en las concesiones de particulares, generalmente poderosos que habían obtenido concesiones de tierras por el rey, mediante donaciones de *iure hereditario* o *in perpetuum* y en muchas ocasiones usurpada tierras a la Corona, como también jurisdicciones y que a partir de ese momento intentan la población de dichos territorios y conceden también fueros, que comprenderían todos los no concedidos por los reyes, constituyendo concejos inunes, de los que la Corona no obtenía ningún beneficio⁴².

Expone Gama Barros la doctrina de Martínez Marina por la cual los señores en sus señoríos, a pesar de que concedían fueros, no gozaba de la regalía de dar leyes, porque solo tenía tal potestad el rey⁴³. Ciertamente,

⁴¹ *Ibid.*, I, p. 48.

⁴² *Ibid.*, I, pp. 49-50.

⁴³ *Ibid.*, I, p. 50. Se apoya en el párrafo 48 de Martínez Marina, *Ensayo histórico-Crítico, o. c.*, p. 41: “48. La facultad de hacer nuevas leyes, sancionar, modificar, enmendar, y aun renovar las antiguas, habiendo razon y justicia para ello, fué una prerogativa tan característica de nuestros monarcas, como propio de los vasallos respetarlas y obedecerlas: así es que todas las leyes góticas y el código que las contiene recibieron vigor y autoridad de Jos príncipes que las publicáron: así es que los reyes de Castilla las confirmáron; las diéron á su reyno y las propagáron por *sus* dominios, añadiendo otras generales ó particulares, segun lo exigian las circunstancias del, estado. Aun estas leyes particulares; conocidas en Castilla con el nombre de ordenanzas, posturas y fueros municipales, eran nulas y de ningun valor si no dimanaban de la suprema autoridad legislativa, ó si no

Martínez Marina en la época que redactó su obra Gama Barros tenía una autoridad incontestable, que posteriormente se ha visto en gran medida matizada y criticada porque respondía a un interés evidente de desarrollo de su teoría sobre la organización municipal, siendo parte de su obra contradictoria⁴⁴, de modo que Martínez Marina, cuando trata el tema de los municipios los considera entes de poder frente al rey, por ejemplo en las Cortes, de una forma similar a la teoría que más recientemente, y salvando las distancias, desarrollara en Portugal Armindo de Sousa sobre lo que él llamaba “el discurso de los pueblos”, aspecto que abordé hace tiempo en un trabajo⁴⁵.

Se suma, en parte, Gama Barros a la posición de Martínez Marina porque, extrayendo los datos de los fueros concedidos según los modelos de Ávila, Salamanca o Santarém, que relaciona y algunos otros que presentan una organización municipal completa, no fueran autorizados por el rey porque los privilegios que contienen a veces trascienden más allá del territorio municipal, como el ejemplo que pone del foral de Covilha (1212), del tipo de Ávila, en cuya confirmación que concede exención de caloñas y montazgo en todo el territorio, lo que no sería posible que tal exención tan amplia fuera otorgada por un señor particular.

No obstante, Gama Barros, argumenta con más sentido, frente a la teoría defendida por Martínez Marina, aunque no lo dice abiertamente, ahora apoyándose en Muñoz y Romero, que con frecuencia los fueros de concesión real no podían extender sus privilegios a lugares de señorío o inmunes y, como en el caso de los concedidos por señores en sus territorios, era frecuente copiar literalmente el texto matriz, de forma que solo se cambiaba, a veces, el nombre del concejo, por lo que incluían preceptos que eran de imposible cumplimiento; incluso, que un importante número de fueros de concesión señorial, sean laicos, eclesiásticos o de Órdenes militares, entraban en competición con la Corona, ofreciendo más derechos y libertades que los lugares de realengo.

prestaba el rey su consentimiento para formarlas, y después las aprobaba y confirmaba. Ninguna persona por alta que fuese su dignidad, gozaba la regalía de dar leyes ó fueros á los pueblos á no *ser* por gracia ó privilegio real, como se expresa muchas veces en esta clase de instrumentos legales”.

⁴⁴ Véase la “Introducción” de José Manuel Pérez-Prendes a Francisco Martínez Marina, *Cortes de Castilla*, Edición preparada por J. M. Pérez-Prendes, Editora Nacional, Madrid, 1979, pp. 9-51.

⁴⁵ Remedios Morán Martín, “El discurso de los pueblos en la obra de Armindo de Sousa. Notas comparadas con las Cortes castellano leonesas”, en *Mátria XXI*, 1, 2012, pp. 126-162.

Por lo tanto, concluye que, durante esta época, la facultad de conceder fueros no era exclusiva del monarca, sino que los señores podían otorgar fueros en sus territorios, sin que la confirmación real fuera una regla invariable, teniendo constancia de fueros dados por señores que no tuvieron nunca confirmación real, que superan a los que la tuvieron y a veces tuvieron varias confirmaciones, incluso del mismo rey; asimismo, parece que con frecuencia fueron los concejos los que solicitaron confirmación y no los señores; en esencia, lo que significa esto es que solo las necesidades de cada momento llevan a la solicitud o no de confirmación, no pudiendo considerar que haya reglas generales, sino que, posiblemente, era el interés de los concejos porque no fueran violados sus derechos, por lo que no parecía una pura formalidad, sino conlleva la ventaja inmediata para el concejo de preservar sus privilegios frente a extraños, e incluso de las usurpaciones del propio rey⁴⁶.

Dedica Gama Barros las últimas páginas de su capítulo sobre el tema que tratamos a las partes que intervenían en el acto y las fases que se sucedían en el mismo, en cuya exposición introduce unas reflexiones personales de gran interés, invitando al lector a juzgar los fundamentos de su opinión, de modo especial, la concesión de fueros en tierras que no pertenecían al rey⁴⁷.

En esencia, defiende Gama Barros que las concesiones señoriales a los cultivadores de sus señoríos tendían a ser permisivas, con el fin de que mantuvieran cultivadas las tierras, no obedeciendo estrictamente a la voluntad de los señores sino a la necesidad de ceder, por lo que también lo hacían cuando los pobladores solicitaban la confirmación real de su fuero, para asegurar de este modo las concesiones recibidas. De modo similar a lo que ocurría en los territorios de realengo.

De este modo, los documentos regios de confirmación seguían el orden de la chancillería regia, con las firmas del rey y testigos, generalmente nobles, si bien hay mucha diversidad en la forma, porque siempre res-

⁴⁶ *Historia*, I, pp. 52-54.

⁴⁷ “Examinando agora se as vantagens resultantes da concessão do foral se estendiam a ambas as partes que intervinhã no acto, teremos encarado a questão da espontaneidade por todas as suas faces, e habilitado o leitor a julgar sobre os fundamentos da nossa opinião.

Reservâmos para outra divisão d’este trabalho o estudo desenvolvido da administração municipal: ahi veremos até que pronto melhoravam de condição nos grêmios municipaes os homens das classes inferiores, porque também já então teremos conhecido mais de perto o seu modo de ser nas terras dos privilegiados. Agora limitar nos-hemos ao que for indispensável para fazer comprehender bem o nosso pensamento sobre a concessão do foral, quando a terra não pertencia ao senhorio do rey”, *Historia*, I, p. 54.

pondía a la necesidad del momento; asimismo, por la confirmación se pagaba un emolumento, así como por la *roboración*, en este caso, a veces al señor, que solía ser en dinero o en animales⁴⁸. Si bien Gama Barros es esencialmente romanista, no hay que olvidar que la *robra* es una institución puramente germánica.

Asimismo, considera que, como en España, la fuerza de la creación del Derecho en los municipios fue decreciendo a medida que fue aumentando el poder real, especialmente desde la segunda mitad del siglo XIV y de forma clara desde la introducción de los corregidores que mediatizaban el poder real en los municipios, desapareciendo el Derecho consuetudinario mediante la intervención del poder central y la introducción de nuevas costumbres.

Pero fue a partir de las Cortes de Coímbra de 1472, y después en las de Évora de 1475 y de 1481, cuando los procuradores de las ciudades se quejan de los abusos cometidos y de las falsificaciones de los textos, y especialmente por la imposición de nuevos peajes y portazgos en los lugares de señorío, por lo que se obliga a las ciudades a la presentación de los fueros para su aprobación, fijando un plazo para ello.

Evidentemente los fueros municipales en este momento ya estaban en franca decadencia, por la primacía del derecho real sobre el local y los mismos municipios solicitaban su reforma. Reforma, que como bien indica Gama Barros, se haría en la época siguiente, con los conocidos como *Forais* manuelinos.

V – Conclusiones.

Se inserta la obra de Henrique da Gama Barros en el centro de la historiografía europea del siglo XIX, con influencia, principalmente de la historiografía española y francesa y, en menor medida, italiana y alemana.

En esencia, no había llegado aún el momento en el que se planteara el debate entre la influencia del Derecho romano y del Derecho germánico en nuestro Derecho, tanto hispano como portugués, Gama Barros se sitúa en el momento inmediatamente anterior de la polémica, solo insinuada por algún autor, por lo que la misma está ausente en su obra que, tras una especie de ambivalencia entre ambos derechos, el autor opta por la pervivencia de la costumbre romana.

No obstante, a pesar de no ser la época medieval su principal foco de atención, logra abordar los problemas fundamentales del momento, como

⁴⁸ Cita los fueros de Godim (1210), el de Carvelas, el de Reboredo de Baixo (1255), etc. comparando estas roboraciones con las realizadas en el caso de las donaciones o ventas, *ibid.*, I, pp. 55-56, nota 5.

son las fuentes y la pervivencia o no de instituciones como el municipio, su permanencia respecto al romano, sus nuevas fuentes de creación del Derecho y los aspectos fiscales, que le interesan de modo especial.

Asimismo, hay que valorar la erudición y la gran capacidad de síntesis que muestra nuestro autor para la elaboración de su gran obra, si bien, en la parte que aquí se ha analizado, considero, dedica un espacio mucho menor que a otros temas, posiblemente porque, como un historiador del Derecho español romanista, Rafael Gibert, considerara que son siglos mudos, sin Derecho, obviamente, sin Derecho escrito, por el predominio del Derecho consuetudinario y puntualizo yo, de contenido germánico, como desarrollara sobre el tema el eludido Teophilo Braga.

Bibliografía y fuentes citadas⁴⁹

Amaral, Antonio Caetano do, *Memoria IV para a Historia da legislação, e costumes de Portugal: Sobre o estado do terreno que hoje occupa Portugal, desde a invasão dos Arabes até à fundação da monarchia portugueza* (Memorias de Litteratura Portugueza, Publicadas pela Academia Real das Sciências de Lisboa, tomo VII, Lisboa, 1806.

- *Memoria V para a Historia da legislação, e costumes de Portugal: 1ª época da Monarchia Portugueza, desde o Conde D. Henrique até ao fim do reinado d'El rei D. Fernando* (Historia e memorias da Academia Real das Sciencias de Lisboa, tomo VI, parte II, Lisboa, 1820, pp. 1-193; e tomo VII, Lisboa, 1821.

Braga, Joaquim Theophilo, *História do Direito portuguez, Os foraes. Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1868.

Cibrario, Luigi, *Della Economia Política del Medio Evo*, Torino, 1761, 2 tomos, 5ª ed.

Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla, Real Academia de la Historia, Madrid, 1861, tomo I.

Flórez, Henrique, fr., *España sagrada, teatro geografico histórico de la Iglesia de España...*, tomos I-XVIII, Madrid, 1747-1776.

Franclim, Francisco Nunes, *Memoria para servir de Indice dos Foraes das terras do Reino de Portugal e seus Dominios*, Officina da Academia, Lisboa, MDCCCXVI, (2ª ed. 1825).

- *Terras portuguesas. Memorias sobre os forais*. Arquivo histórico – Corográfico ou Corografia histórica portuguesa, prefácio de António Baião, Camoes Editora, Povia de Varzim, 1932

Fuero Juzgo, Real Academia de la Historia, Madrid, 1815 (Edición facsímil con estudio preliminar de Santos M. Coronas, BOE, Madrid, 2015, puede consultarse on-line)

Gama Barros, Henrique da, *Historia da Administração publica em Portugal. Seculos XII a XV*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1885, 1ª ed.

- *Historia da Administração publica em Portugal. Seculos XII a XV*, dirigida por Torquato de Sousa Soares, Livraria Sá da Costa, Editora, Lisboa, 1945, 2ª ed.

García-Gallo y de Diego, Alfonso, "Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda", en *AHDE*, 13, 1936-1942, pp. 168-264.

⁴⁹ Al tratar un tema netamente histórico, no diferencio fuentes de bibliografía, puesto que desde el prisma actual, la mayor parte de lo citado serían fuentes

- “El carácter germánico de la épica y del Derecho en al Edad Media española”, en *AHDE*, 25, 1955, pp. 583-680.

- “Consideraciones críticas de los estudios sobre la legislación y las costumbres visigodas”, en *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, 44, 1974, pp. 343-464.

[García de Valdeavellano, Luis, dir.] en Rogelio Pérez-Bustamente (Coordinación y Edición) *El Fuero de León. Comentarios*, S.A. Hullera Vasco-Leonesa, 1983.

Giraud, Charles Joseph Barthélémy, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, Videcoq, père et fils, Paris, 1846, vol. 1.

Herculano, Alexandre, *Historia de Portugal. Desde o começo da monarquia até ao fim do reinado de Alfonso III*, Pedro de Azevedo. - 8ª ed. definitiva. - Paris - Lisboa: Aillaud & Bertrand, 8 vols. [ca 1875] Edición on line: <https://purl.pt/325>

- *Obras completas de Alexandre Herculano, História de Portugal. Desde o começo da monarquia até o fim do reinado de Alfonso III*, Notas críticas de José Matoso, verificação do texto por Ayala Monteiro, Livraria Bertrand, Venda Nova - Amadora, 1981, 4 vols.

Herzog, Ernestus, *Galliae Narbonensis provinciae romanae historia descriptio institutorum expositio*, Lipsiae, 1864.

Laferriere, Jean, sire de, *Histoire du Droit Français précédée d' une introduction sur le Droit Civil de Rome*, Paris, 1852.

Martínez Diez, Gonzalo, “Los fueros leoneses: 1017-1336”, en *El Reino de León en la Alta Edad Media. I. Cortes, concilios y fueros*, Centro de Estudios e Investigación “San Isidoro”, León, 1988, pp. 283-352.

Martínez Marina, Francisco, *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reynos de Leon y Castilla, especialmente sobre el código de D. Alonso el sabio, conocido con el nombre de las siete partidas*, Imprenta de la hija de D. Joaquim Ibarra, Madrid, 1808.

Merêa, Paulo, “Uma tese revolucionária (A propósito do artigo de García Gallo publicado em el τόμο XIII do A.H.D.E.)”, en *BFDUC*, 18, 1942, pp. 417-426.

- “Em torno da palavra ‘forum’ (notas de semântica jurídica)”, en *Revista portuguesa de Filologia*, 1, 1947. Reproducido en *Estudos de História do Direito. I. Direito Português*, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 2007, pp. 511-518.

- “Para uma crítica de conjunto da tese de García Gallo”, en *Estudos de direito visigodo*, Coimbra, 1948, pp. 199-248.

- “Sobre a Tese de García Gallo (opiniões varias)”, en *BFDUC*, 21, 1945, pp. 358-359.

- “García Gallo - Historia del Derecho español. Tomo I (exposición histórica), fascículos 3º y 4º, Madrid, 1945”, en *BFDUC*, 21, 1945, pp. 366-368.

Morán Martín, Remedios, “¿De la autonomía a la dispersión? Una hipótesis sobre la evolución del Derecho señorial”, en *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 16, 2009-2010, pp. 299-324.

- “El discurso de los pueblos en la obra de Armindo de Sousa. Notas comparadas con las Cortes castellano leonesas”, en *Mátria XXI*, 1, 2012, pp. 126-162.

- “Da minha gaveta” Paulo Merêa y las secciones del Boletín da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, en *e-Legal History Review*, 41, enero de 2025, pp. 1-37.

Muñoz y Romero, Tomás, *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, coordinada y anotada por --, Imprenta de D. José María Alonso, Madrid, 1847 (Hay edición facsímil de Ediciones Atlas, Madrid, 1972).

- Refutación del opúsculo “Fueros francos. Les communes françaises en Espagne et en Portugal pendant le moyen âge”, Madrid, 1867.

- Discurso leído ante la Real Academia de la Historia, Madrid, 1860; Diccionario bibliográfico-histórico de los antiguos reinos, provincias, ciudades, villas, iglesias y santuarios de España, Madrid, 1858.

- “Del estado de las personas en los reinos de Asturias y León en los primeros siglos posteriores a la invasión de los árabes”, *Revista Española de Ambos Mundos*, Madrid, 1854.

Pérez-Prendes, José Manuel, “Introducción”, en Francisco Martínez Marina, *Cortes de Castilla*, edición preparada por J. M. Pérez-Prendes, Editora Nacional, Madrid, 1979, pp. 9-51.

- “La frialdad del texto: comentario al prólogo del *Fuero Viejo* de Castilla”, en *Cahiers de Linguistique Hispanique Médiévale*, nº 22, ed. Kliemsieck, Paris, 1998-1999.

- “La piedra ensimismada. Notas sobre la investigación visigotista de Alfonso García-Gallo”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 18, 2011, págs. 51-91.

Portugaliae Monumenta Historica a saculo octavo post Christum usque ad quintumdecimum iussu Academiae Scientiarum Olisiponensis edita. Leges et consuetudines, Typis Academicis, Olisipone, 1836-1868, 2 vols. Y *Diplomata et Chartae*, Olisipone, 1867, 1 vol. Edición digital de la Biblioteca Nacional de Portugal: <https://purl.pt/12270/4/>

Romey, Charles, *Histoire d'Esagne depuis les premiers temps jusque'à nos jours*, Paris, 1839-1840, 9 tomos

Rozière, Eugène de, *Formules visigothiques inédites, publiées d'après un manuscrit de la bibliothèque de Madrid*, Paris, 1854.

Savigny, Frédéric Carl von, *Histoire du Droit Romain au Moyen-Age*, traduite de l'allemand sur la dernière éditions, et précédée d'une notice sur la vie et les écrits de l'auteur par Charles Guenoux, Paris, 1839, 4 tomos.

Soria Sesé, Lourdes, “Portugal en la Historia del Derecho español”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 22, 2004, pp. 447-474.

Sousa, fr. João de, *Vestigios da língua árábica em Portugal, ou Lexicum etimológico das palavras, e nomes portugueses, que tem origem árábica*, aumentado e anotado por Fr. José de Santo Antonio Moura, Lisboa, 1830.

Torres López, Torres, *Lecciones de Historia del Derecho*, Librería General “La Facultad” de Germán García, Salamanca, 1935, tomo I, 2ª ed.