

**EL DESTINO DE LOS ESCLAVOS
CRISTIANOS DE JUDÍOS Y HEREJES
CONDENADOS POR LA INQUISICIÓN.
LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA
Y SUS ARMAS**

*The fate of Christian slaves of Jews and heretics
condemned by the Inquisition. Legal
interpretation and his tools*

FRANCISCO CUENA BOY

Universidad de Cantabria

Resumen: la intensidad hermenéutica de los comentarios dedicados por el portugués Esteban Fagúndez (1577-1645) al tema indicado en el título invita a repasar los variados instrumentos a los que recurre la doctrina jurídica para afrontar un asunto controvertido. Las páginas del lusitano ofrecen en efecto un buen ejemplo, si no de reinterpretación en sentido estricto, sí al menos de recuperación y reajuste de materiales antiguos y tradicionales en función de preocupaciones nuevas o renovadas.

Palabras clave: Interpretación. Esclavos cristianos. Herejes y judíos. Esteban Fagúndez.

Abstract: the hermeneutic intensity of the comments dedicated by the Portuguese Esteban Fagúndez (1577-1645) to the subject indicated in our title invites us to review the various instruments the legal doctrine uses to deal with a controversial issue. Fagúndez's pages offer a good example, if not of reinterpretation proper, at least of recovery and readjustment of old and traditional materials around new or renewed concerns.

Keywords: Legal hermeneutics. Christian slaves. Heretics and Jews. Esteban Fagúndez.

SUMARIO: I. Introducción. II. Los argumentos: (1) *Pro libertate*. (2) *Pro fisco*. (3) Lusitania: la libertad como *beneficium* y la *praescriptio contra ius positivum*. III. Conclusión del autor. IV. Recapitulación.

I. INTRODUCCIÓN

No es la primera vez que para estudiar un tema asumo un punto de vista afín al sugerido, en general, para las contribuciones que se presentarán en esta edición. En realidad, ese enfoque lo empecé a utilizar hace

mucho tiempo; esto algunos lo saben y yo podría citar, para corroborarlo, tal o cual comunicación de las que a lo largo de los años he ido trayendo a los congresos de la AIDROM. De todos modos, en el conjunto de mi producción, el ejemplo quizá más claro de lo que digo es el artículo «Yanaconazgo y derecho romano, ¿una conjunción extravagante?», del año 2006.¹ En él constato el rendimiento que Solórzano Pereira extrae de los textos romanos relativos a los colonos adscripticios en orden a la asimilación jurídico-legal de una categoría socio-jurídica prehispánica, la de los indios yanaconas, y al aprovechamiento económico de los individuos que la integran. Me parece oportuno subrayar que este trabajo, como todos los demás en los que antes y después he seguido la misma orientación, lo concebí y lo redacté con espíritu de romanista; por tanto, según mi idea, con afán de conocimiento histórico-jurídico, nada más; para decirlo aún con mayor claridad, lejos de toda actitud acomodaticia y sin propósito pragmático alguno.

Felizmente, el tema general del actual congreso me da nueva ocasión de activar ese mismo planteamiento. En esta ocasión, lo haré fijándome en el desarrollo dado por el más apreciado moralista portugués del siglo XVII, el jesuita Esteban Fagúndez (1577-1645), a la cuestión que figura en el título de este trabajo. Y aunque no llegaré a enlazar con aquello de «fundamentos para la ciencia jurídica actual», no tanto por auténtica dificultad, sino por desconfianza instintiva frente a lo que puedan esconder fórmulas de ese tipo, en cualquier caso, sí que habré dado un paso en la dirección que me parece acertada.² No hay, por lo demás, ninguna razón especial que justifique mi elección, sino solo la comprobación superficial de la intensidad interpretativa –creo poder decirlo de esta forma– que concentra el tratamiento dado por Fagúndez al asunto examinado:³ confrontación doctrinal y dentro de ella, a fin de

1. *REHJ*, 28, 2006, pp. 401-424.

2. La desconfianza a la que me refiero se puede expresar de muchas formas; muy recientemente se refiere a ella ÁLVAREZ CORA, E., *La buena o mala fe en la tradición jurídica de Castilla*, Madrid, Dykinson, 2021, con estas palabras (p. 17): «Las comparaciones entre el sistema jurídico romano y el codificado tienden a adolecer de las carencias que provoca, cuando se ejecuta su conexión directa, la asunción de la laguna enorme del derecho intermedio».

3. Superior a mi juicio (la intensidad interpretativa) a la que se encuentra en otros tratadistas que se ocupan del mismo problema; por ej., Luis de Molina, *De iustitia*

dilucidarla, *regulae iuris*, argumentos léxicos y gramaticales, análisis y ponderación de los elementos de la ley (*verba, ratio, sensus, dispositio*), relación entre el *ius commune* y los *iura propria*, unas gotas de probabilismo y, por supuesto, textos de Derecho común (canónico y romano) y de Derecho municipal. Y todo ello, manejado por un teólogo-jurista cuyo principal foco de interés es el *forum conscientiae* y la *salus animarum*: buen ejemplo, si no de reinterpretación en sentido estricto, al menos de reajuste de materiales antiguos y tradicionales en función de preocupaciones nuevas o renovadas. Únicamente a fines descriptivos, para captar la dirección en la que se mueve el reajuste al que me refiero puede ser útil la distinción entre *texto* y *discurso* de algunas teorías sobre la polifonía discursiva, una diferencia que implica, básicamente, que los mismos textos leídos en una situación nueva generan un discurso igualmente nuevo.⁴

Para la vida y el curriculum de Fagúndez remito a la concisa entrada de la *Biblioteca Hispana Nova* de Nicolás Antonio y a las páginas, pocas, pero ilustrativas, que José Barrientos García dedica al jesuita portugués en su *Repertorio de moral económica*.⁵ De la información que proporcionan estos dos autores, un dato que me interesa destacar aquí es el siguiente: influido por la Escuela de Salamanca –en la que, según se la conciba, incluso se le podría encuadrar–, Fagúndez se inscribe en la línea de los tratadistas *de iustitia et iure* iniciada por Domingo de Soto. Pero su obra presenta la singularidad de estudiar solamente las materias *de contractibus* y *de dominio* y la estrecha relación que hay entre ellas.⁶ Desde el punto de vista sistemático, la cuestión de los esclavos cristianos de judíos y herejes llena la mayor parte

et iure, tomus primus, Conchae, 1593, disp. 40; Baptista Fragoso, *De regimen reipublicae Christianae*, Lugduni, 1652, tomus tertius, lib. 10, disp. 21, § 2, nn. 17-19; Antonio Diana, *Resolutiones morales*, pars séptima, Antuerpiae, 1646, tract. 7, resol. 17, sigue y resume la exposición de Fagúndez.

4. Cfr. VEGA REÑÓN, L., y OLMOS GONZÁLEZ, P., (eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*³, Madrid, Trotta, 2016, s. v. *Polifonía* (p. 460).

5. Nicolás Antonio, *Bibliotheca Hispana Nova*, tomo 2, Madrid, 1788, p. 291; BARRIENTOS GARCÍA, J., *Repertorio de moral económica (1536-1670). La Escuela de Salamanca y su proyección*, Pamplona, EUNSA, 2011, pp. 496-500.

6. *De iustitia et contractibus et de acquisitione et translatione dominii libri septem*, sumpt. Laurentii Anisson et haered. G. Boissat, Lugduni, 1641.

de un capítulo sobre los modos en que los esclavos se hacen libres; a su vez, ese capítulo pertenece al segundo libro de la obra, en el que, entre otros asuntos, se estudia la adquisición del *dominium* sobre personas.⁷ Comienzo sin más demora el análisis.

II. LOS ARGUMENTOS

Muy discutido entre los doctores de Castilla y Portugal era el problema de si los esclavos cristianos de aquellos a los que la Inquisición condenaba por herejes alcanzaban, solo por esa razón, la libertad.⁸ Con más exactitud, la cuestión –gravísima y actual: así es como la describe Fagúndez–, se refería a los esclavos cristianos de los judíos e infieles condenados por herejía y apostasía en Hispania ante los tribunales de la Santa Inquisición: ¿pertenecen esos esclavos al fisco, igual que todos los demás bienes de los condenados, o bien se hacen libres *ipso iure* a causa de la condena de sus dueños?⁹ Los términos de la controversia eran éstos exactamente.

(1) *PRO LIBERTATE*: la posición favorable a la libertad se basa en los siguientes fundamentos, que reseño por el mismo orden en que Fagúndez los presenta.¹⁰ Los esclavos cristianos se hacen libres por un beneficio del Derecho: *beneficio iuris*; al dueño, la conversión después de la sentencia –*intra tempus gratiae*– le permite conservar todos sus bienes, pero no los esclavos cristianos, que en todo caso quedan en libertad; seguida por la Inquisición del reino de Castilla, esta práctica tiene el respaldo de cierta instrucción de 1484 por la que los Reyes Católicos dieron la libertad a los esclavos cristianos de cualesquiera

7. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, nn. 1-15; nuestro tema en los nn. 5-15 (pp. 158-161); Fagúndez toca el mismo asunto, aunque con menor extensión, en otra obra: *In quinque priora praecepta Decalogi*, tomus primus, Lugduni, sumpt. Laurentii Anisson et haered. G. Boissat, Lugduni, 1641, lib. 1, cap. 24, nn. 13-22.

8. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 1.

9. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 5; los esclavos no cristianos pertenecen al fisco tanto *iure canonico* como *iure Caesareo*: Fagúndez, *In quinque priora praecepta*, tomus primus, lib. 1, cap. 24, n. 13.

10. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, nn. 5 y 6.

herejes.¹¹ A los muchos tratadistas que sostienen lo anterior hablando ex profeso del asunto, se suman todos aquellos que dicen indistinta y absolutamente que los esclavos, se hayan convertido encontrándose bajo la potestad de sus dueños herejes y judíos o fueran cristianos ya de antes, quedan libres después de ser condenados los amos por herejía. El arzobispo de Braga Rodrigo da Cunha (1577-1643), uno de esos últimos autores, deduce de un capítulo de la primera parte del Decreto de Graciano que el hecho de ser cristiano o de bautizarse es suficiente para que el esclavo de un judío, de un pagano o de un hereje consiga la libertad sin pagar precio alguno y no la pierda aunque luego el dueño se convierta; esto es más de lo que dice el capítulo alegado, pero Cunha se basa también en una constitución de Justiniano —en la que el emperador manda que ningún judío, pagano o hereje tenga esclavos cristianos, califica ese hecho de *reatus* y dispone la liberación de tales esclavos conforme al tenor de una ley suya anterior— y en otro capítulo de la misma parte del Decreto.¹²

Como se puede observar, tomados en conjunto, los partidarios de esta primera posición acaban subsumiendo el problema inicial en una cuestión mucho más amplia dentro de la cual queda diluido. En efecto, su defensa de la libertad no se detiene, la mayoría de las veces, en el caso especial de la condena de los dueños por la Inquisición, sino que abarca a todos los esclavos cristianos de todos los herejes y de todos los infieles, vivan o no en tierras sujetas a príncipes cristianos y sean o no abiertamente herejes, judíos o infieles.¹³

11. *Domini Rex et Regina, humanitate et clementia utentes, voluerunt servos quorumcumque haereticorum libertate donari, si in eorum potestate existentes Christiani*: de este modo parafrasea el texto de la instrucción real (*Prima instructio hispalensis*, c. 24) el portugués Francisco Peña: *vid.* Nicolaus Eymerich, *Directorium inquisitorum cum commentariis Francisci Pegñae*, Venetiis, 1595, quest. 11, comm. 128.

12. Respectivamente, D.54 c.15, C. 1.3.54.8 y D.54 c.13; este último texto reza así: *Mancipia Christiana, quaecumque Iudaeum comparasse patuerit, ad libertatem iuxta legum praecepta sine omni ambiguitate perducite; ne, quod absit, Christiana religio Iudaeis subdita pollutur*; la *Editio Romana* anota: *Mancipia Christiana*.] ante *emptionem*. *Vid.* Rodericus a Cunha, *Commentarii in primam partem Decreti Gratiani*, Bracharae Augustae, 1629, dist. 54, cap. *Mancipia Christiana*. XIII y cap. *Fraternitatem*. XV.

13. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 6; Fagúndez menciona específicamente a los *fraudentissimi Iudaei* que viven *inter Lusitanos tanquam Christiani*: en eso

Tres clases de demostraciones¹⁴ avalan los fundamentos de esta primera posición: *ex iure canonico*, *ex legibus* y *rationibus*. La primera se sustancia en varios cánones que dan la libertad a todos los esclavos cristianos cuyos dueños desertan de la fe verdadera para volver al judaísmo;¹⁵ Fagúndez sostiene que este es el caso de casi todos los judíos que hay en su tiempo en España y Portugal. La segunda descansa en el texto de sendas leyes imperiales: la de Justiniano mencionada hace un momento, cuya absoluta y universal doctrina comprende a «todos los esclavos cristianos y a todos los herejes y judíos, tanto públicos como ocultos», y por eso mismo, en virtud de la regla *ubi ius non distinguit, nec nos distinguere debemus*, a «todos los que en toda Lusitania y España viven secretamente entre nosotros con fe fingida»; y una constitución de los emperadores Arcadio y Honorio que otorga a los esclavos de los maniqueos la libertad si pasan a la Iglesia, o sea, de acuerdo con esta lectura, si se hacen cristianos.¹⁶ Por último, la *probatio rationibus* consiste en una comparación de la posición que se defiende con la emancipación automática de los hijos por herejía de los padres y con la absolución automática de cualquier vínculo de fidelidad u obsequio frente a quien sea que caiga visiblemente en herejía;¹⁷ en el primer caso, el argumento procede mediante la afirmación de paridad entre la *ratio* por la que los hijos se emancipan y la finalidad perseguida

reside toda la actualidad del problema; Diego de Avendaño, *Problemata Theologica*, I, Antuerpiae, apud Engilbertum Gymnicum, 1668, tract. XI *De iure et iustitia*, dist. 7, quaest. 1, n. 10, se refiere a los infieles o herejes que viven bajo la jurisdicción de algún príncipe cristiano. Sobre los cripto-judíos y la inquisición, por todos, *vid.* ROTH, C., *Los judíos secretos. Historia de los marranos*, Madrid, Altalena, 1979, pp. 49 y ss., 63 y ss.

14. *Probationes* en el sentido de la teoría retórica: MORTARA GARAVELLI, B., *Manual de retórica*,⁵ Madrid, Cátedra, 2015, pp. 84 y ss.; cfr. Quint., *instit. or.*, 5.10.8, 103, 11.3.2; la *probatio*, por otro lado, es la tercera parte del discurso: Quint., *instit. or.*, 3.9.1; Fagúndez, *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 7, introduce los argumentos con la expresión *probatum ex o probatur rationibus*.

15. D.54 c.13 y 15, X.5.6.1, 2 y 19, X.5.7.16.

16. Respectivamente, C. 1.3.54.8 y C. 1.5.4.8 (a. 407): *Servos insuper extra noxam esse volumus, si dominum sacrilegum evitantes ad ecclesiam catholicam servitio fidiore transierint; secundum anteriorem nostrarum legum tenorem*, dice la primera ley: cfr. C. 1.5.20.6 y C. 1.10.2.

17. Cfr. respectivamente in VI 5.2.2 § *illorum* y X.5.7.16.

por la liberación de los esclavos;¹⁸ en el segundo, se trata más bien de acercar las consecuencias que debe producir un mismo crimen en dos ámbitos relativamente análogos.

(2) *PRO FISCO*: la otra posición afirma que los esclavos (cristianos) pasan al fisco con todos los bienes de los dueños condenados.¹⁹ Más concretamente, los esclavos de los herejes, igual que el resto de sus bienes, son incautados por el fisco en el momento mismo en que los dueños cometen el delito. Los tribunales de la Inquisición en Portugal siguen esta opinión, juzgada «más probable» por los doctores reunidos en el pasado en Lisboa con los miembros del supremo consejo de la santa institución.

Nótese que lo que defiende esta segunda posición tampoco es exactamente una respuesta al problema planteado inicialmente. Esto lo digo tanto porque, según la explicación que se nos da, la confiscación de los esclavos se produce en el momento en que sus dueños caen en la herejía —es decir, sin esperar a la condena por ese delito—, como también porque la religión de los esclavos parece no entrar para nada en consideración.

Veamos de todas formas las *probationes* en las que se basa la tesis de la confiscación. El principal argumento y el único de carácter positivo *se deduce* —el verbo es de Fagúndez— de una disposición del *Liber Sextus* que ordena la automática adjudicación al fisco de todos los bienes de los herejes: un pasaje del *Digesto* confirma que los esclavos se contienen bajo el nombre de bienes, luego estos de los que hablamos corresponden al fisco y no adquieren la libertad.²⁰ No es caprichoso el verbo deducir usado por el portugués: el argumento tiene la forma de una conclusión derivada de una premisa mayor y una premisa menor, respectivamente el texto del *Liber Sextus* y el pasaje del *Digesto*; hasta qué punto estamos ante un auténtico silogismo o ante un razonamiento práctico es cuestión en la que no nos podemos detener.

Las demás demostraciones son de tipo negativo; es decir, se plantean como refutación, una por una, de las principales *probationes* que

18. [P]ropter atrocitatem delicti patrum, et ne a patribus pervertantur» y «propter eandem atrocitatem dominorum, et periculum perversionis.

19. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 8.

20. Cfr. in VI 5.2.19 y D. 20.1.3 (Paul. 5 resp.).

avalan la opinión opuesta. Así, en primer lugar, no parece que el Derecho canónico apruebe la tesis de la libertad, no ya porque esta idea choque frontalmente con el pasaje del *Liber Sextus* que se acaba de citar, sino porque tampoco la sufragan los cánones alegados por quienes la defienden;²¹ la razón estriba en lo inadecuado de extender unos preceptos relativos a judíos que nunca se han convertido a los neófitos de sangre hebrea que viven «entre nosotros como Cristianos»; cualquier cuestión que en relación con estos se pueda suscitar deberá encajarse bajo el título *De haereticis et apostatis* –en el que no hay ningún texto que dé la libertad a esos esclavos– y no bajo el *De Iudaeis*. Tampoco las *leges* ofrecen mayor apoyo:²² los únicos esclavos de los que habla la constitución de Arcadio y Honorio son los pertenecientes a propietarios de las sectas maniquea y donatista, las cuales hoy ya han dejado de existir; además, si se la entiende bien, la ley no ordena la libertad de esos esclavos, sino que dice solamente que, si se hacen cristianos, puedan pasar *extra noxam* al servicio de la Iglesia.²³ En cuanto a la constitución de Justiniano, se refiere únicamente a los esclavos cristianos de los herejes a los que se permitía vivir públicamente en su herejía; la *ratio* que aconsejaba darles la libertad era ponerlos a salvo del peligro de separarse ellos mismos de la fe, toda vez que, al no ser confiscados los bienes de sus dueños, tenían que permanecer sometidos a la potestad de estos; ahora bien, ni la *littera* ni la *ratio* de la ley, ni tampoco, en consecuencia, su *dispositio* se adaptan al caso actual sometido a examen y discusión; ese caso es, recordemos, el de los esclavos

21. *Vid. supra*, nt. 15.

22. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, nn. 9 y 10.

23. El *iter* que lleva a esta conclusión consta de varios pasos: 1) para Acursio, las palabras legales *extra noxam sint* aluden a la concesión de la libertad; 2) pero Acursio no era perito en la lengua latina, en la cual *noxam* no significa nunca *servitus*, sino *culpa* o *poena* (cfr. D. 50.16.238.3, Gai. 5 *ad l. XII Tab.*); por tanto 3), la forma correcta de entender la ley es: que los esclavos de los maniqueos sean inmunes de cualquier culpa o pena si, para evitar el sacrilegio de los dueños, se transfieren *ad Ecclesiam catholicam servitio fideliori*; 4) la palabra *servitio* implica que los esclavos, lejos de perder su condición, pasan con ella a potestad de los que adquieren los bienes confiscados a los herejes; 5) de la comparación con C. 1.5.4.6, relativo a los hijos de los maniqueos, se deduce, en definitiva, que *servum extra noxam relinquere* es lo mismo que *veniam poenitentibus dari*; sobre C. 1.5.4.8, *vid.* BUCKLAND, W. W., *The Roman law of slavery*, Cambridge, University Press, 1908, pp. 605 y ss.

de herejes condenados por la Inquisición.²⁴ Por último, la refutación (parcial) de la *probatio rationibus* avanza poniendo en duda la inclusión de los esclavos entre aquellos –vasallos, fámulos, libertos y semejantes, según la *Summa Sivestrina*– a los que uno de los cánones ya vistos libera de todo vínculo de fidelidad u obsequio frente a los herejes.²⁵ Pero aun en el caso de que sí estuvieran incluidos en esa norma, no por ello se harían libres, ya que de la exención del débito de servir a un dueño hereje no se sigue la liberación frente a todo otro señor y en concreto frente al fisco, sucesor del hereje en todos sus derechos y acciones. Confirma ulteriormente lo dicho la relación entre el canon cuyo alcance se discute y otro anterior que ordena la confiscación de los bienes de los herejes sin contemplar ninguna excepción:²⁶ aunque se piense que el canon más reciente libera a los esclavos de sus amos herejes, de ahí no se sigue que se hagan *sui iuris*, puesto que el más antiguo se los adjudica al fisco junto con todos los restante bienes de los dueños.²⁷

(3) *LUSITANIA: LA LIBERTAD COMO BENEFICIUM Y LA PRAESCRIPTIO CONTRA IUS POSITIVUM*: expuestas las razones de cada parte, y antes de comunicarnos su propio pensamiento, Fagúndez se detiene todavía en la tesis de la confiscación, vigente «apud Lusitanos», para explicar los motivos de su predominio.²⁸ Esos motivos son los siguientes: porque tiene a su favor un «texto llano» del que los partidarios de la opinión opuesta no han sabido excluir a los esclavos; parece evidente que la alusión, en singular, es a X.5.7.10, que impone la confiscación *indistincte* de todos los bienes de los herejes. Porque, aun concedido que conforme al *ius commune* los esclavos quedan libres, no consta que esto

24. En España y Portugal no se permite a los herejes y apóstatas vivir *in suo errore*: Fagúndez, *In quinque priora praecepta*, tomus primus, lib. 1, cap. 24, n. 15.

25. X.5.7.16; *vid. De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 11.

26. Respectivamente X.5.7.16, de Gregorio IX, y X.5.7.10, de Inocencio III.

27. Pese a la fraseología de Fagúndez (*ius... iam antea erat conditum, posterior canon, praecedens statutum*), esta parte de la refutación está muy lejos de basarse en el tópico *lex anterior-lex posterior*; por otra parte, aunque el adverbio *indistincte* de la frase *bona haereticorum indistincte praecipuntur publicari* pretende destacar el alcance general del canon al cual se refiere (el más antiguo de los dos: X.5.7.10), la relación *lex generalis-lex specialis* tampoco parece jugar ningún papel en la refutación. Aparentemente, a los intérpretes no se les ocurrió la solución más sencilla y natural: la falta de conexión entre las dos disposiciones.

28. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 12.

se haya respetado desde que se introdujo el tribunal de la Inquisición en Portugal (en el año 1536),²⁹ de modo de poderse creer que dicho *ius commune* no fue recibido nunca en ese reino o que una costumbre contraria lo derogó. Y en fin, porque, si bien es cierto que contra la libertad no hay prescripción directa,³⁰ sí se podría prescribir «contra el derecho positivo que establece la libertad para el siervo». Este último razonamiento, retorcido a más no poder, pretende que tal prescripción no perjudica a la libertad directamente, como si por ella un *homo liber* se convirtiera en esclavo, sino de forma mediata suprimiendo el «beneficio del derecho positivo», por el que el esclavo del hereje condenado se hace libre; en otros términos, trabajando constantemente para que ese esclavo no pierda su condición.

Que la libertad fuera consecuencia de un *beneficium iuris* lo afirmaban también los partidarios de la primera posición;³¹ ahora vemos cómo desde el otro lado se buscaba volver ese concepto en contra de la propia libertad. De todos modos, bajo el vocablo *beneficium* parece que los dos bandos se refieren en realidad a un *ius singulare*, un derecho especial que contradice la *ratio iuris* del derecho ordinario y que responde a su propio fin o utilidad.³² Aplicando esta figura a nuestro caso, la *ratio iuris communis* sería de carácter eminentemente punitivo, según indica la lectura de los dos cánones que imponen a los herejes la confiscación de todos sus bienes.³³ Menos fácil de identificar es la *ratio iuris singularis*, pues en la base de este se mezclan fines no tan homogéneos, aunque los de orden religioso son de todas formas los que predominan.³⁴ Por lo demás, Fagúndez no nos proporciona ninguna información

29. Vid. ROTH, C., *Los judíos secretos...*, cit., pp. 54 y ss.

30. C. 7.22.3 (a. 314).

31. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 5.

32. Vid. D. 1.3.16 (Paul. *l. sing. de iur. sing.*); cfr. D. 1.3.14 (Paul. 54 *ad ed.*) = D. 50.15.141 pr., D. 1.3.15 (Iul. 27 *dig.*); cfr. GUZMÁN BRITO, A., *Derecho privado romano*, I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 96 y ss.

33. X.5.7.10, in VI 5.2.19; la posibilidad de recuperar los bienes confiscados merced a la subsiguiente conversión refleja una *ratio* accesoria o secundaria de X.5.7.10.

34. Concesión de la libertad como medio de favorecer la conversión: D.54 c.15, X.5.6.19, C. 1.5.4.8; evitar el peligro para la fe de los esclavos cristianos: D.54 c. 13, X.5.6.19, C. 1.3.54.8 en relación con C. 1.5.26.6; motivación penal: C. 1.3.54.8 en relación con C. 1.10.2; incluso, mera *ratio humanitatis et clementiae* en la instrucción de los Reyes Católicos (vid. *supra*, nt. 11).

acerca del plazo y los requisitos de la supuesta prescripción contra aquel derecho positivo en el que se basaría el beneficio (más bien el *ius singulare*) de la libertad.³⁵

III. CONCLUSIÓN DEL AUTOR

Y llegamos por fin al posicionamiento de Fagúndez,³⁶ el cual no pierde un segundo en declararse mucho más convencido de la opinión favorable a la libertad que por la que defiende, con razones de pareja solidez, la atribución al fisco de los esclavos de herejes y judíos condenados por la Inquisición.³⁷ Pero el jesuita portugués no se limita a mostrar su preferencia, sino que intenta reforzarla frente a los ataques de los adversarios con argumentos que solo en parte son nuevos.

Hablando especialmente a los doctores lusitanos, señala en primer lugar que las leyes y los cánones aducidos *pro prima sententia* (esto es, *pro libertate*) no se expresan con ninguna restricción, sino que hablan absoluta y universalmente de los esclavos cristianos de amos herejes; de este modo retoma —y la dirige expresamente contra la lectura que pretendía limitar el alcance de aquellas disposiciones a los herejes que vivían con sus bienes entre cristianos— una de las *probationes* principales de la primera tesis, aquella que culminaba en la *regula iuris ubi lex non distinguit, nec excipit, nec nos distinguere, aut excipere debemus*, cuyo enunciado extiende ahora de esta forma Fagúndez.³⁸ Y, en segundo lugar, a los miembros de aquel mismo público ideal les señala que los argumentos que sustentan la primera tesis evidencian cuando menos la

35. Molina, *De iustitia et iure*, tomus primus, disp. 40, n. 11, recordando que desde la erección del tribunal de la Inquisición en Portugal han transcurrido (más de) cuarenta años, considera este plazo suficiente *ad praescribendum adversus leges, etiam canonicas* (es decir, *contra libertatem*), pero señala que la aparición de dudas durante ese tiempo, si se hubiera producido, puede ser impedimento para la prescripción.

36. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, nn. 13-15.

37. Fagúndez considera que los doctores castellanos son más felices y piadosos que los autores lusitanos por preferir el bien de la fe y la libertad al aumento del fisco real. ¿Se nos ha colado insensiblemente en el discurso otra *ratio* de la norma común o general a la que hasta ahora no se había hecho referencia directa ni indirecta?

38. Según el portugués, la citada *regula* es evidente a la luz de D. 6.2.8 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) y D. 37.5.1.1 (Ulp. 40 *ad ed.*).

presencia de una «cuestión dudosa y probable por ambas partes», y que lo correcto en una situación de esa índole es atenerse a la letra de la ley e inclinarse a favor de la libertad y de la fe.³⁹

Fagúndez asigna especial fuerza argumental al par de leyes imperiales alegadas en apoyo de la primera opinión, a cada una de por sí y a la relación que supone guardan entre ellas.⁴⁰ Las dos conceden la libertad a los esclavos (de los herejes y de los maniqueos, respectivamente), máxime a los que desean convertirse, y ninguna menciona al fisco para nada. Además, señala, la ley de Justiniano confirma la anterior constitución de Arcadio y Honorio, dato muy importante, si fuera cierto,⁴¹ porque neutralizaría la alegación de absoluta caducidad de esta última por la extinción definitiva de las dos únicas sectas a las que se refería: los maniqueos y los donatistas.⁴² En medio de esta explicación, una nueva reprimenda a los autores lusitanos les recuerda que el fisco no se creó para enriquecer al príncipe sino para el castigo de los crímenes y que, por lo que toca a los herejes propietarios, esta finalidad se alcanza mejor si sus esclavos se convierten y se les da la libertad que si no se les concede.

Por último, nuestro autor acomete su propia lectura de la ley sobre los maniqueos, tan importante para él, como si su propósito fuera únicamente la vindicación de Acursio, acusado de ignorar la gramática por haber entendido que las palabras *extra noxam sint* de esa constitución significan *liberi sint*. El cargo contra el creador de la *Glossa ordinaria* carecería de todo fundamento; por un lado, en la glosa la palabra *noxam* no significa nunca *servitus*, sino *culpa* o *poena*; por otro, Acursio entiende correctamente el verbo *sint* de la discutida frase como un tiempo futuro: «*illi liberi erunt*». Hechas estas puntualizaciones de orden léxico y gra-

39. ¿Aflora aquí el probabilismo del jesuita Fagúndez?; en todo caso, como hemos visto, en Portugal la tesis de la adjudicación al fisco de los esclavos de los herejes gozaba de la consideración de *probabilior*; sobre el probabilismo, *vid.* DECOCK, W., y BIRR, Ch. *Recht und Moral in der Scholastik der frühen Neuzeit 1500-1750*, Berlin-Boston, De Gruyter Oldenbourg, 2016, pp. 27 y ss., 90 y ss.

40. C. 1.3.54.8 y C. 1.5.4.8.

41. Pero no lo es: *vid. supra*, nt. 16.

42. El interés de Fagúndez por salvar esta ley se debe a que sus *rationes* (*vid. supra*, nt. 34) *etiam in nosotros haereticos quadrant*: Fagúndez, *In quinque priora praecepta*, tomus primus, lib. 1, cap. 24, n. 19.

matal, Fagúndez invita a considerar el texto legal fijándose, más que en el significado de la palabra *noxa*, en el sentido total del período que la contiene;⁴³ y así llega a la que él considera efectiva *dispositio* de la ley, a saber: que los esclavos de los herejes (de los maniqueos y por consiguiente de todos los herejes) puedan, «*absque noxa, id est, absque culpa, et poena*», pasar libremente a la fe católica contra la voluntad de sus dueños y conseguir solo por eso la libertad. En definitiva, Acursio captó con toda exactitud el sentido completo de aquel período; si algún defecto se le pudiera imputar, sería únicamente la brevilocuencia.

IV. RECAPITULACIÓN

Recapitulemos nosotros también con brevedad los resultados que nos ha deparado el análisis llevado a cabo por Fagúndez en términos de hermenéutica jurídica. Y para graduar mejor el interés de esos resultados, recordemos antes dónde y en qué momento estamos situados: en Castilla y (sobre todo) en Portugal a mediados del siglo XVII. Recordemos igualmente el problema propio de ese momento al que se refiere el análisis del jesuita lusitano: qué debe hacerse con los esclavos de judaizantes o cripto-judíos que tanto abundan, según él mismo dice, en ambos reinos peninsulares.

Fijados estos puntos, lo primero que se debe observar es que el acervo jurídico-legal que manejan los defensores de las dos posiciones en liza es poco más o menos el mismo. Se compone ese caudal, básicamente, de una decena escasa de textos de derecho canónico y tres constituciones imperiales romanas.⁴⁴ Aunque esto no es más que un recuento de piezas individuales, pues el dato verdaderamente importante es la perspectiva que permite asumirlas como elementos de un todo compuesto y tendencialmente armónico. En la reseña que hace Fagúndez de las dos posiciones, la partidaria del fisco recaba apoyo de dos cánones ignorados por

43. Pero Fagúndez transcribe el texto de la ley (*vid. supra*, nt. 16) adaptándolo ligeramente a sus propósitos: *Si ad Ecclesiam catholicam servitio fideliori transierint*, *id est, servi, extra noxam sint*; *vid. De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 15.

44. Dejamos fuera la instrucción de los Reyes Católicos de 1484 y cuatro pasajes del *Digesto* cuya función no pasa de instrumental.

la favorable a la libertad; esta, además, prescinde de otra constitución imperial de la que parece que también se podría haber ayudado.⁴⁵

En segundo lugar, tomados globalmente –es decir, al margen de la adscripción partidaria de cada uno–, los razonamientos que aparecen en las páginas de Fagúndez se pueden dividir en varios tipos. Así, por ejemplo, el criterio sistemático se usa para emplazar el problema que se discute, previa su definición en forma apropiada, bajo un título –*De haereticis et apostatis*– en lugar de bajo otro distinto –*De Iudaeis*–; la consecuencia es el cambio de la regulación a la que el asunto queda sujeto, mudanza cuya importancia difícilmente se podrá negar. Como luego diré, la inclusión del problema en el campo de aplicación de una norma determinada depende asimismo del engarce entre la adecuada definición del problema y el supuesto legal o la previsión de la norma de que se tratae. Del criterio gramatical o genéricamente lingüístico hemos encontrado varios usos: uno, el más evidente, consiste en aclarar el significado individual de tal o cual palabra de una ley, lo que cada parte hace de una forma, y establecer acto seguido el sentido de una frase legal dentro de un contexto más amplio; además, y como mínimo, las alusiones al alcance del tenor literal de los cánones y las leyes (e incluso de una opinión doctrinal) mediante el empleo de adverbios como *indistincte*, *absolute* o *generaliter* se relacionan también con el criterio gramatical; la misma oportunidad de alegar la regla *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* se basa, de forma explícita, en la dicción absoluta y universal de ciertos textos. Dogmático se podría llamar al criterio en virtud del cual se traen a la discusión, con desigual acierto, conceptos tales como el de sucesión (del fisco en el lugar del hereje condenado), *beneficium iuris* (mejor *ius singulare*) y *praescriptio contra ius positivum*.⁴⁶ Al probabilismo en cuanto método o doctrina para enfrentar situaciones moralmente dudosas, inseguridad que de no ser superada paralizaría la acción, apela nuestro autor en el momento de alinearse con la tesis de la libertad; el dato de que la tesis opuesta había sido juzgada

45. Respectivamente en VI 5.2.19 y X.5.7.10 y C. 1.10.1 (a. 239); Fagúndez sí menciona esta última ley en *In quinque priora praecepta*, tomus primus, lib. 1, cap. 24, n. 14.

46. Aunque Fagúndez no recoge el dato en sus páginas, al fondo de esa prescripción se intuye la presencia de X.1.4.11: *Licet etiam longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel iure positivo debeat praeiudicium generare, nisi fuerit rationabilis et praescripta*.

«*probabilior*» por una junta de sabios y miembros de la Inquisición portuguesa refleja vagamente la aplicación del mismo método.

Por último, una mención del criterio analítico resulta de todo punto indispensable. Bajo esa etiqueta reúno los procedimientos hermenéuticos que operan con los elementos en los que se descompone la ley en general. De esos elementos, en las páginas revisadas asoman los siguientes: *locutio*, *verba legis* o *legis littera*, *sensus*, *ratio legis* y *legis dispositio*.⁴⁷ El punto de partida implícito es la concepción de la ley como un compuesto formado por *verba* y *ratio* —el texto legal y la finalidad que la ley se propone conseguir—; las relaciones entre estos dos términos definen el punto principal en torno al que se afanan los ensayos de interpretación.⁴⁸ Siempre con la mira de la brevedad, en el escrito que hemos examinado es notable, en primer lugar, la aseveración de concordancia plena entre la «*ampla locutio*» y la *ratio* de las leyes y los cánones invocados para defender la liberación de los esclavos;⁴⁹ y en segundo lugar, el señalamiento de la paridad de *ratio* en la emancipación *ipso iure* de los *filiifamilias* por la herejía de sus padres y en la propugnada liberación de los esclavos por la herejía de sus dueños: el castigo del delito en el primer supuesto y la prevención del riesgo de perversión en el segundo.⁵⁰ En el bando opuesto hemos visto una operación más compleja articulada en dos pasos: la delimitación del supuesto al que se aplican los *verba* de una determinada ley y la declaración, a la vista de esa delimitación, de la *ratio legis*; por ambas vías, el ejercicio concluye en la negación de todo contacto entre la ley interpretada y la situación de los judaizantes lusitanos; ese resultado es enfáticamente referido a cada uno de los elementos legales: «*neque legis littera, neque eius ratio accomodari potest... deficit iuris illius dispositio*».⁵¹

47. El término *sententia* también está presente, pero con el sentido de opinión doctrinal (nn. 5, 7, 11 y 12) o con el de decisión judicial (n. 11); la palabra *mens* se usa en Fagúndez, *In quinque priora praecepta*, tomos primus, lib. 1, cap. 24, n. 20: *mens illorum, qui haec iura condiderunt*, en referencia a D.54 c.13 y 15 y X.5.6.19.

48. Vid. CUENA BOY, F., «*Verba, mens, ratio*: Fernando Rebello sobre la interpretación del *ius scriptum*», *Interpretatio Prudentium*, IV (1), 2019, pp. 135-189.

49. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 6.

50. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 7.

51. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 10.

Los casos anteriores se orientan todos en la dirección del absoluto predominio de la *ratio legis* en materia de interpretación. Sin embargo, aún cabe añadir algo respecto al elemento de los *verba* y su importancia. Sobre una sola palabra –un sustantivo– pivota la idea de que la ley imperial que la incorpora carece de todo correlato en la realidad actual y no tiene, por tanto, ninguna posibilidad de ser aplicada. Esto según la opinión favorable al fisco, porque la partidaria de la libertad salta limpiamente por encima del obstáculo y asume el vocablo en cuestión como si se tratara de una sinécdoque: «*servi haereticorum, Manichaeorum, et consequenter omnium haereticorum...*». ⁵² En la interpretación de la misma ley, es muy relevante la indicación de que su significado no coincide necesariamente con el significado literal de las palabras legales aisladas, sino con el *sensus* que se infiere de una consideración global del texto. ⁵³ Por último, la obscuridad o la concisión de los *verba*, en otra norma, da pie a interpretaciones que se oponen como los dos polos del *status (causae) ex scripto et sententia*, ⁵⁴ negando o defendiendo, respectivamente, la inclusión de los esclavos entre los sujetos a los que la norma implícitamente se refiere.

52. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 15.

53. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 15: *attendens magis ad sensum totius periodi legis, quam ad significatum verbi noxa*.

54. Vid. GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago de Chile, Ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pezreya, 2000, pp. 381 y ss.