

# LA ACTUACION PROCESAL DEL MUSTAÇAF

Es hoy idea conocida y repetida la de la gran influencia que el *Ius commune*, elaborado en las escuelas italianas durante los siglos XIII y XIV ejerció en la formación de los derechos españoles. La base legal de esta doctrina romano-canónica la dieron el *Corpus iuris civilis* justinianeo y la compilación de las Decretales de Gregorio IX hecha en 1234 por nuestro San Raimundo de Penyafort, a las que se añadieron en 1298 el *Sexto* y en 1317 las *Clementinas*. La influencia del *Ius commune*, que se inició en España en el propio siglo XIII, alcanzó caracteres desbordantes en la centuria siguiente debido al indiscutido prestigio de autores como Bártolo de Sassoferrato (1314-1357), Juan Andres (1270-1348), Baldo de Ubaldi (1327-1400) y Enrique de Susa *el Hostiense* (1254), que aplicando al Derecho el rigor profundo de la ciencia escolástica, dieron a su doctrina una altura desconocida hasta entonces por el Derecho desde los tiempos del imperio romano. (1)

Los primeros monumentos legislativos del romanismo español son los *Furs* de Valencia (1240), las Partidas de Castilla (iniciadas en 1256 y concluidas en 1263) y la *Costum* de Tortosa (iniciadas en 1272). El Derecho general catalán resistió algo en un principio la invasión del *Ius commune* (2) pero al fin sucumbió también, como los demás, en el siglo siguiente (3) hasta acabar como derecho supletorio (1409) en sustitución del Derecho visigótico, que por lo menos hasta mediado el siglo XIII había regido en tal concepto y convivido con el romano por algún tiempo (4).

El Derecho procesal, como rama la más exterior de la vida jurídica, fué sin duda el que más se resintió del rigor silogístico de la ciencia de aquellos siglos que creó como prototipo de juicio el que hoy llamamos *Proceso común* traduciendo la escolástica expresión *Processum commune*. Este proceso, que vive aun en nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 con el nombre de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, está constituido por una línea procesal central y otras laterales (incidentes), todas escritas y subdivididas en las tres clásicas fases de alegaciones, pruebas y conclusiones. Esta forma de proceder bien se comprende que no puede ser ágil pues su marcha se ve entorpecida por incidentes sin número, plazos preclusivos o simples inactividades de las partes, dueñas y señoras de la marcha del proceso, que ha de seguir un rígido y tortuoso camino predeterminado, a impulsos de la

(1) Alfonso García Gallo. *Curso de Historia del Derecho Español*. Madrid, 1950, T. I, Lib. V, Cap. II, págs. 241 y siguientes.

(2) Recuérdese la prohibición de alegar leyes y decretos dada en Cortes de Barcelona de 1251. (Constituciones. Vol. III, Lib. I, Tit. 8, Ley un.).

(3) Véase Constituciones. Vol. I, Lib. II, Tit. VI, Ley 4.ª.

(4) José Rius Serra. *El Derecho Visigodo en Cataluña*. Sonderdruck aus Spanische Forschungen. 1. Reihe, 8. Band. Aschendorffsche Buchdruckerei. Münster in Westfalen.

comun diligencia de las partes (1). Esta es la razón por la que entre los procesalistas actuales cunde la opinión desfavorable al proceso común en demanda de reformas que aligeren y humanicen la justicia ajustándola a las necesidades de nuestros días. (2)

No conviene, sin embargo, en en el terreno histórico dejarse llevar demasiado lejos por estas críticas, que, siendo muy justas para nuestros tiempos, pueden ser en ciertos casos completamente injustas para los pasados, porque el proceso común en el siglo XIII representó un verdadero avance sobre el sistema de enjuiciar de siglos anteriores, basado en los principios germánicos que fundaban la fuerza lógica de las resoluciones más en simbolismos que en realidades. Así en los *Usatges* se admiten como formas de decisión de contiendas judiciales la batalla (3) y las pruebas del agua caliente o fría (4) (Ordalíen), formas procesales que hoy nos parecen de una bárbara ferocidad comparadas con el lento y burocrático papeleo del proceso común, de tal modo que, por más entusiasmo que sintamos por el sabor heroico de nuestras viejas leyes, jamás podremos dejar de reconocer el gran valor formativo de la obra de los civilistas y canonistas que, como en el caso de nuestro San Raimundo poniendo a contribución ciencia y virtudes de santo, lograron construir científicamente y generalizar en la vida práctica el proceso común.

Ya hemos visto antes que la segunda mitad del siglo XIV y la primera del XV son aquí, como en otras partes, los tiempos en que el *Ius commune* se impuso y adquirió el prestigio que ha conservado durante cuatro siglos; pero errará quien creyere que lo son de servilismo romano-canónico a ultranza, no ya por parte del pueblo o de la vida jurídica, sino incluso de los juristas más cualificados, que, si bien con la técnica del *Ius commune*, pues no había otra, se ocuparon de dar vida y actualidad a los viejos cuerpos legales. Sin salir de casa podemos comprobarlo leyendo la bibliografía de nuestro Jaime Callís (1361?-1434). La más importante de sus obras es la traducción y sistematización que, junto con Bonanat Pera, hizo de los *Usatges* y constituciones, ordenados según la sistemática del Código Justiniano; obra que ha servido de base a las compilaciones posteriores de las Constituciones, hasta la vigente de 1701. Junto a ella el *Directorium pacis et treuge*, cuyo solo título nos recuerda la temática de los *Usatges*, más directamente tratados aun en la *Lectura usaticorum*, obra, como la anterior *vigatana* no sólo por filiación sino por el lugar de su confección. Las tres obras se ocupan exclusivamente en el Derecho patrio tratando de ajustarlo a las necesidades prácticas del día con el honrado amor a la justicia que expresa Callís en el final de la *Lectura*. (5). Y es que este siglo que forman la segunda mitad del XIV y primera del XV son tiempos más inclinados de lo que comunmente se cree a dar soluciones concretas y positivas a problemas también concretos y positivos, antes que a adoptar unos cuantos principios generales de los que hoy llamamos *ismos* y subordinar a ellos la realidad de la vida, cuya fecunda complejidad no podía ordenarse al bien común con un simple *romanismo*.

(1) La forma más conocida de este proceso es la de las Partidas que le dedican la Tercera de ellas. Su exposición sistemática más corriente es la de Juan de Hevia Bolaños en su *Curia filipica*, primera parte. La más auténtica sin embargo es la de las propias Decretales lib. II y el mismo libro «In Sexto».

(2) Véase Leonardo Prieto Castro. *Derecho Procesal Civil*. Librería General. Zaragoza, 1946. T. I, págs. 33 a 40

(3) *Usatges XXI Batalla iudicata*. Edición Rovira Ermengol. Editorial Barcino. Barcelona, 1933. Correspondiente al 27 de la edición oficial.

(4) *Usatges XCII Maritll uxores* y el preliminar *Antequam Usaticll* de la edición de Rovira Ermengol correspondientes a los 112 y 1 de la edición oficial.

(5) José Rius Serra. *Jaime Callís*. Vich, 1944.

Nada tiene que maravillarnos pues que el proceso ante la Mustaçafiería rompa en 1366 en Vich, como antes lo había hecho en otras ciudades, con la triunfante moda del proceso común, ya que éste era completamente inadecuado para resolver las pequeñas cuestiones de vecindario que comprendía el área de jurisdicción de la Mustaçafiería y ese debió de ser el pensamiento no sólo del *Concell* de Vich sino del propio rey Pedro IV, porque éste, en lugar y ocasión tan diferentes de los de Vich como las Cortes de Valencia de 1370 cortó radicalmente las intromisiones del proceso común en el del Mustaçaf a través de la jurisdicción ordinaria (1), manteniendo la pureza de este proceso especial, breve y sencillo, cuya belleza de líneas destaca, más que por la perfección de éstas, algo desdibujadas, por contraste con el fondo de los interminables rollos del proceso común, pieza jurídica básica del mundo de aquellos siglos.

### *La jurisdicción y el tribunal*

La naturaleza de la jurisdicción del tribunal de la Mustaçafiería es la de la misma jurisdicción real que en el privilegio de concesión expresamente se delega (2). Esto hay que entenderlo con espíritu de la época y no tratar de ver la jurisdicción bajo el prisma montesquiano con que hoy acostumbramos a considerar estas ideas, pues este carácter delegado de la jurisdicción que hoy nos suena a algo excepcional es el carácter ordinario de la jurisdicción de todos nuestros tribunales en los siglos de que tratamos, tanto en los lugares de realengo como en los de señorío y empezando por la propia Real Audiencia, como consecuencia de la organización feudal del Estado, en la que no es posible otra jurisdicción que la señorial derivada del vínculo del vasallaje en cuya más alta cúspide, como señor de señores, se encuentra el conde-rey. Como dice con férrea solemnidad el *Usatge LXXVI De Magnatibus*, «que nuyt hom no faça justicia sino la Postat» (3). La Postat en el Vich real de 1366 es el propio rey y de nadie más que de él podía emanar la jurisdicción y, precisamente, porque su señorío era temporal en la partida de Montcada, sólo pudo conceder jurisdicción a la Mustaçafiería en dicha partida por mientras durara su temporal señorío.

El contenido de la jurisdicción de la Mustaçafiería consta de los dos poderes que aun hoy atribuimos a la jurisdicción, el poder de decisión o declaración y el poder de ejecución; pero ambos poderes, aunque vinculados a un mismo tribunal, referidos a órganos conceptualmente diferentes. La decisión, según el privilegio, corresponde a estos órganos: «consiliarii, procuratores et probi homines dicte civitatis una cum dicto mostaçaffo...» «vel sine ipso casu quo cum eo concordare non possent». Esta forma de decidir propia del privilegio tuvo sólo validez plena mientras las dos partidas de la ciudad estuvieron bajo la jurisdicción real, pues luego que la partida de Montcada fué devuelta a sus señores los condes de Foix, la decisión correspondía solo a los tres *Concellers* y al Mustaçaf asistidos de los *promens*, que según se desprende de las sentencias del *Llibre de la Mustaçafiería* tenían sólo funciones con-

(1) Fur XI, Rúbrica 26 *Del officii de mustaçaf* lib. IX, Edición sistemática.

(2) El privilegio se expresa así: «nos enim. iam dicto mostaçaffo et consiliaris, procuratoribus et probis hominibus ut superius est distinctum et declaratum, tenor presentis carte nostre, damus et concedimus cognicionem et decisionem omnium et singulorum predictorum ac etiam dicto mostaçaffo executionem...». *Archivo Municipal de Vich. Pergamino original*, vol. VII, n.º 137. Dado en Vich en 28 agosto 1366.

(3) Numeración del *Usatge* según la edición de Rovira Ermengol, correspondiente al 93 de la edición oficial.

sultivas y asesoras, pero no poder de decisión, que en definitiva radicaba en *Mustaçaf* y *Concellers* por mayoría, siendo excusable la presencia de uno de estos últimos (1). Excluida de la jurisdicción de la *Mustaçaf* la partida de Montcada, es muy lógico que no formaran parte del tribunal los *procuradors* de la misma. La ejecución en cambio correspondía sólo al *Mustaçaf*, estuviera o no conforme con el fallo de los *Concellers* que debía ejecutar, según dice el privilegio, *in continenti*. Esta dualidad entre los órganos de decisión y los de ejecución, que ha presidido toda la evolución de la *Mustaçaf* en Vich, distingue la *Mustaçaf* «vigatana» de la de otras ciudades, como *Palma* y *Valencia* en las que ambas facultades, de ejecución y de decisión residían exclusivamente en el *Mustaçaf* (2). La razón de esta, digamos mediatización, de la autoridad, parece residir en la división de la Ciudad en las dos partidas, real y de Montcada, pues es muy natural que cada una de ellas, y sobre todo la última, no quisiera verse expuesta a tener que pechar con las consecuencias de la actuación de un *Mustaçaf* excesivamente afecto a la partida contraria y para ello nada mejor que vincular la decisión a *Concellers* y *Procuradors*.

#### *Auxiliares. El notario*

A la vista del privilegio de concesión no hay afecto a la *Mustaçaf* escribano alguno. Esto es debido sin duda al carácter verbal que quiere recalcarse en el proceso o quizá a que por tratarse de un tribunal en cierto modo municipal se dió por supuesto que el escribano del *Concell* es el que debía actuar en la *Mustaçaf*. Pero si bien el carácter verbal del procedimiento se mantuvo intacto, fué imposible huir en absoluto de la escritura y de la intervención notarial (3). El Notariado en Vich durante la época que nos ocupa tiene una vida nada pácifica por razón de la reserva de la Notaría que el obispo se hizo en la permuta de 22 de septiembre de 1315 por la que cedió al rey Jaime II el dominio de la parte baja de la ciudad, reserva que planteó una dualidad de notarios, los reales, con funciones autenticadoras respecto de los actos judiciales de las curias reales, y los episcopales, que como regentes de la *Escribanía pública y comuna* tenían conforme a la antes dicha reserva, jurisdicción exclusiva sobre los actos extrajudiciales. Como los notarios reales autorizaban con más o menos licitud, actos extrajudiciales, se produjo la pugna entre la Mitra y la Corona que duró hasta el siglo XVII. A pesar de que el Notariado en Vich se desenvolvía en los dos planos episcopal y real que hemos dicho, a partir de 1332 ambos planos sufren una interferencia debido a que el Capítulo, dueño de la *Escribanía pública y comuna*, la establecía o arrendaba a notarios de la Ciudad, con lo cual la notaría episcopal vino a estar también regida por notarios reales (4).

(1) En el privilegio se concede el poder de decisión incluso a los *promens* (véase nota 2, pág. 303) pero las sentencias que publicamos están dictadas sólo por *Concellers* y *Mustaçaf* aun que se refiere en ellas la asistencia de *Promens* al juicio. Asimismo en la de 24 de noviembre de 1438, se prescinde del *Conseller Antoni Ferrer* por ausencia de la ciudad, dictando sólo la sentencia los dos *Concellers* restantes y el *Mustaçaf*.

(2) Véase respecto a *Valencia* el mismo fuero antes citado y respecto a *Palma* el *Libre judicial del Mustaçaf* inserto en las páginas 141 y siguientes del *Libre del Mustaçaf de Mallorca* publicado por Antonio Pons. Mallorca, 1949.

(3) La intervención notarial en el *Libre de la Mustaçoferia* la expusimos en nuestras notas sobre *El Libre de Mustaçaf de Vich*, AUSA, t. II, n.º 11, 1955, pág. 18. Sirven de ejemplo las fórmulas notariales de publicación de las dos sentencias transcritas al final de este estudio.

(4) Honorio García, *El notariado en Vich durante la Edad Media*. Separata de *La Notaría*, primer, segundo y tercer trimestre de 1917. Barcelona, 1947, págs. 10 a 30.

El Notario de la Mustaçaf, como notario adscrito a una curia real nada tenía que ver en principio con la jurisdicción eclesiástica ni con la *Escribanía pública y comuna*, pero como en la época en que se implantó la Mustaçaf ya existía la costumbre del Capitulo de establecer a notarios de la Ciudad dicha *Escribanía*, he aquí que siendo un mismo notario el titular de ambas escribanías en los años a que corresponde el *Llibre de la Mustaçaf*, éste debió llevarse de hecho en la *Escribanía pública y comuna*. (1)

Esto explica la aparente anomalía que supone el hecho de que, en Vich, dicho *Llibre*, no se conserve entre los fondos del Archivo Municipal, como es lo corriente y hasta lo natural, sino que se halla entre los fondos documentales de la Curia Fumada, que, como se sabe, se han conservado hasta nuestros tiempos en los locales de la *Escribanía pública y comuna*, junto al románico *Cioquer*, es decir, que se trata de fondos documentales de una clarísima procedencia notarial.

### *Los agentes*

La ejecución material de los actos del Mustaçaf está a cargo según el privilegio, de ciertos agentes del mismo que son, por una parte los pesadores, respecto de los cuales no hace el privilegio otra cosa que mencionarlos, por lo cual no podemos saber si se trata de personas de la confianza del Mustaçaf a quienes éste confía la misión de pesar por él, o por el contrario se trata de auxiliares más o menos permanentes. De otra parte los *sagiones*, palabra que bien podemos traducir por la de alguaciles, a quienes, en número de uno o dos, impone el privilegio la obligación de prestar fianza en los términos prescritos por las Constituciones de Cataluña, la de asistir continuamente al Mustaçaf o a los pesadores y la de ejecutar los mandatos del Mustaçaf.

Prevé asimismo el privilegio la publicación de bandos y ordenanzas, de cuya publicación a son de trompeta existen numerosas diligencias en el *Llibre de la Mustaçaf*, pero la persona encargada de tal función era el *trompeta públich* que no dependía exclusivamente de la Mustaçaf sino del *Concell*.

### *Competencia*

La actuación del Mustaçaf, mirada en un plano criteriológico actual marcha a dos vertientes, una administrativa y otra judicial. La primera, integrada por las extensas funciones de policía urbana y comercial, tiene ahora para nosotros un interés puramente lateral puesto que estamos tratando de su actuación judicial y en esta esfera determina el privilegio la competencia, por razón de la materia, en los siguientes términos: «Preterea, super dissensionibus et questionibus operum portaliun, fenestrarum de espilleres, stillicidiorum, parietum, envannorum, tabularum, pedriciorum, baciarum, clavigeriorum, tegulatorum, porticorum et de badadors, viarum, ifinerum, aqueductorum, sive rechs et rasarum, ac eciam terminorum, fitarum sive fixuriarum, puteorum et servitutun aquarum, barrierum, ingressum et egressium honorum et possessionum et aliorum consimilium... cognoscant et procedant...» Esta practícista forma de determinar la competencia por razón de la materia, muy usada aun en la actualidad, mediante la enumeración de una serie de supuestos taxativos y una

(1) Debido a que pocas veces se consigna en el *Llibre de la Mustaçaf* el nombre del notario actuante no hemos podido determinar cual o cuales fueron los notarios que actuaron a la vez en la Mustaçaf y en la *Escribanía pública y comuna*.

declaración final de analogía (et aliorum consimilium), fué en Vich, como en otras partes, el tendón de Aquiles de la institución, debido a que por tratarse de una jurisdicción especial, sus imprecisos límites eran con frecuencia traspasados por la jurisdicción ordinaria, que, escudada en su carácter atractivo, que la hace competente para conocer de cuantas materias no estén especialmente atribuidas a otra jurisdicción, invadía la de la Mustaçafaría provocando cuestiones de competencia que en alguna ocasión llegaron al Rey, cosa nada extraña, pues a las razones más o menos teóricas que provocaran el conflicto, se unían las muy prácticas razones de los emolumentos arancelarios de las curias. En Vich tenemos un ejemplo de estos conflictos de jurisdicción en el que decidió Fernando el Católico en Barcelona en 12 de abril de 1493, cuya resolución soberana se limitó a conminar a la Veguería a que se abstuviera de entrometerse en las cuestiones que en el privilegio de 1366 se declaran de la Jurisdicción de la Mustaçafaría, vaga ratificación que no se debe solo a la posible falta de atención del rey por el asunto, muy disculpable en un momento tan decisivo en la historia de la humanidad como el de aquella Barcelona del 12 de abril de 1493 (sabido es que Colón llegó a Palos el 15 de marzo de dicho año y partió enseguida para Barcelona) sino que la propia determinación imprecisa de la jurisdicción de la Mustaçafaría en el privilegio de 1366 era propensa en Vich, como en otras ciudades, a tales conflictos, que, por otra parte, siempre se habían resuelto de ese modo (1).

La competencia funcional en el tribunal de la Mustaçafaría adopta el sistema de instancia única con fallos inapelables, pues como dice Pedro IV categóricamente en el privilegio, «Mandantes per presentem cartam nostram inclito et magnifico Infanti Iohanni primogenito nostro carissimo, Duci Gerunde et Comiti Cervarie ac Regnorum et terrarum nostrarum Gubernatori nostro generali eiusque vices gerenti, Vicario et baiulis civitatis eiusdem, ceterisque officialibus nostris et dicti Ducis, presentibus et futuris, quod huiusmodi concessionem nostram et omnia et singula supra contenta firmiter habeant, teneant et observent et ab omnibus faciant inviolabiliter observari, et dictum mostaçaffum in predictis vel singulis, *per modum appellacionis* vel aliter non impediunt, inquietent vel perturbent». Este sistema de instancia única, radicalmente opuesto al de pluralidad de instancias propio del proceso común, trata de dar al procedimiento la celeridad que necesitaba dada la palpitante actualidad y por lo general modesto contenido económico propios de la naturaleza de las cuestiones que estaba llamado a resolver. El enfoque práctico y funcional que tiene la implantación de la Mustaçafaría, halla en la instancia única uno de sus más claros exponentes.

La competencia territorial abarca las cuestiones producidas en todo el territorio de la Jurisdicción de la Mustaçafaría, que se extiende según el privilegio al territorio «tam dicte civitatis quam terminorum et parrochie eiusdem», salva, naturalmente, la partida de Montcada en el intervalo en que estuvo bajo el dominio de sus señores. No da el privilegio reglas para la determinación del fuero, pero si tenemos en cuenta que las cuestiones a que se extiende la jurisdicción son todas constitutivas de acciones sobre bienes inmuebles, huelgan reglas en este sentido

(1) Véase respecto a Valencia, el fuero antes citado de 1370 y respecto a Barcelona, el estudio de Francisco Sevillano Colom *De la institución del Mustaçaf de Barcelona, Mallorca y de Valencia en Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXIII, 1953 (Estudios de homenaje de D. Eduardo de Hinojosa), págs. 525 y siguientes en el que se refiere el conflicto de jurisdicción entre el Veguer y el Mustaçaf de la Ciudad condal planteado en 1371.

porque el fuero de situación de las cosas litigiosas determina sin distingos la competencia, y únicamente puede caber la duda de la validez del pacto de sumisión a tribunal diferente, en cuya cuestión no nos atrevemos a entrar.

### *Principios del procedimiento*

En términos concisos podríamos decir, resumiendo este tema, que los principios rectores del proceso ante la Mustaçafaría son los diametralmente opuestos a los que rigen el proceso común.

Hemos dicho antes que la jurisdicción de la Mustaçafaría marcha a dos vertientes, una administrativa y otra judicial, que, aunque para mejor entendimiento nuestro las dividamos así, constituyen un «totum indivisible» que no conviene perder de vista. Esta particularidad hace que el proceso ante la Mustaçafaría no esté regido de un modo absoluto por el principio de rogación o instancia que es fundamental en el proceso común (*nemo iudex sine actore*). La Mustaçafaría actúa mediante el sólo conocimiento de una cuestión de su competencia sin necesidad de esperar a que una de las partes le pida justicia, como puede observarse comparando las dos sentencias de 18 de noviembre de 1424 y 24 de noviembre de 1438, pues mientras en la primera dice que «les dites parts... se son acorreguts a nosaltres», en la segunda no aparece la fórmula «se son acorreguts» ni otra alguna que indique la instancia de parte, sino que directamente Mustaçaf, *concellers* y *promens* se constituyen «en lo dit loc on la dita questio entre les dites parts era», lo cual da a entender que proceden por propia iniciativa en virtud de la sólo denuncia o el conocimiento que «de oficio» tienen de la cuestión, pues sólo una vez constituidos en el lugar del litigio son «hoides les dites parts».

Otra característica del proceso que estudiamos es su absoluta oralidad. El privilegio de concesión prohíbe que se formulen por escrito demanda y contestación (*non receptis in scriptis petitione vel responsione*) exigiendo que las razones de las partes se aleguen verbalmente (*solum racionibus partium verbo auditis*) y llega en su afán verbalista a prescribir la oralidad incluso en las sentencias (*et ea omnia determinant et decident verbo tantum*). Sin embargo una oralidad tan absoluta no fué viable en la práctica, como podemos ver por las sentencias que comentamos, en las que se admiten alegaciones escritas, pruebas documentales y, sobre todo, se dictan ante notario y por escrito las sentencias. Estas intromisiones de la escritura en el proceso, no logran empero quitarle su carácter oral puesto que se limitan a actos concretos sin afectar a la marcha del mismo que sigue presidida por la oralidad.

Consecuencia y complemento de la oralidad del procedimiento es la inmediación o contacto directo del tribunal con las cosas litigiosas y con todas las personas que intervienen en aquel, pues las alegaciones y pruebas se desarrollan en el lugar litigioso y a la vista del mismo. Incluso de las dos sentencias que estamos comentando, la de 18 de noviembre de 1424 está dictada «in consistorio publico presentis curie» pero la de 24 de noviembre de 1438 lo está en la casa litigiosa, («intus hospitia dicti Justi de Bosco et eius uxoris, constitutum in dicto mercatali») en presencia de las partes litigantes.

Esta forma de proceder, tan radicalmente opuesta a la del proceso común, da al de la Mustaçafaría un sentido humano y auténtico, como se dice hoy, que lo hacen incompatible con el principio de verdad formal, uno de los fundamentales del proceso

común (*quod non est in actis nec in mundo*) que da a la justicia un empaque frío y deshumanizado muy propenso a degenerar, si una virtuosa prudencia del juzgador no lo impide, en la consabida paradoja «*summum ius, summa iniuria*».

### *Orden del procedimiento*

El principio clásico de preclusión es otro de los que están ausentes del proceso de que estamos tratando, por lo cual el orden del procedimiento, que en el proceso común está fijado dividiéndolo en una serie de fases las cuales estén subdivididas a su vez en períodos y momentos oportunos para cada uno de los actos que solo es posible producir en su momento oportuno y no en otro, tiene sólo aquí en realidad tres grandes momentos, la iniciación, la instrucción y la resolución; pero dentro de cada una de ellas la libertad de movimientos de las partes y sobre todo del tribunal es absoluta. La iniciación casi puede decirse que no es realmente una fase, sino unas simples diligencias previas que ponen en contacto a todas las personas que han de intervenir en el proceso y se reducen a las imprescindibles citaciones de las mismas. El proceso empieza realmente cuando el tribunal con las partes se constituye en el lugar donde radica la cuestión litigiosa, acto que abre la fase de instrucción durante la cual las partes alegan y prueban cuantos extremos les interesan y el tribunal practica cuantas pruebas y averiguaciones cree necesarias, señaladamente la inspección ocular, la información testifical, el asesoramiento de los *promens* y el dictamen verbal de peritos; pero todas estas actuaciones se concentran en esta a modo de vista muchas veces celebrada a campo libre, que en una mañana, una tarde o un día agota la instrucción del procedimiento, en el mismo lugar litigioso. Hecho esto se dicta la sentencia, sin levantar acta ninguna del juicio, a ser posible en el mismo lugar y acto del litigio y si no, en el sábado siguiente (día de mercado) en audiencia pública y siempre ante notario.

### *Documentos*

1. Sentencia de 18 de noviembre de 1424 resolviendo una cuestión sobre una «aigua» que desemboca en el Torrent dels Sants (Llibre de la Mostaçateria, folio 51).

Com lo honrat entre en Ramon Andreu çà Sala draper, ciutadà de Vich duna part e en Johan Bru spacer e ciutadà de la dita ciutat fos moguda questio o debat per raó o ocassio de la aigua la qual passa per lo camí lo qual partex dels camps den Pere Pares e den March des Coll e va per lo camí lo qual va al torrent dels Sants, per ocassió de la qual questió les dites parts per algunes terres les quals hi han se son acorreguts a nosaltres en Barthomeu Rovirola, mostaçaff per lo molt alt senyor Rey, Pere Miquell, Anthoni çà Sala e Johan çà Torra, consellers l any present de la dita ciutat e com nosaltres dits mostaçaff e consellers personalmente ab les dites parts e ab alguns altres promens siam en los dits lochs anats e occularment lo dit rech mirat, no resmenys sobre la dita questió o debat informació o testimonis per nos sumariament presos, e com per la dita informació o testimonis nosaltres hajam trobat que la ayga demunt dita la qual partex dels dits camps dels dits Pere Pares e March des Coll passa e deu passar o anar al dit torrent, per tant ab la present nostra sentència o declaració pronunciam e declaram:

Que aquí haze dos rechs, ço es, u qui pas entre lo camp e vinya del dit

Johan Bru e la tria la qual ara novellament lo dit Ramon Andreu ça Sala ha comprada dels successors de Ramon Oceyó, lo qual rech pas deiús la tria del dit Ramon Andreu ça Sala e qui fo del dit Oceyó e bage farir al mas qui fo den Anrich e isque al rech segons ja avia acostumat. Laltro rech partesque del rech demunt dit e que bage per lo cami reyal e que fira al dit torrent dels Sants. E los dits rechs sien egualment oberts e en tal manera escombrats, que aygua no si pugua escapar, ans sens negun empatxa o contrast en lo dit torrent dels Sants discórrer e anar pusque, axí en la un com en laltre.

Declaram axí matex que en lo dit rech qui va farir en ço del dit Ramon Andreu ça Sala e travessa lo cami reyal, que lo dit Ramon Andreu ça Sala hi hage a tanir una bona losa de pedra tal que bestias hi puxen passar.

Item pronunciam e declaram que una bassa la qual lo dit Ramon Andreu ça Sala en lo dit loch ha asats prop de la terra del dit Johan Bru, que lo dit Ramon Andreu ça Sala haia e sia tengut la dita bassa resar e lunyar la de la dita honor o terra del dit Johan Bru en tal manera que no li puxa donar dempnatge.

E axí matex que lo dit Ramon Andreu ça Sala sia tengut de gordar que la aygua del dit rech no puxa donar dampnatge al dit Johan Bru.

Item que en la questio que era entre les dites parts per raó de un camí qui partex del camí demunt dit e va farir al pont de Sent Jacme pronunciam e declaram aquí haver camí públich per homens de peu, però axí matex declaram que per lo dit camí qui entre al cap del pont de Sent Jacme e va torrent amunt farir en la honor del dit Ramon Andreu ça Sala, que lo dit Ramon Andreu ça Sala pusque per lo dit loc anar e passar ab besties carregades o no carregades en la (ilegible) la qual antigament era sua e en aquella qui fo den Bernat Enrich (ilegible) e no pas en aquella qui fo del dit Oceyó.

Lata fuit huiusmodi sententia per omnes superius notatos in consistorio publico presentis curiae et lecta per me dictum scriptorem de eorum voluntate, die sabbati XVIII Novembris anno M.CCCC.XX III dictis partibus presentibus et presentibus etiam pro testibus venerabilibus Francisco de Cuspineda, draperio, Francisco de Podio, deauratore, Francisco Pujol, managatore, et Jacobo de Valle, scriptore.

2. Sentencia de 24 de noviembre de 1438, resolviendo una cuestión sobre el desagüe de los tejados de dos casas del Mercadal. (Libre de la Mustaçaferia, folio 72).

Com fos questió entre en Just Bosch, manager, ciutadà de Vich en nom seu e de la dona na Gabriela, muller sua, de una part; e en Jacme Stanna, boter e ciutadà de Vich de la part altre, e açó per tant car lo dit Just Bosch deiha e afermave que VIII canalls de la teulada del alberch del dit Jacme Stanna, constituït en lo Mercadal de la dita ciutat, qui discorren detràs lo dit alberch deuen haver lur discorriment en un losat qui deiús la dita teulada no ha molt es stat fet, en lo loch del qual losat les dites aygues discorrien com stave lo dit loch cobert. E lo dit Jacme Stanna allegàs e afermàs que les dites aygues discorrents de la dita teulada havien lur discorriment sobre lo dit losat. E los honorats en Johan des Puig, en Bernat Sala, consellers ensemps ab lo honorat n Antoni Ferrer, de la present ciutat absent, e en Francesch Folchs, mostaçaff de la partida reyal, anassen ab alguns promens per ells sobre açó

apellats on la dita questió entre les dites parts era E vist lo dit loch e hoides les dites parts una vegada e moltes en tot ço o quant axí de paraula com en escrits han volgut dir, produir, provar e allegar, e sobra açó rebuda per ells sumària informació, declararen e determinaren la dita questió sots la forma següent:

Ço es, que tant com te lo dit losat, lo dit Jacme Stanna hage e sia tengut de cobrir dalt a baix lo dit loch on lo dit losat és, e que les dites VIII canalls de la dita taulada del dit Jacme hagen lur discorriment en lo dit loch on era stat fet lo dit losat? tant com te lo dit pati del dit losat quis deu cobrir per vigor de la present declaració, emperó és lur intenció que si per avant se podran mostrar algunes cartes contrariants en la present declaració, que la tenor dè les dites cartes entre les dites parts se hagen a tanir e servir, la present declaració en alguna cosa no contrestant.

Lata et promulgata fuit predicta daclaratio sive sententia per dictos honorabiles regios consiliarios et mostacafum, die lune XXIII Novembris anno a Nativitate Domini M° CCCC° XXXVII°, hora vespera infus hospitia dicti Justi de Bosco et eius uxoris, constitutum in dicto Mercatali et in latere dicti hospicii dicti Jacobi Stanna, presentibus nonnullis partibus ad hec per ipsos honorabiles consiliarios vocatis et presentibus testibus Francisco Vinyet, seniore tintorerio, et Bernardo Paschasii, barberio, civibus vicensibus.

ARCADIO GARCIA.